

La procedura penale

di **Oliviero Mazza**

Fra umanesimo processuale e istanze repressive

Negli ultimi dieci anni abbiamo assistito a un profondo cambiamento della procedura penale rimanendo, però, nella strana condizione di spettatori distaccati e forse non preparati a cogliere la portata complessiva, e tutte le prospettive, di un fenomeno che definire epocale non è certamente iperbolico. In sintomatico parallelo alla globalizzazione sociale ed economica, anche il diritto, e nello specifico quello processuale penale, ha subito una mutazione del suo stesso profilo genetico. Sono cambiate le fonti, la natura, le finalità ultime e la vera ragione d'essere del processo.

La mancata percezione e, di conseguenza, la mancata consapevolezza del fenomeno e di tutte le sue dirimenti implicazioni può forse giustificarsi con il tipo di trasformazione, peraltro ancora in atto, non frutto di rivoluzioni traumatiche, bensì dell'affinarsi lento e progressivo di una nuova sensibilità per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. La centralità dell'imputato e la preminente esigenza di garantire i suoi diritti fondamentali nel contesto di un processo per ciò stesso definito equo è via via emersa in una visione antropocentrica della procedura penale che è già stata icasticamente definita umanesimo processuale (1).

La centralità dell'uomo imputato nel processo penale è soprattutto il portato dell'azione della "grande Europa", in particolare della giurisprudenza della Corte EDU. Il processo equo tratteggiato dalle sentenze di Strasburgo è diventato un modello universale di procedura penale attenta ai diritti dell'imputato da importare in tutte le giurisdizioni nazionali degli Stati membri del Consiglio d'Europa, ma anche da esportare nelle giurisdizioni internazionali, basti pensare ai Tribunali sulla *ex*-Jugoslavia e sul Rwanda o allo statuto della Corte penale internazionale.

In parallelo a questa universalizzazione ed espansione dei diritti fondamentali dell'imputato, la "piccola Europa" si attesta su una visione angusta (e distorta) del processo penale come strumento di difesa sociale, una barriera da ergere a fronte della minaccia rappresentata da gravi forme di criminalità organizzata e transnazionale, compreso il terrorismo. Si è

abbandonata, o meglio non è mai stata seriamente coltivata, l'idea di un processo penale comune. Anche il meno ambizioso proposito dell'armonizzazione delle legislazioni processuali interne segna da tempo il passo, soffocato dallo straordinario successo che ha riscosso il principio del mutuo riconoscimento. L'Europa dei 27 ha così dimostrato di non essere politicamente in grado di imporre ai singoli Stati una legislazione processuale penale comune, o anche solo omogenea, che favorisca e semplifichi la cooperazione giudiziaria storicamente rientrando nelle specifiche competenze comunitarie (terzo pilastro). Preso atto di questa situazione, nella tradizione della *realpolitik* e con buona dose di pragmatismo, il Consiglio europeo di Cardiff del 1998 ha escogitato una soluzione tanto ingegnosa quanto fortunata nei suoi successivi sviluppi: fondare la cooperazione giudiziaria sul principio del mutuo riconoscimento.

Questo principio è diventato nel tempo l'architrave dell'intero sistema europeo di cooperazione giudiziaria e la sua straordinaria forza risiede nella capacità di ottimizzare i risultati con il minimo sforzo: volendo usare uno slogan, si potrebbe dire che vincola, ma non impegna a mutare la legislazione interna. Gli Stati aderenti all'Unione hanno sistemi giudiziari eterogenei che non sono perciò in grado di trattare singole questioni in modo uguale e a volte nemmeno simile. Per far sì che le decisioni assunte in uno Stato possano essere accettate da altri Stati membri come equivalenti a quelle interne, si ricorre all'idea della fiducia reciproca. L'esistenza di un rapporto fiduciario fra gli Stati funge da schermo per occultare le indubbie diversità e da collante per indurre il reciproco riconoscimento che, secondo il programma dell'Aja del 2004, investe, o meglio dovrà investire, le «decisioni giudiziarie prese in tutte le fasi dei procedimenti penali o ad essi altrimenti pertinenti, quali la raccolta e l'ammissibilità dei mezzi di prova, i conflitti di giurisdizione, il principio del *ne bis in idem* e l'esecuzione delle sentenze definitive di detenzione o altre sanzioni (alternative)».

Nota:

(1) C. Brenner, *Pour un humanisme processual respectueux de l'autonomie processuelle*, in *Mélanges Serge Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, 175.

Il principio del mutuo riconoscimento produce due fondamentali risultati a costo zero dal punto di vista dell'impegno nell'edificazione di un diritto processuale penale comune. Il primo è costringere tutti gli Stati a cooperare fra loro senza possibilità di obiettare alcunché in ordine alle modalità con cui vengono trattate le singole questioni dal proprio partner fiduciario; il secondo, ma non meno rilevante, riguarda lo spostamento dell'asse della cooperazione dai tradizionali rapporti politico-diplomatici a un livello semplicemente giudiziario. Del resto, se ci si fida l'uno dell'altro non ha senso un filtro politico ed è opportuno lasciare dialogare direttamente le autorità procedenti.

A dire il vero, nelle intenzioni iniziali il principio del reciproco riconoscimento avrebbe dovuto procedere di pari passo con un certo grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali, sia sostanziali sia processuali. La fiducia reciproca non è infatti un dogma assoluto, ma andrebbe coltivata sulla base di un'integrazione normativa almeno minimale.

In realtà, l'insperata efficacia del mutuo riconoscimento ha finito per travolgere ogni tentativo di ravvicinamento degli ordinamenti interni. Testimonianza eloquente di questo *trend* è l'ordine di priorità dato alla produzione normativa in materia: si è deciso di adottare, ad esempio, le decisioni quadro sul mandato di arresto europeo (2002/584/GAI), sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (2003/577/GAI), sulla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (2005/212/GAI), sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (2005/214/GAI), sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca (2006/783/GAI), sul reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza, delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive (2008/947/GAI), sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale (2008/909/GAI), sulla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale (2008/675/GAI), sul mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali (2008/978/GAI), sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (2009/829/GAI), tutte ispirate, appunto, al principio del mutuo riconoscimento, mentre la decisione quadro sul rispetto dei diritti pro-

cessuali dell'imputato, volta a introdurre regole di garanzia comuni, è rimasta arenata allo stadio di proposta. Di fatto, l'armonizzazione in ambito processuale si è manifestata solo con la decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI) e non è casuale che sia stata scelta proprio la prospettiva vittimologica notoriamente contrapposta alle garanzie dell'imputato.

In altri termini, ci si è resi conto che, se a livello teorico il reciproco riconoscimento postula l'armonizzazione, in pratica tale principio si presta a essere impiegato in modo altrettanto efficace come succedaneo dell'armonizzazione stessa, sterilizzando il problema delle diversità esistenti fra i singoli ordinamenti degli Stati membri.

Lo spazio comune processuale penale si è così venuto a sviluppare in funzione del miglioramento della cooperazione giudiziaria in chiave repressiva e preventiva, o meglio nell'ottica dell'efficienza disgiunta dall'interesse per una legislazione garantista omogenea.

Al di là delle discutibili tecniche normative impiegate, possiamo accettare che il processo penale su scala europea, oggi sotto forma di cooperazione giudiziaria un domani anche in altri ambiti, sia considerato prevalentemente alla stregua di uno strumento efficiente ed efficace di difesa sociale? Sembra una domanda retorica a cui appare scontato rispondere negativamente. A ben vedere, però, si tratta di un quesito che nella "piccola Europa" non ci si pone nemmeno. È infatti convinzione diffusa che non sia urgente intervenire sul versante dell'armonizzazione, e del conseguente riconoscimento di diritti e garanzie processuali comuni, perché l'armonizzazione, l'Europa dei diritti dell'imputato, sarebbe già un dato acquisito per effetto della vigenza in tutti gli Stati membri della CEDU. La ultra cinquantennale giurisprudenza della Corte EDU avrebbe poi assicurato l'effettività di tali diritti. Questo ragionamento sembra oggi ulteriormente rafforzato dalla sostanziale inclusione della CEDU, per il tramite della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE), nel Trattato di Lisbona.

Si è già detto degli effetti correlati all'entrata in vigore dell'ultima versione del Trattato UE (2), in questa sede basta quindi rilevare due dati. Il primo: nonostante l'abolizione formale del terzo pilastro, il terreno processuale di intervento del diritto UE è tuttora sostanzialmente limitato alla cooperazione giudiziaria ed è fondato sulla "pietra angolare" del reciproco riconoscimento. Il secondo: se nemmeno

Nota:

(2) V. *supra*, F. Viganò, *Fonti europee e ordinamento italiano*.

in prospettiva sembra porsi il problema di un allargamento delle competenze europee alla complessiva disciplina processuale, bisognerà comunque riportare la regolamentazione della cooperazione giudiziaria a piena coerenza con i principi della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE), abbandonando l'approccio finora seguito volto a privilegiare l'efficienza repressiva degli strumenti impiegati.

L'equo processo europeo

Prescindendo dal sistema di cooperazione giudiziaria, che, come detto, rimane il terreno d'elezione del diritto dell'Unione, il modello processuale europeo è rappresentato dai principi espressi dalla "grande Europa" dei diritti dell'uomo. Il riferimento è dunque la CEDU così come viene interpretata dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Nel nostro Paese, dal lontano 1955, anno in cui è stata resa esecutiva la CEDU (3), fino all'inizio del nuovo millennio, l'interesse per il giusto processo europeo ha vissuto un lungo oblio, confinato in una ristretta cerchia di studiosi, quasi si trattasse di un mero vezzo accademico (4). Sarebbe utile, e forse doveroso, analizzare le cause di un apparentemente inspiegabile ritardo che vede per una volta accomunati legislatore, magistratura e cultura giuridica, ma ciò che più interessa è tentare di cogliere i dati salienti, se non proprio le ragioni, dell'attuale situazione in cui il sistema processuale penale, da sempre gelosamente legato alla sovranità statale, ben rappresentata da una rigida gerarchia delle fonti di matrice interna, si è definitivamente aperto all'apporto delle fonti extranazionali.

Il punto di rottura è stato rappresentato dalla precisa scelta del Consiglio d'Europa, Corte EDU e Comitato dei ministri in particolare, di sollecitare energicamente l'adeguamento dei sistemi normativi interni alle sentenze pronunciate a Strasburgo. Fino a quando la condanna dello Stato in sede europea rappresentava solo una isolata censura all'operato delle autorità nazionali, con conseguenze limitate al caso singolo e al mero indennizzo di natura pecuniaria, la giurisprudenza europea e, a monte, il dettato della CEDU, venivano considerati strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali del cittadino circoscritti alla specifica vicenda presa in considerazione. Una volta reso esplicito che la Corte EDU svolge anche il ruolo di giudice della conformità degli ordinamenti nazionali ai principi europei e che il diritto interno si deve conformare alle decisioni degli organi di Strasburgo, in particolare quando queste ne segnalino un *deficit* strutturale, è apparso chiaro a tutti che il livello europeo di intervento

investe direttamente le legislazioni e non più solo il contegno delle autorità nazionali nel caso singolo. Vi sono alcuni passaggi significativi che testimoniano questa trasformazione del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo. Il primo, fondamentale, è stato compiuto dalla stessa Corte EDU con la sentenza della Grande Camera nel caso *Brownioski c. Polonia* (22 giugno 2004). Per la prima volta, infatti, il giudice di Strasburgo ha ricollegato la violazione accertata (art. 1 Protocollo n. 1 sul diritto di proprietà) alla carenza strutturale della legislazione polacca. Nel dispositivo della sentenza si legge, dunque, *expressis verbis*, che la violazione non è ascrivibile a un evento isolato occorso nel caso del ricorrente, bensì all'insufficienza del sistema normativo interno. La Corte europea rivendica a sé il ruolo di "giudice delle leggi" e come tale si assume anche il compito di indicare, sempre in sentenza, i rimedi necessari per evitare il ripetersi di ulteriori violazioni. Dunque, la Corte non solo finisce per sindacare il diritto interno, mentre prima si era sempre limitata a considerare l'applicazione dello stesso nel caso del ricorrente, ma avoca a sé anche la funzione precedentemente svolta dal Comitato dei Ministri, quella di imporre allo Stato l'adozione di riforme indispensabili per ricondurre l'ordinamento nazionale alla piena coerenza con i principi europei.

La sentenza *Brownioski* si iscrive in un più ampio disegno di mutamento dei connotati della giurisdizione europea. Non bisogna infatti dimenticare la Raccomandazione REC(2000)2 del 19 gennaio 2000, con la quale le Parti contraenti sono state specificamente invitate «ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione». La Raccomandazione REC(2004)6 del 12 maggio 2004, sul miglioramento dei rimedi interni atti a superare carenze sistematiche, con la quale il Comitato dei Ministri ha ribadito la necessità di un puntuale adeguamento delle autorità giudiziarie nazionali alla giurisprudenza europea nell'applicazione del diritto interno (5). L'adozione del

Note:

(3) L. 4 agosto 1955 n. 848.

(4) Fra i primi a interessarsi del tema, M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

(5) V. anche REC (2004)5 del 12 maggio 2004 sulla verifica di compatibilità dei progetti di legge, delle leggi in vigore e delle pratiche applicative amministrative con le norme fissate dalla CEDU.

Protocollo n. 14 CEDU, il 13 maggio 2004, ratificato dall'Italia il 7 marzo 2006 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010. Questo Protocollo, attraverso specifici meccanismi di infrazione, impone agli Stati contraenti di garantire l'esecuzione delle sentenze europee anche attraverso il tempestivo adeguamento degli ordinamenti interni.

Sul versante nazionale, vanno almeno ricordati il d.p.r. n. 289 del 28 novembre 2005, che ha interpolato il più noto d.p.r. n. 313 del 2002 - testo unico sul casellario giudiziale -, inserendo i nuovi artt. 2-bis e 2-ter che impongono di iscrivere l'estratto delle decisioni definitive pronunciate a Strasburgo concernenti i provvedimenti definitivi delle autorità nazionali già iscritti nel casellario, nonché la l. 9 gennaio 2006 n. 12, che prescrive al Presidente del Consiglio di promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea, tra cui l'obbligo di riferire al Parlamento sulle conseguenze della giurisprudenza europea per il nostro Stato.

Il complesso dei mutamenti appena elencati ha determinato la presa d'atto della preminenza dei principi europei e della necessità di un tempestivo adeguamento dell'ordinamento nazionale. Ulteriore conseguenza di questa acquisita consapevolezza è stato un radicale mutamento della giurisprudenza interna a tutti i livelli: da quella costituzionale fino a quella di merito, passando per le pronunce di legittimità della Cassazione (6).

Per tentare di razionalizzare il discorso in ordine all'adattamento dell'ordinamento processuale penale ai canoni europei appare opportuno distinguere nettamente due piani del discorso lungo i quali ci si muoverà. Si può ipotizzare un *adeguamento spontaneo e preventivo*, sempre legato a carenze strutturali dell'ordinamento, quindi svincolate dalle peculiarità del caso singolo, alle quali si può rimediare attraverso riforme mirate o interpretazioni orientate del dato legislativo in modo tale da prevenire censure in sede europea. Vi è poi un *adeguamento coattivo e successivo*, correlato alla necessità di dare attuazione a una sentenza di condanna con la quale la Corte EDU ha stabilito l'iniuità di uno specifico processo, senza che rilevi la causa della violazione accertata, indifferentemente rappresentata da profili strutturali o distorsioni applicative verificatesi nel caso singolo. Se la stessa Corte o il Comitato dei Ministri chiedono la celebrazione di un nuovo giudizio, emendato dalle cause che hanno determinato la mancanza di equità, l'adeguamento passa necessariamente attraverso rimedi che implicano il superamento del giudicato.

L'adeguamento spontaneo e preventivo

La valutazione di conformità del sistema processuale interno con i principi dell'equo processo europeo è nel nostro Paese riservata alla Corte costituzionale che, a partire dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, ha ritenuto norme interposte nel giudizio di legittimità delle leggi le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte EDU ed assunte quali fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 comma 1 Cost. (7). Ai singoli giudici è quindi assegnato il compito di fornire un'interpretazione convenzionalmente orientata della disposizione interna, nei limiti in cui ciò sia possibile, dovendo, in caso contrario, sollevare la questione di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 117 comma 1 Cost. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi.

Il sindacato di legittimità del diritto processuale interno va poi condotto dalla Corte costituzionale tenendo presente che le norme europee integranti il parametro di costituzionalità devono a loro volta essere conformi alla Costituzione: si tratta di un'esigenza «assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta» (8).

La Corte costituzionale ha voluto ulteriormente spe-

Note:

(6) Esempio paradigmatico di questa nuova sensibilità è l'invito rivolto dalla Cassazione all'«interprete a non isolarsi in un contesto nazionale, ma a cercare quella che è stata chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale» (Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, CED 238199).

(7) Il principio enunciato dalle sentenze gemelle è stato successivamente oggetto di alcune interessanti precisazioni: cfr. sent. cost. n. 239, 311 e 317 del 2009.

(8) Sent. cost. n. 348 del 2007. Questa impostazione è stata subito accolta anche dalla giurisprudenza: v., ad esempio, Cass., Sez. I, 2 luglio 2008, Vangjelai, CED 240579, secondo cui «i principi europei devono perciò essere compatibili con la tutela degli interessi costituzionalmente protetti».

cificare che il diritto europeo, assunto a parametro di valutazione della legittimità delle leggi processuali interne, è anche quello di matrice giurisprudenziale. In forza dell'art. 32 § 1 CEDU, i singoli Stati si sono impegnati ad adeguare la propria legislazione alle norme della Convenzione «nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia» (9). La premessa che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte EDU» e che «la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata» (10) fornisce lo spunto per una prima considerazione in ordine alle difficoltà che l'interprete incontra nel fornire una valutazione di coerenza della disciplina processuale interna con i principi dell'equo processo europeo. Il problema è adeguare un ordinamento codificato, come quello processuale penale, a una fonte giurisprudenziale, come quella europea. Per usare una metafora sarebbe come voler plasmare la pietra dura del codice ad effigie della mutevole consistenza del diritto giurisprudenziale europeo. Non bisogna infatti dimenticare che l'integrazione del testo della Convenzione operata dalla Corte di Strasburgo è profonda e vasta, basti pensare, ad esempio, al diritto dell'imputato di partecipare al suo processo e di rimanere in silenzio a fronte delle domande rivoltegli dall'autorità procedente, diritti non espressamente enunciati nell'art. 6 CEDU, ma ritenuti dalla giurisprudenza europea al cuore della nozione stessa di equo processo. Considerata la portata del diritto giurisprudenziale, pari se non addirittura superiore a quanto formalizzato nel testo della CEDU, si potrebbe addirittura giungere alla conclusione che la doverosa apertura alla fonte internazionale comprometta il *principio di legalità processuale* postulato dall'art. 111 comma 1 Cost. nell'affermare che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Anche su questo fronte, occorre, tuttavia, rivoluzionare il tradizionale modo di impostare le questioni. Il principio di legalità processuale è sancito anche dalla stessa CEDU (11), quale *pendant* della legalità del diritto penale, allo scopo di proteggere l'imputato dagli abusi del potere che si annidano in ogni carenza di regole processuali certe. Nell'ottica euro-

pea, la legalità, sostanziale e processuale, non è però necessariamente correlata alla presenza di una legge formale, ben potendo essere garantita anche da fonti giurisprudenziali, purché sufficientemente certe e «prevedibili». Si potrebbe dire che quello che conta è la qualità delle regole, a prescindere dalla loro fonte o dalla loro forma.

Sciolto il nodo del rango da attribuire alla CEDU nella gerarchia delle fonti interne, la strada per l'adeguamento spontaneo risulta nitidamente tracciata: quando vi è contrasto tra la disposizione interna e quella convenzionale 'interposta', al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora non lo ritenga possibile, deve investire la Consulta della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117 comma 1 Cost. Tale impostazione è stata recentemente confermata dalla Corte costituzionale nell'escludere che la CDFUE «costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea» che, come già più volte ricordato, attualmente non investono direttamente la disciplina del processo penale, essendo confinate al settore cooperazione giudiziaria (12).

Note:

(9) Sent. cost. n. 348 del 2007.

(10) *Ibidem*.

(11) Cfr. Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, secondo cui «le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est un principe général de droit. Il fait pendant à la légalité du droit pénal et est consacré par l'adage *nullum iudicium sine lege* ... [La Cour] rappelle aussi que la réglementation de la procédure vise, d'abord, à protéger la personne poursuivie contre des risques d'abus de pouvoir et que c'est donc la défense qui est la plus susceptible de pâtir des lacunes et imprécisions de pareille réglementation».

(12) Sent. cost. n. 80 del 2011, nella cui motivazione si legge che «presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto». Di conseguenza, bisogna escludere che «il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, *omisso medio*, le norme interne ritenute incompatibili con l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU ... restano, per converso, pienamente attuali i principi al riguardo affermati da questa Corte a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007: principi, del resto, reiteratamente ribaditi dalla Corte stessa anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010), pure in rapporto alla tematica oggetto dell'odierno scrutinio (sentenza n. 93 del 2010)», ossia al difetto di pubblicità del giudizio di cassazione in materia di misure di prevenzione. Sul punto, v. anche *supra*, F. Viganò, *Fonti europee e ordinamento italiano*.

A bene vedere, il meccanismo di adeguamento spontaneo e preventivo della norma processuale interna a quella sovranazionale che si è consolidato nella giurisprudenza costituzionale a partire dal 2007 era già delineato nella stessa legge-delega per l'emanazione del c.p.p. L'art. 2 l. n. 81 del 1987 prevedeva, infatti, che il nuovo codice avesse come obiettivo primario quello di adeguare la legislazione processuale al rispetto delle «norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia», con la conseguenza che ogni violazione dei principi dell'equo processo europeo poteva trasformarsi in una violazione della delega e far sorgere la questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 76 Cost., utilizzando come norma interposta proprio il dettato della CEDU alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU. Non risulta, tuttavia, che tale possibilità sia mai stata concretamente sperimentata, pur in presenza di una abnorme proliferazione delle questioni di legittimità che hanno investito negli anni il nuovo codice di rito.

Posti i termini in cui deve svolgersi l'apprezzamento dell'eventuale *deficit* delle garanzie interne rispetto agli obblighi internazionali, è opportuno prendere in considerazione, a titolo esemplificativo, almeno alcune delle questioni aperte in tema di equo processo, ossia i punti di frizione che ancora permangono fra l'ordinamento processuale interno e i principi europei, senza peraltro avanzare pretese di esaustività che mal si concilierebbero con lo spazio entro cui deve rimanere una trattazione non monografica del tema.

Il processo contumaciale

Si può dire che il “nervo scoperto” della nostra disciplina processuale sia tuttora rappresentato dalla contumacia. Nel sistema della CEDU, il diritto dell'imputato alla presenza dibattimentale non trova espressa consacrazione nell'art. 6 Cedu, a differenza di quanto avviene nell'art. 14 § 3 lett. d) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ma la giurisprudenza europea, attraverso la già evocata opera integratrice dei precetti convenzionali, lo fa discendere direttamente dal concetto di equità processuale (13). Il godimento di un processo equo sarebbe infatti vanificato in radice se l'imputato non vedesse garantito il suo diritto a presenziare al dibattimento e a esercitare tutte le facoltà che ne presuppongono la presenza fisica (ad esempio, il diritto al confronto con i testimoni d'accusa). L'eventuale rinuncia all'esercizio di tale diritto deve essere perciò inequivoca (14) e formulata in un contesto che ne

garantisca l'effettività (15). Non è dunque esclusa la possibilità di celebrare un dibattimento senza imputato, a patto però che quest'ultimo sia effettivamente informato della pendenza del procedimento a suo carico e abbia rinunciato a comparire (16). Al contrario, l'accusato che non si sia volontariamente sottratto alla giustizia e che, nondimeno, venga giudicato all'esito di un processo al quale non abbia potuto partecipare, ha diritto alla ripetizione del processo stesso, affinché un giudice, non necessariamente diverso, si pronunci nuovamente dopo aver reso possibile il concreto esercizio dell'autodifesa (17).

La sentenza Sejdovic del 10 novembre 2004 ha messo definitivamente in luce le carenze strutturali del nostro ordinamento processuale che prevedeva (e prevede) la possibilità di celebrare un processo *in absentia* non fondato sulla rinuncia dell'imputato a comparire, senza però concedere lo svolgimento di un nuovo giudizio, rispettoso di tutte le garanzie dell'art. 6 CEDU, qualora si scopra successivamente che l'imputato era ignaro del procedimento o che, comunque, non aveva rinunciato a comparire né aveva l'intenzione di sottrarsi alla giustizia. La sentenza Sejdovic si segnala anche per le modalità della censura rivolta al nostro Stato. Sulla falsariga del caso Brownioski, la Corte EDU ha infatti dichiarato nel dispositivo che la violazione accertata deriva da una carenza strutturale della nostra legislazione, invitando espressamente lo Stato italiano ad adottare misure appropriate che consentano al ricorrente, e a tutti coloro che si trovino in una situazione analoga, di ottenere la celebrazione di un nuovo processo nel rispetto dell'art. 6 CEDU.

Con inusuale solerzia, il Governo italiano ha recepito l'invito formulato dal giudice europeo, adottando il d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, convertito, con modificazioni, in l. 22 aprile 2005 n. 60, attraverso cui sono state modificate alcune disposizioni del c.p.p., in particolare l'art. 175 c.p.p. sul quale si erano incentrati i rilievi critici della Corte EDU. La nuova disciplina della restituzione in termine dovrebbe esse-

Note:

(13) Corte EDU, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia* (ric. 9024/80).

(14) Corte EDU, 25 novembre 1997, *Zana c. Turchia* (ric. 18954/91).

(15) Corte EDU, 23 novembre 1993, *Poitrimol c. Francia* (ric. 14032/88).

(16) Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, (ric. 56581/00); Corte EDU, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia* (ric. 67972/01).

(17) Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, (ric. 56581/00); Corte EDU, 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia* (ric. 9024/80).

re perfettamente coincidente con i canoni di equità processuale imposti dalla giurisprudenza europea, posto che l'intervento legislativo è stato dettato proprio dalla necessità di porre rimedio alla carenza strutturale denunciata dal dispositivo della sentenza *Sejdovic c. Italia*. In realtà, l'attuale assetto normativo non appare ancora pienamente soddisfacente. Il nuovo art. 175 c.p.p. riconosce al contumace il diritto incondizionato a impugnare tardivamente la sentenza o il decreto penale di condanna pronunciati a suo carico. Rispetto al passato la regola è rovesciata, posto che spetta all'autorità giudiziaria provare l'eventuale effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato sul quale, dunque, non grava più l'onere di dimostrare la mancata conoscenza incolpevole o involontaria del procedimento. Inoltre, non ha più rilevanza preclusiva la proposizione dell'impugnazione da parte del difensore, sebbene per giungere a questa conclusione sia dovuta intervenire la Corte costituzionale (18) dopo che le sezioni unite della Cassazione si erano attestate ancora una volta sul discutibile principio di unicità dell'impugnazione, ritenuto diretta promanazione del canone di ragionevole durata del processo (19).

Detto per inciso, il giudice delle leggi, con una pronuncia esemplare del nuovo umanesimo processuale, ha anche avuto modo di ribadire la «combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU - nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione - l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale - nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice - di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale». Ma l'affermazione centrale della sentenza in questione è che «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti», e che «un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» (20).

Tornando al tema specifico della contumacia, le nuove norme sulla restituzione nel termine, ispirate a una sporadica benevolenza verso il contumace,

non sembrano perfettamente allineate con il quadro generale in cui si inseriscono. Per evitare la dichiarazione di contumacia, alla difesa è infatti imposto l'onere di allegare e dimostrare l'impedimento all'intervento dell'imputato in giudizio. Una volta dichiarata la contumacia, l'imputato acquisisce però un diritto all'impugnazione o all'opposizione tardiva non condizionato a oneri di allegazione e dimostrazione. Per negare l'accesso al giudizio d'impugnazione, l'autorità giudiziaria dovrebbe infatti dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento, mentre in sede di declaratoria della contumacia la stessa autorità procedente non è tenuta ad avere la prova di tale circostanza. Vi sono, perciò, diverse regole probatorie e di giudizio: l'ignoranza improbabile dell'atto di citazione, sufficiente per dichiarare la contumacia, non equivale alla prova della conoscenza certa del procedimento richiesta al fine di negare la restituzione nel termine per impugnare o per proporre opposizione.

I problemi maggiori non sono però solo quelli di coerenza sistematica. Se la proposizione dell'impugnazione o dell'opposizione è oggi un diritto incondizionato dell'imputato contumace, non altrettanto può dirsi per la celebrazione di un nuovo processo (21). Anzitutto, la riapertura dell'istruzione dibattimentale in appello rimane subordinata alla condizione che l'interessato dimostri di aver ignorato senza colpa l'atto di citazione o che non si sia volontariamente sottratto alla conoscenza dello stesso (art.

Note:

(18) Sent. cost. n. 317 del 2009, alla cui decisione si è prontamente adeguata la giurisprudenza delle sezioni semplici: v. Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2009, *Fondacaro*, CED 245852, per l'affermazione che «deve essere restituito nel termine per impugnare la sentenza contumaciale l'imputato che non abbia avuto conoscenza effettiva del processo a suo carico, nonostante il suo difensore abbia tempestivamente presentato appello avverso la medesima sentenza».

(19) In seguito alla riforma del 2005, la Corte di cassazione aveva ritenuto (Cass., Sez. I, 21 giugno 2006, *De Los Reyes*, CED 234834; Cass., Sez. I, 7 dicembre 2006, *Virzi*, CED 235293) che, in base al nuovo testo dell'art. 175 c.p.p., fosse ammissibile la restituzione del contumace nel termine per impugnare anche dopo l'impugnazione del difensore. Successivamente è però intervenuta la ricordata sentenza delle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008, *Huzuneau*, CED 238472), che ha contraddetto l'interpretazione precedente in forza del principio dell'unicità del diritto di impugnazione, collegato al principio del *ne bis in idem*, al primato della difesa tecnica su quella personale, alla necessità di bilanciare la difesa dell'imputato contumace ed il principio di ragionevole durata del processo, di cui l'unicità dell'impugnazione sarebbe diretta proiezione.

(20) Sent. cost. n. 317 del 2009, da cui sono tratte anche le citazioni testuali precedenti.

(21) Cfr., per tutti, G. Uberti, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo": riflessi sul processo penale italiano*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, 111 ss.

603 comma 4 c.p.p.). Condizioni, come detto, ormai escluse per la restituzione nel termine e che determinano un ostacolo, spesso insormontabile, per il pieno recupero delle prerogative difensive. Inoltre, la semplice riapertura dell'istruzione dibattimentale in appello non sembra sufficiente per integrare quella ripetizione del giudizio richiesta dalla Corte europea. Nel giudizio di secondo grado, l'eventuale rinnovazione dell'istruzione dibattimentale non impedisce al giudice di utilizzare gli atti istruttori compiuti in primo grado senza la presenza dell'imputato. Il problema si pone anche per il giudizio di primo grado, posto che alla revoca dell'ordinanza che dichiara la contumacia non consegue l'automatico azzeramento delle acquisizioni probatorie compiute senza la presenza dell'imputato. Soprattutto in appello, non sembra adeguatamente garantito il diritto alla prova. La questione è stata sollevata dinanzi alla Corte costituzionale che, nel pronunciarsi con la sent. 317 del 2009 sulla impugnazione del difensore del contumace, ha avuto modo anche di segnalare l'attenzione e la sensibilità per il problema lasciato però necessariamente insoluto: «il *petitum* avanzato dal rimettente comprende anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova. La questione è manifestamente inammissibile. Si tratta di questione che, avuto riguardo al procedimento principale, pendente davanti al giudice della legittimità, si presenta come astratta e prematura, e quindi irrilevante per la definizione del giudizio. Se rimesso nel termine, l'imputato potrà proporre l'acquisizione di nuove prove nel giudizio di merito, ed in quella sede potrà eventualmente sorgere il problema dell'esercizio del suo diritto alla prova, asseritamente violato dalla norma censurata».

Il contraddittorio nella formazione della prova

Non vi è piena coincidenza fra il principio, con le relative eccezioni, disciplinati nell'art. 111 commi 4 e 5 Cost., e quanto richiesto dall'art. 6 § 3 lett. d) Conv. eur. dir. uomo, così come interpretato dalla giurisprudenza europea.

Il giudice di Strasburgo ritiene, in via di principio, che le dichiarazioni utilizzate a fini decisori debbano essere state rese nel corso di un'udienza pubblica e al cospetto delle parti alle quali sia riconosciuta la facoltà di interrogare la fonte di prova (22) (*contraddittorio forte o per l'elemento di prova*). Non sarebbe quindi sufficiente garantire alle parti la sola facoltà di esprimere valutazioni argomentative su elementi

di prova acquisiti non alla loro presenza e senza il loro intervento diretto (*contraddittorio debole o sull'elemento di prova*). Nondimeno, la Corte europea ammette che la decisione si possa fondare (esclusivamente o in modo determinante) su una deposizione assunta nella fase istruttoria dall'autorità procedente, purché sia stata accordata all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico e per interrogarne l'autore, al momento della deposizione o più tardi (23). Pertanto, sebbene la dichiarazione accusatoria determinante per la condanna non scaturisca dal contraddittorio fra le parti, il livello minimo di garanzia richiede che all'imputato (24) sia comunque consentito in un momento successivo di guardarne l'autore negli occhi e di contestargli il contenuto delle precedenti affermazioni. Viene così a realizzarsi un *contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova* reputato dalla giurisprudenza europea capace di surrogare il contraddittorio forte o per l'elemento di prova (25). Stando a questa impostazione, sarebbe stato dunque legittimo il sistema delle contestazioni con acquisizione introdotto dalla sent. cost. n. 255 del 1992, posto che all'utilizzo probatorio delle dichiarazioni rese in precedenza dal teste si accompagnava la possibilità di un confronto dibattimentale con l'accusato (eccezzuata l'ipotesi, allora prevista, delle contestazioni anche al testimone che non rispondeva). L'art. 6 § 3 lett. d) CEDU finisce così per legittimare un contraddittorio che, invece, non ha più diritto di cittadinanza alla luce dell'art. 111 commi 4 e 5 Cost., come dimostra l'ultima modifica dell'art. 500 c.p.p. per effetto della l. n. 63 del 2001. Le contestazioni con acquisizione sono infatti ammesse solo in caso di provata condotta illecita.

Al contrario, l'art. 111 Cost. sembra richiedere qualcosa di meno dell'art. 6 § 3 lett. d) CEDU quando, al comma 5, introduce eccezioni al principio che, di fatto, impediscono il confronto, originario o successivo, fra accusato e testimone. Si pensi alle ipotesi di impossibilità oggettiva di ripetizione del-

Note:

(22) Corte EDU, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*; Corte EDU, 20 settembre 1993, *Saïdi c. Francia* (ric. 14647/89).

(23) Corte EDU, 20 settembre 1993, *Saïdi c. Francia* (ric. 14647/89); Corte EDU, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia* (ric. 33354/96).

(24) ... o quantomeno al suo difensore quando il confronto diretto sia incompatibile con l'esigenza di tutelare la sicurezza dei testimoni: cfr. Corte EDU, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi* (ric. 20524/92).

(25) Corte EDU, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia* (ric. 33354/96); Corte EDU, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia* (ric. 34896/97).

l'atto (impossibilità legata a una *causa* oggettiva estranea alla struttura dell'atto che lo rende irripetibile, e non alla *natura* dell'atto probatorio oggettivamente irripetibile, ad esempio, le intercettazioni). Il nostro sistema costituzionale e codicistico ammette, in tale evenienza, la piena utilizzabilità processuale delle dichiarazioni acquisite unilateralmente senza possibilità della successiva instaurazione del contraddittorio. È l'ipotesi, tra le altre, della lettura *ex art.* 512 c.p.p. E proprio dall'applicazione di questa norma sono scaturite alcune condanne dell'Italia (26). Ma non si possono nemmeno dimenticare altre disposizioni codicistiche da cui discende il medesimo effetto di rendere utilizzabile per la decisione, quale prova potenzialmente unica o determinante, una dichiarazione raccolta fuori del contraddittorio e non vagliata successivamente attraverso il contraddittorio differito: si pensi, ad esempio, all'art. 195, quando non è possibile sentire la fonte diretta (27) o agli artt. 238 comma 3, 512-*bis*, 513 comma 2 c.p.p.

La giurisprudenza europea è da sempre univoca nell'affermare l'iniquità del processo, e quindi della condanna, quando questa si fonda, esclusivamente o in maniera determinante, sulle dichiarazioni rese da un soggetto che la difesa non ha mai avuto la possibilità di esaminare, come invece le riconosce l'art. 6 § 3 lett. d CEDU (28). Né il processo può ritenersi equo, quando la sentenza di condanna poggia su una pluralità di elementi probatori che denotano la stessa carenza genetica (29). Il principio, assunto ad "autorità di cosa interpretata", postula che non si possa condannare l'imputato al quale non sia mai stata riconosciuta «una opportunità adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore» (30).

L'adeguamento preventivo del nostro processo, evidentemente affetto da un difetto struttural-normativo, alle regole del contraddittorio europeo può passare attraverso una interpretazione conforme delle disposizioni interne oppure un intervento correttivo della Corte costituzionale. Difficile ipotizzare una riforma legislativa che forse, data la complessità del tema, non sarebbe nemmeno auspicabile.

L'ipotesi più suggestiva, ma al tempo stesso meno praticabile, è indubbiamente rappresentata da una lettura restrittiva dell'art. 111 comma 5 Cost. che legittimi il recupero solo delle prove per loro natura refrattarie al contraddittorio e quindi oggettivamente impossibili da formare dialetticamente (31). La giurisprudenza costituzionale non lascia però intravedere spiragli in tal senso, a costo di determinare il paradosso che nella deroga per impossibilità oggettiva,

interpretata come causa oggettiva esterna all'esperimento probatorio, finisca per annidarsi proprio il germe della non dispersione che la riforma della Carta fondamentale voleva debellare.

Rimanendo sul terreno dell'esegesi adeguatrice, e non volendo abbracciare l'ipotesi più radicale di una inutilizzabilità che determinerebbe la dispersione delle conoscenze viziate dalla mancanza genetica del contraddittorio, i margini per risolvere sul piano interpretativo la vistosa discrasia tra normativa interna e convenzionale appaiono piuttosto ristretti. L'unica soluzione possibile sarebbe quella di enucleare dal sistema integrato e multilivello di protezione dei diritti dell'imputato una regola di valutazione (regola di prova legale) che impedisca al giudice, non tanto di utilizzare nella decisione tali elementi di prova (altrimenti sarebbe una regola di esclusione), ma di fondare in modo esclusivo o determinante su di essi una sentenza di condanna. Regola prudenziale di valutazione che il giudice potrebbe far discendere direttamente dalla CEDU in modo tale da ampliare interpretativamente l'art. 192 commi 2-4 c.p.p. L'obiezione che si può muovere a questa impostazione, tesa ad armonizzare l'art. 6 CEDU con l'art. 111 comma 5 Cost., è che le regole di prova legale dettate dall'art. 192 commi 2-4 c.p.p. sono, per un verso, eccezionali, e come tali non suscettibili di estensione analogica, per altro verso, non possono essere integrate mediante applicazione diretta della norma CEDU. È la giurisprudenza costituzionale a ricordare che, a fronte di una discrasia non componibile ermeneuticamente, «il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fa-

Note:

(26) Corte EDU, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*; Corte EDU, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*; Corte EDU, 20 aprile 2006, *Carta c. Italia*; Corte EDU, 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*; Corte EDU, 8 febbraio 2007, *Kollcaku c. Italia*.

(27) Sulla testimonianza *de relato*, v. Corte EDU, 20 settembre 1993, *Visser c. Francia*; Corte EDU, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; Corte EDU, 20 dicembre 2001, *P.S. c. Germania*; Corte EDU, 4 novembre 2008, *Demski c. Polonia*; Corte EDU, 19 dicembre 1990, *Delta c. Francia*; Corte EDU, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*.

(28) Il *leading case* è Corte EDU, 20 novembre 1989 *Kostovski c. Paesi Bassi*.

(29) Corte EDU, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*; Corte EDU, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*.

(30) Corte EDU, 19 dicembre 1990, *Delta c. Francia*.

(31) G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, Torino, 2007, 173 ss.

re applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità, con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.»(32).

Prima di rassegnarsi a dover sollevare la questione di legittimità costituzionale, il giudice potrebbe però impiegare la regola di valutazione appena ricordata, facendo leva sulla razionalità giuridica del libero convincimento. Detto altrimenti, dovrebbe evitare di condannare sulla base unica o determinante di una dichiarazione raccolta fuori del contraddittorio, non essendo tale elemento di prova, a causa della scarsa affidabilità del metodo di assunzione, sufficiente per giustificare razionalmente un pieno convincimento di colpevolezza. Non ci si può nascondere che in tal modo si finirebbe per trasformare surrettiziamente la regola di valutazione in regola di giudizio (dimostrazione della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio). Tuttavia, se quando la prova è unica tale sovrapposizione appare pressoché inevitabile, più contestabile appare l'assimilazione delle distinte regole in presenza di un quadro probatorio articolato in cui l'elemento formato fuori del contraddittorio si riveli determinante. Del resto, quando il legislatore ha inteso escludere che una condanna possa fondarsi soltanto su un determinato elemento di prova, lo ha detto espressamente (cfr. artt. 192 commi 3 e 4 e 526 comma 1-bis c.p.p.); tali previsioni non avrebbero significato se la medesima regola di valutazione fosse prescritta, in via generale, dal criterio di giudizio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 comma 1 c.p.p.).

In parallelo alle ricostruzioni teoriche, il problema è già stato concretamente affrontato dalla giurisprudenza la quale, tuttavia, non è mai giunta a conclusioni del tutto convincenti. Un primo lodevole tentativo della Cassazione, quantomeno sotto il profilo della sensibilità garantista, è stato compiuto facendo propria «la tesi che vede nel disposto dell'art. 526 comma 1-bis c.p.p. una norma di chiusura, che impone una regola di valutazione della prova sempre applicabile anche con riferimento a dichiarazioni che risultino legittimamente acquisite alla stregua della disciplina sulle letture dibattimentali, le quali, quindi, non potrebbero, di per sé sole, fondare la dichiarazione di colpevolezza dell'imputato» (33). L'argomento, invero, non appare risolutivo, essendo l'art. 526 comma 1-bis c.p.p. utilmente invocabile solo con riferimento ai casi in cui il dichiarante, «per libera scelta», si sia «sempre volontariamente sottratto all'esame» della difesa, potendo anche attestare, a contrario, l'opposto criterio della piena

persuasività probatoria quando non si versi nella situazione della libera sottrazione all'esame da parte del dichiarante. La debolezza del riferimento normativo è avvertita dalla stessa Cassazione che ha avuto cura di precisare come «anche a voler prescindere dall'accoglimento di tale opzione interpretativa è certamente conforme al sistema complessivo, nazionale e sovranazionale, una rigorosa applicazione di consolidati principi giurisprudenziali, formulati con specifico riferimento alla testimonianza della persona offesa», che impongono al giudice di vagliare le dichiarazioni predibattimentali con ogni opportuna cautela, «ponendo soprattutto in relazione la testimonianza con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali». Il richiamo all'art. 526 comma 1-bis c.p.p. appare ambiguo in una più recente pronuncia con cui si è affermato che la regola in questione «vieta al giudice di fondare, in modo esclusivo o significativo, l'affermazione della responsabilità penale su atti di cui è stata data lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione» (34). La citata ambiguità è stata successivamente superata dalla più chiara affermazione secondo cui «la regola di cui all'art. 526 comma 1-bis c.p.p. impedisce al giudice di fondare la decisione su una prova dichiarativa acquisita mediante il meccanismo di recupero di cui all'art. 512 c.p.p.: (a) soltanto ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato; (b) soltanto se il dichiarante si sia sottratto all'esame per libera scelta; (c) soltanto nelle situazioni in cui detta prova costituisca il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza» (35). Una netta involuzione è segnata da una recente sentenza con cui la Corte suprema sembra abbandonare il difficile percorso di adeguamento delle regole processuali interne ai canoni europei, rifugiandosi nella mera constatazione della compatibilità costituzionale. Il ragionamento prende le mosse dalla constatazione che «la “sopravvenuta ed imprevedibile irreperibilità” dei soggetti le cui dichiarazioni siano già state ritualmente acquisite in sede predibattimentale e dei quali non possa dirsi provata la “volontà di sottrarsi all'esame dibattimentale” rientra nei casi di “accerta-

Note:

(32) Sent. cost. n. 311 del 2009.

(33) Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, CED 238199.

(34) Cass., Sez. I, 23 settembre 2009, Marinkovic, CED 245556, laddove, in motivazione, si è ulteriormente «precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di interpretare l'art. 512 c.p.p. conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza dalla Corte di Strasburgo in applicazione dell'art. 6 CEDU».

(35) Cass., Sez. I, 6 maggio 2010, Mzoughia, CED 247618.

ta impossibilità oggettiva” i quali, ex art. 111 Cost., comma 5, derogano alla regola della formazione della prova nel contraddittorio delle parti; con la conseguenza che, in tal caso, non rileva la prospettata violazione dell’art. 6 § 3 lett. d) CEDU (come interpretato dalle pronunce della Corte di Strasburgo), in quanto, come si evince dalle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007, le norme della predetta Convenzione, ancorché direttamente vincolanti, nell’interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo, per il giudice nazionale, non possono tuttavia comportare la disapplicazione delle norme interne, con esse ipoteticamente contrastanti, se e in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate, condizione soddisfatta dall’applicabilità dell’art. 111 comma 5 Cost.» (36).

L’assunto non persuade. In primo luogo, l’eccezione contemplata dall’art. 111 comma 5 Cost. non impone l’automatica utilizzabilità dei corrispondenti atti di indagine quando la prova non sia più formabile in contraddittorio per impossibilità oggettiva, ma si limita a stabilire che «la legge regola i casi» in cui si può derogare alla formazione dialettica della prova. Sarebbe quindi costituzionalmente legittima la scelta del legislatore ordinario di introdurre una regola di valutazione dell’elemento di prova formato fuori del contraddittorio in linea con la giurisprudenza europea. Una siffatta regola di valutazione, secondo cui la condanna non può fondarsi esclusivamente o principalmente su dichiarazioni di un soggetto che la difesa non ha mai potuto esaminare, sarebbe, inoltre, coerente con lo stesso dettato costituzionale che, all’art. 111 comma 3 Cost., recepisce quasi letteralmente il disposto dell’art. 6 § 3 lett. d) CEDU. Anzi, a ben vedere, la previsione costituzionale sancisce, più rigorosamente di quella convenzionale, che il diritto dell’accusato «di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» deve poter essere esercitato «davanti al giudice», dove quest’ultimo riferimento evoca il giudice dibattimentale chiamato a emettere la decisione sul merito dell’imputazione. La lettura combinata dei commi 3 e 5 dell’art. 111 Cost. dimostra, quindi, come il problema della presunta incompatibilità dei testi fondamentali sia solo apparente. Anche per la nostra Carta costituzionale la condanna non può mai trovare giustificazione in dichiarazioni assunte senza che l’imputato abbia potuto esercitare il contraddittorio forte per la prova, pena la violazione dell’art. 111 comma 3 Cost. Questa osservazione dovrebbe consentire di superare gli orientamenti giuri-

sprudenziali restrittivi, che invocano l’art. 111 comma 5 c.p.p. per giustificare l’impiego probatorio determinante di atti di indagine assunti unilateralmente dall’accusa, e fornisce al tempo stesso una preziosa chiave di lettura per ricostruire un sistema processuale che unifichi coerentemente i diversi livelli di tutela dell’imputato, quello convenzionale e quello costituzionale. Se il giudice non può invocare direttamente l’art. 6 § 3 lett. d) CEDU per introdurre nell’ordinamento interno una nuova regola di valutazione, gli sarebbe invece consentito, e anzi sarebbe doveroso, applicare direttamente l’art. 111 comma 3 Cost. per giungere alla medesima conclusione, mettendo così al riparo il nostro Paese dalle condanne europee. Qualora non si accogliesse questa interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata delle regole di valutazione, oppure si ritenesse insuperabile il dato codicistico, l’unica alternativa praticabile sarebbe quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale alla luce dell’art. 117 comma 1 Cost., utilizzando la norma interposta rappresentata dall’art. 6 § 3 lett. d) CEDU.

Difesa tecnica e *iura novit curia*

Nonostante l’ampio dibattito che ha preceduto l’emanazione dell’attuale codice di rito (v. art. 2 n. 105 l. 16 febbraio 1987 n. 81), il tema dell’effettività della difesa d’ufficio non sembra aver ancora trovato una definizione normativa che garantisca il rispetto degli *standard* europei. Si può dire, infatti, che vi sia una perfetta linea di continuità fra le condanne riportate dall’Italia sul vecchio e sul nuovo codice. Già nel 1980, decidendo il caso *Artico c. Italia*, il Giudice di Strasburgo aveva ricordato che il diritto di difesa, posto al cuore del concetto stesso di processo equo, deve essere garantito in modo concreto ed effettivo, non potendo una società democratica accettare che l’attività del difensore rimanga a livello teorico o, peggio ancora, illusorio (37). L’art. 6 § 3 lett. c) CEDU parla di assistenza difensiva e non di semplice nomina del difensore. Ciò significa che lo Stato, rappresentato nello specifico processuale dall’autorità procedente, non può limitarsi a nominare un difensore d’ufficio all’imputato che non abbia voluto sceglierne uno di fiducia. Deve anche farsi parte diligente nel garantire che il difensore nomi-

Note:

(36) Cass., Sez. V, 16 marzo 2010, *Benea*, CED 247258. Nei medesimi termini, recentissimamente, Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2011, *Ventaloro e altri*, CED 249594.

(37) Corte EDU, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*.

nato svolga effettivamente il suo ruolo. La nomina in sé non assicura l'effettività dell'assistenza difensiva (38), dovendo l'autorità giudiziaria intervenire anche successivamente nel caso in cui venga a conoscenza di situazioni patologiche di carenza manifesta del patrocinio. In tale evenienza, deve essere assicurata una difesa effettiva attraverso la sostituzione del difensore inerte ovvero inducendo lo stesso ad assolvere ai suoi compiti (39). In una successiva pronuncia (40), la Corte EDU ha avuto modo di chiarire che non è di sua competenza sindacare le modalità con cui il difensore, in scienza e coscienza, abbia deciso di svolgere il proprio mandato. Nell'ottica del rispetto della CEDU, quello che conta è l'atteggiamento tenuto dai giudici nazionali che hanno il compito di vigilare affinché sia garantito all'imputato l'effettivo godimento del diritto a un processo equo in cui è ricompresa anche una difesa adeguata (41).

Nonostante le precedenti condanne dell'Italia, in sede di riforma del processo penale il tema dell'effettività della difesa d'ufficio è stato affrontato oltremodo proprio l'insegnamento fornito dalla Corte europea nell'interpretazione dell'art. 6 § 3 lett. b) e c) CEDU. Le maggiori innovazioni hanno infatti riguardato il procedimento di nomina (*rectius*, individuazione) del difensore d'ufficio, cercando di scongiurare scelte discrezionali soprattutto da parte del pubblico ministero che rappresenta l'antagonista "naturale" dell'imputato, l'obbligatorietà del patrocinio d'ufficio e la retribuzione di tale attività (42). Com'era facilmente prevedibile, i nodi irrisolti sono tornati ben presto al pettine della Corte EDU che anche di recente ha condannato l'Italia per l'ineffettività della difesa d'ufficio (43). Nel corso di un complesso processo per bancarotta fraudolenta, il difensore di fiducia aveva rinunciato al mandato. Era stato quindi nominato in sostituzione un difensore d'ufficio al quale, tuttavia, non veniva comunicata la designazione, ma solo la data in cui si sarebbe tenuta l'udienza successiva. Mancando una rituale comunicazione della nomina, il difensore d'ufficio non si è mai presentato in udienza senza, peraltro, che tale comportamento fosse censurabile sotto il profilo deontologico. Nel corso delle numerose udienze celebratesi erano stati nominati diversi sostituti il cui contegno passivo rispecchiava quello che avviene costantemente nella prassi. In nessuna occasione è stato chiesto un termine a difesa, non è stata svolta alcuna attività processuale, i difensori non hanno mai conferito con l'imputato, pur presente in udienza. Lo stesso imputato non ha cercato di interloquire con i sostituti del difensore d'ufficio né si è rivol-

to al giudice per denunciare l'ineffettività dell'assistenza difensiva. L'inerzia dell'interessato non ha però inciso sulla valutazione della Corte EDU per la quale le carenze riscontrate nell'operato dei vari sostituti del difensore d'ufficio erano così manifeste da richiedere l'intervento dell'autorità procedente per garantire all'imputato l'effettività della difesa tecnica.

Lo svolgimento dell'udienza alla presenza del sostituto del difensore d'ufficio finisce per essere una patologia nella patologia della difesa d'ufficio. Gli stimoli del sostituto sono ancora meno di quelli che caratterizzano la posizione del titolare della difesa. Bisogna però ammettere che un sostituto che volesse rispettare il suo ruolo e che richiedesse un congruo termine per studiare gli atti del procedimento, magari complesso, come nel caso appena ricordato, verrebbe sopportato con malcelata insofferenza dal giudice. Peraltro, tale iniziativa finirebbe per scontrarsi con un consolidato indirizzo giurisprudenziale che non attribuisce al sostituto la facoltà di chiedere un termine a difesa (44). Pur senza generalizzare, la scelta del sostituto di imbastire una qualche forma di difesa effettiva sarebbe considerata nella prassi un'anomalia da osteggiare più che assecondare.

È ormai indifferibile l'adeguamento del nostro ordinamento processuale agli insegnamenti della Corte EDU. Al di là della *moral suasion* che questi possono produrre sui giudici nazionali, sarebbe auspicabile l'introduzione di forme normativamente stabilite di controllo sulle concrete modalità di esecuzione del mandato da parte del difensore d'ufficio, senza peraltro attentare all'indipendenza dell'avvocatura. Il conferimento dell'incarico d'ufficio è già di per sé un'interferenza necessitata nelle dinamiche interne alla difesa e non può non avere ulteriori conseguenze. La vigilanza, tuttavia, deve necessariamente limitarsi ai "dati esteriori" dell'inattività difensiva, senza poter tralasciare nel sindacato sul merito di un'eventuale strategia. Il compito del giudice che ha

Note:

(38) *Ibidem*.

(39) *Ibidem*.

(40) Corte EDU, 9 aprile 1984, *Goddi c. Italia*.

(41) V. ancora Corte EDU, 9 aprile 1984, *Goddi c. Italia*.

(42) Cfr. *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord. n. 2*, 44-45.

(43) Corte EDU, 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*.

(44) Sent. cost. n. 450 del 1997. V. anche ord. cost. n. 17 del 2006; Cass., Sez. II, 5 giugno 2007, Palmiero e altro, *CED* 237152; Cass., Sez. II, 10 gennaio 2007, Commisso, *CED* 236123.

operato la designazione è dunque quello di assicurare all'imputato, secondo le linee guida consolidate nella giurisprudenza europea⁽⁴⁵⁾, che il suo difensore d'ufficio operi secondo scienza e coscienza, offrendo un'assistenza legale effettiva e concreta. Per quanto concerne, infine, la delicata posizione del sostituto nominato ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p., ancor prima di qualsivoglia intervento normativo, dovrebbe essere la stessa giurisprudenza a superare l'indirizzo che lo esclude dal godimento del termine previsto dall'art. 108 c.p.p., magari stabilendo che sia il giudice a dover sempre concedere il tempo necessario per prendere cognizione del processo, prescindendo quindi dalla richiesta dell'interessato.

Fra le questioni aperte dall'indispensabile adeguamento ai principi dell'equo processo europeo non può essere dimenticata la riqualificazione giuridica più sfavorevole del fatto. L'art. 111 comma 3 Cost., così come l'art. 6 § 3 lett. a) CEDU, prescrivono che l'imputato sia tempestivamente informato della natura e dei motivi dell'accusa, riferendo in tal modo il diritto alla conoscenza degli addebiti tanto agli aspetti 'in diritto' ('natura') quanto a quelli 'in fatto' ('motivi') dell'accusa stessa. La perfetta simmetria dei testi fondamentali sfocia però in soluzioni applicative divergenti: mentre nel nostro Paese si è sempre ritenuto, a livello tanto normativo quanto giurisprudenziale, che la modifica della qualificazione giuridica del fatto potesse essere compiuta direttamente dal giudice in sentenza (*iura novit curia*), senza garantire alcuna forma di contraddittorio anticipato all'imputato, presumendo che la difesa fosse in grado di prevedere astrattamente tutte le possibili variabili *in iure* dell'imputazione e di attivarsi di conseguenza, per la Corte EDU, il processo equo impone che l'imputato, una volta informato dell'accusa, e cioè dei fatti e della loro qualificazione giuridica, sia posto in condizione di discutere in contraddittorio ogni profilo che li investa, compreso quindi quello attinente alla possibile variazione peggiorativa del titolo di reato. Tale giurisprudenza europea è ormai assurda ad autorità di "cosa interpretata" anche grazie al precedente specifico - in quanto riguardante proprio il nostro Paese - rappresentato dal caso *Drassich c. Italia* (46).

Sulla scorta di tale arresto giurisprudenziale europeo, la Corte di cassazione ha avuto modo di mutare il proprio consolidato indirizzo e di affermare che «il contraddittorio deve essere garantito anche là dove l'ordinamento - come nel caso italiano - riconosca al giudice il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella im-

putazione *ab origine* ascritta all'imputato» e che «non vi è la necessità di un intervento additivo della Corte costituzionale per stabilire che l'imputato e il difensore devono e possono essere messi in grado di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto là dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l'imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza» (47). Sotto il profilo strettamente procedimentale, il Supremo Collegio impone una interpretazione dell'art. 521 comma 1 c.p.p. adeguata ai principi costituzionali ed europei nel senso che deve essere offerta all'imputato e al suo difensore una previa informazione circa l'eventuale diversa qualificazione giuridica che si intenda attribuire al fatto. E quando manchi una specifica richiesta in tal senso del pubblico ministero, l'informazione deve essere resa dal collegio giudicante con un atto che ipotizzi tale eventualità, ovviamente prima che venga emessa la sentenza.

In estrema sintesi, l'interpretazione costituzionalmente orientata e attenta ai principi europei non mette in discussione il potere del giudice di operare in sentenza una riqualificazione giuridica del fatto (*iura novit curia*), ma richiede che a tale possibile esito si giunga garantendo il contraddittorio argomentativo anche sui profili strettamente giuridici dell'accusa, attraverso una tempestiva informazione data dallo stesso giudice prima della chiusura del dibattimento.

Sebbene la pronuncia europea sembri escludere dalla tematica in esame l'esercizio del diritto alla prova in ordine alla diversa ipotesi di reato, sul piano dell'interpretazione dottrinale, orientata alla massima espansione delle garanzie, non si può ritenere che, per soddisfare il principio posto dall'art. 111 commi 2 e 3 Cost. e dall'art. 6 § 3 lett. a) CEDU, sia sufficiente un mero contraddittorio argomentativo, come tale eventualmente recuperabile anche nei giudizi di impugnazione, magari a fronte della riqualificazione operata direttamente con la sentenza di primo grado. A questa conclusione si oppongono una serie di argomenti.

Anzitutto, anche se si reputasse, in ipotesi, sufficiente la possibilità di esperire un contraddittorio mera-

Note:

(45) Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*; Corte EDU, 21 aprile 1998, *Daud c. Portogallo*; Corte EDU, 10 ottobre 2002, *Czekalla c. Portogallo*.

(46) Corte EDU, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, (ric. n. 25575/04).

(47) Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, *Drassich*, CED 241754.

mente argomentativo, che prescindesse dal consapevole esercizio del diritto alla prova calibrato sulla diversa fattispecie di reato, contraddittorio “debole” da rinviare o celebrare nella fase dell’impugnazione, non si potrebbe comunque dimenticare come il grado d’appello e il giudizio in cassazione siano solo eventuali e, dunque, non possano venire considerati segmenti procedurali essenziali per garantire il giusto processo che, al contrario, deve completarsi in ogni suo aspetto già nel corso dell’ineffettibile giudizio di primo grado. Detto altrimenti, tutte le garanzie vanno assicurate prima che si giunga alla sentenza di condanna. Il sistema di tutela dei diritti fondamentali non può accettare una condanna “ingiusta” in primo grado con riserva di esercizio delle negare prerogative difensive in appello o in cassazione.

In secondo luogo, sarebbe erroneo scindere i vari aspetti del contraddittorio e isolare la discussione giuridica dall’esercizio del diritto alla prova. Appare evidente che il *thema probandum* è rappresentato dal fatto, ma la ricostruzione del fatto risulta altresì direttamente condizionata dalla qualificazione giuridica dello stesso. Anche a ritenere che l’*emendatio libelli* incida solo sul *nomen iuris*, è incontestabile che la fattispecie normativa di riferimento funga da parametro selettivo per valutare la rilevanza delle circostanze fattuali sulle quali vengono esperiti i mezzi di prova. L’attività probatoria è funzionale alla verifica degli aspetti della condotta che abbiano rilevanza penale tipica: mutando la fattispecie di riferimento, è inevitabile ritenere che debbano essere riviste anche le strategie difensive (e accusatorie) in ordine alla prova. La violazione del diritto di difesa registratasi nel corso del dibattimento di primo grado non potrebbe, pertanto, ritenersi sanata dall’eventuale recupero del solo contraddittorio argomentativo in grado d’appello o in cassazione.

Tale conclusione, pur senza includervi espressamente l’ulteriore argomentazione legata all’esercizio del diritto alla prova, è stata accolta da una recente decisione della Corte suprema, secondo cui «la garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all’imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell’imputazione», precisando ulteriormente che «il diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella stessa fase in cui si verifica la modificazione dell’imputazione, considerato che l’impugnazione non sempre può avere un effetto equipollente al mancato con-

traddittorio» (48). Il riferimento alle fasi di merito potrebbe però sottendere la necessità di correlare il contraddittorio argomentativo sulla nuova qualificazione del fatto al recupero del diritto alla prova, operazione che sarebbe strutturalmente incompatibile con la fase del giudizio in cassazione.

La questione in esame coinvolge un altro aspetto, finora rimasto in ombra anche nella giurisprudenza europea, ossia la possibilità di isolare, concettualmente e concretamente, la mera modifica della qualificazione giuridica che non implichi parimenti un mutamento del fatto. Al di là delle ipotesi di concorso formale, in cui, però, non ci si troverebbe dinanzi a una riqualificazione in senso stretto, bensì alla contestazione di un reato concorrente [art. 12 lett. b) c.p.p.], è difficile teorizzare l’individuazione di un diverso reato che non sottintenda una diversità del fatto. Forse si potrebbe pensare a una imputazione in fatto così ampia e ridondante da contenere gli elementi materiali di diversi reati tra i quali verrebbe poi operato l’assorbimento del più lieve nel più grave. Ma si tratterebbe di un caso limite. Normalmente, la riqualificazione giuridica del reato nasconde una diversa modulazione della imputazione in fatto. Del resto, da tempo la dottrina più attenta ha sottolineato la difficoltà, per non dire l’impossibilità, di scindere fatto e diritto (49). Bisogna quindi essere rigorosi nel circoscrivere il tema della diversa e più grave qualificazione giuridica ai casi in cui effettivamente non venga parimenti mutata la contestazione del fatto. Qualora ciò avvenisse, non si porrebbe più il problema di assicurare o meno il solo contraddittorio argomentativo, ma dovrebbero invece riespandersi tutte le garanzie già previste dal codice per le nuove contestazioni.

L’adeguamento coattivo e successivo: la revisione europea e il quarto grado di giudizio

Tutt’altro scenario si schiude pensando ai problemi correlati all’esecuzione delle sentenze della Corte

Note:

(48) Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2010, Fadda, CED 247371. Le aperture per un effettivo contraddittorio, quantomeno di tipo argomentativo, sembrano però smentite da altre pronunce: v., ad esempio, Cass., Sez. II, 26 febbraio 2010, Salord, CED 246922, secondo cui «il giudice di legittimità ha il potere di procedere “ex officio” alla riqualificazione giuridica del fatto, senza necessità di consentire all’imputato di interloquire sul punto allorquando, nel ricorso presentato dallo stesso, tale eventualità sia stata espressamente presa in considerazione, ancorché per sostenere la diversità del fatto da quello contestato e la conseguente violazione dell’obbligo di trasmissione degli atti al pubblico ministero».

(49) G. Ubertain, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 70 ss.

EDU che abbiano accertato una violazione dei principi dell'equo processo europeo, indipendentemente dal fatto che tale violazione sia dipesa da difetti strutturali dell'ordinamento interno o da una distorta applicazione normativa da parte dei giudici nazionali. L'adeguamento coattivo e successivo riguarda essenzialmente l'esecuzione delle condanne europee a cui normalmente osta la formazione del giudicato, essendo il ricorso a Strasburgo esperibile, salvo casi eccezionali, solo dopo l'esaurimento delle impugnazioni interne (art. 35 § 1 CEDU).

Prima della nota sentenza costituzionale n. 113 del 2011, i rimedi possibili erano molteplici, tutti di fattura giurisprudenziale, dato che il legislatore nazionale, nonostante i ripetuti appelli rivoltigli dalla "grande Europa", non ha mai sentito il bisogno di intervenire al riguardo: dalla ineseguibilità della condanna (caso Dorigo) alla riapertura del giudizio in cassazione *ex art. 625-bis c.p.p.* (caso Drassich). L'unico caso in cui il Parlamento è intervenuto, peraltro con inusuale tempestività subito dopo la sentenza Sejdovic, è costituito dalla già ricordata modifica dell'art. 175 c.p.p. che, tuttavia, affronta solo l'evenienza in cui la violazione dell'art. 6 CEDU sia stata causata dalla celebrazione del processo contumaciale a carico dell'imputato che non avesse rinunciato a presenziarvi.

Pur trattandosi di rimedi ormai superati dalla declaratoria d'illegittimità dell'art. 630 c.p.p., è opportuno svolgere alcune brevi considerazioni sugli sforzi compiuti dalla giurisprudenza, soprattutto di legittimità, per rispondere all'esigenza di adeguarsi nel caso singolo alle condanne europee, essendo utile verificare se, ed eventualmente in che misura, tali costruzioni giurisprudenziali siano destinate a sopravvivere dopo l'intervento della Corte costituzionale. Nel caso di iniquità del processo, sotto il profilo della violazione del contraddittorio nella formazione della prova unica o determinante la condanna, la Cassazione aveva decisamente optato per l'ineseguibilità del giudicato, mediante declaratoria di inefficacia dell'ordine di carcerazione (50), salvo puntualizzare che per giungere alla paralisi degli effetti sanzionatori del giudicato occorre che la stessa Corte EDU, o il Comitato dei Ministri, abbiano riconosciuto il diritto dell'imputato alla rinnovazione del processo come unica forma adeguata di riparazione per l'accertata violazione. Il problema della "certificazione europea" circa la necessità di riaprire il processo si è posto, soprattutto, per quelle violazioni dell'art. 6 CEDU diverse dal contraddittorio e non destinate automaticamente a travolgere l'intero svolgimento processuale (51).

Nel caso di violazione correlata allo svolgimento del giudizio contumaciale, la Cassazione ha ritenuto che l'unico rimedio fosse rappresentato dall'impugnazione tardiva, non essendo invocabile la non esecutività del giudicato (52). Non sono però mancate pronunce che, in via cautelativa, ammettevano anche in tema di contumacia l'ineseguibilità del giudicato: «in presenza di una decisione della Corte di Strasburgo che, accertata la violazione dell'art. 6 CEDU nello svolgimento in contumacia di un processo, ritenga che la carcerazione del condannato conseguente a giudicato si stia eseguendo in violazione dell'art. 5 § 2 lett. a) CEDU, il giudice non può dichiarare "de plano" (art. 666, comma secondo, c.p.p.) inammissibile la richiesta di annullamento dell'ordine di esecuzione, senza aver prima valutato, nel contraddittorio tra le parti, se sussista nell'ordinamento interno la possibilità di immediata applicazione della decisione della Corte di Strasburgo, ritenendola preclusiva dell'esecuzione di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato "non equo", pure in assenza nell'ordinamento nazionale di una norma "ad hoc" che consenta di sospendere l'esecuzione e dare ingresso a un nuovo processo» (53).

Nonostante la riforma del 2005 perseguisse il dichiarato intento di adeguare l'ordinamento interno ai principi europei, anche sotto forma di rimedio successivo per le violazioni già accertate a Strasburgo, i giudici di merito si sono spesso mostrati refrattari ad accogliere la nuova prospettiva, arroccandosi

Note:

(50) Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, CED 235447.

(51) V., ad esempio, Cass., Sez. I, 21 febbraio 2008, Rojas, CED 239987, per la quale «il positivo accertamento, in una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, di una violazione delle regole del giusto processo sancite dall'art. 6 CEDU non comporta, di per sé, in assenza di un riconosciuto diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, una pronuncia di inefficacia dell'ordine di esecuzione emesso in seguito a condanna irrevocabile. (Nella specie, peraltro, il provvedimento emesso in seguito a dichiarazione di ricusazione e all'origine della sentenza della Corte europea non era stato oggetto di impugnazione da parte del condannato)».

(52) Secondo Cass., Sez. I, 12 febbraio 2008, Ay., CED 239141, «in caso di condanna pronunciata all'esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, il condannato non può ottenere la declaratoria di non eseguibilità della condanna limitandosi a proporre incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 c.p.p., ma, per ottenere la rinnovazione del giudizio, deve avvalersi unicamente dell'istituto della rimessione in termini per la proposizione dell'impugnazione, come disciplinato dall'art. 175, commi secondo e secondo-bis stesso codice, restando riservato al giudice italiano il potere di valutare la ricorrenza dei presupposti di diritto interno per l'accoglimento dell'istanza».

(53) Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, Cat Berro, CED 232115.

su posizioni di retroguardia legate all'ossequio formale del giudicato, con la conseguenza di negare l'accesso al nuovo giudizio anche quando la decisione europea avesse accertato l'iniquità del processo in contumacia. È stato quindi necessario l'intervento della Cassazione per ricordare che, «in tema di restituzione nel termine per proporre impugnazione contro una sentenza contumaciale, il giudice è tenuto a conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in accoglimento del ricorso proposto dal condannato, abbia riconosciuto il carattere non equo del processo celebrato "in absentia", di talché il diritto al nuovo processo non può essere negato invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale svoltosi nel rispetto della normativa processuale interna» (54). A prescindere dalla questione decisa, la netta presa di posizione della Cassazione offre lo spunto per sottolineare i meriti della suprema Corte che, nella lunga fase di transizione precedente la sent. cost. n. 113 del 2011, ha quasi sempre mostrato una spiccata sensibilità per i temi europei e una notevole apertura, culturale prima che giuridica, verso le nuove sfide lanciate dalla "grande Europa" sul terreno del rispetto dei diritti dell'imputato.

In presenza di un trattamento sanzionatorio non equo, in quanto contrario agli art. 6 e 7 CEDU, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto ammissibile il ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p. finalizzato a dare esecuzione alla sentenza di Strasburgo mediante «la sostituzione della pena inflitta con quella ritenuta equa dalla Corte EDU, sussistendo il diritto del ricorrente ad ottenere una modifica della pena in attuazione della legalità della Convenzione ed il corrispondente obbligo positivo del giudice - che, investito del ricorso, abbia preso atto dell'iniquità e dell'ineseguità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte europea - di determinarne la quantificazione in misura rispondente alla legalità della Convenzione europea» (55).

Il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto è stato individuato come strumento idoneo a dare esecuzione anche alla sentenza europea che accerti la violazione del contraddittorio intervenuta nel corso del giudizio di cassazione per effetto della riqualficazione giuridica del fatto *in peius*. Si tratta del già citato caso Drassich su cui la suprema Corte si è pronunciata in più occasioni (56).

Gran parte delle soluzioni faticosamente escogitate dalla giurisprudenza di legittimità appaiono superate dalla già ricordata sent. cost. n. 113 del 2011 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p., nella

parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 § 1 CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU. L'adeguamento coattivo e successivo appare così oggi prevalentemente consegnato all'istituto di nuovo conio dal cui ambito di applicabilità dovrebbero rimanere però esclusi i casi di violazione dell'art. 6 CEDU accertati dalla Corte EDU in relazione al processo contumaciale. La restituzione nel termine per proporre impugnazione sembra infatti il rimedio più pertinente, da sempre alternativo alle forme "classiche" di revisione. Qualche dubbio sussiste, invece, sulla perdurante praticabilità dell'impugnazione straordinaria ex art. 625-bis c.p.p. Se, in astratto, si tratta di un rimedio a sua volta alternativo alla revisione, che quindi potrebbe convivere anche con il nuovo caso introdotto dalla Corte costituzionale, non bisogna però dimenticare come l'istituto sia stato concretamente piegato dalla Cassazione per finalità improprie ed eccentriche, ancorché giustificate dallo "stato di necessità". Superata l'emergenza, in presenza di un nuovo rimedio *ad hoc*, sarebbe auspicabile ricondurre il ricorso straordinario nell'alveo della sue caratteristiche originarie.

Passando ad esaminare direttamente il nuovo caso di revisione introdotto dalla sent. cost. n. 113 del 2011 appare indispensabile una premessa. La scelta della Corte costituzionale di farsi carico del compito di fornire una risposta alla richiesta europea di consentire la riapertura del processo, quando tale soluzione rappresenti la necessaria *restitutio in integrum* per la posizione dell'imputato, non può che essere apprezzata, tanto più nella dolosa inerzia del legislatore e in una situazione in cui la giurisprudenza non poteva spingersi oltre l'estrema forzatura costituita dalla ineseguità del giudicato, rimedio comun-

Note:

(54) Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, CED 235035.

(55) Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, CED 247244. Nel caso specifico, la suprema Corte «ha revocato *in parte qua* la sentenza della Corte di cassazione che ha formato il giudicato, ha annullato senza rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la sentenza del giudice di merito che aveva modificato la pena inflitta al ricorrente - a seguito di giudizio abbreviato, originariamente determinata in trent'anni di reclusione - in quella dell'ergastolo, in virtù dell'entrata in vigore dell'art. 7, comma secondo, D.L. n. 341 del 2000, conv. con modif. nella L. n. 4 del 2001, che ha modificato l'art. 442, comma secondo, ultimo periodo, c.p.p. secondo un'applicazione ritenuta retroattiva dalla Corte europea - ed infine ha provveduto a determinare direttamente la pena in trent'anni di reclusione».

(56) Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, CED 241753; Cass., Sez. VI, 25 maggio 2009, Drassich, CED 244974.

que inadeguato in quanto “congela” il giudicato, impedendone l’esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di “limbo processuale”. Qualcuno, dunque, doveva intervenire e la Corte costituzionale lo ha fatto dando fondo al suo potere di supplenza del legislatore. La sentenza additiva, pur creatrice di diritto, non è però lo strumento più adatto per disegnare gli esatti contorni di un istituto complesso che finisce per condividere con la revisione “classica” solo la rubrica dell’art. 630 c.p.p. Bisogna dare atto al Giudice delle leggi della piena consapevolezza anche di questo aspetto, laddove in motivazione ha ammesso esplicitamente «che l’incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull’art. 630 c.p.p. non implica una pregiudiziale opzione di questa Corte a favore dell’istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall’inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell’intervento additivo. Il legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina - recata anche dall’introduzione di un autonomo e distinto istituto - il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali» (57).

Senza potersi addentrare, in questa sede, in tutti i passaggi della fondamentale sentenza costituzionale, è comunque doveroso cercare di fornire un primo inquadramento della nuova “revisione europea”.

La riapertura del processo è finalizzata al recupero delle garanzie fornite all’imputato dalla CEDU e non compiutamente assicurate nello svolgimento processuale ordinario. Tale *deficit* di tutela deve essere “certificato” da una pronuncia della Corte EDU che deve ulteriormente identificare proprio nella celebrazione di un nuovo processo il meccanismo più consono per eliminare le conseguenze dell’accertata violazione. Quest’ultimo aspetto può anche essere messo in luce da una decisione del Comitato dei Ministri. Deve, inoltre, essere valutata l’utilità del rimedio in relazione alla natura della violazione accertata, essendo evidente, ad esempio, «che non darà comunque luogo a riapertura l’inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all’art. 6 § 1 CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l’offesa».

Sebbene in tutta la motivazione la Corte costituzionale faccia esclusivo riferimento alla violazione delle garanzie del processo equo, nel dispositivo la portata della riapertura del processo non risulta circoscritta alla necessità di rimediare alla sola inosservanza dell’art. 6 CEDU. L’istituto appare perciò

aperto alla possibilità di impiego anche per elidere le conseguenze di altre violazioni della CEDU. Si pensi, ad esempio, alla condanna per diffamazione di un giornalista in violazione dell’art. 10 CEDU. Una volta accertata dalla Corte EDU l’iniquità della condanna stessa, in quanto lesiva della libertà di informazione, e indicata la necessità di celebrare un nuovo processo, tenendo conto della preminenza del diritto all’informazione in una società democratica, il nuovo caso di revisione potrebbe essere invocato per consentire l’esecuzione della pronuncia europea e giungere all’assoluzione dell’imputato.

Tornando però a quella che presumibilmente sarà l’ipotesi più frequente di “revisione europea”, ossia quella fondata sull’accertata violazione delle regole dell’equo processo compendiate nell’art. 6 CEDU, non può sfuggire il sovvertimento delle tradizionali categorie dogmatiche determinato dalla cancellazione del giudicato per riparare a un vizio di procedura.

Nel nostro ordinamento, la revisione è atta a rimediare a un errore giudiziario, inteso come errore nel giudizio, a una sentenza non equa, volendo parafrasare la terminologia europea, mentre l’adeguamento coattivo e successivo postula un rimedio efficace rispetto a un processo non equo. Questa considerazione spiega perché la revisione “classica” risulti strutturata in funzione del solo proscioglimento della persona già condannata, mentre il nuovo processo, rispettoso dei principi europei, sarà aperto a ogni possibile esito, compresa la conferma della condanna inizialmente coperta dal giudicato. La stessa Corte costituzionale sottolinea che rimediare al difetto di “equità” di un processo non significa giungere necessariamente a un giudizio assolutorio: «chi è stato condannato, ad esempio, da un giudice non imparziale o non indipendente - secondo la valutazione della Corte europea - deve vedersi assicurato un nuovo processo davanti a un giudice rispondente ai requisiti di cui all’art. 6 § 1, della CEDU, senza che tale diritto possa rimanere rigidamente subordinato a un determinato tipo di pronostico circa il relativo esito (il nuovo processo potrebbe bene concludersi, ad esempio, anziché con l’assoluzione, con una condanna, fermo naturalmente il divieto della *reformatio in peius*)». Quest’ultimo passaggio della motivazione risulta particolarmente oscuro. Pare, infatti, che la Corte costituzionale, nel caso di condanna confermata all’esito del nuovo processo equo, riten-

Nota:

(57) Sent. cost. 113 del 2011, da cui sono tratte anche tutte le successive citazioni riportate nel testo.

ga vincolato il giudice al divieto della *reformatio in peius*, principio tipico delle impugnazioni ordinarie o della revisione “classica”, ma che non sembra avere un preciso fondamento nel caso di “revisione europea”.

Nella stessa definizione fornita dal Giudice delle leggi, la riapertura del processo necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU è un concetto di genere, ben diverso dalla revisione finora conosciuta, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio. I contorni necessariamente sfumati sono il portato di un vuoto normativo che andrà colmato dalla giurisprudenza ordinaria attraverso una valutazione di compatibilità delle singole disposizioni vigenti in tema di revisione con l’obiettivo perseguito, ossia «porre l’interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato».

L’unico dato certo appare la diversità ontologica della “revisione europea”, sganciata dalla necessità di rimediare *in bonam partem* all’errore giudiziario e quindi da tutte quelle disposizioni che «riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato».

Sotto il profilo dogmatico, il vero tratto caratteristico è svelato dalla stessa Corte costituzionale quando sottolinea che «l’ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga - imposta dall’esigenza di rispetto di obblighi internazionali - al principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. In questa prospettiva, il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli». Dunque, il giudicato, così come siamo abituati a intenderlo, non copre più gli *errores in procedendo*. Le modalità di svolgimento del processo rimangono potenzialmente una questione aperta fino a che non si sia pronunciata la Corte EDU o fino a quando non sia più possibile proporre ricorso a Strasburgo. La conclusione è già evidente: dinanzi alla Corte EDU si celebra un quarto grado di giudizio ordinario sulla legittimità/equità del processo, ma anche sulla equità della decisione (si pensi all’esempio della violazione dell’art. 10 CEDU), solo al cui esito si può formare il “vero” giudicato capace di precludere ogni questione riguardante i vizi del processo. Se il giudice europeo rileva una causa di ini-

quità del processo (o della decisione), procede a una sorta di declaratoria di annullamento che verrà ratificata dalla “revisione europea” introdotta dalla Corte costituzionale, istituto che così mostra la sua reale natura di giudizio di rinvio, piuttosto che di rimedio straordinario.