

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

ANDREANA ESPOSITO

Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale

Con lo scopo di fornire gli elementi utili per sperimentare alcune possibili strategie di *costruzione della realtà giudiziaria*, l'A. individua nei giudici, quello europeo e quello nazionale i principali artefici di una scrittura corale del diritto. Analogamente a quanto accade in altri spazi del diritto, oggi sempre più reticolare e non ordinato, a loro spetta il compito di combinare i momenti "interpretativi" che si realizzano intorno ai differenti "nodi" della rete giuridica quale si sviluppa all'ombra della Convenzione. Si tratta di una partita da giocare sul piano dell'interpretazione e degli argomenti, non portando il continuare a ragionare *delle fonti* a soluzioni pratiche o a sciogliere problemi che derivano dal combinarsi dei diversi piani

With the purpose of providing useful elements to experiment with some possible strategies of construction of the judicial reality, the A. It identifies in the judges, the European one and the national one the principal architects of a choral writing of the law. Similar to what happens in other areas of law, today more and more reticular and unordered, they have the task of combining the "interpretative" moments that are carried out around the different "knots" of the legal network as it develops in the shadow of Convention. It is a game to be played in the interpretation and arguments, not bringing the continue to reason sources to practical solutions or to dissolve problems that arise from the combination of different plans.

SOMMARIO: 0. Premessa. - 1. Il giudice europeo: ragionare per storie. - 1.1. Tra caso e precedente. - 1.1.1. Il caso. - 1.1.2. Appropriata emotività. - 1.1.3. Il precedente. - 1.2. Intrecci sotto lo stesso cielo. - 1.3. Provvisorietà generalizzabile. - 1.4. L'unione che dura. - 2. Il giudice nazionale: appartenenza e indipendenza. - 2.1. Al crocevia tra interpretazione conforme e obbligo di esecuzione. - 2.1.1. Inquietudine del controllo. - 2.1.2. Creatura gotica. - 2.1.3. Semplificazioni. - 2.2. Giudice esecutore. - 2.2.1. Alla ricerca del rimedio. - 2.2.2. Una questione individuale. - 2.2.3. Una questione generale. - 2.2.4. Prospettive. - 2.3. Giudice narratore. - 2.4. Frammenti. - 3. Concludendo.

0. Premessa.

La Convenzione europea dei diritti umani esprime, come è noto, attraverso le sue strutture e il suo linguaggio, un senso del diritto di difficile *traduzione/comprendimento* in un universo giuridico che si riconosce nella piramide kelseniana, posta classicamente a fondamento delle fonti.

Linguaggio *morbido*, quello sovranazionale, che porta la Corte a parlare, anche del diritto penale, prescindendo dalle classiche categorie penalistiche, rifuggendo da approdi dogmatici e alimentando piuttosto tipologie *miste e impure* di diritto penale.

È senz'altro, quello tratteggiato dalla giurisprudenza europea un diritto penale *poroso*, denso di valori che traggono la loro origine all'interno e all'esterno del testo del trattato, grazie all'idoneità del *metodo* convenzionale di elabora-

re proprie ragioni, certo, ma soprattutto di dialogare con i sistemi nazionali¹. La vocazione del diritto convenzionale, come ogni diritto *ideale*, è infatti quella di elaborare dall'interno il *prescritto giuridico*, come un'esigenza critica inestinguibile, un'esigenza che non lo porta a sostituirsi al diritto positivo nazionale ma che al contrario lo presuppone. Si potrebbe dire che il diritto nazionale appartiene all'ordine costituito e il diritto convenzionale "ideale" all'ordine costituente.

E l'uno non si muove senza l'altro.

Le forze costituenti scivolano nelle forme costituite, in un movimento di collaborazione positiva.

Demiurghi di questa collaborazione sono principalmente - ma non esclusivamente - i giudici, quello europeo e quello nazionale. Analogamente a quanto accade in altri spazi del diritto, oggi sempre più reticolare e non ordinato, a loro spetta il compito di combinare i momenti "interpretativi" che si realizzano intorno ai differenti "nodi" della rete giuridica quale si sviluppa all'ombra della Convenzione. Si tratta di una partita da giocare sul piano dell'interpretazione e degli argomenti, non portando il continuare a ragionare *delle fonti* a soluzioni pratiche o a sciogliere problemi che derivano dal combinarsi dei diversi piani².

Senza voler qui riproporre l'ampio dibattito sviluppatosi sul tema della complessità delle fonti e dei conseguenti mutamenti del tessuto normativo³, anche

¹ Volendo, si veda il mio *Diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano il sistema penale*, Torino, 2008.

² Così, DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo (con particolare riguardo al precedente europeo) della giurisprudenza*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, PALIERO - MOCCIA - DE FRANCESCO - INSOLERA - PELISSERO - RAMPIONI - RISICATO (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 154; e RUGGERI, *I diritti fondamentali tra carte internazionali e costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell'interpretazione)*, in *Il tramonto della modernità giuridica*, a cura di Vogliotti, Torino, 2008, 146 e ss.; ID., *La Corte costituzionale "equilibrata" tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Dir. pub. comp. europeo*, 2011, 1757 e ss.

³ La bibliografia in materia è oramai molto ampia, senza alcuna pretesa di esaustività: in particolare con riguardo alle modifiche *indotte* dall'apertura degli ordinamenti nazionali a quelli sovranazionali, DEL TUFO, *La Corte Europea dei diritti dell'Uomo ed il ruolo del giudice nazionale tra interpretazione conforme e rinvio alla Corte Costituzionale*, in *Foro Napoletano*, 2018; DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 43 e ss.; MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, anche in questa Rivista; sulla de-gerarchizzazione delle fonti, PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099 e ss.; al di fuori della penalistica, LIPARI, *Il ruolo del giudice nelle crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 482 e ss.; L. VACCA, *Interpretazione e scienza iuris. Problemi storici e attuali*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Biscotti, Borsellino, Pocar, Pulitanò, Milano, 2002, 3 e ss.; VO-

penale, è sufficiente, ai fini che interessano in questa sede, rimarcare come *nell'era* giuridica *postnazionale* - caratterizzata da cambiamenti *qualitativi e quantitativi*⁴, di struttura e di paradigma - anche il ruolo del giudice, *in mezzo alle trasformazioni del mondo*, come il *vecchio Qfwfq* di Calvino⁵, è oggetto di profonda trasformazione. Posto di fronte a uno strumentario giuridico variegato e ampiamente impreciso, tendente in modo crescente al disordine, il giudice, nazionale o sovranazionale che sia, ha sempre più una funzione marcatamente normativa di costruzione del diritto: interpretare il testo giuridico con l'obiettivo di risolvere problemi pratici, la cui soluzione - frammento di un processo aperto di produzione normativa - è destinata a collocarsi ben oltre il singolo caso concreto da risolvere.

Lo spazio giuridico in cui si muove l'interprete è connotato - per usare l'immagine di Hofstadter - da *livelli aggrovigliati*. Vi è, in tale spazio, un continuo intersecarsi di linee e di piani che si intrecciano, «“strani anelli”, figure composite e dai contorni sfocati che, come nei disegni di Escher, ne originano incessantemente di altre»⁶. In questo *groviglio* (o rete o *arcipelago*, se si preferisce), la riproduzione dello schema *multilivello* risulta fuorviante⁷, perché la distinzione interno-esterno è saltata, perché non vi sono gerarchie, perché gli Stati si mescolano con gli altri organi produttori di *diritto*, e questi, a loro volta, fanno continuo appello alla cooperazione degli Stati⁸.

In questo nuovo assetto, sono sempre di più gli interpreti a trovarsi nella necessità di portare ordine e coerenza, senza i quali non potrebbe aversi diritto⁹. Si assiste, pertanto, a un forte potenziamento del ruolo dell'interpretazione,

GLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Milano, 2007 e più di recente, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 89 e ss.; ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Bari, 2012.

⁴ Cfr. MANES, *Metodi e limiti*, cit., 2.

⁵ CALVINO, *Le cosmicomiche, Zio acquatico*, Torino, 1965, 83. Qfwfq è, come è noto, il narratore, dal nome palindromo, delle Cosmicomiche, che ci accompagna per tutti i racconti, indossando tutte le vesti evolutive possibili e immaginabili: a volte è cellula, a volte cammello, altre volte comincia come corpuscolo nello spazio infinito e primordiale e finisce come impiegato di una qualunque città dei nostri tempi. Nel racconto, *Zio acquatico*, un giorno Qfwfq decise di andare a fare visita allo zio pesce con la sua fidanzata L11, e L11 si innamorò del vecchio zio, o del vecchio mare sconfinato, al quale volle tornare per mettere al mondo altri pesci. "Fu una batosta dura per me. Ma poi, che farci? Continuai la mia strada, in mezzo alle trasformazioni del mondo, anch'io trasformandomi"

⁶ M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit. 276.

⁷ Così CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2012, 18.

⁸ Si pensi, alla teoria del margine nazionale di apprezzamento per la Corte europea, o al principio di sussidiarietà per l'Unione europea.

⁹ ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti*, in ID. *La comprensione del diritto*, cit., 58.

doendosi continuamente operare una scelta tra diversi livelli di normatività e di vincolatività¹⁰.

«Né si può dimenticare» ricorda Zaccaria¹¹ «la rilevanza e l'interesse del dialogo e della comunicazione transgiudiziale, che realizzano una (...) dialettica - evidentemente non priva di aspetti di concorrenze e di tensione - tra valori e culture diverse».

In questo contesto, l'individuazione delle modalità collaborative del giudice nazionale con la produzione del diritto convenzionale, nel tema che ci interessa, impone di immaginare quale sviluppo narrativo possa aversi in sede nazionale di un racconto giurisprudenziale iniziato a Strasburgo. Bisogna, in altri termini, provare l'impresa interpretativa di *comprendere*, cioè di attribuire, dialogicamente e collettivamente, un *senso* condiviso al diritto convenzionale¹².

Ciò comporta la necessità di mettere a fuoco gli elementi fondamentali dei processi di conoscenza e di costruzione della realtà giudiziaria che caratterizzano gli attori giudiziari in *interazione* tra loro. Si tratta, in altri termini, di individuare ruoli, funzioni e strumenti dei protagonisti delle vicende che si dipanano all'ombra della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Scopo di questo scritto è fornire gli elementi utili per sperimentare alcune possibili strategie di *costruzione della realtà giudiziaria*.

Da qui il necessario ricorso a paradigmi concettuali che si pongono oltre il piano nazionale per comprendere come dovrebbe strutturarsi la conoscenza dei giudici che agiscono gli uni con gli altri nel sistema allargato europeo/nazionale e come quella conoscenza dovrebbe mettere in moto un processo di integrazione e armonizzazione tra soggetti diversi, che non esclude evidentemente il disaccordo, ma, al contrario, lo presuppone come fonte necessaria per il proprio sviluppo.

Bisogna quindi *riavvolgere il nastro* e, ricominciando a tessere la tela degli intrecci reciproci tra le diverse giurisdizioni, domandarsi quali siano i rispettivi ruoli dei giudici protagonisti.

1. Il giudice europeo: ragionare per storie.

¹⁰ Cfr. ZACCARIA, *Giurisprudenza e fonti del diritto nella prospettiva ermeneutica*, in ID. *La comprensione del diritto*, cit. 27.

¹¹ Cfr. ZACCARIA, *Giurisprudenza e fonti del diritto*, cit. 27.

¹² Ho preso in prestito il concetto di *interpretazione* della ermeneutica, secondo cui l'interpretazione indica una precisa modalità dell'approccio conoscitivo: essere una attività rivolta alla comprensione, così VIOLA *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fascicolo 1, 2015, 64.

Per inquadrare funzioni e ruolo del giudice della Corte europea, bisogna partire da una domanda: è possibile prevedere la sua evoluzione giurisprudenziale? Solo provando (nel dubbio di potervi riuscire) a confrontarsi con tale questione, è individuabile il ruolo svolto dal giudice di Strasburgo nella incessante opera di costruzione del diritto convenzionale.

1.1. Tra caso e precedente. 1.1.1. Il CASO.

La risposta alla domanda iniziale non è declinabile in termini di certezza: è sicuramente impresa complicata ricostruire il contenuto delle disposizioni convenzionali prima della loro applicazione da parte della Corte. E questo perché il diritto convenzionale nasce dal caso: la norma è generata dal fatto.

È intorno ai fatti di ogni caso che si svolge l'opera giudiziaria della Corte.

È noto: ogni sentenza dei giudici europei va letta in relazione ai fatti del caso specifico. È sui *particulars* che si modella la definizione della norma utile alla risoluzione di una data controversia, e, conseguentemente, la decisione giudiziaria¹³. Il momento qualificante l'attività interpretativa del giudice è proprio costituito «dalla “diagnosi giuridica del caso concreto”», «operazione preliminare rispetto alla sua decisione»¹⁴. L'individuazione corretta della regola di giudizio è strettamente connessa al fatto concreto che fornisce il criterio per estrarla.

Indicativo del modo di procedere casistico dell'organo europeo è l'assenza di *massime di giudizio* delle sue sentenze. Lo strumento di informazione più rapido, non volendo leggere il testo completo della decisione, è il cosiddetto *comunicato stampa* che riassume i passaggi salienti del ricorso dando grande enfasi proprio ai fatti da cui quello è originato.

Complice anche un testo volutamente scritto a maglie larghe e con nozioni dall'ampia portata, diviene centrale l'applicazione: per dirla con l'ermeneutica, il diritto convenzionale non si comprende indipendentemente dalla concretezza della situazione ma si fa *in relazione* ai fatti¹⁵.

¹³ Quello della Corte è sicuramente, con le precisazioni che farò di qui a poco, *diritto del caso concreto*; in questo contesto allora vale sicuramente quanto detto da Salvatore Satta (*La vita della legge e la sentenza del giudice*, in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 48 e ss.) «...il giudizio non è soltanto la decisione...Non si svaluta con ciò la decisione. Essa rimane al centro dell'esperienza, come supremo atto conoscitivo-creativo di essa. E il suo valore, che la rende insostituibile, è nel giudizio, cioè nel trovare nel fatto il diritto, il diritto che è dentro il fatto (*ex facto oritur jus*) che è il fatto stesso, il suo essere...»

¹⁴ VACCA, *Interpretatio e caso concreto*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di Rossetti, Torino, 2017, 230.

¹⁵ VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., 236 e ss. L'autore sottolinea, poi, la circolarità, *non viziosa*, tra l'enunciato normativo e il fatto, non comprendendosi l'uno senza il riferimento all'altro.

Non è semplice, ovviamente, maneggiare *il fatto*: le circostanze che costituiscono i fatti del caso possono essere infinite, e possono esserlo anche le loro possibili descrizioni. È evidente che tra il fatto e la sua rappresentazione giuridica intercorre un racconto del fatto. Detta in altri termini, il fatto entra – e questo non costituisce una caratteristica della sola giurisprudenza europea – nel giudizio sotto forma di enunciati che lo descrivono, o più spesso «sotto forma di insieme ordinati di enunciati, ossia di *narrazioni*»¹⁶. Qui vale quanto detto da Taruffo¹⁷, secondo cui il giudice (europeo, aggiungo io) ha a che fare con descrizioni, ossia con *narrazioni* costruite con modalità complesse e variabili. Dall'insieme di queste narrazioni emergono vari aspetti particolari della situazione di fatto sottostante il ricorso presentato alla Corte.

I singoli enunciati fattuali, relativi alla singola circostanza di fatto, danno vita a una composizione che Taruffo paragona a un mosaico. Il fatto “europeo” è rappresentato da una vicenda, da un insieme di circostanze, da comportamenti, da norme sostanziali e procedurali, da decisioni di giudici nazionali, dalle loro motivazioni e argomentazioni logiche e giuridiche, da prove. Illimitato è il numero di variabili che riguardano gli individui, le libertà, le garanzie: per il fatto di dover cogliere la realtà e al tempo stesso di doversi confrontare con circostanze reali, la norma convenzionale è strutturalmente aperta. Dal che deriva che la pronuncia del giudice non si legge unicamente a partire dal testo legislativo dovendosi a quello aggiungere gli elementi tratti dalla realtà del fatto.

Il giudice diventa allora un narratore del fatto nel suo riferimento relazionale al diritto.

Si tratta di raccontare una *storia*¹⁸. Si tratta della narrazione costruita di una storia, e non di una combinazione causale di enunciati.

È sulla base di questa narrazione che il giudice decide.

Si è in presenza, quindi, di un *ragionamento per storie*, in cui si prova, cioè, a dar conto della complessità di ogni vicenda giudiziaria mettendo in relazione, proprio attraverso la narrazione, fatti, storie, norme e anche emozioni, alla luce del modello culturale di cui la Convenzione è espressione.

¹⁶ Così TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., 127.

¹⁷TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 201.

¹⁸ Immaginare le decisioni giudiziarie come storie «non vuol dire che esse siano disancorate dal riferimento a norme, a vincoli procedurali o istituzionali. La narrazione è considerata piuttosto come un elemento attivo e strutturante di un processo di giuridicizzazione all'interno del quale questi elementi trovano una collocazione e un significato», DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, 2008, 190.

1.1.2. Appropriata emotività.

Procedo con una (apparente) divagazione.

Se si volesse indicare con una sola frase, e muovendosi su un piano sostanziale, il principale compito della Corte europea, potrebbe dirsi che i giudici europei, tramite la Convenzione, tendono alla protezione della dignità delle persone¹⁹, impedendo che continui a essere loro inflitta *vergogna e stigma*²⁰.

La dignità è la misura di ogni cosa.

Si tratta di una finalità rinvenibile, magari sottotraccia, in ogni decisione europea: quando si interviene per assicurare i diritti e le garanzie di un giusto processo, quando si tutela la libertà di espressione e di coscienza, quando si condannano le pene umilianti e degradanti, quando si sanzionano le perquisizioni e le confische *non necessarie* in una società democratica, quando si censurano quegli ordinamenti che non consentano la punizione di violenza o molestie sessuali, quando si dichiara l'arbitrarietà di licenziamenti fondati su viola-

¹⁹ Pur mancando un espresso richiamo nel testo convenzionale al concetto di dignità, è indubbio che essa costituisce valore di riferimento posto alla base dei diritti di cui agli articoli 2- 4 della Convenzione, che, come è noto, rappresentano un nocciolo duro intangibile sottratto alla possibilità degli Stati di derogarvi, ai sensi dell'art. 15 della Convenzione. Le situazioni sottostanti queste disposizioni sono tutte volte a proteggere la persona da rischi di degradazione e da violenza, chiunque ne sia l'autore (pubblica autorità o privati, la cui responsabilità ritorna allo Stato a causa del mancato adempimento di obblighi di protezione). Forse la prima volta che la Corte edu ha affermato la *dignità umana* agganciandola all'art. 3 della Convenzione è stato il caso *Tyrer c. Regno Unito*, sentenza del 25 aprile 1978. Il caso è noto: riguardava la punizione corporale della frusta inflitta quale sanzione disciplinare a uno studente. La giurisprudenza successiva in tal senso è molto vasta, tra le tante, Corte europea, GC, *Selmouni c. Francia*, sentenza del 28 luglio 1999, § 99; Corte europea, GC, *Vinter c. Regno Unito*, sentenza del 9 luglio 2013. E anche, per gli obblighi positivi di protezione, in tema di tutela della dignità, Corte europea, *Siliadin c. Francia*, sentenza del 24 luglio 2005. Pur non nascondendo la difficoltà della Corte di elaborare l'argomento dignitario in maniera coerente e su coordinate di valore unitarie (su questo cfr. G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico*, 2016, 247 e ss., in particolare 291 e ss.), è dato certo che spesso i giudici europei veicolano la dignità verso altri significati coincidenti con più ampi obiettivi di tutela. In questo senso, parla, in mancanza di una previsione espressa di *absence irradiante*. BURGORGUE-LARSEN, *La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *La dignité saisie par les juges en Europe*, a cura di Burgorgue-Larsen, Bruxelles, 2011, 55. Sulla difficoltà di riportare a unità la nozione di «dignità», cfr. MCCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *The European Journal of International Law*, 655 e ss. L'A. dopo aver esaminato l'uso del concetto di «dignità» in testi legislativi e giurisprudenziali conclude nel senso della inesistenza di un accordo sull'impiego del riferimento alla dignità umana che vada al di là di un *common minimum core*. Per una ricostruzione critica, perché impostata su un doppio binario *criminalità comune/criminalità lato sensu organizzata*, dell'uso del discorso dignitario nella giurisprudenza della Corte europea, cfr. VALENTINI, *Normativa antimafia e diritto europeo dei diritti umani. Lo strano caso del dottor Bruno Contrada*, in *questa Rivista*, 2017, 7 e ss.

²⁰ La protezione degli individui "da chi vuole infliggere loro vergogna e stigma" è per NUSSBAUM compito fondamentale di ogni *società corretta*, così in *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, 2005, *passim* e, in particolare 327 e ss.

zione della *privacy* dei lavoratori, quando si condannano atti di tortura, quando si deplorano allontanamenti e disgregazioni di nuclei familiari, quando si condannano condizioni della detenzione, o sue modalità, che superano la legittima soglia di *sofferenza* insita in ogni pena, quando si dichiara, in nome dell'accoglienza quale aspetto dei diritti umani, incompatibile con la Convenzione la politica dei respingimenti dei rifugiati²¹. Ognuna di quelle decisioni, come tante altre, tende a realizzare una società rispettosa della dignità umana, agendo per creare un ambiente *facilitante*²² in cui gli individui possano vivere liberi dalla *vergogna e dallo stigma*, con ricomposizione della dignità lesa.

In presenza di tale contesto, la trama continuamente intrecciata dal giudice europeo risulta intrisa di fattori valoriali dal sicuro impatto emotivo. La sua amministrazione della giustizia, di tipo sostanziale, viene svolta tenendo prevalentemente conto dei valori e degli scopi del diritto e rapportandoli alle circostanze dei casi particolari. La sua decisione, quindi, poggiata sul necessario passaggio dall'empirico al normativo, è inevitabilmente segnata dalle emozioni²³. È proprio l'incontro con il particolare a sollecitare reazioni emotive²⁴. Diversamente da altre Alte Corti (quali la nostra Corte costituzionale o la stessa Corte di cassazione) che sono *lontane* dal fatto, quella di Strasburgo, è, come detto, molto legata al fatto e propone giudizi fondati sul fatto. Mescolare giudici e fatti ha ripercussioni sulle decisioni. Le peculiarità di tali giudizi sono state correttamente sottolineate: «l'individuazione delle caratteristiche singolari del fatto e le conseguenti valutazioni configurano la cosiddetta *equità* del

²¹ Il senso di protezione dei diritti umani e, al tempo stesso, di restituzione della dignità che la Convenzione tende a perseguire si coglie limpidamente nelle parole finali del giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione concorrente nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, GC, sentenza del 23 febbraio 2012: «I rifugiati che tentano di scappare dall'Africa non richiedono un diritto di ammissione in Europa. Essi domandano soltanto all'Europa, culla dell'idealismo in materia di diritti dell'uomo e luogo di nascita dello Stato di diritto, di cessare di chiudere le sue porte a persone disperate che fuggono dall'arbitrio e dalla brutalità. È una preghiera modesta, peraltro sostenuta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. "Non restiamo sordi a questa preghiera".».

²² WINNICOTT, *Sviluppo affettivo e ambiente, studi sulla teoria dello sviluppo affettivo*, Roma, 1997.

²³ DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 173, in tutt'altro contesto (in particolare quello della bioetica) ha osservato, con considerazioni che tuttavia possono valere anche per le decisioni dei giudici europei, come la valorizzazione del fatto (vale a dire una maggiore propensione al contatto emotivo con i fatti) possa portare alla formulazione di un *giudizio pratico*, fondato sull'intuizione e su reazioni condivise sulla base di risposte empatiche. Una risposta basata su reazioni istintive-emotive avrebbe il pregio di «essere comune e da tutti condivisa e si conformerebbe quindi se non altro al nostro eterno bisogno di eguaglianza», DI GIOVINE, *Una lettura evolutivista del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di Di Giovine, Padova, 2013, 356 - 357.

²⁴ FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in *Diritto penale e neuroetica*, cit. 233 e ss.

giudizio, nella quale si esprime un potere che chiamerò *potere di connotazione*²⁵. Nello svolgimento di tale potere, si continua, la comprensione umana «è sempre, tendenzialmente simpatetica»²⁶.

È un *ambiente emotivo* quello del giudice di Strasburgo, che muove allora verso l'utilizzo (anche) di criteri decisionali non imbrigliati in schemi meccanici e deliberativi.

In più, le disposizioni onnicomprensive e a maglia larga quali quelle del testo convenzionale spingono verso «una ragionevolezza o saggezza applicativa»²⁷, ossia verso un uso di strumenti pratici di soluzione delle controversie.

Ponendomi in un solco tracciato da altri²⁸, mi sembra che si possa dire che le emozioni giocano un ruolo importante nel processo di formazione della decisione giudiziaria insieme a una definizione completa e “ragionevole” dei casi stessi. E questo è sicuramente vero nel caso di un giudice dei diritti. Giudice vicino, nel suo giudicare, ai fatti, dove, proprio per quel tessuto così aperto alle emozioni, ancor di più deve essere superata la netta contrapposizione tra emozioni e ragione. È necessario riconoscere anche alle emozioni una valenza cognitiva, avendo anche loro a che fare con il pensiero e con il ragionamento in qualsiasi forma.

«Però attenzione; tutto ciò a una condizione: a condizione cioè di saper distinguere quando le emozioni sono basate su giudizi ragionevoli e quando, invece, non lo sono»²⁹.

Il processo decisionale di un giudice così *emotivo* verosimilmente sarà basato anche su un sistema intuitivo³⁰, destinato a mescolarsi nella deliberazione. E

²⁵ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1998 (or. 1989), 136 e ss.

²⁶ *Ivi*, 145. Cfr. anche BOELLA, *Empatia in tribunale: il difficile percorso di una empatia negativa o senza simpatia*, in *Diritto penale e neuroetica*, cit., 210 e ss, che pur ritenendo che «l'empatia può arricchire il ragionamento del giudice», ricorda come «...il giudice...è tenuto a rispettare vincoli istituzionali e normativi, l'obbligo dell'imparzialità, l'istanza della giustizia o dell'equità».

²⁷ Così PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 52 riferendosi alla discrezionalità rimessa al giudice penale nella commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.

²⁸ Mi riferisco, in particolare, alla filosofa MARTHA NUSSBUAM, voce tra le più autorevoli nell'indicare la centralità della dimensione umana o emotiva del diritto, di cui, tra gli altri, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna 2004, e *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, il Mulino, 2013. Nella letteratura penalistica, il riferimento è a DI GIOVINE, di cui, tra gli altri, *Una lettura evolutivista del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in *Diritto penale e neuroetica*, cit. 337 e ss. e *Un diritto penale empatico?* cit.

²⁹ FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni* cit. 235.

³⁰ Sulla importanza del momento intuitivo anche nelle decisioni dei giudici, cfr. FORZA, *Razionalità ed emozioni nel giudicante*, in *Criminalia*, 2011, 353 e ss. Per una efficace ricostruzione delle diverse posizioni in letteratura sul valore cognitivo delle intuizioni, cfr. RUSSO, *Il diritto punitivo della CEDU II diritto punitivo della CEDU e il “tranello” di Civil Law al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*

l'intuizione che muoverà come primo motore la decisione è, a sua volta, determinata da un "insieme di cose" estremamente vago, indeterminato, variabile e incerto. Un insieme di *conoscenze* di difficile definizione data la vaghezza e la variabilità dei contenuti. Riprendendo quanto scritto da Twinning³¹, si tratta, certo, di un insieme di «*ill-defined agglomerations of belief*» costituiti a loro volta da un *complex soup* di informazioni, aneddoti, ricordi, impressioni, storie, miti, proverbi, desideri, stereotipi, speculazioni e pregiudizi³². A tale *conoscenza*, bisogna poi aggiungere, ci dicono le neuroscienze, il bagaglio di emozioni, quali la paura, il dolore, la gioia e via dicendo³³.

Da tutto ciò emerge che i giudici di Strasburgo tendono a *decidere* utilizzando, anche inconsapevolmente, logiche emotive e intuitive magari nascoste *ex post* da argomentazioni deliberative³⁴.

Quanto ciò incida sulla qualità e conoscibilità delle decisioni lo vedremo in seguito. Certo è che le emozioni del giudice, la sua *precomprensione*³⁵ *emotiva*, non possono essere eliminate. Al fine di controllarle andrebbero però assunte

2016 1094 e ss., cui si rinvia anche per le ampie citazioni bibliografiche. La sintesi conclusiva proposta dall'A. sul contributo dato, in particolare, dalla ricerca psicologica e neuroscientifica sui procedimenti decisionali delinea che: a) gode in letteratura di ampio consenso l'idea che le decisioni vengano prese attraverso un doppio sistema intuitivo e deliberativo; il sistema intuito è quello che risponde con maggiore celerità e pertanto tende a prevalere su quello deliberativo che, al contrario, richiede una ponderazione e quindi concentrazione e rispetto di regole codificate; b) il sistema intuitivo, pur potendo dar luogo a decisioni migliori (o più giuste), può, soprattutto in determinati settori, causare errori con la necessità, pertanto, di mettere in azione sistemi correttivi.

³¹ TWINNING, *Rethinking evidence*, Cambridge, 2006, 338 (come citato da TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 58).

³² Per ciascuno di questi elementi, cfr. TARUFFO, *La semplice verità*, cit. 59 e ss.

³³ Su questo ancora DI GIOVINE, *Una lettura evolutivista del diritto penale*, cit., 34.

³⁴ Si pensi a come i giudici di Strasburgo pesino diversamente le condizioni della detenzione lesive della dignità umana a seconda del *tipo* di detenuto: in presenza di *delinquenti comuni*, l'ampiezza riconosciuta al rispetto della dignità umana è *una grandezza incommensurabile, impermeabile a qualsiasi contro istanza* giustificativa di una sua diminuzione. Al contrario, quando si tratta di criminalità mafiosa, la dignità umana è diversamente *declinata* e soccombe rispetto alla gravità del fatto o a ragioni di sicurezza e difesa sociale. Finendo in questo modo per porre a fondamento di una maggiore severità dell'intervento punitivo (sotto forme di condizione di carcere duro) sentimenti quali la paura o la vendetta, mascherati da esigenze di sicurezza della collettività. Sulla *ipersensibilità* dei giudici europei alle istanze di sicurezza e giustizia sostanziale, VALENTINI, *Normativa antimafia e diritto europeo dei diritti umani*, cit. 2. Lo stesso autore, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Torino, 2012, 89, nota come *non sia un caso* che il giudice europeo abbia ritenuto rientrare nella garanzia di cui all'art. 7, nella parte in cui garantisce l'irretroattività, anche regole (formalmente) processuali nel caso Scoppola (*soggetto depresso e costretto su sedia a rotella*; Corte europea (GC), *Scoppola c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009) mentre lo nega nel caso Kalkaris (*sicario infanticida a pagamento*; Corte europea, *Kalkaris c. Cipro*, sentenza del 12 febbraio 2008).

³⁵ Sul ruolo della precomprensione e delle anticipazioni di senso nella interpretazione giuridico - penale, cfr. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 e ss.

esplicitamente, chiarendone i presupposti e le implicazioni, depurandole, anche attraverso una sana presa di distanza, dagli aspetti maggiormente soggettivi e dagli eventuali fattori di maggiore irrazionalità che possono contenere³⁶. Tutto ciò servirebbe, in effetti, a rendere più intellegibile, e quindi prevedibile, il giudizio dei giudici.

1.1.3. Il precedente.

Le decisioni della Corte europea nascono dai fatti, si è detto.

Si tratta allora di una giurisprudenza casistica, in cui i precedenti hanno sicuramente un ruolo. Ciò troverebbe, tra l'altro, ragione nella circostanza che sono proprio i sistemi fondati sull'analisi dei fatti quelli in cui il ragionamento giuridico si svolge intorno ai precedenti³⁷. In letteratura, però, non vi è unanimità di vedute sul peso che il precedente ha nella costruzione del diritto convenzionale³⁸, riscontrandosi una divisione tra chi, ponendo l'accento sulla

³⁶ VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999, 427.

³⁷In questo senso, TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 712, che distingue tra precedente (secondo la tradizione di common law) e giurisprudenza (secondo la tradizione di civil law). Deve sottolinearsi, tuttavia, come gli interpreti di common law manifestino un certo scetticismo verso *il procedere per precedenti* della Corte di Strasburgo che, per la sua tendenza a innovare attraverso una continua reinterpretazione del testo, è stata spesso considerata lontana dalla logica, improntata alla stabilità, dello *stare decisis*. Su questi aspetti cfr. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2018, 181 e ss. Nel testo l'A. richiama l'opinione *in parte dissenziente e in parte concordante* del giudice O'Leary - proveniente da un sistema di *common law* - che, attraverso una puntuale analisi dei precedenti citati dalla maggioranza dei giudici per fondare la propria decisione, conclude per la *differenza* del caso da decidere, tale da impedire che la *ratio decidendi* dei precedenti possa attagliarsi a quello esaminato.

³⁸ Ritiene che «l'ossequio al precedente (...) costituisce il metodo di lavoro dei giudici di Strasburgo», GUAZZAROTTI, *Precedente Cedu e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2011, 3780 e ss. In senso adesivo, ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit. 69 che ricorda come la Corte tenda «a riconoscere ai propri precedenti un rilevante peso». Così anche CALZOLAIO, *La giurisprudenza della Corte europea*, cit. 631. Al contrario, ritiene che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo «la priorità sembra consistere nel garantire l'aggiornamento della giurisprudenza, piuttosto che la tenuta dei precedenti orientamenti», con conseguente difficoltà a inquadrarla «all'interno del modello classico di *common law*, che fa perno proprio sul vigore del precedente», PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit. 175 e ss. Nella letteratura straniera, ritiene che la regola del precedente vincolante sia estraneo all'agire della Corte europea, BALCERZAK, *The Doctrine of Precedent in International Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2004, 131 e ss; in senso parzialmente diverso, e con riferimento per lo più alla Corte Internazionale di Giustizia, VENZKE, *The Role of International Court as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation*, in *Loyola Los Angeles International & Comparative Law Review*, 2011, 99 e ss., specialmente 123 e ss.

creatività e sull'adeguamento continuo della giurisprudenza europea³⁹, ridimensiona il ruolo del precedente e tra chi, al contrario, lo esalta, sottolineando l'esigenza di stabilità e di sicurezza più volte argomentata dalla Corte.

Certo è che nel sistema convenzionale non esiste una norma che imponga alla Corte (e quindi ai giudici nazionali) di attenersi ai precedenti nella decisione dei casi successivi. Così come è mancata, almeno finora, una esplicita enunciazione da parte dell'organo giudicante di una teoria del precedente. Al contrario, più volte è ricorsa la formula «senza che la Corte sia formalmente tenuta a seguire le proprie precedenti decisioni» come prodromica a evoluzioni giurisprudenziali⁴⁰.

È tuttavia innegabile che la Corte si nutra, attraverso una copiosa citazione, del materiale da lei prodotto⁴¹. Anche quando apparentemente volta pagina, essa, tuttavia, non dimentica mai una riga delle precedenti. La rilevanza del precedente è stata ricavata⁴², in modo a mio parere non condivisibile, anche da un preciso dato normativo della Convenzione (art. 28, § 1 lett. b) che prevede come, in sede di deliberazione circa la ammissibilità di un ricorso, il Comitato di tre giudici possa decidere direttamente il caso, senza rinviarlo alla Camera, quando la questione può essere risolta facendo applicazione di un *well-established case law*. Pur dandosi riconoscimento a un certo grado di sussistenza della regola del precedente, questo avviene in realtà più per ragioni di organizzazione e di funzionamento che di interpretazione e di applicazione del testo convenzionale.

In ogni caso, è un *ex* giudice che ci indica quale sia il procedimento seguito per la deliberazione su un caso: «Si parte dalla ricerca del precedente rilevante e quando non esista un precedente specifico, la Corte si avventura negli interstizi lasciati aperti tra i precedenti giurisprudenziali pertinenti ma non

³⁹ MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights 'Approach to Overruling Its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 179 e ss.; ID. *The Creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2005, 57 e ss.

⁴⁰ Tra le altre, Corte europea, *Scoppola c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009, § 104.

⁴¹ Si veda ad esempio la *Notice* presente sulla banca dati *Hudoc* della Corte europea, dove, oltre al nome delle parti, alla sezione (o Grande Camera) giudicante, agli articoli della Convenzione sui cui si è basata la decisione, sono indicati i *precedenti* citati nella sentenza. Inoltre, da qualche anno la Corte utilizza sul proprio sito (nella finestra relativa ai *Case details*) una classificazione delle proprie sentenze secondo tre livelli di rilevanza. Nel primo livello sono inserite le sentenze che si ritiene diano un contributo importante allo sviluppo, al chiarimento o alla modifica della giurisprudenza convenzionale; nel secondo livello, sono inserite quelle sentenze che senza dare un contributo rilevante non si limitano a una mera applicazione del precedente; nel terzo livello, sono, infine, inserite le sentenze di minore rilievo, magari proprio in considerazione del fatto che si inseriscono nel solco di una costante giurisprudenza.

⁴² Si veda quanto detto dalla nostra Corte costituzionale nella già ricordata sentenza n. 49 del 2015.

specifici. Essa dunque procede distinguendo il caso da decidere da quello o quelli già decisi, per infine pervenire all'identificazione del precedente che indica la soluzione da adottare o alla conclusione che il caso da decidere non trova ancora riscontro nella giurisprudenza della Corte. In questo secondo caso si tiene conto dei precedenti che esprimono una *ratio decidendi* comunque utile; infine, in mancanza anche di questo, si procede alla ricerca del senso da assegnare alle disposizioni della Convenzione con gli ordinari metodi interpretativi»⁴³.

Può infine ravvisarsi una sorta di *stare decisis* "verticale" della giurisprudenza della Grande Camera sulle decisioni delle Camere semplici. Tuttavia, anche questa regola non è esente da eccezioni.⁴⁴

L'esistenza del richiamo, più o meno esplicito, al precedente, non fuga i dubbi sulla sua reale rilevanza nel ragionamento giuridico della Corte, sulla sua capacità di *stabilizzatore* della giurisprudenza europea.

Il ritorno al precedente è funzionale alla risoluzione del caso concreto, al suo esito. Non è l'aspetto argomentativo a interessare.

Sebbene non sia quasi mai riconosciuto dai giudici sovranazionali il ricorso all'*overruling*⁴⁵, la formulazione di una differente *ratio decidendi* non è infrequente nel suo procedere. Spesso la giurisprudenza di Strasburgo parte da una decisione per valutare se vi siano elementi che le consentano non semplicemente di discostarsene ma di innovare⁴⁶. Le maglie larghe del testo convenzionale e i precedenti sono inseriti in una impostazione teleologica che porta a uno sviluppo dell'ordinamento attraverso una reinterpretazione del passato. È il ridimensionamento del valore del precedente è necessario alla luce della rappresentazione, impressa dallo stesso organo giudiziario, della convenzione come *organismo vivente*. È la natura *dinamica ed evolutiva* della sua giurisprudenza che spinge l'applicazione della Convenzione verso un continuo adattamento alle circostanze del caso certo, ma anche alle mutate condizioni sociali e culturali nei Paesi aderenti alla Convenzione. Si tratta di una giurisprudenza in continuo movimento che tende, naturalmente, a una progres-

⁴³ Così ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. 69-70.

⁴⁴ Su una possibile lettura del valore del precedente nella giurisprudenza della Corte, cfr. *L'opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente* del giudice Pinto de Albuquerque alla sentenza della Grande Camera *Hermann c. Germania*, sentenza del 26 giugno 2012, in cui, tra l'altro si dissocia da quanto affermato dalla maggioranza dei giudici sulla esistenza di *differenze fattuali* tra quel caso e quello sotteso a una precedente decisione della Corte (*Chassagnou c. Francia*, sentenza del 29 aprile 1999).

⁴⁵ MOWBRAY, *An Examination*, cit. 179 e ss.

⁴⁶ PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit. 186.

sione e a un ampliamento delle tutele. Ogni decisione, che pure è destinata, con apparente contraddizione, a valere anche per il futuro e per casi diversi, è provvisoria. La sua stabilità è infatti legata a circostanze mutevoli.

Così la Corte impiega una formula *standard* (con qualche piccola variazione) per riaffermare il suo approccio al precedente in base al quale dichiara che pur conformandosi ai propri precedenti, non ritiene di esservi necessariamente vincolata, ben potendo discostarsene quando vi siano ragionevoli motivi (*good reason*) per mutare orientamento e modificare l'interpretazione di una disposizione convenzionale fornita in precedenza⁴⁷.

Effettuando una schematizzazione, sono stati individuati tre *ragionevoli motivi* per giustificare un mutamento giurisprudenziale, *ricosiderando i precedenti*⁴⁸: l'esistenza di una incertezza interpretativa nella giurisprudenza della Corte, l'esigenza di rispondere a un incremento dei ricorsi su una determinata questione e, infine, la necessità di adeguare l'applicazione della Convenzione alle mutate esigenze della società (espressione della cosiddetta teoria della Convenzione come *strumento vivente*)⁴⁹.

Trattando di diritti e di garanzie, trattando, come detto in precedenza, di di-

⁴⁷ Così Corte EDU, GC *Scoppola c. Italia*, cit. § 104 (e identica formulazione si riscontra in Corte europea, GC, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, sentenza dell'11 luglio 2002, § 74): «*Senza che la Corte sia formalmente tenuta a seguire le proprie decisioni anteriori, è nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità e dell'eguaglianza davanti alla legge che essa non si discosti senza un valido motivo dai propri precedenti (v., ad esempio, Chapman c. Regno Unito [GC], n. 27238/95, § 70, CEDU 2001-D). Tuttavia, poiché la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire, ad esempio, al consenso che potrebbe emergere per quanto riguarda il livello di protezione da raggiungere (v., tra le altre, Cossey c. Regno Unito, 27 settembre 1990, § 35, serie A n. 184, e Stafford c. Regno Unito [GC], n. 46295/99, §§ 67-68, CEDU-2002-IV). È di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete e effettive, e non teoriche e illusorie. Se la Corte non adottasse un approccio dinamico ed evolutivo, un tale atteggiamento rischierebbe di ostacolare qualsiasi riforma o miglioramento (Stafford, già cit., § 68, e Christine Goodwin c. Regno Unito [GC], n. 28957/95, § 74, CEDU 2002-VI)». Successivamente la Grande Camera ha ripetuto i concetti chiave, pur abbreviando la frase, Corte europea, (GC) *Bayatyan c. Armenia*, sentenza del 7 luglio 2011: «*Sebbene sia nell'interesse della certezza giuridica, della prevedibilità e dell'eguaglianza davanti alla legge che la Corte non si allontani, senza giuste ragioni, dai precedenti stabiliti in casi anteriori, non adottare un approccio dinamico ed evolutivo rischierebbe di ostacolare qualsiasi riforma o miglioramento (cfr. Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia [GC], no. 63235/00, § 56, ECHR 2007-II, and Micallef c. Malta [GC], no. 17056/06, § 81, ECHR 2009). È di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete e effettive, e non teoriche e illusorie.*»*

⁴⁸ MOWBRAY, *An Examination*, cit. 187 e ss.

⁴⁹ Cfr. Corte, GC, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, sentenza del 4 febbraio 2005, fondata sulla tesi di una interpretazione evolutiva della Convenzione, di cui già in *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, § 31.

gnità della persona, concetti tutti porosi e mutevoli, il diritto convenzionale è inevitabilmente soggetto a cambiamenti che procedono di pari passo con i mutamenti della realtà sociale, del senso comune, delle sensibilità nazionali e del linguaggio corrente.

A queste tre categorie di *ragionevoli motivi*, deve poi aggiungersi che ci possono essere altre *buone ragioni* per decidere casi simili in modo diverso.

Si ritorna, ora, ai fatti.

Considerando che non esistono *fatti* uguali, una giurisprudenza così attenta al caso fonda naturalmente l'interpretazione della norma da applicare sulle *differenze*, vale a dire sui *particulars*. E questo riferimento *ai fatti* del caso specifico ben può determinare mutamenti ed evoluzioni.

In definitiva, il diritto convenzionale non riesce a definirsi completamente nel precedente, perché di volta in volta, in un processo di progressione continua, trova realizzazione alla luce della novità del caso singolo. Ciò che si avvera è una relazione costante tra norma e il fatto.

Si ha, quindi, un continuo superamento del precedente. È possibile discostarsi dalla interpretazione accolta fino a quel momento in presenza di fatti nuovi, di una certa evoluzione dei diritti interni, del mutamento della sensibilità sociale mostrata verso un determinato tema.

La stabilità cede di fronte a una prospettiva prioritaria ed evolutiva di tutele crescenti dei diritti.

1.2. Intrecci sotto lo stesso cielo.

La natura evolutiva della giurisprudenza europea risulta ancora più evidente se la si riconnette ad alcuni principi e nozioni viventi nello spazio sovranazionale, quali il concetto di *ordine pubblico europeo*, la teoria del *margin nazionale di apprezzamento*, il principio della *tutela crescente*, il criterio del *consenso*. Nozioni, tutte queste, che implicano strutturalmente un confronto con i diversi ordinamenti, nazionali e sovranazionale, coinvolti. Anzi, un confronto tra le narrazioni giurisprudenziali sviluppatasi in riferimento a tali diversi ambiti.

È propria del ragionamento della Corte europea l'idea di considerare il tessuto normativo da costruire come una trama aperta e comunicante con altri spazi giuridici. Costante è la tendenza a guardare oltre i propri confini per rinvenire principi argomentativi o per sciogliere freni interpretativi.

L'apertura verso altri contesti normativi - espressione sul piano giuridico del

principio di sussidiarietà - trova la sua origine nell'esigenza non tanto di costruire norme, principi, valori universali, quanto, ancora una volta, di risolvere conflitti particolari, di risolvere, cioè, specifiche questioni pratiche. Per soddisfare questa esigenza, i giudici europei si servono anche del diritto quale formatosi negli Stati parte o espressi in decisioni di altre giurisdizioni⁵⁰. Si crea in questo modo nuovo diritto, costruito sulla base delle esigenze specifiche che emergono nella situazione considerata. La produzione di nuovo diritto discende dal diritto importato, di cui si dà conto e che viene inserito nel processo deliberativo, nel segno della continuità o dell'innovazione. Si sviluppa in tal modo una sorta di circolarità che dalla Corte europea muove verso gli altri attori (giudiziari o meno che siano) e viceversa: ciascun attore fornisce agli altri elementi da decodificare e da reinterprete in accordo con il proprio punto di vista. L'elaborazione di un livello comune di tutele non può prescindere dal radicamento nei vari contesti in cui esso è destinato a operare; allora il volgere lo sguardo agli ordinamenti nazionali, perseguendo il consenso degli Stati parte, ha anche una importante valenza costitutiva della correttezza delle decisioni.

Si delinea così un processo complessivo connotato da reciproche influenze in cui si generano contesti normativi inediti, diacronicamente instabili - perché esposti a un meccanismo continuo di evoluzione - e caratterizzati da una progressione non lineare fatta anche di arresti e ripensamenti. Si pensi in questo senso all'uso del criterio del *consenso*: l'individuazione di un *consenso* europeo porta a una lettura del diritto convenzionale in chiave trasformativa, laddove l'assenza di tale consenso (per la varietà delle prassi nazionali) vale a giustificare un più ampio margine di apprezzamento a favore delle autorità nazionali e quindi a un blocco della progressione della trama convenzionale⁵¹.

⁵⁰ In questo scenario può inserirsi anche il cosiddetto *judicial borrowing*, vale a dire l'appropriazione di interpretazioni, parole chiave, argomentazioni mutuata da altre pronunce giurisdizionali, attraverso un esplicito o implicito riferimento, per supportare la risoluzione di una controversia. Su tale *dialogo tra le Corti*, tra gli altri, SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, 2004 e ID. *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 191 e ss.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, GC, *Scoppola c. Italia* (n.3), sentenza del 22 maggio 2012, in cui la Corte ha rilevato come l'assenza di un'uniformità di soluzioni nel panorama europeo attribuisca agli Stati membri un margine di apprezzamento particolarmente ampio nella materia alla sua attenzione (perdita del diritto di voto quale effetto di una sentenza di condanna): essi possono pertanto decidere se demandare al giudice il suddetto vaglio di proporzionalità o invece predeterminare in astratto, tramite la previsione di apposite norme di legge, i presupposti ai quali consegue l'applicazione di tale misura (in particolare, individuando un elenco di reati *ad hoc* o una soglia di pena al di sotto della quale la stessa non opera). Rileggendo il suo precedente, dato nel caso *Hirst c. Regno Unito* (n. 2), sentenza del 6 ottobre 2005, il contrasto con l'art. 3 Prot. 1 Cedu - ha affermato la Corte - si manifesta esclusivamente quando la privazione del diritto di elettorato attivo costituisce una misura di carattere generale, automatico e indiscriminato.

Analoga funzione propulsiva, o di movimento, è svolta dal principio della *tutela crescente*. La Corte europea si muove, almeno sul piano teorico⁵², nel senso di considerare prevalente il principio (quale che ne sia la provenienza, nazionale o sovranazionale) più garantista per l'imputato (o più esattamente, per il ricorrente), promuovendo un processo virtuoso di graduale innalzamento degli *standard* di garanzia⁵³. Anche in questo caso, il suo sguardo sarà continuamente oscillante tra diversi contesti normativi e sociali in primo luogo, svolgendo una funzione "focalizzante" alla ricerca della soluzione maggiormente in grado di garantire al ricorrente una tutela *reale e efficiente*. Nel testo giudiziario, c'è allora una messa a fuoco tesa, attraverso una organizzazione non sempre ordinata in modo lineare, a far emergere una maggior tutela.

In sintesi: i giudici europei, operando in un contesto sovranazionale, legato tuttavia alle peculiarità dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, uniti dal comune collante della tutela della dignità, operano una serie di scelte e di esclusioni. Realizzano un processo di astrazione che dipende da molti fattori, tra i quali il contesto giuridico, sociale e culturale del Paese in cui la singola sentenza è destinata a incidere. Ne consegue che nel produrre la decisione, bisognerà basarsi necessariamente su quelle (a volta infinitesimali) differenze di contesto capaci di distinguerla dalle altre. La vicenda giudiziaria si configura, dunque, come una dialettica tra il tipo generale e il caso singolare, tra il momentaneo e il permanente. Mentre il tipo generale è spesso solo un dizionario di principi, nel caso singolare, invece, il momentaneo lavora su sfumature di contesto, talvolta persino difficili da cogliere.

1.3. *Provisorietà generalizzabile*. Da quanto esposto in precedenza emerge forte l'attitudine della Corte - propria di un ordinamento casistico quale quello convenzionale - di rinnovarsi continuamente in considerazione delle con-

minato e si fonda esclusivamente sulla pronuncia di una sentenza di condanna, senza che vengano in considerazione la durata della pena inflitta, la natura e la gravità dei reati e le circostanze personali del detenuto; mentre non è necessario che tali elementi siano presi concretamente in esame dal giudice di merito per valutare se la privazione del diritto di elettorato attivo possa dirsi, nel caso di specie, proporzionata ai sensi dell'art. 3 Prot. 1.

Sull'uso del consenso, e in particolare del metodo della comparazione, REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teoria dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, e ss.

⁵² Non può certo nascondersi come talvolta la Corte decida facendosi guidare da altre esigenze, diverse da quelle di una effettiva tutela delle ragioni del ricorrente. E ciò può succedere per i motivi più vari: valutazioni di tipo politico, di tipo emotivo, di tipo pratico.

⁵³ Così DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo*, cit., 165.

crete esigenze desumibili da una specifica fattispecie. È una dimensione ordinamentale dinamica o diacronica che presuppone che nel sistema vi siano incertezze e variazioni, differenze e mutamenti.

Nella sua narrazione possono intervenire molteplici fattori distorsivi da cui possono essere influenzate comprensioni o incomprensioni del diritto: *biases, frames*, vaghezza e imprecisione delle formule normative, molteplicità di testi di riferimento, nazionali e internazionali, frammenti di contesti sociali e culturali⁵⁴. Ruolo primario nell'elaborazione del diritto svolge poi il quadro giuridico ordinamentale, da intendersi come l'insieme dei materiali normativi, dei principi giuridici, dei precedenti giurisprudenziali. Tutti questi elementi concorrono a determinare la soluzione del *problema* sottoposto all'attenzione del giudice europeo insieme alle convinzioni dei singoli attori giudiziari (che peraltro non escludono disaccordi e conflitti), al linguaggio, alle opzioni valoriali che stanno dietro le tecniche e gli argomenti interpretativi.

Vi è, poi, nel procedere della Corte europea una *urgenza* di svecchiare il diritto - di mutarlo, aggiornandolo e migliorandolo - derivante da quella che Holmes indicò come il compito del giudiziario di *cambiare il corso delle cose*⁵⁵. E questa sensibilità si realizza soprattutto attraverso un adeguamento e un avanzamento del testo convenzionale coerente alle mutevoli esigenze della società.

A ciò deve poi aggiungersi la *flessibilità* del metodo di accertamento delle violazioni dei diritti (categoria, a sua volta, elastica, porosa, e potenzialmente indefinibile).

Inoltre, l'uso della tecnica di valutazione del bilanciamento con gli scopi legittimi e, quindi del *test* di proporzionalità implica che i diritti non siano concepiti come regole categoriche, indefettabili, le cui fattispecie e conseguenze normative possano essere definite, in sede di applicazione, in modo più o meno chiaro e stabile. Anche attraverso quegli strumenti di applicazione del testo convenzionale, la giurisprudenza non compone un sistema coerente dei diritti fondamentali in modo da evitare che le regole così costruite risultino troppo o troppo poco inclusive con riferimento ai casi che potranno presentarsi in futuro. Al contrario, come visto, i diritti umani sono realizzati in modo ampio e dagli incerti confini, destinati a essere concretizzati e ponderati in vario modo, di volta in volta, in base alle circostanze del caso.

⁵⁴ Sui fattori distorsivi del diritto, cfr. PULITANÒ, *Nella fabbrica delle interpretazioni penalistiche*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit. 205.

⁵⁵ HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano. 1870 - 1960*, Bologna, 2004, 117.

Ebbene, da tutto ciò chiaramente deriva la difficoltà di *ordinare a sistema* le decisioni dei giudici europei che presenteranno, piuttosto, caratteri di difficile se non scarsa prevedibilità, di (apparente) incoerenza, di sicura provvisorietà.

La *storia* narrata dai giudici, nelle singole decisioni, si muove in una cornice di provvisorietà; la struttura della narrazione - pur nel formalismo di un linguaggio avaro di morbidezza, rigido nella sua forma burocratica e ostentatamente ripetitivo, - porta alla luce come le mutevoli caratteristiche della società e delle situazioni concrete condizionino la decisione e, al tempo stesso, la sua stessa struttura, oscillante, come detto, tra il generale (quando nella sentenza si richiama la normativa applicabile e i *principi generali*) e il concreto (*i fatti del ricorso* e l'applicazione dei principi generali al caso di specie). Emerge un paradigma stilistico di ragionamento giuridico che è contestuale senza però essere relativistico, un paradigma da cui è possibile ricavare prescrizioni concrete potenzialmente universalizzabili, applicando un'idea generale a una situazione concreta.

Difatti, pur dovendosi riconoscere che talvolta le affermazioni della Corte non sono in grado di dispiegare effetti generali⁵⁶, ciò non significa, tuttavia, che da esse non sia possibile trarre delle regole ermeneutiche generalizzanti o delle autentiche *rules*. In questo senso muove sia la prassi, europea e nazionale⁵⁷, sia la costruzione narrativa delle decisioni giudiziarie europee.

Così, la portata *generalizzante* delle sentenze della Corte europea può vedersi, al minimo e immediatamente, sia nella prassi delle “sentenze pilota” che, censurando difetti strutturali dei vari ordinamenti, spingono verso l'adozione di misure generali per superarli⁵⁸, sia nella prassi formatasi nella nostra giurisprudenza nazionale⁵⁹, a seguito della sentenza resa nel caso Scop-

⁵⁶ UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in *Cassazione penale*, 2010, 2492 e ss.

⁵⁷ Nota VALENTINI, *Case Law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 301 e ss., come la portata *generalizzante* delle sentenze della Corte europea possa ricavarsi da alcune pronunce dei giudici europei, dei giudici della nostra Cassazione e della Corte costituzionale.

⁵⁸ Invero già prima delle “sentenze pilota” non mancavano sentenze della Corte che, per il tipo di violazione riscontrata, erano destinate naturalmente ad avere una efficacia generale. Si pensi, tra le tante, alle sentenze rese nei casi *Norris c. Irlanda*, del 26 ottobre 1988, e *Modinos c. Cipro*, del 22 aprile 1993, in cui i giudici europei censurarono direttamente la norma incriminatrice (e non la sua applicazione) delle relazioni omosessuali fra adulti consenzienti; o anche le tante condanne all'Italia per la violazione delle garanzie di cui all'art. 6 par. 1 in caso di processo contumaciale, dove ciò che era stato oggetto di valutazione negativa era l'inefficacia della rimessione in termini.

⁵⁹ A partire dalle Sezioni Unite, Ercolano, ordinanza del 19 aprile 2012 n. 34472, in cui si attribuisce al *case-law* della Corte europea la capacità di valere anche per casi-fatti analoghi a quello oggetto di

pola, la cui regola è stata estesa ai casi, analoghi, di chi si trovava nella stessa situazione del ricorrente vincitore pur non avendo presentato ricorso a Strasburgo, con relativo superamento del giudicato. Infine, è la stessa Corte costituzionale a riconoscere una attitudine alla norma convenzionale (così come costruita dalla giurisprudenza) di “(orientare l’interpretazione e) inficiare le leggi”⁶⁰ in alcuni suoi provvedimenti⁶¹.

Sotto altro aspetto, la Corte si muove, lo si è detto più volte, per situazioni concrete. Ciò, tuttavia, non impedisce che il suo ragionamento, contestuale, non abbia anche una valenza comparativa (e generalizzabile), tale cioè da evolversi in uno scambio con altre situazioni. L’atto di leggere e valutare il tessuto narrativo della decisione porta sia ad astrazioni sia a discussioni critiche che mettano a confronto quanto affermato in un caso con gli argomenti di situazioni analoghe. La sentenza è allora la combinazione di momenti di analisi critica distaccata e interattiva, che consente di guardare con una certa regolarità al generale pur essendo completamente immersa nel particolare.

1.4. L’unione che dura.

L’intreccio di molteplici elementi di instabilità rende la giurisprudenza europea quanto meno difficile da seguire nel suo sviluppo.

Certamente sarebbe uno sforzo vano quello di rintracciare in tutte le sue decisioni *regole* chiare e precise, di provare a ricondurre le sue decisioni a *topoi* fissi.

Le norme convenzionali non sono, e non potrebbero essere, tipizzate, nascendo dall’innesto di una straripante giurisprudenza su disposizioni dalla lieve trama. L’operare dei giudici, allora ha - con alcune specificazioni che di seguito si vedranno - più che altro una valenza di *orientatore di senso*, di strumento di labile definizione in grado di instradare, non senza ambiguità e qualche tranello, gli altri operatori del diritto destinati a interagire con loro verso soluzioni del caso concreto con ambizioni generalizzanti.

Sembra che la Corte ci ricordi costantemente che le cose cambiano, che si modificano con il modificarsi dei particolari e delle esperienze, inglobando in qualche modo contraddizioni e limiti. Relativizzando così l’aspirazione di sta-

decisione a Strasburgo.

⁶⁰ Così ad esempio Corte cost. sentenza n. 93 del 2010 o anche ordinanza n. 150 del 2012 in cui i giudici costituzionali nel rinviare gli atti al giudice *a quo* gli hanno chiesto di rivalutare i termini della questione in quanto, nel frattempo, era intervenuta una sentenza della Grande Camera della Corte europea concernente una questione contro l’Austria.

⁶¹ Così, testualmente, VALENTINI, *Case Law convenzionale*, cit., 301.

bilità, ci pone di fronte a una realtà che accetta di essere incompiuta e quindi riformulata senza fine e destinata a riprodursi uguale o diversa a seconda della combinazione delle sue componenti.

Tuttavia, proprio sapere che le cose cambiano, che si modificano con il mutarsi della soggettività e delle esperienze, sociali culturali e giuridiche, permette di inglobare le contraddizioni e i limiti. Relativizzando e assimilando la mancanza di stabilità, superamenti, variazioni, arresti e ripartite, il quadro convenzionale in qualche modo si ricompone. In tal modo, le decisioni della Corte diventano la tappa di una avventura che si supera continuamente, seguendo, sembra, i principi di un ciclo ininterrotto.

Prospettando ai giudici nazionali, suoi primi interlocutori e *partner* nella costruzione comune di un diritto convenzionalmente orientato, una *unione che dura* perché accetta di essere incompiuta e quindi riformabile senza fine.

2. Il giudice nazionale: appartenenza e indipendenza.

L'attenzione si rivolge ora al giudice nazionale per delinearne il ruolo nei rapporti con il diritto di provenienza europeo.

Il giudice domestico è l'altro attore protagonista di quella *unione* che per *durare* necessita di un suo intervento leale e costruttivo.

Di fronte alla esuberante produzione giurisprudenziale europea, il giudice nazionale si trova costretto, suo malgrado, a confrontarsi con un materiale giuridico volatile e dalla difficile stabilità.

Lo spazio giuridico disegnato dalla Corte edu, come visto, è connotato anche da perdita di coerenza e di unità a favore di elementi di frammentazione e di dispersione.

È innegabile, pertanto, che, in questo scenario, essenziale e drammaticamente complesso è il ruolo svolto dal giudice nazionale, che dovrà muoversi alla costante ricerca di un punto di equilibrio, in uno sforzo creativo e uno slancio fattivo in mancanza dei quali il processo di costruzione condivisa del diritto non potrà avanzare e ciò, indubbiamente, a scapito di una tutela crescente dei diritti umani⁶².

⁶² Non sfugge chiaramente il più ampio contesto in cui il giudice penale, in particolare, è collocato. Il quadro in cui opera è espressione di una dilatazione dei confini con contestuale frammentazione del materiale normativo di riferimento: progressiva affermazione del diritto penale internazionale; diritto dell'Unione europea che, tra l'altro, produce l'esplosione della interpretazione conforme con esaltazione della dimensione giudiziale; Costituzione; diritto interno di produzione legislativa e giurisdizionale. Tutto ciò con conseguente relativizzazione del principio di riserva di legge. Altrettanto rilevante è

Il diritto nazionale deve essere letto dal giudice come parte di un sistema più ampio, con regole ermeneutiche proprie. E, per far questo, è necessario impadronirsi di principi, regole di produzione, criteri di soluzione delle antinomie caratteristici del sistema normativo europeo.

Variamente interpretata in letteratura, nel più vasto ambito internazionale, la centralità assunta, in generale, dalle corti - nazionali e sovranazionali - è stata oggetto di diversa sistematizzazione e classificazione. Non senza una certa anglofilia, quella centralità è stata letta nella più larga cornice della rideterminazione degli equilibri tra potere politico e giustizia, tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, come prodromica alla costruzione di un *global legal system*, basato su una *cross-fertilization* tra corti⁶³, in un percorso di *judicial globalization*⁶⁴, favorito dalla *mondializzazione dei giudici*⁶⁵; come matrice della pratica, ormai diffusa, del cosiddetto *judicial borrowing*⁶⁶.

Pur non potendosi parlare per il nostro giudice - come pure imporrebbe una rigorosa osservanza del sistema convenzionale - di controllo diffuso di convenzionalità⁶⁷, è sicuramente suo compito la verifica della compatibilità del nostro ordinamento giuridico con le norme sui diritti umani quali prodotte dalla instabile e incessante giurisprudenza della Corte edu.

La verifica di compatibilità si svolge secondo due modalità differenti a seconda che si tratti di sentenze che abbiano l'Italia come parte in causa o se, al contrario, il giudice si confronti con la giurisprudenza prodottasi nei riguardi di altri Stati.

Nel primo caso, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione Edu, l'ordinamento italiano deve adeguarsi all'obbligo, eventualmente anche positivo, che la Corte

l'ingresso di fonti secondarie in funzione di specificazione dei precetti penale nonché di atti di *soft law* che pure incidono sull'interpretazione delle fattispecie penali e/o integrano i precetti penali. Su questi temi, cfr., tra gli altri. AMATO, CACCAMO, COSTI, FRONZA, VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino 2010; MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di Bernardi, Napoli, 2015 391 e ss.; DONINI, *Europeismo giudiziario* cit.; BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 536 e ss.

⁶³ SLAUGHER, *A New Real World*, Princeton, 2004.

⁶⁴ SLAUGHER, *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, 2000, 1103 e ss.

⁶⁵ ALLARD, GARAPON, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, 2005.

⁶⁶ MACHETTONI, *Dialoghi tra corti e judicial borrowing*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 147 e ss.

⁶⁷ Inizialmente riferito al peculiare sistema sovranazionale di tutela creato dalla Convenzione americana sui diritti umani, il controllo di convenzionalità descrive l'obbligo, per le autorità giudiziarie dei singoli Stati aderenti, di disapplicare il diritto interno in contrasto con la Convenzione, al fine di assicurare la primazia dei diritti umani nei singoli ordinamenti. Cfr. BAGNI, *Oltre i modelli e i sistemi di giustizia costituzionale e convenzionale: alcune riflessioni di metodo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 1067 e ss., specificamente 1086 n. 59. Questo potere, come è noto, è stato disconosciuto al nostro giudice dalla Corte costituzionale a partire dalle note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

europea pone. In queste ipotesi c'è una identità di fatto tra sentenze della Corte europea e la materia oggetto di sindacato dell'autorità giurisdizionale italiana.

Le decisioni della Corte europea hanno invece un valore differente quando non riguardano direttamente l'ordinamento italiano, ma compiono valutazioni su materie che saranno poi oggetto di sindacato innanzi alle corti nazionali, assumendo in questo modo (sempre di più) la fisionomia di "precedente" giurisprudenziale⁶⁸.

Per segnalare la diversa modalità delle sentenze di interagire con le autorità giudiziarie italiane, tradizionalmente si distingue - e di recente la stessa Corte europea, nella sentenza resa nel caso *G.I.E.M.* ha riproposto la distinzione⁶⁹ - tra «autorità di cosa giudicata» e «autorità di cosa interpretata»⁷⁰.

Questa distinzione segna la strada che il giudice nazionale deve intraprendere nell'adeguarsi alla giurisprudenza europea.

Quale che sia la direzione da seguire - esecuzione di una sentenza di con-

⁶⁸ V. RUSSO, *Il diritto punitivo* cit. 1094.

È utile una breve sintesi riepilogativa degli obblighi che si pongono a carico di uno Stato in seguito all'accertamento di una violazione da parte dei giudici europei. Ai sensi degli articoli 41 e 46 della Convenzione sono tre i doveri generati da una sentenza di condanna: garantire la cessazione della violazione, adozione di misure individuali volte a ripristinare la situazione *ex ante* e prevedere misure generati in grado di evitare il ripetersi della violazione. La sussistenza contemporanea di questi tre obblighi non è automatica, ben potendo essere sufficiente, in taluni casi, la sola cessazione del comportamento considerato violativo della Convenzione e/o la messa in atto di misure individuali. La scelta dei singoli provvedimenti è comunque sempre frutto di una attività discrezionale dei singoli Stati, che, in ogni caso, sarà oggetto di *sorveglianza* da parte del Comitato dei Ministri, organo politico del Consiglio d'Europa, cui compete la decisione finale di chiusura del procedimento contro un Paese.

⁶⁹ Corte europea, GC, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, sentenza del 28 giugno 2018.

⁷⁰ Il concetto di *autorità di cosa interpretata* è stata espressamente richiamato nel Rapporto dello *Steering Committee for Human Rights, CDDH Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention On Human Rights* (CDDH Report), Doc CDDH(2015)R84 *Addendum I*, dell'11 dicembre 2015, par. 37, consultabile su www.coe.int. Nel sul rapporto finale, il CDDH riconosce che pur non potendosi affermare che le sentenze della Corte abbiano efficacia vincolante nei confronti dei Paesi non parte del ricorso, è tuttavia innegabile che «*in order to prevent future violations the High Contracting Parties are encouraged to consider the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system, and to integrate the Strasbourg Court's case law into national law*». Il fondamento normativo del principio della *res interpretata* deve essere rintracciato negli articoli 1, 19, 32 e 46 della Convenzione, in base ai quali le «*national authorities should take account of the Convention as interpreted by the Court, but also bearing in mind the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation*». In dottrina, cfr.: ARNARDÓTTIR, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2017, 819 e ss. BODNAR, *Res Interpretata: Legal effect of the European Court of Human Rights' Judgments for other States than those which were party to the proceedings*, in *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, HAECK - BREMS (a cura di), Amsterdam, 2014, 223 e ss.

danna o uso del precedente europeo - nella sua condotta di conformità, il giudice nazionale deve dimostrare di *appartenere* alla stessa catena narrativa inserita in uno spazio giuridico e di collaborazione e di cooperazione alla scrittura corale. *Appartenenza* che non contrasta con l'*indipendenza*, che al contrario mantiene, di continuare lo sviluppo della produzione normativa, consentendogli di aggiungere qualcosa o di deviare da quanto già scritto se ciò sarà imposto dal singolo caso concreto.

2.1. *Al crocevia tra interpretazione conforme e obbligo di esecuzione.* Mai il giudice è completamente assoggettato a un altro giudice⁷¹.

Ciò vale nella dimensione verticale all'interno di uno stesso ordinamento. E anche, a maggior ragione, in caso di ordinamento *espanso*, quale quello europeo.

Tuttavia, il giudice nazionale è vincolato - attraverso la sua soggezione alla legge - agli obblighi internazionali: è suo compito, pertanto, rispettare la giurisprudenza di Strasburgo.

È noto che l'ampiezza di tale obbligo di conformarsi è stato variamente disegnato dalla nostra Corte costituzionale, attenta a delimitare l'ingresso nel sistema domestico del diritto convenzionale con paletti più stringenti e articolati di quelli pensati per il diritto euronunitario.

2.1.1. **Inquietudine del controllo.**

La narrazione dei rapporti fra sistema convenzionale e sistema (penale) nazionale, da parte del giudice delle leggi, è una progressione di limiti e di distinguo cui sottoporre il giudice interno impegnato nella parte di scrittura che gli compete del diritto convenzionale.

Anche se manifestata con una certa alternanza di accenti, vi è una costante preoccupazione della nostra Consulta - rivelatasi, tra l'altro, anche in termini di un apodittico «predominio assiologico» della Carta costituzionale sulle altre carte dei diritti - sia di custodire l'identità e l'unitarietà dell'assetto di valori espresso dall'ordinamento e dalla sua Legge fondamentale in presenza di una molteplicità di giudici e di sistemi di tutela dei diritti, sia di assicurare la tenuta del margine di apprezzamento statale, quale prodotto del bilanciamento tra i valori costituzionali e l'interesse pubblico di volta in volta rilevante⁷².

⁷¹ Così GALLIANI, *Il mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta online*, 23 marzo 2018, 139 che ricorda come «non esiste sistema al mondo nel quale si possa parlare di un *completo* assoggettamento di un giudice a un altro, essendo l'unica plausibile eccezione (il Brasile) talmente discussa da far pensare che non si tratti di una vera e propria eccezione».

⁷² Cfr. COLANCINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n.*

Le regole di ingaggio, delineatasi a partire dalle famose sentenze (quasi) gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, sono note.

In grandi linee: all'obbligato tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, che porti a un aumento di tutela rispetto a quella assicurata dall'ordinamento nazionale⁷³ e che sia al tempo stesso preceduta da una lettura costituzionalmente orientata⁷⁴, si affianca il dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. con la disposizione convenzionale quale parametro interposto, quando l'antinomia tra il diritto convenzionale e quello domestico non sia risolvibile in via interpretativa. Il protocollo operativo è indicato chiaramente nella sentenza n. 49 del 2015: vi è una *gerarchia di doveri* che impone al giudice comune di «interpretare il diritto interno in senso conforme alla Cedu» solo subordinatamente «al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme», quale riflesso sul piano operativo del *predominio assiologico* della Costituzione sulla Convenzione Edu⁷⁵.

Va da sé che il ricorso alla Corte costituzionale dovrà avvenire, con oggetto la legge di esecuzione *nella parte in cui...*, anche laddove si dimostri infruttuoso il tentativo di interpretazione conforme a Convenzione e si sospetti l'incompatibilità di quest'ultima con la Costituzione⁷⁶.

Molti i distinguo e le precisazioni poste con il tempo.

Diversi i limiti qualitativi e quantitativi per delimitare l'ingresso della giurisprudenza europea nel sistema domestico.

Intanto si è esclusa dall'inizio ogni idea di controllo diffuso di convenzionalità. L'aver costretto a passare per il 117 della Costituzione impone un sindacato accentrato di costituzionalità. Si scongiura così un'altra ipotesi di disapplicazione della legge da parte del giudice nazionale, in aggiunta a quella, sempre valida, per i casi di contrasto con il diritto dell'UE⁷⁷.

49/2015: sfugge il senso della controriforma imposta dal palazzo della Consulta, in Osservatorio sulle fonti n. 3 del 2015, 555 e ss.

⁷³ Corte Costituzionale, sentenza n. 311 del 2009, considerato in diritto n. 6; Corte Costituzionale sentenza n. 317 del 2009, considerato in diritto n. 7.

⁷⁴ Così anche Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015 considerato in diritto n. 4.

⁷⁵ Così anche Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015 considerato in diritto n. 4.

⁷⁶ In senso critico a questa soluzione, prospettata già nelle sentenze n. 311 del 2009 e, quindi, nella n. 49 del 2015, RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo* 2/2015, 325 e ss.

⁷⁷ Nota GUZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, disponibile in: www.osservatoriosullefonti.it come il rigido modello disegnato dalla Corte costituzionale, imperniato sul rapporto gerarchico tra le fonti, «implicava e implica una stratificazione complessa di rapporti tra fonti. Se la CEDU, infatti, può fungere da parametro costituzionalmente interposto per il sindacato sulle leggi

Poi, si è precisato, anche questo da subito, che il diritto convenzionale può permeare il diritto nazionale solo se è pienamente conforme a tutti i principi e gli interessi costituzionali⁷⁸.

È toccato quindi al tema della massima tutela.

La Corte costituzionale ha puntualizzato che la *logica della massimizzazione* non deve essere seguita in maniera incondizionata⁷⁹: è ben possibile che il giudice costituzionale, ove ravvisi la necessità di un bilanciamento, si discosti da quanto garantito in sede europea⁸⁰.

È un limite qualitativo, quello delineato: la massima espansione delle garanzie si *confonde* con il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti⁸¹.

Si è poi puntualizzato che i giudici nazionali sono vincolati (sia nel momento dell'interpretazione sia in quello della eventuale questione di costituzionalità) alla applicazione che della Convenzione dà la sua Corte. Tuttavia, si è specificato, questo vincolo è legato solo alla *sostanza* della giurisprudenza europea⁸².

E in ogni caso, la Corte costituzionale si ritaglia il ruolo, tutt'altro che marginale, di esercitare «il suo margine di apprezzamento e di adeguamento in modo da tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»⁸³.

Il giudice (penale) domestico non può avventurarsi in *addizioni*⁸⁴.

Il giudice interno è un mero *ripetitore*, un *pappagallo* come è stato definito⁸⁵,

finalizzato all'eventuale annullamento *erga omnes* delle disposizioni legislative contrarie alla CEDU, tale esito estremo può realizzarsi solo a condizione che la norma convenzionale sia, a sua volta, in armonia o almeno non in contrasto con la Costituzione. (...) Il corollario – teoricamente dirompente – è quella della prospettività di un sindacato di costituzionalità sulla norma CEDU per avventura invocata come parametro interposto, la cui contrarietà con una (qualsiasi) norma costituzionale implicherebbe una dichiarazione d'incostituzionalità parziale della legge d'esecuzione della CEDU, nel punto in cui essa consente l'entrata nell'ordinamento italiano di norme incostituzionali.»

⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 311 del 2009, considerato in diritto n. 6.

⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 236 del 2011.

⁸⁰ VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti. Dall'euro-entusiasmo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*. In *Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di Sonelli, Torino, 2015, 253 e ss, in particolare 257 dove nota come nella sentenza n. 236 del 2011 i giudici costituzionali abbiano sottolineato la possibilità, *quand'anche l'interprete strasburghese dovesse essere di contrario avviso*, di prevedere deroghe alla retroattività favorevole, pur godendo questa di *tripla copertura costituzionale*.

⁸¹ Corte cost., sentenza n. 264 del 2012.

⁸² Corte cost., sentenze nn. 311 e 317 del 2009.

⁸³ Corte cost., sentenza n. 236 del 2011.

⁸⁴ Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, considerato in diritto n. 13.

⁸⁵ VALENTINI, *Case Law convenzionale*, cit. 306: il giudice «è muto se la Corte è muta; (...) parla solo se la Corte parla; e (...) ripete pedissequamente ciò che la Corte dice, senza potersi mai cimentare in com-

che non può spingersi in combinazioni logiche e deduttive tra più *dicta* della Corte, costretto come è a rimanere legato al testo della singola sentenza, non collegabile ad altre e le cui considerazioni non sono (ri)costruibili a sistema. Al giudice, in sostanza, quando si tratta di Convenzione europea, è precluso di fare il suo *mestiere di costruire (law finding)* il diritto anche attraverso traduzione di linguaggi, fusioni di orizzonti, composizioni di distanze, combinazioni di narrazioni. Operazioni di finitura giudiziaria che presuppongono processi additivi e anche predittivi rispetto a quanto ancora non è stato espressamente detto.

Infine, in questo spazio totalizzato, intervengono anche limiti quantitativi: i giudici nazionali debbono tenere conto della giurisprudenza di Strasburgo soltanto quando la Corte EDU abbia definito la stessa causa di cui il giudice torna ad occuparsi; quando si tratti di una sentenza pilota; quando la giurisprudenza di Strasburgo costituisca un *diritto consolidato*⁸⁶.

Come è noto, con la sentenza n. 49 del 2015, il giudice ordinario si vede assegnare dalla nostra Corte costituzionale un ulteriore strumento – dopo quelli della *sostanza* della giurisprudenza della Corte europea e del *margin* di apprezzamento competente al giudice nazionale⁸⁷ – volto a fissare i confini, sempre più asfittici, del suo obbligo di interpretazione conforme a Convenzione. Il giudice comune non è obbligato a conformarsi a una giurisprudenza di Strasburgo che sia espressione di singole pronunce o di un orientamento non consolidato: in questa ipotesi egli ben potrà discostarsi dalla “apparente” soluzione europea individuata in un precedente e adottare soluzioni differenti in sintonia con i valori costituzionali. E ciò nella speranza che i giudici sovranazionali – in un processo circolare, evidentemente altalenante e non a spirale, di costruzione normativa – ne terranno conto nei loro – a questo punto quasi inevitabili – successivi interventi.

Questo ulteriore freno, costituito dalla *giurisprudenza consolidata*, volto a contrastare l’ingresso della giurisprudenza europea è di difficile traduzione. Non convincono gli indizi in negativo lasciati sul campo per la sua

binazioni logiche e in letture ipertestuali».

⁸⁶ Tale criterio, affermato per la prima volta, come già notato, nella sentenza n.49/2015, è stato ribadito anche in successive decisioni: cfr. la sentenza n. 200/2016, in cui la Corte osserva “che il significato delle disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli va tratto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), purché consolidata (sentenza n. 49 del 2015)”.

⁸⁷ Si rinvia per una disamina sulla strategia del controllo messa in atto dalla nostra Corte costituzionale per frenare l’ingresso della giurisprudenza della Corte europea nella prassi del giudice ordinario, a VIGANO, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in www.penalecontemporaneo.it. Sui nuovi limiti individuati dalla sentenza n. 49 del 2015, tra gli altri, RUGGERI, *Fissati nuovi paletti*, cit.

individuazione dal giudice costituzionale, che sembrano più che altro essere frutto di una cattiva comprensione del metodo del ragionamento giuridico della Corte europea⁸⁸: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano»⁸⁹.

⁸⁸ Per un'analisi critica del passaggio della Corte costituzionale, cfr. TEGA *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸⁹ È portatore di una parziale verità l'unico indizio di *solidità* in positivo costituito dall'essere una data decisione annessa tra le *sentenze pilota*. Sentenze pilota che, tra l'altro, poiché rilevanti un *deficit* strutturale e di sistema della normativa sindacata finiscono per avere come loro principale interlocutore il legislatore più che il giudice (ordinario). E che pertanto, lungi dall'essere espressione di una posizione giurisprudenziale europea stabile, indicano, sotto un altro piano, una lacuna legislativa di un dato Paese.

La promiscuità degli indici rischia di travolgere il giudice comune che non ha neanche gli strumenti adeguati per conoscere così profondamente la giurisprudenza europea: il complesso meccanismo individuato è pieno di incomprensioni e fraintendimenti.

L'opera di produzione di indizi della Corte costituzione rileva molte debolezze e fallaci astrazioni.

Innanzitutto, erroneo - dal punto di vista di Strasburgo - svilire la portata delle sentenze delle Camere semplici e attribuire alla Grande Camera la funzione, che non le appartiene, di convalida di tutte le decisioni delle sezioni singole. Da un lato, la sentenza della Camera, non appellata, diventa definitiva e quindi è giurisprudenza della Corte; dall'altro, al contrario, l'intervento della Grande Camera è straordinario. Ai sensi dell'art. 43 della Convenzione, essa accoglie la domanda di rinvio solo se la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. Si tratta, in ogni caso, di un intervento eccezionale destinato naturalmente ad avere portata operativa esigua rispetto alla grande massa di sentenze delle Camere semplici.

In secondo luogo, suggestivo ma scorretto il richiamo all'art. 28 della Corte (in tema di organizzazione e di competenze dei Comitati), che attraverso una bizzarra confusione metodologica vede un criterio organizzativo utilizzato come criterio ermeneutico, tra l'altro ignoto all'operare della Corte europea. Dal punto di vista dei metodi interpretativi dei giudici di Strasburgo, quel criterio non vuol dire proprio nulla, indicando, al contrario, unicamente le modalità di intervento del Comitato.

Oscuri, poi, le modalità di individuazione dei punti "di distinguo o persino di contrasto" con precedenti giurisprudenziali. Ciò sia in considerazione del *fisiologico* ragionamento giuridico dei giudici europei che incentrato sul *case by case approach*, fa della peculiarità fattuale del

La risposta più efficace alla fallacia di tale ricostruzione è stata data proprio dalla Corte europea, nel caso *G.I.E.M. S.r.l c. Italia*⁹⁰. Dialogando a distanza con la nostra Corte costituzionale, i giudici europei affrontano, con tono fermo e limpido, la questione concernente lo statuto delle decisioni della Corte⁹¹. Sul punto lapidaria è la risposta alla teoria *della giurisprudenza consolidata* indicata nella sentenza 49 del 2015: *le sentenze (della Corte) hanno tutte lo stesso valore legale. La loro natura vincolante e l'autorità interpretativa non dipendono, di conseguenza, dalla formazione giudicante che le ha rese*⁹². Rispondendo direttamente alla nostra Consulta e rivolgendosi a tutte le corti supreme e costituzionali europee (è il giudice Giudice Pinto de Albuquerque nella sua opinione separata a svelarcelo⁹³), viene ribadita, oltre la natura vincolante (di cui nemmeno la nostra Corte costituzionale più dubita) delle sentenze nei confronti delle parti in causa, *l'autorità di cosa interpretata delle stesse erga omnes*.

singolo caso il motore della sua costruzione giuridica orientata verso una naturale evoluzione e verso un continuo superamento dei suoi precedenti, sia ricordando, al contrario, la *patologia* talvolta riscontrata nelle decisioni di Strasburgo avere di dati e di indicazioni di contesto necessari a una piena comprensione del deliberato.

Infine, sospetto, e forse anche invidia, suscita quel giudice nazionale in grado di superare agevolmente e senza tentennamenti i tanti ostacoli posti sul cammino della ricerca della giurisprudenza consolidata. Molteplici gli interrogativi cui dovrà dare risposta. Sarà sufficientemente corroborata quella opinione dissenziente a cui deve essere attribuito - secondo un argomentare metodologicamente scorretto perché confuso sul senso e il significato da attribuire alle opinioni dissenzienti⁹⁰ - valore di scarsa solidità della decisione? Avrà ben compreso il giudice europeo la peculiarità dell'ordinamento nazionale? Quali i dati cui dar valenza nella ricerca dell'esatta percezione e conoscenza del giudice sovranazionale? Come fare per comprendere esattamente se nel suo processo deliberativo si sarà fatto, fallacemente, guidare da principi (che ovviamente saranno di diritto senza alcuna attenzione ai fatti del caso) elaborati per la risoluzione delle controversie concernenti Paesi con ordinamenti profondamente diversi dal nostro? È stata creativa la giurisprudenza o si è posta nel rassicurante (e per questo forse vincolante) solco del precedente?

Questi quesiti, se *presi sul serio*, rischiano di creare effetti distorsivi nell'evoluzione del diritto sia nazionale che sovranazionale perché espressione di una scarsa cultura europea che ha posto sullo stesso piano elementi organizzativi e funzionali, prassi tipiche della *common law* e principi di diritto continentale senza dar loro una corretta collocazione e un giusto dosaggio. Si tratta, in definitiva, di indizi fuorvianti con cui dovrà ora confrontarsi il giudice italiano fluttuante tra costituzione e convenzione prima di decidere se farsi guidare nella risoluzione del caso dalla decisione di Strasburgo.

⁹⁰ Corte europea, GC, sentenza del 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.r.l c. Italia*.

⁹¹ Scrive il giudice Pinto De Albuquerque, nella sua opinione *in parte concordante, in parte dissenziente*, che «il messaggio inviato con questa sentenza non è né sibillino né incerto, ma al contrario diretto e deciso: tutte le sentenze della Corte hanno lo stesso valore legale, natura vincolante e autorità interpretativa» (Corte europea, *G.I.E.M. S.r.l.*, cit. p. 83).

⁹² Corte europea, *G.I.E.M. S.r.l.*, cit., § 252 *in fine*.

⁹³ Corte europea, *G.I.E.M. S.r.l.*, cit. p. 106, nella versione inglese, o 108, nella versione francese, nota 96.

Il metodo escogitato nella decisione per segnalare la contrarietà dei giudici europei alla teoria della *giurisprudenza consolidata* è stato, in particolare, di affidare a un solo giudice – nella sua opinione separata – il compito di spiegare la bolla di quella ricostruzione costituzionale⁹⁴. Certo, la Corte avrebbe potuto essere meno prudente nel suo rapido e incidentale passaggio sul valore delle sue sentenze. Soffermandosi maggiormente sulla descrizione degli effetti della natura vincolante e/o *autoritativa* delle sue decisioni.

Tuttavia, non avrebbe potuto analizzare la pluralità dei frammentari indici di *consolidamento*, dovendo, al contrario, necessariamente propendere per una loro ricomposizione in una risposta unitaria che, però, ha la forza di minare alle basi quel criterio.

Tutte le sentenze hanno forza di autorità.

Eccola, la risposta.

L'autorità delle decisioni può essere declinata nella tradizionale distinzione tra autorità di *cosa giudicata* tra le parti del ricorso e *autorità di cosa interpretata* nei confronti di tutti gli Stati aderenti, non parti in causa, dunque con una efficacia *erga omnes*⁹⁵.

Nessun altro valore è possibile assegnare, allora, alle sentenze della Corte europea⁹⁶.

⁹⁴ La centralità delle *opinioni separate* si riscontra anche per la loro capacità di qualificare e arricchire il discorso della Corte, spesso imbrigliato in schemi e linguaggio rigidamente burocratico, aspetto che si è particolarmente accentuato negli ultimi periodi a seguito del notevole aumento dei casi da decidere. In questo contesto, le *separate opinion* spesso costituiscono un fondamentale elemento di comprensione della sentenza; cfr. CALZOLAIO, *La giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, 625 e ss, in particolare 628 – 629.

⁹⁵ Indicativo in questo senso è il Protocollo n. 16 – che dal primo agosto 2018 è entrato in vigore per i Paesi che lo hanno ratificato, e l'Italia, al momento non è tra questi – che ha introdotto la possibilità per i giudici di chiedere opinioni consultive non vincolanti sull'interpretazione conforme alla CEDU del diritto interno.

⁹⁶ È la *dissent opinion* di Pinto de Albuquerque a costituire una ipnotica miniera di repliche agli *indici* individuati dalla nostra Consulta per stabilire la natura di *diritto consolidato* della giurisprudenza europea. La difficile comunicazione tra la nostra Corte costituzionale e la Corte europea è particolarmente evidente quando il giudice, sul punto, *concordante* passa in rassegna i singoli *criteri*, praticando il sano esercizio del distacco.

Descriviamola allora la sua strategia della distanza.

L'esame inizia dal criterio di competenza delineato dall'art. 28 della Convenzione in cui il richiamo alla *well-established case law*, ci spiega il giudice europeo, non ha la funzione di misurare la *forza normativa o la densità persuasiva* della giurisprudenza, riducendosi, al contrario a mero indicatore per fondare la competenza di un Comitato⁹⁶.

Quanto al criterio della *creatività* – al pari di quello fondato *sui punti di distinzione o di contrasto tra i casi* –, Pinto De Albuquerque ne sottolinea la inutilizzabilità in quanto criterio soggettivo e mutevole. Non si tratta, pertanto, di indici in grado di essere elaborati e messi alla prova razionalmente⁹⁶.

Anche il richiamo alle sentenze pilota non convince e appare, ancora una volta, espressione di una superficiale conoscenza del sistema convenzionale, rischiando di essere fuorviante in quanto le stesse, rivelando un problema strutturale dell'ordinamento nazionale cui si riferiscono, vedono quale principale interlocutore il legislatore e sono più di altre sentenze molto connesse al contesto giuridico da cui traggono origine. Difficile allora che possano costituire guida interpretativa del giudice comune⁹⁷.

Inafferrabile e al tempo stesso neutro è poi considerato il criterio della *esistenza delle opinioni dissenzienti, sostenute da argomenti solidi*. In questo caso, il giudice portoghese nota che da un lato la *solidità* di un argomento *sembra richiedere una valutazione estremamente soggettiva* e dall'altro, le opinioni dissenzienti non hanno alcuna capacità diminvente la *forza giuridica delle sentenze cui accedono*⁹⁶.

Privo di alcun fondamento giuridico è quindi la distinzione tra sentenza emanate dalla Grande Camera e quelle delle sezioni semplici: ancora una volta si ricorda che non vi è alcuna ragione per ritenere che vi sia una differenza di forza giuridica.

Infine, l'ultimo criterio - quello della *comprensione/conoscenza della realtà normativa del Paese* - è il tassello che rende palese il disordine concettuale in cui si è mossa la Corte costituzionale. *Da qualunque angolo lo si osservi* - scrive il giudice - *questo quinto criterio poggia su basi errate*⁹⁶.

Sbaglia il giudice costituzionale quando ritiene che la Corte europea non si informi, e non tenga in debito conto, sulle peculiarità ordinamentali dei singoli Paesi. E invero, è sufficiente leggere le sentenze della Corte in cui la parte in diritto è sempre preceduta da una ricognizione anche della normativa interna applicabile e della giurisprudenza rilevante per comprendere quanto sia fallace simile convinzione.

Sbaglia quando trascura le modalità di decisione della Corte che *tiene in conto*, - diversamente da quanto sembra ritenere la Consulta - *nella sua attività di bilanciamento, molteplici fattori che concernono la «protezione dei diritti e libertà altrui» e gli altri scopi* indicati, ad esempio, negli articoli da 8 a 11 della Convenzione⁹⁶.

Sbaglia, ancora, il giudice costituzionale assumendo un atteggiamento *ostile alla causa della universalità dei diritti dell'uomo* quando *sottolinea la prevalenza delle caratteristiche nazionali nel proprio esercizio di bilanciamento tra diritti garantiti dalla convenzione e interessi costituzionali*, limitando in tal modo la sua giurisprudenza sugli effetti *erga omnes delle sentenze della Corte*⁹⁶.

È una ricostruzione senza appello quella effettuata dal giudice Pinto De Albuquerque: la teorizzazione del *diritto consolidato* quale unica sirena da seguire per il giudice italiano, *fraintende in modo preoccupante la struttura della Corte*⁹⁶.

Lo si era detto: incomprensioni e fraintendimenti intrappolano la nozione di *diritto consolidato* quale espresso nella sentenza 49 del 2015 della nostra Corte Costituzionale. La confusione di nozioni, metodi e strumenti di sistema si traduce in disordine concettuale che, come si è già sottolineato, crea, soprattutto nel giudice ordinario, una sorta di disorientamento.

Disorientamento cui non sembra essere sfuggito neanche il giudice Pinto De Albuquerque.

⁹⁷Invero, le sentenze pilota non presentano una particolare forza vincolante. Le stesse si caratterizzano unicamente per il fatto che decidono un caso che è esemplificativo di numerosi altri casi identici (seriali) in quanto espressione di una violazione strutturale del sistema giuridico di un Paese. Per gli altri casi, sottostanti quello deciso, già pendenti, la trattazione viene sospesa, in modo da consentire alle autorità competenti di "rimediare" alle violazioni riscontrate introducendo le misure generali a ciò necessarie. Quando ciò avviene, gli altri casi pendenti sono rinviati al Governo, in modo da essere risolti sul piano nazionale e non dovrebbero più giungerne

Nessun problema, invece, pone la prima indicazione che si riferisce, tuttavia, alla sola ipotesi in cui il giudice comune si trovi di fronte a una sentenza vincolante ai sensi dell'art. 46 della Convenzione: in tal caso «il giudice italiano non potrà negare di dar corso alla decisione». Si tratta allora di una ipotesi che nulla aggiunge all'annosa individuazione di direttive funzionali allo svolgimento del giudizio al di fuori dei casi di esecuzione di una sentenza di condanna della Corte europea.

2.1.2. **Creatura gotica.**

Seguendo le indicazioni della Corte costituzionale, il giudice nazionale partecipa della figura del mostruoso in quanto il suo agire, a ben vedere, non è conforme a nessun canone logico-giuridico ben preciso e risulta, al contrario, il frutto di un *patchwork* di condizioni.

Suo malgrado, una *creatura gotica* quella disegnata dal nostro giudice delle leggi, composta da ritagli sparsi che riflettono la varietà e la molteplicità delle indicazioni costituzionali. Indicazioni generate dal timore di perdere il controllo su propri compiti e funzioni.

Non è univoco il modello di azione giudiziaria costruito dalla Corte costituzionale, è frastagliato e pieno di riferimenti contrastanti che vanno dall'interpretazione costituzionalmente orientata a quella convenzionalmente conforme che deve, a sua volta e prioritariamente, essere conforme a Costituzione; dal dover essere il giudice domestico *bocca abnegata* di Strasburgo⁹⁸ ma anche attento *indagatore* della *sostanza* della giurisprudenza europea; dalla necessità di operare una meticolosa *massimizzazione della tutela* alla repentina scelta riduzionistica determinata dall'esercizio, se necessario, del margine di apprezzamento.

Al disordine dei riferimenti (e quindi della *materia* di cui il giudice si compone) corrisponde il disordine del suo linguaggio.

È un giudice che parla tutte le lingue, e nessuna. Parla una lingua senza regole che lo porta a scoprire la *giurisprudenza consolidata* senza tuttavia poter fare deduzioni o sillogismi.

Il suo incedere *barcollante* tra le condizioni totalizzanti imposte dalla Consulta al suo agire ricorda quello del mostro di Frankenstein, nella riproduzione cinematografica.

Tuttavia, al pari dell'orrida creatura di Mary Shelley, anche il giudice qui rappresentato lascia insinuare un sospetto: che alla sua deformità fisica e lingu-

di simili.

⁹⁸ Così VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale*, cit. 268.

stica non corrisponda una mostruosità interiore.

Siamo, in realtà, in presenza di un uomo *buono*.

Se ci lasciamo guidare da curiosità, e avanziamo nella necessaria messa in forma secondo lo sguardo convenzionale, la mostruosità diventa allora unicamente qualcosa di *mal visto*.

2.1.3. Semplificazioni.

C'è bisogno di semplificazione. Vi è l'urgenza di distinguere.

E, per farlo, può usarsi la traccia fornitaci ora anche dalla Corte europea che porta alla distinzione tra *autorità di cosa giudicata* e *autorità di cosa interpretata*.

Il compito dell'autorità giudiziaria nazionale di fronte alle sentenze europee alla luce di quella ripartizione risulta *semplicemente* delineata.

Da un lato, vi è il giudice comune che si confronta con una sentenza di condanna: questa assume la veste di *autorità di cosa giudicata*. In questo caso opera il vincolo di esecuzione rispetto al *singolo caso* deciso a Strasburgo. Vi è la necessità di un adeguamento pieno ai contenuti della decisione della Corte europea. L'intervento del giudice nazionale deve, quindi, porsi in una logica di serrata continuità, seguendo una scrittura sequenziale del testo, utilizzando e condividendo un sistema di metodi e di principi ordinatori comuni a tutti i partecipanti alla scrittura corale che così si realizza.

Dall'altro, vi è il giudice comune che al momento dell'applicazione del diritto di origine interna è tenuto al confronto continuo con la giurisprudenza europea. Qui ci si raffronta con gli effetti generali del diritto estraibile dalle sentenze europee. Si tratta di un insieme normativo che si riveste di *autorità di cosa interpretata*.

Non vi sono vincoli di adeguamento. Non c'è un obbligo di traduzione letterale di quanto detto a Strasburgo. Al contrario, il giudice ha ampia discrezionalità chiamato come è a contribuire a uno sviluppo narrativo/normativo del diritto in una visione dinamica e dialogica. Procedendo in questa operazione, l'attore domestico deve guardare, dal suo angolo prospettico, a quanto già scritto e detto a Strasburgo. Deve effettuare una nitida messa a fuoco di quanto rappresentato in ambito sovranazionale in modo da assicurare una sua prevedibile prosecuzione, e, al pari di quanto avviene al momento dell'esecuzione, deve uniformarsi ai metodi e ai principi ordinatori comuni.

I due ambiti si distinguono nettamente per l'approccio che bisogna avere nei confronti delle sentenze della Corte europea. Nel primo caso *di esecuzione*, si ribadisce, un ruolo centrale lo hanno i contenuti della singola sentenza di condanna emessa dalla Corte edu. Nel secondo caso di *narrazione* conven-

zionale, si ha riguardo all'applicazione giurisprudenziale, agli orientamenti espressi dalla Corte nelle sue sentenze in determinante materie⁹⁹.

In un caso, parliamo di *giudice esecutore*.

Nell'altro, di *giudice narratore*.

2.2. Giudice esecutore.

La sentenza di condanna della Corte di Strasburgo dà luogo all'apertura di una procedura di esecuzione nei confronti del Paese condannato, con la conseguente necessità, in modo particolare ma non unicamente, per le autorità giudiziarie di adeguarsi al giudicato sovranazionale. Si parla di *forza obbligatoria* della sentenza per indicare che lo Stato nei cui confronti è diretta deve necessariamente rispettarne i contenuti.

A partire almeno dalla sentenza *Scozzari e Giunta*¹⁰⁰ del 2000, la Corte europea costantemente afferma che in caso di constatazione di una violazione «lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione previste dall'articolo 41, ma anche di adottare le misure *generali* e/o, se del caso, *individuali* necessarie»¹⁰¹ al fine di far cessare la violazione e di impedirne per quanto possibile le conseguenze.

Le sentenze di condanna della Corte ed vanno prese *maledettamente* sul serio.

Ciascun giudice domestico ha il dovere di evitare di esporre lo Stato italiano a una responsabilità per violazione di obblighi convenzionali.

In applicazione dell'art. 46 della Convenzione europea, il rispetto degli impegni assunti con la sua sottoscrizione impone di dare piena attuazione alle sentenze dei giudici di Strasburgo, lasciando prevalere sul giudicato nazionale la primaria esigenza di porre rimedio alle violazioni di diritti e di libertà degli individui. Da ciò è derivato che il principio della intangibilità del giudicato sia oramai riconosciuto come recessivo rispetto alle esigenze di tutela dei diritti umani.

E di questo sia il nostro giudice costituzionale sia quello ordinario non dubitano¹⁰².

⁹⁹ Cfr. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione CEDU*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2015 2 e ss.

¹⁰⁰ Corte europea, *Scozzari e Giunta c. Italia*, sentenza del 13 luglio 2000.

¹⁰¹ Così Corte costituzionale, sentenza n. 210 del 2013.

¹⁰² Ne sono chiara espressione, tra le altre e rispettivamente, Cass. pen., Sez. I sentenza del 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi e Cass. pen. Sez. I sentenza del 1° dicembre 2006 n. 2800, Dorigo; e Corte costituzionale sentenza n. 113 del 2011.

Le decisioni dei giudici europei allora pongono obblighi nei confronti degli Stati sia per quel che riguarda i soggetti vittoriosi (*misure individuali*) sia per quei soggetti che, diversi da quelli vittoriosi nel ricorso, si trovano in condizioni analoghe se non identiche (*misure generali*). Le modalità e i limiti di tale dovere di conformazione continuano a non essere chiaramente delineati. La risposta del giudice comune è diversa a seconda che si tratti di rendere operativi gli effetti della sentenza del singolo caso ovvero che si debba rendere quella sentenza efficace in modo generalizzato nei confronti di chi si trovi in posizione identica o analoga al *vincitore* a Strasburgo.

2.2.1. Alla ricerca del rimedio.

Il principale problema posto dagli obblighi di corretta esecuzione – pena una ulteriore violazione del diritto della Convenzione europea dei diritti umani – di una sentenza di condanna emessa dal giudice di Strasburgo è connesso alla risoluzione di un *unicum* generato da una specifica decisione europea non destinato a essere facilmente (e se non in particolari ipotesi di violazione generalizzabili) ripetibile in altre situazioni.

Il tema dell'esecuzione di decisioni sovranazionali tese a imporre il *riesame della causa o la riapertura del processo* (espressioni queste che difficilmente possono essere considerate come corrispondenti o coincidenti unicamente con il nostro giudizio di revisione) è stato variamente svolto dalla nostra giurisprudenza: dall'incidente di esecuzione nelle sue diverse articolazioni (ai sensi dell'art. 670 c.p.p. e del 673 c.p.p.) al ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.* fino alla cd. "revisione europea" di cui alla sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale.

In assenza di un rimedio specifico, e pur in presenza della scrittura *costituzionale* di una procedura di revisione, la mappa disegnata dai nostri giudici ruota fondamentalmente intorno all'incidente di esecuzione e al rimedio di cui all'art. 630 c.p.p. Così, per cancellare – direttamente e senza ulteriori mediazioni – dalla sua vicenda concreta la violazione riscontrata dalla Corte europea, il ricorrente vittorioso a Strasburgo – e nella misura che in seguito vedremo pure chi si trova in una situazione non solo analoga ma del tutto identica – è posto di fronte a un bivio.

Bisognerà che scelga lo strumento più idoneo a dare piena attuazione alla sentenza di condanna. E per farlo sarà necessario precisare quale debba essere il risultato ultimo da realizzare: rimozione/invalidazione/inefficacia del giudicato o nuova attività processuale.

A ciascuna finalità corrisponde, allo stato attuale della giurisprudenza, un di-

verso rimedio: incidente di esecuzione o revisione¹⁰³.

Seguire le vicende di un caso (molto noto) potrà aiutarci nello sviluppo della questione.

2.2.2. Una questione individuale.

Riepilogare i percorsi seguiti per l'esecuzione della sentenza *Contrada c. Italia* è sicuramente utile per inquadrare le questioni che si pongono per rendere produttiva di effetti una decisione europea di condanna.

Il caso *Contrada* è sufficientemente conosciuto perché si vada oltre una rapida ricostruzione delle sue vicende europee¹⁰⁴.

L'affermazione della Corte edu è nota: la concreta fattispecie di "concorso esterno in associazione mafiosa" quale imputata a Bruno *Contrada* era «stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale caotica e altalenante». Al momento del fatto a lui addebitato non era, cioè, la giurisprudenza sufficientemente chiara e stabilizzata da consentirgli di prevedere *la pena in cui sarebbe incorso per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti*.

Violazione dell'art. 7 della Convenzione.

Si è posto di conseguenza il problema della esecuzione di quella sentenza di condanna da parte dei giudici nazionali.

Quali i rimedi esperiti da *Contrada*? Tutti; tutti quelli disegnati dalla giurisprudenza, sebbene non tutti condivisibilmente intrapresi.

Il ricorrente vittorioso doveva attaccare il giudicato, che doveva essere invalidato, messo in condizione di non dispiegare effetti.

Non vi era necessità di una nuova attività procedimentale. La decisione europea, infatti, aveva rilevato la violazione di un diritto sostanziale che, acclarata l'illegittimità dell'intero accertamento rispetto a quella imputazione violativa

¹⁰³ In questo senso, Corte costituzionale, sentenza n. 210 del 2013.

¹⁰⁴ Ampia la discussione in letteratura. Fra gli altri, DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir.pen.cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 11 e ss.; PULITANÒ *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir.pen.cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 46 e ss.; DONINI *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 348 e ss.; MANNA *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in *Diritto penale contemporaneo*, 4 ottobre 2016; PALAZZO *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir.pen.cont. - Riv. Trim.*, 2016, 3 4 e ss.; F. VIGANÒ *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs 'legalità convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 aprile 2017; ID., *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, *Dir.pen.cont. - Riv. Trim.* 9, 2017, 173 e ss.; VALENTINI *Normativa antimafia*, cit. 1 e ss.; S. BERNARDI, *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte di appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"* in *Dir.pen.cont. - Riv. Trim.*, 1, 2017, 233 e ss.; LOGGI, *Riflessi processuali del caso Contrada*, in *Riv. it.dir.proc.pen.*, 2018, 239 e ss.

del principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione, inevitabilmente si ripercuoteva sulla validità dell'esito processuale.

E ciò diversamente da quanto accade in caso di violazione di una garanzia procedurale che invalida lo svolgimento processuale più che il suo esito. Se a essere violata è una regola processuale, deriva, infatti, l'obbligo per le autorità nazionali di *rifare il processo* rispettando le garanzie e i diritti convenzionali – senza, ovviamente, che vi sia alcuna indicazione prestabilita quanto all'esito del nuovo procedimento. In questa ipotesi, non vi è dubbio che la revisione *europaea* è la procedura più idonea allo scopo. Non vi è infatti immediata esigenza di rimozione del giudicato. Vi è al contrario necessità di rifare il processo seguendo le regole del giusto processo in precedenza violato.

Nel caso di violazione di un diritto sostanziale, con una riduzione della discrezionalità dell'autorità giudiziaria italiana deputata a dare attuazione alla sentenza europea, si determina, invece, un vincolo per lo Stato condannato quanto all'esito della procedura di attuazione di quanto inficiato in sede europea.

Ciò era accaduto nel caso *Scoppola*, in cui la non conformità a Convenzione accertata dalla Corte dei diritti, in estrema sintesi, riguardava il *quantum* di pena (ergastolo vs 30 anni di reclusione) inflitta in contrasto con il principio della *lex mitior*. In tale ipotesi, la Corte di cassazione, investita, ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p., dell'esecuzione della sentenza europea, aveva la strada già tracciata: non aveva nessuna discrezionalità nell'individuare la misura individuale più appropriata per assicurare la *restitutio in integrum* al ricorrente. Così, ponendosi in un'ottica di piena continuità e dando concreta attuazione a quanto già stabilito dalla giurisdizione europea, i giudici di legittimità hanno sostituito la pena dell'ergastolo (invalidata a Strasburgo) con la pena a 30 anni di reclusione¹⁰⁵.

Contrada, da parte sua, doveva in definitiva superare non un "ingiusto" processo, con la necessità quindi di riaprirlo, ma un ingiusto giudicato, con l'esigenza, allora, di impedirne la produzione di effetti.

Lo strumento "ideale" per dare corretta esecuzione alla sentenza di Strasburgo, in caso di una accertata violazione sostanziale della Convenzione, dovrebbe allora operare dopo il giudicato, dichiarare la sua inefficacia e obbligare il giudice a tale pronuncia, trattandosi di *quaestio iuris* già decisa dalla Corte europea e non di *quaestio facti* rimessa al giudice nazionale.

¹⁰⁵Cass., Sez. V, sentenza del 28 aprile 2010 n. 16507 che ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte di Appello di Roma che non aveva applicato la disposizione che prevedeva il trattamento sanzionatorio più favorevole.

In quest'ottica, bene ha fatto la Corte di Appello di Palermo a rigettare l'istanza di cui all'art. 673 c.p.p. mirante a ottenere, attraverso un'applicazione analogica, l'equiparazione di una sentenza della Corte edu a una legge abolitiva direttamente applicabile.

Bene ha fatto la Corte di Appello di Caltanissetta - pur con motivazione *straniante*, frutto di una evidente confusione che ha portato i giudici nisseni a ripetere il giudizio di prevedibilità della condanna subita da Contrada, così inequivocabilmente già effettuato a Strasburgo, per giungere a una opposta conclusione - a rigettare l'istanza di revisione europea ai sensi dell'art. 630 c.p.p.. Male aveva fatto a ritenerla *ammissibile* - perché, come in precedenza detto, non veniva in questione la necessità di riaprire il processo con rivalutazione del compendio probatorio o sua integrazione¹⁰⁶.

Non vi era alcun *error in procedendo* da rimediare.

Infine, bene ha fatto il giudice della Cassazione a rimodulare l'istanza della difesa ai sensi dell'art. 673 c.p.p. e a riportarla nel corretto alveo dell'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p.¹⁰⁷, in modo da eliminare gli effetti pregiudizievoli della sentenza di condanna e procedere all'annullamento senza rinvio, dichiarando quella sentenza inflitta al ricorrente *ineseguibile e improduttiva di effetti penali*.

È quindi l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p. lo strumento che Il ricorrente vittorioso deve - secondo il giudice di Cassazione - utilizzare: esso investe il titolo esecutivo; ha un effetto rescindente; non concerne questioni di fatto (legate alla valutazione di prove); impone obbligatoriamente al giudice di eseguire la sentenza di Strasburgo¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Contra* Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in *Mass. Uff.*, n. 44193, che ritiene che lo strumento processuale più adeguato per dare esecuzione alla sentenza della Corte europea nel caso *Contrada* sarebbe stata la revisione. E questo in quanto vi sarebbe stata la necessità di una vera e propria riapertura del procedimento di cognizione perché la sentenza europea in questione, non compromettendo in alcun modo la sicura rilevanza penale delle condotte accertate, lascerebbe aperti ulteriori margini di discrezionalità in capo ai giudici interni.

¹⁰⁷ Cass., Sez. I, sentenza del 6 luglio 2017 n. 31112. La difesa di Contrada aveva promosso ricorso per cassazione chiedendo di annullare la declaratoria di condanna e di rimuovere tutte le conseguenze pregiudizievoli per lo stesso Contrada ai sensi dell'art. 673 c.p.p. In via subordinata, era chiesto di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. in riferimento agli articoli 25 e 117 Cost, nella parte in cui non prevede la revocabilità della sentenza di condanna a seguito di una decisione della Corte edu.

¹⁰⁸ In dottrina favorevoli all'uso dell'incidenza di esecuzione quale rimedio individuale e generale: F. GIUFFRIDA - G. GRASSO, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*; F. PALAZZO, *La sentenza "Contrada" e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1066 e ss, specialmente, p. 1066; V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1019 e ss, in particolare, 1026; VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei*

Una scelta *riduzionista* questa del giudice italiano, che non entra nel merito della questione, lasciando sullo sfondo l'eventuale proscioglimento del ricorrente.

Il supremo giudice - coerentemente con la sede in cui si muoveva, quella dell'esecuzione - si è ritagliato il ruolo di *esecutore* di quanto accertato a Strasburgo, considerando che una *peculiare* fase di cognizione fosse stata esaurita dal giudice dei diritti. Alla cui decisione il giudice domestico è chiamato a dare esecuzione¹⁰⁹.

Si paralizzano, comunque, gli effetti di una sentenza *invalidata* da una censura della Corte europea.

A questo punto, si è delineato un doppio binario processuale, da seguire a seconda del tipo di violazione riscontrata in sede europea: se la questione è processuale, c'è la revisione; se la violazione concerne una norma di natura sostanziale, c'è l'incidente di esecuzione.

E questo vale per i ricorrenti vittoriosi a Strasburgo. Quando, cioè, si tratti del *singolo caso* deciso dai giudici sovranazionali.

Almeno così pare.

2.2.3. Una questione generale.

In precedenza, si è ricordato come da una sentenza di condanna derivi a carico dello Stato l'ulteriore obbligo, sempre ai sensi dell'art. 46, di adottare *misure generali* volte, in particolare, a prevenire future violazioni.

Si tratta ora del tema della individuazione dei soggetti nei cui confronti possono spiegare effetti le sentenze di condanna di Strasburgo. Non solo *inter partes* ma anche *inter alios*. Muovendoci, sempre, nell'ambito dell'esecuzione di una sentenza di condanna.

giudici italiani sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁹ La motivazione della Corte di cassazione è stata molto netta, stringata e svolta unicamente utilizzando le disposizioni codicistiche. Altra operazione ermeneutica avrebbe potuta essere percorribile per giungere allo stesso risultato: quella di *utilizzare* l'articolato della Convenzione europea come strumento, non di mera interpretazione del diritto nazionale, ma di sua integrazione; come modalità di costruzione della fattispecie normativa.

Sarebbe cioè stato possibile immaginare di ritenere immediatamente operanti nel nostro ordinamento processuale, accanto alla disposizione dell'art. 670 c.p.p., gli artt. 35 e 46 della CEDU. Attraverso una giuridicamente possibile combinazione di tali disposizioni, si verrebbe a costituire una fattispecie processuale nuova derivante dalla loro interazione. Così operando, si ipotizza un intervento di ortopedia giuridica additiva di un comma all'art. 673 dal seguente - rudimentale - tenore: "Nello stesso modo il giudice dell'esecuzione procede, quando accerta l'esistenza di un obbligo di inficiare una sentenza di condanna ai sensi dell'art. 46 della Convenzione"

Rimanendo ancorati alla materia penale¹¹⁰, la giurisprudenza, sia pure in linea teorica e non nella sua maggioranza¹¹¹, tende ad ammettere la possibilità di un intervento in sede esecutiva su casi analoghi, per taluni; in casi identici, specificano i più¹¹²; solo se si è in presenza di una sentenza della Corte europea *davvero di portata generale* (strutturale) puntualizzano altri¹¹³.

La necessità di adeguamento ai contenuti delle decisioni Corte edu *inter alios* viene quindi riconosciuta ma circoscritta a quelle decisioni aventi effettiva portata generale e ai casi definibili in termini di identità.

Spetta al giudice domestico, facendo uso del margine di apprezzamento, valutare se si è in presenza delle due condizioni indicate: generalizzazione della decisione e identità del caso. Al di là di sempre possibili - argomentate - manifestazioni di dissenso verso la *ratio decidendi* della Corte europea laddove ci siano, ad esempio, lacune o incompletezze nella ricostruzione delle evoluzioni giurisprudenziali interne. E in ogni caso, costruendo una motivazione con la consapevolezza di produrre una decisione la cui *tenuta* convenzionale potrebbe essere analizzata, in ultima istanza, proprio dai giudici di Strasburgo. Con l'idea, insomma, di sviluppare un'argomentazione in grado di persuadere la stessa Corte di Strasburgo, giudice se non ultimo, almeno *secondo* dei diritti convenzionali.

Nell'argomentare la *differenza*, un ruolo centrale gioca la ricostruzione in termini di *diversità* dei casi in comparazione. Valutare se due situazioni siano *identiche* significa operare una attenta ricognizione dei fatti alla base dei casi da confrontare. Ed è nella selezione e quindi nella distinzione dei singoli *particulars* di cui si è composta la narrazione europea che risiede il fondamento del risultato *identitario* delle situazioni¹¹⁴.

¹¹⁰ Nella sentenza n. 123 del 2017, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'unico giudicato che può venire intaccato è quello relativo alle parti che hanno adito il giudice europeo dopo aver percorso le vie giurisdizionali interne. Con una ulteriore specificazione: «nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e che la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco».

¹¹¹ Nel senso della inammissibilità di ricorsi presentati da chi non era risultato *vittorioso* a Strasburgo: Cass.pen. Sez.VI, 23 settembre 2014, n. 46067; Cass. pen., Sez. VI, 19 novembre 2014, n. 53604; Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 2015, n. 20098; Cass. pen. Sez. VI, 12 luglio 2016, n. 29167; Cass. pen., Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 21635; Cass. pen., Sez. II 7 settembre 2017, n. 40889.

¹¹² Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, cit..

¹¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 210 del 2013.

¹¹⁴ L'operazione di selezione dei fatti non è certo semplice. Implica, infatti, il confrontarsi con il *mosaico* che compone la sentenza europea, e quindi, con la molteplicità di circostanze, di norme sostanziali e procedurali, di decisioni nazionali con relative motivazioni. Così affermare che i fatti a base delle vicende processuali di Contrada e di Dell'Utri siano *identiche* basandosi unicamente sul dato *cronologico*

A differenza di quanto visto per l'esecuzione del *singolo caso* che ha determinato la sentenza di condanna in cui al giudice *esecutore* non è dato margine di discrezionalità quanto alla necessità di adeguamento, quando si tratta di chi si trovi in una situazione analoga (*rectius* identica), il giudice nazionale, pur sempre *esecutore*, gode, tuttavia, di un margine di apprezzamento necessario per valutare l'opportunità di estendere gli effetti di una sentenza a chi non ne è stata parte. Si tratta di una discrezionalità orientata e vincolata: orientata a stabilire l'ammissibilità della espansione degli effetti di un giudicato europeo e vincolata, in caso di superamento di quel vaglio, nell'esito.

Nel primo caso, l'effetto della sentenza è diretto e immediato; nel secondo caso, solo eventuale e mediato dalla valutazione del giudice domestico.

Prima di procedere, bisogna intendersi su un dato.

Ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, si è detto, gli Stati sono tenuti ad applicare le necessarie misure generali volte a prevenire future violazioni. Questo significa che l'eventuale espansione degli effetti *inter alios* di una sentenza potrebbe non aversi nei confronti di chi ha la propria situazione processuale cristallizzata in un giudicato da un periodo superiore al termine di 6 mesi per proporre ricorso a Strasburgo. Se ciò avvenisse, non si avrebbe violazione degli obblighi di esecuzione. Rientrano nel campo di applicazione della disposizione di cui all'art. 46 della Convenzione, quelle situazioni che possono ancora essere suscettibili di un ricorso a Strasburgo o che sono in attesa di una decisione europea. È in questi casi, infatti, che l'adozione di una misura generale (*rectius*: di un intervento giurisprudenziale di attuazione di quanto contenuto in una sentenza di condanna) *previene* una futura decisione di condan-

dei fatti storici in contestazione è sbagliato. Si tratta di una affermazione che contiene una sola (piccola) parte di verità. Lo sguardo deve essere allargato per ricomprendere altri elementi fattuali che hanno verosimilmente portato la Corte ed a quella condanna. Al tempo stesso, non è corretto arricchire il racconto europeo di elementi che in quella sede non sono stati considerati (e avrebbero potuto esserlo), come ha fatto la Cassazione nella sentenza dell'ottobre 2016 soffermandosi su una presunta prevedibilità *soggettiva* per Dell'Utri, assente in Contrada. Al contrario, bisognerà immergersi nella lettura della sentenza resa dalla Corte europea e da lì trarre gli elementi alla cui luce valutare la *identità/diversità* delle situazioni. Nel caso di specie, si sarebbero, quindi, dovute leggere le motivazioni delle sentenze di condanna di Dell'Utri per verificare se, al pari dei giudici di merito di Contrada, lo schema legale in cui furono sussunti i fatti sia stato costruito utilizzando le massime di diritto estraibili univocamente da sentenze successive ai fatti addebitati all'imputato. La Corte europea, infatti, nel caso Contrada ha tenuto in conto da un lato la presenza di posizioni giurisprudenziali contrastanti in giurisprudenza nell'arco temporale interessato, e dall'altro come la tipicità dei fatti a lui addebitati fosse stata ottenuta sulla base della ricostruzione operata dalla sentenza delle Sezioni Unite del 1994, Demitry. Dopo aver ricercato, in positivo, elementi di *identità*, il giudice nazionale deve poi verificare che non vi siano ulteriori elementi di differenziazione rintracciabili nella vicenda storica alla sua attenzione, quali comportamenti processuali, legislazione o interventi giurisprudenziali sopravvenuti. Dovrà cioè considerare eventuali elementi fattuali *in più* nella vicenda processuale quale secondo elemento di comparazione.

na.

Ovviamente ragioni di uguaglianza di trattamento dei condannati (art. 3 della Costituzione) impongono di realizzare la parità di trattamento nei casi *identici* a vantaggio di tutti i consociati. Ma quando ciò si realizza, quando un giudice comune è posto di fronte all'attuazione dei *dicta* di una precisa sentenza di condanna verso il proprio Paese riguardo situazioni non più ricorribili, egli si trova in una sorta di *limbo* in cui non è più la Convenzione europea a pretendere l'espansione, ma sono motivi di giustizia sostanziale e di eguaglianza a spingere in quel senso.

In definitiva, l'estensione di quanto riconosciuto in una sentenza europea a soggetti non vittoriosi e coperti da giudicato non ricorribile a Strasburgo non è una conseguenza immediata o automatica. Si tratta di una questione da risolvere sul piano interno e non sotto la copertura dell'art. 46 della Convenzione. In questo caso, il giudice comune si muove *come se* stesse adempiendo agli obblighi derivanti dalla disposizione convenzionale.

Resta da intendersi su quale sia lo strumento processuale più idoneo a rendere operativa *inter alios* una sentenza di condanna di Strasburgo.

Anche in questo caso, si ripropone quanto visto in precedenza: incidente di esecuzione (artt. 666 e 670 c.p.p.) o revisione europea (art. 630 c.p.p.).

In un frastagliato panorama giurisprudenziale per lo più orientato a escludere la possibilità di estensione del giudicato europeo a casi simili¹¹⁵, emerge, fra chi è favorevole all'espansione, quale criterio distintivo da utilizzare per individuare lo strumento processuale più opportuno quello del maggior o minor margine di discrezionalità rimesso al giudice domestico. Ampiezza di discrezionalità che deve derivarsi dal contenuto della sentenza da eseguire.

La modifica del giudicato interno, che l'adeguamento presuppone, andrà realizzata tramite la revisione ogniqualvolta si renda necessario la riapertura del giudizio di cognizione; se vi è l'esigenza di ripresa delle attività processuali è il mezzo di impugnazione straordinario a dover essere utilizzato¹¹⁶.

Al contrario, l'incidente di esecuzione sarà da intraprendere quando

¹¹⁵ In generale, GRASSO - GIUFFRIDA, *L'incidenza del giudicato interno delle sentenze della Corte europea. L'incidenza sul giudicato europeo delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁶ Nella decisione dei supremi giudici relativa all'incidente di esecuzione promosso da dell'Utri si ribadisce la priorità logica dello strumento della revisione *europea*: si tratta del principale canale di adeguamento dell'ordinamento interno alle decisioni della Corte di Strasburgo in tutti i casi in cui – sia in rapporto a violazioni di principi processuali (art. 6 CEDU), sia in rapporto a violazioni di carattere sostanziale – l'intervento di modifica non sia predeterminato nei suoi contenuti, ma richieda un esercizio più o meno ampio di discrezionalità da parte del giudice, cfr. BERNARDI I *“fratelli minori” di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it.

l'intervento richiesto risulta predeterminato da altre norme giuridiche applicabili al caso¹¹⁷. In particolare vengono puntualizzate le condizioni in presenza delle quali questo rimedio esecutivo sarebbe esperibile: la pronuncia europea di cui si richiede l'applicazione deve avere effettiva e obiettiva portata generale, pur non dovendo necessariamente costituire *sentenza pilota*; vi deve essere identità tra le situazioni in comparazione; non deve essere necessaria alcuna declaratoria di illegittimità costituzionale¹¹⁸; nessuna attività discrezionale è richiesta al giudice domestico, trattandosi della mera applicazione di un diverso e già identificato precetto¹¹⁹.

Analogamente a quanto visto per l'esecuzione della sentenza di condanna del *singolo caso*, anche rispetto alla sua espansione a soggetti diversi, per la individuazione dello strumento processuale più adatto ha un ruolo fondamentale il margine di discrezionalità di cui gode il *giudice esecutore*.

L'incidente di esecuzione sarà la strada obbligata da percorrere quando l'esito dell'esecuzione è *predeterminato* a Strasburgo.

Se, al contrario, vi è necessità di esercitare un margine di discrezionalità quanto al raggiungimento dell'esito dell'intervento di esecuzione, la strada da percorrere sarà quella della revisione.

Aspetto, infine, comune a tutte le evenienze in precedenza viste, quali che

¹¹⁷ Nella sentenza della Cassazione nel ricorso di Dell'Utri, i giudici propongono invero una visione dei poteri (ristretti) di cognizione del giudice dell'esecuzione, in controtendenza con quel processo evolutivo che aveva interessato il giudizio esecutivo ampliando i poteri anche cognitivi del giudice. Dopo aver ricordato che non è strumento utilizzabile per correggere eventuali errori verificatisi nel procedimento di cognizione, ma luogo di attuazione della sentenza irrevocabile, la cassazione afferma che pertanto, in tale procedimento, non è possibile esercitare poteri discrezionali, essendo le competenze del giudice dell'esecuzione fissate dal legislatore, in un sistema tendenzialmente improntato alla regola della tassatività. Non è quindi possibile, continua il giudice, «una lettura 'generalizzante' del giudizio esecutivo come luogo flessibile in cui scaricare ogni questione correlata alla esistenza di 'vizi o violazioni' in tesi verificatesi in cognizione, posto che il valore del giudicato (e della sua tendenziale intangibilità) resta integro nella sua dimensione di strumento di certezza e stabilità delle relazioni giuridiche e sociali», Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, cit.

¹¹⁸ Cass., Sez. I, sentenza dell'11 ottobre 2016 n. 44193, Dell'Utri in cui i giudici distinguono nettamente la situazione in cui per eseguire una sentenza europea definitiva vi è necessità di una declaratoria di illegittimità costituzionale di norme interne da quella in cui tale passaggio non è necessario. Nel primo caso, ai sensi della sentenza n. 210/2013 della Corte costituzionale vi è un obbligo per il giudice dell'esecuzione di rimettere la questione alla Consulta e, in caso di dichiarazione di incostituzionalità della previsione nazionale, troverà applicazione l'art. 30 comma 4 della l. n. 87/1953 che consente al giudice dell'esecuzione di spiegare poteri anche di carattere innovativo/valutativo - come nel caso della rideterminazione del trattamento sanzionatorio-necessari per rimediare all'avvenuta irrogazione della "pena illegittima". Nel caso in cui invece non vi siano problemi di costituzionalità, in quanto è possibile una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata, il giudice dell'esecuzione - in presenza dei requisiti indicati - potrà espandere gli effetti della sentenza di Strasburgo a soggetti diversi dal ricorrente.

¹¹⁹ Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, cit.

siano i soggetti interessati (soggetto vittorioso o non ricorrente), quale che sia la *solidità* del giudicato (ricorribile o meno a Strasburgo) e quale che sia la tipologia di violazione accertata a Strasburgo (di garanzie procedurali o di tipo *sostanziale*) è la possibilità, in ogni caso, per il giudice *esecutore* di adire preliminarmente la Consulta, il cui intervento, attraverso una questione di legittimità ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, potrebbe essere necessario per espandere (a livello generale o individuale) quel *vulnus* accertato nel singolo caso a Strasburgo¹²⁰.

Questo, ovviamente, dipenderà dalle singole circostanze del caso, e se la violazione accertata in sede europea è di tipo *sistemico* e trova un ostacolo insormontabile (in considerazione della sua mancanza di potere disapplicativo) per il giudice comune in una disposizione normativa irriducibilmente contrastante con la Convenzione. Nei casi cioè in cui sarebbe impossibile riportare a conformità una norma interna mediante l'interpretazione conforme.

2.2.4. Prospettive.

Il panorama attualmente disegnato dai giudici italiani non è lineare, riscontrandosi variazioni, disomogeneità e rinvii reciproci tra i diversi giudici chiamati ad attuare. Nel seguire le vicende esecutive di taluni ricorrenti vittoriosi a Strasburgo, è anche agevole notare come spesso le giurisdizioni di merito abbiano maggiori difficoltà rispetto alla Corte di cassazione, ad aprire il nostro sistema agli effetti delle sentenze europee.

In una visione di maggiore coesione e di dimostrata maturità, il rimedio di cui

¹²⁰ Si tratterebbe di ripetere il percorso, estremamente complicato, seguito in occasione dell'espansione degli effetti della sentenza europea nel caso *Scoppola c. Italia* nei confronti di chi si trovava nella stessa situazione ma non aveva proposto ricorso alla Corte europea. In quell'occasione le Sezioni Unite della Cassazione avevano scelto di sollevare la questione di illegittimità costituzionale della norma oggetto di violazione, prima di porre in essere qualsiasi provvedimento di natura esecutiva. La Corte costituzionale, come è noto, con la sentenza n. 210 del 2013, aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma che aveva generato la violazione europea. A quel punto, la Corte di cassazione aveva dato seguito alla esecuzione e modificato la pena irrogata. In realtà, in considerazione della identità delle situazioni che in quella circostanza si comparavano (quella di Scoppola, vincitore a Strasburgo, e quella di Ercolano, coperto da giudicato non più ricorribile a Strasburgo) e della asserita portata generale della sentenza della Corte europea, altro avrebbe potuto e dovuto essere la modalità di esecuzione dei supremi giudici. Come sostenuto in udienza dalla Procura generale (in letteratura v. F. VIGANÒ *Figli di un Dio minore. Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte Edu in Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it) sarebbe stata sufficiente, oltre che possibile, un'interpretazione conforme alla Convenzione dell'art. 7 del d.l. 341/2000, che aveva generato la violazione accertata a Strasburgo, a opera dello stesso giudice ordinario, in modo da escluderne l'applicazione a quegli imputati che avessero richiesto il rito abbreviato nel lasso di tempo tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000.

Cfr. LOLLI, *Riflessi processuali del caso Contrada*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 239 e ss., specialmente 268-269.

all'art. 625-*bis*, sia pure forzatamente applicato e assegnando a quel giudice una competenza non sua, parrebbe in realtà preferibile all'affidare ai singoli giudici dei diversi distretti un compito che necessita, al contrario, di essere svolto con uniformità e coerenza, perseguendo anche una certa stabilizzazione giurisprudenziale.

Ragionando *de jure condendo*, e riportando esperienze già presenti in altri Paesi¹²¹, bisognerebbe immaginare l'introduzione di una procedura incardinata presso la Corte di Cassazione che enfatizzi la capacità del giudice di legittimità di funzionare come organo di nomofilachia, orientato all'elaborazione di casi tipologici, atti a costituire i punti di riferimento delle *rationes decidendi* delle decisioni europee. Vi è difatti, anche in caso di esecuzione delle sentenze di Strasburgo, una forte esigenza di uniformità dell'applicazione del diritto, come fine che trova giustificazione, tra l'altro, nell'eguaglianza di trattamento e nell'opportunità che l'espansione degli effetti delle sentenze europee *inter alios* siano espressione di una continuità e omogeneità degli orientamenti applicativi¹²².

2.3. Giudice narratore.

Attribuire alle sentenze della Corte europea (*rectius* alla sua giurisprudenza) efficacia di *autorità di cosa interpretata* impone agli Stati contraenti di tenerne adeguatamente conto indipendentemente dal fatto che si tratti di decisioni che siano dirette nei loro confronti o nei confronti di uno Stato diverso. In tal modo, si attribuisce alla giurisprudenza europea una efficacia *erga omnes*¹²³.

¹²¹ Si pensi in particolare a quanto introdotto nell'ordinamento francese per la riapertura dei casi a seguito di una sentenza di condanna della Corte europea, ai sensi degli articoli 626-3 e 626-4 c.p.p. Si tratta di una procedura (bifasica) davanti a una *Commission* della Corte di cassazione, composta da sette magistrati (uno per ciascuna sezione a eccezione della *Chambre criminelle* che vede la rappresentanza di due magistrati). Sul punto, cfr. SCIARABBA, *Il giudicato e la Cedu. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2012, 208 e ss.

¹²² Per una proposta volta all'introduzione di una sezione specializzata per *il riesame europeo*, cfr. PAGLIANO, *Gli effetti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Una ricostruzione sistematica*, Mantova, 2018, pp. 357 e ss.

¹²³ Già nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito* del 1976 la Corte ha affermato l'effetto *erga omnes* delle sue sentenze, sostenendo che le stesse servono per *chiarire, salvaguardare e sviluppare* le norme della Convenzione. Nel suo *memorandum* agli Stati in vista della Conferenza di Interlaken, il 3 luglio 2009, il Presidente della Corte europea ha ripreso e sottolineato lo stesso argomento: «Non è più accettabile che gli Stati non traggano le conseguenze di una sentenza che stabilisce la violazione da parte di un altro Stato quando la stessa problematica esiste anche nel loro ordinamento giudiziario. L'effetto vincolante dell'interpretazione della Corte va oltre la *res iudicata* in senso stretto». Tale aspetto è stato integrato al punto 4 (c) della Dichiarazione di Interlaken.

Ci si sposta così dalla *esecuzione*, più o meno meccanica e automatica, alla *narrazione* dei precedenti europei.

In questa prospettiva, il testo giurisprudenziale europeo diventa un *orientatore di senso*. Diventa un ideale regolativo, atto a garantire il collegamento delle diverse interpretazioni ammissibili per un unico e medesimo oggetto.

Il giudice nazionale è *il narratore* di una storia che si impegna a scrivere tenendo conto del passato (quanto detto a Strasburgo) e immaginando uno sviluppo narrativo coerente e attento al contesto.

Le sentenze di Strasburgo devono essere considerate come un paradigma stilistico di ragionamento che è contestuale senza essere relativistico, un paradigma da cui gli altri giudici possono ricavare prescrizioni concrete, potenzialmente generalizzabili, anche attraverso un discorso comparativo, cioè suscettibili di evolversi attraverso uno scambio con altri giudici/narratori le cui osservazioni mettano in dubbio, sottopongano a critica, confrontino o semplicemente integrino quelle di altri giudici.

Dalla giurisprudenza europea nella sua dimensione di *autorità di cosa interpretata* non deriva per il giudice comune un obbligo di risultato, vale a dire un vincolo a conformarsi *sic et simpliciter* agli orientamenti della Corte sovranazionale.

Il giudice domestico assume, piuttosto, un obbligo di natura procedurale¹²⁴. Egli ha, cioè, l'obbligo di *prendere adeguatamente in considerazione* gli orientamenti della Corte ed è tenuto a rilevare per la soluzione del caso sottoposto alla sua attenzione. Dalla *cognizione* del detto europeo potrà derivare una conformazione da parte del giudice o al contrario un *prenderne le distanze* con esplicitazione del suo dissenso e con adeguate motivazioni delle sue ragioni¹²⁵. Quale che sia, la decisione dovrà essere sempre argomentata in termini di ragionevolezza in modo da garantire che i diritti umani siano a tutti gli effetti il *fine ultimo* della opzione decisoria ritenuta preferibile.

Il giudice *narratore* è tenuto a indicare il percorso argomentativo che lo ha portato a incorporare ovvero superare i precedenti europei. Si tratta, in un'ottica di leale collaborazione e cooperazione alla scrittura corale di un testo normativo di fornire argomenti che siano funzionali al miglior sviluppo

¹²⁴ In questo senso MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in www.penalecontemporaneo.it, 307 e 316-317.

¹²⁵ ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, disponibile in: www.osservatoriosullefonti.it.

possibile del diritto convenzionale¹²⁶.

Quegli stessi principi - margine di apprezzamento, massimizzazione delle tutele, consenso - che rendono *elastica* ed evolutiva la giurisprudenza europea e che relativizzano il valore del precedente, rimarcandone più la forza *persuasiva* che vincolante, costituiscono una spinta verso un uso consapevole di costruzione condivisa del diritto attraverso un dialogo, anche su posizioni contrapposte, con divagazioni, svolte, strappi, con i giudici di Strasburgo.

Sono, quelle nozioni, delle *valvole di respirazione* che consentono anche al giudice nazionale di aprirsi - nel rispetto del principio di sussidiarietà - al diritto convenzionale in modo da partecipare a un processo di vera e propria costruzione fattuale e giuridica.

Vi sono però anche in questo caso delle *regole di ingaggio*. Il giudice domestico di fronte alla *materia giurisprudenziale* sovranazionale - pur nella libertà che gli deriva da quei principi - deve riprenderne lo stile, il contesto, le regole *narrative*, aggiungendo a quel *narrato* quanto necessario per la particolarità e la concretezza del caso, per la ricchezza e la varietà dei contesti fattuali.

Si tratta in sostanza di replicare, con i dovuti interventi di sistema, lo schema che la Corte europea assegna ai propri precedenti, il cui superamento, come visto, è continuo.

Anche a livello domestico, si deve partire da quel *precedente europeo* - verificando quindi se quelle date sentenze di riferimento presentano analogia quanto ai fatti di cui si tratta - mettendolo in tensione, verificando volta per volta la sua tenuta nella risoluzione del caso concreto e utilizzando gli stessi metodi e le stesse regole interpretative di Strasburgo - accettando quindi di trovarsi in una stessa dimensione culturale e giuridica.

Partendo da una lettura integrata del dato interno alla luce di quello esterno, il *giudice narratore* può discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, deve però come detto, motivare adeguatamente il proprio dissenso, dando quindi argomenti per una diversa lettura della giurisprudenza convenzionale.

Svariati possono essere gli argomenti *di differenziazione utilizzabili*.

Potranno essere le peculiarità del caso concreto a contare o il principio di massima espansione delle tutele; o sarà il margine nazionale di apprezzamento a portare a un bilanciamento degli interessi diverso da quanto operato a Strasburgo.

¹²⁶ Parla, in modo del tutto condivisibile, di *motivazione rinforzata*, GALLIANI, *Il mestiere del giudice*, cit. 139 e ss.

Quali che siano gli *argomenti di differenziazione* è necessario che essi siano adeguatamente motivati e siano espressione, già sul piano culturale, di una appartenenza a uno stesso spazio giuridico europeo. Non è infatti da dimenticare come si stia sviluppando una nozione elastica del principio di sussidiarietà, la cui ampiezza – in termini di ricaduta sul margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati – è strettamente legato al livello di leale cooperazione mostrato dagli Stati nel dialogo con la giurisdizione europea¹²⁷.

Da ciò deriva che quei Paesi che si mostrano più attenti a seguire le indicazioni derivanti dalla giurisprudenza della Corte, godono di un margine di apprezzamento significativamente più elevato. Quei Paesi che mostrano una maggiore lontananza o anche indifferenza alle dinamiche europee si vedranno sottoposti a un controllo più severo dall'organo sovranazionale.

L'evoluzione procedurale della dottrina del margine di apprezzamento ha portato a una maggiore operatività gli effetti *erga omnes* delle decisioni europee attraverso il principio di *res interpretata*, producendosi in questo modo una più profonda e tempestiva penetrazione della giurisprudenza della Corte nei sistemi giuridici nazionali.

Perché l'*autorità di cosa interpretata* sia bene intesa, è allora necessario che il giudice nazionale guardi con attenzione quella giurisprudenza, la studi e la faccia propria. Da questa potrà discostarsi utilizzando, però, argomenti quali quelli indicati, che legittimano un allontanamento dal precedente europeo. Argomenti che se correttamente impiegati sono in grado di attivare quel fenomeno di produzione corale del diritto, che vede la Corte impegnata quale attore, sensibile e aperto alle istanze provenienti dai singoli Paesi. In grado, quindi, di riconsiderare il proprio orientamento in presenza di ben motivati argomenti di *differenziazione*¹²⁸.

¹²⁷ BESSON, *Subsidiarity in International Human Rights Law: What Is Subsidiary about Human Rights*, in *American Journal of Jurisdiction*, 2016, 69 e ss.; CARTER JR, *Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication*, in *Hamlin Journal of Public Law and Policy*, 2009, 320 e ss.; SHELTON, *Subsidiarity and Human Rights Law*, in *Human Rights Law Journal*, 2006, 4 e ss.; CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 2003, 38 ; ECtHR, *Subsidiarity: A Two Sided Coin?*, ECtHR background paper, 30 gennaio 2015, scaricabile sul sito della Corte europea a www.echr.coe.int.

¹²⁸ Cfr. PETERS, *The Rule of Law Dimensions of Dialogues Between National Courts and Strasbourg*, in M. KANETAKE, A. NOLLKAEMPER (a cura di), *The Rule of Law at the National and International Levels. Contestations and Deference*, Hart, 2016, 201 ss.. L'A. nota come la sentenza della Corte europea, sentenza del 7 febbraio 2012, *von Hannover c. Germania* (n° 2) abbia, in parte, recepito gli argomenti sostenuti dalla Corte costituzionale tedesca in dissenso con il precedente della Corte europea, sentenza del 24 giugno 2004, *von Hannover c. Germania* (n° 1). Anche la Grande Camera, nella sua decisione *G.I.E.M. S.r.l e altri c. Italia*, del 28

Chiaramente, per consentire ai giudici nazionali di continuare con attenta cognizione la narrazione europea, ponendosi nel percorso già tratteggiato a Strasburgo, sarebbe preferibile che la Corte europea *producesse* diritto attendendosi a canoni di ragionevole prevedibilità e che fornisse motivate argomentazione delle sue decisioni¹²⁹. Ciò consentirebbe alle autorità giudiziarie nazionali di agire con maggiore cognizione e di poter più agevolmente tenere conto di quanto detto in sede sovranazionale.

Nei casi al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 46 della Convenzione che chiama in causa, come detto in precedenza, il *giudice esecutore*, il principio di *autorità di cosa interpretata* pone allora in essere una presunzione in favore del rispetto delle decisioni della Corte europea.

Il *giudice narratore* deve sempre partire dalle decisioni europee rilevanti, ma in modo da interpretarle e applicarle alle situazioni fattuali che si pongono alla sua attenzione. Ma se ne può discostare facendo leva su argomenti di tipo sostanziale che tendano al raggiungimento della soluzione più giusta nel caso concreto.

In sostanza, il giudice italiano deve sempre volgere il suo sguardo alle sentenze della Corte – siano queste rese o meno contro l'Italia, di Grande Camera o di Camera, con o senza opinioni separate. Se non le condivide, se non condivide le indicazioni interpretative in esse contenute, il giudice interno può procedere senza una interpretazione convenzionalmente orientata ma motivando adeguatamente il suo dissenso. Nella sua valutazione di condivisione o meno, il giudice deve farsi guidare da ragioni non formali (non possono quindi essere quelle indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015) ma sostanziali, di maggior tutela dei diritti¹³⁰.

Se in questa operazione di piena *considerazione del diritto convenzionale* il risultato sarà *sbagliato* e la decisione non sarà *giusta* agli occhi della Corte edu, questa interverrà e, dialogando con le autorità giudiziarie

giugno 2018 mostra di avere tenuto in conto la giurisprudenza italiana. Il cambiamento di prospettiva quanto alla *confisca senza condanna (formale)* può vedersi, infatti, anche legato alla sentenza n. 49 della Corte costituzionale. Non sono stati però gli argomenti formalistici in quella sede avanzati (rispetto ai quali, al contrario, c'è stata una dura presa di distanza da parte dei giudici europei) ad aver indotto il cambiamento di orientamento, quanto l'argomento legato alle esigenze di *punizione* di illeciti *tanto complessi*.

¹²⁹ In questo senso, CDDH Report, Doc CDDH(2015)R84 cit. par. 114.

¹³⁰ Ricorda GALLIANI, *Il mestiere del giudice*, cit. 141, come il «criterio per decidere di essere o meno d'accordo con la giurisprudenza di Strasburgo, non può essere formale, ma deve essere sostanziale. Se intendiamo attribuirgli *nome* e *cognome*, possiamo chiamarlo la *massima* tutela *concreta* dei diritti, che, allo specchio, come ha insegnato Paolo Barile, riflette l'interpretazione *restrittiva* dei *limiti* ai diritti».

nazionali, ne correggerà il corso¹³¹. Se, al contrario, il risultato sarà *giusto*, la violazione dei diritti umani sarà stata prevenuta o rimediata *a casa* senza il necessario intervento della Corte¹³².

2.4. Frammenti.

La tipologia delle interazioni tra l'ordinamento nazionale e la giurisprudenza europea comprende ulteriori casi che portano a porsi alcune domande.

Il primo riguarda l'effetto di una sentenza di condanna della Corte europea sui procedimenti ancora in corso, non coperti da giudicato. La domanda è: quale veste assume il giudice di cognizione che nel corso del procedimento si vede sollevare una questione di conformità a Convenzione?

Il secondo concerne la chiusura della procedura di esecuzione davanti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. La domanda è di nuovo: in quale funzione (di esecuzione o di narrazione) decide il giudice nazionale sulle questioni di conformità a Convenzione sollevate quando la fase esecutiva è stata chiusa da parte dell'organo politico europeo?

La risposta da darsi passa più per una individuazione degli strumenti e delle modalità decisorie che per un *rigido* inquadramento, perché in entrambi i casi la frontiera di separazione dei concetti (*esecutore vs narratore*) non è precisa.

Anche i caratteri del giudice *esecutore* e del *giudice narratore* sono *sfocati*, come la nozione di *materia penale*. Il confine tra di loro è *sfumato*; il passaggio dall'uno all'altro è questione di *sfumature*.

È il risultato a contare, al di là delle etichette: l'intervento giudiziario, in ogni caso di *interpretazione conforme*, con un esito più o meno vincolato, *basta che funzioni*. Ogni giudice può, in linea di principio, operare anche attraverso forzature o prese di distanza che arrivino a ignorare, torcere o ribaltare la disposizione normativa interna in tensione con la Convenzione, quando tale forzatura sia necessaria per adeguare il diritto nazionale alle indicazioni euro-

¹³¹ Come ad esempio accaduto in Corte europea, sentenza del 12 giugno 2012, *Lindheim e altri c. Norvegia*, § 135.

¹³² È stato correttamente notato come l'impostazione *argomentativa* proposta non si ponga in contrasto con la costruzione dei rapporti con la giurisprudenza europea elaborata dalla nostra Corte costituzionale. Non opera, infatti, alcuna preclusione a ricorrere all'incidente di costituzionalità per espungere, se necessario, una norma interna che sia in contrasto con il diritto convenzionale. Stabilita la opportunità di adeguarsi a un orientamento della Corte europea «è ben possibile che un intervento della Corte costituzionale si riveli, nel caso concreto, come l'unico modo per assicurare una piena conformità dell'ordinamento interno alla Convenzione europea come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Resterebbe allora possibile per il giudice italiano sollevare l'incidente di costituzionalità in virtù della sovraordinazione gerarchica della Convenzione (e solo di essa) rispetto alla legge ordinaria», P. ROSSI, *L'interpretazione conforme*, cit. 37.

pee.

La singola attività del giudice nazionale si pone, rispetto alla Convenzione europea, come un *frammento*, come *par pro toto*, che però è in grado di dare un'idea dell'insieme. La totalità convenzionale non deve mai essere sminuita né dimenticata. Ciò comporta che quel *frammento*, in quanto evento evocativo di ciò che è altrove, assente sul territorio nazionale è tuttavia parte di quella totalità, da cui non si può prescindere.

Può essere rimarcata una disgiunzione o una distanza.

C'è però una condizione.

L'operazione deve *funzionare*; deve cioè essere sorretta da adeguata motivazione e assicurare alle parti ricorrenti una soluzione delle questioni giuridiche pendenti compatibile a Convenzione.

In ogni caso si *appartiene* al mondo convenzionale pur se si può rimarcare la propria *indipendenza* da esso.

3. Concludendo.

La combinazione degli interventi dei diversi attori, nazionali e sovranazionali, impone di perseguire sempre la massimizzazione delle tutele: se uno dei protagonisti si ferma o arretra, tocca all'altro riprendere il cammino e avanzare.

Non è consentito che entrambi facciano la mossa del gambero.

Le garanzie devono essere espanse secondo un processo evolutivo continuo.

È un processo che si basa su un comune sentire, che comporta la partecipazione a uno stesso ordine giuridico e culturale, che dà *voce* a una visione inclusiva fondata sulla conoscenza tecnica della Convenzione e della sua giurisprudenza e delle realtà non solo giuridiche, ma anche sociali e culturali, dei singoli Paesi aderenti.

Forse non sarà sempre un processo lineare quello ottenuto dalla combinazione dell'agire giudiziario dei diversi interpreti della Convenzione. Al contrario, quell'azione sarà connotata da strappi, ripensamenti, aggiustamenti, ribaltamenti, deviazioni.

Tuttavia, in questa *unione* rimane l'idea di scoperta e di amalgama.

Bisogna cambiare.

L'unico mezzo dato ai giudici, nazionali e sovranazionali, per esistere e resistere è sapersi rigenerare, saper *rivoluzionare* il proprio divenire giuridico.

Il compito non è agevole, al contrario, lungo e impervio è il percorso da intraprendere senza che sia possibile giungere a una sintesi.

Piuttosto, ogni volta sarà necessario ricominciare da capo a tessere la fitta trama di un tessuto normativo complesso, espressione di un processo di vera e propria costruzione cui partecipano una pluralità di attori.

