

La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*

Filippo Giunchedi

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari, 3 – 2. I rapporti tra CEDU e sistema penale italiano, ed in particolare con il diritto processuale, 5 – 3. Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: l'interpretazione conforme ed il limite dei diritti costituzionalmente garantiti, 13 – 4. La violazione della CEDU e la possibile revisione della sentenza di condanna irrevocabile pronunciata dal giudice italiano: il ruolo fondamentale della giurisprudenza, 16 – 5. La risposta al quesito iniziale, 27.

1. Considerazioni preliminari

È stato puntualmente ricordato come il “diritto europeo” ancora « non è una materia per iniziati »¹. Lungi dal ripercorrere gli errori in cui spesso si incorre² — non è infrequente, ad esempio, leggere in talune decisioni, anche di legittimità, il riferimento alle sentenze della Corte di Giustizia, quando invece provengono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU) —, non può sfuggire la preliminare osservazione secondo cui spesso si utilizza un gergo improprio che sottende scarsa confidenza con istituti che stanno facendo una vera e propria irruzione all'interno del nostro ordinamento. E diventa un vero e proprio *rebus* immaginare come con tale *background* culturale possano comprendersi certi passaggi cruciali dai quali dipende il rapporto tra fonti.

Certo è che se fino a qualche anno fa effettuare riferimenti alla CEDU e alla sua giurisprudenza poteva apparire mera lustra di una cultura fine a sé stessa, senza alcun risvolto pratico, oggi la realtà è mutata in quanto il radicamento del diritto sovranazionale all'interno del tessuto connettivo penalistico è effettivo.

*. Relazione all'incontro di studio « Il sistema penale e le fonti europee. Il ruolo del giudice nazionale » organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura (Roma, 29-31 ottobre 2012), corredata delle note essenziali.

1. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in Viganò, Mazza, *Europa e giustizia penale*, *Gli Speciali di Diritto penale e processo*, 2011, 4.

2. Ben sintetizzati da VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, cit., 4.

D'altronde, come è stato icasticamente sottolineato³, un tempo non v'erano ragioni pratiche per affacciarsi: qualora la Corte EDU avesse accertato l'iniquità della decisione interna, si apriva la strada per l'equa soddisfazione; in concreto *argent de poche*! « Il giudicato rimaneva fermo, regale e minaccioso »⁴.

Oggi queste ragioni ci sono: quando la Corte EDU riconosce la violazione, cioè quando il processo è *unfair*, chiede allo Stato condannato di rifare il processo. È questo il motivo dell'interesse verso le decisioni provenienti da Strasburgo.

Ai risvolti pratici è quindi seguito un proliferare di interpretazioni non sempre allineate ai principi che le hanno generate, proprio per la preliminare constatazione che il retroterra socio-culturale non era pronto per darvi espansione in altri ambiti.

D'altronde non è un fenomeno nuovo quello del pluralismo interpretativo, ben sintetizzato nell'espressione *tot capita, tot sententiae*. La divaricazione rispetto alle decisioni della Corte EDU sono ricorrenti⁵. È il caso, tanto per illustrare dei *petits faits*, di rammentare come la Corte costituzionale⁶ si sia allontanata dall'indirizzo tracciato dalla Corte EDU⁷ in ordine alla necessità di determinare capillarmente le modalità operative delle intercettazioni ambientali ed in specie dell'installazione delle microspie. Sotto altro profilo, sempre il giudice delle leggi, arroccato sulle posizioni delineate dalle c.d. sentenze gemelle del 2007⁸, ha omesso di considerare valore cogente alla CEDU all'interno del nostro ordinamento, anziché assegnargli il rango di norme interposte, in ragione del loro riconoscimento ufficiale da parte del Trattato di Lisbona alla stregua di principi generali del diritto dell'Unione europea, con la conseguenza di negare, con ingiustificata perequazione rispetto al procedimento di merito⁹, la pubblicità al procedimento di cassazione in materia di prevenzione¹⁰. Infine, alle chiare indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo secondo cui la confisca costituirebbe una pena ai sensi dell'art. 7 C.e.d.u.¹¹, si contrappongono le diverse interpretazioni dei giudici interni che alla confisca del profitto del reato assegnano una natura eminentemente

3. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 816.

4. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 816.

5. Ne offre esempi FURFARO, *Nomofilachia*, in *Dig. disc. pen.*, VI, *Aggiornamento*, Torino, 2011, 336 ss.

6. C. Cost., n. 251 del 2004.

7. C. eur. dir. uomo, 12 giugno 2003, Chalkley c. Regno Unito; Id., 24 agosto 1998, Lambert c. Francia; Id., 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia.

8. C. Cost., n. 348 e n. 349 del 2007.

9. C. Cost., n. 93 del 2010.

10. C. Cost., n. 80 del 2011.

11. C. eur. dir. uomo, 30 agosto 2007, Sud. Fondi s.r.l. c. Italia; Id., 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia.

sanzionatoria — laddove sia prevista anche per il valore equivalente —¹², in altre ipotesi la confisca viene considerata misura di sicurezza, e, in tema di lottizzazione abusiva, è consentita la confisca dei manufatti e delle aree interessate a prescindere dall'affermazione di responsabilità dei soggetti attinti dall'ablazione¹³.

Insomma, il fenomeno è quanto mai variegato e, senza addentrarsi in un'indagine, non si può trascurare come spesso l'uso del precedente non tenda ad offrire ordine nell'analisi delle fattispecie, ma piuttosto si risolve in uno *stare decisis* che pretende di fondarsi sulla giustezza del precedente, spesso assunto solo sulla base di massime non sempre rispondenti all'effettivo sviluppo della controversia decisa.

E sono proprio questi i fenomeni da scongiurare da parte di magistratura, avvocatura e accademia nell'analisi dei rapporti tra sistema penale interno e sovranazionale.

2. I rapporti tra CEDU e sistema penale italiano, ed in particolare con il diritto processuale

Le relazioni tra diritto penale sostanziale e processuale con la CEDU sono molteplici e non è possibile approfondirli, essendo maggiormente produttivo per il contesto che ci occupa fissare dei criteri guida per l'interprete che passano dalla distinzione tra «*effetti riduttivi ed effetti espansivi*»¹⁴, tenendo conto, però, che il tutto è sempre da “setacciare” considerando la distinzione tra “piccola” Europa, vale a dire l'Unione europea, e la “grande” Europa, cioè il Consiglio d'Europa¹⁵.

Considerato che la prima parte dell'indagine attiene ai rapporti del sistema penale con la CEDU, affronteremo questo aspetto con particolare attenzione, seppur sinteticamente, al diritto processuale penale, ove le interazioni tra diritto interno e quello della CEDU hanno radici più profonde, basti pensare che in questo settore sono state affrontate le questioni relative alle inadempienze dell'ordinamento italiano¹⁶. Comunque l'interesse dei processualpenalisti verso la CEDU e le decisioni della sua Corte non hanno lasciato indifferenti i sostanzialisti che hanno compreso la necessità di

12. Cass., Sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, in *Cass. pen.*, 2006, 1382.

13. Cass., Sez. III, 24 ottobre 2008, Salvioli, in *Cass. pen.*, 2009, 2553.

14. Così, letteralmente (anche il corsivo è dell'Autore), VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in Viganò, Mazza, *Europa e giustizia penale*, *Gli Speciali di Diritto penale e processo*, cit., 22.

15. Preliminare constatazione attribuibile a VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, cit., 22, al quale si rinvia per l'analisi dei rapporti tra diritto penale interno e diritto dell'Unione europea.

16. Per questi profili, non sviluppabili in questa sede, sia concesso il rinvio a GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, *passim*.

valutare l'incidenza dei diritti fondamentali e dei principi della Corte EDU nell'ordinamento interno¹⁷.

I settori interessati a questo fenomeno attengono tanto al precetto penale, circoscrivendo l'ambito di applicazione della norma, quanto alla conseguente sanzione prevista¹⁸. Proemiale a tutto ciò si presenta la risoluzione della questione, non solo terminologica, di definire il concetto di materia penale, dato che le tradizioni culturali, giuridiche e lessicali dei 47 paesi aderenti alla CEDU implicano una base comune che inevitabilmente passa da un insieme di fattori, diversi da sistema a sistema, costituiti dalla qualificazione della violazione, dalla natura della norma, dalla gravità della sanzione e dallo scopo che si prefigge¹⁹. Sul piano effettuale, per esempio, un importante risultato è stato raggiunto per la confisca, come noto, vincolo dalla natura poliedrica, oscillante tra misura di sicurezza, sanzione amministrativa o pena vera e propria²⁰.

Rinviano ad altri contesti l'analisi dettagliata degli aspetti di diritto penale²¹, passiamo ai rapporti tra diritto processuale penale e CEDU, costituenti un vero e proprio "apripista" del ruolo della Corte EDU, quale giudice in grado di assicurare la penetrazione dei diritti fondamentali anche all'interno delle legislazioni nazionali.

Sembrano avvolti dalla cortina dei lustri i tempi in cui il diritto e la procedura penale parevano impermeabili agli influssi esterni al nostro Paese, come se il sistema penale italiano risultasse qualcosa di iperuranico, insensibile alla parallela globalizzazione sociale ed economica. Eppure a far data dal 4 agosto 1955 quando la legge n. 848 ha reso esecutiva anche in Italia la CEDU, la centralità dell'imputato e la necessità di garantirne i diritti primari non risultano più eludibili, tanto che oggi, icasticamente, si parla di "umanesimo processuale", soprattutto per la forza delle pronunce della Corte EDU estremamente attente verso la tutela dei diritti umani, sì da influenzare il diritto processuale penale degli stati membri del Consiglio d'Europa.

Il vero cruccio, ammalati dalle sirene della spinta caratterizzante della CEDU e dalla sua giurisprudenza, è l'incapacità (*recte*: impossibilità) di creare una sorta di diritto penale comune, essendo parso meno impegnativo utiliz-

17. Per questo ordine di problemi v. il lavoro, successivamente sviluppato con altre pubblicazioni, di VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 42 ss.

18. Così, letteralmente, VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, cit., 29.

19. In questi termini MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 38.

20. Per più ampie considerazioni MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 40 ss.

21. Anche per l'attualità del contributo, VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 243 ss.

zare l'*escamotage* della cooperazione piuttosto che imporre ai singoli Stati una legislazione processuale penale uniforme. In buona sostanza, mediante la reciproca fiducia, i singoli Stati si vincolano ai principi sovranazionali, senza con ciò dover intervenire sulle legislazioni nazionali che, molto più semplicemente, non devono porsi in chiave antitetica con le *Grundnormen* sovranazionali. Il risultato in questo contesto di cooperazione è la semplicità con la quale viene elusa la necessità di uno stereotipo legislativo comune, poiché il seducente quanto ingannevole rimedio costituito dalla reciproca fiducia svincola da un filtro politico. Per di più sul piano delle garanzie fondamentali l'adesione alla CEDU da parte di tutti gli Stati risolve il problema, lasciando spazi per il meno impegnativo strumento della cooperazione.

Sulla scorta di questo *trend* si è fatto largo uso dello strumento delle decisioni quadro, fondate sul mutuo riconoscimento, dimenticando però le differenze strutturali tra gli ordinamenti degli Stati e, soprattutto, ci si è concentrati nei settori della repressione e prevenzione dei crimini, coniando una serie di decisioni quadro²².

La ragione per cui nell'agenda del legislatore "europeo" non vi sia l'esigenza della creazione di un diritto processuale penale comune parrebbe dettato dalla circostanza che l'armonizzazione sul fronte delle garanzie dell'imputato sia già stata raggiunta con la CEDU, la quale, per il tramite della sua giurisprudenza, sarebbe di fatto vigente in tutti gli Stati; anzi si sarebbe addirittura rafforzata dall'inclusione della CEDU nel Trattato di Lisbona²³.

Operando sul piano della cooperazione giudiziaria e di polizia si è cercato, quindi, di rafforzare le garanzie che devono presiedere il processo penale mediante un articolato sistema di propositi e programmi di varia natura e calibratura, quali trattati, convenzioni, protocolli, azioni comuni, decisioni quadro, adempimenti normativi interni, ed altri provvedimenti di cui una catalogazione apparirebbe desolatamente restrittiva, trattandosi di una categoria aperta proprio in funzione della costante tendenza a perfezionare il modello processuale.

Già il Consiglio d'Europa nel corso degli anni ha offerto concretezza a quell'equilibrio tra Stati, plasmatosi come una realtà effettivamente tangibile, che però richiedeva, trattandosi di un sistema *multilevel*, un articolato

22. Tra le maggiormente significative si ricordano quella sul mandato di arresto europeo (2002/584/GAI); quella in tema di confisca di beni, strumenti e proventi di reato (2005/212/GAI); quelle sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie (2005/214/GAI) e delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (2008/909/GAI); quella sul mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali (2008/978/GAI); quella di applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (2009/829/GAI).

23. MAZZA, *La procedura penale*, in Viganò, Mazza, *Europa e giustizia penale*, *Gli Speciali di Diritto penale e processo*, cit., 33 ss.

sistema di norme volte a disciplinare i rapporti all'interno di questo "nuovo grande Stato", cominciando, dapprima, ad armonizzare le variegate culture, tradizioni, economie, aspirazioni (che inevitabilmente condizionano il sistema giuridico) per poi adeguarle al nuovo modello di *civitas*.

In questo delicatissimo compito, non è sufficiente un fitto reticolo di norme, ma diviene indispensabile l'apporto giurisprudenziale, l'unico suscettibile di cogliere i moti, anche lievi, di cambiamento verso un sistema giuridico che aspira ad una nuova coscienza, sempre più sensibile agli *standards* sostanziali del "giusto processo". In questo senso, l'effervescente produzione della Corte EDU ha assunto un ruolo trainante nel passaggio dalla sagoma procedurale formale alla realizzazione effettiva all'interno di ogni singolo Paese di norme e interpretazioni giurisprudenziali in linea con i parametri accettati con l'adesione alla CEDU.

In Italia, proprio sulla scorta di questa ondata di "europeizzazione", assumono grande rilevanza una serie di interventi normativi che in questa sede sarebbe ridondante citare; ci si limita, a titolo esemplificativo, a ricordare le leggi 18 aprile 2005, n. 62, 22 aprile 2005, n. 60 e 22 aprile 2005, n. 69.

Se, per un verso, il processo di globalizzazione, può dirsi realizzato mediante una congerie di strumenti variegati a seconda di quello che, volta per volta e caso per caso, risulta essere il più acconcio alla realizzazione di un processo giusto; d'altro verso, gli Stati negli ultimi anni si sono sempre più aperti a sistemi di cooperazione giudiziaria nel quadro di un più lineare esercizio della giurisdizione *inter partes*, soprattutto in quei settori nevralgici che vanno dalla ricerca e l'acquisizione delle prove, all'applicazione di misure cautelari, all'esecuzione della sentenza straniera riconosciuta; palinsesti che disvelano un particolare "attivismo". Sulla base di queste prerogative sono nati *Eurojust* (2002/187/GAI), il già citato mandato d'arresto europeo, la normativa sul blocco dei beni a fini di prova e confisca (2003/577/GAI), la MAP 2000. Iniziative che hanno assunto maggior importanza dopo il tragico evento dell'undici settembre Duemilauno alle Twin Towers, rilanciando ulteriormente le esigenze di tutela della collettività.

Attualmente il Trattato di Lisbona tende a realizzare un inquadramento sistematico della materia, cercando, in particolare, di porre ordine alle distonie istituzionali mediante la riformulazione dello spazio comune per prevenire o risolvere eventuali conflitti di competenza tra gli Stati membri e i rapporti per l'esercizio dell'azione penale e l'esecuzione delle decisioni.

Segnatamente: il quadro normativo d'assieme in tema di cooperazione internazionale in materia penale tende a proporre schemi lineari e snelli, finalizzati alla semplificazione delle forme, in modo da superare le incrostazioni burocratiche che impediscono il pronto esercizio della tutela del "cittadino europeo" cui è finalizzata l'intera sistemica.

Sia chiaro, però, che normativa sovranazionale e legislazione a carattere cooperativo sono collocate su piani differenti; alla diversa allocazione fa

comunque da contrattare un'ideologia comune tesa ad offrire sempre più garanzie al "cittadino europeo", realizzabile mediante principi che devono porsi alla base di ogni *corpus* normativo nazionale ed in posizione ancillare vi sono norme che *in action* permettono più efficacemente la tutela di questi diritti e la repressione dei crimini che ne impediscono la piena espansione.

Il rischio di questa "tendenza alla semplificazione delle forme" è che si appannino le garanzie del singolo; ecco che allora il punto di partenza (e di arrivo) deve sempre essere il monitoraggio costante dei diritti dell'individuo; in questo processo la CEDU fornisce i parametri di riferimento, mai emendabili.

Ogni qualvolta si parla di una struttura normativa, inevitabilmente si deve far riferimento alle fonti. L'analisi che affronteremo non si concentrerà sui singoli testi legislativi che in modo frastagliato formano il "diritto processuale penale europeo", ma ci limiteremo a tracciare delle fasce di intervento dell'influsso sovranazionale: quella propriamente legislativa, quella giurisprudenziale, nonché, quella operativa finalizzata a porre rimedio alle violazioni accertate e ad prevenirne ulteriori.

2.1. *Le norme*

Una prima fascia è costituita dai principi generali europei che attengono alla disciplina dei processi nazionali e che hanno come referente primo la CEDU e i suoi Protocolli addizionali. Il Preambolo offre l'esatta portata della finalità che la CEDU si propone: «garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati per] realizzare un'unione più stretta tra i [...] Membri [del Consiglio d'Europa e] assicurare la garanzia collettiva di certi diritti enunciati nella Dichiarazione universale». Finalità conseguibile mediante una protezione dei diritti in modo concreto ed effettivo²⁴ e non teorico ed illusorio. La Convenzione, pertanto, come si era auspicato in passato, costituisce una vera e propria cerniera culturale tra i sistemi processuali di *common law* e la giustizia continentale.

La Convenzione, tra le sue norme, ne contiene alcune che manifestano attitudini marcatamente processuali quali gli artt. 5, 6 e 8, oltre all'art. 2 VII Protocollo che assumono rilevanza nella realizzazione di *standards* processuali comuni, non tanto per la loro enunciazione in senso stretto, ma piuttosto per il carattere programmatico che offrono ai diritti in essi menzionati in prospettiva di un loro costante sviluppo grazie all'ausilio costante di norme, giurisprudenza e prassi.

Le norme costituiscono gli strumenti per trasporre i contenuti della Convenzione nei sistemi legislativi interni, come è avvenuto in Italia mediante l'art. III Cost.

24. Come indica C. eur. dir. uomo, 13 maggio 1980, Articolo c. Italia.

Il risultato può ugualmente ottenersi con l’emanazione di risoluzioni o raccomandazioni del Consiglio d’Europa, oppure mediante enunciazioni programmatiche come è avvenuto nella legge–delega all’attuale codice di procedura penale italiano che all’art. 2, n. 2, della legge–delega prescrive che « il codice di procedura penale deve [...] adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale ».

Proprio la recezione dei principi in discorso, ha portato a definire l’attuale codice di procedura penale come il “Codice dei galantuomini”²⁵ in riferimento al suo naturale destinatario: l’innocente, essendo compito del processo penale sottrarlo al rischio di una ingiusta condanna. Attualmente è da ritenersi consolidata la “vocazione” a concepire il processo non più quale strumento imparzialmente diretto ad accertare l’esistenza e/o le dimensioni di una penale responsabilità, ma quale “difesa avanzata” di interessi superindividuali — che sfugge alla discrezionalità delle parti nel quadro dei poteri che loro derivano dalla titolarità della singola posizione soggettiva — quasi in una sorta di iperuranica ricerca della verità sostanziale (come il diritto alla prova diretta, alla prova contraria e al necessitato intervento del giudice con i suoi poteri istruttori suppletivi, sempre nel rispetto delle regole previste per garantirne l’imparzialità). Quello che ci si auspica è che l’adesione ai principi generali del diritto processuale penale europeo possa scongiurare che il processo costituisca uno strumento di lotta alla criminalità, erodendo significativamente la presunzione di non colpevolezza. Il codice, infatti, dovrebbe sempre apparire espressione delle capacità del sistema di trovare un ragionevole equilibrio tra esigenze collettive e rispetto dell’imputato come individuo e come persona, mediando tra il fine di garanzia perseguito ed il vuoto formalismo (vale a dire la regola fine a se stessa) che si vuole scongiurare. Aspetti questi che innervano le norme della CEDU.

In breve, l’idea di fondo che dovrebbe trasparire anche nell’ordito codicistico nazionale è quella forma di isolamento in cui pare ancora trovarsi il diritto sovranazionale, sterilizzato dalle esigenze concrete che assillano i singoli Stati.

In sintesi estrema, il processo di omologazione verso un diritto comune europeo passa dunque da una lettura d’insieme di tutte le norme finalizzate a definire una nuova cultura processuale che si proponga di tutelare i diritti umani, secondo una lettura non rigidamente confinata alle norme nazionali, ma allargata ad un *corpus* normativo in grado di esercitare influenza sul diritto nazionale che, in tal modo, superi le sue paratie, scandendo un diverso modo di interpretare le norme interne.

2.2. La giurisprudenza

L'aspirazione alla celebrazione di un giusto processo europeo, può però raggiungersi anche e soprattutto con la grande opera dei precedenti giurisprudenziali. Non si trascuri, infatti, la diretta incidenza nei diritti del singolo che oggi offre la possibilità per il "cittadino europeo" di convenire in giudizio avanti alla Corte EDU lo Stato contravventore degli impegni assunti a livello internazionale nei confronti dei propri membri. Nel corso del giudizio egli dovrà rendere conto delle sue regole e prassi alla luce degli *standards* europei, mentre in prospettiva generale il precedente fungerà da eco per la razionalizzazione di comportamenti analoghi, sia per lo Stato condannato che per tutti gli altri aderenti alla CEDU. Peraltro, l'influenza della normativa sovranazionale dovrebbe incidere direttamente nelle decisioni interne, quale norma programmatica. Ed è ciò che si è verificato negli ultimi anni anche nel nostro Paese con le decisioni "Somogyi"²⁶, "Dorigo"²⁷, "Drassich"²⁸ e "Scoppola"²⁹, tanto per citare le più note, che in assenza di un istituto che consentiva di rimuovere il giudicato interno per dar corso ad un nuovo processo a fronte della declaratoria di iniquità pronunciata dalla Corte EDU, hanno utilizzato gli strumenti previsti dagli artt. 625-bis e 670 c.p.p. ponendo la pronuncia italiana in una sorta di limbo.

L'apporto delle pronunce ha quindi assunto un ruolo trainante sulla formazione degli orientamenti giurisprudenziali, incidendo in alcuni casi anche sul sistema normativo.

È il caso di una pronuncia della Grande Camera della Corte EDU che ha ricollegato la violazione, non tanto ad un elemento episodico, ma alla carenza strutturale dello Stato poiché « quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme riconosciute a titolo di equa soddisfazione prevista dall'art. 41, ma anche di scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se necessario, individuali da introdurre nel proprio ordinamento giuridico interno per porre fine alla violazione constatata dalla Corte e, per quanto possibile, eliminarne le conseguenze. Lo Stato convenuto resta libero, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, di scegliere gli strumenti per adempiere l'obbligo giuridico concernente l'art. 46 della Convenzione, nei limiti in cui tali strumenti siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte »³⁰.

L'importanza del precedente giudiziario assume rilievo non trascurabile

26. Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in *Mass. Uff.*, n. 235035-6.

27. Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, in *Mass. Uff.*, n. 235447.

28. Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Mass. Uff.*, n. 241753-4.

29. Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Mass. Uff.*, n. 247244.

30. C. eur. dir. uomo, Grande Chambre, 22 giugno 2004, Brownioski c. Polonia.

per il fatto che mutamenti di giurisprudenza si stanno registrando anche all'interno degli Stati che non sono parti in causa. In quest'ultimo caso cambia solo il modo di intendere la decisione, non soggetta alla vincolatività prevista dall'art. 46, § 1, C.e.d.u., ma quale precedente, nel senso che i giudici di questi Stati si uniformano a quella parte della sentenza in cui la Corte interpreta la propria norma.

Ora, a tacer di questi casi, statisticamente sempre più frequenti, nel panorama europeo interventi nel senso sopra specificato si sono verificati anche quando l'eco della pronunce della Corte EDU era meno incisivo di oggi. È il caso dei Paesi Bassi, ove in un giudizio di appello il difensore del ricorrente non venne ascoltato a causa della contumacia del suo assistito. L'interpretazione di alcune regole processuali avallate dalla Corte di cassazione implicava che al contumace non dovesse essere assicurata alcuna difesa, in violazione dell'art. 6, § 3, C.e.d.u. Da una simile esegesi è seguita la condanna dello Stato e l'adeguamento per via giurisprudenziale, con la facoltà per il difensore di rappresentare validamente in giudizio il proprio assistito anche nel caso di sua contumacia³¹. Alla luce della recezione degli effetti "correttivi" della pronuncia di Strasburgo, i giudici olandesi emanarono in immediata successione varie sentenze rispettose dell'art. 6, § 3, e della pronuncia dei giudici della Corte EDU³².

Stessi effetti in relazione alla medesima questione di principio si sono registrati in Francia. Anche in questo caso la Corte europea ha sancito la violazione dell'art. 6, § 3, C.e.d.u.³³; la giurisprudenza transalpina si è adeguata³⁴, così come lo stesso codice di procedura penale, prevedendo la possibilità per il difensore di assistere l'imputato non comparso senza addurre un legittimo impedimento.

E casi analoghi, pur in riferimento ad altre questioni dalla cui descrizione in questa sede volutamente ci si astiene, si sono registrati in altri Paesi aderenti alla Convenzione: a seguito del riconoscimento della violazione di un diritto garantito dalla CEDU, la Parte contraente ha armonizzato l'interpretazione da offrire a determinate norme onde evitare ulteriori e future violazioni della Convenzione.

31. C. eur. dir. uomo, 22 settembre 1994, Lala c. Olanda.

32. C. eur. dir. uomo, 6 dicembre 1994, Roby Tennis Ong-A-Fat c. Olanda; Id., 13 dicembre 1994, Abdorsa El Mernikh c. Olanda; Id., 10 gennaio 1995, Mardori Andrada Lara c. Olanda.

33. C. eur. dir. uomo, 23 maggio 2000, Van Pelt c. Francia.

34. C. eur. dir. uomo, 2 marzo 2001, Denticio c. Francia.

3. Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: l'interpretazione conforme ed il limite dei diritti costituzionalmente garantiti

La Convenzione, nei profili tracciati, al quale deve aggiungersi quello relativo ai rimedi alle violazioni accertate di cui si tratterà in seguito, riveste un'importanza fondamentale e si colloca per tradizione al primo posto, ma sarebbe riduttivo disconoscere il ruolo che hanno assunto il Trattato di Lisbona — che ha trasformato le clausole della CEDU da principi di diritto da ricavare in via interpretativa in norme di diritto positivo cogente, seppur con i limiti di cui si dirà — e le decisioni quadro, tutti assonanti con una prospettiva di globalizzazione, o quanto meno europeizzazione, tale da far apparire sempre più nitida l'immagine della nuova Europa, il che proietta in una dimensione post-nazionale, tanto da poter parlare di « unità nella diversità »³⁵, emergente da quei connotati minimali dei principi costituzionali che sono patrimonio di ogni Stato e che in questa dimensione sovranazionale costituiscono una “ri-definizione” dei diritti tutelati a livello interno.

Questi testi, pur non avendo una sede propria per la tutela dei diritti in essi enunciati, rivestono importanza ermeneutica per rafforzare conclusioni raggiungibili comunque su altre basi e per creare le condizioni per la nascita di un *demos* europeo. È chiaro che la proclamazione di una serie di diritti, senza che vi sia la specifica *sedes materiae* per il loro riconoscimento, esula dalla moderna concezione di Costituzione tesa ad una finalità prescrittiva e non, invece, descrittiva.

Infine, sempre sul piano della prassi seppur sul fronte comunitario, non va trascurato il ruolo sempre più incisivo rivestito dalla domanda pregiudiziale di cui viene investita la Corte di Giustizia CE³⁶, proprio al fine di evitare che l'applicazione di un determinato istituto possa porsi in contrasto con le direttive comunitarie, le quali costituiscono l'espressione, più pregnante e maggiormente attinente alla singola materia, dei diritti garantiti a livello convenzionale. Il punto è proprio questo: il giudice nazionale, chiamato ad interpretare il diritto interno, devo farlo secondo i parametri riconosciuti a livello sovranazionale.

Le considerazioni a trarsi in ordine all'interpello in via pregiudiziale della Corte di Giustizia da parte del giudice nazionale, impongono di spiegare come risolvere la possibile invasione delle norme della CEDU rispetto alla competenza della Corte costituzionale. In questa prospettiva non si possono trascurare gli approdi a cui è pervenuta la Corte costituzionale che con due decisioni “gemelle”, le nn. 348 e 349 del 2007, ha sancito il ruolo “*sub* costituzionale” o “interposto” delle disposizioni della CEDU

35. PISANI, Il “processo penale europeo”: problemi e prospettive, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 661.

36. Ad esempio C. Giust. CE, 16 giugno 2005, causa C-105/03.

così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte EDU, ragion per cui ogni qualvolta il giudice nazionale si trovi al cospetto di una norma interna ed una sovranazionale, e qualora non possa offrire un'interpretazione euro-peisticamente orientata della prima, deve sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione al parametro dell'art. 117, co. 1, Cost., per l'asserita incompatibilità tra le due. Secondo i giudici della Consulta, infatti, le norme della CEDU «pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto [...] Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi»³⁷. Più precisamente «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, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire [la Corte costituzionale] della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, co. 1»³⁸.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 ed il diverso rango della norme CEDU sembrava dover imprimere una diversa rotta alle disposizioni in discorso, ma la Corte costituzionale ha continuato a manifestarsi refrattaria, ritenendo non possibile la «disapplicabilità, per effetto dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, delle norme interne ritenute incompatibili con quelle della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario, infatti, non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione [non rilevando] l'argomento tratto dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta, sicché, la statuizione del § 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, allo stato, ancora improduttiva di effetti; né la Carta dei diritti fondamentali costituisce uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, giacché presupposto di applicabilità della

37. C. Cost., n. 348 del 2007.

38. C. Cost., n. 349 del 2007.

Carta è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto; presupposto, quest'ultimo, che nel caso di specie — attinente all'applicazione di misure personali e patrimoniali *ante o praeter delictum* difetta (sentt. n. 188 del 1980, 348, 349 del 2007, 93, 138, 187, 196 del 2010, 1 del 2011) »³⁹. Le differenti argomentazioni⁴⁰ che portano a sostenere la diretta applicazione delle norme CEDU nel nostro ordinamento, senza passare dal vaglio di legittimità costituzionale *ex art. 117, co. 1, Cost.*, muovono dal presupposto che l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con l. 2 agosto 2008, n. 130, avrebbe impresso una diversa configurazione al rapporto tra le norme della CEDU e l'ordinamento interno, rendendo non più attuale la concezione delle norme interposte di cui alle decisioni nn. 348 e 349 del 2007.

Il vigente art. 6 del Trattato sull'Unione europea — quale risultante a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona — stabilisce, infatti, al § 1, che « l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati »; precisando, poi, che « i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni ». Inoltre, ai successivi §§ 2 e 3, l'art. 6 prevede che « l'Unione europea aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali »; e che « i diritti fondamentali », garantiti da detta Convenzione « e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali ».

Indipendentemente dalla formale adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea — non ancora avvenuta, ma comunque preannunciata — i diritti elencati dalla Convenzione sarebbero stati ricondotti all'interno delle fonti dell'Unione addirittura sotto un duplice profilo. Da un lato, cioè, in via diretta e immediata, tramite il loro riconoscimento come « principi generali del diritto dell'Unione »; dall'altro lato, in via mediata, ma non meno rilevante, come conseguenza della « trattatizzazione » della Carta di Nizza. L'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea — contenuto nel titolo VII, cui lo stesso art. 6 del Trattato fa espresso rinvio — prevede, infatti, che ove la Carta « contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti

39. C. Cost., n. 80 del 2011. Sugli epiloghi, non condivisi, della decisione *v. FURFARO, Pubblicità in cassazione e regole europee: incongruenze e ripensamenti inopportuni*, in *Arch. Pen.*, 2011, 982 ss.

40. Ben sviluppate nella parte motiva di C. Cost., n. 80 del 2011, alla quale si riferiscono i virgolettati che seguono.

dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione»: fermo restando che tale disposizione « non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa ».

Di conseguenza, tutti i diritti previsti dalla CEDU che trovino un "corrispondente" all'interno della Carta di Nizza dovrebbero ritenersi tutelati a livello europeo, quali diritti sanciti dal Trattato dell'Unione. A fronte di ciò, il giudice comune sarebbe tenuto quindi a disapplicare qualsiasi norma nazionale in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, in base al principio, fondato sull'art. 11 Cost. in forza del quale « le norme di diritto comunitario sono direttamente operanti nell'ordinamento interno ».

A fronte di questa pluralità di vedute, attualmente la Corte costituzionale va mutando il proprio ruolo da Corte dei diritti a Corte delle fonti e delle competenze, orientata com'è a stabilire « regole di prevalenza o di semplice convivenza con le quali si tenta di "gestire" una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema »⁴¹.

4. La violazione della CEDU e la possibile revisione della sentenza di condanna irrevocabile pronunciata dal giudice italiano: il ruolo fondamentale della giurisprudenza

Nelle «Considerazioni preliminari» si è accennato al rinnovato interesse verso le sentenze della Corte EDU in quanto consentono di incidere sul giudicato interno, un tempo ritenuto una sorta di tabù resistente anche a forme di conclamata ingiustizia. Quest'aspetto ha sempre costituito una delle tematiche su cui dottrina e giurisprudenza si sono dovute misurare per cercare di contemperare le due facce della medesima medaglia. L'espansione del concetto di *novum probatorio*, che ha allargato le strette maglie dell'ipotesi di cui alla lett. c) dell'art. 630 c.p.p., costituisce un primo passo verso la rimozione di ostacoli a fenomeni di ingiustizia.

Invero, nel corso degli anni, variegati fenomeni culturali hanno portato a rivedere questo concetto, tanto con l'espansione dei rimedi *in executivis*, quanto con la risoluzione del problema dell'errore di diritto in cassazione, data l'incensurabilità delle decisioni della Corte di legittimità, che veniva sottolineato con il richiamo al principio del *quis custodiet ipsos custodes*. Nonostante il chiaro ed autorevole invito della Consulta⁴² al legislatore, solo con la l. 26 marzo 2001, n. 128 venne introdotto nel nostro ordinamento il ricorso straordinario per cassazione per errore materiale o di fatto che,

41. In questi termini MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme delle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. Pen.*, 2012, 32.

42. C. Cost., n. 294 del 1995.

affiancandosi alla revisione, consente, pur nei ristretti termini formulati dall'art. 625-bis c.p.p., una significativa svolta culturale e sistematica in linea con i parametri del giusto processo.

Vedremo che questi istituti hanno consentito di surrogare all'inerzia del legislatore nel coniare un testo normativo finalizzato a ripristinare, in attesa di un intervento del legislatore, la legalità violata accertata in sede sovranazionale dalla Corte EDU.

Nello specifico il problema che ci si pone quando la Corte accerta una violazione da parte di uno Stato è quello di riparare le conseguenze di detta violazione. La questione si presenta meno semplice di quanto possa apparire, passando da un primo stadio in cui alla riparazione della violazione devono e possono provvedere solo le autorità nazionali ai sensi dell'art. 46, § 1, C.e.d.u.⁴³, ad un secondo in cui viene corrisposta un'equa soddisfazione accordata dalla Corte EDU in virtù dell'art. 41, e cioè quando vi sia l'impossibilità per il ricorrente di ottenerla dallo Stato condannato. In questo caso la Corte gode di un potere sussidiario che opera solo in via residuale, qualora il diritto interno dello Stato convenuto non consenta la completa eliminazione delle conseguenze della decisione ai sensi dell'art. 46 C.e.d.u.⁴⁴.

Ed ecco il punto. Determinare le situazioni in cui lo Stato verta nell'impossibilità di rimuovere le conseguenze negative della decisione ritenuta ingiusta (*recte*: iniqua) dalla Corte. Alla mancanza di criteri normativi ha supplito la giurisprudenza, la quale, inizialmente disorientata sulla necessità di dover nuovamente esperire tutte le vie di ricorso per ottenere il riconoscimento del diritto stabilito dalla Corte europea, ha poi imboccato itinerari chiari e volti ad agevolare il ricorrente: egli sarà tenuto ad adottare una procedura per la riparazione alla violazione solo quando questa si presenti rapida⁴⁵; quando, invece, lo Stato non disponga di un modello procedurale "snello", sarà onere del ricorrente offrirne dimostrazione in modo che la Corte si attivi per la corresponsione dell'equa soddisfazione⁴⁶.

43. Sull'adozione da parte delle autorità nazionali di misure specifiche volte ad elidere le conseguenze delle sentenze vigila, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 2, C.e.d.u., il Comitato dei Ministri. Anzi, proprio questa fase di vigilanza costituisce sempre più spesso il presupposto necessario per la complementare corresponsione dell'equa soddisfazione da parte della Corte di Strasburgo. La giurisprudenza testimonia che, in alcuni casi, la Corte stessa ha esercitato questo controllo attendendo il completamento delle azioni nazionali prima di decidere sulla questione dell'equa soddisfazione (C. eur. dir. uomo, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. c. Belgio*; Id., 24 giugno 1993, *Schuler-Zraggen c. Svizzera*; Id., 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegue e Jabardo c. Spagna*; Id., 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*; Id., 1° ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*).

44. Così SUNDBERG, Art. 41, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 661.

45. C. eur. dir. uomo, *Schuler-Zraggen c. Svizzera*, cit.; Id., 12 dicembre 1991, *Clooth c. Belgio*.

46. Ciò avviene con modalità molto lineari quando il diritto leso si presenta di semplice determinabilità; quando, invece, la questione non è matura, la Corte predispone una procedura speciale per esaminarla, a cui segue una sentenza separata limitatamente alla quantificazione del danno. In una questione afferente il diritto di proprietà cfr. C. eur. dir. uomo, 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos c.*

A tacer delle modalità di quantificazione dell'equa soddisfazione accordata, si può affermare con tranquillità che se, da un lato, il sistema residuale della corresponsione di una somma a titolo di equa soddisfazione merita plauso in quanto offre effettività alla procedura sovranazionale; dall'altro lato, non è certamente questo il modello da affinare, dovendosi indirizzare verso una metodologia d'approccio che tenda alla riapertura delle procedure o al loro riesame. Perché la riparazione efficace delle violazioni constatate non è solo una questione che riguarda il ricorrente individuale, ma costituisce un punto fondamentale per il buon funzionamento di tutto il sistema della Convenzione⁴⁷.

Come anticipato, oltre alla riparazione alla violazione, lo Stato condannato deve apprestare una serie di rimedi volti ad evitare la reiterazione della violazione per un duplice ordine di ragioni: in relazione al caso specifico, per ottemperare agli impegni assunti con l'adesione alla Convenzione ai sensi dell'art. 46, § 1, C.e.d.u. e, in prospettiva profilattica, ad evitare il dilagare di casi analoghi.

L'apporto delle pronunce ha quindi assunto un ruolo trainante sulla formazione degli orientamenti giurisprudenziali, incidendo in alcuni casi anche sul sistema normativo, come nel già illustrato caso "Brownioski"⁴⁸. Gli effetti pratici della decisioni si proiettano nella fase esecutiva che richiede un imprescindibile apporto dello Stato condannato; in mancanza della cooperazione del Paese tenuto alla riparazione si rivelerebbe vuota tautologia, priva di effetti pratici per il ricorrente che perderebbe interesse ad agire se al riconoscimento di una violazione di un diritto non conseguisse una concretizzazione sul piano effettuale tale da rimuovere l'ostacolo alla sua piena espansione. In questa prospettiva, la prassi del Comitato dei Ministri si è orientata nel senso di specificare a carico degli Stati, oltre a quello riparatorio, un ulteriore obbligo: adottare tutte le misure necessarie per evitare la reiterazione delle violazioni sia sul ricorrente stesso che su tutti coloro che vengano a trovarsi nella medesima situazione.

Questa linea programmatica è confermata dal fermento ideologico che sta portando, per interventi progressivi, ad un cambiamento di prassi, in attesa che un testo di legge operativo⁴⁹ — in forza di una maggiore spe-

Grecia; Id., 23 settembre 1982, Sporrang e Lönnroth c. Svezia.

47. Testualmente SUNDBERG, *Art. 41*, cit., 670.

48. C. eur. dir. uomo, Brownioski c. Polonia, cit.

49. Il nostro Paese mediante l. 15 dicembre 2005, n. 280, («Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali emendante il sistema di controllo della Convenzione, fatto a Strasburgo il 13 maggio 2004»), si è mostrata recettiva delle indicazioni della CEDU di accettare incondizionatamente la forza vincolante delle sentenze della Corte EDU.

La volontà del legislatore italiano nel senso suddetto è stato ulteriormente confermata dall'approvazione di un altro testo di legge, l. 9 gennaio 2006, n. 12, recante «Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo», la quale aggiunge una

cificazione delle modalità di riparazione alla sentenza nazionale⁵⁰ — vincoli i giudici meno “sensibili” alla forza dirompente della giurisprudenza sovranazionale.

Fino ad oggi, però, la vincolatività delle decisioni della Corte EDU per lo Stato condannato è stata resa operativa solo da significativi interventi giurisprudenziali, tendenti a disconoscere il vincolo della *res iudicata* nazionale a fronte di una sentenza di segno opposto da parte degli organi di Strasburgo che abbiano accertato la violazione delle garanzie dell’equo processo.

Venendo al punto, la congerie di rimedi apprestati dall’ordinamento domestico per rimuovere pronunce interne in contrasto con quelle della Corte EDU che abbiano accertato la violazione di un diritto fondamentale tutelato dalla CEDU, può idealmente porsi su tre differenti livelli. Non si tratta — si badi bene — di valutare l’efficacia dei rimedi apprestati dal legislatore o “creati” per via giurisprudenziale, ma piuttosto, in un’ottica propulsiva, di giungere ad una valutazione sull’effettività delle soluzioni proposte e cercare di rendere più funzionali certe procedure, in modo che ben presto possa realmente parlarsi di un “diritto comune europeo”⁵¹, soprattutto ora che vige il Trattato di Lisbona che costituisce il compromesso al fallimento del progetto costituzionale europeo e l’inizio di una nuova fase⁵².

4.1. Il “vicariato” della cassazione: da giudice della legittimità a giudice dell’equità

Sul piano pratico l’interrogativo che costantemente si pone il soggetto che intende ricorrere alla Corte europea è costituito dal risultato conseguibile: effettivo o meramente simbolico? Se, qualche anno fa, sotto il profilo speculare, i risultati apparivano inconsistenti, nel corso di questo ultimo lustro si è avvertita una maggiore sensibilizzazione che ha portato a conseguire apprezzabili risultati tali da spingere, per interventi progressivi, la

disposizione *ad hoc* all’interno della l. 23 agosto 1988, n. 400 («Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri»), inserendo nell’art. 5, relativo alle attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri, la lett. *a-bis*) del comma 3, in virtù della quale il Presidente del Consiglio «promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell’esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce».

50. Cfr. il Protocollo n. 14, firmato a Strasburgo il 13 maggio 2004, che ha modificato l’art. 46 C.e.d.u. al fine di rendere ancor più effettiva l’esecuzione delle sentenze della Corte europea.

51. Per approfondite considerazioni si rinvia a PISANI, *Il “processo penale europeo”: problemi e prospettive*, cit., 653 ss.; nonché al nostro, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, cit., 33 ss.

52. In questi termini ROMOLI, *Spazio giudiziario europeo (profili comparati)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, *Aggiornamento*, cit., 610.

cassazione⁵³ e la Corte costituzionale⁵⁴ a pronunciare una serie di decisioni, che, a tacer del fatto che risolvono lunghe e tortuose vicende giudiziarie, rappresentano il simbolo dell'effettiva penetrazione della cultura europea nell'ordinamento giudiziario italiano a testimonianza del fatto che si sta aprendo una nuova prospettiva che deve passare dalla rivisitazione di alcuni istituti⁵⁵, come quello del giudicato, che fino ad oggi parevano dei punti fermi e che, invece, rappresentano la base per un percorso teso ad assicurare effettivamente il rimedio ad una violazione di un diritto proclamato dalla Corte EDU⁵⁶.

Ma procediamo con ordine.

Le sentenze della Corte EDU spiegano, in virtù dell'art. 46, § 1, C.e.d.u., la loro efficacia obbligatoria per lo Stato nell'ambito dell'ordinamento internazionale in quanto ad esso soggetto.

Il problema che ci si è posti fin dall'origine è stato quello di determinare il modo con cui i giudici nazionali, pur in assenza di specifiche norme interne, possano intervenire sul diritto nazionale per attuare le sentenze della Corte EDU che abbiano riconosciuto la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo. Il *drafting* giurisprudenziale sul punto si è incentrato, almeno in un primo tempo, nell'eliminare tutte quelle circostanze che di fatto comprimono il diritto violato, in modo da assicurare la *restitutio in integrum* della vittima cancellando, per esempio, la condanna dal casellario giudiziale ed il rimborso dell'ammenda versata⁵⁷, oppure annullando un'ordinanza di sequestro cautelare⁵⁸ o un provvedimento dell'autorità nazionale che inibiva ai ricorrenti di svolgere la loro attività di informazione sull'aborto⁵⁹.

Significativo, in quanto ha costituito uno dei primi riconoscimenti della portata delle pronunce della Corte EDU da parte dei giudici italiani, un provvedimento adottato dal Tribunale per i minorenni di Firenze⁶⁰ che, adito a seguito di una decisione favorevole della Corte europea⁶¹, ritenne di rivalutare un provvedimento di sospensione della patria potestà dei genitori proprio sulla scorta della sopravvenienza dell'elemento nuovo costituito dalla sentenza della Corte EDU. In altra occasione, invece, venne garantito ad uno dei ricorrenti un impiego come netturbino da parte dell'amministrazione

53. Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, cit.; Id., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in proc. Dorigo, cit.; Id., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, cit.; Id., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, cit.

54. C. Cost., n. 129 del 2008; Id., n. 113 del 2011.

55. Cfr., ad esempio, la riformulazione dell'istituto della contumacia mediante d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv., con modif., in l. 22 aprile 2005, n. 60, a seguito di C. eur. dir. uomo, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia.

56. Decisivo, in proposito, l'intervento di C. Cost., n. 113 del 2011.

57. C. eur. dir. uomo, 1° luglio 1997, Oberschlick c. Austria (n. 2).

58. C. eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito.

59. C. eur. dir. uomo, 29 ottobre 1992, Open Door e Dublin Well Women c. Irlanda.

60. Trib. min. Firenze, 18 settembre 2000, Scozzari, inedita.

61. C. eur. dir. uomo, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia.

comunale di Reggio Calabria⁶².

Le vicende illustrate a mero titolo esemplificativo, costituiscono degli strumenti di armonizzazione dei giudizi nazionali alle pronunce della Corte EDU mediante il mutamento di giurisprudenza ovvero discostandosi dalla prassi precedente o offrendo alla disposizione interna un'interpretazione coerente con le indicazioni rilevabili dalla sentenza dei giudici di Strasburgo.

Su un altro piano poggiano gli interventi "vicari" della giurisprudenza⁶³.

Il percorso seguito prende le mosse da una prima decisione della Corte di cassazione che nel valutare l'eseguibilità di una condanna interna riportata all'esito di un processo ritenuto "non equo" da parte della Corte EDU, ha ritenuto che lo strumento più acconcio per determinare se sia annullabile, revocabile o eseguibile un ordine di esecuzione di sentenza irrevocabile in un procedimento pronunciato in contumacia accertata dalla Corte EDU, sia l'incidente di esecuzione nella forma partecipata e non la procedura *de plano*⁶⁴. Si tratta ovviamente di un timido segnale, ma significativo in quanto fissa dei punti fermi dai quali si sviluppa un filone giurisprudenziale che continua a far leva sul principio dell'ineseguibilità del titolo esecutivo in contrasto con l'acclarata violazione da parte della Corte di Strasburgo.

Successivamente la sentenza "Somogyi" porta la cassazione penale⁶⁵ a infrangere il dogma del giudicato, richiamando i limiti posti dal tenore del § 1 dell'art. 35 C.e.d.u. che per la ricevibilità dei ricorsi "europei" richiede il previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Per tale ragione, secondo la cassazione, « qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale. Ed è appena il caso di aggiungere che il principio di intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della revisione ovvero al più recente istituto del ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.*) ».

A distanza di pochi mesi, sempre sulla scia dei rimedi *post rem iudicatum*, si è assistito ad un ulteriore passo avanti verso l'effettività delle decisioni della Corte europea. Illustriamo in breve la vicenda.

La Sezione I della Suprema Corte⁶⁶, ponendo fine al caso "Dorigo"⁶⁷, ha ritenuto 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

62. C. eur. dir. uomo, 21 novembre 1983, Foti ed altri c. Italia.

63. Sul tema una completa disamina della giurisprudenza di legittimità è contenuta nel lavoro di APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 509.

64. Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, Cat Berro, in *Cass. pen.*, 2006, 3171.

65. Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, cit.

66. Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in proc. Dorigo, cit.

67. C. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia.

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 C.e.d.u. 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 ».

Sempre limitandosi a citare le pronunce che hanno assunto un maggior significato in questa lunga marcia, la decisione della Sezione VI della cassazione nel caso "Drassich"⁶⁸ imprime una svolta sullo strumento giuridico da utilizzare per consentire la penetrazione della pronuncia della Corte EDU nel nostro ordinamento e lo fa utilizzando lo strumento del ricorso straordinario per cassazione per errore di fatto. Gravida di spunti di riflessione, la decisione ha risolto un caso avente ad oggetto una precedente pronuncia della Corte di legittimità che in un procedimento per corruzione a carico di un magistrato, all'esito della discussione delle parti — che, tra l'altro, eccepivano l'intervenuta prescrizione —, ha riqualificato il fatto come corruzione in atti giudiziari, per la quale il termine di prescrizione non era ancora maturato.

Adita la Corte EDU, questa ritenne violato l'art. 6, §§ 1 e 3, lett. a) e b), in quanto la cassazione aveva leso « il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico nonché il suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa »⁶⁹. In buona sostanza, la cassazione aveva deciso di mutare la qualificazione giuridica del fatto senza aver consentito alle parti di contraddire sul punto. Ora, a prescindere dagli sviluppi del procedimento⁷⁰, quello che interessa ai fini della nostra indagine è la circostanza che la Corte di cassazione mediante l'istituto di cui all'art. 625-bis c.p.p. abbia offerto riconoscimento alla sentenza della Corte EDU in ottemperanza all'art. 46 C.e.d.u., precisando che, nel caso di specie, l'istituto più idoneo a porvi rimedio è quello previsto dall'art. 625-bis c.p.p. che opera per gli errori in cui è incorsa la Corte di cassazione. La trama argomentativa seguita dagli ermellini è finalizzata a ritenere adeguato allo scopo il ricorso straordinario per cassazione, nato proprio per « 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 »⁷¹. La decisione risulta innovativa per due aspetti: da un lato, apre il campo ad un nuovo rimedio — il quale va ad affiancarsi a quello di cui all'art. 670 c.p.p. che tende ad "ibernare" il giudicato —

68. Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, cit.

69. C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

70. Cass., Sez. VI, 25 maggio 2009, Drassich, cit.

71. Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, cit.

che consente ai giudici di ottemperare alla decisioni della Corte EDU in mancanza (e attesa) di un intervento legislativo; dall'altro, costituisce una vivida interpretazione conforme del diritto convenzionale come auspicato dalle sentenze "gemelle".

A conclusione del percorso dei rimedi revocatori posti in essere dalla giurisprudenza italiana si colloca il caso "Scoppola"⁷², nel quale la cassazione, sempre prospettando la discrasia tra giudicato interno e quello della Corte di Strasburgo⁷³, mediante il ricorso *ex art. 625-bis c.p.p.*, ha sostituito la pena dell'ergastolo originariamente applicata con quella di trent'anni di reclusione in applicazione del principio della *lex mitior*.

Il fatto. Nel giudizio di primo grado, celebrato nelle forme del rito abbreviato, lo Scoppola era stato condannato a trent'anni di reclusione per uxoricidio, ma nel giudizio di appello la pena era stata sostituita con quella dell'ergastolo in ragione dell'interpretazione offerta dall'art. 7, co. 2, d.l. 24 novembre 2000, n. 341, poi convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4 — pubblicato in Gazzetta il giorno stesso della pronuncia di primo grado —, secondo cui in caso di reati in continuazione per i quali la legge prevede l'ergastolo con isolamento diurno, la riduzione per il rito abbreviato importa l'irrogazione dell'ergastolo e non della reclusione a trent'anni.

Esaurite le vie di ricorso interne (ricorso per cassazione ordinario e straordinario) la Corte EDU, con pronuncia della Grande Camera, ha riconosciuto la violazione degli artt. 6 e 7 C.e.d.u., rispettivamente perché il ricorrente aveva sofferto il mutamento di disciplina sanzionatoria dopo aver optato per un rito (l'abbreviato) che, seppur a fronte di vantaggi sul piano sanzionatorio, importa riverberi sul piano difensivo, primo tra tutti quello alla formazione della prova in dibattimento e conseguentemente quello di poter interrogare il proprio accusatore, e anche perché l'art. 7 C.e.d.u. deve essere letto nel senso di ritenere la retroattività delle pene più miti in quanto la disciplina del giudizio abbreviato, pur essendo formalmente di ordine processuale, produce riflessi sostanziali. La cassazione, adita ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p., ha ritenuto sussistere « il diritto del ricorrente ad ottenere una modifica della pena in attuazione della legalità della Convenzione ed il corrispondente obbligo positivo del giudice — che, investito del ricorso, abbia preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte europea — di determinarne la quantificazione in misura rispondente alla legalità della Convenzione europea »⁷⁴. Pur riconoscendo che il giudice deputato ad applicare la pena più mite sia quello dell'esecuzione nelle forme dell'art. 670 c.p.p., la cassazione ha ritenuto di applicare il principio della ragionevole durata del

72. Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, cit.

73. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

74. Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, cit.

procedimento che sarebbe stato intaccato con un annullamento finalizzato ad investire il giudice dell'esecuzione.

L'approdo cui si è giunti a seguito dell'*affaire* "Scoppola" ha comportato ulteriori sviluppi, posto che attualmente la questione che ha portato la Corte di cassazione ad applicare il trattamento sanzionatorio *in mitius*, come prevedibile, è stata amplificata ad altri casi⁷⁵. Le Sezioni unite investite della *quaestio de iure* circa la possibilità per il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla pronuncia della Corte EDU "Scoppola c. Italia", di poter sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, modificando il giudicato con l'applicazione della pena più favorevole, hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000 per contrasto con gli artt. 3 e 117, co. 1, Cost.⁷⁶. A tacer della decisione "pilatesca" di rimettere gli atti alla Consulta sulla base dell'impossibilità di ammettere un'interpretazione conforme alla CEDU⁷⁷, l'approdo risulta di significativa importanza in quanto offre testimonianza di come i giudici nazionali risultino sempre più sensibili all'influenza della CEDU e della giurisprudenza della sua Corte. Nonostante ciò, sarebbe stata più apprezzata una maggiore coerenza⁷⁸ posto che il reale significato di una norma emerge dalla "fusione" tra dato positivo e prassi applicativa. Il giudice, quindi, assume un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, la quale "vive" calandosi nella realtà, grazie all'interpretazione offerta dai giudici in relazione al caso concreto, attività che trova la sua massima espressione nel compito di nomofilachia assegnato dall'ordinamento giudiziario alla Corte di cassazione, le cui pronunce sono finalizzate « a garantire "quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini" »⁷⁹. Concludendo « il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente "creativa" della interpretazione, la quale, senza varcare la "linea di rottura" col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione

75. Cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2012, Guidi, in *Dir. pen. proc.*, 2012, in corso di pubblicazione; Id., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, *ibidem*; Id., Sez. I, 2 dicembre 2011, Avignone, *ibidem*, con nota di GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*.

76. Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, cit.

77. Scelta che non condividono neppure GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, cit.

78. Ci si riferisce al precedente costituito da Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17.

79. Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, cit.

integrativa della medesima »⁸⁰.

In sintesi, abbiamo analizzato le tappe più significative di un percorso articolato, con soluzioni talvolta machiavelliche, nel senso che l'adeguamento da parte dello Stato alla decisione della Corte EDU (il fine) si è realizzato con vari strumenti non sempre sistematicamente ortodossi (il mezzo), capaci però di consentire alla giurisprudenza, in specie quella di legittimità, di operare come vicario del legislatore.

4.2. *Il ruolo propulsivo della Consulta nella perdurante attesa di un intervento legislativo*

I primi (e timidi) segnali del legislatore⁸¹, unitamente ai ricordati interventi giurisprudenziali tendenti a disconoscere il vincolo della *res iudicata* nazionale a fronte di una sentenza di segno opposto da parte degli organi di Strasburgo che abbiano accertato la violazione delle garanzie dell'equo processo, dovrebbero consentire di superare gli ostacoli alla vincolatività delle decisioni della Corte EDU per lo Stato condannato. In tal senso risulta assai significativa una pronuncia della cassazione nel contesto di una vicenda, nota non solo per le implicazioni giuridiche. Secondo il giudice nomofilattico « le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che dichiarano l'intervenuta violazione della Convenzione, pur non avendo effetti precettivi immediati, sono produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti del giudizio, perché, da un lato, lo Stato è tenuto a conformarsi eliminando la violazione e, dall'altro, il cittadino coinvolto dalla violazione stessa ha diritto alla riparazione nella forma pecuniaria e/o specifica della *restitutio in integrum* »⁸².

La necessità di creare un testo legislativo capace di consentire al giudicato sovranazionale di incidere su quello interno, sollevando quindi la giurisprudenza da un ruolo vicario come hanno fatto le richiamate sentenze "Somogyi", "Dorigo", "Drassich" e "Scoppola" che comunque hanno adottato soluzioni parziali e non completamente appaganti⁸³, ha portato ad un approdo convincente mediante una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., per contrasto con il parametro di cui all'art. 117, co. 1, Cost.

La Corte costituzionale ha previsto come « con particolare riguardo alle infrazioni correlate allo svolgimento di un processo, e di un processo penale in specie, la Corte di Strasburgo, muovendo dalle ricordate premesse, ha identificato nella riapertura del processo il meccanismo più consono ai

80. Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, cit.

81. Ci si riferisce alle leggi n. 280 del 2005 e n. 12 del 2006.

82. Cass., Sez. III, 11 maggio 2010, Sud Fondi s.r.l., in *Mass. Uff.*, n. 247280.

83. Per un'esauriente chiave di sintesi si rimanda alla parte motiva di C. Cost., n. 113 del 2011.

fini della *restitutio in integrum*, segnatamente nei casi di accertata violazione delle garanzie stabilite dall'art. 6 della Convenzione. Ciò, in conformità alle indicazioni già offerte dal Comitato dei Ministri, in particolare nella Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, con la quale le Parti contraenti sono state specificamente invitate "ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione" » e che « quando un privato è stato condannato all'esito di un procedimento inficiato da inosservanze dell'art. 6 della Convenzione, il mezzo più appropriato per porre rimedio alla violazione constatata è rappresentato, in linea di principio, "da un nuovo processo o dalla riapertura del procedimento, su domanda dell'interessato", nel rispetto di tutte le condizioni di un processo equo »⁸⁴. Nonostante il legislatore sia stato più volte esortato, senza risultati, tanto con la decisione in esame che con quella precedente sul caso "Dorigo", la n. 129 del 2008, ad allestire un rimedio che consenta la riapertura del processo, la Consulta « posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa — tanto più se attinente a diritti fondamentali — » ha forzato i caratteri peculiari della revisione, per tradizione finalizzata al proscioglimento del condannato, pur di consentire l'effettivo riconoscimento di una violazione dei diritti fondamentali accertati dalla Corte EDU, che altrimenti rimarrebbe un rimedio illusorio⁸⁵.

La decisione era attesa, posto che le basi per un'apertura in tal senso erano state tracciate già qualche anno prima con la pronuncia n. 129 del 2008, ma i parametri costituzionali invocati non erano stati ritenuti corretti.

Ora, evitando di tracciare un quadro dei disegni di legge tendenti a riaprire i processi dichiarati iniqui dalla Corte di Strasburgo⁸⁶ che in questa sede non rilevano, il messaggio forte che promana dalle decisioni passate in rassegna è che il dogma del giudicato non deve più essere considerato un tabù e per tal motivo, soprattutto *in executivis*, è opportuno manipolarlo per tendere a rendere più giusta, o meglio ancora più equa, una decisione.

84. Corte cost., n. 113 del 2011. A commento della decisione GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, 3308; UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, 1542.

85. Sulle perplessità legate all'utilizzo dell'istituto della revisione, condivisibilmente, GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, 3312 ss.

86. Per un quadro esaustivo dello "stato dell'arte" sul punto e della letteratura che se ne è occupata, sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, cit., 26 ss., nonché ID., *Questioni problematiche della nuova ipotesi di revisione*, in *www.foroeuropa.it*, 2009, n. 2. Per un approccio comparatistico v. il saggio di GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1844 ss.

5. La risposta al quesito iniziale

Si è autorevolmente sostenuto che vi siano buone ragioni per ritenere che il ricorso alla Corte EDU introduca un quarto grado di giudizio, ma che ve ne siano altrettante per pensarla in modo diametralmente opposto⁸⁷.

Rimandando al predetto lavoro per una compiuta e sopraffina analisi delle considerazioni a sostegno dell'una o dell'altra tesi, preferiamo offrire continuità al discorso intrapreso, vale a dire "indagare" sul rapporto tra le decisioni della Corte di Strasburgo e la riapertura del processo quale conseguenza della decisione di iniquità.

C'è un dato che non si può trascurare: il c.d. principio di sussidiarietà, vale a dire la possibilità di adire la Corte EDU solo « dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interno » (art. 35 C.e.d.u.); ciò significa che prima di invocare il controllo dei giudici strasburghesi occorre attendere la decisione della Corte di cassazione, autorità che sta al vertice del nostro sistema giudiziario.

Cassazione e Corte europea operano in modo differente: la Corte di cassazione è giudice delle regole, la Corte di Strasburgo è giudice dei diritti (umani)⁸⁸ e non è detto che la violazione delle regole incida sempre sui diritti. Si pensi alle carenze strutturali nell'ordinamento giuridico: si verifica proprio il caso opposto, il rispetto della regola viola il principio. È chiaro che le due Corti sono profondamente diverse tra loro.

La Corte EDU, però, può essere attivata, secondo il principio di impugnazione *multilevel*, solo a seguito del giudizio della cassazione, ma ciò non significa che vi sia continuità tra una decisione e l'altra, in quanto attivando il sindacato della Corte europea, il ricorrente non chiede il controllo della decisione della Suprema Corte, ma chiede che venga accertato se il processo nazionale abbia violato i diritti umani. Insomma, si domanda ai giudici di Strasburgo una pronuncia *as a whole*, su tutto il processo, e se la Corte lo ritiene *unfair*, stabilisce che venga "riaperto".

Tutto il giudizio, quindi, si pone in prospettiva diversificata: nel processo interno il ricorrente è imputato; in quello sovranazionale è parte lesa, nel senso che si deve verificare se il processo gli ha arrecato un danno mediante la violazione di un diritto tutelato dalla CEDU.

Diversa prospettiva che si riverbera sul piano degli effetti. Il giudice delle leggi⁸⁹ ha stabilito che sia assicurata la riapertura del processo a seguito di pronuncia definitiva della Corte EDU, individuando nella revisione l'istituto più idoneo, senza che comunque ciò vincoli le scelte che il legislatore effettuerà.

87. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 794 ss.

88. Per una compiuta analisi in tal senso IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 802 ss.

89. C. Cost., n. 113 del 2011.

La soluzione della revisione impone una seria riflessione sia in ordine allo snaturare un istituto che tradizionalmente può essere attivato solo se si persegua il proscioglimento del condannato (art. 631 c.p.p.)⁹⁰, sia perché, secondo la Corte costituzionale, per riaprire il processo, occorre valutarne la necessità in considerazione della natura oggettiva della violazione e delle indicazioni contenute nella sentenza “europea” o in quella interpretativa prevista dall’art. 46, § 3, C.e.d.u.⁹¹. In concreto l’interessato dovrà essere posto nelle « condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata »⁹². E questo è un dato che milita a favore dell’opzione revisione: il processo si riaprirà ripristinando le condizioni violate, ma non è detto che ciò sia sempre necessario, potendo essere sufficiente una mera rivalutazione del contenuto della decisione come, ad esempio, è avvenuto nel caso “Scopola”. Diversa è l’ipotesi su cui ha preso espressamente posizione la Corte costituzionale, vale a dire l’*affaire* “Dorigo”, in quanto siamo al cospetto di violazione dell’art. 6, § 3, lett. d), C.e.d.u. — utilizzo di dichiarazioni rese unilateralmente, fondanti la decisione di condanna — che impone la necessità di rinnovare il processo, vale a dire una celebrazione *ex novo*⁹³.

Ed ecco il punto. Lo scopo può essere raggiunto in due modi: o mediante una rivisitazione del processo “azzerato” dalla decisione della Corte EDU mediante la revisione, seppur con i temperamenti previsti dalla Consulta; oppure rinnovando l’atto viziato per inserirlo nel contesto decisionale interno ed in tal caso l’istituto giuridico più idoneo non può che essere individuato nel giudizio di rinvio⁹⁴.

E si spiega.

Le decisioni della Corte EDU, come anticipato, sono strutturalmente molto lontane da quelle interne; i giudici di Strasburgo giudicano il processo nell’insieme, *as a whole*, diventa quindi estremamente difficoltoso comprendere come la violazione del diritto tutelato incida sulla decisione interna: la Corte EDU sancisce solo una violazione senza addentrarsi nell’analisi dell’efficienza causale di questa nel contesto decisorio: impossibile, ad esempio, effettuare una prova di resistenza circa il diverso epilogo che avrebbe avuto il processo interno a carico di Somogyi se questi fosse stato posto in condizione di decidere se parteciparvi; eppure la Corte ha riconosciuto la violazione ed ha imposto la riapertura del processo. E questo *modus agendi*

90. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, 1547.

91. Sul punto diffusamente e condivisibilmente GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, 3312.

92. Così C. Cost., n. 113 del 2011.

93. UBERTIS, *L’adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell’equità processuale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kistoris, Torino, 2008, 120.

94. Per l’analisi delle dinamiche motivazionali nel passaggio tra fase rescindente e rescissoria, non possibile in questa sede, MONACO, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, Padova, in corso di pubblicazione.

costituisce un buon argomento a favore dell'istituto della revisione.

Più complicato, ma sistematicamente più ortodosso, risulta il ricorso all'istituto del giudizio di rinvio, come peraltro preconizzato nei primi disegni di legge⁹⁵, ma questa soluzione sconta una serie di limiti sia perché l'apparato motivazionale delle decisioni della Corte EDU non si presta a questo genere di interpretazione e anche perché non v'è alcuna norma della Convenzione europea e dei protocolli aggiuntivi che impone di motivare le sentenze, anche se per consolidata giurisprudenza « i giudici devono [...] indicare con una chiarezza sufficiente i motivi sui quali esse si fondano » di modo che « ogni accusato possa esercitare utilmente i ricorsi contro le decisioni giudiziarie »⁹⁶.

In conclusione, solo se il processo interno successivo alla decisione di condanna del nostro Paese da parte della Corte EDU assumerà, al di là delle etichette terminologiche, la veste del giudizio di rinvio con effetti rescissori rispetto al giudizio rescindente svoltosi in sede sovranazionale, potrà parlarsi della Corte di Strasburgo come giudice di quarta istanza; diversamente, e cioè operando secondo il modello della revisione, ogni riferimento al quarto grado di giudizio dovrà ritenersi inappropriato⁹⁷.

95. Per una sintesi dei disegni di legge che riportano a schemi procedurali riconducibili al giudizio di rinvio, sia concesso richiamare GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, cit., 26 ss.

96. Tra le tante, esemplarmente, C. eur. dir. uomo, 16 dicembre 1992, Hadjianastassiou c. Grecia.

97. In questi termini anche GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, cit., 3318.