

*dsg*

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche  
dell'Università di Torino

*nuova serie*

4

*Nella stessa collana:*

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.

CONVENZIONE EUROPEA  
SUI DIRITTI DELL'UOMO:  
PROCESSO PENALE  
E GARANZIE

*a cura di*

ROSANNA GAMBINI e MARGHERITA SALVADORI



**Edizioni Scientifiche Italiane**

GAMBINI, Rosanna e SALVADORI, Margherita (*a cura di*)  
Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie  
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino  
*nuova serie*, 4  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009  
pp. VIII+152; 24 cm  
ISBN 978-88-495-1950-1

---

© 2009 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
00185 Roma, via dei Taurini 27

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)  
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

# Indice

Prefazione	
R. Gambini - M. Salvadori	VII
MARGHERITA SALVADORI (Università di Torino), <i>L'applicazione della Convenzione europea e l'integrazione dei processi interpretativi</i>	1
PAOLO FERRUA (Università di Torino), <i>Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i>	49
ROSANNA GAMBINI (Università di Torino), <i>Corte costituzionale «europeista»: una svolta non priva di rischi per la tavola delle garanzie</i>	67
MARIO DEGANELLO (Università di Torino), <i>Procedimento in absentia: sulla 'tratta' Strasburgo-Roma una 'perenne incompiuta'</i>	79
LUCA L. FERRERO (Magistrato in Torino), <i>La novella dell'art. 275, comma III, c.p.p.: le presunzioni cautelari a garanzia della pubblica sicurezza tra Costituzione e Cedu</i>	115
BARBARA LAVARINI (Università di Torino), <i>Giudicato penale ed esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	129



## Prefazione

Il volume, che raccoglie gli scritti di un *pool* di processualisti e di un'internazionalista torinesi, vuole, senza pretese di esaustività, offrire una lettura ragionata di quella copiosa giurisprudenza che la Corte di Strasburgo, in un arco temporale che data da lontano, ma che si è incrementata in tempi a noi più vicini, ha riversato su taluni istituti e tematiche afferenti al comparto processuale penale.

È, d'altro canto, opinione largamente condivisa tra gli autori che, a cinquanta anni dall'entrata in funzione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, una riflessione, se non ancora un bilancio definitivo, sulle trame esistenti tra la sua giurisprudenza e il diritto interno possa rivestire un'utilità non solo marginale, se oltre a rimarcare qua e là persistenti *deficit* di garanzia, si presti a fare chiarezza su un aspetto sicuramente non eccentrico, ancorché assai controverso: quale debbano essere il peso e l'efficacia da assegnarsi «fuori contesto» alle pronunce del giudice europeo.

Ciò in quanto, se va riconosciuto alla Corte EDU il merito di aver svolto un ruolo trainante e davvero fondamentale per l'affermazione dei diritti convenzionali, non si può tuttavia sottacere come i suoi interventi sul campo, insinuandosi in ambiti tradizionalmente riservati al sovrano nazionale, se non attentamente governati, possano generare non poche criticità e rischi di collisione con la disciplina statale.

In questa prospettiva, dunque, sembra felice ed appropriata l'occasione di un approccio multidisciplinare per il tema, che viene indagato da un duplice angolo visuale: quello dell'internazionalista, attento al livello sopranazionale, e per ciò stesso concentrato sulla ricostruzione degli obblighi internazionali e sul coordinamento dei livelli di tutela, e quello del processualista, interessato soprattutto al profilo delle «ricadute» di un insieme significativo di decisioni, sempre più di impatto, a tener conto degli ultimi indirizzi espressi dalla Corte costituzionale, sui contenuti del diritto interno.

Un doveroso ringraziamento da autori e curatori va poi al Dipartimento di Scienze Giuridiche, e al suo Direttore, per aver ospitato la collettanea nei Quaderni.

Torino, 21 dicembre 2009

R. GAMBINI - M. SALVADORI



# *L'applicazione della Convenzione europea e l'integrazione dei processi interpretativi*

di Margherita Salvadori

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il sistema di attuazione coattiva degli obblighi di tutela nei confronti degli Stati parte. – 2.1. Il sistema originario. – 2.2. Il funzionamento della Corte europea. – 3. L'esecuzione delle decisioni della Corte europea. – 3.1. Le funzioni del Comitato dei ministri. – 3.2. I diversi tipi di controllo. – 4. Rango ed efficacia delle norme della Convenzione europea nell'ordinamento italiano. – 4.1. La giurisprudenza costituzionale precedente alla riforma costituzionale dell'art. 117. – 4.2. Le decisioni della Corte Costituzionale dell'ottobre 2007. – 4.3. Il ruolo dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea. – 5. L'attuazione delle decisioni di condanna della Corte EDU nei confronti dell'Italia. – 6. La tutela dei diritti dell'uomo tra Convenzione europea e diritto comunitario. – 7. Conclusioni.

## 1. *Considerazioni introduttive*

Unitamente ai 60 anni del Consiglio d'Europa, nel 2009 ricorrono anche i 50 anni della Corte Europea dei diritti dell'uomo: infatti proprio nel 1959 la Corte iniziava la propria attività di controllo giurisdizionale sull'applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Convenzione, elaborata dal Consiglio d'Europa<sup>1</sup> ed aperta alla firma nel novembre del 1950, era entrata in vigore nel settembre del 1953. Idealmente collegata alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel

<sup>1</sup> Gli scopi principali del Consiglio d'Europa sono: a) la tutela dei diritti dell'uomo e della democrazia parlamentare, garantendo il primato del diritto; b) la conclusione di accordi per armonizzare le politiche sociali e giuridiche degli Stati membri; c) lo sviluppo della consapevolezza dell'identità europea. Lo statuto (v. art. 15) affida al Comitato dei Ministri la competenza decisionale in merito alle politiche del Consiglio d'Europa attuative degli scopi dell'organizzazione ed il compito di garantire e controllare il rispetto degli impegni assunti dagli Stati membri, quindi ha specifica competenza in tema di esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

1948, costituisce il primo passo verso l'attuazione, attraverso norme internazionali vincolanti, dei diritti affermati nella Dichiarazione universale. Tuttavia, anziché riproporre un catalogo dei diritti civili e politici, la Convenzione introduce un sistema di attuazione coattiva delle obbligazioni di tutela in capo agli Stati parte. Infatti, non è una semplice dichiarazione sprovvista di mezzi concreti per la realizzazione di ciò che viene proclamato: attraverso una struttura essenzialmente giudiziaria vengono garantiti i diritti enunciati a chiunque sia soggetto alla giurisdizione di uno Stato parte<sup>2</sup>.

Negli stessi anni in cui partecipava all'avvio dell'integrazione comunitaria<sup>3</sup>, l'Italia ratificava la Convenzione europea dei diritti dell'uomo con legge n 848 del 1955.

Sicuramente negli anni cinquanta del secolo scorso non era stata avvertita la carica dirompente che i trattati europei avrebbero avuto sugli assetti costituzionali degli Stati che li avevano ratificati: in allora non era, infatti, così evidente che tali trattati si discostavano dalle altre convenzioni internazionali istitutive di organizzazioni internazionali, come la Carta delle Nazioni Unite del 1945, per il fatto di dare rilievo ai soggetti privati<sup>4</sup> e non soltanto agli Stati contraenti<sup>5</sup>.

La "soggettività" attribuita agli individui nell'ambito delle orga-

<sup>2</sup> V. H. WALDOCK, *Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of European Convention*, in The British Institute of International and Comparative Law, a cura di LORD McNAIR, *The European Convention on Human Rights*, Londra 1965, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Subito dopo l'entrata in vigore del Trattato di Parigi, istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, sebbene fosse fallito il progetto di una comunità politica, a causa della mancata ratifica francese della CED, continuavano le negoziazioni tra Stati comunitari e nel 1957 veniva firmato il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea.

<sup>4</sup> Per quanto riguarda il versante comunitario si pensi al diritto di azione delle imprese carbo-siderurgiche nel trattato CECA, piuttosto che alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che fin dal caso *Van Gend en Loos* (sentenza 5 febbraio 1963, C-26/62, *Nv Algemene Transport - en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos e Amministrazione olandese delle imposte*) affermava che il Trattato comunitario non si è limitato alla creazione di obblighi reciproci degli Stati membri, ma ha inteso realizzare "un ordinamento giuridico autonomo di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini". Dall'altro lato, come già evidenziato e sarà approfondito qui di seguito, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali alla tutela dell'interesse individuale accompagna l'attribuzione all'individuo di un potere di azione.

<sup>5</sup> Né il diritto internazionale consuetudinario conosce alcuna norma di tutela a favore degli individui contro gli abusi di potere dello Stato di appartenenza, ad eccezione dei rari casi in cui sia ammesso l'intervento collettivo umanitario ed al divieto di gravi crimini internazionali.

nizzazioni europee relativa all'attribuzione di situazioni soggettive, non fondate sul diritto interno, ma configurate e garantite da quelle stesse organizzazioni, ha inevitabilmente posto il problema della sovrapposizione e del rapporto tra gli ordinamenti statali e ordinamenti sovranazionali.

Quanto al diritto comunitario il problema della coesistenza in uno stesso ambito personale e territoriale di due distinti ordinamenti giuridici ha trovato soluzione in ragione dell'attribuzione alle autorità comunitarie del potere di emettere atti dotati di efficacia diretta nei confronti dei soggetti appartenenti agli Stati membri, ai quali le autorità interne devono dare esecuzione e che gli operatori giuridici interni devono applicare, come se fossero emanati da autorità nazionali.

Con riferimento al diritto della Convenzione europea il percorso di integrazione con l'ordinamento italiano continua a proporre interessanti sfide, sia in relazione alla tutela dei diritti enucleati, sia in relazione al nuovo livello di tutela introdotto dal Trattato di Lisbona.

## 2. *Il sistema di attuazione coattiva degli obblighi di tutela nei confronti degli Stati parte*

Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo nel contesto europeo si articola su diversi accordi internazionali. Oltre ai diritti previsti nella Convenzione<sup>6</sup>, nel tempo sono stati adottati 14 protocolli, alcuni dei quali aggiuntivi di nuovi diritti e libertà oltre a quelli garantiti dalla Convenzione, altri introduttivi di modifiche procedurali al funzionamento del sistema di controllo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> La lista dei diritti garantiti dalla Convenzione comprende: il diritto alla vita (art. 3), il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3), il divieto della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4), il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona (art. 5), il diritto ad un'equa amministrazione della giustizia in tempo ragionevole (art. 6), il divieto di retroattività delle leggi penali (art. 7), il diritto al rispetto della sfera privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8), il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), di espressione e di opinione (art. 10) il diritto alla libertà di riunione e di associazione, compreso quello di fondare e aderire a sindacati (art. 11), il diritto di contrarre matrimonio e di formare una famiglia (art. 12), nonché il diritto ad un ricorso effettivo nell'ordinamento nazionale per la tutela dei diritti riconosciuti dalla Convenzione (art. 13).

<sup>7</sup> Tra i numerosi studi sulla Convenzione europea ricordiamo: PETTITI, DECAUX e IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Parigi 1995; L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a cura di V. GREMENTIERI, Giuffrè, Milano 1989; S. BARTOLE, B. CONFORTI e G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova 2001; F. SUDRE, *La Convention européenne*

In particolare il primo protocollo tutela il diritto di proprietà, il diritto all'istruzione ed a libere elezioni<sup>8</sup>; il protocollo 4 garantisce contro l'imprigionamento per debiti e contro le espulsioni collettive di stranieri<sup>9</sup>; il protocollo 6, unitamente al protocollo 13, affermano l'abolizione della pena di morte<sup>10</sup>; il protocollo 7 offre garanzie procedurali in relazione all'espulsione di stranieri, mentre il Protocollo 12 estende il divieto di non discriminazione, previsto dall'art. 14 della Convenzione solo in relazione ai diritti garantiti dalla Convenzione stessa, ad ogni diritto 'riconosciuto dalla legge', quindi ad ogni tipo di discriminazione posta in essere da una pubblica Autorità<sup>11</sup>.

Tra i protocolli di tipo procedurale, oltre al protocollo 11 che modifica il sistema di controllo sull'applicazione della Convenzione ed istituisce il ricorso individuale diretto alla Corte, ricordiamo il protocollo 2 che assegna alla Corte la competenza a rendere pareri consultivi su richiesta del Comitato dei ministri<sup>12</sup>.

*des droits de l'homme*, V<sup>a</sup> ed., Paris 2002; S. GREER, *The European Convention on Human Rights*, Cambridge 2006; RUSSO e QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 2006; M. PEDRAZZI, *La Convenzione europea sui diritti umani e il suo sistema di controllo*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 290 ss.; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II<sup>a</sup> ed., Napoli 2008; da ultimo D. HARRIS, M. O'BOYLE e C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, II<sup>a</sup> ed., Oxford 2009.

<sup>8</sup> Il Primo protocollo addizionale alla Convenzione è stato aperto alla firma nel 1952 ed è entrato in vigore nel 1954.

<sup>9</sup> Protocollo 4 alla Convenzione riconosce ulteriori diritti e libertà fondamentali rispetto a quelli già garantiti dalla Convenzione e dal primo Protocollo addizionale alla Convenzione è stato aperto alla firma nel 1963 ed è entrato in vigore nel 1968.

<sup>10</sup> In particolare il Protocollo 6 è relativo all'abolizione della pena di morte, mentre il protocollo 13 è relativo all'abolizione della pena di morte in ogni circostanza, quindi anche in tempo di guerra; il protocollo 6 è stato aperto alla firma nel 1983 ed è entrato in vigore nel 1985, mentre il protocollo 13, molto più recente, è stato aperto alla firma nel 2002 ed è entrato in vigore nel 2003.

<sup>11</sup> In particolare l'art. 1 del protocollo 12 precisa «Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione»; questo protocollo è stato aperto alla firma nel 2000 ed è entrato in vigore solo nel 2005.

<sup>12</sup> Il Protocollo 2 era stato aperto alla firma nel 1963 ed era entrato in vigore nel 1970. Successivamente è stato modificato dal protocollo 11. La competenza della Corte a rendere pareri consultivi è oggi disciplinata dagli articoli 47, 48 e 49 della Convenzione. In particolare, la Corte può, su richiesta del Comitato dei Ministri, dare pareri consultivi su delle questioni giuridiche riguardanti l'interpretazione della Convenzione e dei Protocolli. La decisione del Comitato dei Ministri di richiedere un parere alla Corte è presa a maggioranza e la domanda è portata all'esame della Grande Camera. Nel tempo sono state presentate solo due richieste di parere con-

Nel 2004 è stato aperto alla firma il protocollo 14 che introduce modifiche organizzative tese a garantire un più efficace funzionamento della Convenzione<sup>13</sup>, prevedendo la possibilità che l'Unione Europea divenga anch'essa parte della Convenzione<sup>14</sup>: mancando la ratifica della Russia, non è ancora entrato in vigore.

Di recente il Protocollo 14 bis, aperto alla firma il 27 maggio 2009

sultivo; una di queste è stata dichiarata inammissibile, il 2 giugno 2004, mentre l'altra è stata decisa il 12 febbraio 2008, «Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme».

<sup>13</sup> In particolare il Protocollo n. 14 della Convenzione introduce: la decisione dei ricorsi palesemente inammissibili da parte di un singolo giudice e non più da parte di una commissione di tre giudici; per i ricorsi che appartengono ad una serie derivante dalla stessa carenza strutturale a livello nazionale, c.d. ricorsi ripetitivi, l'istanza possa essere dichiarata ammissibile e giudicata da una commissione di tre giudici (contro l'attuale Sezione, composta da sette giudici) sulla base di una procedura sommaria semplificata; nuovi criteri di ammissibilità: nella prospettiva di permettere alla Corte una maggiore flessibilità, viene proposto un nuovo requisito di ammissibilità in forza del quale la Corte potrebbe dichiarare inammissibili le istanze nel caso in cui il richiedente non abbia subito uno svantaggio significativo, purché il «rispetto dei diritti umani» non richieda che la Corte si faccia pienamente carico del ricorso e ne esamini il merito. Il Protocollo prevede anche una nuova competenza del Comitato dei Ministri che, sulla base di una decisione presa a maggioranza dei due terzi, avrebbe maggiori poteri per avviare un'azione giudiziaria davanti alla Corte in caso di inottemperanza alla sentenza da parte di uno Stato.

<sup>14</sup> L'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è ad oggi preclusa dalla previsione che Parti della Convenzione siano unicamente degli Stati, oltre che dal parere 2/1994 con il quale la Corte di Giustizia ha escluso esservi alcuna competenza utile per l'adesione della Comunità alla Convenzione. Peraltro, sebbene nei primi trattati comunitari non fossero contenute espresse disposizioni sulla tutela dei diritti dell'uomo, detta tutela è stata realizzata nell'ordinamento comunitario, prima attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed il suo costante richiamo alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, poi attraverso la previsione normativa della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'art. 6 del Trattato sull'Unione, unitamente al richiamo della stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Di conseguenza eventuali violazioni dei diritti umani da parte delle istituzioni comunitarie (e degli Stati membri in sede di attuazione del diritto comunitario) possono essere fatte valere immediatamente avanti al giudice comunitario attraverso i ricorsi relativi alla legalità dell'attività amministrativa e normativa dell'Unione; attraverso il ricorso per rinvio pregiudiziale di interpretazione o di validità, anche i giudici nazionali hanno un ruolo rilevante per mezzo del quale può essere fatta constatare l'eventuale violazione dei diritti dell'uomo ad opera delle norme comunitarie. Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, prevede espressamente che l'Unione Europea aderisca alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, senza che tale adesione modifichi le competenze dell'Unione definite nei trattati, v. *infra* par. 6 del presente lavoro.

ed entrato in vigore il 1 ottobre 2009<sup>15</sup>, ha introdotto alcune modifiche di tipo procedurale già previste nel Protocollo 14<sup>16</sup>.

### 2.1. *Il sistema originario*

Inizialmente tre istituzioni, tutte aventi sede in Strasburgo, dovevano garantire l'attuazione dei diritti garantiti dalla Convenzione europea negli ordinamenti degli Stati Parte: la Commissione europea dei diritti dell'uomo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ed il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, composto dai Ministri degli Affari esteri degli Stati Parte o dai loro rappresentanti. Il controllo sul rispetto degli obblighi assunti poteva essere esercitato o attraverso il ricorso statale<sup>17</sup> o attraverso il ricorso individuale.

Il ricorso individuale era stato originariamente previsto quale facoltà che, con scelta pienamente discrezionale, gli Stati parte potevano attribuire alle persone sottoposte alla loro giurisdizione. Infatti, al tempo in cui la Convenzione entrò in vigore solo dieci stati acconsentirono alle norme relative al ricorso individuale<sup>18</sup>. L'Italia acconsentì al ricorso individuale solo nel 1973<sup>19</sup>, diciotto anni dopo es-

<sup>15</sup> V. A. CIAMPI, *Quali ragioni e quale procedura per la ratifica del Protocollo 14 bis alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 791 ss.

<sup>16</sup> V. *infra* par. 2.2 del presente lavoro.

<sup>17</sup> Negli anni il meccanismo del ricorso statale è stato raramente utilizzato. Ad oggi si riscontrano solo tre sentenze rese dalla Corte in relazione a casi originati da ricorsi individuali; Irlanda contro il Regno Unito (decisione 18 gennaio 1978) relativamente alle misure antiterrorismo applicate nell'Irlanda del Nord; Danimarca contro Turchia (decisione 5 aprile 2000) anch'esso relativo al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, conclusosi con una composizione amichevole della controversia; Cipro contro Turchia (decisione 10 maggio 2001, n. 25781/94) relativo alla parte Nord dell'isola di Cipro. Purtroppo dopo sette anni dall'avvio della procedura e due risoluzioni del Consiglio dei Ministri, la sentenza del 2001 lascia aperti diversi problemi, tra i quali la responsabilità per le persone scomparse e per le case e le proprietà delle persone sottoposte a trasferimento forzato nella parte Nord dell'isola di Cipro.

<sup>18</sup> Si tratta di Austria, Belgio, Danimarca, Irlanda, Islanda, Lussemburgo, Norvegia, Olanda, Repubblica Federale di Germania e Svezia, v. A.H. ROBERTSON, *The Political Background and Historical Development of the European Convention on Human Rights*, in *The British Institute of International and Comparative Law*, a cura di LORD McNAIR, cit., p. 24 ss.; nello stesso volume anche T. BUERGENTHAL, *The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States*, p. 79 ss.

<sup>19</sup> Il Governo italiano ha effettuato il 20 giugno 1973 la prima dichiarazione di accettazione della clausola del ricorso individuale e della giurisdizione della Corte con decorrenza 1 agosto 1973. Con tale dichiarazione entrambe le clausole sono state accettate con una limitazione temporale, in quanto le violazioni lamentate dovevano essere causate «d'un acte, d'une decision, de faits où d'événements postérieurs» al

sere divenuta Parte della Convenzione<sup>20</sup>. Dal 1990 tutti gli Stati parte, al tempo ventidue, riconobbero il diritto di ricorso individuale; di conseguenza gli Stati dell'Europa dell'est e centrale che divennero membri del Consiglio d'Europa e parti della stessa Convenzione successivamente al 1990 accettarono anch'essi il meccanismo del ricorso individuale. Dal 1998, con l'entrata in vigore del Protocollo 11<sup>21</sup> il diritto al ricorso individuale è previsto come obbligatorio e non più facoltativo per gli Stati parte.

Un'altra significativa innovazione introdotta dal Protocollo 11 ha riguardato l'esclusione del giudizio preliminare della Commissione dei diritti umani<sup>22</sup>. Infatti, originariamente, se riconosciuto dagli Stati, il ricorso doveva essere preliminarmente presentato alla Commissione che lo analizzava sotto il profilo dell'ammissibilità. In caso di esito positivo, la stessa Commissione aveva il compito di ricercare insieme alle parti una soluzione amichevole della controversia e, ove non fosse stato raggiunto un accordo, redigeva un rapporto sui fatti della causa e sul merito della questione controversa. Il rapporto della Commissione era quindi inviato al Comitato dei Ministri. Se lo Stato chiamato a rispondere della presunta violazione aveva accettato la giurisdizione della Corte, era previsto un termine di tre mesi entro il quale la Commissione, o lo stesso Stato chiamato nel procedimento, potevano adire la Corte che avrebbe quindi deciso la controversia con sentenza sia in merito alla violazione contestata, sia in merito alla compensazione pecuniaria per l'eventuale violazione riscontrata. Infatti, fino al 1994, non era attribuita agli individui alcuna legittimazione per poter chiedere una decisione della Corte sulla presunta violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione europea rispetto alla quale assumevano di essere vittime: solo con l'entrata in vigore

31 luglio 1973; così come la giurisdizione della Corte era riconosciuta «sur toutes les affaires survenant postérieurement au 31 juillet 1973». V. V. STARACE, *Possibili modifiche all'accettazione italiana delle clausole facoltative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1975, pp. 463 ss.

<sup>20</sup> Cfr A. CASSESE, *L'efficacia delle norme italiane di adattamento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1969, pp. 918 ss.; V. GREMONTIERI, *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: bilancio di quindici anni di ricorsi individuali*, in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 3 ss.

<sup>21</sup> Il Protocollo 11 è stato ratificato dall'Italia con legge 28 agosto 1997, n. 296, in G.U.R.I. 12.9.1997, n. 213. Cfr D.E. TOSI, *Il Protocollo 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali davanti alla nuova Corte europea*, in *Dir. Pubbl. comp. eur.*, 2001, pp. 137 ss.

<sup>22</sup> V. M. DE SALVIA, *La Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo: meccanismi e giurisprudenza*, in *L'Italia e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. p. 27 ss.



del Protocollo 9 è stato consentito ai ricorrenti di poter presentare una richiesta ad un comitato di tre giudici al fine ottenere una decisione della Corte sul caso stesso.

In tutti i casi in cui il ricorso non arrivava all'attenzione della Corte, era il Comitato dei Ministri a decidere sull'eventuale violazione della Convenzione e, se lo riteneva opportuno, anche sulla modalità di soddisfazione a favore della vittima della stessa. Analogamente a quanto è previsto oggi, il Comitato dei Ministri esercitava una competenza generale sull'effettiva esecuzione delle decisioni della Corte.

Nel 1998, l'entrata in vigore del Protocollo 11 non solo ha reso obbligatorio il riconoscimento del diritto al ricorso individuale a favore di tutte le persone fisiche o giuridiche, sottoposte alla giurisdizione degli Stati parte, ma ha anche consentito l'accesso diretto alla Corte europea. Questa previsione deve essere sottolineata perché costituisce una delle rare norme del diritto internazionale che attribuisce agli individui<sup>23</sup> un diritto di azione per la tutela dei diritti dell'uomo<sup>24</sup>.

Peraltro, la Corte svolge una funzione sussidiaria rispetto agli organi giudiziari nazionali, in quanto le domande sono ammissibili solo una volta esaurite le vie di ricorso interne (regola del c.d. previo esaurimento dei ricorsi interni), secondo quanto prevedono la stessa Convenzione, nonché le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

## 2.2. *Il funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Fino agli anni '90 il numero di casi portato all'attenzione del sistema di controllo della Convenzione è stato limitato, mentre il numero di casi di cui è stata investita la Corte europea negli anni suc-

<sup>23</sup> Precisamente il diritto al ricorso individuale spetta sia alle persone fisiche sia alle persone giuridiche, sia ad associazioni o ad organizzazioni non governative.

<sup>24</sup> Come rilevato dalla stessa Corte nel caso *Mamatkulov e Askarov v. Turchia* (n. 46827/99), decisione della Grand Chambre 4 febbraio 2005, par. 122 «the Court would stress that although the Convention right to individual application was originally intended as an optional part of the system of protection, it has over the years become of high importance and is now a key component of the machinery for protecting the rights and freedoms set forth in the Convention. Under the system in force until 1 November 1998, the Commission only had jurisdiction to hear individual applications if the Contracting Party issued a formal declaration recognising its competence, which it could do for a fixed period. The system of protection as it now operates has, in that regard, been modified by Protocol No. 11, and the right of individual application is no longer dependent on a declaration by the Contracting States. Thus, individuals now enjoy at the international level a real right of action to assert the rights and freedoms to which they are directly entitled under the Convention».



cessivi al 1990 ha subito un incremento esponenziale. Infatti, fino al 1997 la Commissione aveva affrontato circa 12.000 casi, la maggior parte successivi al 1990, quando gli Stati parte erano saliti da ventidue a quarantasei, mentre la Corte in soli 10 anni di acceso diretto dei ricorsi individuali ha emanato circa 10.000 decisioni<sup>25</sup>, confermando il suo significativo ruolo di garante dei diritti dell'uomo, ma anche incontrando criticità e momenti di collisione con gli ordinamenti nazionali.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla Convenzione è composta da un numero di giudici pari a quello degli Stati contraenti, attualmente quarantasette<sup>26</sup>.

I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa tra i tre candidati proposti da ogni Stato per un mandato di 6 anni<sup>27</sup> e siedono nella Corte a titolo individuale, non rappresentando nessuno Stato. Non possono esercitare alcuna attività incompatibile con i loro doveri di indipendenza e imparzialità o con la disponibilità richiesta da un'attività esercitata a tempo pieno.

Secondo il suo regolamento, la Corte si suddivide in quattro sezioni, la cui composizione, fissata per tre anni, deve essere equilibrata tanto dal punto di vista geografico, che dal punto di vista di una rappresentazione proporzionata di ambedue i sessi, e deve tener conto dei diversi sistemi giuridici esistenti nelle Parti contraenti. La Grande Camera della Corte è costituita da diciassette giudici.

Ogni Stato contraente (per mezzo del ricorso inter-statale) o individuo (per mezzo del ricorso individuale) che si ritenga vittima di una violazione della Convenzione può inoltrare direttamente alla Corte di Strasburgo un ricorso nel caso in cui lamenti una violazione da

<sup>25</sup> È anche interessante notare che i casi sottoposti alla decisione della Corte riguardano per oltre il 50% quattro soli Stati, la Russia, 28,%, la Turchia, 11,4%, la Romania, 9,1% e l'Ucraina 8,5%; dati forniti dalla Commissione Europea dei diritti dell'uomo «*La Cour européenne des droits de l'homme en faits et chiffres 1959-2009*», sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>26</sup> Attualmente sono 47 gli Stati Parte della Convenzione europea: Albania; Andorra; Armenia; Austria; Azerbaïjan; Belgio; Bosnia-Erzegovina; Bulgaria; Cipro; Croazia; Danimarca; Estonia; Finlandia; Francia; Georgia; Germania; Grecia; Irlanda; Islanda; Italia; Lettonia; Liechtenstein; Lituania; Lussemburgo; Malta; Moldavia; Montenegro; Norvegia; Paesi Bassi; Polonia; Portogallo; Principato di Monaco; Regno Unito; Repubblica Ceca; Repubblica di Macedonia; Romania; Russia; San Marino; Serbia; Slovacchia; Slovenia; Spagna; Svezia; Svizzera; Turchia; Ucraina; Ungheria.

<sup>27</sup> Secondo la previsione di cui all'art. 23 (Durata del mandato), il mandato dei giudici scade al raggiungimento del settantesimo anno d'età. Ricordiamo che il Protocollo 14, non ancora entrato in vigore, ha previsto che il mandato dei giudici, dagli attuali sei anni rinnovabili, passi ad un unico mandato di nove anni. Attualmente il giudice italiano è Vladimiro Zagrebelsky, nominato per la prima volta il 25 aprile 2001.

parte di uno Stato contraente di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione<sup>28</sup>. I ricorrenti individuali possono presentare senza alcuna assistenza tecnica il proprio ricorso, sebbene la presenza di un avvocato sia raccomandata e comunque richiesta per la partecipazione all'udienze e allorché il ricorso sia stato dichiarato ricevibile<sup>29</sup>.

La procedura si svolge in contraddittorio tra le parti ed è pubblica, salvo circostanze eccezionali. Le lingue ufficiali della Corte sono il francese e l'inglese, ma i ricorsi possono essere presentati in una lingua nazionale. Tuttavia, una volta che il ricorso sia stato dichiarato ricevibile, l'uso di una delle due lingue ufficiali della Corte diviene obbligatorio, a meno che il presidente della Camera o della Grande Camera non autorizzi l'impiego della lingua in cui è redatto il ricorso.

La procedura di decisione si svolge in due fasi: la valutazione sulla ricevibilità del ricorso e la valutazione del merito.

Per quanto riguarda la prima fase della procedura, ogni ricorso individuale viene attribuito ad una sezione, dove il giudice relatore decide se questo debba essere esaminato da un comitato di tre membri oppure da una camera. Normalmente questa fase della decisione si svolge in forma scritta e non sono previste udienze pubbliche.

Un comitato può, all'unanimità, dichiarare un ricorso irricevibile o cancellarlo dal ruolo della Corte. In qualunque momento le camere possono rimettere un caso alla Grande Camera se il caso solleva una questione grave e relativa all'interpretazione della Convenzione oppure quando la soluzione di un dato problema può portare ad un contrasto con una sentenza resa anteriormente dalla Corte. La decisione sulla ricevibilità, assunta a maggioranza, è motivata e pubblicata sia sul sito della Corte sia sulla raccolta cartacea<sup>30</sup>.

Per quanto riguarda la seconda fase della procedura, quando la camera abbia dichiarato il ricorso ricevibile, essa può invitare le parti a presentare prove complementari e osservazioni scritte, compreso, per quel che concerne la parte ricorrente, un'eventuale richiesta di "equa soddisfazione". Il presidente della camera può, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, invitare o autorizzare qualunque Stato contraente, non parte alla procedura, o qualunque persona interessata diversa dal ricorrente, a sottomettere delle osservazioni scritte o, in circostanze eccezionali, a partecipare all'udienza. Lo Stato

<sup>28</sup> Sul sito della Corte sono reperibili le informazioni sul procedimento, nonché il formulario per la presentazione dello stesso, v. [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>29</sup> Ricordiamo che il Consiglio d'Europa ha predisposto un sistema di assistenza giudiziaria per i ricorrenti le cui risorse finanziarie siano insufficienti, che può essere richiesto contestualmente alla presentazione del ricorso.

<sup>30</sup> *Recueils des arrêts et décisions*, edito da Carl Heymanns Verlag.

contraente il cui cittadino sia parte ricorrente può, invece, intervenire di diritto nel corso del procedimento. Peraltro, il regolamento amichevole della controversia, anche attraverso la mediazione del cancelliere della Corte, è possibile anche nel corso del procedimento di merito, ma il contenuto di tali negoziati rimane riservato.

La decisione sul merito viene assunta a maggioranza ed ogni giudice che abbia partecipato all'esame del caso ha diritto di allegare alla sentenza sia un'opinione – concordante o dissenziente – sia una semplice dichiarazione di dissenso.

Entro il termine di tre mesi dalla data della pronuncia della sentenza resa da una camera, se non è stato richiesto l'esame della Grande camera (o se il collegio di cinque giudici ha rigettato la richiesta di rinvio), la decisione diviene definitiva.

Tutte le sentenze definitive della Corte sono vincolanti per gli Stati cui sono dirette<sup>31</sup>.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa è responsabile del controllo dell'esecuzione di dette sentenze; in particolare deve verificare che gli Stati che sono stati condannati per aver violato la Convenzione adottino tutte le misure necessarie per adempiere gli obblighi imposti dalla decisione della Corte.

L'entrata in vigore del Protocollo 14 bis, che come abbiamo ricordato sopra, ha inteso rafforzare l'efficacia del sistema di controllo nella protezione dei diritti dell'uomo, ha istituito il giudice unico per decidere sui ricorsi manifestamente irricevibili ed ha attribuito ad un comitato di tre giudici la competenza a dichiarare ricevibili i ricorsi e a pronunciarsi sul merito in tutte quelle fattispecie in cui esista una consolidata giurisprudenza.

### 3. L'esecuzione delle decisioni della Corte europea

Negli ultimi anni si rileva una seria volontà degli organi di Strasburgo di spingere gli Stati Parte a dare maggiore impulso alle atti-

<sup>31</sup> Cfr. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2004; V. ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Ed. Scientifica, Napoli 2003, pp. 117 ss.; L. MONTANARI, *Giudici nazionali e Corte di Strasburgo: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 3 ss.; P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, in G. VENTURINI e S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano 2009, pp. 399 ss.

vità di esecuzione delle sentenze di condanna, sia nell'ottica di rafforzare la vincolatività delle stesse, così da rafforzare il ruolo della Corte in qualità di garante dei principi e degli *standards* comuni in tema di diritti umani, sia nell'ottica di preservare la credibilità della stessa Corte EDU e dunque del sistema di protezione dei diritti umani messo in pericolo dal crescente numero di ricorsi<sup>32</sup>.

Gli obblighi di adattamento che gravano sugli Stati Parte, a seguito dell'accertamento di violazioni della CEDU, sono disciplinati dagli artt. 41 (*Equa soddisfazione*) e 46 (*Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*) della Convenzione. In particolare l'art. 46 prevede l'obbligo degli Stati Parte di conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie di cui sono parte, ed al secondo comma riconosce al Comitato dei Ministri la funzione di controllo dell'esecuzione delle sentenze definitive da parte delle autorità nazionali<sup>33</sup>. Tuttavia, da un lato, è noto che le decisioni della Corte europea non sono *self-executing*, né la Corte ha un potere coercitivo in relazione all'esecuzione delle decisioni, dall'altro, nemmeno il Comitato dei Ministri dispone di molti strumenti per reagire all'inottemperanza degli Stati, anche considerato che l'eventuale ricorso all'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa non può che avere carattere eccezionale perché la conseguente espulsione di uno Stato Parte sarebbe inevitabilmente controproducente, perché sottrarrebbe definitivamente detto Stato ad ogni controllo sopranazionale sulla mancata tutela dei diritti dell'uomo nel suo ordinamento interno<sup>34</sup>.

### 3.1. *Le funzioni del Comitato dei ministri*

Il Comitato dei Ministri è l'organo esecutivo del Consiglio d'Europa. In forza dell'articolo 15 dello Statuto, il Comitato ha il compito di perseguire ogni azione utile a realizzare gli obiettivi del Consiglio d'Europa. È formato dai Ministri degli esteri degli Stati parte

<sup>32</sup> Secondo i dati raccolti nel settembre 2006, il numero di cause in attesa di decisione era di 89.000, di cui una parte costituita dai c.d. ricorsi ripetitivi dovuti alle deficienze strutturali dei sistemi nazionali.

<sup>33</sup> Secondo la previsione dell'art. 44 (*Sentenze definitive*) della Convenzione, la sentenza CEDU diviene definitiva o successivamente al decorso di tre mesi dalla decisione senza che le Parti abbiano chiesto il rinvio del caso alla Grande Camera ovvero dalla data del rigetto del rinvio alla Grande Camera.

<sup>34</sup> Lo Statuto del Consiglio d'Europa, Londra 5 maggio 1949, all'art. 8 prevede «Tout membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même».

e si riunisce 12 volte l'anno a livello ministeriale, mentre il suo funzionamento è garantito dalla partecipazione dei rappresentanti permanenti degli Stati. Oltre alle funzioni di controllo sull'attuazione delle decisioni della Corte, di cui all'art. 46.2 della Convenzione europea, il Comitato dei ministri raccoglie le liste di candidati per l'elezione dei giudici da parte dell'Assemblea parlamentare, può chiedere pareri alla Corte e approva il bilancio annuale della Corte.

Per lo svolgimento della funzione di controllo sull'esecuzione delle decisioni, il Comitato si riunisce settimanalmente raggruppando in ogni seduta dai 2500 ai 3500 casi di cui solo una quarantina sono effettivamente discussi. Le riunioni avvengono in camera di consiglio, ma l'ordine del giorno è preventivamente pubblicato, unitamente ai dati essenziali di ogni caso che verrà esaminato. I ricorrenti ed i loro rappresentanti legali sono esclusi dalle riunioni, mentre tutti gli Stati sono rappresentati nel Comitato.

Nel 2004 sono stati elaborati nuovi strumenti tesi a garantire un efficace controllo sull'esecuzione delle decisioni.

Rilevante è la risoluzione *ad hoc* del Comitato dei Ministri<sup>35</sup> indirizzata alla Corte EDU che ha affrontato il profilo dell'esecuzione delle sentenze che attengono alle c.d. violazioni di sistema, cioè a quelle violazioni che rivelano un problema strutturale nell'ordinamento interno e quindi espongono lo Stato ad una serie di ricorsi ripetitivi. In particolare, la risoluzione invita la Corte EDU ad identificare in sentenza, nella misura del possibile, l'esistenza di un problema strutturale sottostante la violazione e la ragione della stessa; in questo modo viene superata la lacuna di cui agli artt. 41 e 46 ove non viene precisato quali misure lo Stato debba prendere per eseguire la sentenza ed eliminare la violazione, misure che il diritto internazionale riconduce all'esercizio della sovranità dello Stato, libero di scegliere i mezzi opportuni per dare esecuzione agli obblighi internazionali e, quindi, anche alle sentenze della Corte EDU.

L'occasione non è stata persa dalla Corte EDU che, pochi giorni dopo l'adozione della risoluzione, ha pronunciato la prima sentenza in cui ha indicato direttamente in motivazione le modalità attraverso cui lo Stato condannato doveva provvedere ad eliminare sia le conseguenze dannose derivanti dall'accertata violazione della Convenzione e subite dal ricorrente, sia quali misure di carattere generale lo Stato avrebbe dovuto introdurre per prevenire ulteriori violazioni. Nel caso *Bronioswki contro Polonia*<sup>36</sup>, viene individuato il problema

<sup>35</sup> Risoluzione 3/2004.

<sup>36</sup> Il caso *Broniowski* decisione del 22 maggio 2004 (n. 31443/96) è stato succes-

delle deficienze della legislazione interna, cioè di una circostanza che va a ledere i diritti di un'intera categoria di soggetti (c.d. violazioni strutturali)<sup>37</sup>. Viene, infatti, precisato che «tali misure devono essere di natura tale da porre rimedio alla *défaillance* strutturale dalla quale deriva la constatazione di violazione pronunciata dalla Corte, affinché le persone che si trovano in una situazione paragonabile a quella del ricorrente non debbano soffrire di un analogo disconoscimento dei diritti loro garantiti dall'art. 6 della Convenzione»<sup>38</sup>.

In seguito a queste modifiche l'attività di controllo del Comitato si svolge attraverso un primo momento di tipo interlocutorio, in cui viene chiesto allo Stato quali misure intende prendere per dare attuazione ad una certa decisione<sup>39</sup>, ed un secondo momento in cui viene verificato come lo Stato abbia dato attuazione alla decisione.

L'eventuale entrata in vigore del Protocollo 14 dovrebbe determinare un ulteriore rafforzamento degli obblighi di esecuzione degli Stati Parte avendo previsto due nuovi procedimenti che saranno azionabili dal Comitato dei Ministri avanti alla Corte EDU per problematiche connesse all'esecuzione delle sentenze. Un primo procedimento di interpretazione della sentenza di condanna nel caso di dubbi o opinioni divergenti sorte nel corso dell'esecuzione è teso a definire l'esatta portata degli obblighi di adempimento; un secondo procedimento è volto a far constatare alla Corte EDU il rifiuto opposto dallo Stato a dare esecuzione alla sentenza di condanna ed introduce una procedura di messa in mora. Deve essere notato, da un lato, che per la loro proposizione entrambe i procedimenti richiedono la maggioranza dei due terzi dei rappresentanti del Comitato dei Ministri, dall'altro, la grande innovazione di attribuire anche alla

sivamente riportato alla Grande Camera per fatti sopravvenuti; la Grande Camera ha reso la sua decisione il 28 settembre 2005.

<sup>37</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, pp. 3 ss; C. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi integr. eur.*, 2008, pp. 29 ss.

<sup>38</sup> In modo analogo, nel caso *Somogyi contro Italia* (decisione del 18 maggio 2004, n. 67972/01), la Corte EDU ha chiesto la riapertura del processo come forma più appropriata per riparare la violazione dell'art. 6 in relazione alle condanne in contumacia.

<sup>39</sup> In questa fase interlocutoria il Segretariato del Consiglio d'Europa invia una richiesta preliminare allo Stato di indicare quali misure intende adottare; nel termine di sei mesi dalla decisione definitiva della Corte lo Stato dovrebbe sottoporre al Comitato un 'piano d'azione' in relazione alle obbligazioni dichiarate dalla decisione giurisdizionale: si tratta di una dichiarazione d'intenti unilaterale che lo Stato potrà, quindi, modificare in seguito.

Corte europea una parte della competenza sull'esecuzione delle sue decisioni<sup>40</sup>.

### 3.2. I diversi tipi di controllo

La verifica del Comitato dei ministri sull'attuazione delle decisioni della Corte europea segue tre diverse fasi: nella prima accerta se sia stata effettivamente corrisposta la c.d. 'equa soddisfazione', che può comprendere la riparazione del danno patrimoniale e non patrimoniale e la rifusione delle spese legali sostenute dal ricorrente; nella seconda verifica se siano state adottate le misure individuali identificate nella decisione; nella terza rileva se lo Stato condannato abbia attuato le misure generali richieste dalla Corte per evitare il ripetersi di analoghe violazioni.

La verifica sull'effettivo pagamento della 'equa soddisfazione' non pone in via generale particolari problemi esauendosi nella produzione della documentazione bancaria relativa al pagamento.

Un caso che si è rivelato problematico è stato il pagamento della 'giusta soddisfazione' riconosciuta a *Loizidou* in seguito alla violazione del suo diritto di proprietà su un immobile situato nella zona nord di Cipro<sup>41</sup>. In quell'occasione, infatti, la Turchia affermò che avrebbe pagato l'importo riconosciuto solo quando fosse stato raggiunto un accordo relativo a tutte le proprietà poste nella parte Nord dell'isola di Cipro. Nel 2003, anche a seguito delle risoluzioni del Comitato dei ministri che affermavano tale condotta essere in violazione non solo degli obblighi derivanti dalla decisione della Corte, ma anche alle obbligazioni derivanti dalla Convenzione europea<sup>42</sup>, la Turchia accettò di pagare l'importo stabilito.

La seconda tipologia di controllo è relativa alle misure individuali stabilite nella decisione della Corte affinché la condotta che ha determinato la violazione sia effettivamente terminata e la parte lesa, quando possibile, venga a trovarsi nella stessa situazione in cui si trovava prima della realizzazione della violazione. Alcuni settori sem-

<sup>40</sup> Si tratta, infatti, di un vero e proprio procedimento per infrazione che sarà di competenza della *Grand Chambre* e non avrà ad oggetto la violazione che è stata affermata nella decisione non attuata, ma avrà ad oggetto esclusivamente il comportamento dello Stato che non ha eseguito la precedente decisione della Corte. Il modello pare molto simile al ricorso per infrazione che può essere portato avanti la Corte di Giustizia della Comunità europee in casi di inadempimento agli obblighi comunitari (art. 226 Trattato CE).

<sup>41</sup> Decisione *Loizidou c. Turchia* 28 luglio 1998, n. 15318/89.

<sup>42</sup> V. In particolare le risoluzioni DH (99) 680, DH (2000) 105, DH (2001) 180 e DH (2003) 174.



brano porre particolari problemi di attuazione delle misure individuali. Pensiamo ai casi relativi alla disciplina del diritto di visita dei genitori non affidatari dei propri figli minori<sup>43</sup>, a ipotesi in cui la violazione dello Stato sia consistita nel non aver adempiuto all'obbligazione positiva di svolgere indagini effettive a seguito della violazione del diritto alla vita<sup>44</sup> ed i casi in cui un procedimento nazionale si sia tenuto violando uno dei requisiti del giusto processo<sup>45</sup>.

La terza e più importante tipologia di controllo è relativa alle misure generali adottate dallo Stato per prevenire violazioni simili a quella accertata o comunque per non incorrere in nuove violazioni dello stesso tipo. L'obbligo dello Stato è riconducibile al più generale obbligo imposto dal diritto internazionale di rispetto degli obblighi derivati dagli accordi internazionali di cui uno Stato sia parte. Relativamente alla Convenzione europea, oltre alle inevitabili difficoltà che incontra lo Stato nel dover modificare la propria legislazione, piuttosto che la propria consolidata giurisprudenza nazionale, per renderle conformi agli obblighi della Convenzione, viene da dubitare che lo stesso Comitato dei Ministri, composto dai rappresentanti degli stessi Stati, sia l'organo più adatto a svolgere un controllo di legalità

<sup>43</sup> Spesso infatti per ristabilire il diritto di visita ad un minore è necessaria la collaborazione delle persone che lo hanno in affidamento, oltre che dei servizi sociali e dei giudici minorili.

<sup>44</sup> Nel recente caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*, decisione del 25 agosto 2009 (n. 23458/02), invece, la violazione che è stata attribuita allo Stato è relativa alla violazione dell'obbligazione positiva di prevenzione nell'organizzazione del servizio di ordine pubblico in occasione del G8 di Genova nel 2001, non di non aver svolto indagini effettive in seguito alla morte di Carlo Giuliani.

<sup>45</sup> Ne è un esempio il caso *Dorigo c. Italia*, 16 novembre 2000 (n. 46520/99), in cui la Corte EDU aveva riconosciuto la violazione dell'art. 6 della Convenzione in relazione al diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico alle stesse condizioni di quelli a carico. Il successivo rifiuto della la Corte d'Assise di Udine nel 2005 della richiesta di verifica sulla perdurante efficacia del titolo esecutivo a carico del condannato è stato impugnato avanti la Corte di Cassazione che con sentenza 1 dicembre 2006 – 25 gennaio 2007 ha dato diretta attuazione alla decisione della Corte EDU anche in mancanza di espressa abrogazione delle norme italiane che avevano determinato la violazione di sistema. In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p. l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo più idoneo a instaurare il nuovo processo». Però erano ormai passati otto anni dal momento in cui era stata resa la decisione della Corte europea e tredici anni dall'inizio del processo in cui si era realizzata la violazione.



sulla realizzazione delle misure individuate dalla decisione della Corte europea<sup>46</sup>.

#### 4. *Rango ed efficacia delle norme della Convenzione europea nell'ordinamento italiano*

Il valore giuridico attribuito alla Convenzione nell'ordinamento italiano è il primo elemento che deve essere considerato al fine di comprendere come la Convenzione stessa e le sentenze della Corte EDU siano state richiamate ed utilizzate nella giurisprudenza costituzionale ed ordinaria italiana.

In primo luogo deve essere ricordato come la Convenzione sia stata resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848<sup>47</sup>, seguendo la normale procedura prevista per la ratifica ed esecutorietà dei trattati internazionali, e come la sua forza normativa non possa che essere ricondotta a quella propria delle leggi ordinarie<sup>48-49</sup>. Inol-

<sup>46</sup> Come abbiamo rilevato sopra, l'entrata in vigore del protocollo 14 porterebbe importanti novità anche in merito al controllo sull'esecuzione delle decisioni che non sarebbe più affidato in via esclusiva al Comitato dei Ministri, ma diverrebbe in parte anche una competenza della Corte europea.

<sup>47</sup> Ed è entrata in vigore il 26 ottobre 1955; successivamente altre leggi ordinarie hanno reso esecutivi i protocolli modificativi, l'ultimo dei quali il Protocollo 14, sebbene non sia ancora internazionalmente in vigore, è già stato ratificato dalla legge 15 dicembre 2005, n. 280.

<sup>48</sup> Sul problema del valore giuridico della Convenzione europea sui diritti dell'uomo v. fra i primi commentatori C. FABOZZI, *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento italiano*, in *Temì*, 1963, p. 798 ss.; G. CONSO, *I diritti dell'uomo e il processo penale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1968, p. 316 ss.; A. MIELE, *Patti internazionali sui diritti dell'uomo e diritto italiano*, Giuffrè, 1968; A. CASSESE, *L'efficacia delle norme italiane di adattamento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1969, p. 918 ss.

<sup>49</sup> Il rango della Convenzione negli ordinamenti nazionali è disciplinato autonomamente dai singoli legislatori nazionali. Possiamo quindi ricordare come la Gran Bretagna nel 1998 introducendo lo *Human Right Act* abbia risolto legislativamente la questione dell'efficacia delle norme della Convenzione e della giurisprudenza CEDU nel sistema interno. Diversamente nell'ordinamento tedesco è stata la Corte Costituzionale che con sentenza del 14 ottobre 2004 (pubblicata anche in lingua inglese all'indirizzo internet [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html), sito visitato il 7 novembre 2009) ha affermato che, sebbene la Convenzione nell'ordinamento tedesco abbia il rango di legge ordinaria, dal principio dello "stato di diritto" discende la necessità che le norme interne vengano interpretate alla luce delle garanzie della Convenzione e delle decisioni della Corte di Strasburgo. Di conseguenza, nell'ordinamento tedesco, eventuali violazioni dei principi posti dalla giurisprudenza della Corte EDU costituirebbero una violazione dei diritti fondamentali iscritti nel principio costituzionale dello stato di diritto, in questo modo garantendo la piena attuazione degli obblighi internazionali assunti an-

tre, sino alla svolta rappresentata dalle sentenze dell'ottobre 2007<sup>50</sup>, la Corte Costituzionale ha totalmente rifiutato i tentativi della dottrina di conferire alla Convenzione una copertura "costituzionale", anzi, ha costantemente escluso che tali norme pattizie si possano collocare a livello di fonte equiparabile a quella della legge fondamentale costituzionale. In particolare la Corte ha sempre escluso che le norme internazionali di fonte convenzionale, come la Convenzione europea, in quanto immesse nell'ordinamento italiano tramite il procedimento di esecuzione solitamente connesso alla legge ordinaria di autorizzazione alla ratifica, potessero fungere da parametri di legittimità nei giudizi di costituzionalità.

#### 4.1. *La giurisprudenza costituzionale precedente alla riforma costituzionale dell'art. 117*

L'affermazione esplicita sul valore della Convenzione nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano avvenne con la sentenza n. 188 del 1980, in cui la Corte costituzionale dichiarò di condividere «il prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza per il quale, in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie, rese esecutive, hanno valore di legge ordinaria». Con la conseguenza che «resta esclusa la stessa prospettività, per questo aspetto, di una questione di legittimità costituzionale, tanto più quando le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali para-

che in caso di contrasto con alte norme dell'ordinamento tedesco. V. S. BELJIN, *Bundesverfassungsgericht on the status of the European Convention of Human Rights and ECHR decisions in the German legal order. Decision of 14 October 2004*, in *European Constitutional Law Review*, 2005, p. 553 ss.; F. HOFFMEISTER, *Status of European Convention on Human Rights in domestic law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 722 ss.; R. MASTERMAN, *Aspiration or Foundation? The Status of the Strasbourg Jurisprudence and the 'Convention Rights' in Domestic Law*, in H. FENWICK, G. PHILLIPSON e R. MASTERMAN, (a cura di), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, Cambridge 2007, pp. 78 ss.; R. SAPIENZA, *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998, in margine all'obbligo delle corti inglesi 'to take into account' la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2008, pp. 253 ss. Per un confronto nell'applicazione dei trattati di tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento statunitense e nell'ordinamento francese v. lo studio di M. ROGOFF, *Application of Treaties and The Decisions of International Tribunals in The United States and France: Reflections On Recent Practice*, in *Maine Law Review*, 2006, pp. 406 ss. V. anche *infra* nota 115.

<sup>50</sup> Il 24 ottobre 2007 sono state pubblicate due sentenze della Corte Costituzionale, la n. 348 e la n. 349, che utilizzano l'art. 117, comma I, Cost. quale parametro interposto per decidere della costituzionalità di norme interne italiane in relazione agli obblighi internazionali assunti dalla Repubblica italiana, v. paragrafo successivo.

metri di giudizio». Sotto il profilo sistematico, venne sottolineato come la «Corte non può che ribadire la propria costante giurisprudenza che esclude le norme internazionali pattizie, ancorché generali, dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. (sent. 48/79; 32/60; 104/69; 14/64) mentre l'art. 11 Cost. neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale».

L'applicazione della tecnica del parametro interposto nel rapporto tra art. 10, comma I, Cost. e Convenzione europea è stata espressamente esclusa dalla Corte costituzionale che nella sentenza n. 323 del 1989 pone anche alcune importanti precisazioni teoriche: in primo luogo afferma che, ai sensi dell'art. 10, comma I, Cost., i trattati devono essere adattati nell'ordinamento italiano con atti *ad hoc*, consistenti nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria; in forza di questo procedimento di adattamento, i trattati internazionali vengono ad assumere la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. A conferma della soluzione adottata, la Corte ribadisce: «è rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale comunque superiore, così da poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta».

Un'isolata pronuncia, la sentenza 10 del 19 gennaio 1993, invece, ha qualificato la Convenzione come fonte atipica rinforzata; in via d'eccezione alla precedente giurisprudenza questa sentenza afferma che le norme della Convenzione sono «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria». Ma queste affermazioni non sono state confermate dalla successiva giurisprudenza costituzionale<sup>51</sup>.

In riferimento alla tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano deve essere ricordato l'art. 2 Cost., dove si menzionano testualmente proprio i diritti inviolabili dell'uomo, che la Repubblica si impegna a riconoscere ed a garantire alle persone, sia come singoli, sia nelle formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità. La Corte costituzionale ha sempre attribuito un ruolo privilegiato all'art.

<sup>51</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano 1991; F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano 2000.

2 Cost., riconoscendone il contenuto come componente di quel nucleo di «principi supremi» che sarebbero sottratti alla stessa revisione costituzionale<sup>52</sup>. Ad esempio, richiamando detta disposizione, la Corte ha affermato l'illegittimità dell'istituto della conservazione dell'obbligo del servizio militare a carico di chi avesse perduto la cittadinanza italiana, dichiarando «non esservi dubbio che tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'articolo 2 della Costituzione della Repubblica sia da individuarsi anche il diritto di abbandonare il proprio paese»<sup>53</sup>. Inoltre, nella sentenza n. 388 del 1999 ha affermato chiaramente il principio di autosufficienza dell'ordinamento costituzionale italiano in base al quale la garanzia che la Costituzione assegna ai diritti umani non è meno ampia o meno intensa rispetto a quella attribuita ai cittadini italiani dalle convenzioni internazionali.

Su questo filone si pone anche la sentenza n. 73 del 2001, sul caso *Baraldini*, che ha perfezionato la teoria dei c.d. 'controlimiti' delle norme internazionali pattizie, cui deve essere ricondotta anche la Convenzione europea. Di nuovo si afferma che norme pattizie sono prive di fondamento costituzionale nell'ordinamento italiano, mentre, le norme di adattamento, cioè le leggi di esecuzione dei trattati, possono essere sottoposte al vaglio di costituzionalità, al pari di ogni altra legge ordinaria: «Le norme di diritto internazionale pattizio prive di un particolare fondamento costituzionale assumono invece nell'ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione. Quando tale esecuzione è disposta con legge, il limite costituzionale vale nella sua interezza, alla stregua di quanto accade con riguardo ad ogni altra legge. Sottoponendo a controllo di costituzionalità la legge di esecuzione del trattato, è possibile valutare la conformità alla Costituzione di quest'ultimo e addivenire eventualmente alla dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione, qualora essa immetta, e nella parte in cui immette, nell'ordinamento norme incompatibili con la Costituzione»<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> V. in particolare le sentenze n. 203 del 1989 e n. 366 del 1991.

<sup>53</sup> V. sentenza n. 278 del 1992.

<sup>54</sup> Peraltro, la teoria dei controlimiti non ha ancora trovato concreta applicazione nei giudizi della Corte costituzionale. Deve comunque essere ricordato che questa teoria astrattamente applicabile anche al diritto comunitario non ha mai avuto l'avallo della Corte di Giustizia, che ha sempre mantenuto una posizione ferma sia in merito alla propria competenza esclusiva a verificare il rispetto dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, sia in merito alla posizione di supremazia che le fonti comunitarie rivestono anche rispetto alle fonti costituzionali. La recente sentenza 23 aprile 2009, C-378/07 e C-380/07, *Angelidaki*, conferma, in relazione ad una norma della Costituzione della Repubblica ellenica modificata successivamente

#### 4.2. Le decisioni della Corte Costituzionale dell'ottobre 2007

Il 24 ottobre 2007 la Corte Costituzionale ha reso due importanti sentenze, la n. 348<sup>55</sup> e la n. 349<sup>56</sup>: le questioni sono relative alla costituzionalità di una legge del 1992 che prescriveva la quantificazione dell'indennizzo in un importo inferiore al valore di mercato del bene<sup>57</sup>, a fronte della giurisprudenza della Corte europea in cui era stata inequivocabilmente affermata la necessità di corrispondere il valore di mercato del bene in tutti i casi in cui una persona era stata privata del diritto di proprietà<sup>58</sup>.

all'entrata in vigore di una direttiva e prima della scadenza del termine per la sua trasposizione, l'obbligo degli Stati membri destinatari della stessa, in pendenza del termine per la trasposizione di una direttiva, di astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere il risultato prescritto dal diritto comunitario. Cfr. G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi integr. eur.*, 2009, pp. 23 ss.; C. PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Dir. com. scambi int.*, 2009, pp. 211 ss.

<sup>55</sup> La sentenza n. 348 trae origine dalle ordinanze della Corte di Cassazione del 29 maggio e del 19 ottobre 2006, che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale relativamente alla disciplina italiana dell'indennità di esproprio per pubblica utilità, in relazione alla tutela del diritto di proprietà come riconosciuto dall'art. 1 del Primo protocollo e nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte europea.

<sup>56</sup> La sentenza n. 349 trae, invece, origine dalle ordinanze della Corte di Cassazione del 20 maggio 2006 e della Corte d'Appello di Palermo del 29 giugno 2006, che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale relativamente alla disciplina italiana dell'indennità nei casi di occupazione acquisitiva, c.d. accessione invertita, in relazione alla tutela del diritto di proprietà come riconosciuto dall'art. 1 del Primo protocollo e nell'interpretazione giurisprudenziale della Corte europea.

<sup>57</sup> Si tratta dell'art. 5 *bis* del Decreto-Legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992 n. 359, nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992. Il problema ricostruito da M. COMPORI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, II, p. 37 ss, ha trovato una definitiva soluzione nell'art. 2, comma 89, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, c.d. finanziaria per il 2008, pubblicata sul *Suppl. ord.*, n. 285/L alla *G.U.R.I.* 28.12.2007, n. 300. Cfr. A. SACCUCCI, *Indennità di esproprio e obblighi interraziali dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 143 ss.; E. BARILÀ, *La riforma dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili nella Finanziaria 2008*, in *Urb. App.*, 2008, p. 401 ss.; F. FILIPPUCI e N. ASSINI, *Incostituzionalità dell'art. 5-bis della legge n. 359/1992 in tema di indennità di espropriazione e di occupazione*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2008, p. 798 ss.; S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di «convenzionalità» ex art. 117 Cost.*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 163 ss.

<sup>58</sup> Il problema era stato in precedenza affrontato nella sentenza della Grande

Nel caso di specie al giudice ordinario non sarebbe stato consentito disapplicare le norme interne in contrasto con gli obblighi convenzionali<sup>59</sup> e comunque non vi erano altre norme dell'ordinamento

*Chambre* nel caso *Scordino contro Italia* del 29 marzo 2006 (n. 36813/97) in cui la Corte europea aveva affermato la violazione dell'art. 1 Primo Protocollo alla Convenzione in relazione al mancato riconoscimento di un indennizzo pari al valore di mercato del bene espropriato. Cfr. R. CONTI, *Scordino 3: un colpo tremendo alle casse dello Stato*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 695 ss.; R.M. BOVA, *Indennità di espropriazione. L'Italia condannata dalla CEDU*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 541 ss.; S. MIRATE, *Scordino ultimo atto: La Corte Europea torna a «condannare» l'occupazione acquisitiva ed indennizza al valore attuale il terreno occupato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, p. 1053 ss. Peraltro, l'affermazione dell'obbligo di indennizzo determinato sul valore di mercato del bene era già stato più volte affermato nella giurisprudenza della Corte europea, v. F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 379 ss.

<sup>59</sup> L'incompatibilità tra norma interna e norma convenzionale pattizia è una situazione diversa da quella in cui si rilevi l'incompatibilità tra norma interna e norma comunitaria direttamente applicabile: in questo caso il giudice nazionale dovrebbe, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia (in particolare caso *Simmenthal*, 9 marzo 1978, C-27/76), disapplicare la norma interna, oppure conformemente alla giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana (in particolare sentenza 160 del 1984, caso *Granital*) affermare non avere alcun 'rilievo' la norma nazionale contrastante, e di conseguenza disciplinare la fattispecie facendo diretta applicazione della norma comunitaria e quindi, in una situazione analoga, determinare l'indennizzo di espropriazione facendo riferimento alla previsione comunitaria. Il primato del diritto comunitario è stato recentemente confermato nella sentenza della Corte di Giustizia 19 novembre 2009, C-314/08, *Krzysztof Filipiak*, in merito al rifiuto dell'amministrazione finanziaria polacca di accordare ad un contribuente un'agevolazione fiscale relativamente a contributi di assicurazione malattia versati in un altro Stato membro (violando quindi i principi comunitari di stabilimento e di prestazione dei servizi), sebbene tale rifiuto fosse fondato su una decisione del giudice costituzionale nazionale di rinviare la perdita di efficacia delle disposizioni nazionali contrastanti con il diritto comunitario. Sul punto il giudice comunitario ha nuovamente affermato: «In forza del principio del primato del diritto comunitario, il conflitto tra una disposizione normativa nazionale e una disposizione del Trattato direttamente applicabile si risolve, per un giudice nazionale, con l'applicazione del diritto comunitario, disapplicando, se necessario, la disposizione nazionale confliggente, e non dichiarando la nullità della disposizione nazionale, in quanto la competenza al riguardo degli organi e dei giudici è riservata a ciascuno Stato membro. In tale contesto si deve ricordare che la Corte ha già dichiarato che l'incompatibilità con il diritto comunitario di una norma di diritto nazionale successiva non ha l'effetto di rendere quest'ultima inesistente. Posto di fronte a una situazione del genere, il giudice nazionale è obbligato a disapplicare tale norma, fermo restando che quest'obbligo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario», par. 82 e 83 della sentenza. Cfr., tra molti, A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario. Note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2419 ss. Da ultimo, R. MASTROIANNI, *L'ordina-*



italiano utili a quantificare l'indennizzo<sup>60</sup>. Come rilevato nella sentenza n. 349, «il giudice nazionale, se pure potesse direttamente recepire l'interpretazione della Corte europea, non avrebbe il potere di stabilire una disciplina indennitaria sostitutiva di quella prevista dalla norma denunciata»<sup>61</sup>.

Sebbene l'art. 117 primo comma Cost.<sup>62</sup> non attribuisca rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della Convenzione europea, il parametro individuato in tale articolo determina l'obbligo costituzionale del legislatore ordinario di rispettare le norme convenzionali, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con una disposizione della Convenzione e, più in generale con gli 'obblighi internazionali', viola per ciò stesso il parametro costituzionale. Nell'interpretazione della Corte costituzionale, l'art. 117 primo comma Cost. realizza «un rinvio mobile alla norma conven-

*mento giuridico nazionale nei rapporti con le leggi comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte costituzionale italiana*, in *Dir. com. scambi int.*, 2009, pp. 437 ss.

<sup>60</sup> Tanto più che fin dalla sentenza n. 67 del 1959, la Corte Costituzionale ha affermato che «l'espressione «indennizzo» dell'art. 42, terzo comma, non va interpretata nel senso letterale ed etimologico della parola ma soltanto come il massimo di contributo e di riparazione che, nell'ambito degli scopi di interesse generale, la pubblica Amministrazione può garantire all'interesse privato secondo una valutazione che spetta al legislatore nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali», che ben consentono di non determinare l'indennizzo in una somma pari al prezzo venale del bene acquisito per pubblica utilità.

<sup>61</sup> Così par. 2.2. della sentenza 349 del 24 ottobre 2007.

<sup>62</sup> Il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, della Costituzione è stato introdotto nell'ordinamento italiano con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (in G.U.R.I. 24 ottobre 2001, n. 248) ed è così formulato «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Cfr. L. BARTOLOMEI, *La garanzia costituzionale dei trattati alla luce della legge 5 giugno 2003, n. 131 contenente disposizioni per l'adeguamento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 853 ss.; G. GAJA, *La corte costituzionale di fronte al diritto europeo*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Ed. Scientifica, Napoli 2006, pp. 255 ss.; I. VIARENGO, *Corte costituzionale, Corte di giustizia e tutela dei diritti fondamentali in Europa*, *ibidem*, pp. 435 ss.; N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Ed. Scientifica, Napoli 2006; M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 18 ss.; G. SORRENTI, *La Cedu tra vecchie (sostanziali) e nuove (formali) ipotesi di copertura*, *ibidem*, pp. 241 ss.

zionale di volta in volta conferente»<sup>63</sup>, che dà vita e contenuto agli obblighi internazionali, diversi da quelli compresi nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost., in questo modo operando quale norma interposta per la verifica di compatibilità costituzionale: la conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, ad esempio della Convenzione europea, si traduce in una violazione dell'art. 117 primo comma Cost.<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Così par. 6.2 della sentenza 349 del 24 ottobre 2007.

<sup>64</sup> Tra i numerosi commenti in dottrina G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 136 ss.; E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 140 ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, pp. 301 ss.; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione (nota a Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348; Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349)*, in *Giur. it.*, 2008, 569 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con esse confliggenti (Osservazione a Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3475 ss.; R. CALVANO, *La corte costituzionale e la CEDU nella sentenza 348/2007: orgoglio o pregiudizio?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 574 ss.; M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, pp. 357 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2008, pp. 333 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3569 ss.; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 767 ss.; A. BULTRINI, *Le sentenze 348 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 171 ss.; E. SCISO (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Roma, 2008; F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, pp. 489 ss.; L. CAPPUCCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, I, 47 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, I, 50 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, 133 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2008, 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. cost.*, 2008, 140 ss.; M. SALVADORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano*, in *Dir. Politiche Un. Eu.*, 2008, pp. 128 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (Brevi note a margine delle sentenze nn. 347 e 348/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. soc.*, 2009, 213 ss.; più recente, L.S. ROSSI, *Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court*, in *C.M.L.R.*, 2009, p. 319 ss.



Un ulteriore aspetto da considerare è se il limite così stabilito dall'art. 117 primo comma per la legislazione statale sia destinato a valere per il futuro e non determini la caducazione per incostituzionalità sopravvenuta anche delle norme statali anteriori al 2001 che fossero ritenute incompatibili con la Convenzione o comunque lesive dei principi affermati nella giurisprudenza della Corte europea.

È evidente che il rispetto degli obblighi internazionalmente assunti crea e rafforza un dovere di interpretazione conforme in capo a tutti gli operatori giuridici interni e soprattutto di esecuzione interna delle pronunce del giudice europeo, ma diversa prospettazione potrebbe essere utilizzata in relazione a disposizioni normative precedenti o a disposizioni normative successive la riforma costituzionale che ha modificato l'art. 117 primo comma Cost.<sup>65</sup>. Infatti, in relazione a disposizioni normative successive alla riforma costituzionale del 2001 dovrebbe essere inevitabilmente affermata l'illegittimità costituzionale di un intervento legislativo contrastante con gli obblighi discendenti dalla Convenzione europea. Diversamente, rispetto a disposizioni normative precedenti la riforma costituzionale del 2001, non è chiaro se l'eventuale mancata ottemperanza da parte del legislatore italiano alle sentenze della Corte europea possa consentire un giudizio di costituzionalità in rapporto all'art. 117 primo comma nei confronti di tali leggi, considerato che la loro illegittimità costituzionale sarebbe affermabile in relazione a norme costituzionali temporalmente successive.

Un caso che presenta forti analogie con la prospettazione avanzata è stato giudicato dalla Corte costituzionale nella sentenza *Russel* del 1979<sup>66</sup>, in cui alla consuetudine internazionale in materia di

<sup>65</sup> Cfr. U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Studi Integr. eur.*, 2008, pp. 7 ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, pp. 315 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Consulta "guarda in faccia" gli obblighi internazionali e la Cedu*, in *Studium iuris*, 2008, pp. 279 ss.; S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, pp. 297 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 215 ss.; A. BONOMI, *Il limite degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino 2008; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in G. VENTURINI e S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano 2009, pp. 173 ss.

<sup>66</sup> Sentenza 18 giugno 1979, n. 48. Il caso giudiziario riguarda un colonnello, *Russel* appunto, addetto militare dell'ambasciata canadese di Roma, il quale era stato convenuto in giudizio dal suo locatore per il pagamento di canoni di locazione ar-

immunità diplomatiche riconosciuta dal rinvio dell'art. 10 Cost. alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute si opponeva l'art. 24 della Costituzione relativo al diritto alla tutela giurisdizionale. Nella sua decisione la Corte adottò un criterio cronologico sulla presunzione che la Costituzione abbia accolto il diritto consuetudinario preesistente alla sua entrata in vigore. In particolare, la Corte affermò che le regole consuetudinarie internazionali preesistenti la Costituzione, come quelle sulle immunità diplomatiche, potessero prevalere a titolo di specialità su qualsiasi altra norma costituzionale, mentre per le norme consuetudinarie, la cui formazione fosse successiva al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, avrebbero potuto essere immesse nell'ordinamento italiano solo se conformi ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale come identificato dalla stessa Corte costituzionale nella sua giurisprudenza<sup>67</sup>.

Diversa questione è stata affrontata nella sentenza della Corte Costituzionale n. 38 del 2008 in relazione all'incompatibilità tra norma interna precedente e norma convenzionale successiva<sup>68</sup>. Da una parte la Corte ha affermato la prevalenza della norma pattizia posteriore per abrogazione della norma interna anteriore incompatibile, dall'altra, la prevalenza della norma pattizia posteriore a seguito di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna anteriore incompatibile: la prima accertabile in caso di evidente contrasto e con

retrati; la domanda venne contrastata dal convenuto facendo valere il proprio *status* di diplomatico e quindi il diritto all'immunità dalla giurisdizione civile.

<sup>67</sup> La prospettazione, per quanto criticabile, è chiaramente affermata nella sentenza del 1979. In relazione al contrasto tra regola dell'immunità e tutela giurisdizionale la Corte ha osservato come «il denunciato contrasto sia soltanto apparente e risolubile applicando il principio di specialità» dal momento che «le deroghe alla giurisdizione derivanti dall'immunità diplomatica non sono incompatibili con le norme costituzionali invocate, in quanto necessarie a garantire l'espletamento della missione diplomatica, istituto imprescindibile del diritto internazionale, dotato anche di garanzia costituzionale, come risulta dall'art. 87 della Costituzione, secondo cui il Presidente della Repubblica «accredita e riceve i rappresentanti diplomatici». Inoltre, «Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione».

<sup>68</sup> Sentenza 25 febbraio 2008, n. 39, relativa alla legittimità costituzionale della legge del 1942 sul fallimento nelle parti in cui fa automaticamente derivare dalla dichiarazione di fallimento e dalla conseguente iscrizione nel pubblico registro dei falliti la perdita dei diritti civili.

effetto *inter partes*, la seconda accertabile in ogni caso di difformità, ma con effetto *erga omnes*<sup>69</sup>.

#### 4.3. Ruolo dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea

Nella visione sottesa alle due sentenze del 2007, la Corte costituzionale e la Corte europea ricoprono ruoli diversi, sebbene entrambe tendano alla realizzazione di un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione europea e dei suoi Protocolli spetta alla Corte europea, in modo che sia garantita l'applicazione uniforme della tutela dei diritti dell'uomo all'interno degli Stati Parte. Alla Corte costituzionale, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, comma I, Cost. in relazione al contrasto, non risolvibile in via interpretativa dal giudice ordinario, con una o più norme della Convenzione europea, spetta, invece, accertare tale contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme convenzionali, secondo l'interpretazione data dalla Corte europea, garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana<sup>70</sup>. Di conseguenza la Corte

<sup>69</sup> Come è stato rilevato, gli istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro ma si muovono su piani diversi ed hanno effetti diversi e competenze diverse. In particolare il campo dell'abrogazione è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge; v. E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, Relazione presentata al Seminario dal titolo "Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009. Per una critica alla sentenza R. MASTROIANNI, *Anche le leggi precedenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono essere rimosse dalla Corte costituzionale?*, in *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 456 ss.; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, pp. 581 ss.

<sup>70</sup> Cfr. P. GAETA, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale* (bozza provvisoria), incontro si studio organizzato dal CSM, *I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali*, Roma, 22-24 giugno 2009, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17895.pdf>, sito visitato il 7.11.2009; P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Quad. della Rass. dir. pubbl. eur., Napoli 2008; L. MONTANARI, *Interpretazione conforme e Convenzione europea dei diritti dell'uomo e canoni di proporzionalità e adeguatezza*, in M. D'AMICO e B. RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino

costituzionale non esercita una competenza di tipo interpretativo sulle norme della Convenzione – interpretazione che rimane di esclusiva competenza della Corte EDU – ma verifica la compatibilità della norma convenzionale con le pertinenti norme della Costituzione: «in tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa»<sup>71</sup>.

Parallelamente il giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, deve applicare le norme convenzionali, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti e, se non vi è una situazione di evidente incompatibilità, deve chiaramente interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale. Qualora l'interpretazione conforme non sia possibile, ovvero il giudice ordinario rilevi una insanabile situazione di incompatibilità tra la norma interna e la disposizione convenzionale 'interposta', egli dovrà investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, comma I, Cost. o dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto.

Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta alla Corte Costituzionale verificare che il contrasto sussista e risulti effettivamente insanabile sia operando attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo, sia accertando che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla disposizione della Convenzione europea<sup>72</sup>. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata

2009, pp. 491 ss.; R. DE CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte EDU nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 829 ss.

<sup>71</sup> Così in fine al par. 6.2 della sentenza n. 349 del 24 ottobre 2007.

<sup>72</sup> Infatti, l'art. 53 «Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti» della Convenzione europea precisa che «Nessuna delle disposizioni della presente Conven-

l'illegittimità costituzionale della norma di diritto interno per violazione dell'art. 117 primo comma Cost., in relazione alla Convenzione europea.

Deve essere rilevato come la Corte costituzionale disponga di strumenti diversi rispetto a quelli della Corte europea. Infatti, la Corte costituzionale è giudice delle libertà e dei diritti fondamentali in quanto giudice delle leggi<sup>73</sup>, mentre la Corte europea è giudice delle libertà e dei diritti fondamentali, ma in quanto giudice di comportamenti concreti<sup>74</sup>. Per chiarire la diversità di strumenti a disposizione delle due corti possiamo richiamare due decisioni relative al cognome parentale. Nella sentenza n. 61 del 2006 la Corte costituzionale, pur ritenendo contraria alla Costituzione la disciplina che impone al figlio legittimo l'acquisto automatico del cognome del padre, «anche quando vi sia in proposito una diversa volontà dei coniugi, legittimamente manifestata», ha ritenuto di non poter dichiarare l'illegittimità costituzionale per non ricorrere ad «una operazione manipolativa esorbitante», in quando avrebbe dovuto scegliere tra più soluzioni compatibili con la Costituzione, in questo modo interferendo con le scelte del legislatore. Invece, la Corte europea, nel caso *Ünal Tekeli*<sup>75</sup>, ha condannato la Turchia per violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e dell'articolo 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione, in relazione all'obbligo della donna coniugata di portare il patronimico del marito<sup>76</sup>.

zione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi», in questo modo fissando un principio di favore per eventuali normative nazionali che attribuiscono una maggiore protezione.

<sup>73</sup> A questo si aggiunga che nell'ordinamento italiano non esistono, al momento, strumenti, come la *Verfassungsbeschwerde* o il *recurso de amparo*, che consentono di portare direttamente doglianze individuali davanti al giudice costituzionale, ma il giudizio di costituzionalità è previsto solo come giudizio incidentale.

<sup>74</sup> Infatti, la qualità di 'vittima' del ricorrente è una delle condizioni di ricevibilità di un ricorso individuale alla Corte europea. Cfr. la dichiarazione di irricevibilità del 16.12.2008, n. 55185/08, nel caso Ada Rossi ed altre sette associazioni di genitori e amici di persone gravemente handicappate relativamente ad Eluana Englaro. Per ragioni diverse sono stati dichiarati inammissibili i ricorsi attraverso i quali la Camera dei deputati ed il Senato della repubblica hanno sollevato davanti alla Corte costituzionale un conflitto tra poteri dello Stato nei confronti della decisione della cassazione sulla vicenda Englaro, ordinanza 334 dell'8.10.2008, v. R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, I, 49 ss.

<sup>75</sup> Decisione del 16 novembre 2004, caso *Ünal Tekeli* contro Turchia, n. 29865/96.

<sup>76</sup> Questo sebbene la Corte europea abbia precisato di «non sottovalutare le importanti ripercussioni che un mutamento di sistema, vale a dire il passaggio da un

Alla Corte costituzionale, così come agli altri giudici italiani, non dovrebbe essere consentito sindacare l'interpretazione della Convenzione elaborata dalla Corte europea, ma dovrebbero semplicemente verificare se le disposizioni della Convenzione europea, nell'interpretazione data dalla Corte, non si pongano in conflitto con altre norme della nostra legge fondamentale<sup>77</sup>; in caso di conflitto costituzionale la Corte dovrebbe operare un bilanciamento tra l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. ed i valori costituzionali rilevanti.

Le prospettazioni seguite dalle sentenze dell'ottobre 2007 hanno recentemente trovato conferma nella sentenza n. 311 del 16 novembre 2009<sup>78</sup>, in relazione alla presunta incostituzionalità delle norme della legge finanziaria 2006 in merito al diritto al riconoscimento integrale dell'anzianità di servizio maturata da personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario statale, c.d. personale ATA. Per decidere la questione di costituzionalità la Corte richiama la giurisprudenza europea sull'eccessiva durata dei procedimenti, quale violazione del diritto ad un giusto processo, in relazione all'obbligo per il legislatore di non interferire nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su di una determinata categoria di controversie, attraverso

sistema tradizionale di nome di famiglia basato sul patronimico dello sposo ad altri sistemi, che permettano o a ciascuno degli sposi di mantenere il suo nome, oppure alla coppia di scegliere liberamente un nome comune, avrà inevitabilmente nella tenuta dei registri di stato civile»: ciò, in quanto si deve poter «ragionevolmente esigere dalla società che accetti certi inconvenienti al fine di permettere alle persone di vivere nella dignità e nel rispetto, conformemente al nome che esse hanno scelto», parr. 63 e 64 della sentenza.

<sup>77</sup> Il punto è già stato affrontato dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al diritto comunitario con la sentenza del 13.4.1989 n. 232, nel caso *Spa Fragd e Amministrazione delle Finanze dello Stato*, nella quale la Corte costituzionale, in nome del diritto di agire in giudizio, era andata assai vicina a una dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 177 (oggi 234) del Tr. CEE, in quanto avrebbe consentito alla Corte di giustizia di delimitare la retroattività delle proprie pronunce pregiudiziali d'invalidità, escludendo dalla relativa efficacia le controversie che vi avevano dato luogo. In questo caso era stata sottoposta a giudizio di costituzionalità la norma regolamentare attraverso la disposizione del trattato che ne prevedeva l'obbligatorietà, allo scopo di pervenire ad una decisione di accoglimento che colpisse la disposizione rinviante "in quanto" avesse consentito l'emanazione di un regolamento lesivo dei controllimiti.

<sup>78</sup> Sentenza 16 novembre 2009, n. 311, depositata il 26 novembre 2009. Per un primo commento, R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della Cedu? (nota a Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311)*, in *www.federalismi.it*, n. 24 del 2009.

norme interpretative che assegnino alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato parte del procedimento, salvo il caso di «ragioni imperative d'interesse generale». Come affermato dalla Corte europea nel caso *Simaldone*<sup>79</sup>, se in linea di principio il legislatore può intervenire in materia civile con nuove disposizioni retroattive su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello stato di diritto e la nozione di equo processo, sancito dall'articolo 6 della Convenzione europea, vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito di una controversia, salvo che per motivi imperativi di interesse generale («*impérieux motifs d'intérêt général*»). La sentenza 311 del 2009 interpreta, quindi, il requisito della parità delle armi come obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari<sup>80</sup>, escludendo l'esistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si ponga automaticamente in contrasto con la Convenzione europea e, di conseguenza, riconosce la legittimità dell'azione del legislatore nazionale che non ha travalicato i limiti fissati dalla Convenzione stessa<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Decisione 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, n. 22644/03 in cui la Corte europea ha riconosciuto la violazione delle norme relative all'equo processo in relazione all'eccessiva durata del procedimento avviato da F. Simaldone, dipendente di una A.S.L., avanti al TAR Campania per ottenere il rimborso dei buoni pasto che non gli erano stati corrisposti. La decisione *Simaldone* segue la precedente decisione della Grande Chambre del 29 marzo 2006, *Cocchiarella c. Italia*, n. 64886/01. V. C. CIUFFETTI, *La legge n. 89 del 2001 a Strasburgo, tra luci della ribalta e prove di resistenza: dalla decisione Brusco c. Italia del 6 settembre 2001 alla sentenza Simaldone c. Italia del 31 marzo 2009*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9 del 2009.

<sup>80</sup> Sentenza 311 del 2009, in particolare par. 7 e ss. «la legge n. 124 del 1999 ha inteso governare una particolare operazione di riassetto organizzativo riguardante un ampio numero di soggetti. La disposizione di legge censurata ha contribuito a soddisfare l'indiscutibile interesse generale a rendere tendenzialmente omogeneo il sistema retributivo di tutti i dipendenti del ruolo statale, al di là delle rispettive provenienze, impedendo che una diversa interpretazione potesse determinare, non solo una smentita dell'originario principio di "invarianza della spesa", ma anche e soprattutto un assetto che rischiava, esso sì irragionevolmente, di creare un potenziale vulnus al principio di parità di trattamento, che le amministrazioni pubbliche devono garantire. In tal modo, nella specie ricorrono più di una tra quelle «ragioni imperative di interesse generale» che consentono, nel rispetto dell'art. 6 della Convenzione europea e nei limiti evidenziati dalla Corte di Strasburgo, interventi interpretativi e retroattivi», par. 9.

<sup>81</sup> In particolare nella sentenza 311 si evidenzia sia «l'esigenza di "ristabilire" una delle possibili direzioni dell'originaria intenzione del legislatore (...) recepita dalle norme di attuazione fin da tale fase, sia pure nella forma del decreto ministeriale poi ritenuta inadeguata da una parte della giurisprudenza», sia come «l'intervento del le-



Oltre alla rilevanza per il caso concreto, la sentenza 311 del 2009 si evidenzia per l'inequivoca affermazione in merito al ruolo interpretativo della giurisprudenza della Corte europea da parte della stessa Corte Costituzionale. Precisamente alla Corte costituzionale «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione».

Deve essere sottolineato che nel caso eccezionale, in cui il raffronto dei principi europei con la Carta costituzionale determini un insanabile contrasto di valori, per la Corte deve escludersi «l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.», con la conseguenza di poter arrivare a sancire «l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)»<sup>82</sup>.

##### 5. *L'attuazione delle decisioni di condanna della Corte EDU nei confronti dell'Italia*

Sotto il profilo procedurale, l'attività di esecuzione delle sentenze comincia con la trasmissione da parte della Rappresentanza Permanente nazionale presso il Consiglio d'Europa dell'ordine del giorno della riunione del Comitato dei Ministri alle autorità amministrative, politiche e giudiziarie dello Stato ritenute competenti ai fini dell'esecuzione delle sentenze definitive in relazione alle materie oggetto delle sentenze. Nella prassi, fino ad oggi, è stata la Rappresentanza permanente d'Italia presso il Consiglio d'Europa e per essa il co-agente del Governo, a svolgere i compiti di individuazione degli organi competenti per l'esecuzione delle sentenze di condanna dello Stato italiano.

L'ordine del giorno contiene per ogni caso o gruppi di casi l'indicazione delle misure richieste, o come indicato nelle decisioni della

gislatore non abbia vanificato del tutto i diritti sorti ed acquisiti sulla base della legge interpretata, restando intatti quelli al trattamento migliore conseguito dopo l'inquadramento nel nuovo ruolo, mediante la conservazione di un assegno personale», oltre al fatto che «il procedimento relativo alla vicenda del trasferimento dei dipendenti ATA abbia avuto la garanzia di un processo equo, anche attraverso l'incidente di costituzionalità conclusosi con una dichiarazione di infondatezza della questione, rispetto a parametri costituzionali coerenti con la norma convenzionale, pienamente compatibile, così interpretata, con il quadro costituzionale italiano», v. par. 9 in fine.

<sup>82</sup> V. Sentenza 311 del 2009, in particolare par. 6.



Corte EDU o dallo stesso Comitato dei Ministri. Ad esempio, per i casi di inadempimento vi è quasi sempre la richiesta da parte del Comitato dei Ministri di dare pubblicazione della sentenza della Corte tradotta sul Bollettino del Ministero della Giustizia e di comunicarla alle autorità giudiziarie del procedimento interno o al ramo dell'amministrazione chiamato in causa.

Per quanto concerne l'inadempimento all'obbligo di pagamento dell'equa riparazione, nei casi iniziati prima del 2007, il Ministero della Giustizia provvedeva a trasmettere un modello al ricorrente vittorioso con le richieste di codice fiscale e di altri dati contabili necessari per il pagamento che doveva essere eseguito entro tre mesi dalla data in cui la sentenza diveniva definitiva, come espressamente indicato nel dispositivo della decisione della Corte europea, pena la corresponsione degli interessi al saggio legale praticato dalla Banca Centrale Europea. La legge finanziaria 2007 ha, invece, individuato, all'art. 1, comma 1225, il Ministero dell'Economia come unico soggetto tenuto ai pagamenti di tutte le sentenze emesse dalla Corte EDU<sup>83</sup>.

Sotto il profilo della legislazione italiana ordinaria, ricordiamo come la legge 12 del 2006<sup>84</sup> abbia introdotto importanti modifiche nell'ordinamento tese a creare un efficiente e costante collegamento tra il sistema della Convenzione europea e l'ordinamento italiano. In particolare detta legge stabilisce che il Presidente del Consiglio dei Ministri, direttamente o conferendone delega ad un ministro, promuova gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunichi tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti; e presenti annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce.

Inoltre, l'art. 1 del DPR 28 novembre 2005, n. 289<sup>85</sup> fa obbligo di

<sup>83</sup> Legge 27 dicembre 2006, n. 296, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*, in suppl. ord. 244 alla G.U.R.I. 27 dicembre 2006, n. 299.

<sup>84</sup> Legge 9 gennaio 2006 n.12, *Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, (in G.U.R.I., 19 gennaio 2006, n. 15) che ha modificato l'art. 5, comma 3, lett. a *bis* della legge 23 agosto 1988, n. 400, e le cui disposizioni attuative sono state dettate con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 febbraio 2007 (in G.U.R.I. 10 aprile 2007, n. 83). V. F. PERRINI, *La legge 12/2006 e l'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere*, in *Dir. com.*, 2009, pp. 339 ss.

<sup>85</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 28 novembre 2005 n. 289, *Regola-*

iscrivere, nel sistema del casellario giudiziale, l'estratto delle decisioni definitive adottate dalla Corte EDU concernenti i provvedimenti giuridici ed amministrativi definitivi delle autorità nazionali già iscritti, in modo da consentire l'effettiva applicazione delle decisioni della Corte EDU nell'ordinamento italiano.

La maggiore attenzione dell'ordinamento italiano al rispetto delle norme della Convenzione si manifesta anche in via preventiva con il controllo di compatibilità dei disegni di legge in discussione in Parlamento. In particolare un'attività di verifica è posta in essere, durante la fase legislativa, attraverso le Commissioni Affari Costituzionali del Senato e della Camera; un'attività di vigilanza è, invece, esperita dal Comitato Parlamentare Permanente per l'esame delle sentenze della Corte europea, istituito in data 25 luglio 2006, con il compito di sovrintendere alla integrale esecuzione delle pronunce per i profili normativi connessi e promuovere la riduzione del contenzioso, dando indicazioni utili al Parlamento per l'adozione delle leggi necessarie agli scopi; mentre il controllo di costituzionalità spettante al Capo dello Stato, ai sensi dell'articolo 74 Cost., dovrebbe consentire il rinvio alle Camere delle leggi eventualmente contrastanti con i trattati internazionali in forza del rinvio di cui all'articolo 117 primo comma Cost.

A questi strumenti attuativi si aggiunge l'istituzione dell'Osservatorio permanente, progettato dall'Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo (UFTDU) e finanziato dal Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, al fine di offrire un servizio di consultazione ed informazione in lingua italiana della giurisprudenza della Corte europea<sup>86</sup>.

Da ultimo ricordiamo la c.d. legge Pinto<sup>87</sup>, uno specifico rimedio introdotto nell'ordinamento italiano per contrastare l'irragionevole durata dei processi, la cui applicazione ha posto, e continua a porre, non pochi problemi interpretativi. L'iniziale orientamento della Cassazione sulla legge Pinto prescindeva dai criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, ma la decisione Scordino ha chiarito come l'adozione di una misura o di una decisione favorevole al ricorrente

*mento recante integrazioni al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale* (in G.U.R.I. 14 gennaio 2005, n. 11).

<sup>86</sup> Il sito dell'Osservatorio è [www.osservatoriocedu.it](http://www.osservatoriocedu.it). Pare opportuno segnalare anche altri siti italiani attenti al tema dei diritti dell'uomo, quali la Consulta per la Giustizia Europea dei diritti dell'uomo, v. <http://www.dirittiuomo.it/>, e l'Unione forense per la tutela dei diritti dell'uomo, v. <http://unionedirittiumani.it/>.

<sup>87</sup> Legge n. 89 del 2001, c.d. legge Pinto, Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 del codice di procedura civile, in *GURI* 3.4.2001, n. 78.

non sia di per sé sufficiente ad eliminare la qualità di “vittima” ex art. 34 della Convenzione: la Corte di Strasburgo ha, quindi, escluso che l'adozione di una legge interna sia di per sé sufficiente a ritenere superata la violazione della Convenzione e dunque a ritenere che siano adempiuti gli obblighi di esecuzione<sup>88</sup>. Di conseguenza la Corte di Cassazione si è allineata alla giurisprudenza di Strasburgo, e ha interpretato la legge Pinto in modo conforme alle indicazioni provenienti dalla Corte europea per quanto riguarda sia i parametri indicativi per il computo degli anni di durata ragionevole di un processo, superati i quali scatta la possibilità di richiedere l'equa riparazione, sia l'entità della somma da accordare a titolo di equa riparazione per ogni anno<sup>89</sup>. Meno conosciuta, invece, è la circostanza che la Corte europea moltiplichi questa somma annua per tutti gli anni in cui è durato il processo irragionevolmente lungo, mentre l'art. 2 della legge Pinto stabilisce che per determinare l'entità della riparazione «rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole» di durata del processo<sup>90</sup>. Questa difformità di previsione dovrebbe essere sottoposta alla valutazione della Corte costituzionale al

<sup>88</sup> Nella prospettiva delle decisioni Scordino, sentenza della *Grand Chambre* 29 marzo 2006 (n. 36813/97) – che segue la decisione di ricevibilità del 27 marzo 2003, nonché la decisione della Camera del 29 luglio 2004 – ciò che rileva è come la norma trovi applicazione nella giurisprudenza nazionale. Infatti, qualora nell'applicazione della legge interna non venga esplicitamente o implicitamente riconosciuta la violazione della Convenzione, né liquidata una riparazione adeguata e sufficiente, la parte sarà legittimata a presentare nuovo ricorso alla Corte EDU. Per questo, proprio nel caso Scordino, la Corte EDU ha ritenuto di poter entrare nel merito delle doglianze dei ricorrenti, superando l'eccezione preliminare sollevata dal Governo italiano di esistenza di un rimedio interno per il caso di durata irragionevole del processo. L'interpretazione giurisprudenziale conforme alla Convenzione è stata quindi ritenuta essenziale al fine di escludere la persistenza della qualità di vittima in relazione a situazioni soggettive tutelate dalla Convenzione stessa anche sotto il profilo dell'entità della riparazione.

<sup>89</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli 2003, pp. 117 ss.; S. VEZZANI, *Nuovi orientamenti di cassazione in tema di riparazione del danno non patrimoniale per durata irragionevole del processo: la sentenza nel caso Zullo*, in *Riv. dir. int.*, 2008, pp. 800 ss.

<sup>90</sup> Prendiamo ad esempio un processo che abbia percorso primo e secondo grado e Cassazione e che secondo la Corte europea e la stessa Cassazione dovrebbe aver avuto una durata fisiologica di sei anni (tre più due più uno), mentre in realtà è durato dodici anni; in questo caso la Corte europea moltiplicherà la somma annua per dodici, mentre la Cassazione, seguendo la legge Pinto, moltiplicherà la stessa somma per sei, con il risultato che l'equa riparazione accordata dalla Cassazione sarà circa la metà di quella che avrebbe accordato la Corte europea in sede di equa soddisfazione per la violazione del diritto convenzionale.

fine di rilevare l'eventuale incostituzionalità della previsione in relazione alla giurisprudenza della Corte europea<sup>91</sup>.

#### 6. *La tutela dei diritti dell'uomo tra convenzione europea e diritto comunitario*

Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, dai 27 capi di Stato e di governo degli Stati membri dell'Unione, ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009<sup>92</sup>, attribuisce valore giuridico alla Carta dei Diritti fondamentali.

Nei primi anni della costruzione comunitaria la Corte di giustizia ha superato la mancanza di norme in tema di diritti fondamentali nei trattati attraverso l'utilizzazione dei principi generali ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>93</sup>. Sempre at-

<sup>91</sup> Il problema è stato più volte portato all'attenzione delle Corti d'appello e della Corte di cassazione, ma al momento alcuna questione di costituzionalità risulta essere stata sollevata. Sul punto paiono interessanti le affermazioni di una recente sentenza della Corte di Cassazione, sez. I civ., 6 maggio 2009, n. 10451 «se non fosse stato possibile affermare la manifesta infondatezza dell'eccezione di illegittimità costituzionale in esame, avrebbe dovuto essere vagliata la conformità del criterio desunto dalla norma convenzionale da parte del giudice europeo all'art. 111, secondo comma, Cost., in virtù del quale nel nostro ordinamento il processo deve avere un tempo di svolgimento o di "ragionevole durata" [...], poiché potrebbe porsi in contrasto con i principi costituzionali (anche in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza) un obbligo di indennizzo stabilito in relazione ad una fase e ad un tempo che necessariamente deve esserci. Peraltro, è solo questa interpretazione che evita di approfondire ulteriori profili [...] di illegittimità costituzionale di un'esegesi che, attraverso rigidi automatismi e meccanismi presuntivi di non sicura ragionevolezza, in un sistema economico e di finanza pubblica caratterizzato dalla limitatezza delle risorse disponibili, rischia di porre la norma convenzionale in esame (e l'interpretazione offertane dal giudice europeo) in contrasto con le norme costituzionali che riconoscono e tutelano i diritti fondamentali, sacrificandone alcuni, di pari, se non superiore livello».

<sup>92</sup> Il trattato di Lisbona modifica i due Trattati fondamentali che sono il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, che viene rinominato "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (TFUE). Per la versione consolidata dei nuovi trattati comunitari, v. G.U.U.E. 9 maggio 2008 n. C-115. Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea v. lo studio di S. DELLAVALLE, *Constitutionalism Beyond the Constitution. The Treaty of Lisbon in the Light of Post-National Public Law*, New York University School of Law - Jean Monnet Working Paper 03/09, in [www.JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org) (sito visitato il 7.11.2009).

<sup>93</sup> Fin dalla sentenza *Stauder* del 12 novembre 1969 (causa 29/69, *Raccolta* 1969, pp. 419 ss.), la Corte comunitaria ha affermato che i diritti fondamentali della persona sono ricompresi nei principi generali del diritto comunitario dei quali essa assicura il rispetto. Con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft MBH* del 17 di-

traverso i principi generali di diritto comunitario ha fatto applicazione delle convenzioni internazionali cui gli Stati membri fossero parte, quali la Carta sociale europea, le convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro, i Patti delle Nazioni Unite del 1966 e, inevitabilmente, la Convenzione europea<sup>94</sup>.

La proclamazione della Carta dei diritti fondamentali a Nizza nel 2000<sup>95</sup> ha consentito alla Corte di farne un'applicazione pretoria integrandola nell'ordinamento giuridico comunitario<sup>96</sup>. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta nella versione adottata a Strasburgo nel 2007<sup>97</sup>, ha lo stesso valore dei Trattati<sup>98</sup> diventando così

cembre 1970 (Causa 11/70, *Raccolta* 1970, pp. 1125 ss.), la Corte ha precisato che la salvaguardia dei diritti fondamentali, in quanto principi generali dell'ordinamento comunitario, deve essere ispirata dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

<sup>94</sup> In particolare nella sentenza *Nold* del 14 maggio 1974 (Causa 4/73, *Raccolta*, 1974, pp. 491 ss.), la Corte ha precisato che gli strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo possono ugualmente fornire elementi di cui tener conto nell'ambito del diritto comunitario, per giungere poi, con la sentenza *Rutili* del 18 ottobre 1975 (Causa 36/75, *Raccolta*, 1975, p. 1219 s.) a citare esplicitamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche considerato che, con la ratifica della Francia nel maggio del 1974, tutti i paesi membri erano divenuti parti della Convenzione.

<sup>95</sup> Cfr. F. POCAR, *Commento alla carta dei diritti fondamentali*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova 2001, pp. 7 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna 2001; G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano 2001; L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2002; R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Cedam, Padova 2002; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, pp. 73 ss.; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 13 ss.

<sup>96</sup> V. tra le decisioni più recenti e significative sentenza 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, in *Raccolta* 2006, pp. I-5769 ss., in particolare par. 38; sentenza 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05, in *Raccolta* 2007, pp. I-5769 ss.; sentenza 11 dicembre 2007, in particolare par. 91, *International Transport Workers' Federation*, C-438/05, in *Raccolta* 2007, pp. I-10779 ss., in particolare par. 44; nonché sentenza 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, C-244/06, in *Raccolta* 2008, pp. I-505 ss., in particolare par. 41.

<sup>97</sup> In G.U.U.E. 14.12.2007, n. C303. Cfr. L.S. ROSSI, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, in E. EECKHOUT, T. TRIDIMAS, *Yearbook of European Law 2008*, Oxford University Press., Oxford 2009, pp. 65 ss.; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, pp. 655 ss.; F. BASSANINI e G. TIBERI (a

una delle materie su cui la Corte di Giustizia può esercitare sia il controllo di legittimità sia la propria competenza interpretativa.

Tuttavia, all'Unione europea non è stata attribuita una competenza generale in tema di diritti fondamentali: le istituzioni comunitarie hanno l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali, analogamente agli Stati membri, quando applicano il diritto comunitario e la Corte di giustizia non può decidere sul rispetto dei diritti dell'uomo in materie che sono escluse dal campo di applicazione dei Trattati<sup>99</sup>. I diritti fondamentali sono una struttura all'interno della quale deve inserirsi il diritto dell'Unione, ma non costituiscono una modalità di ampliamento delle competenze, come emerge chiaramente dall'art. 6 del Trattato sull'Unione «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione» (art. 6, par. 1, secondo capoverso TrUE), nonché dall'art. 51, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali<sup>100</sup>. Infatti l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali di cui all'art. 51 par. 1 è stabilito in relazione «alle competenze dell'Unione come fissate nei Trattati», di conseguenza, nell'applicazione del Trattato di Lisbona, l'Unione e gli Stati membri non hanno specifici obblighi di rispetto dei diritti umani in relazione a materie che non sono comprese nei trattati.

Peraltro, un certo ampliamento della sfera di applicazione dei diritti dell'uomo sembrerebbe possibile per connessione sia nel caso delle competenze concorrenti, sia in tutti i casi in cui la Corte debba verificare la compatibilità con il diritto comunitario, ed in particolare

cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna 2008, pp. 89 ss.

<sup>98</sup> Precisamente la nuova formulazione dell'art. 6.1 del Trattato sull'Unione recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». Sul Trattato di Lisbona J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna 2007; R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, pp. 21 ss.; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winnings Minds Not Hearts*, in *Common Market Law Rev.*, 2008, p. 617 ss.; Y. DEVUYST, *The European Institutional Balance After the Treaty of Lisbon: «Community Method» and «Democratic Method» Reassessed*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2008, p. 247 ss.

<sup>99</sup> Il punto era già stato chiarito nella precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia, v. sentenza 18 giugno 1991, ERT, c-260/89, in *Raccolta* 1991, pp. I-2925, in particolare par. 41-42, nonché il parere 2/94 del 28 marzo 1996, in *Raccolta* 1996, pp. I-1758 ss., relativo all'adesione della Comunità alla Convenzione europea.

<sup>100</sup> L'art. 51, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali precisa «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». L'affermazione è ripresa anche nella dichiarazione n. 1 allegata all'atto finale della Conferenza.



con la Carta dei diritti fondamentali, di disposizioni nazionali, sia nell'eventualità in cui venga individuato un nuovo diritto attraverso l'applicazione dei principi generali di diritto comunitario e gli Stati membri abbiamo l'obbligo di adeguarvisi.

Nello stesso articolo 6 del Trattato sull'Unione europea si precisa «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati» (art. 6, par. 2 TrUE). Sulla possibilità di adesione della UE alla Convenzione europea deve essere ricordato come, in attesa dell'entrata in vigore del Protocollo 14, questo non sia al momento realizzabile, considerato che la partecipazione alla Convenzione europea è permessa solo agli Stati e non ad un'organizzazione internazionale.

Peraltro, il Protocollo n. 8 del Trattato di Lisbona indica che l'accordo relativo all'adesione deve precisare «le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea [e] i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione», e che tale adesione «non incide né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni». Tra Unione Europea e Consiglio d'Europa sembrerebbero quindi possibili nuove convergenze al fine di una più efficace tutela dei diritti dell'uomo nel contesto europeo.

L'art. 6 propone anche un interessante richiamo alle fonti di tutela dei diritti dell'uomo esterne alla Carta stessa: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 6, par. 3 TrUE). Non pare che questa formulazione tenda a stabilire una gerarchia tra Carta dei diritti fondamentali, da una parte, e tradizioni costituzionali comuni e Convenzione europea, dall'altra. Tuttavia è vero che l'art. 6 nei par. 1 e 3 stabilisce una differenza tra norme della Carta, che sono parte integrante dei trattati, e norme esterne ai Trattati, tradizioni costituzionali comuni e Convenzione europea, che hanno valore di principi generali. Di conseguenza non è chiaro se l'art. 6 del Trattato UE porti ad una diversa ricostruzione dei diritti individuati dalla stessa Carta, azionabili sia avanti alla Corte di Giustizia sia avanti ai giudici nazionali, e dei principi, che invece devono essere più semplicemente osservati<sup>101</sup>. Precisamente, mentre le disposizioni delle Carta

<sup>101</sup> Infatti l'art. 51, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali precisa «Le dispo-

sono sempre invocabili in relazione al diritto comunitario, i principi risultano invocabili solo in relazione all'interpretazione ed al controllo di legalità<sup>102</sup>. Alla luce di questa ricostruzione i principi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti siano interpretati o sottoposti a controllo, mentre non danno vita a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri<sup>103</sup>. La Carta dei diritti fondamentali assumerebbe dunque un valore giuridico diverso dalla Convenzione europea: la Carta attribuirebbe dei diritti soggettivi, mentre la Convenzione si limiterebbe a fissare dei principi.

Una certa preoccupazione per l'eventuale effetto preclusivo della Carta dei diritti fondamentali rispetto alla tutela dei diritti dell'uomo predisposta dalla Convenzione europea è rilevabile anche in relazione alle numerose altre attività condotte dall'Unione nel campo dei diritti umani<sup>104</sup>. Il Memorandum d'intesa tra Consiglio d'Europa ed

sizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

<sup>102</sup> La precisazione è contenuta nell'art. 52 (Portata e interpretazione dei diritti e dei principi), par. 5 della Carta dei diritti fondamentali «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

<sup>103</sup> Sull'impossibilità di azionare in via diretta un principio si rimanda alla giurisprudenza sul «principio di precauzione» (oggi art. 191, par. 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) sentenza del TPG dell'11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer c. Consiglio*, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali.

<sup>104</sup> A questo proposito deve anche essere ricordato che il 1° marzo 2007 ha incominciato a funzionare l'Agenzia Europea per i diritti fondamentali, istituita con il regolamento 15 febbraio 2007 n. 168/2007 (in G.U.U.E. 2007, n. L53, p. 1 ss.) il cui scopo è «di fornire alle competenti istituzioni, organi, uffici e agenzie della Comunità e agli Stati membri, nell'attuazione del diritto comunitario, assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali in modo da aiutarli a rispettare pienamente tali diritti quando essi adottano misure o definiscono iniziative nei loro rispettivi settori di competenza», art. 2 reg. 168/2007. Sull'Agenzia v. A. VON BOGDANDY e J. VON BERNSTORFF, *The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Right Architecture: The Legal Framework and Some Unsettled Issues in A New Field of Administrative Law*, in *Common Market Law Review* 2009, pp. 1035 ss.; PH. ALSTON e O. DE SCHUTTER (a cura di), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart, Portland (USA) 2005.



Unione Europea<sup>105</sup> precisa, da una parte, che quando l'Unione Europea adotti proprie disposizioni sulla tutela dei diritti dell'uomo farà riferimento alle convenzioni rilevanti concluse dal Consiglio d'Europa e terrà nella dovuta considerazione le decisioni e le conclusioni dei suoi organi, dall'altra, che tale impegno non può determinare una limitazione all'individuazione di più alti livelli di protezione da parte delle norme comunitarie. Una direzione che era stata già indicata dal c.d rapporto Junker del 2006<sup>106</sup>.

In linea di principio la Convenzione europea dovrebbe stabilire dei livelli minimi di tutela dei diritti dell'uomo, mentre l'Unione Europea dovrebbe poter in misura crescente fissare livelli superiori sia sotto il profilo del contenuto normativo sia sotto quello dell'effettività della previsione. In relazione a questa ricostruzione della tutela dei diritti nel contesto europeo è invalso l'uso delle c.d clausole di deconnessione che, inserite nelle convenzioni del Consiglio d'Europa, consentono agli Stati comunitari di applicare nei loro rapporti le regole comunitarie<sup>107</sup>. In realtà una duplice problematica deriva da questo tipo di previsioni considerato che il limite di applicabilità (normative che effettivamente abbiano un effetto di protezione maggiore rispetto a quello introdotto dalle norme convenzionali) non è proprio di semplice individuazione. Da un lato il livello di protezione accordato tra Stati comunitari in molti casi non sarà quello che potrà essere applicato in situazioni che, pur riguardano cittadini comunitari, si sviluppino nell'ambito della giurisdizione di altri Stati Parte della Convenzione europea diversi dai paesi comunitari. Dall'altro, il livello di protezione comunitario dovrà essere attribuito anche ai cittadini degli altri Stati parte della Convenzione europea in tutti le situazioni in cui ci sia un collegamento con uno Stato dell'Unione.

La proposta di modificare le clausole di deconnessione in 'clau-

<sup>105</sup> Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, adottato nella 117esima sessione del Comitato dei Ministri in Strasburgo il 10-11 maggio 2007, CM (2007) 74 del 10 maggio 2007.

<sup>106</sup> JEAN-CLAUDE JUNKER, COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN UNION, *A sole Ambition for the European Continent*, 11 aprile 2006, sul sito [http://assembly.coe.int/Sessions/2006/speeches/20060411\\_report\\_JCJuncker\\_EN.pdf](http://assembly.coe.int/Sessions/2006/speeches/20060411_report_JCJuncker_EN.pdf).

<sup>107</sup> Ad esempio la Convenzione europea contro la tratta degli esseri umani, *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains*, del 16 maggio 2005, in vigore dall'1 febbraio 2008, all'art. 40 (*Relation avec d'autres instruments internationaux*) par. 3 afferma «Les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne dans la mesure où il existe des règles de la Communauté ou de l'Union européenne régissant le sujet particulier concerné et applicables au cas d'espèce, sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties».

sole di modulazione' e, più semplicemente, in 'clausole EU' non è in sé risolutiva, a meno che non si preveda espressamente l'obbligo dell'Unione europea di adempiere alle convenzioni del Consiglio d'Europa assicurando un livello di protezione delle norme comunitarie effettivamente più elevato di quello fissato dalle norme europee ed oggettivamente rilevabile nelle singole fattispecie<sup>108</sup>.

Non poche perplessità derivano dall'individuazione delle modalità attraverso le quali dovrebbero essere coordinati gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea, che vincolano 47 Stati parte, e dalle altre convenzioni internazionali stipulate nell'ambito del Consiglio d'Europa, con gli obblighi derivanti dal diritto comunitario nelle relazioni tra soli 27 di questi Stati<sup>109</sup>.

Infatti, in tutti gli ambiti in cui il diritto comunitario si sviluppa attraverso i principi del mutuo riconoscimento e della reciproca fiducia tra ordinamenti possono presentarsi violazioni dei diritti umani il cui rilievo non è oggi rilevabile nell'ambito applicativo del diritto comunitario. La realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra Stati membri dell'Unione europea è fondata sul principio di cooperazione tra Corti nazionali, autorità amministrative e apparati di pubblica sicurezza degli Stati membri, cooperazione che si realizza sia nello scambio di informazioni rilevanti sia consentendo il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia civile come in materia penale, e che si fonda sulla presunzione che gli Stati dell'Unione europea condividano e rispettino valori comuni come quelli di tutela dei diritti dell'uomo. Di fatto, non sempre la cooperazione tra Stati si è rivelata coerente con le prerogative di tutela dei diritti umani: per questo è stato, in più occasioni, riconosciuto il diritto degli Stati

<sup>108</sup> Confermano le perplessità anche O. DE SCHUTTER, *The Two Europes of Human Rights: The Emerging Division of Tasks between The Council of Europe and The European Union in Promoting Human Rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, pp. 509 ss., in particolare pp. 536 ss.; e T. JORIS E J.VAN DEN BERGHE, *The Council of Europe and the European Union: Natural Partners or Uneasy bedfellows*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, p. 1 ss.

<sup>109</sup> Cfr. P. BILANCIA, *Possibili conflittualità e sinergie nella tutela dei diritti fondamentali ai diversi livelli istituzionali*, in P. BILANCIA e E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 113 ss.; F.S. MARINI, *I diritti fondamentali della CEDU e della Carta dell'Unione europea come diritti pubblici soggettivi*, in A. D'ATENA e P.F. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 51 ss.; F.G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice*, in I. Pernice, J. Kokott, C. Saunders (a cura di), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden-Baden 2006, pp. 291 ss.

membri di rifiutare il rispetto degli obblighi fissati dalla cooperazione intergovernativa in tutti i casi in cui questo possa pregiudicare i diritti dell'uomo<sup>110</sup>.

Un ulteriore elemento che deve essere tenuto in considerazione in relazione all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali è la posizione di deroga ottenuta dal Regno Unito e dalla Polonia<sup>111</sup>, in forza della quale l'inclusione della Carta tra le norme vincolanti non determina alcuna estensione alla competenza della Corte di giustizia, o di qualunque altro organo giurisdizionale di questi due Stati, a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa non siano conformi ai diritti e ai principi fondamentali affermati in tale strumento normativo<sup>112</sup>. I capi di Stato e di governo hanno, inoltre, convenuto di estendere tale deroga anche alla Repubblica Ceca<sup>113</sup>.

Tale previsione non sembra qualificabile come una clausola di riserva alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 considerato che sulla stessa vi è l'accordo dei 27 Stati membri, ma anche perché sembrerebbe essere una clausola di riserva incompatibile con l'oggetto e lo scopo dello stesso Trattato UE, in particolare con l'art. 6 che rimane obbligatorio sia per la Polonia sia per il Regno Unito che per la Repubblica Ceca. Ma anche interpretando il protocollo come una dichiarazione interpretativa il cui scopo dovrebbe essere quello di chiarire i dubbi relativi all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali in determinati paesi, il suo effetto sembra davvero essere quello di confondere quale sia l'effetto giuridico della Carta per questi Stati<sup>114</sup> e di aggiungere un ulteriore elemento

<sup>110</sup> Significativo esempio del problema evidenziato è rinvenibile nella nuova decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009 *che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/783/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo*, in G.U.U.E. 27.3.2009, n. L81, pp. 24 ss., in cui limita l'operatività del principio del mutuo riconoscimento consentendo alle autorità di esecuzione di decidere se sia stato rispettato il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea secondo l'interpretazione della Corte europea.

<sup>111</sup> Protocollo n. 30 allegato al TFUE sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito.

<sup>112</sup> Sul punto v. M. FLETCHER, *Schengen, the European Court of Justice and Flexibility Under The Lisbon Treaty: Balancing the United Kingdom's 'Ins' and 'outs'*, in *European Constitutional Law Review*, 2009, p. 71 ss.

<sup>113</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 29 e 30 ottobre 2009 che precisano che il Protocollo n. 30 si applica alla Repubblica ceca (Doc 15265/09 CONCL 3).

<sup>114</sup> Sul punto v. le interessanti osservazioni di A. BERRAMDANE, *Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2009, pp. 441 ss., in particolare pp. 446 ss.

di variabilità in merito alla determinazione delle obbligazioni degli Stati membri dell'Unione europea nell'applicazione della Carta dei diritti fondamentali e nell'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

## 7. Conclusioni

Nel momento in cui la Carta dei diritti fondamentali viene ad avere effetto vincolante nel diritto dell'Unione europea, la Convenzione europea dovrà trovare nuove soluzioni sia in relazione alle sue modalità di funzionamento sia in relazione alla sua collocazione nel contesto europeo.

Uno dei grandi problemi con i quali si deve confrontare la Corte europea è l'enorme numero di ricorsi che sono stati introdotti: con un tasso di crescita del 12-15% annuo, il numero dei ricorsi che vengono decisi è comunque sempre inferiore al numero di ricorsi presentati. In secondo luogo, sebbene l'entrata in vigore del Protocollo 14 bis sia sicuramente un dato positivo, non risolve il problema della frantumazione del sistema di controllo della Convenzione. Infatti, fondamentale per il funzionamento del sistema convenzionale è il grado di attuazione delle decisioni europee a livello nazionale. Per funzionare efficacemente quale tribunale internazionale è necessario che i quarantasette Stati che hanno ratificato la Convenzione diano effettiva ed efficace applicazione alla tutela dei diritti dell'uomo sia attraverso la legislazione sia attraverso una coerente giurisprudenza nazionale, ma questo non pare proprio essere un dato acquisito<sup>115</sup>.

<sup>115</sup> Molto interessante è il circolo virtuoso che sembra essersi instaurato con l'ordinamento inglese in conseguenza della continua ed effettiva applicazione dello *Human Right Act* da parte delle giurisdizioni inglesi. È un dato ormai più che evidente che le più importanti sentenze della *House of Lords* sulla tutela dei diritti umani non hanno solo contribuito allo sviluppo della protezione dei diritti umani nello Stato, ma sono state in alcuni casi fonte di ispirazione per la Corte europea nell'applicazione dei diritti tutelati dalla Convenzione. Cfr L. GARLICKI, *Some Observations on Relations between the ECHR and the Domestic Jurisdiction*, in J. ILIOPOULOS-STRANGAS (a cura di), *Cours supremes nationaux et cours eurpoéennes: concurrence ou collaboration? In memoriam Louis Favoreu*, Athènes-Bruxelles 2007, pp. 314 ss.; L. MONTANARI, *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 208 ss.; N. KRISCH, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *The Modern Law Review*, 2008, pp. 196 ss.; AA.VV., *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford 2008; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sopranazionali*, Padova 2008. V. anche *supra* nota 49.

Un altro profilo di grande interesse ed oggi privo di soluzione univoca è riconducibile alla riserva di equivalenza del livello di protezione dei diritti dell'uomo presente sia nella Carta dei diritti fondamentali (art. 53)<sup>116</sup> sia nella Convenzione europea (art. 53)<sup>117</sup>, quindi al coordinamento dei due livelli di tutela sopranazionale.

La Carta dei diritti fondamentali ed i diritti riconosciuti nell'ordinamento comunitario devono essere equivalenti a quelli riconosciuti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, mentre i diritti della Convenzione europea dovrebbero essere uno standard minimo di protezione, ma i parametri di verifica giurisdizionale non sono gli stessi in ambito comunitario ed in ambito convenzionale<sup>118</sup>.

Paradigmatici di questa diversità di prospettiva sono i casi *Kadi* e *Behrami* in cui le due Corti sono giunte a soluzioni diverse.

Nel caso *Kadi* il Tribunale di primo grado<sup>119</sup> aveva riconosciuto la primazia delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite adottate in forza del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite sul diritto comunitario, quindi aveva riconosciuto una sorta di immunità giurisdizionale a favore delle istituzioni per quegli atti dell'Unione che fossero semplice attuazione della risoluzioni del Consiglio di sicurezza, rinunciando a svolgere il controllo di legittimità an-

<sup>116</sup> L'art. 53 (*Livello di protezione*) della Carta dei diritti fondamentali dispone: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». V. il commento di R.G. CONTI, *sub* art. 53, in G. BISOGNI, G. BRONZINI e V. PICCONE, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto 2009.

<sup>117</sup> L'art. 53 (*Salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti*) della Convenzione europea dispone: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

<sup>118</sup> A ciò si aggiunge che la Carta dei diritti fondamentali non impedisce agli Stati membri di richiedere la deroga di cui all'art. 15 (Deroga in caso di stato d'urgenza) della Convenzione europea «In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale».

<sup>119</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado 21 settembre 2005, T-315/01, *Kadi*, in *Raccolta* 2005, pp. II-3649 ss., in particolare par. 225-226, nonché sentenza del Tribunale di primo grado in pari data, T-306/01, *Yusuf*, in *Raccolta* 2005, pp. II-3533, in particolare par. 276-277

che in relazione possibili violazioni dei diritti umani derivanti dal congelamento dei beni nei confronti di persone sospettate di terrorismo internazionale ed inserite, generalmente a loro insaputa, nelle liste del Consiglio di Sicurezza. Nel 2008, invece, la Corte di Giustizia<sup>120</sup> ha rovesciato le affermazioni del Tribunale affermando l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario rispetto ad altri ordinamenti, nazionali e sopranazionali. Pur riconoscendo che le competenze dell'Unione devono essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale e che lo stesso diritto internazionale vincola le istituzioni ed è anch'esso parte dell'ordinamento giuridico comunitario, la Corte di giustizia ha affermato che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza non possono avere effetti contrari ai principi dell'Unione europea sul rispetto dei diritti dell'uomo ed ha quindi annullato le decisioni impugnate.

Parallelamente anche la Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Matthews*<sup>121</sup> e *Bosphorus*<sup>122</sup> sembrava aver stabilito un principio generale in forza del quale anche nel caso in cui gli Stati parte della Convenzione europea trasferiscano ad un'organizzazione internazionale alcune competenze rimangono pienamente responsabili della corretta applicazione della Convenzione; in entrambe i casi gli atti dell'Unione europea sono stati considerati come rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione europea e quindi sottoposti a controllo in relazione agli obblighi della Convenzione. Curiosamente questa affermazione è stata limitata in relazione agli atti delle Nazioni Unite e della Nato. Nel caso *Bankovic* relativo ai bombardamenti della Nato sulla Serbia<sup>123</sup>, infatti, la Corte europea ha dichiarato l'ir-

<sup>120</sup> Sentenza 3 settembre 2008, C-402/05 e C-415/05, cause riunite *Kadi e Yusuf*, in particolare parr. 285-304.

<sup>121</sup> Decisione 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, n. 24833/94, in particolare par. 28. Nel caso di specie, affermando la violazione dell'art. 3 del Primo Protocollo alla Convenzione, la Corte ha ritenuto il Regno Unito responsabile degli effetti nel suo ordine giuridico interno di una disposizione di diritto comunitario primario che privava gli abitanti di Gibilterra del diritto di partecipare alle elezioni del Parlamento europeo.

<sup>122</sup> Decisione 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, n. 45036/98), in particolare parr. 153-156. Nel caso di specie la Corte ha affermato non esservi violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo alla Convenzione in relazione alla confisca di un aeromobile turco presente sul territorio irlandese conformemente ad un regolamento comunitario applicativo di una risoluzione del Consiglio di sicurezza, sul presupposto che la tutela offerta dal diritto comunitario fosse equivalente a quella offerta dalla Convenzione europea. Cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, pp. 762 ss.

<sup>123</sup> Decisione 12 dicembre 2001, *Vlastimir and Borka BANKOVIĆ, Živana*

ricevibilità della domanda in quanto riguardante situazioni che si sono sviluppate al di fuori della giurisdizione degli Stati parte, quindi ha escluso l'applicabilità della Convenzione europea alle azioni compiute dagli Stati fuori dai confini nazionali (ad eccezione delle situazioni di occupazione territoriale). L'interpretazione è stata confermata nel più recente caso *Bahrami*<sup>124</sup> in cui la Corte europea ha nuovamente evitato di verificare il rispetto della Convenzione in relazione ad atti attuativi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza posti in essere dalle forze militari inviate in Kosovo ed ha dichiarato irricevibile il ricorso.

È evidente come il percorso di integrazione della Convenzione europea e della Carta dei diritti fondamentali con gli ordinamenti nazionali, ed in particolare con l'ordinamento italiano, continui a proporre interessanti sfide, sia in relazione alla tutela dei diritti enucleati, sia in relazione al coordinamento tra i livelli di tutela.

A fronte di tanti problemi aperti, non possiamo che fare nostra la dichiarazione del segretario generale del Consiglio d'Europa, Thorbjørn Jagland, resa in occasione della nomina del nuovo presidente dell'Unione Europea, Herman Van Rompuy, e dell'Alto Rappresentante per gli Affari esteri, Catherine Ashton, «Questa nuova apre la strada ad un'unione ancora più stretta e a una nuova architettura del progetto europeo. Attendo con impazienza l'avvio di una cooperazione rafforzata con i leader dell'Unione europea, al fine di garantire uno spazio giuridico europeo comune e un sistema coerente di tutela dei diritti umani, di rispetto della democrazia parlamentare e dello stato di diritto su tutto il continente europeo»<sup>125</sup>.

STOJANOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ and Dragan SUKOVIĆ c. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, n. 52207/99

<sup>124</sup> Decisione 2 maggio 2007, *Agim BEHRAMI et Bekir BEHRAMI c. Francia*, n. 71412/01, e *Ruzhdi SARAMATI c. Francia, Germania e Norvegia*, n. 78166/01.

<sup>125</sup> Dichiarazione del 19.11.2009 reperibile sul sito del Consiglio d'Europa.





# *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

di Paolo Ferrua

SOMMARIO: 1. La 'regola d'oro' nell'art. 111 Cost. – 2. La disciplina delle contestazioni nel codice di rito. – 3. Il preteso contrasto del nostro sistema probatorio con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 4. Le garanzie della Convenzione europea: uno *standard* minimo e non massimo. – 5. Convenzione europea e dichiarazioni irripetibili. – 6. Le 'interpretazioni' della Corte europea.

## *1. La regola d'oro nell'art. 111 Cost.*

Sono trascorsi dieci anni da quando il contraddittorio nella formazione della prova – la regola d'oro del processo penale – è stato eretto a valore costituzionale con la riforma dell'art. 111 Cost.; e otto da quando, con la legge di attuazione del giusto processo, i suoi più importanti corollari – l'uso delle contestazioni negli esami dibattimentali per il solo controllo sulla credibilità del testimone e il divieto di testimonianza indiretta per la polizia giudiziaria – sono stati ripristinati nel testo degli artt. 195 e 500 c.p.p., dai quali li aveva estromessi la Corte costituzionale con le sentenze nn. 24 e 255 del 1992.

L'affermazione, o meglio la riaffermazione, della regola e dei suoi corollari ha incontrato forti resistenze da parte dei nostalgici del rito inquisitorio, le stesse che avevano accompagnato l'approvazione del codice vigente. Come accade in questi casi, l'opposizione misoneista si è sviluppata secondo una consolidata tecnica in due tempi: *prima* dell'approvazione della riforma, esasperando il senso delle formule innovative per evidenziare tutte le disastrose conseguenze che queste avrebbero prodotto nel sistema; *dopo*, vale dire una volta approvata la riforma, tentando di vanificarne, con opposto metodo interpretativo, il contenuto di novità, sino a ridurre le regole del giusto processo ad una mera ratifica degli equilibri previgenti. E così le Casandre, che prima della riforma costituzionale avevano profetizzato esiti apocalittici, si sono affrettate, non appena è entrata in vigore, a svalutarne le più rilevanti innovazioni, spingendosi a sostenere che la regola del contraddittorio non avrebbe impedito di utilizzare come

prova le dichiarazioni unilateralmente raccolte nell'indagine, purché contestate al testimone nel corso dell'esame dibattimentale.

Inutile aggiungere che, se fosse prevalsa una simile tesi, sarebbe saltata la parte più significativa della riforma; la quale, nella sostanza, si sarebbe limitata a neutralizzare gli effetti della sentenza costituzionale n. 361 del 1998, ossia ad imporre il divieto di provare la colpevolezza in base alle dichiarazioni rese da chi per libera scelta si fosse sottratto all'esame in contraddittorio. Beninteso, è indubbio che sia stata proprio quella sentenza a scatenare la reazione da cui è scaturita la riforma del giusto processo. Ma è altrettanto chiaro che, una volta inserita nella Costituzione la regola del contraddittorio, non si può travisarne la portata sino al punto di ridurla *solo* a quel divieto, già autonomamente contemplato nella seconda parte dell'art. 111 comma 4 Cost.; quasi che la prima parte svolgesse unicamente la funzione retorica di introdurre al contenuto della successiva disposizione. Per fortuna il leale indirizzo della Corte costituzionale ha impedito l'esito nichilista vagheggiato dagli avversari del processo accusatorio; e dai nuovi precetti costituzionali si possono oggi trarre con certezza due conclusioni.

La prima riguarda la proposizione secondo cui «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova». Espresso come implicazione logica (se *A*, allora *B*), l'enunciato suona: se *x* è prova, allora *x* dev'essere formato in contraddittorio. Formula dalla quale si può deduttivamente ricavare, *per modus tollens*, che, se *x* non è formato in contraddittorio, allora *x* non può valere come prova nel processo penale<sup>1</sup>; e ciò equivale a dire, per quanto concerne la prova dichiarativa, che le dichiarazioni raccolte dagli organi investigativi non possono costituire prova (s'intende, al di fuori delle eccezioni previste dalla stessa Costituzione). Si deve dunque concludere, come riconosciuto dagli stessi giudici costituzionali<sup>2</sup>, che la prima parte dell'art. 111 comma 4 Cost. «esprime

<sup>1</sup> Con due limiti, da ritenere impliciti nel precetto costituzionale. Il primo è che il contraddittorio nella formazione della prova riguarda solo il tema principale del processo, ossia la colpevolezza; sui temi incidentali – l'applicazione delle misure cautelari, il rinvio a giudizio, la condotta illecita ex art. 500 c.p.p. ecc. – è utilizzabile ogni atto valido, quali che siano la sede e il metodo della sua assunzione. Il secondo limite è che la regola del contraddittorio vale solo per le prove di cui si possa astrattamente ipotizzare la formazione in contraddittorio, quindi solo per quelle costituite nella sede processuale latamente intesa e, in particolare, per le dichiarazioni ivi raccolte; non certo per i documenti e gli oggetti pertinenti al reato rispetto ai quali il contraddittorio può esercitarsi solo *sulla* prova, sottoponendoli all'esame delle parti (e altrettanto, dicasi per atti come le intercettazioni, strutturalmente incompatibili con il contraddittorio nel momento formativo).

<sup>2</sup> Ordinanza n. 293 del 2002: «la prima parte del quarto comma dell'articolo 111 Cost., con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio

una generale regola di esclusione probatoria, in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal comma successivo, di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio, di provata condotta illecita».

La seconda conclusione riguarda la sottrazione per libera scelta. Espressa come implicazione logica, la relativa formula suona: se *P* per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto al controesame, allora la colpevolezza non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da *P*. Per *modus tollens* ne deriva che, se la colpevolezza può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da *P*, allora *P* non si è sottratto per libera scelta al controesame. Ma sarebbe un grave errore logico – ben noto come ‘negazione dell’antecedente’<sup>3</sup> – affermare che, se *P* non si è sottratto al controesame, allora la colpevolezza può essere provata sulla base delle dichiarazioni di *P*; grave errore perché il divieto può derivare da altra fonte, che nella specie è rappresentata dalla già menzionata regola di esclusione probatoria. Eppure, proprio in questa fallacia incappa la dottrina che pretende di dedurre dal precetto relativo alla sottrazione per libera scelta la possibilità di un uso probatorio delle contestazioni nell’esame dibattimentale<sup>4</sup>: se il teste *non* si sottrae al controesame – si argomenta *a*

come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio (sentenza 32 del 2002), esprime una generale regola di esclusione probatoria (ordinanza 36 del 2002), in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal comma successivo, di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio, di provata condotta illecita»; ma sostanzialmente nello stesso senso, v. già la sentenza n. 32 e l'ordinanza n. 36 del 2002.

<sup>3</sup> È una fallacia formale che viola la regola di deduzione del *modus tollens* (se *p* allora *q*, non *p*, quindi non *q*. Es.: se piove allora è freddo; non piove; quindi non è freddo).

<sup>4</sup> In tal senso, ad esempio, V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano 2000, XVII s.; ID., *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio «per» la prova e limiti del diritto al silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, 2001, 89 s., 95 s. («In queste ipotesi, infatti, non essendosi il dichiarante ‘sottratto’ al vaglio dell’interrogatorio, viene a mancare lo stesso presupposto di operatività della regola dettata nella seconda parte dell’art. 111 comma 4 Cost., che sanziona come inutilizzabili soltanto le suddette dichiarazioni; e, del resto (argomentando *a contrario*), non si vede come potrebbe ricavarsi dalla prima parte del medesimo art. 111 comma 4 Cost. una più ampia regola di inutilizzabilità, tale da investire tutte le dichiarazioni anteriormente acquisite in difetto di contraddittorio, prescindendo dalla circostanza del successivo rifiuto del dichiarante di confrontarsi con l'accusato»); P. TONINI, *Necessario garantire spazi per un vero con-*

*contrario* – le sue precedenti dichiarazioni possono provare la colpevolezza dell'imputato. Discorso viziato alla radice perché l'accettazione del controesame rende sì inapplicabile il divieto di cui alla seconda parte dell'art. 111 comma 4 Cost., ma al tempo stesso, per tutte le precedenti dichiarazioni raccolte fuori del contraddittorio, diventa operante la regola di esclusione probatoria di cui alla prima parte della stessa disposizione.

L'uso probatorio delle contestazioni è oggi pacificamente escluso, non solo perché i testi legislativi l'hanno messo al bando, ma anche perché si è progressivamente diffusa la consapevolezza del valore epistemico del contraddittorio. Tutti dovrebbero concordare sull'esistenza nel processo penale, come nella scienza, di un principio di indipendenza delle prove, per effetto del quale, se non si vuole cadere in circolo vizioso, il materiale utilizzato dal giudice per decidere non può derivare o comunque essere influenzato dalle ipotesi formulate dall'accusa o dalla difesa sul tema della colpevolezza. Cosa significa questo principio sul terreno della prova dichiarativa che inevitabilmente si forma in un complesso gioco di interazioni tra chi pone le domande e chi risponde? Che non si possono utilizzare come prove le dichiarazioni che siano state unilateralmente raccolte dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dalla difesa. L'esame incrociato non elimina gli influssi delle parti, ma per lo meno li bilancia e li rende visibili al giudice chiamato a valutare la prova, opponendo alla parzialità dell'accusatore quella del difensore in un dialogo che si svolge alla luce del giorno. Le precedenti dichiarazioni ben possono essere contestate al testimone che fornisca una diversa versione dei fatti; e il giudice, osservato il contegno dell'esaminato davanti alle 'contestazioni', potrà eventualmente concludere per l'inattendibilità della testimonianza dibattimentale. Ma, oltre quest'uso puramente 'critico' o 'negativo', non si deve andare; se il precedente 'difforme' fosse valorizzato in chiave probatoria e quindi utilizzato a fini decisori, l'esame incrociato perderebbe la sua migliore prerogativa e il contraddittorio tornerebbe ad esercitarsi sui verbali scritti, come nei sistemi a sfondo inquisitorio.

*traddittorio*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 novembre 2000, 28; ID., *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del «giusto processo»?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura del medesimo, Cedam, Padova 2001, 40; analogamente, con riguardo all'art. 526, 1° co. bis, c.p.p., D. CARCANO e D. MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1 marzo 2001*, n. 63, Giuffrè, Milano 2001, 55 s.

## 2. *La disciplina delle contestazioni nel codice di rito*

La legge di attuazione del giusto processo ha pienamente recepito la direttiva costituzionale sulla formazione della prova in contraddittorio e, coerentemente, ha disposto che «le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del testimone» (art. 500 comma 2 c.p.p.). La norma non dice espressamente che questo debba essere il 'solo' uso delle contestazioni, ma è una lacuna del tutto innocua, risolvibile in via interpretativa. Nel sistema del codice vigente un atto di indagine è utilizzabile a fini probatori solo in quanto la legge lo dica espressamente o ne preveda l'acquisizione al fascicolo dibattimentale. Per le dichiarazioni contestate un effetto del genere è contemplato nei casi di condotta illecita o di accordo delle parti; al di fuori dei quali, l'atto è destinato a rimanere nel fascicolo del pubblico ministero e come tale inutilizzabile a fini probatori.

Vi è, semmai, un equivoco a cui espone la formulazione dell'articolo in esame. Dal suo tenore si potrebbe essere indotti a ritenere che le dichiarazioni contestate, pur prive di efficacia probatoria positiva (quindi, inidonee a provare  $x$ , dove  $x$  è il fatto affermato nella dichiarazione contestata), ne possano tuttavia esercitare una negativa (provare non  $y$ , dove  $y$  è il fatto affermato nella dichiarazione dibattimentale). Se così fosse, sia pure fortemente ridotto, il valore probatorio delle dichiarazioni raccolte nell'indagine riviverebbe; e il sistema si presterebbe ad un'accusa di incoerenza, simile a quella già rivolta all'originario testo dell'art. 500 c.p.p.; ossia, che appare alquanto singolare consentire al giudice di affidarsi alla dichiarazione contestata per screditare quella dibattimentale e poi negargli il passo, logicamente successivo, di prestare credito alla prima.

Ma, correttamente intesa, la clausola legale non autorizza affatto a riconoscere un qualsivoglia effetto probatorio, anche di tipo negativo, alla dichiarazione contestata. Ciò che si contesta al teste nel giudizio è un verbale del pubblico ministero o della polizia giudiziaria dal quale risulta che ha dichiarato  $x$  nell'indagine preliminare; dopodiché, la ragione per cui potrà ritenersi inattendibile la dichiarazione di  $y$  nel dibattimento, non è affatto la verità di quanto affermato in precedenza, e nemmeno il fatto in sé di avere già dichiarato qualcosa di difforme. A screditare il testimone è il suo contegno nel dibattimento, le sue reazioni, anche di tipo paralinguistico, davanti alle contestazioni, in breve, la circostanza di non offrire una spiegazione convincente del contrasto tra le due versioni dei fatti; con la conseguenza che a determinare il convincimento giudiziale è sempre e soltanto ciò che si svolge nel dibattimento. Le contestazioni sono uno strumento

per produrre materiale probatorio (le reazioni del teste), allo stesso modo in cui lo è ogni domanda rivolta nel corso dell'esame, ma non sono esse stesse materiale probatorio; sono mezzi di ricerca della prova, che in sé non provano nulla né in senso positivo né in senso negativo.

Non solo. Negare credito alla dichiarazione dibattimentale su 'y' vuol dire concludere nel senso che 'non è provato y', cosa ben diversa dal concludere nel senso 'è provato non y' (allo stesso modo in cui dire che 'l'imputato non è considerato colpevole...' è nettamente diverso dal dire che 'l'imputato è considerato non colpevole')<sup>5</sup>. Perché sia escluso ogni uso probatorio, la negazione dell'enunciato 'è provato y' dev'essere *passiva* e non *attiva*, ossia, deve cadere sulla *prova* di y e non direttamente su y<sup>6</sup>. In altri e più semplici termini, non si può mai sulla sola base delle contestazioni affermare che sia falsa la dichiarazione resa nel dibattimento; si può solo ritenerla inidonea alla prova di quanto dichiarato. E la ragione sta in ciò che si è appena osservato: non è la verità della precedente dichiarazione a squalificare la testimonianza dibattimentale (nel qual caso sarebbe logico concludere per la falsità di quest'ultima), ma il contegno del testimone nel giudizio; il quale, mostrandosi incerto, incoerente o elusivo davanti alle contestazioni, finisce per screditare da se medesimo la propria deposizione.

La rilevanza del discorso è chiara. Immaginiamo che 'x' e 'y' siano termini complementari dei quali necessariamente l'uno è vero, l'altro falso. Se si ammettesse la possibilità di concludere, sulla base della contestazione di 'x', che 'è provato non y', la conclusione si tradurrebbe deduttivamente in 'è provato x'; e, in pieno contrasto con la regola fissata dall'art. 500 c.p.p., la dichiarazione resa nell'indagine preliminare proverebbe la verità di quanto dichiarato.

### 3. *Il preteso contrasto del nostro sistema probatorio con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Si può ritenere, dopo la riforma dell'art. 111 Cost., che il contraddittorio nella formazione della prova sia definitivamente al riparo

<sup>5</sup> Solo in rapporto alla seconda formulazione («l'imputato è considerato non colpevole» può propriamente parlarsi di presunzione di innocenza, essendo 'non colpevole' sinonimo di 'innocente'. La prima formulazione (l'imputato non è considerato colpevole) non impone alcuna presunzione, anzi vieta di presumere (la colpevolezza).

<sup>6</sup> P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, II<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna 2007, 112 s.

da fenomeni degenerativi, da interpretazioni restrittive e, più in generale, dall'attacco di quanti, come nel 1992, sarebbero lieti di assistere al suo declino? Parrebbe di sì, proprio per il solido ancoraggio che la regola trova nel testo costituzionale. E nondimeno qualche pericolo di recente si è avvertito, proveniente da una direzione alquanto inaspettata che coinvolge la Convenzione europea.

Ci si riferisce all'opinione<sup>7</sup> secondo cui il nostro sistema codicistico, quanto a contraddittorio nella formazione della prova, non sarebbe in linea con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo o meglio con l'interpretazione che la Corte europea pratica in rapporto al diritto dell'accusato di «esaminare e far esaminare i testimoni a carico» (art. 6 § 3 lettera *d*) CEDU). Come noto, la Corte europea, per un verso, è orientata a ritenere che le dichiarazioni, divenute irripetibili (o acquisite al giudizio per provata condotta illecita), possano essere utilizzate in vista della condanna solo in quanto la responsabilità non si fondi in modo esclusivo o determinante su di esse<sup>8</sup>. Per altro verso, la stessa Corte ritiene che, quando l'accusato abbia avuto la possibilità di controesaminare i testi a carico, non costituisca violazione delle regole convenzionali l'eventuale utilizzazione in chiave probatoria delle precedenti dichiarazioni, raccolte dagli organi inquirenti e contestate al testimone<sup>9</sup>.

Bisogna a questo punto concludere per un duplice contrasto del nostro sistema codicistico con la normativa convenzionale, *rectius*,

<sup>7</sup> V., pur nella varietà di accenti e di soluzioni, R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Antonio Balsamo e Roberto Kostoris, Giappichelli, Torino 2008, p. 8 s.; A. BALSAMO e A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, *ivi*, p. 347 s.; E. SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, *ivi*, p. 373 s.

<sup>8</sup> Corte europea, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, in *Cass. pen.*, 2006, p. 689 s.; 19 ottobre 2006, Majadallach c. Italia, *ivi*, 2007, 1344 s.: 8 febbraio, Kolcaku c. Italia, *ivi*, 2007, 3092 s. con nota di A. BALSAMO, *Ancora su contumacia e dichiarazioni predibattimentali*. La Corte afferma che la condanna non può essere fondata esclusivamente o in modo determinante sulle dichiarazioni irripetibili. Ma mentre il significato concetto di 'esclusivamente' è chiaro, quello di 'in modo determinante' è alquanto oscuro. Infatti o la colpevolezza è già provata, indipendentemente dalla dichiarazione irripetibile, e allora quest'ultima, più che non determinante, risulta superflua (o, se si preferisce, rilevante *ad abundantiam*). O non lo sarebbe in assenza della medesima dichiarazione, e allora questa appare 'determinante', al pari di ogni altra prova che abbia in qualche modo influito sulla decisione; anche i 'riscontri', in quanto necessari per la condanna, sono 'determinanti'. Sulla giurisprudenza della Corte europea in materia probatoria, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina, Milano 2000, 57 s.

<sup>9</sup> Corte europea, 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1815 s.



con gli insegnamenti della Corte europea? Alcuni sembrano orientati proprio in questo senso. Gli artt. 512, 512-*bis* e 500 comma 4 c.p.p. sarebbero esposti a una declaratoria di incostituzionalità, nella parte in cui consentono al giudice di fondare una condanna in maniera esclusiva o determinante su dichiarazioni assunte senza contraddittorio<sup>10</sup>. Quanto all'irrelevanza probatoria delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, la conclusione è meno forte. Nessuno sinora si è spinto ad ipotizzare una declaratoria di illegittimità dell'art. 500 c.p.p. nella parte in cui nega valore probatorio a quelle dichiarazioni, probabilmente perché si avverte quanto di grottesco vi sarebbe nel dichiarare incostituzionale una regola di esclusione probatoria, già ritenuta dalla stessa Corte costituzionale corollario dell'art. 111 comma 4 prima parte Cost.<sup>11</sup> Ci si limita a prospettare soluzioni interpretative volte ad uniformare il regime delle contestazioni all'indirizzo della Corte europea<sup>12</sup>, o ad insistere sul rischio che l'Italia si trovi isolata dal contesto europeo e dall'azione unificatrice della Corte di Strasburgo<sup>13</sup>. Discorso quest'ultimo dalle implicazioni poco rassicuranti per la sopravvivenza della regola di esclusione probatoria. Dire che essa ci isola dal contesto europeo non equivale bene o male ad au-

<sup>10</sup> R.E. KOSTORIS, *Verso un processo*, cit., p. 9. Propende, invece, per un adeguamento in via interpretativa dell'ordinamento interno al sistema convenzionale, attraverso l'estensione dell'incidente probatorio in presenza di un fondato motivo che la persona da esaminare possa divenire irreperibile, E. SELVAGGI, *Il valore probatorio*, cit., p. 380.

<sup>11</sup> Dal principio del contraddittorio nella formazione della prova – dice la sentenza costituzionale n. 32 del 2002 – «con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi».

<sup>12</sup> Così, nel quadro di un'approfondita analisi dell'art. 500 c.p.p., A. BALSAMO e A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio*, cit., p. 365 secondo i quali «la dichiarazione predibattimentale può assumere valore probatorio (ovviamente, alla luce di una valutazione complessiva degli elementi di convincimento raccolti) in tutte le ipotesi in cui essa viene richiamata – attraverso un rinvio *per relationem* – dallo stesso teste nell'ambito della deposizione resa sotto il fuoco incrociato delle domande e delle contestazioni delle parti». La tesi è suggestiva perché indubbiamente tutto ciò che il teste dice nel dibattimento – incluso il richiamo alle precedenti dichiarazioni – è suscettibile di valutazione probatoria. Ma quale valore può in concreto assumere quel richiamo? Dipende da come è articolato. Se nella prospettiva della condivisione (il teste si assume la responsabilità di quanto dichiarato certificandolo come vero), il valore può anche essere consistente, sempreché non appaia smentito dal contesto. Se nella prospettiva della presa di distanza o dell'agnosticismo, il valore è nullo.

<sup>13</sup> R.E. KOSTORIS, *Verso un processo*, cit., p. 9. V. altresì V. GREVI, *Italia "Ventre molle" della giustizia. Così importiamo criminalità*, in *Corriere della Sera*, 29 aprile 2008.



spicarne la soppressione? Certo, un esito del genere non appare pensabile sino a quando la regola di esclusione sarà considerata una proiezione del precetto costituzionale. Ma, poiché vi è chi ha sempre contestato questo assunto, ecco l'insidia: che la lettura restrittiva del contraddittorio nella formazione della prova, sinora minoritaria e, quindi, votata alla sconfitta, possa trovare nuova linfa o meglio nuovi pretesti nella giurisprudenza europea.

Beninteso, la Corte costituzionale non dichiarerà mai illegittimo l'attuale testo dell'art. 500 c.p.p., a meno di entrare in plateale contraddizione con i suoi stessi precedenti (e, prima ancora, con il quarto comma dell'art. 111 Cost.). Cosa accadrebbe, tuttavia, se a riconoscere efficacia probatoria alle contestazioni fosse il legislatore, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte europea? È un'ipotesi improbabile ma, se malauguratamente si realizzasse, avrebbe la Corte costituzionale la forza di censurare una simile riforma? La dichiarazione di illegittimità per contrasto con l'art. 111 comma 4 Cost. sarebbe, a nostro avviso, la giusta e coerente risposta all'incauto intervento. Ma è difficile profetizzare l'indirizzo della Consulta. Suggerita dalla giurisprudenza europea e dai timori sul preteso 'isolamento' dell'Italia, potrebbe respingere la questione di legittimità, affermando che la Costituzione *permette*, ma non *impone* l'irrilevanza probatoria delle contestazioni; con la conseguenza di affidare alla discrezionalità legislativa la scelta tra l'una o l'altra soluzione. Si compirebbe così, nel nome dell'Europa, quella svolta inquisitoria che gli avversari del contraddittorio non hanno smesso di sognare.

#### 4. *Le garanzie della Convenzione europea: uno standard minimo e non massimo*

Come replicare a chi ipotizza un contrasto tra la nostra disciplina codicistica e la Convenzione europea interpretata dalla Corte di Strasburgo? Distinguiamo. Per quanto riguarda il regime delle contestazioni, l'assunto regge, a nostro avviso, su un equivoco. Quando la Corte europea afferma che il diritto al controesame non implica l'irrilevanza probatoria delle contestazioni si limita a definire il contenuto *minimo* della garanzia convenzionale; con la quale, ad avviso della Corte, resta dunque compatibile un modello di processo che riconosca valore probatorio alle dichiarazioni contestate nel corso dell'esame. Ma questo non significa affatto che debba considerarsi incompatibile con la normativa convenzionale l'eventuale scelta di negare valore probatorio alle contestazioni; lo standard *minimo* non può considerarsi al tempo stesso quello *massimo* con la disastrosa conse-

guenza di vietare ai singoli ordinamenti qualsiasi ulteriore progressione o arricchimento nella scala delle garanzie.

Così, ad esempio, i giudici europei hanno sottolineato come la Convenzione non imponga l'obbligo di prevedere un doppio grado di giudizio per l'accertamento della legalità della detenzione<sup>14</sup>; ma non per questo deve ritenersi illegittima la previsione del riesame all'interno del nostro sistema processuale. E così ancora, se la nostra Costituzione garantisce solo il ricorso per cassazione e non anche l'appello, sarebbe arbitrario dedurre che sia incostituzionale l'appello. In sintesi, che le garanzie contemplate nella legge ordinaria superino, siano 'oltre' quelle tutelate dalla Convenzione europea (o, eventualmente, dalla stessa Costituzione) non significa che siano 'contro'. In questa abusiva conversione di 'oltre' in 'contro' sta il fondamentale errore della tesi qui criticata.

Non solo. È ragionevole supporre che la Corte europea si attenga, nella lettura delle norme convenzionali, ad un'interpretazione 'minimale' che le consenta, sin dove possibile, di salvaguardare l'autonomia dei singoli stati nella disciplina del processo. Si spiega così perché abbia ritenuto compatibile con la Convenzione il riconoscimento di valore probatorio alle dichiarazioni contestate, quando con almeno pari plausibilità si sarebbe potuto sostenere l'opposta prospettiva e considerare l'irrilevanza probatoria di quelle dichiarazioni come un corollario del diritto a controinterrogare i testi d'accusa. Che la Convenzione non abbia espresso la garanzia del contraddittorio nei termini in cui figura nell'art. 111 comma 4 Cost., non è un argomento risolutivo per l'efficacia probatoria delle contestazioni (o, se si preferisce, un'obiezione alla loro irrilevanza). Il diritto al controesame è pienamente valorizzato solo in quanto a costituire prova siano le dichiarazioni rese alla presenza delle parti; e se si consente al giudice di tenere conto, ai fini della condanna, anche delle informazioni raccolte nell'indagine preliminare, l'esercizio del contraddittorio perde gran parte della sua efficacia. Lo scenario resta quello del processo accusatorio, ma il metodo scade a quello dei modelli 'misti', dove il convincimento giudiziale può formarsi anche attraverso i materiali raccolti nella fase segreta del processo.

Se la Corte ha scelto una lettura riduttiva della garanzia del contraddittorio, è in base alla comprensibile esigenza di evitare la moltiplicazione delle condanne e delle censure per violazione della normativa convenzionale. Non si può pretendere che l'adesione alla Convenzione europea costringa ogni stato ad uniformare la disciplina delle

<sup>14</sup> Corte europea, 1 giugno 2006, Fodale contro Italia.

contestazioni al modello accusatorio, adottato dall'Italia. Ma sarebbe insensato sostenere che quella lettura minimale imponga l'appiattimento delle garanzie dei singoli ordinamenti sul livello più basso compatibile con la normativa convenzionale. L'aspirazione all'uniformità della procedura può essere perseguita a livello 'federale' con la previsione di un processo europeo per determinati reati di particolare rilevanza transnazionale<sup>15</sup>; ma non c'è motivo per impedire ai singoli stati di spingere le proprie garanzie oltre il minimo imposto dalla Convenzione. Anzi, se un auspicio di progressivo avvicinamento delle procedure va formulato, è che questo si realizzi sui livelli più elevati e non su quelli più bassi.

##### 5. *Convenzione europea e dichiarazioni irripetibili*

Parzialmente diverso il discorso in rapporto alle dichiarazioni divenute irripetibili<sup>16</sup> o acquisite a seguito di condotta illecita. Come si diceva, vi è chi ipotizza che gli artt. 512, 512-bis e 500 comma 4 c.p.p. possano essere dichiarati illegittimi nella parte in cui consentono al giudice di fondare una condanna in modo determinante o esclusivo su dichiarazioni raccolte fuori del contraddittorio (l'illegittimità deriverebbe dal contrasto con la Convenzione europea che, per effetto delle sentenze costituzionali nn. 348 e 349, è ormai entrata a far parte del parametro di costituzionalità delle norme interne).

Per intanto, i richiami normativi sono inesatti, perché quelle appena citate sono norme di acquisizione e non di valutazione della prova. Dicono che al verificarsi delle condizioni ivi descritte le dichiarazioni raccolte nell'indagine preliminare sono acquisite al fascicolo dibattimentale e come tali utilizzabili in chiave probatoria; ma non specificano quale efficacia persuasiva in concreto possano esercitare né tanto meno autorizzano il giudice a condannare solo sulla loro base<sup>17</sup>. E, a maggior ragione, costituisce norma di acquisizione

<sup>15</sup> Cfr., al riguardo, R. GAMBINI, *Modelli di unificazione giuridica e armonizzazione dei diritti nazionali nel quadro dell'unione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3636 s.; EAD., *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009, p. 1169 s.

<sup>16</sup> Naturalmente, ci si riferisce all'irripetibilità di natura oggettiva; se questa dependesse dalla libera scelta di sottrarsi al controesame, scatterebbe il divieto di provare la colpevolezza sulla base delle dichiarazioni già rese fuori dal contraddittorio (artt. 111 comma 4 parte seconda Cost., 526 comma 1-bis c.p.p.).

<sup>17</sup> Sulla necessità che le dichiarazioni acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p. siano valutate dal giudice di merito «con ogni opportuna cautela» v. Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 878 s., con specifico riguardo «ai prin-

e non di valutazione il 5 comma dell'art. 111 Cost. che affida alla legge il compito di regolare i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per impossibilità di natura oggettiva o per provata condotta illecita. La norma di riferimento è semmai, per quanto riguarda la legge ordinaria, l'art. 192 comma 3 c.p.p. che, nella prospettiva qui criticata, potrebbe essere ritenuto illegittimo nella parte in cui non estende il criterio valutativo previsto per le dichiarazioni dei coimputati anche alle dichiarazioni acquisite ai sensi degli artt. 500 comma 4, 512, 512-*bis* c.p.p.

Ma, a ben vedere, non vi è ragione per ipotizzare un contrasto tra la normativa codicistica e quella della Convenzione europea. Né l'una né l'altra dettano criteri di valutazione per le dichiarazioni divenute irripetibili (usiamo qui l'espressione in senso lato, comprensiva della condotta illecita dove l'irripetibilità è di tipo funzionale); e tanto meno li detta l'art. 111 comma 5 Cost. nel prevedere le eccezioni alla regola del contraddittorio. La differenza è che, mentre la Costituzione e il codice di rito consentono espressamente l'uso in chiave probatoria delle dichiarazioni irripetibili, la Convenzione europea tace sul punto, limitandosi a stabilire il diritto al controesame dei testi a carico. Un silenzio che, tuttavia, di per sé non è determinante né in un senso né nell'altro: non essendo esplicitata la regola del contraddittorio nella formazione della prova, non avrebbe avuto senso prevedere l'eccezione, che autorizza l'uso in chiave decisoria delle dichiarazioni irripetibili. Il problema è, dunque, di accertare se, e in che limiti, tale uso sia compatibile con il diritto al controesame.

Di qui un'alternativa nell'interpretazione della garanzia convenzionale. O si concepisce il diritto al controesame come assoluto, insuscettibile di deroga, con la conseguenza che le dichiarazioni raccolte fuori dal contraddittorio, anche se divenute irripetibili, dovrebbero essere radicalmente bandite, restare del tutto irrilevanti ai fini del giudizio. O lo si concepisce come un diritto relativo, destinato a cedere quando il controesame sia impossibile per motivi di natura oggettiva; nel qual caso si apre la via all'uso probatorio delle dichiarazioni irripetibili. La Corte europea evidentemente propende per la seconda soluzione perché, lungi dal sostenere l'irrelevanza di queste dichiarazioni, si limita ad attenuarne il valore probatorio, negando

cipi desumibili dal sistema costituzionale e da quello della CEDU, così come interpretata dalla Corte dei diritti dell'uomo». Per l'esigenza di una interpretazione estensiva dei presupposti dell'incidente probatorio, in caso di prevedibile 'non ripetibilità' delle dichiarazioni raccolte nell'indagine preliminare, cfr. E. SELVAGGI, *Il valore probatorio*, cit., p. 379 s.; P. TONINI, *Il testimone irripetibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 883 s.

che la condanna possa fondarsi in modo determinante o esclusivo su quelle fonti probatorie, evidentemente ritenute piuttosto fragili. Nella sostanza, la Corte sostituisce alla rigida regola di esclusione probatoria, che deriverebbe dal carattere ‘assoluto’ del diritto al controesame, un flessibile criterio di valutazione, compatibile col carattere ‘relativo’ del medesimo diritto. La conclusione è del tutto ragionevole, ma non discende né dal diritto al controesame – davanti al quale il dilemma è netto (le dichiarazioni irripetibili o costituiscono prova o valgono zero) – né da altro precetto della Convenzione, nella quale, come si notava, non figurano criteri di valutazione della prova; dipende, semmai, dalla regola empirica, implicita nel sistema, che vuole provata oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza dell'imputato.

Se così è, non si vede perché la stessa conclusione non possa anche valere all'interno del nostro sistema codicistico dove il canone della colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio» è stato ufficialmente consacrato nell'art. 533 comma 1 c.p.p. Poco importa a questo punto che l'art. 192 c.p.p. non estenda il criterio prudenziale di valutazione delle chiamate in correità anche alle dichiarazioni irripetibili<sup>18</sup>. L'impossibilità di fondare su di esse in maniera esclusiva o determinante la condanna deriva già dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio che impone massima cautela nel valutare dichiarazioni raccolte senza contraddittorio. È questo il solo criterio di valutazione che meriti di essere codificato; e la presenza dell'aggettivo ‘ragionevole’ lo rende inevitabilmente flessibile, legato alle peculiarità del caso concreto. Pare evidente, infatti, che le dichiarazioni divenute irripetibili vedano ridursi al minimo il loro valore quando siano rese da coimputati, minori, testimoni indiretti o, caso limite, da persona defunta dopo essersi rifiutata di rispondere nel giudizio di primo grado. Per converso, non va *a priori* escluso che in situazioni particolari possano assumere un consistente, se non determinante, valore probatorio (si pensi al teste di assoluta affidabilità, eliminato dalla criminalità organizzata proprio per sopprimere una fonte di prova). D'altronde, anche a mantenere più rigida la regola di valutazione, non sarebbe comunque difficile motivare una condanna, negando il valore ‘determinante’ della dichiarazione, data la vaghezza del concetto che lascia al giudice ampi margini di discrezionalità.

<sup>18</sup> Anche perché se si dovesse menzionare nell'art. 192 c.p.p. ogni dichiarazione degna di riscontri, l'elenco si allungerebbe a dismisura: non solo le dichiarazioni irripetibili, ma anche quelle dei fanciulli, dei testimoni indiretti, dell'offeso dal reato, degli psicolabili, ecc.; e per converso ne uscirebbe sacralizzato il valore delle dichiarazioni non incluse nell'elenco. La realtà è che ogni prova merita riscontri e va attentamente valutata nel contesto. Nel processo, come nella scienza, l'unità di rilevanza empirica è l'intero quadro probatorio.

La prospettiva qui sostenuta ben si accorda al tipo di controllo svolto dalla Corte europea, che non giudica sulla conformità delle norme processuali alla Convenzione, ma sull'equità del singolo processo sottoposto al suo esame. Nella fattispecie, essa non ha affermato che gli artt. 192 e 512 c.p.p. fossero in contrasto con l'art. 6 § 3 lettera *d*) CEDU; si è limitata ad accertare la violazione di questa direttiva *in determinati processi*, dove la condanna era fondata esclusivamente su dichiarazioni irripetibili, assunte fuori del contraddittorio; e a tale conclusione è giunta tenendo conto dello specifico contesto probatorio. In funzione di questo ha probabilmente ritenuto non del tutto attendibili i dichiaranti; dubitiamo che la decisione sarebbe stata la medesima, se a fornire la prova fosse stato un paladino dell'antimafia, proditoriamente ucciso dopo le informazioni rese al pubblico ministero.

Naturalmente, se la violazione della Convenzione registrata nel caso concreto dipendesse dall'imperfezione della legge applicata, vi sarebbe l'esigenza di una riforma. Ma, come si accennava, non è l'ipotesi che ci riguarda, perché la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio permette di considerare la disciplina del nostro processo perfettamente in linea con l'insegnamento della Corte europea. Quel preteso *surplus* di garanzie, che si otterrebbe subordinando espressamente la valutazione delle dichiarazioni irripetibili alla circostanza che non fossero esclusive o determinanti ai fini della condanna, è più apparente che reale.

Come si spiega tanta insistenza? Il sospetto, maligno ma fondato, è che la vera ragione stia, ancora una volta, nella profonda ostilità che alcuni nutrono verso il regime di irrilevanza probatoria delle contestazioni. Per costoro il problema dei riscontri alle dichiarazioni divenute irripetibili è un semplice pretesto. Il vero bersaglio è il contraddittorio nella formazione della prova: la loro avversione al riguardo è tale che sarebbero anche disposti a rivedere in senso (apparentemente) garantista la disciplina delle dichiarazioni irripetibili a condizione che parallelamente si riconoscesse valore probatorio alle contestazioni, affossando così la regola d'oro.

## 6. Le 'interpretazioni' della Corte europea

Ma quale efficacia va oggi riconosciuta alla Convenzione europea nel nostro ordinamento? Come noto, il problema è stato affrontato e risolto dalla Corte costituzionale che con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 ha fissato i seguenti punti:

(i) la normativa della Convenzione europea, pur non essendo as-

similabile a quella della Costituzione, assume un rilievo costituzionale in forza dell'art. 117 comma 1 Cost., con la conseguenza che il rimedio giurisdizionale per i contrasti tra leggi *interne* e Convenzione europea non è la disapplicazione della legge da parte dei giudici ordinari, bensì il giudizio di legittimità della Corte costituzionale;

(ii) «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. Qualora ciò non sia possibile [...] egli deve investire [la] Corte [costituzionale] della relativa questione di legittimità»<sup>19</sup>;

(iii) lo scrutinio di legittimità costituzionale chiesto alla Corte «deve essere condotto in modo da verificare: *a*) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; *b*) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano»<sup>20</sup>.

In breve, quando il giudice comune verifichi l'impossibilità di conciliare, in via interpretativa, la legge interna con la Convenzione europea, non può disapplicare la prima, ma deve sollevare la questione di legittimità. La Corte costituzionale dichiarerà illegittima la disposizione di legge ordinaria se ne accerta l'effettivo ed insanabile contrasto con le norme convenzionali, come interpretate dalla Corte europea, a meno che siano queste ultime a trovarsi in conflitto con la nostra Costituzione<sup>21</sup>. Bene ha fatto la Consulta a riservarsi il giudizio sulla compatibilità delle norme sovranazionali rispetto alla Costituzione; altrimenti si sarebbe giunti al paradosso di dichiarare illegittima, per contrasto con la Convenzione, un disposizione di legge ordinaria non solo compatibile con la Costituzione, ma addirittura da essa imposta (come è, per l'appunto, la regola sull'irrelevanza probatoria delle contestazioni, che costituisce un corollario dell'art. 111 comma 4 Cost.).

Poco convincente, invece, il sistematico richiamo alle norme della

<sup>19</sup> Sentenza n. 349 del 2007.

<sup>20</sup> Sentenza n. 348 del 2007.

<sup>21</sup> Sulla svolta giurisprudenziale impressa dalle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007, M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza europea*, cit., 46 s. Con particolare riguardo al possibile contrasto delle regole di esclusione probatoria con la Convenzione europea, M. DANIELE, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale contrasto*, in *Giurisprudenza europea*, cit., 383 s.



CEDU, come *interpretate dalla Corte europea*. Senza dubbio queste norme vivono nell'interpretazione che ne dà la Corte europea, come giudice chiamato ad accertare le violazioni della Convenzione nei singoli processi, una volta esaurite le vie di ricorso interne. Ma la forza vincolante di quanto asserito nelle sue sentenze non dovrebbe superare il limite segnato dalla singola controversia. A differenza della Corte costituzionale, la Corte europea non è giudice delle leggi; si limita ad accertare se in un determinato processo vi sia stata o no violazione della normativa convenzionale e solo in quel contesto decisorio i suoi *dicta* sono costrittivi. Naturalmente, le interpretazioni della Corte rappresentano autorevolissimi precedenti, sulla cui base si può facilmente pronosticare la sorte di analoghi casi; e tocca allo Stato interessato prendere ogni misura necessaria ad evitare nuove condanne, inclusa la revisione della legge da cui fosse derivata la violazione della Convenzione.

Ma in sé quelle interpretazioni – che potrebbero anche essere erronee o comunque suscettibili di ripensamento in futuro – non dovrebbero costituire vincolo giuridico né per la Corte costituzionale né per i giudici ordinari, se non in rapporto alla specifica controversia decisa<sup>22</sup>. La lettura della Convenzione operata dai giudici europei è inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge; ed è estremamente rischioso proiettarla fuori dal contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa (tale l'esito del richiamo alla CEDU come interpretata dalla Corte europea). Nelle decisioni della Corte europea, come di ogni altro giudice, vincolante è solo il *dictum*, il comando contenuto nel dispositivo, che accerta la violazione della Convenzione nel singolo processo. Assumere come vincolante l'interpretazione della norma convenzionale in un ambito diverso da quello relativo alla controversia decisa è, a nostro avviso, una grave forzatura dei principi generali in tema di legge, giurisdizione e giudicato. La Convenzione va interpretata dai nostri giudici, inclusi quelli costituzionali, per ciò che dice e non per la lettura che in rapporto a singoli processi ne abbia dato la Corte europea; grande attenzione per le decisioni di quest'ultima, auspicabile convergenza interpretativa, ma nessun precedente vincolante. Nell'interpretare la Convenzione europea, Corte costituzionale e giudici comuni non devono avere altri limiti che il testo della legge e la ragionevolezza. Nessun

<sup>22</sup> In senso critico sul carattere vincolante delle interpretazioni della Corte europea v. già P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Archivio penale*, 2008, n. 3, p. 9 s.



dubbio che si debbano tenere nel massimo conto le interpretazioni della Corte europea, anche perché sarà questa ad avere l'ultima parola; ma non c'è motivo per negare che, qualora appaiano erronee o comunque censurabili, il giudice se ne possa affrancare motivando le ragioni del suo diverso convincimento. Il parametro sulla cui base si valuta la correttezza dell'atto interpretativo è solo quello della ragione.

Riconoscere carattere vincolante alle interpretazioni della Corte di Strasburgo equivale a dire che *qualunque* contenuto i giudici europei ascrivano alla Convenzione, foss'anche il più eversivo<sup>23</sup>, quel contenuto è legge. Il testo convenzionale diventa irrilevante; alla Consulta e ai giudici comuni non resta che interpretare le 'interpretazioni' della Corte europea. Si abbatte così la frontiera tra la legge e la sua interpretazione, tra potere legislativo e giurisdizionale. Alla supremazia della Convenzione europea rischia di subentrare la supremazia dei giudici europei, esito non altrettanto democratico. C'è da sperare che la Corte costituzionale voglia rivedere o, comunque, attenuare il suo indirizzo. Ma, poiché ancora di recente lo ha ribadito<sup>24</sup>, non resta che prenderne atto; e quanto meno, chiedere che le interpretazioni della Corte europea, destinate a fungere da parametro nel giudizio di legittimità costituzionale e a vincolare i giudici comuni, siano formalizzate con la massima chiarezza in uno specifico dispositivo. Non è pensabile che effetti di tale rilevanza siano collegabili ad ogni spunto 'interpretativo' contenuto nella motivazione, *obiter dicta* inclusi.

<sup>23</sup> A scanso di equivoci preciso di condividere interamente il contenuto della recente sentenza della Corte europea sul 'crocifisso', che tanto sconcerto ha provocato tra politici ed autorità ecclesiastiche.

<sup>24</sup> Sentenza n. 311 del 2009.



*Corte costituzionale «europeista»:  
una svolta non priva di rischi  
per la tavola delle garanzie*

di Rosanna Gambini

SOMMARIO: 1. La CEDU nella giurisprudenza costituzionale. – 2. Corte Europea, *due process* e legislazioni nazionali. – 3. *Common core* e antinomie nelle legislazioni statali. – 4. Giurisprudenza europea, Trattato per una Costituzione europea e Libro verde.

1. *La CEDU nella giurisprudenza costituzionale*

Quali che siano le ragioni sottese ad una scelta che per lungo tempo accompagna in modo pressoché costante le riflessioni espresse, in ordine alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dal giudice costituzionale, certo è che questi abbia tenuto in *subiecta materia* una posizione, a dir poco, ondivaga se non addirittura «elusiva»: prima negando alle norme pattizie qualsivoglia contenuto di novità rispetto alle garanzie costituzionali, poi riconoscendole come proposizioni normative aventi valore di legge ordinaria, infine, a partire dagli anni ottanta, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito penale, accreditandole come referenti ausiliari nel giudizio di legittimità, destituite, però, di autonomia rispetto ai principi contenuti nella carta fondamentale<sup>1</sup>.

E se pure è vero che un primo importante *break from tradition* viene proposto dalla sentenza n. 10 del 1993<sup>2</sup>, nondimeno è solo a far tempo da due recenti pronunce gemelle che la Consulta<sup>3</sup>, riaf-

<sup>1</sup> Per tutte queste considerazioni, e per opportuni riferimenti anche alla giurisprudenza di legittimità e alla dottrina, v. M.G. AIMONETTO, «*La durata ragionevole del processo*», Giappichelli, Torino 1997, p. 17 ss.

<sup>2</sup> Qui la Corte costituzionale, senza troppe specifiche, le qualifica come norme promananti «da una fonte riconducibile ad una competenza atipica» e riconosce ad esse una speciale forza di «resistenza passiva» che le rende imm modificabili o insuscettibili di abrogazione da parte delle legge ordinaria. Per taluni cenni critici alla sentenza *de qua*, v. M.G. AIMONETTO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>3</sup> Corte cost., sentt. -24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, per il cui testo v.

frontando il delicato problema delle trame tra il diritto nazionale e quello convenzionale, precisa, senza mezzi termini, quale sia l'efficacia da destinarsi alla CEDU e ai *dicta* della Corte di Strasburgo.

Tralasciando per il momento una valutazione in dettaglio delle linee di scorrimento e delle proiezioni sugli assetti futuri, non si può negare che quello operato dai due *companion cases* del 2007 rappresenti, nel quadro della giurisprudenza espressa dal giudice costituzionale, un *revirement* di grande valenza propositiva, e fors'anche un vero e proprio punto di non ritorno, intervenendo a chiarificare al nostro interno, dopo anni di titubanza interpretativa, la posizione da assegnarsi alle norme pattizie nella gerarchia delle fonti<sup>4</sup>.

Infatti, detto in estrema sintesi, da un lato le sentenze da ultimo citate sembrano limitarsi ad affermare che le norme convenzionali, in quanto norme di rango «sub-costituzionale» ed intermedio tra costituzione e legge ordinaria, sono sempre sottoponibili ad un preventivo vaglio di compatibilità con la carta fondamentale<sup>5</sup>, giacché se ogni singolo giudice è tenuto ad interpretare il diritto nazionale in maniera aderente alle norme convenzionali, tuttavia quello stesso giudice non può, in un sistema dissimile dal *judicial review*<sup>6</sup>, risolvere in proprio l'antinomia, operando una disapplicazione *tout court* della norma interna; dall'altro, però, riconoscono a chiare lettere che, stante la funzione ermeneutica della Carta, di cui è assegnataria, in via esclusiva, la Corte europea (art. 32, par. I CEDU), il dato testuale della

<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> (ultimo accesso utile al sito 6 novembre 2009).

<sup>4</sup> Va detto, però, che se la Corte, nelle due sentenze richiamate, si fosse limitata a riconoscere la speciale forza di resistenza delle norme convenzionali, *id est* insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria, un tale riconoscimento, per essere stato già adombrato in pronunce precedenti (così Corte cost., sent. 12-19 gennaio 1993, n. 10, per il cui testo v. <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> (ultimo accesso utile al Sito 6 novembre 2009)), non avrebbe rappresentato nella giurisprudenza costituzionale un *novum* in senso assoluto.

<sup>5</sup> Per qualche richiamo ad un maggior coinvolgimento della Corte costituzionale, cfr. M.G. AIMONETTO, *La «durata ragionevole» del processo penale*, cit., p. 30.

<sup>6</sup> Sulla portata dell'istituto americano del *judicial review*, v. le chiare enunciazioni del Giudice di Corte suprema John Marshall, in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), il quale non solo rivendica al giudiziario il compito di interpretare la legge, ma precisa altresì che spetta ad ogni giudice, laddove insorga un contrasto fra leggi di valore diverso, «di dichiarare quale sia la legge», giacché se la Costituzione rappresenta la legge suprema dello Stato, ne consegue che un atto legislativo ad essa contrario non è legge. Per una estensione del controllo di costituzionalità dalla *federal law* alla *state law*, v. *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304 (1816). In argomento, cfr., soprattutto, M. CAPPELLETTI, *Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo*, in ID., *Processo ed ideologie*, Bologna 1969, pp. 484, 485.

Convenzione è da intendersi arricchito, *rectius* implementato, dalle interpretazioni offerte in sentenza dalla medesima, legittimandosi così una integrazione del parametro di costituzionalità: tale in futuro è a ritenersi non solo la *law in the books* (ovverosia il dato normativo cristallizzato nella CEDU), ma anche la *law in action* (il prodotto giurisprudenziale dei giudici europei).

Sebbene in proposito, come prontamente riconosciuto in dottrina<sup>7</sup>, non si possano sottacere né tanto meno sottovalutare le difficoltà di individuare, e di enunciare in proposizioni precise, il principio interposto su cui fondare il giudizio di legittimità costituzionale, poiché tanto le pronunce della Corte europea, intervenendo a séguito del ricorso proposto dal destinatario delle garanzie convenzionali<sup>8</sup>, quanto quelle che seguono dalla Corte suprema USA, previa investitura attraverso il *writ of certiorari*, esprimono in sé ipotesi di *case law*.

Il che significa che nel decidere ambo le Corti ragionano e decidono secondo l'ottica del *case by case*, tenendo massimamente in conto il fatto e le circostanze presenti nel caso ad esse sottomesso, e pertanto nulla impedisce loro di enunciare un principio in un caso e di disattenderlo in un caso successivo, se diversamente circostanziato<sup>9</sup>.

Pertanto estrapolare il principio «convenzionalizzato», e racchiuso nella motivazione della pronuncia »europea«, potrà non essere un compito agevole per gli operatori nazionali, non sempre convenientemente informati e poco avvezzi al *modus operandi* dei Giudici di Strasburgo<sup>10</sup>.

Il rischio preventivabile, stante il nostro sedimentato costume giu-

<sup>7</sup> In proposito, v. R. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale*, a cura di A. BALSAMO e R.E. KOSTORIS, Giappichelli, Torino 2008, p. 7.

<sup>8</sup> Sul significato da assegnarsi rispettivamente al ricorso individuale e alla giurisdizione esclusiva della Corte europea, v. M.G. AIMONETTO, *op. cit.*, p. 13 e gli Autori menzionati alla nota 10.

<sup>9</sup> In senso coincidente, cfr. P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte Europea*, in *Arch. pen.*, 3/2008, p. 28 per il quale «la lettura della Convenzione operata dai Giudici Europei è inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge», e pertanto ritenere vincolante l'interpretazione della norma pattizia »in un ambito diverso da quello relativo alla controversia decisa« sarebbe «una forzatura dei principi generali in tema di legge, giurisdizione e giudicato».

<sup>10</sup> Per rilievi coincidenti, v. R. KOSTORIS, *op. e loc. ult. cit.* Invece, per un auspicio a che «le interpretazioni della Corte europea, destinate a fungere da parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, siano formalizzate con la massima chiarezza in uno specifico dispositivo», non essendo accettabile che «effetti di tale rilevanza siano collegabili ad ogni spunto 'interpretativo' contenuto nella motivazione», v. P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova*, cit., p. 29.

diziario<sup>11</sup>, sarebbe poi quello di un proliferare di eccezioni alla Consulta, per supposto contrasto tra norma interna e norma convenzionale, con l'inevitabile *sequitur*, di far lievitare in maniera sconsiderata il carico di lavoro di quest'ultima, e data la regola che prescrive la obbligatoria sospensione del procedimento, e di tutti quelli in cui la questione sollevata rilevi, fino a quando non intervenga la decisione del giudice costituzionale, di rallentare ancora il già faticoso incedere dei nostri procedimenti.

## 2. Corte Europea, due process e legislazioni nazionali

Ma ciò premesso, *nulla quaestio se*, enfatizzando gli enunciati espressi sul tema dai nostri giudici costituzionali, si intendesse solo sottolineare che l'opera di decodificazione della Carta svolta dalla Corte europea, e che tanta parte ha avuto nel processo di concretizzazione delle garanzie del *due process*<sup>12</sup>, debba fungere da piattaforma ermeneutica fondamentale ed eventualmente da pungolo per adeguare ad essa la legislazione interna degli Stati d'Europa, con l'apprezzabile risultato di un innalzamento, ove necessario, dello *standard* delle garanzie fino ad un *minimum* che deve essere *background* condiviso da tutti i paesi firmatari<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Basti pensare all'incapacità manifestata in più occasioni, dai giudici italiani ad interpretare la disciplina processuale penale in modo conferente con il dettato della legge fondamentale, con rimproveri espliciti ai remittenti da parte della stessa Corte costituzionale. Così, ad esempio, Corte cost., sent. 7-9 luglio 2004, n. 219, per il cui testo v. <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> (ultimo accesso utile al Sito 6 novembre 2009).

<sup>12</sup> Che il richiamo dovesse essere interpretato in senso onnicomprensivo, e quindi non solo rivolto soltanto ai testi che enunciano diritti e garanzie, ma esteso altresì al *diritto vivente*, argomentava già O. MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella costituzione europea*, Giapichelli, Torino 2005, p. 46, a cura di Maria Grazia Coppetta, commentando gli articoli II-66 e II-112 del Trattato per una Costituzione europea. Invece, più di una perplessità a fare appello alle norme CEDU, «come interpretate dalla Corte europea», avanza P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione*, cit., secondo il quale «la forza vincolante di quanto asserito nelle sue sentenze non dovrebbe superare il limite segnato dalla singola controversia».

<sup>13</sup> E forse qui, estremizzando il ragionamento, potremmo dire che proprio questo denominatore comune, e non solo i parametri di redditività e di equilibrio economico dovrebbero valere come *test* di ingresso per decidere l'inclusione o l'esclusione di questo o quel paese che chieda di entrare nella UE. Per tali considerazioni, v. R. GAMBINI, *Modelli di unificazione giuridica e armonizzazione dei diritti nazionali nel quadro dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3642.

Così, recependo le censure e i moniti indirizzati al nostro paese<sup>14</sup>, il legislatore italiano, solitamente riottoso ad interventi di sistema, in tempi recenti, ha provveduto a modificare la disciplina del processo *in absentia*<sup>15</sup>, nella parte in cui non garantiva appieno il diritto dell'imputato ad essere informato, «nel più breve tempo, in una lingua che comprende e in maniera dettagliata, del contenuto dell'accusa elevata contro di lui» che la CEDU all'art. 6 lett. a gli riconosce<sup>16</sup>.

Fin qui mi pare uno svolgimento corretto e al quale, per le ragioni anteposte, guardare con immutato, se non crescente favore.

Che ciò poi sia *in nuce* rappresentativo di una tendenza *versus* il superamento di una oramai *rétrò* concezione *statocentrica* e a spazzar via posizioni scioviniste, elevate dagli Stati e anche soprattutto dal

<sup>14</sup> V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia (no. 56581/00) (Sejdovic I).

<sup>15</sup> L'intervento correttivo della disciplina, tradottosi nel d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, recante «*Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna*» convertito nella legge 22 aprile 2005, n. 60, può ricondursi al dovere che incombe alle Alte Parti Contraenti ex art. 46 §1 CEDU non solo di dare séguito alle pronunce definitive della Corte, ma anche di impedire il riverificarsi della violazione accertata, predisponendo mezzi idonei a garantire il rispetto delle norme convenzionali, nonché alla procedura dell'*arrêt pilote*, attraverso la quale la Corte – come osserva Giulia Mantovani – ricerca «nella normativa e nella pratica interne, la causa delle violazioni riscontrate, per poi dichiarare il dovere dello Stato convenuto di adottare misure minime generali tali da rimediare alla *défaillance* strutturale individuata». Così G. MANTOVANI, *La sent. n. 129 del 2008 e la «riparazione» delle violazioni dell'art. 6 CEDU*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2687

<sup>16</sup> Sul punto, v. M. CHIAVARIO, *La «lunga marcia dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale*, cit., p. 30, per il quale, a prescindere da quello che potrà essere il giudizio, per ora inespresso, della Corte europea, (d'altro canto la medesima Corte, nella sentenza Sejdovic v. Italy, *supra cit.*, ritiene *premature*, in assenza di *any domestic case concerning the application* del nuovo art. 175 c. 2, c.p.p, una valutazione circa la sua rispondenza ai dettami della Convenzione e nel contempo *unnecessary* indicare *any general measure at national level*), la disciplina della contumacia non abbia ancora trovato «un suo assetto stabile», dovendosi ad ogni buon conto temperare le esigenze «di garantire chi sia stato processato senza essere a conoscenza del procedimento a suo carico con la necessità di non favorire artificiose sottrazioni al processo da parte di persone ben consapevoli di essere perseguite o perseguibili». (In luogo, è recentissimamente intervenuta la Corte costituzionale – Corte cost., sent. 30 novembre – 4 dicembre 2009, n. 317 [reperibile in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), ultimo accesso utile al Sito 7 dicembre 2009], laddove si dichiara la non conformità al testo fondamentale di quell'articolo «nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato»).

nostro<sup>17</sup>, a riparo dei rispettivi sistemi processuali, è una stima che *in toto* non mi sento di condividere, ma che si può anche fare.

Discorso del tutto diverso, e niente affatto sottoscrivibile, a mio modo di vedere, invece, allorché, in nome di una oramai necessitata concezione *eurocentrica* e di assimilazione tra le discipline degli istituti processuali<sup>18</sup>, si opina che la giurisprudenza e i canoni europei afferenti al processo penale, non potranno non interferire sul piano normativo, modificando il nostro modo di legiferare.

Che anzi gli insegnamenti della Corte europea dovranno fungere, in un futuro prossimo, da chiave di lettura e da *input* per il nostro legislatore, sollecitandolo a rivisitare un impianto codicistico troppo garantista<sup>19</sup>, operandosi, perciò, non verso l'alto, o per lo meno, non solo verso l'alto, quando in una valutazione comparativa si rilevino *deficit* di garanzia – d'altro canto se così fosse un adeguamento ai più elevati parametri europei si renderebbe necessario, tanto più oggi, a tener conto del vincolo a cui – come evidenzia la stessa Corte costituzionale<sup>20</sup> – è astretto l'esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni dal nuovo art. 117, comma 1° cost. – ma anche verso il basso, dovendo, ad ogni buon conto, condurre il legislatore a riconsiderare il tutto, nella prospettiva europea, e quindi ad operare un livellamento, se non un'amputazione di quelle maggiori garanzie, a patto che queste ultime non trovino conforto nel testo della Convenzione o nelle pronunce della Corte di Strasburgo<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Di atteggiamento *autarchico* del nostro Stato rispetto alla Convenzione parlano altresì A. BALSAMO e A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in AA.Vv., *Giurisprudenza europea*, cit., p. 334.

<sup>18</sup> Per una sottolineatura della centralità assunta dalle decisioni quadro come fattore di armonizzazione delle legislazioni nazionali, e del diffondersi del principio di interpretazione conforme, in origine riservato alle sole decisioni comunitarie, v. A. BALSAMO e S. RECCHIONE, *La protezione della persona offesa tra Corte europea, Corte di giustizia delle Comunità Europee e carenze del nostro ordinamento*, in AA.Vv., *Giurisprudenza europea*, cit., p. 310.

<sup>19</sup> In tal senso, R. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 9.

<sup>20</sup> Così nelle sentenze Corte cost. nn. 348 e 349 *supra* menzionate.

<sup>21</sup> In senso conforme, oltre a R. KOSTORIS, *op. cit.*, pp. 9, 10, 11, per il quale «l'adeguamento ai canoni convenzionali presenterà certamente per un sistema garantistico come il nostro – probabilmente il più garantistico tra quelli europei – dei costi, imponendo un cambio di prospettive», cfr. A. BALSAMO e A. LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, *op. e loc. cit.*, secondo i quali proprio la giurisprudenza europea «oltre a svolgere un'importantissima funzione di raccordo culturale tra gli ordinamenti continentali e quelli anglosassoni, esprime una serie di indicazioni innovative» che conducono a ripensare (e



Si tratta, ad avviso di chi scrive, di un assunto inaccettabile, non solo perché così si giungerebbe a riconoscere alla Corte europea, recependo e corroborando un *trend* emerso al suo interno, ma che – sia chiaro – non trova appigli nel testo della Convenzione, stante il diverso ambito di operatività e i differenti compiti ad essa destinati<sup>22</sup>, ad ergersi a giudice delle leggi di livello sopranazionale<sup>23</sup>, ma soprattutto perché un contenimento delle maggiori garanzie riconosciute da questo o da quell'ordinamento nemmeno è dovuto, ove si abbiano a mente i dati esperienziali e le dinamiche operative che, nelle conformazioni statali non unitarie, presiedono ai rapporti tra Stato federale e Stati federati<sup>24</sup>.

E ciò vale sia allorché si intenda l'armonizzazione normativa alla stregua di mera indicazione prospettica e di sviluppo del sistema processuale sia quando, in una visuale più limitata, ma di sicura presa emotiva, si faccia riferimento ad imprescindibili esigenze di garantire margini più ampi di tutela ad alcuni soggetti deboli e *in primis* alla persona offesa<sup>25</sup>.

il riferimento di specie non può di certo essere considerato casuale) alla regola d'oro del contraddittorio nella formazione della prova.

<sup>22</sup> Al più, guardando retrospettivamente all'opera fin qui svolta, si potrebbe assimilare anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ad una sorta di Camera di riforma *sui generis*, stante il fatto che con la sua giurisprudenza (analogamente alla Corte suprema sotto la presidenza Warren) ha provveduto a ridefinire i rapporti individuo – autorità nei sistemi processuali dei paesi firmatari, secondo forme quantomeno allineate al rispetto delle garanzie convenzionali. Per cenni in merito all'operato della *Warren Court*, v. E. AMODIO, *Il modello accusatorio e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in AA.Vv., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Ennio Amodio e Cherif Bassiouni, Giuffrè, Milano 1988, p. XXVIII.

<sup>23</sup> In dottrina, quanto al diverso ruolo «connotativo» di Corte europea e Corte costituzionale, v. M. CHIAVARIO, in AA.Vv., *La «lunga marcia» dei diritti*, cit., p. 28 ss., secondo il quale la Corte europea «non è, in via di principio, «giudice delle leggi», ma «giudice di casi», dovendo stabilire «di volta in volta se, nel caso sottoposto al suo esame, vi sia stata una violazione di questo o quel diritto, di questa o quella libertà» riconosciuti nella carta convenzionale. V., altresì, per un opportuno invito indirizzato alla Corte europea ad autolimitarsi, sia rispettando rigorosamente le regole di esclusione probatoria stabilite negli ordinamenti dei singoli Stati, sia soprattutto astenendosi dall'individuare regole «come quella della misura esclusiva o determinante» delle quali, tra l'altro, non vi è traccia nel tessuto normativo della CEDU, da ultimo, M. DANIELE, *Regole di esclusione della prova e Giurisprudenza della Corte Europea: Profili di potenziale conflitto*, in AA.Vv., *Giurisprudenza europea e processo penale*, cit., p. 394.

<sup>24</sup> In senso coincidente, da ultimo, P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione*, cit., p. 24.

<sup>25</sup> Per un pressante invito a non trascurare l'offeso, cfr. A. BALSAMO e S. RECHIONE, *La protezione della persona offesa*, cit., p. 309 ss. Ad avviso di chi scrive,

### 3. Common core e antinomie nelle legislazioni statali

Infatti, ammesso e concesso che la UE, al momento storico attuale, possa essere assimilata ad uno Stato federale, sia pure *in fieri*<sup>26</sup>, non va dimenticato che di regola nei rapporti interni alla federazione, se si registra un minimo comune denominatore tra gli ordinamenti che lo compongono (così, assumendo a pietra di paragone la realtà statunitense, è difficile *negare* «che un *common core* del *criminal justice system* ...esista a livello federale e sul piano statale»<sup>27</sup>, e che proprio dalla Costituzione federale, grazie alla *supremacy clause*, enunciata nell'art. VI, e dalla Corte suprema siano venuti gli stimoli alla creazione di una disciplina e di un modello processuale sostanzialmente omogenei nei diversi stati<sup>28</sup>), tuttavia un tale imperativo di omologazione ordinamentale non vale in senso assoluto, e allorché si scende dal piano dell'Unione e ci si insinua nel piano di «riservato dominio» statale, nulla impedisce ad ogni singolo Stato, se lo vuole, di essere, mediante la propria legislazione costituzionale e la giurisprudenza delle proprie Corti supreme, più dispensatore di diritti e garanzie rispetto a quanto riconosciuto a livello federale.

Sul punto non mancano proprio nel panorama statunitense esempi altamente probanti. Anche se non è questa la sede per ripercorrere l'accidentato cammino che ha condotto la U.S. *Supreme Court* ad una vera e propria inversione di rotta sul terreno dei diritti indivi-

invece, ove le legislazioni nazionali europee, ed in particolare la nostra, mostrassero carenze, a livello di tutela della vittima, sarebbe doveroso implementarle, ma ciò non implica né tanto meno impone, in un non necessitato *balancing approach*, un abbassamento delle garanzie dell'imputato. In senso conforme, nella dottrina statunitense, cfr. S. DASH, «*Preface*», in AA.Vv., *Criminal Justice and the Victim*, a cura di William F. Mc Donald, Beverly Hills 1976, p. 9, secondo il quale l'ideale da perseguire sarebbe che lo Stato si comportasse in maniera *fair* e *decent* con tutti i cittadini, vittime o colpevoli che siano.

<sup>26</sup> V., però, B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, Milano 2002, p. 21, dove l'autrice pone in evidenza come l'Unione europea appaia oggi come «una formazione *sui generis*» sospesa tra quello che non è più – una mera cooperazione di stati – e quello che non è ancora – un'unione politica di tipo federale.

<sup>27</sup> In tal senso, E. AMODIO, *Il modello accusatorio e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. XXVII.

<sup>28</sup> Tutte le garanzie del *Bill of Rights* che la Corte suprema, attraverso la *selective incorporation interpretation*, ha inteso includere nel *due process of law* del XIV emendamento, varato nel 1868, devono essere assicurate a tutti i cittadini, *full and intact*, vale a dire nell'interpretazione datane dai giudici federali, e senza eccezioni. Così E. AMODIO, *Il modello accusatorio e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America* cit., pp. XXVII, XXVIII.

duali nel processo penale, qui basti pensare alle dottrine sempre meno *liberal*, se non di segno apertamente conservatore, espresse, nel dopo Warren, sia in relazione al *right to a jury trial*<sup>29</sup> sia in ordine alla *exclusionary rule* delle prove raccolte illegittimamente dalla polizia, sia per le condizioni di proponibilità del *writ of habeas corpus*, sia infine all'applicazione sempre più lata riservata all'*harmless error doctrine*<sup>30</sup>, e tuttavia non è dato di riscontrare che le Corti supreme statali si siano supinamente adeguate al nuovo corso.

Anzi, in più occasioni, si sono allontanate dagli enunciati della Corte suprema, mostrando di voler assumere su di sé quella funzione di traino e di salvaguardia delle garanzie difensive cui la Corte USA parrebbe avere, sia pure tra luci ed ombre<sup>31</sup>, in gran parte rinunciato.

A partire dagli anni ottanta si assiste, infatti, ad un significativo proliferare di decisioni di Corti supreme statali, attinenti al processo penale, che riconoscono alle garanzie contenute nelle rispettive costituzioni, soprattutto per quanto attiene alle tutela delle libertà fondamentali nella fase *pre trial*, una portata più ampia rispetto a quella offerta dai *Nine Blackmen* di Washington alle garanzie codificate nel Bill of Rights federale<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> V. *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1970) e *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972), nelle quali la Corte, distinguendo tra nucleo *costituzionalizzato* del diritto al *jury trial* e *accidental features*, sovverte la regola prima operante in tema di *quorum* partecipativo e deliberativo, ammettendo sia che la giuria possa essere composta da un numero di giurati inferiore a dodici, sia che, in una giuria composta da dodici *Jurors*, il verdetto possa essere reso non all'unanimità, ma a maggioranza dei presenti.

<sup>30</sup> Tale dottrina del «vizio costituzionale innocuo» fu enunciata dalla Corte suprema, ancora presieduta da Earl Warren, nel caso *Chapman v. California*, 386 U.S. 18(1967), ma, a far tempo dalla presidenza Burger, venne estesa successivamente a tutte le garanzie difensive enunciate nel VI emendamento del *Bill of Rights*.

<sup>31</sup> In aggiunta a quanto asserito nel testo, va nondimeno precisato che se la tendenza a contenere il livello delle garanzie, e a privilegiare le esigenze di *law and order* e di *efficiency* della risposta punitiva, è ben presente nella giurisprudenza della Corte suprema, una volta conclusasi la parentesi della *Due Process Revolution*, tuttavia nel corso del tempo, e ancora in tempi relativamente recenti, non sono mancati momenti di attenzione per i diritti dell'imputato (v., ad esempio, *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000), dove il *Chief Justice* Rehnquist, pur se *conservative* ed ideologicamente ostile a Miranda, coglie l'occasione per costituzionalizzare i famosi avvertimenti ivi enunciati. Cfr. *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)).

<sup>32</sup> Per cenni al fenomeno, e più in generale, all'ormai imperante dottrina del cosiddetto *new federalism* che propugna un allentamento dei controlli del potere federale sull'esercizio dei poteri da parte delle entità statali, cfr. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino 1985, p. 9 ss.

#### 4. *Giurisprudenza europea, Trattato per una Costituzione europea e Libro verde*

Una lezione, quella deducibile dall'esperienza federalista americana, che non è rimasta senza seguito. Traslando, infatti, sul fronte europeo, mi pare non vada trascurato quel proposito verso il rispetto e il mantenimento delle difformità di questo o quel comparto delle discipline nazionali, laddove esse siano espressive di livelli più elevati di tutela, che già può cogliersi nel testo del Trattato per una Costituzione europea<sup>33</sup>.

Qui, all'art. 270 c. 2 della parte III sez. IV – come è noto – i costituenti affidavano ad una legge quadro il compito di dettare norme minime *comuni* in materia di ammissibilità reciproca delle prove.

E se è parso subito chiaro come a tal proposito si alludesse ad un'ipotesi di circolazione probatoria del tutto nuova (non quella disciplinata presso di noi dall'art. 78 disp. att. c.p.p., ma nemmeno di raccolta di prove transnazionale, alimentata o attraverso lo strumento della rogatoria o mediante quello della stipula di convenzioni bi o multilaterali), meno immediatamente intelligibile, invece, è sembrata l'interpretazione della norma, oscillante tra due significati possibili: o da intendersi come nucleo minimo di regole da recepirsi negli ordinamenti interni, secondo una prospettiva di armonizzazione a livello comunitario della disciplina delle prove (il che tra l'altro avrebbe potuto utilmente riversarsi e rivestire una valenza decisiva al fine del *mutuo riconoscimento delle sentenze*) o come un *corpus* di norme a sé stante, e destinate ad entrare in gioco di volta in volta rispetto a talune fattispecie penali e a certi procedimenti a marcata connotazione transnazionale.

Non è poi privo di significato che proprio nella dottrina italiana<sup>34</sup> tra le due sia prevalsa la seconda opzione interpretativa, vuoi perché l'emendamento sollecitato da Mr. de Villepin (in allora Ministro degli Esteri per lo Stato francese) venne respinto dall'Assemblea costituente, vuoi soprattutto a tener conto del dato testuale che a tal pro-

<sup>33</sup> Sul punto v., specialmente, M. BARGIS, *Studi di diritto processuale penale, II, Questioni europee e «ricadute» italiane*, Giappichelli, Torino 2007, p. 23, secondo la quale «dalla lettera della Costituzione per l'Europa si ricava senza ombra di dubbio che l'opera di armonizzazione della legislazione processuale penale «è ancorata ad alcuni ben precisi limiti», trattandosi, in ogni caso, «di norme minime», in quanto l'idea non è quella di unificare le normative, bensì di costruire una sorta di «zoccolo duro», al di sotto del quale sarebbe improponibile il mutuo riconoscimento».

<sup>34</sup> Cfr. M.G. COPPETTA, *Verso un processo penale europeo?*, in AA.Vv., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, cit., pp. 27, 28.

posito conteneva più di un indizio per risalire ai reali intendimenti dei redattori.

Una norma di chiusura, nell'ultima parte dell'articolo citato, infatti, faceva salva e quindi legittimava – nei termini di quella che è la regola d'oro che presiede ai rapporti tra Unione e Stati federati – l'approntamento e l'adozione da parte di uno Stato di margini più ampi di tutela<sup>35</sup>.

D'altro canto, già nel Libro verde, elaborato a mano della Commissione europea, l'idea di approdare a breve ad una unificazione dei diritti probatori interni veniva subito accantonata non solo per motivi di opportunità politica, in quanto contestualizzata e ritenuta dai suoi estensori di difficile attuazione a breve termine, ma anche per ragioni più di sostanza, perché considerata eccentrica rispetto agli esiti minimi di avvicinamento *tra diversi* che in un'ottica di *improvement* della cooperazione giudiziaria si intendevano perseguire<sup>36</sup>.

E, a conforto, vale la pena di rammentare che medesima posizione ha assunto nel 2003 il Parlamento europeo, allorché, pur plaudendo ad una iniziativa della Commissione volta ad individuare un *set* di garanzie procedurali destinate a valere in tutti i procedimenti penali negli Stati membri dell'Unione europea, nel contempo ha sollecitato l'apposizione di una «clausola di non regressione» e precisato che la predisposizione di un minimo comune denominatore in una decisione quadro non può venire artatamente utilizzato dagli Stati come *escamotage* mediante il quale arretrare le normative nazionali preesistenti, ove siano attestate su livelli più elevati di tutela<sup>37</sup>.

Certo si tratta di indicazioni prospettiche rivolte a specifici settori, quello della ammissibilità delle prove 'reperite altrove', e delle

<sup>35</sup> Né si trascuri che il Trattato per una Costituzione europea, seppure non ratificato da due Stati influenti della UE, quali la Francia e l'Olanda – e d'altro canto era fin troppo prevedibile che, in un regime di veti incrociati, il meccanismo potesse incepparsi, prima ancora di essere avviato – è stato poi ripreso nei suoi *fondamenti* dal Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009.

<sup>36</sup> Cfr. il considerando 6.3.4.1 del «Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea», 11 dicembre 2001, COM (2001), dove la Commissione, preso atto del persistere della diversità, al di là di un *set* di principi comuni, delle varie discipline in materia probatoria, saggiamente conclude nel senso che «(S)ono quindi da escludere sia l'unificazione in un codice completo delle norme in materia di ammissibilità delle prove sia il semplice rimando al diritto nazionale», ed individua la soluzione, più realistica e soddisfacente, nel «reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità delle prove», secondo quel concetto di *reciprocità* peraltro già sottoscritto nel Consiglio europeo tenutosi a Tampere nel 1999.

<sup>37</sup> Per maggiori dettagli sul Libro verde del 19 febbraio 2003, Com (2003) 75 def. e sulle vicende ad esso successive, v., soprattutto, M. BARGIS, *op. cit.*, pp. 26, 27, 28.

garanzie nei procedimenti penali da celebrarsi all'interno della UE, ma che, in quanto rivelatrici delle opzioni condivise e degli obiettivi pensati dai vertici europei, ci mettono al riparo dalle sirene della armonizzazione ad ogni costo, e ci inducono a ritenere che allorché si tratta di amministrare i rapporti e definire i confini tra diritti nazionali e giurisprudenza europea, la strada indicata da Strasburgo, sul terreno delle garanzie processuali, non debba per forza essere la *via maestra*.

*Procedimento in absentia:  
sulla 'tratta' Strasburgo-Roma  
una 'perenne incompiuta'*

di Mario Deganello

SOMMARIO: 1. Premessa: le linee portanti dell'argomentare della Corte EDU. – 2. Il quadro di riferimento della giurisprudenza europea: effettiva conoscenza (o preordinata sconoscenza) dell'atto di procedura e diritto di difesa. – 3. Il caso Colozza: mancata partecipazione al giudizio ed insufficienza di rimedi per l'evenienza concreta. – 4. Le pronunzie Somogyi e Sejdovic: mancata partecipazione al giudizio e difetti 'sistemici' della normativa interna. – 5. Il 'dopo attuale': analisi del diritto vivente ed ipotesi sugli scenari futuri.

1. *Premessa: le linee portanti dell'argomentare della Corte EDU*

La Corte europea dei diritti umani, già *in temporibus*, nel primo intervento «armonizzatore» in merito<sup>1</sup>, ha localizzato una «bussola orientativa» del proprio ragionamento: un profilo di allegazione probatoria (a lettere «di fuoco», i giudici di Strasburgo oppongono che non deve competere all'«assente» documentare che egli «non intese evadere la giustizia oppure che la sua mancata comparizione fosse da addebitare o a caso fortuito o a forza maggiore»<sup>2</sup>, cioè, generalizzando l'assunto, che versi in «situazione incolpevole» in ordine alla conoscenza del procedimento o del provvedimento di esso terminativo) e un profilo di effettività di rimedi, una volta che l'interessato sia stato edotto della vicenda che ne occupa (e qui i giudici europei, con perentorietà sulle alternative ma con oscurità di contenuti, reclamano un'ulteriore «determinazione» *in merita causae*<sup>3</sup>, e sul fatto e sul diritto, laddove non risulti inequivocabilmente che il condannato *in absentia* abbia rinunciato ad apparire e a difendersi<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Si intende la, più volte menzionata nel testo, decisione 'Colozza' del 1985 (Colozza v. Italy, in *Foro it.*, 1985, IV, p. 221).

<sup>2</sup> COLOZZA, *op. cit.*, § 30.

<sup>3</sup> Eloquentemente, in una delle lingue ufficiali della Corte EDU, «*a fresh determination of the merits of the charge*»: così, COLOZZA, *op. cit.*, § 29.

<sup>4</sup> Cfr., *ex multis*, Somogyi v Italy, 18 maggio 2004 (no. 67972/01, § 66, ECHR 2004-IV).

evenienza che può concretizzarsi o mediante la riapertura dei termini per impugnare o tramite la «messa in opera» di un nuovo processo<sup>5</sup>. E ciò anche perché gli Stati aderenti alla CEDU dispongono di vasta discrezionalità al riguardo, alla Corte spettando non di indicare, nel dettaglio, i mezzi più funzionali bensì di verificare se quanto espletato a livello di normazione interna abbia raggiunto l'obiettivo<sup>6</sup> «pianificato» dallo strumento convenzionale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>7</sup>. Ad una simile trasparenza comunicativa di intenti fa purtroppo riscontro, sul «fronte» del legislatore nazionale, un atteggiamento tutt'affatto che esemplare. *Hic Rhodus, hic saltus*: ma come il leggendario, e gradasso, saltatore dell'antichità, il diritto positivo italiano non «ripete», ovvero non uniforma i propri tratti normativi alla pressante sollecitazione di cui ai giudici europei, adducendo rimedi che, già *prima facie*, denotano un mero *lip service* all'imperativo proveniente dalla Corte dei diritti umani. Al punto che l'attivismo, a volte compulsivo<sup>8</sup>, dei Parlamenti nazionali sembrerebbe destinato più a «trattenere» l'«invadenza» della giurisprudenza strasburghese che a recepirne *toto corde* i contenuti di disciplina – vincolanti nell'*an* ma non nel *quomodo* – nell'ordinamento interno. Caratteristicamente, difatti, neghittosità e ritardi interferiscono sul necessario adeguamento: di modo che grava sull'interprete esplorarne le ragioni, segnalarne le costanti (nonché enfatizzarne le soluzioni di continuo), nel quadro della dialettica di specie, tanto più nell'acquisita consapevolezza che, fra lo Stato italiano ed il giudice europeo dei diritti umani, si è venuto, nel corso del tempo, a snodare un rapporto, a fondata ragione qualificabile come «burrascoso»<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> V., ad esempio, *Zunic v. Italy*, 21 dicembre 2006, (no. 14405/05), § 62.

<sup>6</sup> Così, ancora, COLOZZA, *op. cit.*, § 30.

<sup>7</sup> Nella fattispecie, l'organicità ai requisiti di cui all'art. 6, § 1 CEDU.

<sup>8</sup> Per esemplificare: la decisione resa in *Sejdovic v. Italy*, 10 novembre 2004 (no. 56581/00) (*Sejdovic I*), viene comunicata al Governo italiano in data omonima; sin dal febbraio 2005 si provvede ad emanare apposito decreto legge di «ricezione» (cfr. d.l. 21 febbraio 2005, n. 17), convertito *in terminis* in legge, con le ritenute opportune modificazioni (cfr. l. 22 aprile 2005, n. 60): ben più che «sollecito» quindi, benché, come vedremo, di mera degnazione, l'intervento «a caldo» delle Assemblee legislative di riferimento.

<sup>9</sup> Conforme a tale direttrice P. MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, p. 573, spec. p. 582.



2. *Il quadro di riferimento della giurisprudenza europea: effettiva conoscenza (o preordinata sconoscenza) dell'atto di procedura e diritto di difesa*

Prima di scendere *in medias res*, giova nondimeno premettere che la riflessione della giurisprudenza di Strasburgo si è venuta potenziando alla luce di tre distinti, quantunque non del tutto autonomi, filoni di indagine: 1) rapporti tra evenienze di cui al diritto di difesa e «fisico presenziare» alle udienze; 2) limiti di addebitabilità della mancata comparizione all'imputato (e non alle autorità procedenti); 3) difettosa conoscenza «ufficiale» degli atti di procedura, nonché strumenti di rimessione in pristino laddove venga accertata un'ignoranza incolpevole in ordine a quel «vuoto di notifica».

A mente del primo profilo, ci si è interrogati se sia lecito subordinare il manifestarsi «pieno» ed efficace delle prerogative difensive all'attiva, e «fattiva», presenza dell'interessato in giudizio; e ciò fondandosi sul discutibile «assioma» giusta cui se è dato, al patrocinatore, *assistere*, ovvero *affiancare*, l'imputato presente, *a contrario* non è dato *rappresentare*, ovvero *sostituire*, l'imputato assente<sup>10</sup>. Trattasi di un'equazione troppo rozza per essere ulteriormente coltivata, che «si inietta» su di un arcaico substrato punitivo e sanzionatorio della realtà contumaciale; non per nulla, mai la normativa italiana è pervenuta ad ipotizzare un «sinallagma» di quel tenore<sup>11</sup>, né la corte EDU si è in merito esonerata dal censurare quegli ordinamenti che si avvalevano di quella repressibile «arma di ricatto» onde forzare l'imputato a comparire in udienza<sup>12</sup>.

Piuttosto, ciò che si mostra stimolante è quanto risulta evincibile dai tratti di inespresso di cui al denunciato indirizzo. Nella misura in cui parrebbe trasmettere l'occorrenza non solo di un 'diritto', bensì anche di un 'dovere' di accesso alle aule di udienza, la Corte dei di-

<sup>10</sup> Così la linea argomentativa perseguita dallo Stato transalpino nel caso Poitrimol c. France, 23 novembre 1993 (no. 14032/88, *series* A 277-A).

<sup>11</sup> Anzi, la *littera legis* incontrovertibilmente eleva ad unica garanzia dei diritti «partecipativi» endoprocessuali dell'imputato la rappresentanza ad opera del difensore: cfr. art. 420 *quater*, comma 2, c.p.p., dettato per la fase dell'udienza preliminare, ma «operativo» altresì per il giudizio ordinario, giusta il rinvio, subordinato alla clausola di compatibilità, di cui all'art. 484, comma 2 *bis*, c.p.p., il cui testo, giustappunto, postula che «l'imputato, quando si procede in sua contumacia, è rappresentato dal suo difensore».

<sup>12</sup> Oltre alla già menzionata pronunzia Poitrimol – v. *supra*, *sub* nota 10 –, rileva una coppia di decisioni di condanna, nel primo caso per otto voti *vs.* uno, nel secondo all'unanimità, dello Stato olandese: Lala v. the Netherlands, 22 settembre 1994 (no. 14861/89, ECHR *series* A 297-B) e Pelladoah v. the Netherlands, 22 settembre 1994 (no. 16737/90, EHCR *series* A 297-B).

ritti umani sottoscrive che è lecito «vendicare» l'inosservanza di quest'ultimo sacrificando, con «adeguatezza», l'entità dei riconosciuti «diritti partecipativi»: molto semplicemente, con il consolidato orientamento giurisprudenziale *de quo*, la Corte insegna che l'equo contemperarsi fra il 'capitale' diritto a comparire dell'accusato e la 'cruciale' esigenza di assistenza difensiva si è realizzato, nei casi *de quibus*, eccedendo le «metodiche» che presiedono al retto bilanciamento fra interessi «agonisti» (in altri termini, nelle vicende di specie, gli ordinamenti francese ed olandese hanno aprioristicamente, e una volta per tutte, risolto il «conflitto» esaltando la primazia indeclinabile dell'un valore sull'altro). Nulla osta, quindi, a convenire per un diverso<sup>13</sup> «accomodamento» delle «polarità, di modo che se «[è] vero che ... le sanzioni imposte agli imputati (impossibilità di farsi difendere da un avvocato) erano sproporzionate», *per implicans* ne viene che «l'articolo 6 [CEDU] non sarebbe stato violato se i diritti degli imputati assenti fossero stati ristretti [nel governo di] un corretto equilibrio<sup>14</sup>»; «la presenza attiva di un difensore basterebbe dunque a ristabilire l'equilibrio tra la reazione legittima dello Stato dinanzi alla non comparizione ingiustificata di un imputato ed il rispetto dei diritti garantiti [in sede convenzionale<sup>15</sup>]».

D'altro canto, la notevole considerazione goduta dal «polo difensivo», alle nostre latitudini, lungi dall'azzittirne la voce, induce ad «esorbitarne» il ricorso al di là del prevedibile (e del prevenibile), sia a livello di articolato normativo che di interpretazione giurisprudenziale. Dal primo versante, emblematico l'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p.: quel precetto esige che le notificazioni, successive alla prima, rivolte all'imputato non detenuto si indirizzino al difensore di fiducia eventualmente nominato (*scil.* purché non sia stato eletto, o dichiarato, altro domicilio<sup>16</sup>), di modo che l'atto di procedura a quest'ultimo «tra-

<sup>13</sup> Per una possibilità *v.*, ad esempio, la *dissenting opinion* del giudice Matscher in LALA, *op. cit.*, p. 14, giusta la cui «pudibonda» voce verbale è d'uopo «incoraggiare» la presenza in giudizio dell'imputato oppure, a surroga, la rappresentanza tramite mano-guida difensiva avendo esclusivo riguardo a fattispecie di spiccata offensività; atteso che Lala venne processato e condannato (a quattro settimane di detenzione, *sic!*) per un'ipotesi «bagatellare» – 'falso in dichiarazioni' – (*Judge Matscher* significa che «[t]he present case is a fairly run-of-the-mill case»), in quell'evenienza ben si sarebbe potuto procedere *in absentia*, senza che ciò implicasse violazione alcuna della normativa convenzionale [nella specie, degli artt. 6, § 1 e § 3 lett. c)].

<sup>14</sup> Così Sejdovic *v. Italy*, 1° marzo 2006 (no. 56581/00), *Grand Chamber*, § 68, nell'illustrare le argomentazioni dello Stato italiano.

<sup>15</sup> Ancora Sejdovic *v. Italy*, *sent. ult. cit.*, § 69.

<sup>16</sup> Per le ragioni di detta clausola di salvezza, nonché per precedenti versioni dell'elaborato di legge, *v.*, per tutti, S. QUATTROCOLO, *Commento all'art. 2 d.l.18.2 2005 n. 17, conv., con modif.*, in *l. 22.4.2005 n. 60*, in *Legisl. pen.* 2005, p. 291 e ss.

smesso» si consideri come notificato «a mani proprie» dell'interessato. E ciò sul fondamento che incomberebbe sul difensore un dovere, deontologicamente assistito, di portare a conoscenza del patrocinato tutti gli atti processuali di interesse<sup>17</sup> nonché, su quest'ultimo, e specularmente, un onere di informarsi presso lo studio legale, onde essere, con costanza, aggiornato sull'*iter* e sugli sviluppi della vicenda che lo riguarda. Va da sé che un simile prospetto non può adattarsi che ad un modulo 'a difensore fiduciario'<sup>18</sup>: cionondimeno, l'esigenza, sacrosanta, di rendere effettiva, al loro destinatario «naturale», la conoscenza degli atti di procedura viene fatta dipendere, in buona sostanza, dall'adesione ad una regola deontologica ad opera del professionista. Di modo che, a contraltare, laddove quella non venga osservata, non v'è «riscatto» per lo «sconoscente» dacché certo inutile alla bisogna, per le sue necessità di partecipare al giudizio, appare l'eventuale sanzione comminata in sede disciplinare al difensore «infedele».

L'ipervalutazione delle facoltà di cui all'ufficio difensivo si coglie esplorando un ulteriore «nodo critico», questa volta con «annidamento» specifico nelle dinamiche giurisprudenziali: trattasi dell'inter-

<sup>17</sup> Salva la facoltà, normativamente riconosciuta, di dichiarare, *illico et immediate*, all'autorità che procede, la propria indisponibilità ad essere «notificato» (cfr. art. 157, comma 8 *bis*, secondo periodo, c.p.p.). A fronte del silenzio legislativo in ordine alle modalità di «esternazione» di siffatto diniego, taluni autori ipotizzano finanche legittima un'«obiezione di coscienza» preventiva, da formalizzarsi al momento della nomina: cfr., ad esempio, L. PISTORELLI, *Ancora più debole il sistema delle notifiche*, in *Guida dir.*, fasc. 18, p. 25 e ss.

<sup>18</sup> E infatti il testo di legge si dirige, *expressis verbis*, solo a costui. L'«indifferenza» manifesta nei confronti del rapporto professionale «officioso» è stata «sciolta» nel verso della negativa dalla giurisprudenza dominante – v., a titolo esemplificativo, Cass. Sez. pen. I, 6 aprile 2006, Latovic, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4151 e Cass. Sez. pen. I, 18 gennaio 2006, Velinov, in *Ced Cass.*, n. 233351. Per una fattispecie peculiare, in cui l'apparente estensione della disciplina ex art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. altresì al difensore di ufficio risultava motivata dalla «singolarità» del procedere (ipotesi in cui, ad esito di una perquisizione personale, il perquirendo – quindi presente ed istante – aveva eletto domicilio presso il difensore *ex officio*) e che, quindi, conferma l'impianto teorico dell'orientamento maggioritario v., infine, Cass. Sez. pen. I, 21 febbraio 2006, Halilovic, in *Ced Cass.*, n. 233515 – (ciò sempre che non emerga *alimunde* che il difensore si sia attivato, *sua sponte*, nei riguardi del contumace all'obiettivo di instaurare con egli un effettivo rapporto professionale). Ora, se l'elaborazione proposta mira opportunamente a «sanzionare» l'intrinseca debolezza delle cosiddette «presunzioni di conoscenza» che seguono alle notificazioni effettuate ex art. 161, comma 4 e 165 c.p.p., genericamente allusive del difensore *tout court*, senza qualificazioni di ruolo, conferendo inedito specifico rilievo al rapporto professionale «fiduciario» essa di certo «deprime» *ultra necessitate* una prospettiva – quella della difesa di ufficio – già a sufficienza 'vilipesa' e nella norma e nella prassi – con quanto «zelo», ad opera degli appartenenti a questa categoria, nell'«avvicinare» i «fuggitivi», è immediato realizzare!

rogativo se l'atto di impugnazione proposto da uno qualsiasi dei soggetti legittimati (nella specie, il difensore) «consumi» il corrispondente diritto astrattamente riconosciuto ad altri (nella specie, il condannato *in absentia*), con l'effetto di precluderne, nei fatti, l'esercizio. Tre, a ben vedere, gli scenari ipotizzabili: consumazione del diritto ad impugnare del secondo legittimato, chiunque esso sia (*prior in tempore, potius in iure*, del resto); non consumazione del diritto ad impugnare di cui al secondo legittimato, chiunque esso sia (qui valorizzandosi le componenti di «autonomia» di impugnazioni solo all'apparenza «unitarie»); trattazione simultanea di ambedue le impugnazioni – quella «originaria» e quella «tardiva» –, a patto che non sia già intervenuta una decisione sulla prima. Ponendo mano al riscontrato contrasto giurisprudenziale<sup>19</sup>, le Sezioni Unite della Cassazione<sup>20</sup>, pronunciandosi per la prima evenienza, hanno statuito che il principio di unicità del diritto di impugnazione rappresenta un momento cardine del sistema processuale vigente, tanto più riflettendo che un'eventuale duplicità delle impugnazioni confliggerebbe con l'obiettivo della «ragionevolezza temporale» dei processi, ormai costituzionalizzato *ex art. 111, comma 2, secondo periodo, Cost.* A nulla, quindi, rileverebbe il fatto che, nell'art. 175 c.p.p., non sia stato ribadito, come nella versione antecedente di quel disposto, che l'impugnazione del difensore impedisce la proposizione dell'istanza per essere rimesso in termini, in quanto a detto silenzio ben può annettersi il significato della ritenuta superfluità di una regola già insita nelle disposizioni generali in tema di impugnazioni<sup>21</sup>. Sarebbe lungo, qui, ripercorrere *fun-*

<sup>19</sup> Per l'orientamento disatteso v. Cass. Sez. pen. I, 21 giugno 2006, De Los Reyes, in *Cass. Pen.* 2007, p. 3386, commentata da S. BUZZELLI, *Restituzione nel termine e sentenza contumaciale: dopo una riforma inappagante, è necessaria una svolta*, *ivi*, p. 3388; v. anche Cass. Sez. pen. I, 7 febbraio 2006, Virzi, in *Ced. Cass.* n. 235293. Salvo errori, le pronunzie che «anticipano» il diritto vivente come interpretato dalle Sezioni Unite parrebbero ricondursi ad un periodo anteriore alle interpolazioni del 2005: v., ad esempio, Cass. Sez. pen. V, 5 giugno 2006, Gori, in *D&G* 2006, f. 46, p. 107 (decisione assunta a norma del testo originario dell'art. 75 c.p.p.).

<sup>20</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, in *Cass. Pen.* 2008, p. 2358, con nota di G. DE AMICIS, *Osservazioni in margine ad una recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di rapporti tra unicità del diritto di impugnazione e restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale di condanna*, *ivi*, p. 2370.

<sup>21</sup> *L'omissis* era stato letto in ben altro modo dall'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite: se in precedenti versioni del disegno di legge la clausola preclusiva veniva confermata, se non addirittura «rafforzata» (in sede di seconda lettura, il Senato aveva difatti condizionato l'impugnazione del difensore del contumace altresì al «posse» di uno specifico mandato *ad hoc*), la successiva eliminazione andava intesa nel verso della ridondanza di un «segnale» esplicito, ovvero al chiaro intento di non ricondurre alcun effetto vincolante in ordine alla facoltà di proporre, o meno, istanza di remissione in pristino a fronte di una previa «attivazione», in merito, del proprio

*ditus* i singoli passaggi argomentativi<sup>22</sup> della pronunzia Huzuneanu: ai nostri fini, bastando considerare che la prospettiva «mono-oculare» sottoscritta dalla Corte di cassazione non può non fondarsi sull'ipercredito riconosciuto al «ruolo» defensionale, unico ufficio su cui canalizzare le avvertite esigenze di «effettiva conoscenza» dell'atto di procedura.

Nel quantificare i limiti di addebitabilità, al giudicato *in absentia*, della mancata partecipazione alle udienze, la Corte, giusta il suo usuale «costume» di 'giudice di violazioni concrete'<sup>23</sup>, si parametra alle risultanze del caso oggetto di disamina: sintomatico di tale *modus procedendi l'affaire* Medenica<sup>24</sup>. Costui, medico di nazionalità statunitense, ma di etnia probabilmente croata, veniva condannato *in absentia*, da una corte cantonale elvetica, ad una pena principale di quattro anni di reclusione e ad una pena accessoria di «diniego di accesso» al territorio svizzero per un periodo di dieci anni a fronte di un'accusa per «frode sanitaria» a detrimento della Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia – fattispecie nondimeno commesse nel territorio svizzero. Prima dell'inizio del giudizio, della cui data di udienza era stato debitamente notiziato in un «incontro preliminare» dal Presidente dell'organo giudicante e al quale, comunque, i suoi difensori avevano presenziato per l'intera durata, il ricorrente si era trasferito negli Stati Uniti d'America per ragioni connesse alla sua professione. Una volta là, e specializzatosi in oncologia, egli veniva fatto oggetto – in prossimità della data di cui *supra* – di un *restraining order* (ordine di non allontanarsi dallo Stato, con conseguente ritiro del passaporto valido per l'espatrio) su istanza di un paziente, malato terminale, il quale assumeva che solo il dottor Medenica sarebbe stato idoneo a garantire la prosecuzione di cure adeguate allo *status* in cui versava<sup>25</sup>; in un concentrato di millanteria e di pressapochismo<sup>26</sup>,

difensore. Dal che, è quantomeno dato riflettere sulla fallacia di taluni accreditati canoni interpretativi (*ubi lex voluit, dixit, ubi lex noluit, tacuit*).

<sup>22</sup> Per tale incombenza v. F. CALABRESE, *Osservazioni (Sull'impugnazione proposta dal difensore dell'imputato contumace)*, in *Osservatorio del processo penale*, marzo-aprile 2008, p. 25, Rivista in cui, a p. 34, trovasi anche «*La requisitoria dell'Avvocato generale*» presso la Corte di cassazione sulla vicenda di specie. V. comunque *infra*, p. 109 e ss.

<sup>23</sup> Per questa indovinata espressione cfr. M. CHIAVARIO, *Cour européenne des droits de l'homme et Cour constitutionnelle italienne: quelques notes pour une comparaison*, in Aa.Vv., *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level (International Congress on Procedural Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna, September 23-24 1988)*, vol. II, Giuffrè, Milano 1991, p. 557.

<sup>24</sup> Medenica v. Switzerland, 14 giugno 2001 (no. 20491/92).

<sup>25</sup> Per «macabra» ironia della sorte Rajko Medenica defunge prima che la Corte

Medenica confermava le indicazioni del suo assistito, altresì soggiungendo, con riguardo al sistema processuale penale elvetico, notizie destituite di ogni fondamento<sup>27</sup>. La Corte dei diritti umani, per tramite di una decisione resa con cinque voti favorevoli e due contrari<sup>28</sup>, i quali ultimi ravvisavano una violazione dell'art. 6 § 1, letto in combinato disposto con l'art. 6 § 3 lett. *d*), CEDU, imputava al ricorrente la mancata partecipazione al giudizio «stipulatosi» *in absentia* giacché, con la sua condotta, egli aveva contribuito a dare causa a quella «tipologia» di accertamento processuale, rientrando nella sua sfera di «dominio personale» «concordare», con le autorità USA, «casi» e «modi» di emanazione dell'*order* – tanto più notandosi che Medenica aveva ottenuto non solo 'conoscenza legale' bensì anche 'conoscenza effettiva' della data della prima udienza innanzi al giudice elvetico.

Tutta una questione di limiti e di equilibri, *more solito*. Comunque sia, tale impostazione viene avvalorata, se non addirittura enfatizzata, in un recente «pronunciamento<sup>29</sup>» del giudice di Strasburgo, nel quale il 'principio Medenica' viene fatto retroagire già alla fase delle indagini preliminari. La vicenda: un cittadino bulgaro, processato per furto di cavi elettrici intervenuto nel suo villaggio, era stato condannato, *in absentia*, a tre anni di reclusione con sentenza emessa

EDU esprima il proprio giudizio, la causa venendo proseguita, in qualità di eredi, dalla moglie e dai figli.

<sup>26</sup> L'interessato «confessava», fra l'altro, di non essere in grado di indicare alcun sanitario funzionale a «mandare ad effetto» le sue terapie, in ipotesi di sua impossibilità a proseguirle, né di avere predisposto per eventuali sostituti.

<sup>27</sup> Un avvocato statunitense di Medenica aveva difatti informato la *District Court* di competenza che il proprio assistito, innanzi agli organi cantonali elvetici, non era mai stato reso edotto della «natura» e dei «motivi» delle accuse elevate a carico, nonché, falso ancor più clamoroso, come, per le imputazioni contestate, fosse astrattamente prevista la pena capitale (in Svizzera abolita, per i reati «comuni», fin dal 1938).

<sup>28</sup> La *dissenting opinion* del giudice greco Rozakis, una volta «rivisitate», con acrimonia e serietà, le coordinate della precedente giurisprudenza della Corte in tema di *jugement par default*, nondimeno esse «disancora» dalle risultanze della vicenda Medenica; la *dissenting opinion* del giudice maltese Bonello, invece, suggerisce che l'emanazione del *restraining order* di cui al testo non fu determinata dalle «false allegazioni», imputabili al collegio difensivo, in merito ai *deficit* di garanzia propri dell'ordinamento processuale penale elvetico, bensì da una legittima richiesta proveniente da un terzo (nella specie, un assistito in fase terminale del dottor Medenica). Tutto vero: ma va da sé che, delle «modalità operative» (*in primis* spazio-temporali) di esecuzione dell'*order*, il medico appariva corresponsabile, stante le sue dichiarazioni roboanti ed avventate.

<sup>29</sup> Demebukov v. Bulgaria, 28 febbraio 2008 (no. 68020/01); per un commento «anonimo» v. *Ancora in tema di giudizio contumaciale: un «caso rumeno (recte, bulgaro: n.d.a.)» di non violazione*, in *Legisl. pen.*, 2008, p. 90.



in primo grado e mai sottoposta a gravame; veniva nondimeno fatto rilevare che, durante la *preliminary investigation*, egli, affiancato da un legale di fiducia, in più occasioni e con nettezza, era stato reso edotto delle accuse elevate a suo carico e dell'evolversi delle indagini (in quel frangente gli era stata, inoltre, applicata una misura cautelare di contenuto meno «affittivo» – l'obbligo di dimora – onde esigerne la presenza al giudizio, alla quale, senza ragioni cogenti, Demebukov si sottraeva). Il ricorrente si doleva che, una volta verificata la partecipazione «consapevole» alla fase delle indagini, per ciò solo, alla luce della *discovery* là espletata, fosse dato evincere la «percentuale» (*sub specie* di ragionevole probabilità) di effettiva celebrazione del *trial*; ciò contestando in quanto del tutto inconferente, ed adducendo la possibilità di ipotetici «sbocchi» differenziati ad epilogo del momento preliminare (archiviazione, non luogo a procedere, sospensione), l'interessato rifuggiva da qualsiasi «diagnosi presuntiva» su di un futuro dibattimento ad origine in un «ruolo vigile» mantenuto in sede pre-processuale, tanto più che la centralità del suddetto giudizio avrebbe dovuto impernarsi su mezzi ben più fermi, quali, ad esempio, la conoscenza effettiva delle date apprestate per quelle evenienze. Investita del caso, la Corte europea, questa volta all'unanimità, non ravvisa inosservanza alcuna dell'articolato convenzionale: se non deve essere fatto carico all'imputato di dimostrare il proprio intento di non essersi prefisso di «fuggire alla giustizia», specularmente compete alle autorità nazionali stabilire se, dai verbali di causa, sia dato inferire che l'assenza fosse riconducibile a ragioni non imputabili al condannato *in absentia* («*whether there was anything in the case file to warrant finding that he had been absent for reasons beyond his control*<sup>30</sup>»). Nell'occorrenza di specie, la Corte approda a ritenere, su tutto per l'aggiramento delle prescrizioni connesse all'obbligo di dimora, che Demebukov si fosse messo, volontariamente, nella condizione di non essere informato, e quindi di non attendere, al successivo giudizio di primo grado; «inoltre, fino allo 'stadio preliminare' delle indagini, egli era stato assistito da un difensore di fiducia, di modo che ben avrebbe potuto ragionevolmente presagire in che cosa si sarebbe tradott[a]<sup>31</sup>» l'investigazione in corso d'opera.

Abbiamo osservato l'enfasi riposta, ai fini della conoscenza effettiva degli atti di procedura, sulla notifica ufficiale dei medesimi (nonché la «veste» quasi «taumaturgica» attribuita, in proposito, all'ufficio difensivo). Ciononostante, in evenienze peculiari, la Corte EDU ha garantito opportunità di ricorso a «sostitutivi» funzionali della co-

<sup>30</sup> DEMEBUKOV, *op. cit.*, § 49.

<sup>31</sup> DEMEBUKOV, *op. cit.*, § 57.

municazione *ad personam*, valorizzando all'uopo (ovvero a comprova che l'interessato, sebbene non raggiunto «direttamente» da un atto di *vocatio*, abbia nondimeno avuto cognizione del giudizio «aperto» a carico ma che, del pari, non intendesse presenziarvi) inequivocabili fatti equipollenti<sup>32</sup>. Esemplificando, si è ritenuta «spendibile» al proposito una dichiarazione pubblica, o per iscritto, mediante la quale l'accusato ragguaglia in ordine al suo intento di non presenziare alle udienze di cui ha avuto conoscenza per «canali» diversi da quelli ufficiali o, ancora, laddove preordinatamente eluda un tentativo di arresto<sup>33</sup>; giusta un ulteriore profilo, altresì «impatta» sull'effettività della conoscenza reperire documentazione che suggerisce, senza margini di dubbio, come il prevenuto abbia avuto notizia del procedimento *de quo*, nonché delle accuse elevate a suo carico<sup>34</sup>. Di modo che, *a contrario*, non sono stati reputati confacenti a promuovere quell'equipollenza la mera irreperibilità nel luogo di residenza abituale, o in quello di prossimi congiunti<sup>35</sup>, o, generalizzando, nei contesti di usuale frequentazione<sup>36</sup> oppure all'indirizzo evidenziato sul permesso di soggiorno<sup>37</sup>; ancora, si mostra del tutto irrilevante al proposito la mancata detenzione presso gli stabilimenti penitenziari italiani in una con il difetto di conoscenza di recapiti dell'interessato<sup>38</sup> nonché, infine, il fatto che due difensori incaricati dell'assistenza in un procedimento «separato» abbiano ottenuto accesso a documentazione dalla quale inferire la «pendenza» del giudizio, a cui riguardo intervenne condanna *in absentia*). Al tirar delle somme, quindi, alla Corte sembrerebbe maggiormente premere l'*efficacia*, piuttosto che la *fonte*, dell'informativa a riguardo degli atti di procedura, proprio da un tale, conclamato, difetto originando, giusta il versante dei rimedi, il 'diritto incondizionato' *to a new trial*.

<sup>32</sup> Per un commento, solo all'apparenza limitato al *quid* di cui a rubrica, G. MANTOVANI, *Corte europea dei Diritti dell'Uomo e criminalità organizzata: un delicato equilibrio tra garanzie ed efficienza*, in *Legisl. pen.* 2008, pp. 49, 64-66.

<sup>33</sup> Cfr. Iavarazzo v. Italy, 4 dicembre 2001 (no. 50489/99).

<sup>34</sup> V. Sejdovic v. Italy, 1° marzo 2006 (no. 56581/00), *Grand Chamber*, cit., § 99.

<sup>35</sup> Hu v. Italy, 28 settembre 2006 (no. 5941/04), § 55.

<sup>36</sup> Ay Ali v. Italy, 14 dicembre 2006 (no. 24691/04), § 44.

<sup>37</sup> Zunic v. Italy, cit., § 60. Nella pronunzia di specie si indicò altresì come disfunzionale all'obiettivo la riscontrata difformità fra le molteplici versioni fornite da terzi in ordine al luogo di reperibilità dell'interessato.

<sup>38</sup> Kollcaku v. Italy, 8 febbraio 2007 (no. 25701/03), § 52.



### 3. Il caso Colozza: mancata partecipazione al giudizio ed insufficienza di rimedi per l'evenienza concreta

Muoviamo allora *ab ovo*, ovvero dalla più volte richiamata sentenza 'Colozza'. Brevemente i fatti: trattavasi della vicenda di un soggetto giudicato «in assenza», a fronte di una previa declaratoria di ir-reperibilità, in un secondo momento «convertita», alla luce di un verbale di vane ricerche, in dichiarazione di latitanza, per una pluralità di reati contro il patrimonio. Condannato a sei anni di reclusione e a 600.000 di «vecchie» lire di multa<sup>39</sup>, e ristretto *in vinculis* in esecuzione di pena, l'interessato lamentava di non essere stato reso edotto del procedimento a suo carico, giacché gli atti della procedura erano stati notificati ad un indirizzo diverso da quello di effettiva reperibilità, ma del quale risultava nondimeno contezza «ufficiale». *Rebus sic stantibus*, Colozza deduceva di non essere venuto a conoscenza, «incolpevole», dell' accertamento intrapreso e, a causa di ciò, di non avere potuto giovare del contraddittorio (*rectius*, del diritto di difendersi provando) in apposita pubblica udienza: a tale riguardo, interponeva incidente di esecuzione<sup>40</sup> nei confronti del mandato con cui si era provveduto ad arrestarlo<sup>41</sup>, nonché consegnava un appello apparentemente tardivo<sup>42</sup> in ordine alla subita condanna contumaciale.

<sup>39</sup> In primo grado, il pubblico ministero di udienza aveva chiesto di condannare a cinque anni di reclusione, «abbinati» a 2.000.000 di «vecchie» lire di multa; in una «parodiata» rappresentazione dell'«inviolabile» diritto di difesa, l'avvocato nominato *ex officio* al 'latitante' Colozza mostra sconveniente acquiescenza a quanto impetrato dall'organo dell'accusa.

<sup>40</sup> Nell'impianto delineatosi alla luce del codice di procedura penale abrogato, gli incidenti *de quibus* trovavano collocazione nel titolo IV del libro IV, giustappunto rubricato «Dell'esecuzione», più specificatamente agli articoli da 628 a 632.

<sup>41</sup> Tale istanza veniva comunque rigettata *de plano* dal giudice competente.

<sup>42</sup> Fu la *case-law*, in un anelito promozionale alla tutela del contumace incolpevole, ad elaborare il rimedio del cosiddetto 'appello tardivo', a fronte di un mancato ricorso all'impugnazione determinato dall'irregolare (o «difettosa») notifica dell'estratto della sentenza contumaciale (cfr. art. 500 c.p.p. 1930. *Impugnazioni contro sentenze contumaciali*. 1. Quando si è proceduto in contumacia, la sentenza è notificata per estratto all'imputato ed è soggetta alle impugnazioni stabilite per le sentenze pronunciate in contraddittorio, salvo quanto è disposto nel secondo capoverso dell'art. 199»). Ciononostante, tale possibilità appariva, in determinati frangenti, subordinata a rigidi presupposti: laddove, ad esempio, il «non comparso» fosse tecnicamente qualificabile come 'latitante' [ovvero, ai sensi dell'art. 268, comma 1, c.p.p. 1930, come volontariamente sottrattosi «all'esecuzione di un mandato di cattura ... di un ordine di cattura, d'arresto o di carcerazione» - l'art. 296, comma 1, del vigente codice di rito penale, invece, fissa quello *status* alla mancata esecuzione, volontaria, di tassative misure di coercizione personale (*id est*, custodia cautelare, arresti domiciliari, divieto di espatrio, obbligo di dimora, ordine con cui si dispone la carcerazione)], sempre la giurisprudenza «promotrice» di cui *supra* imponeva al «fug-

La Corte di appello di Roma ne dichiarava l'inammissibilità in quanto presentato *ultra terminis*<sup>43</sup>, in ciò ulteriormente confortata dalla suprema Corte di cassazione, benché sul fondamento di un apparato motivazionale diverso<sup>44</sup>. Esauriti allora i gradi di ricorso interni, Colozza investiva della *quaestio* la corte EDU, nello specifico ravvisando una violazione dell'art. 6, § 3 lett. a) CEDU; la Commissione europea dei diritti umani<sup>45</sup> «riferiva», invece, il caso dinanzi alla Corte a fronte dell'inosservanza dell'art. 6, § 1 della Convenzione, nella parte in cui, *expressis verbis*, sancisce che «[o]gni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza ..., davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge». Al giudice di Strasburgo, pertanto, competeva risolvere il seguente quesito, ovvero se il combinato disposto della normativa in tema di notifica all'irreperibile, come in allora «tracciata», e della normativa in tema di giudizio contumaciale, come allora «puntualizzata» con riguardo al latitante, privasse il ricorrente del diritto di cui *supra*. Poche ma basilari, nella loro trasparenza comunicativa, le linee guida elaborate dalla Corte:

- sebbene la Convenzione europea non ne facesse (ed ancora non ne faccia) espressa menzione, essa, *per implicans*, attribuiva all'imputato il diritto ad essere presente durante lo svolgimento del processo a suo carico<sup>46</sup>, giacché solo così predisponendosi

gitivo» di dimostrare il proprio intento di non «evadere» l'accertamento giudiziale, del pari circoscrivendo l'eventualità di una pronuncia *in merita causae* o ad un vizio nell'*iter* procedurale di cui alla declaratoria di latitanza o ad un vizio nella notificazione all'interessato degli atti di causa.

<sup>43</sup> E ciò nonostante il pubblico ministero «distaccato» presso il giudice di seconde cure rappresentasse come la previa decisione dovesse venire «annullata» in quanto Colozza non poteva certo fondatamente ritenersi, né essere trattato come, latitante.

<sup>44</sup> Il giudice di legittimità adduceva che, impropriamente, la Corte di appello si era motivata per l'inammissibilità del ricorso, in quanto, in via preliminare, ci si sarebbe dovuti interrogare se la pronuncia in primo grado, come rivendicato da Colozza, fosse nulla a fronte dei *deficit* segnalati. Pur tuttavia, tampoco appariva imputabile agli organi del merito, i quali ben a ragione, pertanto, avevano dichiarato l'irreperibilità, prima, e la latitanza, poi, del giudicato *in absentia*. Con il che, al posto, a Giacinto Colozza era fragorosamente negata giustizia.

<sup>45</sup> L'evocazione di quest'ultimo organismo è obbligata alla luce del fatto che, *in temporibus* – la vicenda Colozza venne affrontata e risolta nel 1985 –, gli apparati «europei» di *jus dicere* a tutela dei diritti umani prevedevano un ulteriore «filtro» rispetto all'articolato odierno, ovvero, giustappunto, la Commissione *de qua*.

<sup>46</sup> La Corte, pur tuttavia, in molteplici «arresti» ha rappresentato un discrimine fra *right to appear for the trial hearing* e *right to appear for an appeal hearing*, assumendo che quest'ultimo non investe il medesimo 'significato cruciale' di cui al primo. Nell'estenuante opera di contemperamento fra valori antagonisti, il giudice EDU stipula che l'esito della verifica dipenda da contenuti e funzioni attribuiti ai giudizi di impugnazione: laonde per cui, procedimenti volti a sindacare l'ammissibi-

è consentito, all'interno di un qualsiasi *criminal trial*, l'esercizio delle facoltà *supra* garantite all'art. 6 § 3; del resto, non si vedrebbe come «mandare ad effetto» quei diritti se assenti;

lità/inammissibilità dell'atto di appello o di ricorso, nonché procedimenti ad oggetto in esclusiva il rito (*only questions of law*), possono condursi *in camera*, sempre che, dinanzi al giudice di primo grado, fosse stata tenuta pubblica udienza nella quale l'interessato avesse avuto occasione di essere personalmente sentito; qualora il giudice delle impugnazioni abbia competenza sia sul rito che sul merito (*jurisdiction to review the case both as to law and as to facts*), non v'è invece risposta univoca, dovendosi avere riguardo, in fra l'altro, allo specifico oggetto del giudizio di impugnativa ed alle modalità con cui gli interessi dell'appellante (o del ricorrente) furono invero presentati e garantiti in quel contesto [esemplificando, qualora l'organo di successiva istanza assuma cognizione e sul merito e sul rito, «rivalutando» i presupposti fattuali dell'accertamento di responsabilità, a ciò non può disporsi senza compiere un vaglio approfondito delle prove direttamente presentate dall'interessato al fine di esonerarsi da ogni accusa: così *Dondarini v. San Marino*, 6 luglio 2004 (no. 50545/99)]. Ovviamente, poi, pesano i vincoli connessi al trovarsi in stato detentivo, giacché, in questa evenienza, è suscettibile ricorrere, per motivi eminentemente organizzativi, a formalità, quantunque minime, onde «governare» l'accesso, del limitato *in vinculis*, all'aula di udienza – putacaso, anticipando, da uno «scorcio» prospettico, la propria volontà di presenziare. Una recente applicazione di tali principi, avente ad oggetto l'ordinamento italiano, si deve a quanto elaborato dalla Grande Camera in *Hermi v. Italy (Hermi II)*, 18 ottobre 2006 (no. 18114/02), *Grand Chamber*: trattavasi di un ricorso, esperito da una persona di nazionalità tunisina, la quale si doleva di non essere stato posta in condizione di intervenire all'instaurato giudizio di appello – una volta proposto gravame dai suoi difensori – a fronte di una sentenza, emessa ad esito di giudizio abbreviato in primo grado, con la quale era stato condannato, *in praesentia*, a sei anni di reclusione e a 40 milioni di «vecchie» lire (all'incirca, € 20.658) per possesso di sostanze stupefacenti finalizzato al traffico. Mediante un'articolata, nonché sofferta, disamina dei precedenti, il consesso plenario del giudice dei diritti umani, benché a maggioranza [d'altra parte, già la Quarta sezione della Corte, in prima lettura, si era orientata per la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU alla luce di una «infelice» *split decision* – quattro voti contro tre –: *Hermi v. Italy (Hermi I)*, 28 giugno 2005 (no. 18114/02), §§ 33-44], si è espresso per la conformità al disposto convenzionale delle risultanze di cui alla «vicenda» di specie, valorizzando, all'uopo, un approccio *multifaceted*. In estrema sintesi: 1) i motivi di appello, che «sagomano» i poteri cognitivi del giudice *de quo* (*tantum devolutum quantum appellatum*), volgevano sul *nomen juris* cui ricondurre il fatto storico, su profili di incostituzionalità della disciplina interna in tema di stupefacenti, sull'eventuale nullità di una intervenuta perizia, ovvero, a compendio, su momenti estranei alla verifica sull'esistenza di un accaduto e sulla riconducibilità di esso al tratto in giudizio; 2) assunto che al pubblico ministro non è dato appellare – nel merito – una «condanna abbreviata», era inoperante la *reformatio in pejus* (cfr. artt. 443, comma 3, e 597, comma 3, c.p.p.); 3) usualmente, nel rito abbreviato, decidendosi allo «stato degli atti», non si procede ad attività probatoria (salvo esplicita richiesta di condizionare l'accertamento in quel verso *ex art. 438, comma 5*, «opportunità» che, nel frangente riferito, *Hermi* scelse di non esplorare): di modo che il ricorrente «avrebbe dovuto conoscere, per tramite dei suoi difensori, che l'udienza d'appello sarebbe risultata confinata, in linea di principio, ad un vaglio «cartolare» degli atti di indagine, senza né addurre nuovi documenti né esaminare i testimoni» (*Hermi II, cit.*, § 87);

- il diritto alla presenza processuale, nondimeno, è suscettibile di rinuncia ad opera di chi ne assume a titolare [ma, d'altra parte, tale rinuncia deve essere «esternata» con modalità inequivocabili, non potendosi quindi desumere su basi presuntive (*per facta concludentia*)];
- se è vero che non è possibile imporre ai vari legislatori nazionali il divieto di previsione di un *jugement par défaut* (giudizio *in absentia*)<sup>47</sup>, in quanto ciò potrebbe implicare, in talune evenienze, la paralisi dell'ordinaria amministrazione della giustizia, ad esempio suscitandosi dispersioni della prova, decorrenze ingiustificate (ed incontrollabili) di termini o, ancora, errori giudiziari, è dato pur tuttavia riscontrare un «nucleo duro» di disciplina «oppositivo» alla normativa convenzionale, principalmente a fronte dell'indisponibilità di un tramite che con adeguatezza compensi i *vulnera* sofferti dal giudicato, ed eventualmente condannato, in assenza.

Ne viene, però, a costante<sup>48</sup> *leitmotiv* dell'orientamento della giu-

4) quand'anche ciò non bastasse – e qui si riscontra un forte profilo di discontinuità dell'*iter* motivazionale (cumulatività od alternatività del discorso giustificativo) –, il comportamento mantenuto dall'interessato denotava una sua opzione, libera e consapevole, di non presenziare in appello (un'inequivoca, sebbene tacita, rinuncia all'udienza), nonostante a 'ragion prima' del mancato apparire venissero ad additarsi clamorosi *deficit* attenzionali del collegio difensivo. Ma di questo la Corte mostra di volere fare credito alle autorità nazionali: la *performance* difensiva inadeguata, e per zelo profuso e/o per diligenza impegnata, deve rappresentarsi ben al di sotto dello *standard* fisiologico di professionalità acciocché se ne faccia carico ai singoli ordinamenti, quantomeno onde essi provvedano a garantirvi rimedio; e nell'ipotesi di specie, ci si affanna a soggiungere, ciò non è capitato. Certo che, a tacer d'altro, viene facile obiettare come sia evanescente e «mobile» la «linea di displuvio» tra *question of law* e *question of fact*: per chi volesse approfondire si rinvia, sempre in Hermi II, alla «concettuosa» *dissenting opinion* del giudice sloveno Zupančič.

<sup>47</sup> Nella «vulgata» in inglese della pronunzia Colozza, «*The right to take part in person in the hearing does not have [an] absolute character ...; it has to be reconciled, through the striking of a «reasonable balance», with the public interest and notably the interests of justice*» (Il diritto di partecipare personalmente alle udienze non è assoluto ..., dovendosi esso riconciliare, per tramite di un «bilanciamento ragionevole», con l'interesse pubblico, nello specifico, con gli interessi propri della giustizia). Giusta dette premesse, non è esigibile, dalla Corte, un intervento «organico» in merito, bensì l'usuale, e consolidato, rappresentarsi *step by step*: v. COLOZZA, *op. cit.*, § 29.

<sup>48</sup> Anche se non più esclusivo, osservata la mutata prospettiva di cui al caso Sejdovic v. Italy (Sejdovic I) inaugurante, *in parte qua*, la «stagione» delle violazioni di carattere strutturale giusta le quali l'orizzonte di riferimento della Corte «non appare riconducibile ad un accidente isolato né imputabile allo sviluppo peculiare che hanno registrato i fatti di cui alla vicenda oggetto di ricorso» bensì esso dovendosi rapportare ad un *deficit* normativo «connaturato» alla legislazione dello

risprudenza dei diritti umani che l'ipotizzato rimedio si propone *successivamente*, e con specifico e precipuo riguardo, alla denunciata violazione dell'articolato CEDU, nei fatti trascurandosi una metodica che, *preventivamente* ed una volta per tutte, in prospettiva generale ed astratta, invece ripari le «lacune» di sistema. Esito invero *sui generis* sol se si pone mente al fatto che, nel settore disciplinare della ragionevole durata dei processi<sup>49</sup>, la Corte, con limpidezza, ha ammonito che «è inevitabile constatare che il miglior rimedio in assoluto è, come in molti altri ambiti, la prevenzione»<sup>50</sup>, al punto che «Quando un sistema giudiziario è lacunoso, la soluzione più efficace è costituita da un ricorso che consenta di far accelerare il procedimento al fine di evitare la sopravvenienza di una durata eccessiva. Un simile ricorso presenta un incontestabile vantaggio rispetto ad un ricorso esclusivamente indennitario poiché evita che si debbano constatare violazioni successive per il medesimo procedimento e non si limita ad operare esclusivamente *a posteriori* ...»<sup>51</sup>. Sensazione di incompiutezza aggravata, da ultimo, dall'operato riottoso del giudice dei diritti umani, il quale, «storicizzando» il tutto, né in Colozza né nelle ulteriori evenienze ad oggetto di doglianza (e di condanna) lo Stato italiano, come a breve si avrà cura di approfondire, mai ha detagliato l'essenza dell'ipotizzato rimedio, *in primis* non «sciogliendo»

Stato convenuto (così Sejdovic I, § 44). Presumibilmente ciò sollecitando numerosi ricorsi ad alto «tasso di accoglimento», «*la Cour observe que des mesures générales au niveau national s'imposent sans aucun doute dans le cadre de l'exécution du présent arrêt*» (così la Corte EDU, Sejdovic I, § 46): *cà va sans dire* che le invocate misure, atteso il loro carattere generale, non possono deputarsi all'*ordo judicarius* ma all'intervento «organico-sistematico» delle Assemblee parlamentari, con ciò esigendosi, ai fini dell'adempimento restitutorio di cui sopra, un *quid pluris* rispetto all'usuale operare 'per casi' del giudice di Strasburgo [trattasi di *decisa* che, per invalsa nomenclatura, si riconoscono come 'sentenze pilota': per la «capostipite» Broniowski v. Poland, 22 giugno 2004 (no. 31443/96), *Grand Chamber*, ECHR 2004-V]. In dottrina, per chi volesse approfondire e su tutti, M. CHIAVARIO, *La «lunga marcia» dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Giappichelli, Torino 2008, p. 11 e spec. pp. 28-31.

<sup>49</sup> Piuttosto risulterebbe interessante vagliare se, e quanto, sulla ragionevolezza temporale possa (e debba) «impattare» una *ragionevole* conoscenza dei fatti di cui ad accusa, da cui optare per una partecipazione «cosciente», o per un manifesto disinteresse, al giudizio «accertativo» di responsabilità (premessa «di metodo» la quale, anch'essa, di certo «razionalizzerebbe» i tempi della verifica processuale).

<sup>50</sup> Cfr. Süssmann v. Germany, 16 settembre 1996 (no. 20024/92), §§ 55 e 57 e Muti v. Italy, 23 marzo 1994 (no. 14146/88), § 15 e ss.

<sup>51</sup> Cfr. Scordino v. Italy, 29 marzo 2006 (no. 36813/97), *Grand Chamber* (Scordino II), § 183.

se esso debba tradursi nella «prosecuzione» del giudizio originariamente instaurato oppure nell'apertura di un nuovo processo.

Comunque sia, Giacinto Colozza ottiene la sua «vittoria di Pirro»<sup>52</sup>, «spuntando», a vario titolo di indennizzo (danni fisici e psicologici subiti, nonché lucro cessante e danno emergente), l'ammontare di 6 milioni di «vecchie» lire – in buona sostanza, un milione, a «tariffario», per ogni anno di esecuzione pena.

Il successo, non immediato<sup>53</sup>, di cui alla pronunzia Colozza<sup>54</sup> è consistito nel formalizzare l'ipotetico rimedio «effettivo» reclamato dalla Corte dalla prassi al testo: ovvero, dal così designato «appello apparentemente tardivo», di elaborazione giurisprudenziale, all'istituto della restituzione in termini, *in primis* mediante l'interpolazione del contenuto dell'art. 183-*bis*<sup>55</sup> nell'articolato codicistico del 1930, indi

<sup>52</sup> Troppo alto il prezzo pagato, infatti, il ricorrente morendo in detenzione il 2 dicembre 1983, ben prima che la Corte EDU informasse del proprio *arrêt* favorevole (reso noto in data 12 febbraio 1985). Sarà la moglie del defunto ad ottenere soddisfazione a fronte dell'equo indennizzo accordato ai sensi dell'allora art. 50 (ora trasfuso, nel «nucleo costitutivo», nell'art. 41) CEDU.

<sup>53</sup> È doveroso infatti significare che, fra la data della decisione in argomento – 12 febbraio 1985 – e quella di entrata in vigore dell'allora «nuovo» codice di procedura penale – 24 ottobre 1989 – (*rectius*, della legge «anticipatrice» 23 gennaio 1989, n. 22, recante «Nuove norme sulla contumacia», come modificatrice dell'art. 183-*bis* c.p.p. 1930 – stante l'ordinaria *vacatio legis* di quindici giorni dalla pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* da attestarsi al 14 febbraio 1989) è decorso più di un quadriennio.

<sup>54</sup> Per amore di completezza, va aggiunto che, in una con la «vicenda» Colozza, venne «ruolizzato» un ulteriore caso: Rubinat v. Italy (7B/1983/63/98). A fronte dell'intervenuta accettazione della domanda di grazia, avanzata dal ricorrente, ad opera del Presidente della Repubblica italiana, la Corte, sempre in data 12 febbraio 1985, procedette «*to struck the case out of the list*» (a cancellare dal 'ruolo' il giudizio).

<sup>55</sup> Eccone il testo nella versione risalente alle modifiche apportate con art. 1 l. 22/1989, cit. «Art. 183-*bis* c.p.p. 1930 (*Restituzione in termini. Effetti della restituzione*). 1. Le parti possono essere restituite in un termine stabilito a pena di decadenza se provano di non aver potuto osservarlo per caso fortuito o forza maggiore. 2. Se è stata pronunciata sentenza contumaciale, o decreto di condanna, può essere chiesta la restituzione nel termine per proporre impugnazione od opposizione nonché per la presentazione dei motivi anche dall'imputato che provi di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento, sempre che l'impugnazione non sia stata già proposta dal difensore e il fatto non sia dovuto a sua colpa ovvero, quando la sentenza contumaciale è stata notificata a norma dell'art. 170, dell'art. 173 o dell'art. 177-*bis*, egli non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento. 3. L'istanza per la restituzione nel termine deve essere presentata, a pena di decadenza, entro dieci giorni da quello nel quale cessò il fatto costituente caso fortuito o forza maggiore, ovvero, nei casi di cui al comma precedente, da quello in cui l'imputato ha avuto effettiva conoscenza dell'atto. La restituzione non può essere concessa più di una volta per ciascun parte in ciascun grado del procedimento. 4. Sull'istanza decide con ordinanza il giudice che procede al tempo della presenta-



mediante l'art. 175 c.p.p. di attuale vigenza, entrambi riconducibili ad un atto di normazione primaria.

4. *Le pronunzie Somogyi e Sejdovic: mancata partecipazione al giudizio e difetti 'sistemici' della normativa interna*

Al postutto, va di necessità affidato all'interprete il sindacato sull'effettività ripristinatoria dello *status quo ante* di cui all'art. 175 c.p.p. a fronte della reclamata esigenza di «conoscenza puntuale» dell'atto di procedura che la Corte EDU incessantemente solleva a fondamento delle proprie declaratorie al proposito. I tempi di reazione allo «starter» sono, *more solito*, assai misurati: dovranno infatti decorrere all'incirca tre lustri<sup>56</sup> dalla «formale» entrata in vigore del codice di

zione della stessa; se è stata pronunciata sentenza o decreto di condanna, decide il giudice che sarebbe competente sull'impugnazione o sull'opposizione. 5. L'ordinanza che concede la restituzione nel termine per la proposizione dell'impugnazione o dell'opposizione ovvero per la presentazione dei motivi, può essere impugnata solo con la sentenza che decide sull'impugnazione o sull'opposizione. 6. Contro l'ordinanza che respinge la richiesta di restituzione nel termine può essere proposto ricorso per cassazione. 7. Con il provvedimento che accoglie l'istanza di restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso un sentenza di condanna, il giudice ordina la scarcerazione dell'imputato detenuto in esecuzione della sentenza stessa. 8. Quando la restituzione è concessa ai sensi del secondo comma, non si tiene conto, ai fini della prescrizione del reato, del tempo intercorso tra la notificazione della sentenza contumaciale o del decreto di condanna e la data in cui è notificato alla parte l'avviso di deposito dell'ordinanza che concede la restituzione».

<sup>56</sup> In quel lungo intervallo, la Corte invero non si dimostra neghittosa, vedendosi investita di un numero significativo di ricorsi ad oggetto la disciplina italiana del giudizio contumaciale [le decisioni sono tutte «repertate» in <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (ultimo accesso utile al Sito 23 settembre 2009): trattavasi, nondimeno, salvo che per un'evenienza singola, di problematiche sì affrontate e decise successivamente all'adozione del codice «repubblicano» ma con riguardo a contenuti specifici della normativa anteatta – pur tuttavia, un accenno, seppur breve, si impone]. Emblematico, su tutti, il caso Brozicek v. Italy, 19 dicembre 1989 (no. 10964/89). L'interessato, cittadino tedesco, tratto in giudizio e condannato *in absentia* a cinque mesi di reclusione per un'ipotesi «bagatellare», si doleva per non avere ricevuto, in una lingua ad egli comprensibile, la dovuta, ai sensi degli artt. 304 e ss. c.p.p. abr., comunicazione giudiziaria; Brozicek, difatti, non contestava l'omesso invio dell'atto, bensì che, a fronte della sua istanza di ricevere le notificazioni *de quibus* nella sua lingua madre o, proprio volendo, in una lingua ufficiale delle Nazioni Unite, a fronte dell'insufficiente «perizia» nella lingua italiana, giammai egli avesse ottenuto soddisfazione dalle autorità precedenti. Queste ultime, invero, non avevano provveduto a verificare l'effettiva padronanza della lingua degli atti in capo a Brozicek, nonostante le loro assicurazioni *a contrario*, semplicemente presumendone un'adeguatezza di conoscenza; a ciò comunque si univa una seconda notifica, rinviata al mittente giusta evenienze mai del tutto chiarite, dalla quale, a detta del Go-

rito penale prima che la Corte abbia occasione di «sciogliere» il nodo

verno italiano, era lecito desumere la volontà del soggetto di agire in deroga al proprio diritto di «fisicamente» partecipare al giudizio. La Corte, in una decisione resa a maggioranza, ritenne fondate le argomentazioni del ricorrente, individuando sia una violazione dell'art. 6 § 3 lett. a) che dell'art. 6 § 1 CEDU: giusta il primo profilo, le autorità procedenti, quantunque Brozicek veementemente sottolineasse la propria inadeguata «dimestichezza» con la lingua italiana, non avevano assunto i passi necessari per verificare la fondatezza di quel diniego di conoscenza, bensì presupponendo una «malizia» dell'interessato onde sottrarsi all'accertamento di responsabilità; giusta il secondo, il ripetuto atteggiamento «non collaborativo» del giudice *a quo*, tradottosi, in ultima istanza, nella qualificazione, sulla base di «vaghezze» e di «contraddittorietà», di irreperibile del Brozicek, di modo che ogni successivo atto di procedura ebbe a notificarsi mediante deposito nella cancelleria dell'organo di *jus dicere*, negava in radice il diritto ad un *fair trial*. La pronunzia in esame già contiene, *in nuce*, il *leitmotiv* delle susseguenti riflessioni giurisprudenziali della corte dei diritti umani: «una conoscenza vaga ed informale [che è stato aperto un procedimento a proprio carico: *n.d.a.*] non appare sufficiente»; informare di ciò rappresenta «un atto legale di significatività tale da esigere che venga mandato ad effetto nel rispetto di presupposti sostanziali e procedurali idonei a garantire l'effettivo esercizio dei propri diritti capo all'accusato»: T. v. Italy, 12 ottobre 1992, (no. 14104/88). V. anche F.C.B. v. Italy, 28 agosto 1991 (no. 12151/86) alla luce di un prospetto destinato ad arricchirsi di ulteriori notazioni casistiche – per alcune ponderate riflessioni sui casi Brozicek, T. e F.C.B., cfr. G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1091, 1094–1096 –. La Corte dei diritti umani ebbe infine modo di sindacare la coerenza del *novum* normativo ex art. 175 c.p.p. all'articolato convenzionale, avuto riguardo ad una vicenda dispiegatasi nelle «more» di successione fra il codice di rito penale del 1930 e quello del 1988 [Osu v. Italy, 11 dicembre 2002 (no. 36534/97)]. In quel frangente, un cittadino del Regno Unito, assolto in primo grado per insufficienza di prove ma condannato in appello a sette anni di reclusione per possesso illegale di sostanze stupefacenti, si doleva per essere stato giudicato, in seconde cure, in contumacia, per essere le varie notifiche del caso state indirizzate ad un previo eletto domicilio, poi mostratosi non funzionale allo scopo. Rientrato in Italia, ignaro della condanna subita e della pena «sommministrata», e fulmineamente ristretto *in vinculis* in esecuzione del precetto, egli frapponeva ricorso presso la suprema Corte di legittimità per essere rimesso in termini, ricorso che, nondimeno, veniva dichiarato inammissibile in quanto tardivamente proposto. Adendo la Corte dei diritti umani, Osu allora lamentava l'insufficienza del limite temporale di cui all'art. 175, comma 3, c.p.p. per essere restituito *ad integrum*, in filigrana investendo il giudice «europeo» del quesito se lo strumento ripristinatorio predisposto in sede di adeguamento normativo interno fosse «organico» alle «direttive» convenzionali, come interpretate dalla giurisprudenza EDU. Nessuna occasione si sarebbe potuta rivelare più propizia per dirimere l'interrogativo: cionondimeno, si intese apprezzare un'ulteriore linea, enfatizzando, ai fini della condanna dello Stato italiano per avere violato l'art. 6 § 1 CEDU, un aspetto squisitamente procedurale, preliminare ai *merita causae*. Osu, difatti, reso edotto in data 19 agosto 1995 dell'intervenuto *decisum* sfavorevole, aveva atteso fino al 22 settembre del medesimo anno per avanzare ricorso presso la Corte di cassazione, confidando, anche per il termine di cui all'art. 175, comma 3, c.p.p., sull'applicabilità della disciplina ex lege 7 dicembre 1969, n. 742, recante «*Sospensione dei termini processuali nel periodo feriale*», il cui art. 1,



definitivo, ovvero sia di questionare, con i *twin judgements* Somogyi<sup>57</sup> e Sejdovic<sup>58</sup>, la prima «risposta normativa» di adeguamento interno ai ripetuti solleciti provenienti dal giudice «europeo». La «prorompente» dei due «arresti» è fatto notorio: cionondimeno, attese le «ricadute» sulla disciplina in allora in vigore ed i condizionamenti invalsi sul successivo operare del legislatore, non è dato prescindere dall'approfondirne i tratti, benché in una prospettiva per quanto possibile di massima. Sicché muoviamo dall'*affaire* Somogyi.

L'interessato, cittadino ungherese, era stato condannato, in contumacia e con sentenza «apparentemente» passata in giudicato, ad otto anni di reclusione e ad una multa di 2.000.000 di lire. Pur tuttavia, egli dichiarava di non avere avuto mai conoscenza dell'imputazione mossa a carico, contestando l'autenticità della firma di cui alla relata di notifica della data di fissazione dell'udienza preliminare, tradotta in lingua magiara, nonché denunciando taluni errori nell'indicazione dell'indirizzo a cui la medesima avrebbe dovuto essere effettuata. La richiesta di *restitutio in terminis* per impugnare, «liturgicamente» presentata ex art. 175, comma 2, c.p.p., veniva con costanza disattesa giacché non poteva predicarsi l'esistenza di una causa di forza maggiore cui ricondurre la mancata conoscenza del procedimento in capo a Somogyi; a mente del disposto codicistico or ora evocato, solo

comma 1, esige che il decorso dei termini *de quibus* fosse, giustappunto, sospeso dal 1° agosto al 15 settembre di ogni anno, esso riprendendo a decorrere «dalla fine del periodo di sospensione» ove già iniziato oppure posticipandosene, «alla fine di detto periodo» sospensivo, l'inizio ove il *terminus a quo* «maturasse» in quell'intervallo. La pronuncia di inammissibilità resa dalla Corte di cassazione taceva inesplicabilmente sul punto, neppure motivando sulle ragioni giuste le quali il limpido enunciato dell'art. 1, comma 1, l. 742/1969, *cit.*, fosse «estraneo» alla vicenda di Osu: l'incertezza del 'diritto vivente', in una con il difetto di giustificazioni adducibili per non avere fatto ricorso alla disciplina «sospensiva», consigliava la Corte dei diritti umani a fermarsi *in limine litis*. Per un riassunto «governato» cfr. V. ZAMBRANO, *Procedimenti in absentia dell'imputato e diritto ad un processo equo secondo la Corte europea dei Diritti Umani*, in [www.sioi.org/Sioi/Zambrano.pdf](http://www.sioi.org/Sioi/Zambrano.pdf) (ultimo accesso utile al Sito 6 novembre 2009).

<sup>57</sup> Cfr. Somogyi v Italy, 18 maggio 2004 (no. 67972/01, ECHR 2004-IV).

<sup>58</sup> Cfr. Sejdovic v. Italy, 10 novembre 2004 (no. 56581/00) (Sejdovic I); la vicenda è stata inoltre oggetto di interesse della 'Grande Camera' – a fronte di situazioni eccezionali, *in primis* problemi interpretativi o applicativi della Convenzione o dei suoi Protocolli, la Camera a cui originariamente sia stato assegnato il caso oppure una qualsiasi parte nella controversia (in quest'ultima evenienza, «entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera») possono, rispettivamente, rimettere il caso alla Grande Camera, sempre che una delle parti non vi si opponga, o chiedere che il caso sia rinviato innanzi ad essa: la Grande Camera giudica a numero invariabile di diciassette componenti (artt. 30 e 43 CEDU): cfr. Sejdovic v. Italy, 1° marzo 2006 (no. 56581/00), *Grand Chamber* (Sejdovic II).

quella *vis cui resisti non potest* avrebbe invero potuto escludere, nel caso concreto, una volontaria sottrazione dell'imputato agli atti di procedura. Finalmente l'*occasio juris*: se la CEDU tollera una diffusa libertà degli Stati aderenti in ordine alla scelta dei mezzi atti a garantire che i loro sistemi giudiziari rispondano alle esigenze della medesima, è ciò malgrado compito della Corte EDU verificare se il risultato dalla convenzione perseguito sia ad ogni effetto raggiunto; in altri termini, il ricorso di Somogyi deputa, al giudice «europeo», il vaglio sull'«effettività strumentale» del *novum ex art. 175 c.p.p.* agli obiettivi testé conclamati. Nel caso di specie, le autorità italiane avevano evidentemente ritenuto di essere in presenza di una volontaria rinuncia al diritto a comparire in udienza, in quanto, benché informato con regolare notifica a mezzo di lettera raccomandata delle «coordinate processuali» di rilievo, l'interessato non era comparso, né si era premurato di nominare un rappresentante legale al proposito; cionondimeno, le risultanze di specie si mantenevano «vaghe», non potendo la Corte, in assoluta coscienza, *in toto* ritenere destituite di fondamento le obiezioni sollevate dal ricorrente circa l'autenticità della firma e le inesattezze sul luogo di recapito.

In proiezione «cautelativa», onde evitare il reiterarsi di una violazione dell'art. 6 CEDU, nel deliberato di cui a Somogyi, la Corte dei diritti umani, per la prima volta avendo riguardo alla materia del giudizio contumaciale, sancisce un obbligo positivo di intervento a carico delle autorità nazionali, nel dettaglio a queste imponendo di assicurarsi, oltre ogni ragionevole dubbio, che l'imputato sia stato informato della natura e dei motivi delle accuse a carico, nonché del giorno e del luogo in cui godrà della possibilità di presentare, personalmente o tramite un avvocato, le proprie difese, procedendo, laddove necessario, alle verifiche richieste allo scopo di fugare ogni incertezza plausibile al riguardo<sup>59</sup>. L'approccio pare coerente con la natura sussidiaria della tutela offerta dalla Convenzione: la regola del

<sup>59</sup> Cfr. Somogyi v. Italy, cit., §§ 72-73. Per il *leading case*, in tema di imparzialità del giudice, v. Remli v. France, 23 aprile 1996 (no. 16839/90), nel quale, a fronte di uno *racial slur* emesso da uno dei giudici ed udito da una terza persona, la suprema magistratura di Strasburgo ravvisò, una volta di più, l'inosservanza dell'art. 6 CEDU ad opera delle autorità procedenti, «colpevoli» di non avere promosso accertamenti onde chiarire la natura dell'episodio, venendo così meno all'obbligo di verificare, a fronte di una contestazione *prima facie* non manifestamente infondata, se ancora fosse costituito e insediato un tribunale imparziale (Remli v. France, cit., § 48). Ben allora significativa, in Somogyi, l'adesione al precedente giacché intervenuta all'unanimità, laddove la dottrina Remli si fondava su di un giudizio ostentatamente *split* (quattro giudici su nove, infatti, fra cui il giudice nazionale francese, stendevano proprie *dissenting opinions*).

previo esaurimento delle vie di ricorso interno, alla base della giurisdizione della Corte, si regge sul presupposto in forza del quale i diritti fondamentali debbano essere preservati dalle autorità statali, cui è deputato il compito di apprestare, in primo luogo mediante procedure idonee, un rimedio effettivo a tal uopo. L'impostata «verifica di secondo grado» sulle garanzie del *fair trial* presidia i contenuti dell'evocato disposto convenzionale di cui all'art. 6 non solo in via diretta, ma anche, mediatamente, in tutte quelle congiunture, dubbie o eccezionali, in cui non appaia *prima facie* infondata la doglianza dell'imputato circa il mancato godimento di tutte le garanzie e le facoltà imposte, o «tollerate», dalla disciplina sovranazionale<sup>60</sup>.

Infine un'ultima notazione, essenziale per comprendere il «funzionamento» di tipologie decisionali del pari di Somogyi. Nella parte motiva dell'«arresto» inerente ai moduli di compensazione del pregiudizio sofferto, la Corte, come usualmente avviene, dispone e sul danno patrimoniale (*pecuniary damage*) e sul danno non patrimoniale (*non-pecuniary damage*). In ordine a tale seconda evenienza – quella, per noi, di specifico riguardo –, la Corte era solita affermare che il mero riconoscimento della sussistenza di una violazione CEDU (*the finding of the violation*) integrasse, di per sé, una sufficiente equa soddisfazione del pregiudizio arrecato; a muovere, tuttavia, dagli «albori» del nuovo millennio, una lettura «propulsiva» del testo dell'art. 41 della 'Convenzione diritti umani' induceva ad auspicare, a «ristoro effettivo e pieno», nei casi in cui l'inosservanza delle norme convenzionali apparisse tanto grave da, presumibilmente, avere condizionato l'esito del giudizio, la celebrazione di un nuovo processo (*trial de novo*) oppure la riapertura dell'accertamento (*reopening of the proceedings*) esauritosi con la condanna dell'interessato<sup>61</sup>. Dette «riflessioni», volte a considerare come la mera *pecunia doloris* non identifi- chi esazione puntuale dell'equo indennizzo da soddisfare, non verranno ripetute nel dispositivo del giudizio di cui a Somogyi<sup>62</sup>, in tal modo garantendo una portata solo «suasiva», e non anche «cogente», all'«invito» al *novum iudicium*. Nondimeno, ciò costituirà valido

<sup>60</sup> In dottrina, per chi volesse ulteriormente approfondire, A. TAMIETTI, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restitutio in integrum: un passo verso un obbligo degli Stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?*, in *Cass. pen.* 2004, pp. 3801, 3804.

<sup>61</sup> Cfr. SOMOGYI, *op. cit.*, § 86.

<sup>62</sup> Il punto 2 del quale *holds that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant* ('avere riconosciuto la sussistenza di una violazione costituisce, di per sé, un'adeguata «equa riparazione» del danno non patrimoniale sofferto dal ricorrente').

«banco di prova» per le decisioni a venire, *in primis* per l'immediatamente successiva pronunzia Sejdovic.

Quest'ultimo era, con buona probabilità, a fronte di numerose, e concordi, deposizioni testimoniali, autore di un omicidio intervenuto a séguito dello scatenarsi di una rissa virulenta. Resosi irreperibile prima dell'esecuzione della disposta ordinanza di custodia cautelare in carcere, Sejdovic, rappresentato in giudizio da un avvocato di ufficio, che non interpose appello avverso la pronunzia di primo grado, venne condannato in contumacia. Arrestato in Germania, ne veniva nondimeno rifiutata l'extradizione, domandata dalle autorità italiane, in quanto il Governo tedesco ipotizzava che lo Stato richiedente non avrebbe garantito, ad un sufficiente grado di certezza, la possibilità di ottenere la riapertura del processo; Sejdovic, il quale non aveva sollevato in Italia né «incidente di esecuzione» (cfr. art. 670, comma 1, c.p.p.)<sup>63</sup>, né, ai sensi del più volte menzionato art. 175 c.p.p., istanza di restituzione nei termini, una volta riacquisita la libertà, investiva del caso la Corte EDU<sup>64</sup>.

L'intervento della Corte europea sulla vicenda in esame assume per vero una certa rilevanza nella misura in cui focalizza l'indagine sull'astratta idoneità dello strumento testé suscitato a costituire «rimedio effettivo», ovvero a garantire, sempre a fronte di quell'oscillamento che ormai «perennemente» delinea l'incedere della Corte, o il *new trial* o il *reopening of the proceedings*, nondimeno sottolineandosi come tale «espedito» possa rivelarsi, in concreto, di scarso costrutto alla luce della difficoltà, per il contumace, di provare l'elemento della non volontaria sottrazione agli atti di procedura<sup>65</sup>. La Corte evidenzia, infatti,

<sup>63</sup> Per la discussione in ordine a questa evenienza cfr. nondimeno Sejdovic v. Italy, 1° marzo 2006 (no. 56581/00), *Grand Chamber* (Sejdovic II), cit., §§ 31 e 41-42.

<sup>64</sup> Nel dettaglio lamentando di essere stato condannato in contumacia, senza avere avuto possibilità di partecipare al giudizio e di difendersi, *iuxta alligata et probata*, innanzi alle Corti di giustizia dello Stato italiano.

<sup>65</sup> La Corte sostenne che, solo con notevole difficoltà, il ricorrente avrebbe potuto produrre elementi in grado di dimostrare che la dichiarazione di volontaria sottrazione al giudizio fosse errata, essendosi allontanato dal luogo di abituale residenza dopo un fatto di sangue ad egli attribuito da molteplici testimoni oculari – «assenza» che avrebbe potuto «radicare» la presunzione che Sejdovic fosse consapevole (o versasse nel timore che) le forze dell'ordine fossero sulle sue tracce. Comunque sia, le possibilità di successo di cui alla procedura *ex art. 175, comma 2, c.p.p.* apparivano minime, tanto più considerando le evenienze della vicenda *de qua*: a partire dal momento dell'intervenuta conoscenza della decisione di condanna, Sejdovic disponeva di dieci giorni per introdurre istanza di *restitutio* ma nulla, nel fascicolo processuale, dava conto del fatto che egli fosse stato informato del rimedio e del breve lasso di tempo per «azionarlo»; per di più, trovandosi ristretto *in vinculis* in Germania, non era garantito «spazio sufficiente» per rapidamente e proficuamente contattare un av-

come la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne sia volta ad offrire agli Stati aderenti alla Convenzione la possibilità di prevenire *ex ante*, o di rimediare *ex post*, alle violazioni denunciate, prima che simili doglianze siano «testate» a livello «europeo»; il che appare in perfetta coerenza con il principio, sancito dall'art. 13 CEDU, finalizzato a garantire che l'ordinamento interno offra un rimedio effettivo avverso le eventuali violazioni *de quibus*, nonché con il carattere sussidiario, rispetto ai sistemi nazionali, che i meccanismi di salvaguardia impostati a Strasburgo debbono mantenere. «La Convenzione riserva agli Stati contraenti notevole discrezionalità in ordine alla scelta dei rimedi volti ad assicurare che i loro ordinamenti risultino conformi al precetto di cui all'art. 6, del pari preservandone l'effettività. Il compito della Corte, nondimeno, si riduce a verificare se gli obiettivi reclamati dalla Convenzione si possano ritenere conseguiti. Nel dettaglio, le risorse disponibili a livello di normativa «interna» debbono dimostrarsi effettive laddove una persona accusata di reato né sia «venuta meno» al suo diritto di comparire e di difendersi né abbia cospirato per sottrarsi al processo ...<sup>66</sup>».

Pragmaticamente, in Sejdovic, il giudice dei diritti umani ritenne carente il meccanismo *ex art.* 175, comma 2, c.p.p. e sotto il profilo dell'efficacia (in astratto) e sotto quello dell'accessibilità (in concreto); e ciò nonostante il Governo italiano avesse «accampato» come la normativa di specie non imponesse al condannato *in absentia* di dimostrare di non avere mai avuto scientemente intenzione di sottrarsi al giudizio bensì in esclusiva di «testimoniare» la non consapevolezza – deputandosi poi all'autorità precedente valutare se quell'ignoranza fu non solo colpevole ma finanche preordinata a rendersi irreperibile<sup>67</sup>. Il che, per la Corte, si dimostra del tutto irrilevante giacché lo «strumento ripristinatorio» appare nei fatti inidoneo a «conferire ... un diritto incondizionato all'«estensione» dei termini per impugnare»<sup>68</sup>. Giusta il versante dell'efficacia, se infatti il rimedio sembra astrattamente funzionale ad eliminare gli inconvenienti determinati da una sentenza contumaciale, tutelando l'istante per tramite della presentazione, apparentemente «tardiva», di reclami *prima facie* inibiti dal vincolo del giudicato, in evenienze «singolari» la tutela offerta può rivelarsi non del tutto piena ed appagante<sup>69</sup>; giusta il versante del-

vocato italiano onde esplorare le opzioni funzionali ad ottenere la riapertura della procedura: così Sejdovic I, §§ 32, 34-36.

<sup>66</sup> Così Sejdovic I, § 31.

<sup>67</sup> Così Sejdovic I, § 24.

<sup>68</sup> Così Sejdovic I, § 38.

<sup>69</sup> Si rifletta, a mero titolo esemplificativo, sul condannato 'contumaciale' in primo

l'accessibilità, nella peculiare situazione in cui il ricorrente si trova, l'istanza non deve risultare, all'evidenza, destinata ad essere «irricevibile». Nel contesto di riferimento di Sejdovic, era facilmente postulabile che egli avesse anteposto la fuga, e con essa l'eventuale «impunità», nella sua «scala prioritaria», ad una difesa che doveva apparire «disperata»; d'altro canto, egli avrebbe ben a stento potuto convincere i giudici italiani del fatto che la mancata effettiva conoscenza della sentenza di condanna non fosse dovuta a sua colpa oppure di non essersi volontariamente sottratto alla conoscenza degli atti «procedurali».

Va da sé che l'impostazione perseguita dalla Corte può qualificarsi come «ultra-garantista»: già perplessità, a sentire di certa dottrina<sup>70</sup>, desta l'articolato con riguardo all'esiguità, e di riflesso all'inadeguatezza allo scopo, del termine – in allora di dieci giorni – per chiedere un nuovo processo, in quanto quei momenti temporali sono previsti a fronte di modalità oggettive ed astratte per la generalità dei soggetti interessati, di modo che parrebbe imbarazzante esigere, da un giudice, di differenziarne l'applicazione a seconda delle condizioni particolari in cui versa l'imputato *x* piuttosto che un imputato *y*. Ma il ruolo «proattivo» dell'attuale orientamento della Corte viene sintomaticamente a rafforzarsi laddove, pronunciandosi sul carattere tacito, o meno, della rinuncia a «partecipare in udienza», il giudice EDU sembra avvalorare la «massima» giusta cui non si può mai «conferire» di rinuncia inequivoca al diritto di «accesso» ogniquale volta manchi la prova dell'esistenza di almeno una notificazione ufficiale; e ciò indipendentemente dall'analisi della condotta mantenuta dall'irrintracciabile. Ne viene, a conseguenza pratica, quella di esonerare i ricorrenti dall'onere di fornire giustifiche riguardo le azioni da loro perpetrate al fine di sottrarsi alla giustizia; ricostruzione, quella ipotizzata, che assommerebbe il vantaggio di fare «pendere» il dubbio a beneficio dell'imputato<sup>71</sup>. Non si può escludere, infatti, che le con-

ed in secondo grado, il quale proponga ricorso per essere rimesso in termini dinanzi alla suprema Corte di cassazione. La «fecondità» di un tale procedere ben potrebbe, in ottica CEDU, ben revocarsi in dubbio in quanto il sindacato rimesso al giudice di legittimità è circoscritto alle *quaestiones juris*, di conseguenza inidoneo a garantire al contumace quella nuova celebrazione del procedimento a carico – nel linguaggio declamatorio della Corte «*a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact*»: così Sejdovic I, § 30 (v. anche § 39) – che sola assumerebbe rilievo nello specifico e che sola assicurerebbe tutela indeclinabile alla «negata» estrinsecazione delle dinamiche difensive.

<sup>70</sup> A. TAMETTI, *Processo contumaciale e rimedi a garanzia del diritto di difesa dell'imputato assente: la Corte europea «boccia» la restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1393 e ss.

<sup>71</sup> Per un'applicazione giurisprudenziale, Cass. Sez. pen. V, 18 gennaio 2006, P.G.,

dotte *post factum sceleris* siano dettate da ragioni indipendenti da ogni strategia processuale: con il che, non disponendosi della prova della «malafede» del ricorrente, non appare legittimo privarlo dell'opportunità di argomentare la propria tesi innanzi agli organi di *jus dicere*.

Un ulteriore tratto saliente della decisione attiene al profilo *lato sensu* sanzionatorio. Il caso Sejdovic, infatti, rappresenta la prima pronuncia, a destinatario il nostro ordinamento, di applicazione dei nuovi principi di sindacato della Corte, come enunciati, in origine, nella sentenza Broniowski v. Poland<sup>72</sup>, compendiabili, secondo un'invalsa «convenzione linguistica», in 'procedura di decisione-pilota'<sup>73</sup>. Nella parte motiva dell'*affaire*<sup>74</sup>, il giudice europeo sottolineò come l'inosservanza del diritto ad essere effettivamente informato della procedura a proprio carico era addebitabile «alla normativa italiana in tema di giudizio in contumacia, nonché suscettibile di ricorrere nuovamente, in futuro, a proposito di situazioni analoghe ad oggetto ulteriori 'non presenzianti' al *trial*»; quanto subito dal ricorrente allora svelava l'esistenza «di una lacuna in virtù della quale a chiunque fosse stato condannato *in absentia* per non essere stato reso edotto, ufficialmente e

in *Cass. pen.*, 2006, p. 3138, annotata da G. ARIOLLI, *La richiesta di restituzione nel termine va accolta anche quando sia incerta la prova dell'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato*, *ibidem*.

<sup>72</sup> Broniowski v. Poland, 22 giugno 2004 (no. 31443/96, EHCR 2004-IV), *Grand Chamber*.

<sup>73</sup> Per questa formula (*pilot-judgement procedure*), v. Sejdovic II, § 120.

<sup>74</sup> A differenza di ciò che si era verificato in Somogyi, il dispositivo di cui a Sejdovic I non lascia àdito a perplessità veruna giacché, mentre il punto 2 *holds that the above violation has originated in a systemic problem connected with the malfunctioning of domestic legislation and practice caused by the lack of an effective mechanism to secure the right of persons convicted in absentia – where they have not been informed effectively of the proceedings against them and have not unequivocally waived their right to appear at their trial – to obtain a fresh determination of the merits of the charge against them by a court which has heard them in accordance with the requirements of Article 6 of the Convention* ('la violazione summenzionata aveva avuto origine in un «problema sistemico» connesso all'inadeguato funzionamento della legislazione nazionale, nonché dei «protocolli» applicative giurisprudenziali, determinato dall'assenza di un meccanismo effettivo, mirante a mettere in opera, per le persone condannate in contumacia – che non fossero state informate in maniera sicura dei procedimenti aperti a loro carico e che non avessero rinunciato in maniera inequivoca al loro diritto a comparire in giudizio –, un'ulteriore determinazione *in merita causae* ad opera di un tribunale che le abbia ascoltate nel rispetto delle esigenze di cui all'articolo 6 della Convenzione'), il punto 3, a maggior riscontro, *holds that the respondent State must, through appropriate measures, secure the right in question to the applicant and to other persons in a similar position* ('appura che lo Stato convenuto deve, per tramite di misure appropriate, garantire l'operatività della prerogativa di specie e per il ricorrente e per le persone che versino in situazione analoga').



personalmente, dell'instaurato procedimento poteva venire negata una «seconda opportunità» di giudizio»; e ciò non «per le particolari dinamiche della vicenda di specie», quanto, piuttosto, ad esito «del dettato normativo in ordine a 'casi e modi' sul cui fondamento essere rimessi in termini<sup>75</sup>». A mali estremi, estremi rimedi: lo Stato convenuto «*deve*» (la sottolineatura è nostra: *n.d.a.*) rimuovere ogni ostacolo legale che possa precludere a chi sia stato condannato in contumacia – sempre che questi non fossero stati informati «a pieno titolo» in merito al procedimento e, al riguardo, non avessero inequivocabilmente rinunciato a comparire – o un'occasione per essere rimesso in termini o un nuovo giudizio... Lo Stato ... deve quindi garantire, per mezzo di misure appropriate, procedure idonee ad assicurare una realizzazione effettiva di quanto *supra* contemplato<sup>76</sup>.

Qui la Corte sembrerebbe investirsi di prerogative maggiormente, e tradizionalmente, affidate ad organi 'politici'<sup>77</sup> dell'Unione europea. Comunque sia, assumendosi di indicare, in sentenza, le misure di ordine generale, o le riforme legislative e/o regolamentari giudicate necessarie onde evitare il ripetersi di ulteriori violazioni, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo non ha invero avocato a sé il potere di annullare, o direttamente modificare, le disposizioni interne in contrasto con l'apparato convenzionale, ciò competendo alla Corte costituzionale, o Suprema, «domestica». Tuttavia, a muovere dal caso Broniowski, i giudici di Strasburgo hanno accresciuto il loro ruolo di autorevole impulso – benché, parrebbe, non presidiato da adeguata sanzione in evenienza di inottemperanza dello Stato «destinatario» – in ordine alle riforme necessarie per conformare il sistema giuridico interno alle esigenze della CEDU; e che non si tratti di mero spostamento di competenze dal Comitato dei Ministri risulta ulteriormente avvalorato dal fatto che la Corte agisce antecedentemente a quell'organo, di modo che l'innovazione «retroagisce» al momento iniziale di tutela, proiettandone una maggiore celerità operativa. Certo è che sempre più a fatica si dissimula quanto di «inconfessato», ovvero la volontà, in capo alla Corte, di «modificarsi» da giudice 'solo del caso concreto' a giudice 'anche delle leggi'<sup>78</sup>.

Rimesso, a mente dell'art. 43 CEDU, il caso alla Grande Camera,

<sup>75</sup> Sejdovic I, § 44.

<sup>76</sup> Sejdovic I, § 47.

<sup>77</sup> Spetta infatti al Comitato dei Ministri, giusta il disposto dell'art. 46 CEDU, sovrintendere all'ottemperanza, di esercizio delle alte Parti Contraenti, del *decisum* di cui alle pronunzie del giudice dei diritti umani.

<sup>78</sup> Per chi volesse approfondire, cfr. M. CHIAVARIO, *La «lunga marcia» dei diritti dell'uomo nel processo penale*, op. e loc. ult. cit.



esso riceve identico trattamento: quantunque non senza «vaghezze» espositive<sup>79</sup>, i diciassette giudici che compongono quell'adunanza plenaria depongono, all'unisono, per la violazione dell'art. 6<sup>80</sup> CEDU. Anzi, facendo leva sulle inemendabili carenze dell'art. 175 c.p.p. nel testo in allora vigente, il quale «non garantiva, con un grado di sufficiente certezza, la possibilità, per il ricorrente, di apparire e di difendersi nel corso di un nuovo processo, tanto più che nessuno, innanzi alla Corte, aveva «teorizzato» della disponibilità di ulteriori strumenti giusta cui riaprire i termini per impugnare o assicurarsi un nuovo giudizio<sup>81</sup>», si rendeva drammaticamente improcrastinabile l'azione del legislatore interno<sup>82</sup>.

##### 5. Il 'dopo attuale': analisi del diritto vivente ed ipoteche sugli scenari futuri

«La montagna ha nondimeno partorito il topolino»? Così sembrerebbe alla luce del *novum* di cui al, più volte menzionato, d.l. 17/2005, come convertito in l. 60/2005, i cui *deficit* di impostazione, puntualmente notati in dottrina<sup>83</sup>, appaiono già *ictu oculi* a tal punto

<sup>79</sup> Costante, quasi obnubilante, l'incertezza, giammai «sciolta», fra celebrazione di un nuovo processo e riapertura del precedente; apparente il margine operativo di intervento demandato («La Corte non reputa necessario dettagliare, al legislatore nazionale, misure specifiche per la 'messa in opera' del proprio giudizio»: così Sejdovic II, § 124), considerando i puntuali rilievi sollevati in merito alla lettera della disposizione codicistica

<sup>80</sup> Qui da intendersi come «traccia sensibile» del 'fair trial convenzionale' e non come norma-parametro (di interposizione), alla cui stregua impostare il giudizio di costituzionalità della (e sulla) normativa di recepimento interno secondo i dettami di cui a Corte cost., sentt. 22-24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, per il cui testo v. <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html> (ultimo accesso utile al Sito 6 ottobre 2009).

<sup>81</sup> Sejdovic II, § 104.

<sup>82</sup> Per un intervento organico di riforma premevano settori qualificati della dottrina: per tutti, v. A. TAMIETTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 989.

<sup>83</sup> *Ex multis*, cfr. M. CHIAVARIO, *Non è tutto oro quello che luccica nel nuovo processo in absentia*, in *D&G*, 2005, f. 19, p. 11. Per talune proposte alternative, *ante litteram*, v. la *Tavola Rotonda* sul terzo fascicolo della Rivista *La Legislazione Penale* (Anno 2004), con interventi di F. CAPRIOLI, «Giusto processo» e rito degli irreperibili, *ivi*, pp. 586-595; G. LATTANZI, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, *ivi*, pp. 595-601; F. LAZZARONE, *Processo in absentia: dall'Europa una spinta per la riforma?*, *ivi*, pp. 601-606; G. UBERTIS, *Come rendere giusto il processo senza imputato*, *ivi*, pp. 606-611; E. MARZADURI, *Sulla necessità di una riforma del processo in contumacia*, *ivi*, pp. 611-616.

eclatanti da non meritare ulteriore riguardo<sup>84</sup>. È giocoforza, allora, ritornare *de lege ferenda*, ovvero, più precisamente, a quel frammento di Sejdovic II in cui la *Grand Chamber*, muovendo «in ipotesi» a scandagliare la conformità del *novum* di cui alla l. 60/2005 all'articolato CEDU, avvertiva come fosse «prematurato», «in difetto di un qualsiasi orientamento giurisprudenziale volto ad interpretare le previsioni di cui alla normativa di riforma, verificare se le modifiche adottate avessero conseguito gli obiettivi imposti dalla Convenzione sui Diritti Umani<sup>85</sup>». Il messaggio appare chiaro quanto basta: siamo sotto osservazione<sup>86</sup> fintantoché non si manifesti «emergenza» propi-

<sup>84</sup> Sesquipedale, tanto per esemplificare, il difetto di coordinamento fra art. 175, comma 2, c.p.p. ed art. 603, comma 4, c.p.p., «clone», quest'ultimo, con i doverosi adattamenti, del testo *ante* modifica del pre-evocato art. 175, comma 2, c.p.p. Ne viene che «mentre la restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale consegue di diritto alla richiesta dell'imputato, incombando all'a.g. la verifica circa le condizioni ostative alla restituzione, per ottenere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è ancor sempre l'imputato contumace in primo grado che deve *provare*» («marcatura» in grassetto nell'originale: *n.d.a.*) «di non avere avuto conoscenza del decreto di citazione»: così M.G. AIMONETTO, sub art. 603 c.p.p., in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. CONSO e V. GREVI, CEDAM, Padova, 2005, pp. 2074, 2078-2079. Per chi volesse ulteriormente approfondire G. FRIGO, *Un limitato aggiustamento normativo che svela le discrasie del rito in assenza*, in *Guida dir.*, 2005, f. 18, p. 23. Per un ulteriore infortunio, tanto più «misterioso» giacché afferisce ai raccordi con la, coeva alle modifiche apprestate in tema di giudizio contumaciale, nonché di «impatto settoriale» contiguo, normativa predisposta per il mandato d'arresto europeo, il riscontrato difetto di coordinamento al proposito, tanto più sorprendente in quanto, al momento dell'approvazione della l. 60/2005, il dibattito parlamentare sulla procedura semplificata di consegna di cui *supra* versava in notevole stato di avanzamento. La l. 22 aprile 2005, n. 69, infatti, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 98 del 29 aprile 2005, stante l'ordinaria *vacatio legis* di quindici giorni, entra in vigore il 14 maggio del medesimo anno; la l. 22 aprile 2005, n. 60 (si noti, invero, la perfetta corrispondenza di data), a sua volta, entra in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (23 aprile 2005, n. 94), *ergo* il 24 aprile di quell'anno. Laonde per cui, fra le due evenienze di specie, è decorso meno di un intero mese solare. Imprescindibile, per approfondimento e sistematica, M. BARGIS, *Analisi della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo aspetti processuali e garanzie fondamentali*, EAD., *Il disegno di legge attuativo della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, EAD., *Il mandato d'arresto europeo: aspetti processuali problematici della normativa di attuazione italiana*, tutti in EAD., *Studi di diritto processuale penale. II. Questioni europee e «ricadute» italiane*, Giappichelli, Torino 2007, rispettivamente pp. 97-147, pp. 149-197 e pp. 199-249.

<sup>85</sup> Cfr. Sejdovic II, § 123.

<sup>86</sup> In realtà, come già accaduto nelle evenienze *post* Colozza, ad esito di un ciclico «sfasamento temporale» la Corte europea si è motivata, salvo inesattezze, altresì in contesti *post* Sejdovic, nel dettaglio una volta nelle more fra Sejdovic I e Sejdovic II ed ulteriori cinque successivamente all'affinamento di quella dottrina ad opera della *Grand Chamber*: trattavasi, ad onta di ciò, di problematiche sì affrontate e decise

zia onde suscitare ulteriori chiarimenti dal giudice di Strasburgo. È quindi inevitabile volgersi ad effettuare un censimento del cosiddetto diritto vivente, del quale, rammentandosi *una tantum* di essere prima di tutto «giudice del caso individuale», la Corte, in Sejdovic II<sup>87</sup>, ha ordinato, in prospettiva, l'esplorazione; e ciò accortamente impostandosi sulla base degli esiti di nomofilachia di cui alle pronunzie delle Sezioni Unite dell'organo di legittimità.

Salvo imperizie, sembrerebbero profilarsi quattro (o, per meglio dire, tre + uno<sup>88</sup>) momenti risolutivi. Muovendo dal più lontano nel

dopo l'emanazione delle «cardinali» pronunzie *de quibus*, ma aventi ad oggetto la versione originaria dell'art. 175 c.p.p. Nella prima vicenda – R.R. v. Italy, 9 giugno 2005 (no. 42191/02) –, a fronte di un ricorrente, trasferitosi in Francia e pur avendo ivi effettuato molteplici «cambi di residenza», che nondimeno lamentava di non avere ricevuto notizia effettiva degli atti di procedura, quantunque gli «organi notificatori» ne conoscessero il luogo di ubicazione, la Corte, con inusitata energia, sottolineava che «l'art. 175 c.p.p., come in vigore all'epoca dei fatti, per nulla garantiva, all'accusato giammai reso edotto del procedimento a suo carico, il diritto incondizionato ad essere rimesso in termini ... l'ufficio del pubblico ministero ben avendo potuto dimostrare che il non comparso si era sottratto all'accertamento di giustizia ... venedone che, in ordine alla situazione del ricorrente, un nuovo processo non conseguiva 'in automatico'; «...un condannato del quale non si possa attestare, in maniera inequivoca, la rinuncia al proprio diritto di accesso deve, senza riserve, ottenere che un nuovo giudice statuisca *au fond* sul merito dell'accusa»: così R.R. v. Italy, *cit.*, §§ 58-59. Nei casi eccedenti – in 'ordine di apparizione' dal più risalente al più recente, Hu v. Italy, *cit.*, §§ 52, 53, 56, 57; Ay Ali v. Italy, *cit.*, §§ 41, 42, 45, 46; Zunic v. Italy, *cit.*, §§ 57, 58, 61, 62; Kollcak v. Italy, *cit.*, §§ 49, 50, 53, 54; Pititto v. Italy, 12 giugno 2007 (no. 15321/03), §§ 66, 67 70, 71 –, il giudice EDU, all'unisono, pur nel rispetto delle variabili fattuali, si orienta a riaffermare, enfaticamente, quanto delineato dalla Grande Camera in Sejdovic II. Di modo che, premettendo come, nelle vicende *de quibus*, gli interessati non erano stati notiziati, *brevi manu*, delle accuse elevate a carico, né informati della data della sopravvenuta udienza di accertamento dei fatti, né soccorrevano validi equipollenti funzionali dell'*omissis* di comunicazione ufficiale, era dato concludere, *rebus sic stantibus*, che non si era «manovrato» per sottrarsi alla giustizia o che non si era rinunciato, in veste inequivocabile, al diritto di presenziare al giudizio. Dal piano dei rimedi, poi, un'istanza di rimessione in termini, come concepita ai sensi dell'art. 175 c.p.p. *pre-modifiche* di cui alla l. 60/2005, non si mostrava idonea ad assicurare, entro un sufficiente grado di certezza, l'evenienza di un nuovo processo nel quale «difendersi provando», tanto più riflettendo che l'ordinamento italiano non elargiva nessun altro strumento «aggiuntivo» per perseguire quel fine nella maggioranza delle «vertenze». Inespiegabilmente, in Ay Ali v. Italy, *cit.*, § 46, il 'marcatore enfatico' (sufficiente grado di certezza) tende a qualificare solo la possibilità di celebrare un nuovo giudizio e non anche quella di esercitarvi i diritti consequenziali di cui *supra*. Con il che, delle due l'una: o si preconizza una «svista» dell'estensore dell'*arrêt* (*wishful thinking*) oppure si deve riconoscere l'esistenza di una prerogativa «inerte», *not justiciable* dal diretto interessato.

<sup>87</sup> Cfr. Sejdovic II, § 123 e ss.

<sup>88</sup> A ben riflettere, infatti, tra Cass. Sez. un., 26 settembre 2006, Arena, in *Cass. pen.*, 2006, p. 505 e Cass. Sez. un., 29 novembre 2007, P.F., in *Foro it.*, 2008, p. 315,

tempo, ci si interrogava se, per la delibazione dell'istanza di *restitutio ad integrum* fosse legittimo procedere *de plano*<sup>89</sup> oppure se dovesse garantirsi, di necessità, un rito più «formalizzato»<sup>90</sup> giusta l'archetipo del procedimento in camera di consiglio *ex art. 127 c.p.p.* Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>91</sup> hanno dato risposta interlocutoria al quesito, *prima facie* sottoscrivendo il ricorso alla procedura «de-formalizzata»: facendo leva sulla mancanza di un espresso richiamo, nel «corpo» dell'art. 175, comma 4, c.p.p., alle forme di cui all'art. 127 c.p.p., si è valorizzato a regola l'intervento *de plano*, con l'avvertenza, nondimeno, che, laddove «il relativo procedimento incidentale si inserisca in un procedimento principale in corso di svolgimento con rito camerale, a contraddittorio orale o cartolare, come quando l'istanza è presentata in sede di incidente di esecuzione», nel qual caso esso «mutua le forme del procedimento principale».

In un ulteriore frangente, il *casus belli* rifletteva le perplessità in merito all'incidenza dello *status detentionis* per altra causa, sopravvenuto nel corso del processo<sup>92</sup> e comunicato solo in «aula», sul legittimo impedimento a comparire del giudicando. Nello specifico, si dibatteva se fosse configurabile, in capo all'interessato, un onere di tempestiva comunicazione dell'impedimento onde apprestare per la traduzione in udienza. Qui, le Sezioni Unite<sup>93</sup> sono estremamente «dra-

v'è solo un legame enfatico/declamatorio e non costitutivo di nuovo indirizzo giurisprudenziale.

<sup>89</sup> Così, ad esempio, Cass. Sez. pen. I, 30 novembre 2005, X, in *Ced Cass.*, 232715 e Cass. Sez. pen. IV, 4 luglio 2005, Cancelli, in *Riv. pen.*, 2006, 883.

<sup>90</sup> Così, ad esempio, Cass. Sez. pen. II, 11 novembre 2005, Albuquerque, in *Riv. pen.*, 2006, p. 1135, nonché Cass. Sez. pen. VI, 2 giugno 2005, Ismalaj, in *Foro it.*, 2005, II, p. 575.

<sup>91</sup> Cass. Sez. un., 11 aprile 2006, De Pascalis, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2369.

<sup>92</sup> Che non si tratti di «sterile accademia» è testimoniato da una delle vicende, a più riprese menzionate, sottoposte all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In *Ay Ali v. Italy*, *cit.*, §§ 9, 22, 23, il ricorrente si doleva di non aver potuto presenziare al giudizio innanzi alle competenti autorità italiane proprio in quanto legittimamente detenuto in Svezia, in pendenza di quell'accertamento, per evenienze fattuali connesse e che di ciò si aveva piena consapevolezza *de re iudicanda*. Per amore della precisione, è doveroso nondimeno soggiungere che l'interessato non si era premurato di sollevare quel dubbio in sede di istanza di rimessione in termini bensì in esclusiva ricorrendo, in un secondo momento, al giudice di cassazione; inoltre, alla «resa dei conti», Ay Ali aveva domandato di potere eseguire il 'residuo pena' in Turchia, suo Stato di origine, contesto geografico in cui, una volta accettata la «supplica» e rimesso in libertà per intervenuta amnistia, aveva fatto perdere le sue tracce.

<sup>93</sup> Cass. Sez. un., 26 settembre 2006, Arena, in *Cass. pen.*, 2006, p. 505; per un commento F. PONZETTA, *Sopravvenuto stato di detenzione dell'imputato e legittimo impedimento: le Sezioni Unite non sciolgono tutti i dubbi*, *ivi*, p. 3749. Per un'osservazione *sine titulo* cfr. P. SPAGNOLO, *ivi*, p. 511.

coniane»: non solo lo *status detentionis* rappresenta un *quid* preclusivo del giudizio contumaciale bensì ciò opera sia pure laddove risulti che l'imputato, nel contesto di riguardo, avrebbe potuto tempestivamente notiziare della sopravvenuta «perdita» della libertà, quantunque per altra causa<sup>94</sup>. A supporto l'esegesi letterale dell'art. 420 *ter* c.p.p., il cui quinto comma, invero, accolla solo al difensore l'onere di «prontamente» comunicare il proprio impedimento, con una previsione che, a tutta prima, «riguarda ... altra materia, quella della difesa tecnica nel processo (che può comunque essere assicurata con la nomina di un difensore di ufficio), e non quella dell'autodifesa, indelegabile e non confiscabile<sup>95</sup>».

Già questa breve rassegna consente di stabilire taluni 'punti fermi'. *In primis*, le opposte polarità di riferimento: da un lato, la speditezza processuale – le verifiche sulla «meritevolezza» dell'istanza restitutoria possono/debbono intervenire senza formalismi eccessivi –; dall'altro, la «procurata» effettiva conoscenza della vicenda di cui ad accertamento – nessun onere incombe al tratto in giudizio di segnalare il proprio *status, detentionis* o *libertatis*, né di agevolare la propria «ricerca». *In secundis*, la metodica da «azionare» per giungere ad un sofferto equilibrio, ovvero l'ormai collaudato bilanciamento di interessi. Efficienza *versus* garanzia, una volta di più: pur tuttavia, solo operando nell'intervallo fra le riscontrate esigenze contrapposte – ambedue nondimeno meritevoli di credito – non sacrificandone incondizionatamente (ed aprioristicamente) l'una a beneficio dell'altra, quanto, invero, perseguendo l'equo temperamento richiesto, sembra possibile «implementare» i moniti provenienti dalla Corte Europea dei Diritti Umani. Una drammatica «frattura» sembra invece rappresentato dalla pronuncia Huzuneanu. Già è stato accennato: l'esercizio del diritto ad impugnare, ad opera del difensore del contumace, «consuma» il rispondente diritto di quest'ultimo a dolersi del provvedi-

<sup>94</sup> Ne viene che, «solo ove l'imputato impedito esplicitamente consenta che l'udienza avvenga in sua assenza, o, se detenuto, rifiuti di assistervi, trova applicazione l'istituto» disciplinato *ex art.* 420 *quinquies* c.p.p.

<sup>95</sup> Tale indirizzo è stato successivamente certificato da un ulteriore «arresto» delle Sezioni Unite (Cass. Sez. un., 29 novembre 2007, P.F., in *Foro it.*, 2008, p. 315), giusta il quale la suprema corte di legittimità ha provveduto a «storiciizzare» le modifiche introdotte dalla l. 60/2005 – nonché le interpretazioni che se ne traggono, verrebbe da aggiungere – avuto riguardo «a situazioni realizzatesi sotto la sua vigenza o, comunque, a quelle situazioni processuali che non sono state ancora definite» (nel dettaglio, in un processo celebratosi secondo le regole di cui al codice di procedura penale abrogato, giacché *tempus regebat acta* la concomitante detenzione non integrava legittimo impedimento a comparire, di modo che appariva consequenziale respingere l'istanza di *restitutio ad integrum*).

mento emanato *in absentia*. Né varrebbe obiettare che «la mancata riproduzione della clausola che limitava la restituzione nel termine per impugnare all'ipotesi in cui l'impugnazione non fosse stata proposta dal difensore» (come, nei fatti, si intendeva ripristinare in sede di prima lettura, al Senato, del disegno di legge di conversione del d.l. 17/2005: *n.d.a.*) «starebbe a contrassegnare una specifica ... *voluntas legis*, tesa all'introduzione nel sistema di un doppio gravame, promanante da soggetti distinti, in favore della stessa parte processuale<sup>96</sup>»; se così fosse stato, difatti, non si spiegherebbe perché il «legislatore non abbia avvertito la necessità di dettare le indispensabili norme di regime», di modo che «a quel silenzio ben [può] annettersi, più semplicemente, il significato della ritenuta superfluità di una regola già insita nelle disposizioni generali sulle impugnazioni<sup>97</sup>». Né, d'altro canto, avrebbe costruito valorizzare il rimedio «postumo», offerto *in executivis*, dall'art. 669 c.p.p. giacché «quest'ultima disciplina, informata, come è, all'esigenza di preservare l'osservanza del principio del *ne bis in idem*», «dettando una disciplina di garanzia a fronte di situazioni del tutto patologiche nei casi in cui quel principio non sia stato per errore osservato, ... verrebbe piegata allo scopo di regolamentare (come strumento, per di più «fisiologico») ipotesi in cui si applica l'opposto paradigma del *bis in idem*<sup>98</sup>». Derivandone, inevitabilmente, che «[p]er costruire un diverso tipo di effetti sul piano processuale, occorrerebbe postulare che il difensore eserciti un differente «potere» di impugnazione rispetto a quello attribuito all'imputato, o riconoscere ai due soggetti mezzi impugnatori diversi, evidentemente alternativi fra loro<sup>99</sup>»; ma ciò, a tacer d'altro, «rappresenterebbe un'opzione ... palesemente incompatibile ... con l'esigenza di assicurare una «ragionevole durata» al processo, imposta dall'art. 111 Cost. e dallo stesso art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. Donde la necessità, anche sul piano squisitamente ermeneutico, di bilanciare le garanzie normativamente stabilite per il contumace, con la tutela di tutti gli altri interessi costituzionalmente presidiati<sup>100</sup>».

Potrebbe anche bastare; ciononostante, l'estensore della pronuncia mostra insoddisfazione (se non, addirittura, irritazione) avuto riguardo alla normativa *ex art.* 175 c.p.p., sul presupposto che essa, soppesata su di una matrice eminentemente «restitutoria» nel diritto ad impugnare, contribuirebbe a vanificare il pieno esplicarsi del diritto di «di-

<sup>96</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, in *Foro it.*, II, pp. 442-443

<sup>97</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, *cit.*, p. 444.

<sup>98</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, *cit.*, p. 443.

<sup>99</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, *loc. ult. cit.*

<sup>100</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, *cit.*, p. 449.



fendersi provando» (certe eccezioni non potrebbero rappresentarsi per la prima volta in seconda istanza, ad esempio; d'altro canto, si precluderebbe l'opportunità di attivare riti semplificati; e via dicendo). Mostrando di qualificare come «pienamente legittime le serie perplessità, manifestate in modo pressoché unanime dalla dottrina, circa la congruenza dei risultati cui è pervenuta la «riforma»<sup>101</sup>», l'organo di nomofilachia adduce, a correttivo, due «traccianti» di riferimento: «consentire all'imputato giudicato in contumacia, ed inconsapevolmente ignaro del processo a suo carico, di essere nuovamente giudicato nella pienezza dei suoi diritti» oppure «escludere la stessa ammissibilità del giudizio in contumacia ... e dunque prevedere *ante portas* un meccanismo di sospensione del procedimento, salva – eventualmente – la rinuncia dell'imputato a comparire<sup>102</sup>». A mente della prima evenienza, è dato ipotizzare un recupero di «movenze» similari a quelle proprie della cosiddetta 'purgazione contumaciale', come in allora disciplinata, con acuta sensibilità, dall'art. 475<sup>103</sup> del codice di rito penale Finocchiaro Aprile del 1913: risponde, difatti, «ad un interesse generale quello di restituire *ex novo* l'imputato», interesse ravvisabile nella «necessità che la coscienza pubblica» si acquietasse nella «sicurezza che mai potesse» essere eseguita una pena «in mancanza di un precedente contraddittorio»<sup>104</sup>. La seconda proposta muove invece dalla constatazione di una deprecata incompatibilità fra giudizio contumaciale ed art. 111 Cost., come «rinnovato» con l. 23 novembre 1999, n. 2, recante «*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*» (anche se giammai la Corte europea ha ravvisato un'inconciliabilità *tout court* fra giudizio *in absentia* ed art. 6 CEDU<sup>105</sup>, diretto «antesignano» del vigente testo so-

<sup>101</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, cit., p. 443.

<sup>102</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, cit., p. 444.

<sup>103</sup> Art. 475 c.p.p. 1913. Il condannato in contumacia dalla corte di assise alla pena dell'ergastolo, o ad altra pena restrittiva della libertà personale di durata superiore a cinque anni, ovvero all'interdizione perpetua dai pubblici uffici, in qualunque tempo si presenti volontariamente, o si costituisca in carcere o pervenga in potere della giustizia, prima che l'azione penale sia prescritta, è sottoposto a nuovo giudizio con le forme ordinarie e la sentenza si ha come non avvenuta. Se la sentenza di rinvio o l'atto di accusa non fossero stati notificati all'imputato in persona, la notificazione deve essere nuovamente eseguita insieme con quella del decreto indicato dall'articolo 360. Se il condannato presentatosi volontariamente, e non arrestato, non comparisca nel dibattimento, e non giustifichi uno dei motivi indicati nell'articolo 471, la corte, senza intervento di giurati, ordina l'esecuzione della condanna con sentenza soggetta solamente a ricorso per cassazione.

<sup>104</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, cit., p. 446.

<sup>105</sup> Ad esponente «storico» di tale percorso ricostruttivo, cfr. Colozza v. Italy, cit., § 29 e ss.



vra-ordinato). Confortata da esponenti più che autorevoli della dottrina<sup>106</sup>, benché «fondata» su parallelismi non del tutto esplorati<sup>107</sup>, una siffatta veduta ha, a più riprese<sup>108</sup>, attirato l'interesse del giudice di legittimità delle leggi, anche se con costanza di declaratoria di infondatezza (o di manifesta infondatezza) delle *quaestiones de legitimitate*.

Fra gli interventi di specie almeno uno – più puntualmente, la sentenza 117/2007<sup>109</sup> – merita un breve approfondimento. Forse non è additabile a modello ciò che viene sostenuto nell'ordinanza del giudice rimettente<sup>110</sup>; ma, d'altro canto, e già ad un primo impatto, la

<sup>106</sup> Cfr., *ex plurimis*, M. CHIAVARIO, *Una riforma inevitabile, ma basterà?*, in *Legisl. pen.*, 2005, p. 253; F. CAPRIOLI, «Giusto processo», cit., pp. 590-595; E. MARZADURI, *Sulla necessità*, cit., p. 615; G. UBERTIS, *Come rendere*, cit., pp. 609-610, in un quadro di proposte variegate e rispettivamente alternative (del medesimo Autore, a compendio, *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 130, 136-137). V. anche, *last but not least*, S. QUATTROCOLO, *La Corte Costituzionale chiamata nuovamente a pronunciarsi sul rito degli irreperibili*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3251.

<sup>107</sup> A formante analogico viene difatti «innalzato» il modulo *ex artt. 70 e 71*, del codice di rito penale, in tema di sospensione del procedimento per incapacità 'naturale' dell'imputato. Un azzardo, probabilmente: ma ciò che dovrebbe rilevare è il pensiero che «sta dietro» l'operazione ermeneutica compiuta. Di modo che, il monitoraggio predisposto dal legislatore, per tramite di verifiche semestrali sullo stato di salute mentale dell'imputato, ben potrebbe adattarsi anche ai casi di imputato contumace, laonde per cui, pronunciata l'invocata sospensione, si dovrebbe procedere, sempre con cadenze semestrali, al tentativo di «rinotifica» dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari o dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, putacaso. Per altro verso, poi, gli artt. 70 e 71 consentono, in caso di urgenza, di assumere le prove che rischierebbero di andare «decadute» nell'attesa di ripresa del procedimento, ad opera del giudice stesso, in fase processuale, o giusta le regole previste per l'incidente probatorio durante le indagini preliminari: ciò garantirebbe al difensore dell'irreperibile di chiedere l'assunzione di prove di cui poi l'accusato, laddove comparso, potrebbe giovare, nonché di evitare che si disperdano o che si alterino prove, presentate dal pubblico ministero o dall'eventuale parte civile, che il contumace abbia interesse a non vedere utilizzate neppure in un giudizio nel quale egli risulti presente, così salvaguardandosi il reciproco diritto delle parti alla conservazione del materiale probatorio.

<sup>108</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 10-12 dicembre 1998, n. 399 (antecedente alla riforma costituzionale di cui alla l. cost. 2/1999); Corte Cost., sent. 21 marzo - 5 aprile 2007, n. 117; Corte cost., ord. 31 marzo - 4 aprile 2008, n. 89 (entrambe, queste due ultime, «impostate» alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost.) nel loro insieme «reperibili» in <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce> (ultimo accesso utile al Sito 6 novembre 2009).

<sup>109</sup> Per un approccio critico al *decisum*, A. DENZA, *La disciplina della restituzione nel termine dalle istanze soprannazionali alla legislazione italiana. Risposte giurisprudenziali e prospettive*, in *Osservatorio del processo penale*, marzo-aprile 2009, pp. 104, 118-122.

<sup>110</sup> Il Tribunale di Pinerolo dubitava dell'illegittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 c.p.p. «nella parte in cui impon[ono] la dichiarazione di contumacia e la con-

risposta della Consulta si dimostra spazientita. «L'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale «la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio», non comporta che il cosiddetto profilo oggetto del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa ... Si deve ritenere, pertanto, che ciò che conta è pur sempre la tutela del diritto di difesa, al quale, secondo lo stesso remittente, la CEDU non accorda, in tema di processo svoltosi *in absentia*, garanzie maggiori di quelle previste dall'art. 111 Cost., tanto che egli la evoca più come fonte ispiratrice del diritto interno in materia e dei criteri per interpretarlo che come autonomo parametro di costituzionalità. A tal proposito è opportuno rilevare che la stessa Corte di Strasburgo ... non ha negato in linea di principio il rilievo che possono assumere idonee misure ripristinatorie<sup>111</sup>». Verissimo: senonché, a prescindere dall'usuale enfaticizzazione conferita al diritto di difesa, l'intervento costituzionale lascia nel «cono d'ombra» il vero «nodo» perplesso, ovvero sia l'eventuale inconciliabilità della disciplina di cui all'art. 175 c.p.p. con le interpolazioni attuate sul testo dell'art. 111 Cost.<sup>112</sup>. La riforma del cosiddetto giusto processo «drammatizza» le suscettibili antinomie: il giudizio contumaciale, difatti, astrae dal momento euristico del contraddittorio; né si può fondatamente supporre che esso «tipicizzi» una delle eccezioni, di cui al comma 5, all'operatività di quella regola – si va in «sofferenza» proprio perché non è dato accertare la volontà dell'imputato ad essere giudicato *in absentia*, ovvero a prestare consenso ad un esito processuale ottenuto al di fuori della «dialettica» fra tesi di accusa e tesi di difesa. E di queste «latenze», presto o tardi, ci si dovrà fare carico: o la Corte costituzionale, tanto più osservando che essa ha ritenuto l'articolato CEDU, come interpretato da Strasburgo, quale «cuscinetto» interposto fra legge ordinaria e legge sovra-ordinaria, *ergo*, quale normativa sul cui fondamento altresì parametrare (e conformare) il giudizio di costituzionalità delle

seguinte celebrazione del processo nei confronti degli imputati irreperibili, anziché prevedere la sospensione obbligatoria del medesimo». Per talune osservazioni in merito cfr. S. QUATTROCOLO, *Rito degli irreperibili e principi del giusto processo: commento a ordinanza 31 gennaio 2006 Tribunale di Pinerolo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2948.

<sup>111</sup> Corte Cost., sent. 117/2007, *cit.*, punti 2 e 3 del considerato in diritto.

<sup>112</sup> Va da sé difatti, e ciò a prescindere dalle modalità con cui è stata impostata, e dei contenuti con cui è stata rivestita, l'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale, che predisporre un meccanismo sospensivo dissimula, e neppure troppo bene, il reale obiettivo di escludere la stessa ammissibilità dell'accertamento in contumacia. D'altra parte, l'«eterno giudicabile», a lungo andare, diviene un «mai giudicato».

disposizioni di recepimento interno del «supporto» convenzionale; o la medesima Corte EDU, «sciogliendo» una volta per tutte, e in via definitiva, la «falsa» alternativa tra *new trial* e *reopening of the proceedings*.

Di ciò pareva farsi «promotore», motivo per cui ad essa ritorciamo, la sentenza Huzuneanu, assumendo di sottoscrivere le critiche avanzate al «piano normativo» di riguardo. Cionondimeno, all'acme di tale crescendo graduale degli effetti, le Sezioni Unite mutano convergenza, stipulando invero che le garanzie accordate in tema di processo *in absentia* «rinvergono nel sistema vigente adeguata attuazione, senza dover ricorrere, quindi, a meccanismi «preventivi», quali la sospensione del processo nei confronti degli irreperibili ... È quindi del tutto naturale presupporre che la Corte costituzionale, nel prevenire ad una simile, tranquillante conclusione, abbia avuto ben presente l'intero quadro normativo in cui si compongono gli strumenti destinati a soddisfare il parametro costituzionale e le consimili norme della convenzione europea dei diritti dell'uomo: quindi, anche (e soprattutto) i presupposti e le modalità secondo le quali può trovare concreta attuazione la misura «ripristinativa», offerta dall'art. 175 c.p.p.<sup>113</sup>. Una vera e propria motivazione 'suicida'<sup>114</sup>, a ben vedere, quasi provocatoriamente offerta, su di un «piatto d'argento», al non rimesso in termini onde investire della *querelle* il giudice europeo.

*Per aspera ad astra*, orbene: ma solo ragionando su dette prospettive – la necessità, *assoluta*, e *non concorrente* con misure ripristinatorie – di un nuovo giudizio a vantaggio del «disinformato incolpevole» sembra possibile interrompere l'incessante flusso «binario» fra Roma e Strasburgo; a meno che, più gordianamente, non si voglia conferire al *jugement par default*, una volta per tutte, illacrimata sepoltura.

<sup>113</sup> Cass. Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, cit., p. 447.

<sup>114</sup> Che quanto avanzato nel testo non fosse frutto di suggestioni trova puntuale conferma in una recentissima pronunzia del giudice di legittimità delle leggi – Corte cost., sent. 30 novembre – 4 dicembre 2009, n. 317 [reperibile in *www.giurcost.org.*, ultimo accesso utile al Sito 7 dicembre 2009], laddove si dichiara la non conformità al testo fondamentale dell'art. 175, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato».

*La novella dell'art. 275, comma III, c.p.p.:  
le presunzioni cautelari a garanzia  
della pubblica sicurezza tra Costituzione e CEDU*

di Luca L. Ferrero

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le modifiche dell'art. 275, comma 3, c.p.p. dall'entrata in vigore del codice "Vassalli" ad oggi. Le presunzioni legali in deroga alla regola del carcere quale *extrema ratio*. – 3. Profili di legittimità costituzionale relativi alla presunzione di pericolosità prima e dopo il decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11. – 4. Le presunzioni legali e l'art. 5 CEDU. – 5. Problemi relativi all'immediata applicabilità della novella. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

I recenti e sempre più incisivi interventi in materia penale sostanziale e processuale da parte di un legislatore molto attento ad assecondare le istanze di sicurezza, ma assai poco propenso ad osservare i limiti imposti dalle norme sovraordinate, costringono l'interprete ad un continuo raffronto tra legge ordinaria e precetti costituzionali per verificarne la conformità. Tale verifica deve altresì estendersi alle norme di diritto internazionale immediatamente applicabili, e in particolare alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (*infra* CEDU).

Un controllo quest'ultimo che risponde non solo al nobile intento di assicurare una maggiore armonizzazione tra i sistemi giuridici europei e, secondo gli insegnamenti dell'economista Douglass North, di contribuire allo sviluppo economico e sociale del "Paese Europa", ma anche al più prosaico scopo di contenere il numero delle condanne dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo.

In tale ottica riveste particolare importanza l'esaminare la modifica dell'art. 275 c.p.p. – introdotta dall'art. 2 del decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11, convertito con legge 23 aprile 2009 n. 38<sup>1</sup>, ed intitolato «misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori» –

<sup>1</sup> Rispettivamente in G.U. 24/02/2009 n. 45 e G.U. 24/04/2009 n. 95.

confrontandola con la legge fondamentale e con la CEDU, ma prestando altresì attenzione all'interpretazione dell'art. 5 CEDU fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>2</sup>.

2. *Le modifiche dell'art. 275, comma 3, c.p.p. dall'entrata in vigore del codice "Vassalli" ad oggi. Le presunzioni legali in deroga alla regola del carcere quale extrema ratio*

L'art. 275 c.p.p. enuncia i criteri di scelta in ordine alle misure cautelari personali ai quali il giudice che sia chiamato ad applicarle deve attenersi: in particolare si richiama quest'ultimo a «tener conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto» (comma 1), a scegliere la misura «proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata» (comma 2), ma precisandosi altresì che la custodia cautelare non può essere comminata ove ritenga «che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena» (comma 2 *bis*), e che, in ogni caso, «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata» (comma 3)<sup>3</sup>.

La seconda parte del terzo comma dell'articolo citato contiene un'importante deroga ai criteri che normalmente regolano la discrezionalità del giudice in quanto introduce due presunzioni: una di pericolosità per i soggetti indiziati di determinati reati e l'altra di idoneità esclusiva della misura custodiale in carcere. Con il che il giudice, anziché poter scegliere fra tutte le misure cautelari previste dall'ordinamento vigente, può decidere solo se applicare o meno la più afflittiva tra le medesime.

Una deroga così drastica prima della riforma citata era riservata unicamente ai casi in cui sussistessero «gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 416-*bis* del codice penale, o ai

<sup>2</sup> Tutte le pronunce della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale che verranno citate sono state consultate sul sito istituito dal C.E.D. – Centro elettronico di documentazione della Corte Suprema di Cassazione – denominato *ItalgivreWeb* in [www.italgivre.giustizia.it](http://www.italgivre.giustizia.it); mentre quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sito della Corte medesima in [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr), consultabili con il motore di ricerca [www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc).

<sup>3</sup> Si tralasciano gli altri commi dell'art. 275 c.p.p. in quanto irrilevanti ai fini della presente analisi. Per un'ampia casistica di questioni applicative concrete delle norme riportate nel testo, cfr. A. BASSI e T. EPIDENDIO, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, in *Teoria e pratica del diritto*, 3ª ed., Milano 2008, par. 6.19-6.21.

delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo»<sup>4,5</sup>.

La novella del febbraio del 2009<sup>6</sup> ha invece esteso tale deroga ai delitti «di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* [c.p.p. n.d.r.], nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, 600-*quinqies*, 609-*bis*, escluso il caso previsto dal terzo comma, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale»<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Per dovere di completezza la seconda parte del comma III citato aveva subito precedenti modifiche:

a) il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (in G.U. 16/5/1991 n. 110), come convertito con l. 12 luglio 1991, n. 203 (in G.U. 12/7/1991 n. 162) stabiliva che «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-*bis* e 422 del codice penale, a quelli, consumati o tentati, di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni ovvero ai delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo di guerra parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110, ovvero ai delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e ..., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che le stesse possano essere soddisfatte con altre misure»;

b) il d.l. 9 settembre 1991, n. 292 (in G.U. 10/9/1991 n. 212), come convertito con l. 8 novembre 1991, n. 356 (in G.U. 9/11/1991, n. 263), ha introdotto la presunzione assoluta dell'idoneità della sola misura carceraria eliminando le parole «o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure»;

c) la l. 8 agosto 1995, n. 332 (in G.U. 8/8/1995 n. 184) ha modificato l'articolo limitandolo ai reati di mafia, secondo la dizione riportata nel testo, e come è rimasto in vigore fino alla modifica operata dal decreto legge del febbraio del 2009.

<sup>5</sup> In senso opposto il d.l. 14 luglio 1994, n. 440 escludeva l'applicabilità della custodia cautelare in carcere e, di conseguenza, individuava negli arresti domiciliari la misura più afflittiva per i reati di peculato, concussione, corruzione, ricettazione, associazione per delinquere non di stampo mafioso. Tuttavia il citato decreto non è stato convertito in legge.

<sup>6</sup> Si ricorderà che la novella ha preso spunto dall'enfasi mediatica con cui erano stati censurati alcuni casi di violenza sessuale, individuale o di gruppo, nei quali si era applicata la misura cautelare degli arresti domiciliari ovvero la misura del carcere disposta in un primo tempo era stata sostituita, nel corso del procedimento, con quella, meno afflittiva, degli arresti domiciliari.

<sup>7</sup> I delitti previsti dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. sono i seguenti: de-

Pertanto qualora il giudice ritenga sussistenti i gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati predetti e nell'eventualità che non emergano elementi tali da indurlo a ritenere insussistenti le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., egli dovrà applicare unicamente la misura della custodia in carcere. Una regola che opera ovviamente anche rispetto alle istanze di revoca o sostituzione ex art. 299 c.p.p. ed al giudizio di riesame.

Il meccanismo della doppia presunzione assolve al duplice scopo di limitare al massimo i casi di ritenuta insussistenza delle esigenze cautelari e di escludere qualsiasi possibilità di graduazione nella scelta della misura, con l'effetto della *naturale* permanenza in carcere dell'indagato/imputato sino al passaggio in giudicato della condanna.

Il rapido succedersi degli interventi legislativi evidenziati indica l'estrema difficoltà del legislatore di contemperare contrapposti interessi: privilegio della custodia cautelare in carcere a tutela della pubblica sicurezza, da un lato, e scelta della misura cautelare meno afflittiva nel rispetto della presunzione di non colpevolezza dell'imputato dall'altro.

### 3. *Profili di legittimità costituzionale relativi alla presunzione di pericolosità prima e dopo il decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11*

La novella sopra trascritta, nel disciplinare in tal modo un numero così elevato ed eterogeneo di reati, rivela, però, alcuni profili di illegittimità costituzionale.

Secondo i principi generali espressi nel codice di procedura penale vigente, infatti, il giudice, accertata l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza, stima la sussistenza delle esigenze cautelari e, in caso affermativo, ha l'onere di valutare e sufficientemente motivare circa la scelta della misura. L'art. 292, comma 2, lett. *c bis*) c.p.p. prevede addirittura la nullità dell'ordinanza applicativa che non contenga l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con il ricorso ad altre misure meno afflittive della custodia in carcere. L'adeguatezza della cautela va pertanto riguardata come *condicio sine qua non* dell'im-

litti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, comma 6, 416 realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473, 474, 600, 601, 602, 416 *bis* e 630 c.p., per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'art. 74 T.U. sugli stupefacenti e dall'art. 291 *quater* T.U. leggi doganali; delitti consumati con finalità di terrorismo.

L'elencazione che precede è necessaria al fine di evidenziare l'estrema eterogeneità dei reati assoggettati alla più severa disciplina cautelare.



posizione della misura più gravosa, per inadeguatezza – da intendersi come incapacità contenitiva – di quella immediatamente più lieve.

La norma presa in esame si pone quindi chiaramente quale deroga a tali principi, che trovano pieno riconoscimento nella carta fondamentale agli artt. 13 e 27 cost., e «discendono direttamente dalla natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto alle finalità del processo, da un lato, ed alle esigenze di tutela della collettività, dall'altro, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva»<sup>8</sup>.

In proposito vale la pena di rammentare che nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 64/1970<sup>9</sup>, è costante l'affermazione secondo la quale, in ossequio al *favor libertatis* che ispira l'art. 13 cost., il giudice deve scegliere la soluzione che comporta il minore sacrificio della libertà personale. Dal che si ricava che proporzionalità ed adeguatezza della misura cautelare ne rappresentano i corollari naturali.

Ne discende pertanto che la compressione dei suddetti principi, ove la misura custodiale non trovi adeguata ragione giustificatrice nell'esigenza di tutelare altri interessi, pure costituzionalmente protetti, lede l'art. 3 cost., per irragionevolezza, concretando un uso distorto, perché inefficace e circoscritto, della discrezionalità legislativa, giusta quanto affermato in passato dalla Corte costituzionale secondo la quale «ove uno o più valori coinvolti dalla norma appaiano sviliti al punto da risultare ad esclusivo vantaggio degli altri, sarà la stessa discrezionalità a non potersi dire correttamente esercitata, perché carente di alcuni dei termini sui quali la stessa poteva e doveva fondarsi»<sup>10</sup>.

E seppure è vero che, secondo l'insegnamento ormai altrettanto costante del giudice costituzionale, «mentre la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (*l'an* della cautela) comporta, per definizione, l'accertamento, di volta in volta, della loro effettiva ricorrenza, non può invece ritenersi soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice l'apprezzamento del tipo di misura in concreto ritenuta come necessaria (il *quomodo* della cautela), ben potendo tale scelta essere effettuata in termini generali dal legislatore, tuttavia la soglia oltre la quale il legislatore non può andare è rappresentata dal rispetto del li-

<sup>8</sup> Corte cost., sent. 22 luglio 2005, n. 299. Fra i commenti, vedi in particolare G. DE FALCO, *Custodia cautelare, addio ai contrasti. Il processo torna indietro? La detenzione già subita va computata*, in *D&G*, 2005, 32, p. 48.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. 23 aprile 1970 n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1012.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 12 luglio 1995 n. 313 in *Riv. pen.*, 1996, 1, p. 27.

mite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti»<sup>11</sup>.

Nel caso di specie il legislatore della novella ha violato tale canone sia sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto a tutti i casi di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e di esigenze cautelari, sia sotto quello della diversità di trattamento “interna” tra le varie possibili forme di manifestazione concreta delle condotte rientranti nello stesso titolo di reato contestato, sia infine a fronte della conseguente potenziale esuberanza del mezzo rispetto al fine. Il che, detto in estrema sintesi, concreta un’ipotesi di “eccesso di potere” legislativo<sup>12</sup>.

In un’ottica sistematica, gli interventi del legislatore, pur nell’esercizio della discrezionalità che gli compete, devono essere rispettosi dei criteri che lo stesso individua e che, alla luce del parametro della ragionevolezza, costituiscono la misura della legittimità del suo operato.

La violazione costituzionale appare poi ancora più evidente qualora si prenda a riferimento la motivazione con la quale la Consulta ha rigettato la questione in ordine al reato previsto dall’art. 416 *bis* c.p. Nell’ordinanza n. 450/95 la Corte Costituzionale ha, infatti, sostenuto che la «delimitazione della norma all’area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso rende manifesta la non-irragionevolezza dell’esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato»<sup>13</sup>. Un’argomentazione che, per quanto esposto, non può essere estesa a molte delle fattispecie introdotte dal d.l. n. 11/09<sup>14</sup>.

#### 4. *Le presunzioni legali e l’art. 5 CEDU*

Il paragone con i reati di mafia si rivela altresì utile per evidenziare le violazioni dell’art. 5 CEDU. La Corte europea dei diritti del-

<sup>11</sup> Corte cost., sent. 23 aprile 1970 n. 64, cit.; Id., sent. 12 luglio 1995 n. 339 in *Giur. cost.*, 1995, 4, p. 2564; Id., ord. 18 ottobre 1995 n. 450, in *Cass. pen.*, 10, p. 2835 con nota di D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell’art. 275 comma 3 cod. proc. pen.*

<sup>12</sup> Cfr. A. CELOTTO, *Corte Costituzionale ed «eccesso di potere legislativo»*, in *Giur. cost.*, 1995, 5, p. 3724.

<sup>13</sup> Corte cost., ord. 18 ottobre 1995 n. 450, cit.

<sup>14</sup> In questi termini il Tribunale di Torino, sezione del riesame, ha sollevato due questioni di legittimità costituzionale con le ordinanze – non pubblicate – 18 maggio 2009, est. D. Rispoli, e 18 novembre 2009, est. L.L. Ferrero. Si tratta di due procedimenti per reati di violenza sessuale ed induzione alla prostituzione di soggetto minorenne nei quali il giudicante ha ritenuto idonea e proporzionata una misura meno afflittiva della detenzione in carcere.

l'uomo, prima della novella, si era pronunciata espressamente sul punto, stabilendo che la disciplina dell'art. 275, comma 3, costituiva una deroga ai principi dettati dall'art. 5 CEDU e che la lotta contro i crimini di mafia giustificasse tale deroga al fine di «proteggere, prima di tutto, la sicurezza dell'ordine pubblico e di prevenire la commissione di altri gravi delitti. Infatti la permanenza in detenzione del soggetto accusato di aver commesso un reato nella qualità di associato di un'organizzazione criminale di stampo mafioso tendeva a spezzare i legami del medesimo con l'ambiente criminale di provenienza, minimizzando il rischio che mantenga contatti con le strutture dell'organizzazione criminale e possa commettere nel frattempo analoghe condotte criminose, fino a concluderne che in tale contesto può giustificarsi una presunzione legale di pericolosità, in particolare qualora non sia assoluta»<sup>15</sup>.

È evidente che le argomentazioni che stanno alla base della pronuncia *de qua*, e per le quali la Corte di Strasburgo ha ritenuto giustificata l'eccezione, si caratterizzano per l'eccezionalità del carattere "mafioso" di certa criminalità organizzata e non sono suscettibili di estensione ai delitti – indubbiamente gravi – per i quali il d.l. n. 11/09 ha previsto l'applicazione dell'art. 275, comma 3, seconda parte. Delitti tra sé eterogenei e privi dell'immanente pericolosità sociale che promana dalle associazioni di stampo mafioso, come, ad esempio, la violenza sessuale, l'induzione alla prostituzione di un soggetto minorenni o l'associazione a delinquere per la falsificazione di un marchio (si pensi, ad esempio, ad una famiglia di cinesi che intraprenda un attività artigianale per falsificare il marchio di una maglietta alla moda). Tale scelta legislativa non può pertanto non apparire poco rispettosa di quei criteri di eccezionalità che secondo la Corte europea consentono di derogare all'art. 5 CEDU<sup>16</sup>.

Ma anche il meccanismo della doppia presunzione, disciplinato dall'art. 275 comma 3, non sembra porsi in linea con i principi enunciati nell'art. 5 CEDU.

<sup>15</sup> Questo il compendio e la traduzione, ad opera dell'autore, della parte più significativa della sentenza della Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 6 novembre 2003, G. Pantano c. Italia, § 69-71. La traduzione (non ufficiale) dell'intera sentenza è consultabile sul sito del Ministero della Giustizia in [www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.wp?jsessionid=1DAA389805BA01CF4DC908030856B0CE.ajpAL01?previousPage=mg\\_1\\_13&contentId=ART32334](http://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.wp?jsessionid=1DAA389805BA01CF4DC908030856B0CE.ajpAL01?previousPage=mg_1_13&contentId=ART32334).

<sup>16</sup> Tale violazione dell'art. 5 CEDU, così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, è stata ritenuta – nelle ordinanze di rimessione citate nella nota n. 14 – configurare anche la violazione dell'art. 117, comma 1, cost. che sancisce l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare i «vincoli derivanti dagli obblighi internazionali».

Come appena detto, secondo la Corte europea, una presunzione legale di pericolosità, riferita ai reati di stampo mafioso, è ammissibile a condizione che non si tratti di presunzione assoluta<sup>17</sup>.

Dalla lettura di una recentissima sentenza della Corte Costituzionale<sup>18</sup> si evince chiaramente quanto, nella realtà applicativa, sia vicino il confine con la presunzione assoluta, giacché le circostanze dalle quali desumere la cessazione della pericolosità degli indagati/imputati, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione, e ripresa dal giudice costituzionale, consistono solamente nella prova dell'avvenuto scioglimento dell'associazione, ovvero dell'avvenuto recesso dalla stessa dell'indagato ovvero nel positivo accertamento della impossibilità per l'indagato di svolgere ancora, in concreto, una attività conforme al suo ruolo all'interno dell'organizzazione mafiosa<sup>19</sup>.

Ebbene tale presunzione "relativa" pare essere ancora più rigida in relazione ai delitti inseriti dalla novella nell'art. 275, comma 3. Quale elemento, ad esempio, potrebbe far venir meno la (presunzione di) pericolosità nell'ipotesi di stupro? o di sfruttamento della prostituzione minorile?

Si tratta, in concreto, di casi di c.d. *irrebuttable presumptions*, applicabili ad altrettanti reati di natura eterogenea e aventi un diverso livello di gravità<sup>20</sup>.

Anche la seconda presunzione, pacificamente *iusuris et de jure*, secondo cui l'unica misura idonea a fronteggiare le esigenze cautelari è

<sup>17</sup> Sent. Corte eur. dir. uomo G. PANTANO, *op. cit.*. Sul punto vedi anche M. CHIAVARIO, *La Corte e la tutela dei diritti umani: di fronte a vecchie e nuove sfide*, pp. 32 e 33, consultato in data 12/11/2009 in [www.cortecostituzionale.it/informazione/file/Relazione\\_Prof\\_Chiavario.doc](http://www.cortecostituzionale.it/informazione/file/Relazione_Prof_Chiavario.doc). L'autore confronta la sent. della Corte Europea cit. con l'ord. Corte cost. n. 450/1995 cit. per desumerne che non sussiste «una generica legittimazione a qualunque deroga alle regole comuni, all'insegna dell'«à la guerre comme à la guerre»; ma – pur nella sottolineatura dell'esigenza di una vigilante attenzione per il pericolo rappresentato dalla mafia e dalle organizzazioni similari – una conferma della necessità di vagliare le singole regole e le loro applicazioni».

<sup>18</sup> Corte cost., ord. 4 maggio 2009 n. 133. Il contributo interpretativo della Corte Costituzionale è di scarso rilievo in quanto tutte le questioni di legittimità sono state dichiarate inammissibili, ma nella motivazione sono riportate le interpretazioni fornite dalla Corte di Cassazione del concetto di "circostanze dalle quali desumere la cessazione della pericolosità".

<sup>19</sup> L'ultima ipotesi potrebbe verificarsi, sostiene la Corte Suprema, qualora «il ruolo svolto dall'interessato è stato caratterizzato da assoluta specificità e da esclusivo rilievo soggettivo, che rendono impossibile l'ulteriore attività criminosa».

<sup>20</sup> La Corte europea ha più volte evidenziato che la gravità del reato per il quale si procede non è sufficiente a giustificare la prosecuzione della detenzione in carcere per l'intera durata del procedimento. Cfr., in relazione ad un reato di omicidio volontario da parte di un appartenente ad un gruppo criminale organizzato, Corte eur. dir. Uomo, Sez. I, 19 marzo 2009, *Lyubimenko v. Russia*, § 69-70.

quella della custodia in carcere<sup>21</sup>, appare inconciliabile con i principi interpretativi elaborati dalla Corte di Strasburgo in relazione all'art. 5, comma 4, CEDU.

La Corte ha, infatti, stabilito la necessità di offrire alla persona privata della libertà la possibilità di ripetere, ad intervalli regolari, il controllo della legalità della misura cui si trova sottoposta<sup>22</sup>. Tale controllo, oltre a dover garantire risposte a breve termine<sup>23</sup>, deve essere effettivo<sup>24</sup>, mentre il meccanismo della doppia presunzione lo trasforma in una verifica meramente formale e dall'esito scontato.

<sup>21</sup> D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 cod. proc. pen.*, cit.

<sup>22</sup> Così a partire dalle decisioni Corte eur. dir. uomo 24 ottobre 1979, Winterwerp c. Olanda, § 55-57; Id. 24 settembre 1992, Herczegfalvy c. Austria, § 75; Id., Sez. IV, 26 febbraio 2002, Magalhaes Pereira c. Portogallo, § 40-41 secondo cui «According to the Court's case-law, a person detained in such conditions is entitled under Article 5 § 4 to take proceedings at reasonable intervals before a court to put in issue the "lawfulness" – within the meaning of the Convention – of his or her detention, inasmuch as the reasons initially warranting confinement may cease to exist. Such a review must comply with both the substantive and procedural rules of the national legislation and, moreover, be conducted in conformity with the aim of Article 5, namely to protect the individual against arbitrariness. The latter condition implies not only that the relevant courts must decide "speedily", but also that their decisions must follow at reasonable intervals». Vedi anche la recentissima sentenza Id., sez. III, 24 November 2009, Shannon v. Latvia, § 67. Ancora più chiara sul punto è la Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse, adottata dal Comitato dei Ministri in occasione del 974° incontro tra i rappresentanti dei ministri il 27 settembre 2006, Rec(2006)13, consultabile in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1041281&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>.

<sup>23</sup> L'Italia, nonostante l'ordinamento vigente preveda la possibilità di chiedere in ogni momento la sostituzione o la revoca della misura cautelare al giudice precedente, di proporre appello avverso tale decisione avanti al tribunale del riesame e ricorso in Cassazione avverso la decisione di quest'ultimo, è stata condannata in quanto ogni singola procedura citata deve esaurirsi in ciò che l'articolo 5, comma 4, CEDU definisce "breve termine". Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 19 maggio 2005, Rappaciolo c. Italia, § 40-41, secondo cui «Il est vrai que la disposition en question n'astreint pas les Etats contractants à instaurer un double degré de juridiction pour l'examen de la légalité de la détention et celui des demandes d'élargissement. Néanmoins, un Etat qui se dote d'un tel système doit en principe accorder aux détenus les mêmes garanties aussi bien en appel qu'en première instance, l'exigence du respect du "bref délai" constituant sans nul doute l'une d'entre elles. La Cour ne saurait donc souscrire à la thèse du Gouvernement selon laquelle l'article 5 § 4 ne trouve pas à s'appliquer aux pourvois en cassation du requérant».

<sup>24</sup> Si rammenta che, secondo la Corte europea, la conformità di una custodia cautelare non va accertata in astratto, ma con riguardo a tutte le particolarità del caso concreto. Cfr., ad es. Corte eur. dir. Uomo, Contrada v. Italy, 24 agosto 1998, § 54: «According to the Court's case-law, the issue of whether a period of detention

La *probatio diabolica* (perché di ciò, a ben vedere, si tratta) per superare la presunzione di responsabilità, da un lato, e l'impossibilità di sostituire la custodia in carcere con una misura cautelare meno affittiva dall'altro, indurranno il giudice procedente a confermare lo stato di detenzione fino allo scadere del termine di fase o di quello di durata massima.

Né bisogna infine dimenticare che l'art. 5 CEDU prevede un ulteriore parametro di valutazione della privazione della libertà dell'individuo a fini cautelari. Parametro che supera le presunzioni legali.

Nonostante la riconosciuta eccezionalità dei processi per reati di mafia e l'astratta conformità delle citate presunzioni con la Convenzione, la Corte europea ha comunque fermamente rivendicato il potere-dovere di valutare *case by case* se la prosecuzione dello stato di detenzione sia giustificata richiedendo, a tal fine, non solo che la motivazione faccia riferimento, in modo espresso e compiuto, ad un concreto interesse pubblico che risulti prevalente rispetto al diritto alla libertà individuale ed alla presunzione di innocenza, ma anche la verifica che le Autorità nazionali competenti abbiano dimostrato una «*special diligence*» in the conduct of the proceedings»<sup>25</sup>.

*is reasonable cannot be assessed "in abstracto". Whether it is reasonable for an accused to remain in detention must be assessed in each case according to its special features»; Id., Grand Chamber, 6 aprile 2000, Labita v. Italy, §152; Id., 16 novembre 2000, Vaccaro v. Italy, § 36-39; Id., Sez. I, 17 febbraio 2005, Sardinias Albo c. Italia, § 84.*

<sup>25</sup> Cfr. sul punto Corte eur. dir. uomo Vaccaro v. Italy, cit., § 36-39: «*The persistence of a reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a "conditio sine qua non" for the lawfulness of the continued detention, but after a certain lapse of time it no longer suffices: the Court must then establish whether the other grounds cited by the judicial authorities continue to justify the deprivation of liberty. Where such grounds are "relevant" and "sufficient", the Court must also ascertain whether the competent national authorities displayed "special diligence" in the conduct of the proceedings. The Court observes that in reaching this conclusion, the national authorities relied on the presumption created by Article 275 of the CPP. ... Even assuming that such an approach, which takes little account of the special features of each case, is in conformity with the Convention, it is to be pointed out that the risk of tampering with evidence significantly diminished at the end of the preliminary investigations and after the delivery of the first-instance judgment. The needs to prevent the applicant absconding or committing further offences are without doubts relevant factors, but they cannot justify the overall length of the detention on remand. In sum, although some of the grounds on which the applicant's deprivation of liberty was based could be seen as relevant and sufficient, they lost their strength after a certain lapse of time. It is therefore necessary to consider the conduct of the proceedings»; Id., Labita v. Italy, cit. §151: «*The presumption that arose under Article 275 of the Code of Criminal Procedure did not by itself justify the applicant's being held for so long»; Id. Sardinias v. Italy cit. § 85-97; analogamente altre pronunce relative ad altri Paesi membri della CEDU, Id., sez. IV, 26 luglio 2001, Ilijkov**



Solamente qualora l'esito di entrambe le valutazioni sia positivo, la Corte giudica che la durata della detenzione di un imputato abbia rispettato l'art. 5, comma 3, CEDU.

##### 5. *Problemi relativi all'immediata applicabilità della novella*

Ancor più gravi sono, però, le violazioni della CEDU determinate dall'immediata applicazione della novella ai procedimenti in corso: poiché né il d.l. n. 11/09 né la legge di conversione n. 38/09 disciplinano il regime transitorio, l'art. 275, comma 3, c.p.p., in quanto norma processuale, è applicabile anche ai fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della citata modifica, ai sensi dell'art. 11 delle preleggi<sup>26</sup>.

In tali procedimenti è ben possibile che sia stata applicata una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere o che quest'ultima, applicata in prima battuta, sia stata successivamente sostituita con altra misura meno afflittiva. Dopo l'entrata in vigore del d.l. 11/09 è accaduto che il P.M. abbia chiesto ed il giudice precedente abbia concesso la custodia cautelare in carcere non già per l'aggravamento delle esigenze cautelari o in ipotesi di violazione della misura, bensì solo per l'entrata in vigore della citata novella.

Tuttavia la sostituzione di una misura cautelare che si è concretamente dimostrata idonea a contenere le esigenze cautelari con altra più severa, astrattamente ritenuta dal legislatore più idonea a tutelare

v. Bulgaria, § 79 nel quale la Corte rileva la violazione dell'art. 5, comma 3, CEDU in quanto «... *the domestic courts applied law and practice under which there was a presumption that detention on remand was necessary in cases where the sentence faced went beyond a certain threshold of severity*»; nonché le più recenti Corte eur. dir. Uomo, sez. I, 12 marzo 2009, Aleksandr Makarov v. Russia, § 116-139 nella quale la Corte sostiene che vale la diversa presunzione del diritto dell'imputato in attesa di giudizio ad essere liberato: «*the presumption is in favour of release*», ed ancora: «*the arguments for and against release must not be "general and abstract". Where the law provides for a presumption in respect of factors relevant to the grounds for continued detention, the existence of the specific facts outweighing the rule of respect for individual liberty must be convincingly demonstrated*»; nello stesso senso Corte eur. dir. Uomo, Grand Chamber, Bykov v. Russia, 21 January 2009, § 62-66; Id., Sez IV, 19 maggio 2009, Kulikowski v. Poland, § 42 - 51; Id. Sez. I, 25 giugno 2009, Bakhmutskiy v. Russia, §136; Id., sez. II, 7 July 2009 Cahit Demirel v. Turkey, § 24, nel quale la Corte critica la motivazione di stile utilizzata abitualmente dal giudice precedente «*the Court considered the applicant's detention at the end of every hearing. On each occasion it extended that detention using identical, stereotyped terms, such as "having regard to the nature of the offence, the state of the evidence and the content of the case file"*»; Id. sez. I, 8 ottobre 2009, Bordikov v. Russia, § 87.

<sup>26</sup> In tal senso si esprime la recente sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, 28 marzo 2008 Cc. (dep. 7 maggio 2008), n. 18396, Imp. Abruzzese.



la collettività, si pone in aperto contrasto con il principio – sopra citato – secondo il quale le presunzioni di pericolosità e di adeguatezza della misura cautelare più afflittiva dovrebbero essere sempre suscettibili di prova contraria.

Per tali motivi non sono mancate pronunce di merito nelle quali si è sostenuto che l'inasprimento della misura non possa porsi in un rapporto stretto di consequenzialità con l'intervenuta novella<sup>27</sup>, sebbene, in più occasioni, la giurisprudenza della Suprema Corte si sia espressa in senso nettamente contrario<sup>28</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Tutto ciò premesso, ed a fronte dei rischi che si sono evidenziati, forse sarebbe auspicabile che il nostro legislatore si mostrasse *sua sponte* meno condizionato dagli umori della piazza e prestasse la giusta attenzione ai limiti posti dalla legislazione costituzionale e da quella pattizia.

Si riuscirebbe così non solo a garantire una maggiore certezza del diritto in un ambito tanto delicato come quello che investe la libertà personale, evitando così che il giudice, nel tentativo di contemperare i contrapposti interessi sopra evidenziati, si senta legittimato ad adottare nella fase cautelare interpretazioni sensibilmente diverse da quelle sino ad ora ritenute consolidate (ampliando, ad esempio, l'ambito applicativo dell'attenuante di cui all'art. 609 *bis* ultimo comma c.p.), o sia comunque indotto a decidere prematuramente la cessazione delle esigenze cautelari per revocare misure protrattesi per un lasso di tempo irragionevolmente lungo<sup>29</sup>, ma *last but not least* a contenere il nu-

<sup>27</sup> In questo stesso senso cfr. ord. 21 aprile 2009 del Tribunale del riesame di Milano, est. T.E. Epidendio e l'ancor più recente ord. 12 maggio 2009 del Tribunale del riesame di Torino, est. L.L. Ferrero, entrambe non pubblicate. La prima fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella ed analizza altresì in modo approfondito i rapporti con l'art. 5 CEDU; la seconda, oltre a tale ultimo profilo, esclude l'applicabilità dell'art. 299, comma 1, c.p.p. in caso di riforma normativa *in peius*.

<sup>28</sup> Cfr., in ordine di importanza: Cass., Sez. un., sent. 27 marzo 1992 Cc. (dep. 18 aprile 1992), n. 8, imp. Di Marco; Id., Sez. VI, sent. 26 marzo 1992 Cc. (dep. 11 luglio 1992), n. 1013, imp. Zollino; Id., Sez. VI, sent. 5 maggio 1992 Cc. (dep. 11 luglio 1992), n. 1505, imp. Pecoraro ed altri; Id., Sez. VI, sent. 26 maggio 1992 Cc. (dep. 11 luglio 1992), n. 1860, imp. D'Errico; Id., Sez. I, sent. 12 gennaio 1994 Cc. (dep. 17 febbraio 1994), n. 127, imp. Montani; Id., Sez. I, sent. 8 febbraio 1995 Cc. (dep. 22 aprile 1995), n. 760, imp. Caporosso.

<sup>29</sup> Un chiaro esempio della citata difficoltà applicativa si ricava dalla lettura della motivazione di Corte cost., ord. n. 133/09 cit.. Le tre ordinanze dell'11 luglio 2006

mero delle condanne pronunciate dalla Corte di Strasburgo nei confronti del nostro Paese.

– rispettivamente iscritte ai nn. 174, 175 e 176 del registro ordinanze 2007 e pubblicate nella G. U., prima serie speciale, 4 luglio 2007 n. 14 – con le quali il Tribunale di Napoli, sezione per il riesame, ha sollevato altrettante questioni di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 13, comma 2, e 27, comma 1, Cost., dell’art. 275, comma 3, c.p.p. nella parte in cui – secondo l’interpretazione in assunto offertane dalla Corte di cassazione, vincolante per il rimettente in quanto giudice del rinvio – prevede che la presunzione della sussistenza delle esigenze cautelari e della possibilità di salvaguardarle esclusivamente con la custodia cautelare in carcere, operante in presenza di gravi indizi di colpevolezza per il delitto di associazione di stampo mafioso, possa venire meno soltanto con la prova dell’avvenuto scioglimento dell’associazione, ovvero dell’avvenuto recesso dalla stessa dell’indagato. In ciascun procedimento il tribunale del riesame partenopeo, in sede di appello avverso un’ordinanza del Giudice per le indagini preliminari, aveva revocato la misura cautelare della custodia in carcere applicata a tre diversi soggetti indagati per il delitto di cui all’art. 416 *bis* c.p. aderendo all’indirizzo giurisprudenziale secondo cui, ai fini del superamento della presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari posta dall’art. 275, comma 3, c.p.p., non è necessaria la dimostrazione di una vera e propria rescissione del vincolo associativo e, di conseguenza, aveva valorizzato elementi quali il “decorso del tempo”, il “ruolo marginale”, la “quasi incensuratezza” o “il buon comportamento processuale” degli’interessati, nonché l’avvenuto sequestro preventivo di tutte le aziende di cui si servivano i coindagati, che avrebbe impedito la reiterazione della condotta criminosa. In accoglimento del ricorso del pubblico ministero, la Corte di Cassazione aveva annullato con rinvio i provvedimenti di revoca, enunciando – secondo il rimettente – il principio di diritto in forza del quale, affinché venga meno la presunzione in discorso, è necessaria l’acquisizione di «*elementi concreti, atti a far presumere un avvenuto scioglimento del clan camorristico, oppure un avvenuto recesso dallo stesso dell’attuale indagato*» o, ancora, «*la dimostrazione che l’associato ha rescisso i suoi vincoli con l’associazione criminosa, ovvero che sia positivamente accertata la impossibilità per l’indagato di svolgere ancora, in concreto, una attività conforme al proprio ruolo all’interno della organizzazione mafiosa*». Il tribunale, nuovamente investito della decisione a seguito del rinvio, ha sollevato la questione ritenendo che la rigida interpretazione fornita dalla Cassazione avrebbe finito col privarlo del potere-dovere di accertare la sussistenza o meno delle esigenze cautelari. Come già accennato nella nota n. 18 la Corte cost. ha dichiarato inammissibili tutte le questioni di legittimità.



# *Giudicato penale ed esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*

di Barbara Lavarini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dichiarazione di ineseguibilità *ex art.* 670 c.p.p. del giudicato formatosi a seguito di processo «ingiusto». – 3. I rimedi revocatori del giudicato: *a)* profili generali. – 4. *b)* Il ricorso straordinario per cassazione. – 5. *c)* La revisione – 6. *d)* La dichiarazione di inesistenza della sentenza «ingiusta». – 7. Considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

Ormai da qualche tempo le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, di condanna di uno Stato membro per avere violato, in danno del ricorrente, le garanzie del «giusto processo penale» *ex art.* 6 CEDU, non si limitano a prescrivere in favore dell'interessato una riparazione pecuniaria, ma contengono – in motivazione, se non nel dispositivo – altresì l'invito a ripristinare nei confronti di costui lo *status* anteriore alla violazione<sup>1</sup>, vuoi attraverso la rimozione degli effetti pregiudizievoli del giudicato seguente al processo ingiusto, vuoi attraverso la riapertura del medesimo processo, onde consentirne lo svolgimento nel rispetto dei principi convenzionali<sup>2</sup>. Talora, anzi, la

<sup>1</sup> Ciò in piena conformità, del resto, all'art. 41 CEDU, che individua proprio nella *restitutio in integrum* l'effetto primario dell'accertamento di una violazione convenzionale, riservando l'equa soddisfazione pecuniaria a quei soli casi in cui «il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione». Cfr. M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in AA.Vv., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kistoris, Torino, 2008, pp. 58-59, la quale, proprio richiamando il tenore letterale dell'art. 41 CEDU, sottolinea come «la prassi che ha caratterizzato molti decenni di giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in base alla quale le vittime della violazione dei diritti protetti dalla Convenzione sono state risarcite esclusivamente con l'equa soddisfazione economica non è certamente conforme allo spirito della Convenzione» medesima.

<sup>2</sup> Cfr., limitatamente al contenzioso riguardante l'Italia, Corte eur. dir. uomo, sez. II, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, in <http://www.echr.coe.int>.; Id., sez. III, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, *ivi*; Id., sez. I, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia, *ivi*.

*restitutio in integrum* è l'unica modalità di riparazione, a norma dell'art. 41 CEDU, individuata dalla Corte europea<sup>3</sup>.

Tale circostanza, unitamente al fatto che è divenuto più cogente, per gli Stati membri, l'impegno ad uniformarsi, ex art. 46 par. 1 CEDU, alle sentenze definitive della Corte – sull'esecuzione delle quali veglia, a livello sovranazionale il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (art. 46 par. 2 CEDU), a livello nazionale il Governo su impulso del Presidente del Consiglio (l. 9 gennaio 2006 n. 12) – ha reso improcrastinabile l'individuazione nel diritto interno di strumenti adatti a tale fine<sup>4</sup>. Ciò con l'ulteriore precisazione che deve trattarsi di istituti idonei alla revoca del giudicato e alla sospensione della relativa esecuzione, giacché la Corte europea può essere adita solo previo esaurimento di tutte le vie di ricorso interne (art. 35 CEDU), sì che le sue sentenze sono di regola successive alla formazione del giudicato stesso<sup>5</sup>.

Nell'assenza di uno strumento *ad hoc* e nella perdurante inerzia del legislatore ad apprestarlo – se si eccettua lo specifico ambito del processo *in absentia*, in relazione al quale le ripetute condanne in sede europea hanno alla fine condotto ad una modifica della disciplina della restituzione nei termini per impugnare (art. 175 comma 2 c.p.p. come modificato dal d.l. 21 febbraio 2005 n. 17 conv. in l. 22 aprile 2005 n. 60) –, giurisprudenza e dottrina continuano ad inter-

<sup>3</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in <http://www.echr.coe.int>, nonché in *Cass. pen.*, 2008, p. 1646.

<sup>4</sup> Cfr. già la Raccomandazione n. R (2000) 2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli stati membri, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 391, con cui esplicitamente si invitano le Parti contraenti a «garantire che esistano a livello nazionale delle adeguate possibilità per realizzare, in quanto possibile, la *restitutio in integrum*», ed in particolare il «riesame di un caso», anche attraverso «la riapertura del procedimento» allorché: a) «la parte offesa continua a subire conseguenze molto serie a causa dell'esito della decisione interna...che non possono essere riparate dall'equa soddisfazione...»; b) «la sentenza della Corte europea induce alla conclusione che...la violazione riscontrata è costituita da *errores in procedendo* o da altre mancanze di tale gravità da far sorgere seri dubbi sull'esito del procedimento nazionale considerato».

<sup>5</sup> Quest'ultimo profilo è particolarmente sottolineato da Cass., sez. I, 12 luglio 2006, ric. Somogyi, in *Giur. it.*, 2007, p. 1227, col dire che alla luce dell'art. 35 par. 1 CEDU, che condiziona la ricevibilità dei ricorsi alla Corte europea al previo esaurimento delle vie di ricorso interne, «qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 CEDU posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente e quindi istituzionalmente a collidere con un giudicato nazionale». V. anche Trib. Roma, 25 settembre 2006, Bracci, in *Cass. pen.*, 2007, p. 272. In dottrina, M. D'ORAZI, *Revisione della condanna penale e violazione dell'art. 6 CEDU*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1264; E. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo per il giudice interno e la svolta recente della cassazione civile e penale*, *ivi*, 2007, pp. 2252-2253.

rogarsi sull'utilizzabilità ai fini in esame di istituti interni nati per altro scopo: si è giunti ad una risposta relativamente stabile sotto il profilo, più urgente, della cessazione dell'esecuzione, mentre non si sono conseguiti esiti soddisfacenti quanto all'individuazione di modalità di riapertura del procedimento.

## 2. *La dichiarazione di ineseguibilità ex art. 670 c.p.p. del giudicato interno formatosi a seguito di processo «ingiusto»*

Quanto al problema, più immediato, della cessazione degli effetti esecutivi del giudicato interno di condanna, una soluzione è stata rinvenuta dalla giurisprudenza nell'art. 670 c.p.p.

La Cassazione – per la prima volta nell'ambito del complesso «caso Dorigo»<sup>6</sup> –, ha infatti stabilito che il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., «l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo»<sup>7</sup> ex art. 6 CEDU – nel caso di specie, si trattava della violazione del diritto dell'accusato ad interrogare o fare interrogare i testimoni a carico – e abbia «riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo»<sup>8</sup>. Più nel dettaglio la Corte, premesse considera-

<sup>6</sup> Per una ricostruzione cfr., *ex plurimis*, L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1448.

<sup>7</sup> Nella specie, non si trattava, invero, di una decisione della Corte europea, bensì di un rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo (in data 9 settembre 1998), che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, preso atto del mancato deferimento della controversia alla Corte europea, aveva pubblicato, così attribuendogli efficacia obbligatoria ex art. 32 del testo originario della CEDU. L'equivoco in cui la Cassazione è incorsa, sotto questo profilo, nella sentenza Dorigo è stato da più parti rilevato in dottrina: *ex plurimis* M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1522; D. MANZIONE, *«Caso Dorigo» e dintorni: una "blessing in disguise" della Corte suprema (e non solo)? A proposito di "processo equo" e ineseguibilità del giudicato*, in *Legisl. pen.*, 2007, p. 261 ss.; G. UBERTIS, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Corr. merito*, 2007, p. 596.

<sup>8</sup> Cass., sez. I, 1° dicembre 2006, ric. Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441; v. anche Trib. Roma, 25 settembre 2006, Bracci, cit. Un primo tentativo, di risolvere la questione dell'esecuzione delle sentenze interne confliggenti col giudicato europeo alla luce dell'art. 670 c.p.p., poteva in realtà evincersi già da Cass., sez. I, 22 settembre 2005, ric. Cat Berro, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3171, che aveva annullato con

zioni generali sulla natura sovraordinata delle norme convenzionali e sull'obbligo degli Stati membri di dare esecuzione alle decisioni della Corte europea che ravvisino la violazione di tali norme, ha osservato che dal sistema convenzionale emerge «una stretta ed essenziale correlazione» tra l'art. 6 CEDU – che delinea i principi del «giusto processo» –, e l'art. 5 par. 1 lett. a) CEDU, secondo cui «nessuno può essere privato della libertà...[se non sia] detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente», conseguentemente che non può ritenersi «regolare» la detenzione che trovi titolo nella condanna emessa all'esito di un processo «ingiusto». Dunque, chi versi in un siffatto stato detentivo ha diritto, ex art. 5 par. 4 CEDU, di presentare un ricorso al giudice nazionale perché accerti l'illegittimità del medesimo stato, e conseguentemente, secondo la legge italiana, di adire il giudice dell'esecuzione perché dichiari, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato.

Non osta a tale conclusione il fatto che nell'ordinamento interno manchi un mezzo per rinnovare il giudizio secondo le regole di cui la Corte europea ha ravvisato la violazione: diversamente, il protrarsi dello *status detentionis* del soggetto, il cui diritto al «giusto processo» sia stato indebitamente leso, trarrebbe paradossalmente titolo «dal conclamato inadempimento», da parte dello Stato italiano, «degli obblighi sanciti dalla Convenzione, vincolanti anche nell'ordinamento interno», soluzione, quest'ultima, «assolutamente inaccettabile» alla luce dei principi «di legalità, di coerenza e di razionalità», dai quali l'ordinamento stesso è permeato.

Pur condividendo i fini che hanno mosso la Cassazione, parte della dottrina ha manifestato perplessità sul ricorso all'art. 670 c.p.p., sot-

rinvio un'ordinanza della Corte d'assise d'appello di Milano, in qualità di giudice dell'esecuzione, dichiarativa dell'inammissibilità, a norma dell'art. 666 comma 2 c.p.p., dell'istanza ex art. 670 c.p.p. presentata dal condannato onde ottenere, in forza di una sentenza di condanna della Corte europea per violazione del diritto dell'accusato a difendersi personalmente, la revoca o la dichiarazione di ineseguibilità dell'ordine di esecuzione seguente a sentenza di condanna contumaciale. La Cassazione aveva ritenuto che l'inammissibilità dell'incidente di esecuzione non fosse dichiarabile *de plano*, giacché questo, lungi dall'apparire *ictu oculi* infondato, coinvolgeva una tematica «molto dibattuta nella giurisprudenza comunitaria relativa a casi analoghi», dovendosi in particolare valutare la legittimità del titolo, alla base dell'esecuzione, alla luce dell'art. 5 par. 1 lett. a) CEDU. Il giudice di rinvio, peraltro, anche in ragione dell'eccessiva «timidezza» delle indicazioni fornite della Cassazione, aveva negato che l'art. 670 c.p.p., seppure letto alla luce dell'art. 5 par. 1 lett. a) CEDU, consentisse di dichiarare ineseguibile il giudicato interno in assenza di un istituto idoneo a consentire, contestualmente, la riapertura del procedimento ritenuto iniquo dalla Corte europea (cfr. Ass. app. Milano, sez. I, 30 gennaio 2006, Cat. Berro, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3172).



tolineando come, in forza del principio di intangibilità del giudicato, la disposizione non consenta al giudice, chiamato a sindacare la legittimità del titolo esecutivo, di rilevare a tale fine invalidità (diverse dall'inesistenza) verificatesi nel processo di cognizione<sup>9</sup>, e dunque nemmeno la violazione delle regole del «giusto processo», per quanto «certificata» dalla Corte europea<sup>10</sup>.

L'obiezione appare però superabile ove si attribuisca al controllo sull'«esecutività» del titolo, che l'art. 670 c.p.p. demanda al giudice dell'esecuzione, la medesima estensione che la giurisprudenza sovranazionale attribuisce alla verifica della «regolarità» della detenzione conseguente a «condanna da parte di un tribunale competente» ex art. 5 par. 1 lett. a) CEDU.

Invero la Corte europea dei diritti dell'uomo, non diversamente dal giudice italiano, di regola esclude che la predetta detenzione possa ritenersi «irregolare» ex art. 5 par. 1 lett. a) – e possa quindi essere dichiarata illegittima ex art. 5 par. 4 CEDU – in conseguenza di violazioni dell'art. 6 CEDU incorse nel processo di cognizione. La stessa Corte ha però ravvisato un'eccezione a questa regola nel caso in cui le violazioni *de quibus* siano state così gravi da comportare un «flagrante diniego di giustizia»<sup>11</sup>. Traducendo tali indicazioni nel diritto interno – in conformità alla giurisprudenza costituzionale che, in applicazione dell'art. 117 comma 1 Cost., riconosce alla normativa convenzionale, nell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza europea, natura sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, ancorché su-

<sup>9</sup> V. ad esempio Cass., sez. I, 10 giugno 2004, ric. Condemi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 720; Id., sez. I, 15 giugno 1998, ric. Maestroni, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2565; Id., sez. VI, 4 marzo 1998, ric. Rosi, in *Riv. pen.*, 1998, p. 805; Id., sez. I, 25 maggio 1995, ric. Hulsmann, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, p. 133.

<sup>10</sup> Cfr. S. CARNEVALE, *L'inidoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1237; L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato penale*, cit., p. 1452; S. LONATI, *Il «caso Dorigo»: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1547.

<sup>11</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. I, 24 giugno 2005, Stoichkov c. Bulgaria, § 51, in <http://www.echr.coe.int>: «It is the Convention organs' case law that the requirement of Article 5 § 1 (a) that a person be lawfully detained after "conviction by a competent court" does not imply that the Court has to subject the proceedings leading to that conviction to a comprehensive scrutiny and verify whether they have fully complied with all the requirements of article 6 of the Convention (...). However, the Court has also held that if a "conviction" is the result of proceedings which were a "flagrant denial of justice", i.e. were "manifestly contrary to the provisions of article 6 or the principles embodied therein", the resulting deprivation of liberty would not be justified under Article 5 § 1 (a)...».

bordinata alla Costituzione<sup>12</sup> – ci sembra possa sostenersi che, seppure il giudice dell'esecuzione, investito del controllo sul titolo esecutivo, di regola non può estendere il suo sindacato al processo di cognizione, ciò non vale allorché in questo processo si sia incorsi in violazioni dell'art. 6 CEDU così macroscopiche da rilevarsi *ictu oculi*: certamente risponde a tali caratteristiche una violazione che sia addirittura «certificata» da una sentenza definitiva di condanna dell'Italia ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>13</sup>.

Ed è ancora la giurisprudenza sovranazionale ad affermare che la cessazione dell'esecuzione di una pena, inflitta all'esito di un processo ingiusto, può essere disposta a prescindere dalla possibilità, secondo le regole del diritto interno, di riaprire il processo medesimo<sup>14</sup>.

Ad ulteriore conferma di questa soluzione può richiamarsi un dato sistematico, che la stessa Cassazione, del resto, non manca di sottolineare. Ci riferiamo all'art. 18 lett. g) della l. 22 aprile 2005 n. 69, che individua quale condizione ostativa alla consegna di persona atinta da un mandato d'arresto europeo la circostanza che emerga «dagli atti...che la sentenza irrevocabile, oggetto del mandato d'arresto europeo, non sia la conseguenza di un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...». Sarebbe invero assurdo che a fronte di una mede-

<sup>12</sup> Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475; Id. 24 ottobre 2007, n. 349, *ivi*, p. 3535, nonché recentemente, con alcune importanti precisazioni, Id. 4 dicembre 2009, n. 317, in <http://www.giurcost.org>. In merito ai problemi, che il riconoscimento alla giurisprudenza sovranazionale di un ruolo para-legislativo suscita in considerazione della peculiarità della giurisdizione della Corte europea – strettamente ancorata alle specificità del caso concreto sottopostole –, cfr. in dottrina, con varie sfumature, P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assetamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, n. 3, pp. 28-29; R. GAMBINI, *Armonizzazione dei diritti nazionali nel segno della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1170; R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in AA.Vv., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, cit., p. 7. V. altresì D. NEGRI, *I confini della legalità processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1229 ss., il quale sembra avanzare il dubbio che un eccessivo «peso» della giurisprudenza europea quale fonte del diritto interno possa confliggere con il principio di riserva di legge in materia processuale enunciato dall'art. 111 comma 1 Cost.

<sup>13</sup> In questa prospettiva, anzi, negando al giudice dell'esecuzione di dichiarare insequibile il giudicato di condanna si darebbe consapevolmente luogo ad una nuova violazione della CEDU – questa volta con riguardo all'art. 5 lett. a) –, suscettibile di giustificare un nuovo ricorso del condannato alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed una nuova condanna dell'Italia ad opera di tale organo: cfr. Trib. Roma, 25 settembre 2006, Bracci, cit., nonché, in dottrina, S. LONATI, *Il «caso Dorigo»*, cit., pp. 1550-1551.

<sup>14</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. I, 24 giugno 2005, Stoichkov c. Bulgaria, cit.

sima violazione dei principi del giusto processo ex art. 6 CEDU si potesse rifiutare l'esecuzione della sentenza di uno Stato estero e si dovesse invece eseguire una sentenza italiana.

### 3. I rimedi revocatori del giudicato: a) profili generali

La possibilità di dichiarare inesequibile ex art. 670 c.p.p. il giudicato interno di condanna formatosi all'esito di un processo «ingiusto» attenua, ma non risolve, il problema che qui ci occupa: invero, come la più attenta dottrina osserva, allorché la sentenza europea, riscontrata una violazione dell'art. 6 CEDU, abbia prescritto in favore del ricorrente la *restitutio in integrum*, questa non può considerarsi esaurita nella cessazione dell'esecuzione, ma postula la riapertura del procedimento<sup>15</sup>, ad evitare, fra l'altro, «la paradossale situazione di un giudicato penale non più eseguibile ma non ancora rinnovabile» e conseguentemente «collocato..., a tempo indeterminato, in una sorta di *limbo* processuale»<sup>16</sup>.

Di qui la necessità di verificare con quali modalità possa arriversi alla revoca del giudicato, che della riapertura del procedimento rappresenta l'indefettibile presupposto.

In una prospettiva tanto *de iure condito*, quanto *de iure condendo*, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, così come le proposte legislative, si sono per lo più incentrati sugli istituti della revisione e del ricorso straordinario per cassazione. Mentre del primo rimedio non si è allo stato ravvisato alcun margine applicativo in via meramente interpretativa, né la Corte costituzionale ha ritenuto di poterne estendere l'ambito attraverso una sentenza additiva, il secondo ha recentemente trovato concreto, per quanto discutibile, riscontro giurisprudenziale. Donde l'opportunità di trattarne preliminarmente.

### 4. b) Il ricorso straordinario per cassazione

In esecuzione dell'invito della Corte europea a riaprire il proce-

<sup>15</sup> Cfr. in particolare G. UBERTIS, *Corte europea dei diritti dell'uomo e processo equo: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 43-44; Id., *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, cit., p. 598. V. anche E. SELVAGGI, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato nazionale: conflitto non risolvibile?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3188.

<sup>16</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Vent'anni dopo l'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 193.

dimento nei confronti di un imputato, il cui diritto a conoscere tempestivamente la natura e i motivi dell'accusa, e a disporre del tempo necessario a preparare la difesa (art. 6 par. 3, lett. *a*) e *b*) CEDU), era stato compromesso perché la Cassazione, con sentenza di rigetto, aveva *ex officio* attribuito al fatto una qualificazione giuridica più grave di quella risultante dall'imputazione – e tale da impedire la prescrizione del reato –<sup>17</sup>, la stessa Cassazione ha ritenuto applicabile l'istituto di cui all'art. 625 *bis* c.p.p.<sup>18</sup>.

Invero quest'ultima disposizione, seppure funzionale a «colmare vuoti di tutela definiti e tassativi» – l'errore materiale o di fatto incorso nel giudizio di cassazione –, può essere applicata «per analogia», sfuggendo ai «divieti posti dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale» in particolare perché «non si caratterizza per eccezionalità rispetto al sistema processuale», nel quale è piuttosto venuta a «colmare un vuoto normativo dovuto all'inadeguatezza della precedente disciplina a tutelare anomalie e violazioni riconducibili al diritto di difesa, pur configurabili con ordinarietà nel giudizio di legittimità».

In questa prospettiva, l'utilizzo del ricorso *ex art. 625 bis* c.p.p.

<sup>17</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, cit., secondo cui, premesso che l'art. 6 par. 3 lett. *a*) CEDU, nel riconoscere all'accusato il diritto di essere informato del tenore e dei motivi dell'accusa «non si riferisce solo ai fatti materiali, ma anche (e in dettaglio) alla qualificazione giuridica» di questi, il *nomen iuris* del fatto addebitato all'imputato non può essere modificato senza che costui abbia tempo e modo di svolgere le sue difese in proposito: nel caso di specie, appunto, l'imputato non aveva potuto difendersi, giacché alla riqualificazione del fatto, peraltro in termini più gravi – da corruzione semplice a corruzione in atti giudiziari –, la Cassazione aveva provveduto *ex officio*, con la sentenza di rigetto del ricorso. A fronte di siffatta violazione convenzionale la riapertura del procedimento, secondo la Corte europea, rappresenta «un rimedio in linea di principio appropriato».

<sup>18</sup> Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, ric. Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457. È singolare, per non dire decisamente irrituale, l'*iter* che ha condotto la Cassazione alla decisione *de qua*: a seguito della pronuncia della Corte europea richiamata *sub* nota n. 17, il Drassich si è rivolto alla Corte d'appello di Venezia, in qualità di giudice dell'esecuzione, per ottenere la declaratoria di inesigibilità *ex art. 670* c.p.p. della condanna a suo carico; la Corte d'appello, peraltro, non si è limitata a tale declaratoria, ma ha investito *ex officio* la Cassazione del ricorso originariamente proposto dal Drassich avverso la sentenza di merito, il cui rigetto, previa modifica *ex officio* della qualificazione giuridica del fatto, era stato stigmatizzato in sede europea; dopodiché la Cassazione, adita nel frattempo anche dal Drassich, ricorrente avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha ritenuto il giudizio davanti a sé alla stregua di ricorso straordinario, ed in parziale accoglimento di questo ha revocato la sentenza di rigetto, dell'impugnazione a suo tempo proposta dal Drassich, limitatamente alla riqualificazione del reato di corruzione originariamente contestato in corruzione in atti giudiziari, disponendo, entro tali limiti, una nuova trattazione del gravame.

per riaprire il processo in esecuzione della succitata sentenza europea sarebbe giustificato dall'identità di *ratio* fra detto ricorso e il rimedio genericamente sollecitato dalla sentenza stessa, l'uno e l'altro funzionali a porre riparo «oltre che a veri e propri errori di fatto, a violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del giudizio di legittimità», le quali – come quella riscontrata dalla giurisprudenza sovranazionale nel caso di specie – abbiano reso «invalida per iniquità la sentenza della Corte di cassazione».

L'apertura giurisprudenziale in esame è stata accolta positivamente da una parte della dottrina, la quale vi ha riconosciuto un nuovo passo avanti su quella strada del «coraggio» e della «fantasia» interpretativi<sup>19</sup> già intrapresa dalla sentenza Dorigo<sup>20</sup>. Taluno ha addirittura caldeggiato ulteriori sviluppi dell'applicazione analogica dell'art. 625 *bis* c.p.p., ipotizzando che il ricorso straordinario possa venire esperito anche nel caso in cui una violazione convenzionale, riscontrata dalla Corte europea, non si sia verificata nel giudizio di cassazione – sì che si renda necessaria la riapertura solo di quest'ultimo –, ma in una fase o grado di merito: ciò sul presupposto che la Cassazione, che non rilevasse una siffatta violazione pur regolarmente dedotta in sede di ricorso «ordinario», terrebbe a sua volta un comportamento censurabile ai sensi della Convenzione europea, dal quale potrebbe scaturire, in caso di successiva condanna sovranazionale, l'esigenza di riaprire *in primis* il giudizio di legittimità, poi, eventualmente, quello di merito<sup>21</sup>.

A noi pare, invece, che gli entusiasmi suscitati dalla sentenza Drasich siano fuori luogo. Come la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare, non si capisce, infatti, come un'applicazione analogica del ricorso *ex art. 625 bis* c.p.p. possa prospettarsi quando tanto l'istituto in sé – quale mezzo di gravame, per di più straordinario e conseguentemente eccezionale –, quanto i relativi presupposti – l'errore materiale e quello di fatto incorsi nel giudizio di cassazione – sono soggetti al principio di tassatività delle impugnazioni e dunque ontologicamente incompatibili con qualsivoglia forma di *analogia le-*

<sup>19</sup> Cfr. E. SELVAGGI, *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, in *Guida dir.*, 2005, n. 43, p. 87; v. anche A. GIARDA, *Italia e giurisprudenza europea: «Io speriamo che me la cavo»*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 6.

<sup>20</sup> M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1465 ss.; L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, *ivi*, p. 1474 ss.

<sup>21</sup> L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, *cit.*, p. 1479.

gis, sia pure «nobilmente» motivata dall'esigenza di salvaguardare il diritto di difesa dell'imputato<sup>22</sup>.

Né si può pensare di estendere la classe degli «errori di fatto» ex art. 625 *bis* c.p.p. fino a ricomprendervi l'erronea interpretazione delle norme processuali (e quindi, nel caso di specie, la «lettura» del principio *iura novit curia* in termini tali da consentire, in contrasto con l'art. 6 par. 3 CEDU, la riqualificazione del fatto senza che sul nuovo *nomen iuris* l'imputato sia messo in grado di contraddire). Una simile operazione – la cui praticabilità, del resto, la Cassazione ha negato in più occasioni<sup>23</sup> – trasformerebbe infatti il ricorso straordinario in una sorta di «quarto grado» di giudizio, che non avrebbe più nulla di eccezionale<sup>24</sup>.

Ciò non significa che, a fronte di una condanna europea per violazioni convenzionali perpetratesi nel giudizio di cassazione, il ricorso straordinario non possa rappresentare un valido rimedio: per consentirne l'esperimento occorrerebbe, però, un intervento legislativo che ne estenda esplicitamente i confini.

Nemmeno in una prospettiva *de iure condendo* il ricorso *de quo* appare invece utilizzabile per riparare a quelle violazioni convenzionali – motivo di condanna ad opera della Corte europea – che siano incorse nel giudizio di merito: considerati i limiti cognitivi della Cassazione – in virtù dei quali questa, una volta preso atto della decisione sovranazionale, dovrebbe di regola rinviare il processo alla fase o grado di merito in cui la violazione convenzionale si è realizzata – un siffatto strumento sarebbe infatti antieconomico. È del resto significativo che la giurisprudenza di legittimità sopra menzionata abbia avuto cura di precisare che in tanto l'art. 625 *bis* c.p.p. poteva offrire uno strumento idoneo a riaprire il procedimento secondo le sollecitazioni della Corte europea, in quanto la vicenda concreta all'e-

<sup>22</sup> Cfr. F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 784-785; v. anche M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1514 ss., nonché, in termini più sfumati, V. SCARABBA, *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 537.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., sez. un., 27 marzo 2002, ric. De Lorenzo, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2616; Id., sez. III, 26 gennaio 2005, ric. Mangone, in *Guida dir.*, 2005, n. 12, p. 92; Id., sez. III, 4 luglio 2003, ric. Corigliano, *ivi*, 2004, n. 1, p. 85. V. altresì Id., sez. II, 24 settembre 2003, ric. Romano, in *Cass. pen.*, 2005, p. 485, che ha ritenuto manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione all'art. 24 comma 2 Cost., dell'art. 625 *bis* c.p.p. laddove non prevede la deducibilità con ricorso straordinario degli errori di diritto in cui sia incorsa la Cassazione.

<sup>24</sup> Cfr. M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale*, cit., p. 1515.

same della Cassazione «si caratterizza per l'assoluta diversità rispetto a quelle per le quali l'attuazione del *dictum* della Corte europea pone in discussione il giudizio di merito», a fronte delle quali, evidentemente, il ricorso straordinario non può rappresentare un valido rimedio.

##### 5. c) *la revisione*

Come si è sopra accennato, escluso pressoché unanimemente che l'istituto della revisione, nell'attuale configurazione, possa venire esteso in via interpretativa al giudicato di condanna formatosi all'esito di un processo riconosciuto ingiusto dalla Corte europea<sup>25</sup>, si è sollecitata una siffatta estensione ad opera della Corte costituzionale, la quale – ancora una volta nell'ambito della vicenda Dorigo – è stata investita della questione di legittimità, per violazione degli artt. 3, 10 e 27 comma 3 Cost., dell'art. 630 lett. a) c.p.p. «nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo»<sup>26</sup>.

La Corte, pur cogliendo l'occasione per rivolgere al legislatore «un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU», ha dichiarato la questione infondata, con decisione che, alla luce tanto della disposizione sottoposta allo scrutinio di costituzionalità – l'art. 630 lett. a) c.p.p., secondo cui la revisione può essere richiesta «quando i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale» –, quanto dei parametri costituzionali invocati dal rimettente, appare, invero, assolutamente condivisibile.

Nel dettaglio, la Corte costituzionale ha in primo luogo negato la fondatezza del «postulato...di omologabilità» – alla base della censura formulata dal rimettente in relazione all'art. 3 Cost. – fra i casi disciplinati dall'art. 630 lett. a) c.p.p. e l'ipotesi in cui, dopo la for-

<sup>25</sup> Cfr. App. Bologna, 13 marzo 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2959; in dottrina, ex plurimis, D. NEGRI, *I confini della legalità processuale*, cit., p. 1233.

<sup>26</sup> App. Bologna, 13 marzo 2006, Dorigo, cit.



mazione del giudicato interno di condanna, la Corte europea abbia ravvisato profili di iniquità del processo che ha condotto a quel giudicato. L'omologabilità in questione era stata ravvisata sul presupposto che per «fatti», ai fini dell'applicazione dell'art. 630 lett. a), potessero intendersi non solo le «circostanze storiche» della vicenda oggetto del procedimento, ma pure «l'accertamento dell'invalidità di una prova del precedente giudizio», siccome «fatto» da cui dipende l'applicazione di norme processuali *ex art. 187 comma 2 c.p.p.*: di qui l'irragionevolezza del non consentire la revisione quando il giudicato di condanna risulti fondato su prove delle quali il giudice sovranaZIONALE – assimilabile secondo il rimettente ad un giudice speciale – abbia accertato l'iniquità alla luce dell'art. 6 CEDU.

La Corte ha però giustamente obiettato che il «contrasto tra fatti» di cui all'art. 630 lett. a) non attiene alla «difforme valutazione di una determinata vicenda processuale in due diverse sedi della giurisdizione penale» – a prescindere dalla considerazione che la Corte europea dei diritti dell'uomo non rientra fra tali sedi – bensì «all'inconciliabile alternativa ricostruttiva che un determinato accadimento della vita» – cioè un fatto nella sua dimensione storico-naturalistica – «può avere ricevuto all'esito di due giudizi penali irrevocabili». Diversamente la revisione, da impugnazione straordinaria, «si trasformerebbe in un improprio strumento di controllo (e di eventuale rescissione) della correttezza, formale e sostanziale, di giudizi ormai irrevocabilmente conclusi». In definitiva, la revisione non serve per rimuovere «la erronea (in ipotesi) valutazione alla base del giudicato», ma si limita a consentire «un nuovo scrutinio della base fattuale su cui questo [*giudicato*] si fonda a fronte dell'emersione di un fatto nuovo (tipizzato nelle varie ipotesi scandite dall'art. 630)»<sup>27</sup>.

Né l'obiettivo perseguito dal rimettente – l'estensione della revisione al conflitto tra il giudicato italiano e quello della Corte europea – può essere raggiunto invocando il contrasto dell'art. 630 lett. a) c.p.p. con l'art. 10 Cost., nella parte in cui obbliga lo Stato a conformarsi alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e fra queste alla norma consuetudinaria – peraltro «riprodotta» nell'art. 6 CEDU – che sancisce la presunzione di innocenza, sul presupposto che tale presunzione postuli, fra l'altro, il «diritto alla revisione di una condanna pronunciata in violazione delle garanzie dell'equo processo».

Invero – ed è appena il caso di ricordarlo – revisione e presun-

<sup>27</sup> Nei medesimi termini, in dottrina, S. CARNEVALE, *L'inidoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza*, cit., p. 1235; M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «ini-quo»*, cit., p. 1524.

zione di innocenza non hanno nulla a che fare tra loro, posto che la prima presuppone il giudicato, mentre la seconda opera in quanto questo non si sia perfezionato.

Da ultimo, nessun contrasto può ravvisarsi tra l'art. 630 lett. a) c.p.p., laddove esclude il «giudicato europeo» dalle situazioni suscettibili di condurre alla revisione di quello interno, e la funzione rieducativa riconosciuta in Costituzione alla pena, la quale funzione, nella prospettiva del rimettente, «presuppone istanze etiche» inconciliabili «con regole processuali inique». Anche a tralasciare che, se si attribuisse «alle regole del giusto processo una funzione strumentale alla rieducazione, si assisterebbe ad una paradossale eterogenesi dei fini, che vanificherebbe – questa sì – la presunzione di non colpevolezza», accedendo alla tesi del rimettente si dovrebbe ritenere costituzionalmente imposta la revisione della condanna «a fronte di qualsiasi invalidità in rito che abbia contaminato l'equità» del processo, in aperto contrasto con la funzione costituzionale del giudicato.

Si è osservato, in dottrina, che la sentenza in oggetto, pur giustamente reiettiva della questione di costituzionalità nei termini prospettati dall'ordinanza di rimessione, lascerebbe aperta la strada ad una soluzione diversa per il caso in cui una questione di legittimità costituzionale della revisione, in quanto non estensibile al conflitto fra il giudicato interno di condanna e quello «europeo», fosse riproposta alla luce dell'art. 117 comma 1 Cost., nella parte in cui, secondo la nota interpretazione della medesima Corte costituzionale<sup>28</sup>, impone al legislatore italiano ordinario di rispettare, alla stregua di norme interposte, le disposizioni sovranazionali e fra queste, *in primis*, quelle della CEDU<sup>29</sup>.

In effetti, uno spunto in questo senso potrebbe trarsi dal passaggio motivazionale in cui si precisa che la questione risulta infondata «con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità che sono stati richiamati»<sup>30</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che una nuova questione, prospettata nei diversi termini ora evidenziati, troverebbe sicuro accoglimento<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, e Id. 24 ottobre 2007, n. 349, citt.

<sup>29</sup> M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»*, cit., p. 1524; V. SCJARABBA, *La «riapertura» del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo*, cit., p. 524; G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in AA.Vv., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, cit., p. 117.

<sup>30</sup> Cfr. anche V. SCJARABBA, *La «riapertura» del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo*, cit., p. 524.

<sup>31</sup> Analogamente G. MANTOVANI, *La sent. n. 129 del 2008 e la «riparazione» delle violazioni dell'art. 6 Cedu*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2687.

Non bisogna dimenticare che è l'impianto complessivo della revisione, non un suo singolo «caso» o profilo procedimentale, a mal prestarsi ad un intervento additivo, quale, a prescindere dal parametro costituzionale invocato, si vorrebbe sollecitare alla Corte.

Si consideri, in primo luogo, che l'art. 631 c.p.p. condiziona l'ammissibilità della richiesta di revisione a che gli elementi addotti a relativo fondamento siano «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli articoli 529, 530 o 531». Una tale condizione non è compatibile con la situazione che qui ci occupa, giacché le sentenze della Corte europea, che ravvisata una violazione del «giusto processo» prescrivano la riapertura di questo, prescindono da una prognosi sulle *chances* di proscioglimento dell'imputato all'esito del nuovo giudizio<sup>32</sup>. E quand'anche, come in materia probatoria, la condanna europea postuli il rilievo determinante, agli effetti della ritenuta responsabilità dell'imputato, della prova acquisita in violazione della CEDU<sup>33</sup>, l'ordine di riaprire il procedimento, che in ragione di quella prova è stato ritenuto ingiusto, non è di per sé funzionale a determinarne la conclusione con un proscioglimento: nei limiti del possibile, dovrebbe infatti riacquisirsi legittimamente la prova, che ben potrebbe rivestire la medesima valenza accusatoria.

Si aggiunga – è la stessa Corte costituzionale ad osservarlo – che

<sup>32</sup> Cfr. O. MAZZA, *L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna inseguibile per accertata violazione della CEDU*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2640: «la revisione...è un istituto eccentrico rispetto alla finalità che ci si prefigge di raggiungere, serve solo per rimediare all'errore giudiziario, mentre, nel caso in questione, non si può parlare di accusato condannato ingiustamente, ma di imputato processato ingiustamente». V. anche M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale*, cit., p. 1512, secondo cui «il modello legislativo della revisione tradizionale (fondata sull'ingiustizia sostanziale della *decisione*) non è confacente all'ipotesi di riapertura del processo a seguito di condanna da parte della Corte europea (fondata sull'accertata iniquità del *processo*), e dunque un intervento della Consulta che assimilasse le due ipotesi rischierebbe di determinare dei vuoti, delle incongruenze, alle quali dovrebbe poi rimediare il legislatore, che verrebbe chiamato in causa "a cose fatte", evenienza che finirebbe inevitabilmente per limitarne le scelte». In termini analoghi M. D'ORAZI, *Revisione della condanna penale e violazione dell'art. 6 CEDU*, cit., p. 1264; G. MANTOVANI, *La sent. n. 129 del 2008*, cit., pp. 2680-2681; A. SCALFATI, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Il processo penale fra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, p. 453 ss.

<sup>33</sup> Sul tema, con particolare riguardo alla testimonianza assunta in violazione del contraddittorio e alla testimonianza anonima, cfr., anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 78 ss.

il giudice della revisione resta libero di utilizzare il materiale probatorio acquisito anteriormente al giudicato (*arg. ex artt.* 630 lett. c) e 637 comma 3 c.p.p.), laddove l'adempimento del *dictum* europeo potrebbe imporre l'espunzione dal materiale cognitivo della prova precedentemente acquisita in modo iniquo.

Né l'ostacolo, frapposto ad una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. dall'incompatibilità dell'attuale disciplina della revisione rispetto al caso qui in esame, può essere superato rilevando che la normativa sovranazionale – nella specie l'art. 4 par. 2 Prot. n. 7 alla CEDU –, nell'ammettere la riapertura del procedimento, in deroga al *ne bis in idem*, se «dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale della procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso», accomuna i «vizi fondamentali della procedura» ai tradizionali casi di revisione, così lasciando intendere che gli uni e gli altri possano e debbano essere fronteggiati con quest'ultimo rimedio, al quale, fra l'altro, può riconoscersi «copertura» costituzionale *ex art.* 24 comma 4 Cost.<sup>34</sup> Premesso che la disposizione sovranazionale si limita ad individuare una serie di casi in cui il procedimento può essere riaperto *post rem iudicatam*, nulla dicendo circa l'unicità o pluralità di strumenti utilizzabili a tale scopo, quand'anche se ne volesse trarre un'indicazione vincolante ad ampliare *proprio i casi di revisione*, a ciò dovrebbe provvedersi *ex lege*, giacché una sentenza costituzionale non potrebbe, come si è già detto, adattare il complessivo impianto dell'istituto alle nuove esigenze<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. C. VALENTINI, *La Corte costituzionale e il caso Dorigo: sense and sensibility*, in *Giust. pen.*, 2008, I, c. 214, la quale, nel criticare l'eccessivo *self-restraint* dimostrato da Corte cost. n. 129 del 2008, rileva come la Corte avrebbe potuto considerare che la revisione è «istituto provvisto di copertura costituzionale *ex art.* 24 comma 4 Cost.» e leggere quest'ultima disposizione «alla luce dell'art. 4 par. 2 del Protocollo n. 7 alla CEDU...», così da perseguire il risultato di «aprire» l'istituto *de quo* fino ad includervi «una forma di impugnazione diretta a far valere l'*error in procedendo* acclarato da sentenza emessa dalla Corte CEDU...», attraverso «quel bilanciamento tra interessi di pari rilievo costituzionale, da un lato, e valori sovranazionali e Costituzione, dall'altro, che talora essa stessa opera e che è divenuta ordinaria tecnica interpretativa in altri ordinamenti pure appartenenti all'Unione».

<sup>35</sup> Prendendo atto di tale difficoltà, V. SCARABBA, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e...legislatore?* (10 maggio 2008), p. 15, in <http://www.forumcostituzionale.it>, ipotizza una questione di costituzionalità, incentrata sulla violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., che abbia ad oggetto non l'art. 630 c.p.p. o altra disposizione in tema di revisione, ma piuttosto il «sistema delle impugnazioni (concretamente...una qualche norma suscettibile di essere utilizzata, per così dire, come “capro espiatorio”), nella parte in cui non prevede un rimedio che consenta di ottemperare» al giudicato europeo. Ne potrebbe discendere, secondo l'Autore, «una decisione additiva *di principio*», suscettibile di aprire la strada «all'individuazione in sede giurisdizionale delle specifiche

Come è noto, è attualmente all'esame del Parlamento il d.d.l. n. 1440/S<sup>36</sup>, che, nell'ambito di un più generale progetto di riforma del processo penale, si propone di estendere la disciplina della revisione alla situazione che qui interessa (sulla falsariga di analoghe iniziative succedutesi nel corso delle ultime legislature e mai portate a termine<sup>37</sup>). Nell'attuale versione, peraltro, il disegno di legge, lungi dal risolvere le aporie sopra segnalate, ne determina altre.

L'art. 9 d.d.l. cit. prevede, per il tramite dell'inserimento nell'art. 630 c.p.p. di una lettera d *bis*), e di modifiche agli artt. 631, 633 e 634 c.p.p., un nuovo caso di revisione per l'eventualità che «la Corte europea dei diritti dell'uomo [abbia] condannato lo Stato italiano per violazione delle disposizioni di cui all'art. 6, paragrafo 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». La richiesta di revisione fondata su un tale motivo è ammissibile a condizione che «al momento della sua presentazione il condannato si trovi in stato di detenzione o vi debba essere sottoposto in virtù di un ordine di esecuzione, anche se sospeso, ovvero sia soggetto all'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, diversa dalla pena pecuniaria» (art. 631 comma 1 *bis*), e sempreché venga proposta entro un termine perentorio di «tre mesi dalla data in cui è divenuta definitiva la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» (art. 634 comma 1 *bis*).

L'una e l'altra condizione di ammissibilità lasciano perplessi. Se la limitazione del nuovo caso di revisione ai condannati a pena detentiva in corso di esecuzione o suscettibile di essere eseguita – sia pure con modalità alternative alla detenzione – correttamente ricalca le indicazioni della Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R (2000) 2 – la quale invita le Alte Parti contraenti a dotarsi di meccanismi di *restitutio in integrum* per i soli casi in cui la vittima della violazione riscontrata dalla Corte europea «continui a subire conseguenze molto serie...che non possano essere riparate dall'equa soddisfazione...»<sup>38</sup> –, i termini in cui detta limitazione è stata for-

modalità che, avuto riguardo alla vicenda specifica, possono consentire, con i minori sacrifici e con la maggiore efficacia, di adempiere ai vincoli derivanti dalla Convenzione e dalla pertinente decisione della Corte di Strasburgo». V. anche M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»*, cit., p. 1524.

<sup>36</sup> Il disegno di legge, presentato in Senato il 20 marzo 2009 e al momento all'esame della Commissione Giustizia, è consultabile in <http://www.senato.it>. Nella presente legislatura si segnalano altresì le proposte di legge nn. 1538/C, 1780/C, e 2163/C, presentate alla Camera dei deputati e consultabili in <http://www.camera.it>.

<sup>37</sup> Per una panoramica cfr. S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, p. 106 ff.

<sup>38</sup> V. anche *supra*, nota n. 4.

mulata sono oltremodo imprecisi. Ciò non solo e non tanto perché si parla di «misura alternativa alla detenzione diversa dalla pena pecuniaria» nonostante la classe delle misure «alternative» non includa quest'ultima pena – che al più, nel nostro ordinamento, è una sanzione «sostitutiva» delle pene detentive brevi –, ma anche e soprattutto perché la previsione appare di dubbia applicabilità al condannato a pena detentiva condizionalmente sospesa, che non può dirsi attinto da «ordine di esecuzione, anche se sospeso» – in quanto all'atto del passaggio in giudicato della condanna l'ordine di esecuzione, a fronte di pena non eseguibile, non viene neppure emesso –, ma potrebbe comunque incorrere nella carcerazione se la sospensione condizionale fosse revocata: in tale eventualità verrebbe bensì emesso ordine di esecuzione *ex art. 656 c.p.p.*, ma in un momento in cui, presumibilmente, il termine perentorio di «tre mesi dalla data in cui è divenuta definitiva la sentenza della Corte europea» (art. 634 comma 1 *bis*) sarebbe ampiamente decorso, conseguendone l'inammissibilità della richiesta di revisione.

Proprio quest'ultimo termine, d'altronde, mal si concilia con la natura della revisione, quale mezzo straordinario di gravame esperibile in ogni tempo<sup>39</sup>.

Ulteriori riserve nascono dal fatto che il d.d.l. cit. non svincola chiaramente la revisione *ex art. 630 lett. d bis*) dal generale presupposto di ammissibilità di cui all'art. 631 comma 1 c.p.p., sì che la riapertura del procedimento in ossequio alle sentenze della Corte europea rischia di poter essere chiesta solo quando sia formulabile una prognosi di proscioglimento (mentre, come si è detto, quest'ultima condizione non è affatto prescritta dalla giurisprudenza sovranazionale)<sup>40</sup>.

Da questo punto di vista era certamente preferibile il più risalente d.d.l. n. 1797/S, presentato nella scorsa legislatura<sup>41</sup>, ove si dedicava al nuovo caso di revisione un apposito titolo VI *bis* del libro IX del codice di procedura penale (artt. 647 *bis* - 647 *sexies*), e per tale via si svincolava l'istituto dai presupposti, dai limiti di ammissibilità e dai profili procedurali propri della revisione tradizionale, fra l'altro individuando quale condizione di ammissibilità della richiesta non già una prognosi di proscioglimento, ma piuttosto l'incidenza determinante della violazione riscontrata dalla Corte europea sull'esito del processo<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> F. GIUNCHEDI, *Questioni problematiche della nuova ipotesi di revisione*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, n. 2, p. 140, in <http://www.utetgiuridica.it>.

<sup>40</sup> Per un'analoga obiezione M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale*, cit., p. 1521.

<sup>41</sup> Il documento è consultabile in <http://www.senato.it>.

<sup>42</sup> V. anche M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale*, cit., p. 1512.

Infine, come da più parti si è osservato, appare riduttivo limitare il nuovo caso di revisione alle sole situazioni in cui la giurisprudenza europea abbia riscontrato una violazione dell'art. 6 par. 3 CEDU: si pensi alle numerose garanzie del «giusto processo» ricavabili dall'art. 6 par. 1 – *in primis* il diritto al silenzio –, o addirittura da altre disposizioni convenzionali, il riscontro della cui violazione, con esiti determinanti sul giudicato interno, non dovrebbe essere discriminato ai fini della riapertura del procedimento<sup>43</sup>.

#### 6. d) *La dichiarazione di inesistenza della sentenza «ingiusta»*

Nella congerie dei tentativi, di offrire al problema che ci occupa una soluzione interpretativa, si segnala, da ultimo, quello di un'auto-revole dottrina, che alla luce del principio costituzionale per cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo...», ritiene la sentenza, frutto di un processo definito «ingiusto» dalla Corte europea, giuridicamente inesistente, e così supera *a priori* il problema dell'intangibilità del giudicato, giacché l'inesistenza sopravvive a questo ed è sempre dichiarabile dal giudice dell'esecuzione *ex art.* 670 c.p.p. Il ragionamento è tanto semplice e lineare, quanto rigorosamente ancorato ai dati testuali: considerato che, da un lato, a norma dell'art. 111 comma 1 Cost. solo il «giusto processo» è idoneo a realizzare la giurisdizione, dall'altro, fra i requisiti di un processo «giusto» certamente rientrano quelli prescritti dall'art. 6 CEDU, va da sé che un processo, in cui quest'ultima disposizione non sia stata osservata – tanto da determinare una condanna ad opera della Corte europea –, dà luogo ad un mero «simulacro» di giurisdizione, il cui risultato è una sentenza giuridicamente inesistente. D'altro canto, la teoria generale individua i requisiti dell'inesistenza proprio nella macroscopica divergenza dell'atto rispetto al suo modello legale, e nell'assenza di una previsione *ex lege* del vizio<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale*, cit., p. 1522; F. GIUNCHEDI, *Questioni problematiche della nuova ipotesi di revisione*, cit., p. 139, nonché, con riguardo a precedenti iniziative legislative recanti un'analoga limitazione, O. MAZZA, *L'esecuzione può attendere*, cit., p. 2640; A. SACCUCCI, *Revisione dei processi in ottemperanza delle sentenze della CEDU: riflessioni de iure condendo*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 250; A. SCALFATI, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario*, cit., pp. 459-460; G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, cit., p. 120.

<sup>44</sup> G. UBERTIS, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, cit., p. 599; ID., *Corte europea dei diritti dell'Uomo e processo equo*, cit., pp. 44-45; ID., *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'e-*



La soluzione è definita dai suoi stessi fautori «rigorosa ed estrema»<sup>45</sup>: *de iure condito* essa appare però la più corretta fra quelle prospettate, senza contare che, se un'opzione così radicale trovasse spazio in giurisprudenza, il legislatore ne trarrebbe un indubbio incentivo a predisporre un rimedio apposito, o finanche un «ventaglio di rimedi», come taluno condivisibilmente suggerisce<sup>46</sup>.

## 7. Considerazioni conclusive

L'introduzione nel diritto interno di uno strumento idoneo a revocare il giudicato e riaprire il procedimento a fronte di violazioni del «giusto processo» riconosciute dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, se per un verso è imprescindibile ai fini dell'adempimento dello Stato agli obblighi internazionali, per altro verso rischia di determinare uno squilibrio sistematico nel nostro ordinamento.

Ci riferiamo al fatto che, mentre il riscontro di una violazione del «giusto processo» ad opera della Corte europea potrà determinare – a seguito dell'auspicato intervento legislativo – la revoca di una sentenza già passata in giudicato, il giudicato resta invece intangibile nell'eventualità che una violazione, in ipotesi analoga, sia stata riscontrata dalla Corte costituzionale attraverso la declaratoria di illegittimità di una norma processuale per contrasto con l'art. 111 Cost.<sup>47</sup>

*quità processuale*, cit., pp. 113-116. V. anche O. MAZZA, *L'esecuzione può attendere*, cit., p. 2639; F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, cit., p. 785. Su posizioni simili, seppure non pienamente sovrapponibili, si colloca A. GIARDA, *Italia e giurisprudenza europea*, cit., p. 6, il quale partendo dal presupposto che «con la modifica dell'art. 111 Cost... praticamente tutti i principi del giusto processo legale sono stati costituzionalizzati», sì che ogniqualvolta la Corte europea rileva una violazione convenzionale «di fatto accerta che un giudice italiano ha confezionato un atto in violazione dei principi fondamentali della Costituzione», conclude potersi sostenere che quell'atto «nonostante la sussistenza formale di una cosa giudicata, perderebbe comunque di efficacia in quanto oggetto di un accertamento giurisdizionale (quello appunto effettuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), che sancisce il compimento dello stesso in ispregio a valori costituzionali».

A proposito della nozione di inesistenza e dei relativi requisiti v. per tutti G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, p. 97 ss.

<sup>45</sup> G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, cit., p. 115.

<sup>46</sup> M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale*, cit., p. 1519.

<sup>47</sup> Paventa il rischio che si finisca per «assegnare alle sentenze dei giudici di Strasburgo un'efficacia più pregnante di quella riservata agli interventi della Corte costituzionale che riportino una disposizione illegittima sui binari del giusto processo» altresì S. CARNEVALE, *L'inidoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza*, cit.,

L'art. 30 u.c. l. 11 marzo 1953 n. 87, secondo cui «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali», ha infatti esclusivo riguardo alla declaratoria di illegittimità delle norme penali sostanziali, sì che quando tale declaratoria colpisca, invece, una norma processuale, i relativi effetti si producono nel procedimento *a quo* e in quelli ancora pendenti in cui la norma dovrebbe venire applicata – giusta l'art. 30 comma 3 l. cit., per cui «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» –, ma non nei procedimenti già definiti col giudicato<sup>48</sup>.

Non è chi non veda il paradosso: ipotizziamo che la Corte costituzionale dichiari illegittima, per contrasto con l'art. 111 Cost., la norma che consente l'ammissione di una determinata prova: chi in conseguenza della pregressa ammissibilità di quella prova sia stato definitivamente condannato continuerà a subire gli effetti del giudicato, a meno che il principio costituzionale, sulla cui base la norma interna è stata dichiarata illegittima, trovi riscontro nella normativa sovranazionale, nel quale caso potrebbe esservi ancora spazio per adire la Corte europea<sup>49</sup> ed ottenere, in esecuzione di una sua decisione eventualmente favorevole, la riapertura del procedimento «ingiusto». Si tratta di un meccanismo evidentemente anti-economico, e, soprattutto, radicalmente inadeguato a risolvere questi casi in cui il principio costituzionale, sulla cui base la declaratoria di illegittimità è stata pronunciata, non trovi riscontro nella normativa sovranazionale<sup>50</sup>.

Il problema non avrebbe ragione di porsi accedendo alla tesi, sopra ricordata, per cui, siccome la giurisdizione si attua attraverso il «giusto processo» (art. 111 comma 1 Cost.), se il processo è ingiusto non c'è giurisdizione, e la sentenza che lo definisce è inesistente. In questa prospettiva, infatti, chi sia stato condannato in conseguenza dell'applicazione di una norma processuale poi dichiarata illegittima per violazione dell'art. 111 Cost. potrebbe adire *ex art. 670 c.p.p.* il giudice dell'esecuzione, per fare dichiarare l'inesistenza del titolo esecutivo.

p. 1238. Cfr. anche V. SCIARABBA, *Il problema dell'intangibilità del giudicato*, cit., p. 5, nota n. 11.

<sup>48</sup> Cfr. per tutti O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, pp. 323-324.

<sup>49</sup> A condizione, ovviamente, che non sia decorso il termine, di «sei mesi...dalla data della decisione interna definitiva», di cui all'art. 35 CEDU.

<sup>50</sup> Cfr. anche S. CARNEVALE, *L'inidoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza*, cit., p. 1238.

Tenuto però conto che una simile soluzione, sia pure perfettamente in linea con i dati normativi, comporterebbe notevoli complicazioni pratiche – a tacer d'altro, l'attribuzione al giudice dell'esecuzione di una responsabilità forse eccessiva – sarebbe opportuno, mentre si ragiona del rimedio più idoneo a consentire la revoca del giudicato e la riapertura del procedimento in esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, valutare l'opportunità di estendere il rimedio stesso ai giudicati sul cui contenuto abbia pesantemente influito una norma processuale, in seguito dichiarata costituzionalmente illegittima.





LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di dicembre dell'anno 2009  
presso Effegi s.a.s. - Portici (Na)  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli  
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477  
Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

