

QUESTIONI APERTE

GENNARO GAETA

Ipotesi di spiegazione sul *revirement* delle Sezioni unite circa la permeabilità dei principi europei nelle decisioni interne

In occasione della notizia di decisione con cui le Sezioni unite hanno imposto una battuta d'arresto al recepimento delle decisioni della Corte europea in casi simili, si analizzano le criticità di sistema che ne possono derivare, allo scopo di comprendere gli effetti sullo stato di avanzamento del processo di integrazione europea.

Hypothesis of explanation on the revirement of the joined sections about the permeability of the principles European internal decisions

On the occasion of the decision with which the Supreme Court has stopped the transposition of European Court's decisions in similar cases, we analyze the critical issues that arise from the decision, in order to understand how it might affect the european integration process.

SOMMARIO: 1. Le grandi linee del problema. 2. Ancora a proposito di diritto giurisprudenziale consolidato: perenni criticità di un modello risalente. 3. Il contesto. 4. Quali prospettive?

1. *Le grandi linee del problema.* A seguito di una complessa investitura da parte della Sesta Sezione penale¹, le Sezioni unite sono giunte alla soluzione negativa del quesito principale ad esse sottoposto, relativo ai potenziali effetti *inter alios* riconducibili alla decisione «Contrada c. Italia» della Corte di Strasburgo, avendo escluso che quest'ultima possa essere classificata come espressione di diritto giurisprudenziale "consolidato", in applicazione di una nota lezione della Corte costituzionale.

Per l'effetto, i principi emergenti dalla sentenza europea menzionata non si estendono in Italia a tutti coloro che, estranei a quel giudizio, si trovano nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, «*in quanto la sentenza della Corte EDU del 14/4/2015 Contrada c. Italia non è una "sentenza pilota" e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata*»².

¹ Cass., Sez. VI, ord. 22 marzo 2019, G., in questa *Rivista* on-line, con commenti di CASCINI, *Dopo la sentenza Contrada: fra carenze strutturali dell'ordinamento interno ed esigenze di adattamento al sistema convenzionale*; FALATO, *L'efficacia estensiva delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito dei potenziali epiloghi della Cassazione nel caso dei fratelli minori di Bruno Contrada*; SANTORIELLO, *Perché l'intervento delle Sezioni unite sulla sorte dei fratelli minori di Contrada è superfluo ed inutile*.

² Notizia di decisione - Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019, G., inf. prov. n. 22/2019, R.G. 1168/2019.

Gli argomenti a sostegno del verdetto sono in via di stesura e, per logica conseguenza, ogni commento è rinviato ad altra data: ciò nonostante, già da queste primissime indicazioni è possibile affermare che l'espulsione dei potenziali effetti estensivi della decisione europea in questione è avvenuta ricorrendo al "filtro di compatibilità" predisposto dal Giudice delle leggi, dunque facendo ritorno ad un filone della giurisprudenza costituzionale particolarmente controverso e che, stando alle recentissime di quella Corte³ è, per giunta, in via di superamento.

Prima di descrivere i limiti di sistema di una tale opzione – che si pone, necessariamente, anche come il manifesto programmatico di legittimità nei confronti del diritto vivente della Convenzione – è opportuno ricapitolare i canoni essenziali del diritto giurisprudenziale "consolidato", che oggi pare trovare rinnovato e inaspettato vigore presso la Corte di cassazione.

2. *Ancora a proposito di diritto giurisprudenziale consolidato: perenni criticità di un modello risalente.* Come si comprende agevolmente, il quesito sottoposto alle Sezioni unite coinvolgeva i criteri di selezione delle decisioni della Corte europea che hanno rilevato una violazione programmatica della C.e.d.u.⁴ e, in particolare, la loro sostenibilità teorica, considerando lo stato di avanzamento del processo di integrazione col diritto europeo. Posto che, sullo sfondo della questione demandata alle Sezioni unite, c'è l'esigenza logicamente anteriore di tener distinte le decisioni della Corte strasburghese idonee a produrre effetti indiretti *erga omnes* per aver ritracciato, nel sistema legale, un'illegittimità frequente⁵, si consideri che la rinnovata adozione del criterio

³ Basti considerare Corte cost., n. 25 del 2019, § 13 del *Considerato in diritto*, per cui «Va infatti ribadito che, “[a] differenza della Corte E.D.U., questa Corte [...] opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante” (sentenza n. 264 del 2019); bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il “margine di apprezzamento” che compete allo Stato membro (sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)». Per una declinazione della teoria dei controlimiti relativa alle garanzie di procedura e all'esercizio del potere punitivo, GAITO, LA ROCCA, *Il “controlimite” della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in questa *Rivista* on-line, 2019, 1.

⁴ Come sottolineato in dottrina, la giurisprudenza della Corte europea può essere divisa in due categorie, a seconda del tipo di bilanciamento posto in essere, se svolto “caso per caso” oppure mediante la prospettazione uno *standard* generale: si veda A. TESAURO, *Corte EDU e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; distinguono, invece, in base ai criteri della “specificità” e della “prescrittività” delle decisioni della Corte, DONALD, SPECK, *The European Court of Human Rights' remedial practice and its impact on the execution of judgements*, in *Human Rights Law Review*, 2019, 19, 83-117 (disponibile in www.deepdive.com).

⁵ Ricostruisce l'insieme dei problemi processuali derivanti dall'esegesi secondo Convenzione, APRATI,

selettivo del diritto “consolidato”, in funzione ostativa del processo di adattamento alla Convenzione, amplifica alcune ben note criticità.

Si tratta di un punto di frizione nel dialogo tra Corti superiori, dovuta alla tradizionale posizione restrittiva della Corte costituzionale che, come anticipato, accanto alle decisioni Pilota emesse ai sensi dell’art. 61 Reg. C.e.d.u., non riconosce portata vincolante ad ogni sentenza della Corte di Strasburgo in quanto tale.

Nonostante la particolare nettezza della Corte europea, secondo la quale il giudice comune deve applicare, senza distinzioni di sorta, il diritto interno in modo conforme alla giurisprudenza sovranazionale, che della Convenzione costituisce parte inseparabile⁶, la Consulta ha da tempo teorizzato una serie di criteri analitici per identificare quel diritto giurisprudenziale “consolidato” a Strasburgo⁷ nel quale deve collocarsi il singolo pronunciamento europeo affinché assuma rilievo vincolante per il giudice penale.

Il canone segnalato -sembra addirittura palese- innalza una barriera contro il recepimento del diritto vivente europeo nei casi simili a quelli già accertati dal Collegio europeo, poiché legittime occasioni di valutazione e di ponderazione difficilmente controllabili e che, ad ogni modo, dovrebbero essere esclusive della Consulta e limitate al sindacato sul rispetto dei c.d. controlimiti: il rischio, in altri termini, è che al giudice interno venga attribuito il potere di formare autonomamente il contenuto dell’obbligo di adeguamento alla Convenzione di cui è, si badi, il soggetto passivo.

In questo contesto, sembra tangibile l’esigenza di promuovere un aggiornamento teorico dei menzionati criteri elaborati dalla Corte costituzionale, anche considerando la recentissima posizione assunta dalla Grande Camera che, in aperta rottura rispetto ai principi interpretativi voluti dal Giudice delle leggi, ha ribadito che *«le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e le loro autorità interpretativa non possono pertanto*

L’interpretazione convenzionalmente orientata, in CHINNICI, GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, 59 e ss., in particolare 65-72.

⁶ L’affermazione è di significativa frequenza: per alcuni riferimenti, Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*; Id., 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*; Id., Gr. Cam., 28 giugno 2018, *G.I.E.M. ed altri c. Italia*, in particolare § 244.

⁷ Per la giurisprudenza relativa al diritto “consolidato”, si vedano Corte cost., n. 49 del 14 gennaio 2015; Id., ord. n. 187 del 24 giugno 2015; Id., n. 36 del 13 gennaio 2016; Id., n. 102 del 8 marzo 2016; Id., n. 200 del 31 maggio 2016; Id., n. 43 del 24 gennaio 2018 e, da ultimo, Id., n. 66 del 23 gennaio 2019. Sul tema, interessanti le considerazioni di V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, 2015, 2.

dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate»⁸.

Se si deve aderire alla pozione del Collegio europeo (e francamente non sembra se ne possa dubitare), emerge l'erroneità del fondamento teorico della distinzione prevista dall'ordinamento interno, capace di minare l'autorità interpretativa di ciascuna sentenza della Corte di Strasburgo e di creare una situazione di incertezza giuridica, liberando i giudici ordinari, in via mediata, dall'obbligo di dare piena esecuzione a ciascun verdetto europeo, qualora ritengano che esso non sia l'espressione di un orientamento stabilizzato⁹.

Non è questa la sede opportuna per riportare i contorni dell'intero dibattito dottrinale attorno alla validità e alla fondatezza della categoria in parola, ma non ci si può sottrarre al compito minimale di porre almeno l'accento sulla sovrapposizione di funzioni che può discendere dalla teorizzata opera di selezione se adottata su larga scala dai giudici comuni, soprattutto a seguito dell'*endorsement* fornito dalle Sezioni unite. Vanno infatti evidenziate alcune differenze qualitative, ravvisabili con riguardo alla medesima attività esegetica ma svolta da diversi giudici procedenti: quando trattasi della Corte costituzionale, infatti, l'opera di selezione della giurisprudenza europea potrebbe, in ipotesi, essere giustificata alla luce del presidio che quel Collegio offre al nucleo duro della Costituzione, mentre se si attribuisce la medesima potestà selettiva al giudice territoriale - quando interpreta la legge penale *secundum Conventionem* - si innesta nel sistema un cortocircuito logico, attribuendo al soggetto passivo dell'obbligo di conformazione al diritto della Convenzione il potere di definire contenuto e limiti di quell'obbligo, peraltro svolgendo un accertamento incidentale che, qualitativamente, è estraneo al tipo di cognizione che gli è propria.

L'esito, in sintesi, è lo iato tra la dimensione formale della norma contenuta nell'art. 46 C.e.d.u. - che assume la forma dell'obbligo - e la dimensione sostanziale, in cui la sua cogenza è solo virtuale, poiché il destinatario del comando dispone di uno strumento di contenimento dell'imposizione che discende dal comando stesso e, per giunta, pratica una tipologia di sindacato che a lui dovrebbe essere regolarmente estranea.

Una serie di storture di cui, d'altronde, si sono avvedute le Corti interne in una vicenda analoga. Nella direzione del superamento dei criteri-filtro, infatti, indicazioni produttive sono giunte dai contrasti giurisprudenziali relativi agli effetti della sentenza «De Tommaso c. Italia»: nel realizzare l'opera di ade-

⁸ Corte EDU, Gr. Cam., 28 giugno 2018, G.I.E.M. ed altri c. Italia, cit., § 252.

⁹ Cfr. Corte EDU, Gr. Cam., 28 giugno 2018, G.I.E.M. ed altri c. Italia, *Opinione parzialmente concordante e parzialmente dissidente del Giudice Pinto de Albuquerque*, cap. III, §§ 36-56.

guamento ermeneutico delle disposizioni interne, al fine di riconoscere piena vincolatività alla decisione sovranazionale, le Sezioni unite¹⁰ e la Consulta¹¹ hanno trascurato un confronto serrato con gli indici del diritto giurisprudenziale “consolidato”, in favore dei più consoni criteri del bilanciamento e della maggiore estensione possibile delle tutele, così dimostrando un opportuno cambio di rotta rispetto a quanto emerso dalla vicenda in esame.

Con ciò, il richiamo alla giurisprudenza “consolidata” sembrava essere stato abbandonato, favorendo il ritorno ad orientamenti precedenti¹² capaci di escludere le contraddizioni logiche di un obbligo – quello descritto dall’art. 46 C.e.d.u. – che, all’esito della filiera di interpretazioni, finisce per non obbligare del tutto.

In questo contesto di ragioni ed aderendo alle critiche già formulate dalla dottrina¹³, resta di difficile comprensione l’odierna posizione delle Sezioni unite che, viceversa, ben avrebbero potuto rigettare, per le ragioni anzidette, l’applicazione dei parametri selettivi in parola, senza necessariamente mettere in discussione il «*predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*»¹⁴, nella consapevolezza che tra le cause principali del problema presupposto dall’ordinanza di rimessione – ossia la reazione dell’ordinamento a fronte di violazioni ricorrenti non ancora espulse dall’ordinamento – rientra anche la difficoltà di adeguamento del sistema interno alla Convenzione, che è causata dall’operatività del concetto di diritto “consolidato”.

Una prospettiva che trova conferma anche considerando che le decisioni Pilota hanno una funzione meramente ricognitiva di un orientamento già stratificato, che viene apertamente denunciato come tale dalla massima composizione della Corte di Strasburgo quando più Sezioni semplici hanno già raggiunto l’accordo sullo *standard* di tutela di riferimento, mancando dunque un contributo autentico ed innovativo da parte della *Grand Chambre*. Se si tiene in considerazione la genetica delle sentenze Pilota ci si avvede che la funzione svolta è quella del semplice repertorio, con il quale ci si limita a fotografare uno stato di cose già esistente e, in quanto tale, perfettamente rilevabile anche

¹⁰ Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, *Paternò*, in *Mass. Uff.*, n. 270496.

¹¹ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

¹² Come d’altronde aveva fatto la medesima Consulta, seppur sporadicamente, con Corte cost., n. 264 del 28 novembre 2012, § 4.2 del *Considerato in diritto*, applicando il criterio del bilanciamento.

¹³ Cfr. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in questa *Rivista* on-line, 2015, 1; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2015, 2, 318; RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *www.diritticomparati.it*.

¹⁴ Corte cost., n. 25 del 24 gennaio 2019, cit.

dal giudice interno.

Alla luce di ciò, diviene ancor più problematico l'assetto annunciato dalla notizia di decisione in commento, poiché l'opera di selezione meticolosa che viene effettuata in relazione alla giurisprudenza europea rischia di subordinare la massima espansione della tutela di ciascun diritto fondamentale, almeno indirettamente, alla circostanza che la relativa soglia di tutela sia stata già delineata da una decisione Pilota: si abdica, in tal modo, alla funzione principale del giudice penale, che è tenuto a dare piena esecuzione allo *standard* previsto dalla Convenzione.

3. *Il contesto.* Anche al di là delle motivazioni che interverranno a sostegno della decisione in commento, resta la considerazione che il verdetto si presenta come il completamento di un percorso di parziale chiusura del sistema interno rispetto alle spinte adeguatrici provenienti dalla Convenzione europea la quale, dopo una stagione di centralità, sembra tornare ad essere un canone ermeneutico del tutto opzionale nell'interpretazione delle norme del codice di rito.

A sostegno dell'assunto, è sufficiente considerare il grado di evoluzione raggiunto dal diritto vivente, prima dell'intervento della qui segnalata decisione delle Sezioni unite, sul terreno della confisca per lottizzazione abusiva, misura sanzionatoria che di frequente coinvolge anche il terzo estraneo al reato, al quale è stata riconosciuta un'innovativa opzione di tutela *in executivis* per adeguare il livello di protezione della proprietà privata a quello della C.e.d.u. In disparte le considerazioni di merito sulla vicenda che ha spinto la Grande Camera a ridefinire, dopo una serie di aggiustamenti progressivi, il numero di garanzie che lo Stato membro è tenuto ad applicare ad ogni sanzione "sostanzialmente penale" secondo la Convenzione¹⁵, è di particolare interesse la reazione apprestata dalla giurisprudenza di settore a fronte delle riscontrate criticità strutturali sul piano sovranazionale.

A seguito di una serie di rinvii delle udienze, funzionali alla cognizione delle motivazioni della *Grande Chambre*, la Terza Sezione della Corte di cassazione ha inaugurato un orientamento nell'ottica dell'allineamento della disciplina della confisca alle ragioni di tutela del terzo estraneo alla condotta criminosa e, ciò nonostante, colpito dalla sanzione. Secondo questa posizione di legittimità il soggetto terzo rispetto all'illecito urbanistico può attivare l'incidente di esecuzione quale strumento di tutela minimale a garanzia della propria posi-

¹⁵ Il riferimento è ancora Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. ed altri c. Italia.

zione rispetto all'accertamento del reato nel processo principale, del quale egli non è parte.

L'elemento scatenante, come accennato, è rappresentato dalla decisione europea per il caso «G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia»¹⁶ in cui la Corte di Strasburgo ha sancito, con sicura portata *erga omnes*, il dovere in capo allo Stato membro di consentire la riforma del titolo esecutivo in favore dei soggetti diversi dai destinatari diretti del pronunciamento¹⁷. Per l'effetto, una volta sopravvenuto il giudicato sulla confisca, il terzo potrà dimostrare *in executivis* la buona fede soggettiva rispetto ad eventuali profili di responsabilità penale: una cognizione che, per la consistenza dei poteri riformatori del titolo che introduce nel contesto dell'esecuzione penale, contribuisce alla crisi del principio di intangibilità del giudicato, se solo si considera quanto sia consistente l'amputazione del titolo esecutivo prevista per il raggiungimento dello scopo di tutela di origine europea, come soluzione giurisprudenziale ai rilievi mossi dalla Corte di Strasburgo in un caso simile.

Da tali spunti si comprende che, in aperto recepimento dei *novae* europei, era stata data applicazione -anche indiretta- ad una decisione della Corte europea dando per presupposto il problema teorico affrontato nel caso "Genco", anche introducendo - si direbbe di colpo - una inedita cognizione *ad hoc* del giudice dell'esecuzione mediante l'estensione delle potenzialità ablativo del giudicato *in executivis*: una corretta ipotesi di interpretazione analogica nella norma processuale, in adempimento dell'obbligazione convenzionale.

Né questo poteva ritenersi un progresso isolato, poiché, al contempo, anche la Corte costituzionale aveva contribuito ad implementare il processo di integrazione con la C.e.d.u.

Interpellato a proposito della compatibilità delle misure di prevenzione personali con le criticità segnalate dalla Corte europea nella vicenda "De Tom-

¹⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, cit.

¹⁷ Alla stregua di questo orientamento esegetico, è consentito al terzo acquirente del bene confiscato di rappresentare, dinanzi al giudice dell'esecuzione, la legittimità dell'acquisto e il difetto di colpa nella ricostruzione della provenienza del bene, a fronte di una decisione irrevocabile di confisca e pur in assenza di un apposito ricorso alla Corte di Strasburgo che abbia denunciato la violazione dell'art. 1, I Prot. Agg. alla C.e.d.u. V. Cass., Sez. III, 20 marzo 2019, Unicredit Leasing S.p.a., non mass; conf., Id., Sez. II, 23 gennaio 2019, Alessandrini e altri, in *Mass. Uff.*, n. 275756; Id., Sez. III, 22 giugno 2017, Di Rosa e altro, *ivi*, n. 273535, precisando che «Lo svolgimento degli accertamenti nell'ambito del procedimento di esecuzione per verificare la sussistenza delle condizioni per la confisca non si pone in contrasto con alcun principio costituzionale o convenzionale atteso che in tale fase il giudice ha ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666 comma quinto cod. proc. pen. assicurando il contraddittorio ed il diritto di difesa, anche attraverso la nomina di un difensore di ufficio, che può essere sentito su sua richiesta»; Id., Sez. III, 24 maggio 2017, Mantione, *ivi*, n. 270443.

maso”, in quella circostanza il Giudice delle leggi aveva ricostruito il parametro interposto senza ricorrere ai c.d. criteri-filtro sopra descritti, dimostrando una tendenza inversa rispetto ai propri precedenti specifici allo scopo di dare maggiore estensione possibile alle tutele fondamentali previste dalle norme convenzionali¹⁸: con ciò, il richiamo al “diritto giurisprudenziale consolidato” a Strasburgo sembrava essere stato abbandonato in favore di un ritorno agli orientamenti precedenti del bilanciamento¹⁹.

Accanto a queste apprezzabili aperture, tuttavia, resistono atteggiamenti preclusivi, come d'altronde emerso dalla vicenda «Viola c. Italia»²⁰, laddove la Corte di Strasburgo ha censurato le ingessature del sistema interno a proposito di pene non comprimibili e, pertanto, illegittime alla luce della Convenzione.

Si tratta di una spirale involutiva preoccupante che ha interessato anche i principi di oralità e immediatezza nella formazione della prova, i quali hanno subito una importante compressione ad opera del diritto vivente interno.

Con la sentenza n. 132 del 2019 la Consulta ha tradito l'assunto, a lungo dominante, per cui i complementari principi di oralità e immediatezza assicurano che la decisione sia assunta da un giudice che è venuto a contatto diretto con la prova formatasi in dibattimento e secondo un metodo dialettico, dando copertura costituzionale ad una impostazione che, nel bilanciamento fra efficienza processuale e garanzie fondamentali, predilige l'efficienza e sacrifica le garanzie, rendendo facoltativa e non più obbligatoria la rinnovazione della fase istruttoria – al mutamento della persona fisica del giudice – in virtù della ragionevole durata del processo²¹.

Un'apertura che le Sezioni unite hanno ben presto fatto propria²², affermando che la rinnovazione in parola è possibile solo su richiesta di parte e se congruamente motivata quanto alle ragioni che la giustificano, così attribuendo al giudice un potere valutativo sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa, in modo non dissimile rispetto a quanto avviene in fase di ammissione della prova.

Insieme le due decisioni hanno l'effetto di escludere dal raggio d'azione

¹⁸ Corte cost., sentt. n. 24 e 25 del 2019.

¹⁹ Risalente a Corte cost., sent. n. 264 del 2012, cit.

²⁰ Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 2019, Viola c. Italia (n. 2).

²¹ Una decisione di inammissibilità che, tuttavia, inaugura una vera e propria stagione antigarantista secondo NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in questa *Rivista* on-line, 2019, 2; in toni parzialmente sovrapponibili anche MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi*.

²² Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, PG in proc. Bajrami, disponibile in www.archiviopenale.it.

dell'immediatezza le prove assunte prima della rinnovazione - che in tal modo vanno indenni dalla sanzione della nullità prevista dall'art. 525, co. 2 c.p.p. - e il rilievo che la Corte costituzionale abbia già segnalato la legittimità di un'impostazione di questo tipo non esclude profili di incompatibilità con l'art. 6 della Convenzione europea.

Sul tema infatti la Corte di Strasburgo ha progressivamente rafforzato il divieto d'impiegare la testimonianza acquisita in fasi precedenti rispetto a quella del dibattimento, con una regola che, oltre a proteggere il diritto al confronto con l'accusatore, assicura il contatto diretto fra il giudice e la fonte di prova utile per la decisione. Allo stesso modo, l'immediatezza è stata imposta anche per la fase dell'impugnazione, affermando che a fronte di una sentenza assolutoria è necessario assicurare che anche il giudice d'appello venga a contatto col testimone di riferimento prima di poter ribaltare in condanna la prima statuizione²³.

Da un veloce confronto, dunque, emerge un vistoso disallineamento della giurisprudenza interna rispetto alla C.e.d.u.: la Corte europea denuncia una concezione forte dell'oralità e dell'immediatezza, facendo discendere dal rispetto di questi principi conseguenze immediate sull'equità dell'intera procedura - non solo, dunque, *sub specie* di diritto di difesa dell'imputato - e in tal modo rafforzando l'assunto per cui si tratta di requisiti strutturali e indefettibili del "modulo" processuale di riferimento per la Carta sovranazionale; le Corti interne, viceversa, limitano il discorso al problema del bilanciamento tra il diritto di difesa e la durata ragionevole della cognizione, trascurando di verificare le ricadute sull'equità complessiva del processo; un'equità che il giudice interno deve costantemente proteggere, per non cadere in errore a Strasburgo.

In breve, alla base del ragionamento della Corte europea vi è un diverso intendimento della relazione che corre tra il diritto al confronto e l'equità del processo: quest'ultima si pone in un rapporto di genere a specie rispetto al primo, dal momento che la sola violazione del diritto al confronto non consente, per ciò solo, di affermare l'iniquinà dell'intera procedura, dovendo verificarsi se il giudice abbia predisposto rimedi compensativi; in altri termini, l'accertamento della violazione del canone dell'equità non discende dall'applicazione della c.d. "regola unica e decisiva" - per cui c'è violazione dell'art. 6 C.e.d.u. tutte le volte in cui la condanna si basa sulla deposizione di

²³ Per una ricostruzione organica, ZACCHE', *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in CHINNICI, GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, 257.

un testimone che l'imputato non è stato in grado di esaminare in nessuna fase del procedimento – essendo esclusa la condanna dello Stato membro se l'equità complessiva è stata assicurata ricorrendo a misure compensative nel prosieguo della cognizione²⁴.

Un obbligo di compensazione che non sembra sia stato preso in considerazione dalle recentissime della Consulta e delle Sezioni unite sopra illustrate, con conseguenze addirittura ovvie a trarsi sulla compatibilità dei *nova* giurisprudenziali con l'art. 6 della Convenzione.

Ecco, dunque, le premesse del conflitto: le Sezioni unite da ultimo citate confinano l'immediatezza nel recinto delle prerogative soggettive dell'accusato, mentre la Corte strasburghese accentua il rilievo oggettivo dell'immediatezza, l'assicurazione di equità che essa è in grado di procurare.

4. *Quali prospettive?*²⁵ Sembrano in tal modo gettati i semi di un ulteriore contrasto fra Corti superiori, considerato che, come emerge dal breve *excursus* posto in essere, la stagione di apertura al diritto convenzionale è stata sostituita da un rinnovato atteggiamento di sbarramento nei confronti dei principi europei.

Giunta in occasione del trentesimo anniversario del codice di rito e del venticennale dalla costituzionalizzazione del “giusto processo”, la notizia della decisione delle Sezioni unite qui segnalata consacra un percorso involutivo invero risalente e che, per il tramite dell'interpretazione giurisprudenziale, ha forse tradito lo spirito accusatorio che era alla base della Legge n. 81 del 1987, di delega alla riforma del codice di rito.

Un'opera che ha interessato prima l'applicazione interna del “nuovo” codice di rito²⁵ e, successivamente, anche la sua interpretazione alla luce della Convenzione: quest'ultima, infatti, pur rappresentando un passaggio obbligato per l'esegesi della legge processuale, è stata progressivamente espulsa dall'operazione nomofilattica mediante il ritorno all'argomento retorico del “diritto consolidato”, frenando le potenzialità espansive di quell'itinerario

²⁴ Segnatamente, secondo la Corte europea la garanzia di confronto prevista dall'art. 6, § 3, lett. *d*) C.e.d.u. rappresenta un'articolazione dell'equo processo sancito dal primo comma del medesimo articolo, dovendo pertanto il giudice europeo procedere a un controllo globale della procedura, valutando nell'insieme il modo in cui sono state ottenute le prove nonché il numero e la consistenza delle *chances* difensive. Cfr. Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, § 101 e 106; Id., Gr. Cam., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, §§ 128 e 147.

²⁵ Il riferimento è dato dalle note declaratorie di incostituzionalità degli artt. 195, 500 e 513 c.p.p. di cui alle sentenze nn. 24, 254 e 255 del 1992 della Consulta, con le quali è stata aperta la strada al recupero delle dichiarazioni extradibattimentali e, dunque, alla contaminazione più significativa del modello accusatorio.

inaugurato con le sentenze c.d. gemelle della Consulta²⁶ che hanno dato sostanza all'obbligazione convenzionale derivante dall'art. 117, co. 1 Cost.

Non si tratta, infatti, di isolate resistenze del diritto vivente, ma del più ampio tema legato alla riuscita del modello processuale introdotto con il codice repubblicano del 1988, la cui crisi è ormai cronica²⁷.

Senza voler ricadere nel problema teorico del "codice" come modello legislativo e della sua capacità genetica di riformare il settore del diritto in cui interviene - frutto dell'ormai esaurita stagione codicistica che ha coinvolto, sia pure in contrasto con la Costituzione, anche il diritto processuale penale, ad onta della legalità formale che lo caratterizza - deve rilevarsi che l'innalzamento della soglia di tutela dei diritti fondamentali della persona è ormai affidata interamente al cesello delle Corti sovranazionali, se solo si considera che le ultime e più importanti correzioni di rotta sono state imposte -quasi esclusivamente- da condanne dell'Italia a Strasburgo, rendendo la procedura penale sempre più un diritto costruito "per casi".

In prospettiva, sembra di potersi affermare che il problema del confronto del sistema legale nostrano con i documenti sovranazionali è destinato a crescere, alla luce dell'avanzato stato di reciproca interazione che hanno raggiunto le Corti sovranazionali nello spazio europeo: se, in origine, la fisiologica stratificazione di patti fondamentali aveva reso faticoso il coordinamento di azioni fra la Corte di Giustizia e quella di Strasburgo, deve oggi ritenersi che lo scollamento sia stato almeno in parte superato mediante la realizzazione di un minimo comun denominatore grazie alla circolazione dei contenuti delle rispettive decisioni²⁸.

In questo scenario, l'intervento del legislatore non sembra più procrastinabile. Resta, infatti, da sottolineare che giace ineseguita la Direttiva UE sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, con la quale sono stati individuati due presupposti minimi del "giusto processo europeo", cogenti per gli Stati membri ai sensi

²⁶ Corte cost., sentt. n. 348 e 349 del 2007.

²⁷ Argomento di particolare complessità: per una sintesi GAITO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in questa *Rivista on-line*, 2019, 3.

²⁸ Per tutti, si faccia l'esempio del *ne bis in idem*, istituto disciplinato sia dall'art. 50 della Carta di Nizza che dall'art. 4, VII Prot. Agg. alla C.e.d.u. La sua attuale configurazione come principio fondamentale posto a protezione della persona, a fronte di molteplici persecuzioni penali relative allo stesso fatto, è stata dapprima elaborata dalla Corte di Strasburgo e, successivamente, recepita nella sua interezza dalla Corte di Giustizia, in virtù della clausola di coordinamento di cui all'art. 52, § 3 CDFUE. Si veda Corte di Giust. UE, Gr. Sez., 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, C-596/16 e C-597/16, in www.archiviopenale.it.

dell'art. 82, § 2 TFUE²⁹. Un'opera di rafforzamento che, d'altronde, fa propri i contenuti di tutela della Convenzione europea, dal momento che la clausola di non regressione prevista dal Trattato in parola fa salve quelle disposizioni della Carta di Nizza, della C.e.d.u. e del diritto interno capaci di assicurare un livello di protezione più elevato.

Una pluralità di documenti che, tuttavia, si presenta come unitaria nell'individuazione delle garanzie procedurali, a fronte delle quali il nostro ordinamento sembra essere perennemente inadempiente.

In sintesi, siamo di fronte ad uno scenario che ben si inserisce nella prospettiva della trasformazione genetica del processo e della sua funzione, laddove neutralità dell'accertamento, limite al potere punitivo dello Stato e rigidità del modello accusatorio di formazione della prova cedono il passo ad un modulo flessibile e, in quanto tale, in grado di assecondare le esigenze di profitto e di risultato, laddove l'esercizio del potere lo richieda³⁰.

²⁹ V. Dir. 2016/343/UE del 9 marzo 2016, in *G.U.U.E.*, 11 marzo 2016, L 65/1.

³⁰ Efficacemente MAZZA, *Tradimenti di un codice*, in questa *Rivista on-line*, 2019, 3, 6 sottolinea che «A dispetto delle teorizzazioni giurisprudenziali, il processo penale è e rimane assiologicamente più che teleologicamente orientato. L'obiettivo, in termini cognitivi, non è altro che la naturale risultante del percorso seguito, ossia del rispetto delle regole di procedura scandite da una scala di valori [...]».