

Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale

Piero Gaeta

SOMMARIO: 1. - Premessa: un dubbio iniziale. 2. - L'interpretazione conforme: le diverse funzioni nei diversi contesti 3. - Un *tertium comparationis* esplorabile: l'interpretazione conforme a Costituzione. 4. L'interpretazione conforme alla CEDU ed i "giochi di rimando" delle Corti. 5. - Di alcuni dubbi di fondo rispetto al processo penale. 6. - Gli effetti sul processo penale: la dissoluzione del giudicato nella sentenza n. 113 del 2011. 7. - Segue: dissoluzione del giudicato ed effetti sull'euristica giudiziale. 8. - Interpretazione conforme alla CEDU ed effetti sulla nozione di "contraddittorio". 9. L'incidenza sugli "strumenti": l'uso promiscuo del ricorso straordinario per cassazione. 10. Interpretazione conforme alla CEDU e prova dichiarativa.

1. Premessa: un dubbio iniziale.

La strada della riflessione su interpretazione conforme alla C.E.D.U. e processo penale sembra trovare immediato ostacolo in un dubbio primario. Se è vero infatti che "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", è altrettanto indubbio che sembra oggi abbandonata (se mai è stata coltivata seriamente ...) "l'idea di un processo penale comune: (ed) 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"⁽¹⁾.

Rischiamo, insomma, che l'embrione del processo penale europeo - il cui ovulo fecondato è l'interpretazione conforme - rimanga davvero solo una *civitas magna* in faticosa costruzione⁽²⁾; con il dubbio, in breve di una "conformazione" ad un modello non solo oggi inesistente, ma che, prospetticamente, appare poco più di una mera *spes iuris*.

2. L' "interpretazione conforme": le diverse funzioni nei diversi contesti

In realtà, ad una più attenta analisi, il dubbio in questione appare, più che un inciampo, una proficua evocazione della funzione propria dell'interpretazione conforme in dimensione sovranazionale. Proprio quando la debolezza politica è massima e l'edificazione di modelli processuali comuni assai incerta, l'uso sapiente di tale canone ermeneutico garantisce, nel presente, un grado minimo, ma irrinunciabile di armonizzare dei sistemi processuali: quello sulla protezione dei diritti fondamentali nella vicenda del processo. Se, insomma, l'integrazione normativa stenta a realizzarsi attraverso l'approdo (politico) ad un modello processuale comune, il mutuo riconoscimento e l' "interpretazione conforme" rimangono succedanei indispensabili: diversissimi per origine e

¹ L'osservazione e le citazioni sono tratte dal pregevole studio di O. MAZZA, *La procedura penale in Europa e diritto penale*, speciale di *Dir. pen. proc.*, 2011, 33

² F. RUGGIERI, *Di un «processo penale europeo» ovvero di una «civitas magna» in costruzione*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. CORSO, E. ZANETTI, vol. II, Rimini, 2010, 529 ss.

modalità, ma oggettivamente collegati da una comune funzione loro assegnata dalla difficile contingenza storica. E' per il loro tramite che la tradizionale *ordinatio ad unum* (processo penale europeo) ragionevolmente «cede il passo ad uno sforzo verso una *ordinatio ad plura* e *ad plures*»⁽³⁾. Verso, cioè, giurisdizioni integrate (nazionali e sovranazionali) che – producendo ciascuna decisioni intangibili in relazione a presupposti e criteri diversi – rinvencono in questi strumenti una modalità di “conciliazione” delle rispettive decisioni: o riconoscendone reciprocamente le procedure nazionali di produzione ovvero cercandone la comune ispirazione nell’omogeneità dei diritti fondamentali, anche processuali, tutelati (*ordinatio ad plura*, appunto). Ciò spiega perché il processo penale è l’ideale terreno di coltura sia del reciproco riconoscimento, che dell’interpretazione conforme ⁽⁴⁾: ed è sempre per tale ragione che, in questo periodo di avvento – dell’attesa, cioè, di un modello processuale unitario – esse ne custodiscono la garanzia di possibilità⁽⁵⁾. Dunque: cooperazione giudiziaria (nella forma del reciproco riconoscimento) e “conformità” ermeneutica sono le parole chiavi dell’integrazione dei sistemi giuridici: e, a sua volta, il sistema processuale penale costituisce l’oggetto privilegiato di tale sperimentazione “integrativa” tra i sistemi stessi ⁽⁶⁾.

Ciò, tuttavia, coagula proprio intorno al processo la maggiori tensioni dell’integrazione ed obbliga ad una riflessione teorica generale proprio sul canone ermeneutico della “conformità”, onde coglierne le peculiarità.

³ Così, in altro contesto, P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961, 95.

⁴ Come si riconosce in uno degli studi sul tema di maggiore intensità teorica: F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., p. 617 ss.: “Negli ultimi anni, effettivamente, si sono moltiplicati presso la giurisprudenza italiana, anche in materia penale, gli esempi di interpretazione conforme a fonti sovranazionali, spesso con notevole impatto pratico e con ricadute tutt’altro che trascurabili sul piano del sistema. (...) La maggior parte delle pronunce concerne la materia del processo penale” (p. 620).

⁵ Secondo l’opportuno rilievo di G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Quaderni del “Gruppo di Pisa”, Torino, 2009, 155, è il settore processual-penalistico quello “che risente in maniera particolarmente incisiva del ruolo attribuito all’interpretazione conforme rispetto alle fonti sovranazionali”; e ciò sia perché in tale ambito, più che in altri, “emerge la necessità di tutelare i diritti dei soggetti” e di implementare le garanzie; sia perché nel processo, più che altrove, emerge una particolare esigenza di certezza “al fine di tenere sotto controllo l’andamento dell’orientamento interpretativo sui singoli istituti penalistici, stante la delicata rilevanza sociale degli stessi”.

⁶ D’altra parte, se si scorre la più recente produzione normativa in ambito sovranazionale, si ricava agevolmente che l’ispirazione di fondo è proprio nel senso di privilegiare lo strumento del reciproco riconoscimento proprio sul terreno processuale: cfr., in proposito, la preziosa ricognizione di O. MAZZA, *La procedura penale*, cit., 34.

La prima – la più evidente, e come tale sottolineata nella unanime riflessione dottrinale – è che la nozione di interpretazione conforme esprime essenzialmente un concetto di relazione logica, tra un conformante ed un conformato. Se quest'ultimo è facilmente individuabile in un (qualche) prodotto dell'attività giurisdizionale (e risulta, alla fine, assai poco significativa ogni ulteriore precisazione/specificazione della sua tipologia), il “conformante” –vale a dire ciò che attrae nella sua orbita ermeneutica ed assiologica l'altro termine della relazione – è modello composito e variegato. Innanzitutto, per la *natura del riferimento*, potendosi la relazione ermeneutica rapportarsi ad un testo normativo o, a sua volta, ad un altro prodotto giurisdizionale; poi, per *contesto*, potendosi l'ermeneutica conformante rapportarsi ad un “sistema” nazionale o sovranazionale; ancora, per *grado o libertà* dell'operazione stessa, potendosi configurare la conformazione soggetta a regole diverse, più o meno intense quanto a libertà o obbligatorietà in capo all'interprete; ancora, per *scopo o funzione*, ben potendosi essa prefiggere – o oggettivamente attingere a– esiti differenti. L'enunciazione delle variabili potrebbe, com'è intuitivo, espandersi molto: ma già da questi accenni (e dalle intuibili loro intersezioni) emerge la caratteristica fondamentale che occorre segnalare: vale a dire l'estrema *mobilità* teorica e funzionale della interpretazione conforme. Teorica, in quanto presupposti e limiti variano in relazione ai contesti normativi ed alle regole che in essi si fissano all'interprete; funzionale, perché lo scopo cui è finalizzata la conformità è, ancora una volta, stabilito nel contesto normativo in cui essa è prescritta o autorizzata. E già l'uso disgiuntivo di queste due ultime forme verbali, assevera ulteriormente quanto affermato.

Ma sono i modelli storici in cui si è incarnato e sviluppato tale canone ermeneutico a confermarne ulteriormente l'estrema variegatura: di presupposti, di regole (anche non scritte), di prassi, di limiti, di risultati, dimostrando quasi la velleità di ogni approccio olistico a tale concetto.

E' ovviamente impossibile approfondire ulteriormente: è sufficiente ribadire che “conformità” rispetto ad “interpretazione” è – prendendo a prestito una terminologia aristotelica – un predicabile di genere, vale a dire un “attributo che appartiene per essenza a diverse cose, nello specifico diverse”⁷). In ragione di ciò – e proprio in funzione di individuare questa essenza che si diversifica negli oggetti (diversi) per i quali è predicata – sembra utile ricorrere allo schema logico della comparazione: utilizzare, cioè, un modello teorico collaudato – quello dell'interpretazione conforme a Costituzione – quale *ter-*

⁷ *Topici*, I, 4-5. Su “*genus*”, fra i molti possibili, si vedano i riferimenti in I. GOBRY (a cura di), *Vocabolario greco della filosofia*, Milano, 2004, 89.

tium comparationis rispetto al modello, storicamente più incerto e teoricamente più controverso, della interpretazione conforme alla CEDU, proprio per poter apprezzare di quest'ultimo essenza comune e peculiari distinzioni.⁽⁸⁾ In breve, un'interazione tra genere e differenza affinché – ancora un volta secondo la lezione dello Stagirita – *definitio fiat per genus proximum et differentia specifica*.

3. Un *tertium comparationis* esplorabile: l'interpretazione conforme a Costituzione.

In effetti, l'interpretazione conforme a Costituzione risulta un modello teorico emblematico per intuire appieno la variabilità del concetto stesso. Innanzitutto, è riconosciuta pressoché unanimemente la variabilità *storica* della nozione: nel senso precipuo che tale canone ermeneutico è rimasto a lungo sopito (e, per certi aspetti, etero) nella giurisprudenza costituzionale, fino a quando il Giudice delle leggi ne ha, per certi aspetti, certificato espressamente la nascita. Ciò è precisamente avvenuto allorquando – come è stato notato – “il problema dell'interpretazione conforme viene completamente «ributtato» sui giudici comuni, a partire dal caso emblematico della nota sentenza n. 356 del 1996”⁽⁹⁾, secondo la quale «una legge si dichiara incostituzionale non perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁽¹⁰⁾. Non che prima di tale pronuncia il principio non fosse *in mundo* o che la stessa Corte non ne avesse auspicato l'applicazione: ma la svolta della sen-

⁸ Per i profili sistematici dell'interpretazione conforme nella prospettiva costituzionale e sovranazionale, v. il proficuo lavoro di F. POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta OnLine* (consultabile sul sito www.giurcost.org/studi/Polacchini.html).

⁹ M. D'AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., p. 499 ss. Di *leading case* in cui viene “sanzionato” il dovere di interpretazione conforme parla, a proposito della sentenza n. 356 del 1996, A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme*, cit., 73. Anche M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in www.federalismi.it, n. 16 del 2007, p. 6 del *paper*; riconduce alla «formula oggi *standard*» della citata sentenza l'affermazione del principio. “Punto certo e di non ritorno” è considerata “l'icastica” affermazione della pronuncia da G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, *ivi*, n. 13 del 2011, p. 2. Sul punto, diffusamente, v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, cui utilmente *adde*, della medesima, *Le dinamiche dell'«interpretazione conforme» tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione*, *Studium Juris*, 2008, 284 ss., ed *ivi* ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁰ La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.*, 1996, 5, 3103, con nota redazionale di F. POLITI e nota di commento di E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità?»* (p. 3107).

tenza Zagrebelsky, al di là del felicissimo (e citatissimo) *calembour* semantico, è nella scure dell'inammissibilità con cui la Corte, da quel momento, sanzionerà l'omissione di tale canone da parte del giudice comune. Quest'ultimo dovrà innanzitutto sforzarsi di adeguare la legalità legale alla legalità costituzionale, prima di denunciare l'eventuale contrasto della prima con la seconda: pena l'inammissibilità della denuncia stessa. In breve, non è tanto attraverso la proclamazione del principio di interpretazione conforme, quanto attraverso la sanzione dell'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata ⁽¹¹⁾, che la Corte direttamente coinvolge i giudici comuni - custodi della "legalità legale" - nell'affermazione anche della "legalità costituzionale". I valori della Carta fondamentale, insomma, penetrano la giurisdizione attraverso gli stessi promotori di quest'ultima, così vivificando la legalità della legge: l'ermeneutica del giudice comune non è più solo meccanico esercizio applicativo di regole formali, ma diviene diffusione dei valori che quelle regole ispirano. Ciò avviene secondo il canone dell'interpretazione conforme a Costituzione, che si realizza, in concreto, attraverso questo duplice flusso ermeneutico, ascendente (dalla norma ordinaria al parametro costituzionale) e discendente (dal parametro costituzionale alla norma ordinaria), nel quale magistratura ordinaria e Corte costituzionale svolgono un'azione congiunta, rivestendo ruoli mobili e quasi intercambiabili: sicuramente flessibili. Si realizza così un modello in cui il *controllo* di costituzionalità diffuso è felicemente armonico con un *sindacato* di costituzionalità accentrato ⁽¹²⁾.

E' di tutta evidenza che, in questa prospettiva, l'interpretazione conforme si lega alle regole non scritte del rapporto giudice comune- Corte costituzionale. E' in capo a tale organo il diritto di "ultima parola", la lettura finale

¹¹ Sul punto, cfr. G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, a cura di G.BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, 2009, 1305 ss.; M. RAVERAIRA, *Le critiche all'interpretazione conforme: dalla teoria alla prassi un'incidentalità "accidentata"?*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1968 ss.;

¹² V. sul punto, ottimamente, M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella «morsa» delle Corti sovrane*, in *Giur. cost.*, 2008, 604, con importanti approfondimenti. A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici (Seminario di studio svolto il 6 novembre 2009 presso il Palazzo della Consulta)*, in www.cortecostituzionale.it. parla di "elementi di sindacato diffuso (che) trovano ingresso in un sistema di giustizia costituzionale a sindacato accentrato", mentre di un «invito ai giudici di ricercare direttamente l'interpretazione conforme a Costituzione, limitando il ricorso alla Corte a quei casi in cui la norma appaia effettivamente viziata» parla M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario* a cura di A. PACE, Milano, 2006, 913.

dell'effettiva assiologia della norma costituzionale, il controllo della correttezza di quella attribuita dalla giurisdizione comune: il conformante, insomma, non è la Carta *in sé*, ma l'ermeneutica finale che essa riceve dal Giudice delle leggi.

Tale circolo ermeneutico, tuttavia, presenta più di una possibile falla: inevitabile scotto pagato alla nobile causa del coinvolgimento del giudice comune nell'edificazione della legalità costituzionale.

Il primo – ed il più pericoloso – è quello di trasformare l'interpretazione (conforme) in normazione (mascherata), risultando sottile (secondo molti, inesistente) il confine tra adeguamento ermeneutico ed autentica creazione normativa da parte del giudice comune: e ciò, peraltro, senza che il Giudice delle leggi ne sia coinvolto, in quanto l'esegesi integralmente “creativa”, proprio perché tale, non sfocia normalmente una questione di legittimità costituzionale.⁽¹³⁾

Il secondo è che la sanzione dell'inammissibilità (con cui la Corte fulmina il giudice comune, reo di non aver sperimentato l'interpretazione conforme prima di sollevare il dubbio di costituzionalità) è spesso elemento criptico, messaggio oracolare ⁽¹⁴⁾: la Corte sovente accenna soltanto ad altre (rispetto a quella fatta propria dal giudice) possibili ermeneutiche “conformi a Costituzione”, senza tuttavia quasi mai specificare *quale* sia quella effettivamente dirimente perché armonica. La sanzione di inammissibilità rende, insomma, vetusta la categoria delle interpretative di rigetto, ormai desuete, ma non ne

¹³ E' il rischio sottolineato in molte analisi dottrinali: v., con esemplare chiarezza, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, loc.ult.cit., ma già A. PACE *I limiti dell'interpretazione «adeguata»*, in *Giur. cost.*, 1963, 1066. Sui labili confini tra interpretazione conforme a norme sovranazionali e disapplicazione della norma nazionale, v. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme*, cit. *passim*, ma spec. p. 619; A. ODDI, *La Corte di Cassazione e l'utilizzo spinto, in chiave ermeneutica, del principio costituzionale della «ragionevole durata» del processo* (ovvero: di due casi emblematici di «eccesso» di ... interpretazione costituzionalmente conforme), consultabile in www.costituzionalismo.it, p. 1 del *paper*. Su natura e funzione creativa del diritto giurisprudenziale sarebbe presuntuosa ogni ulteriore indicazione nella sconfinata bibliografia: l'unica eccezione è per il richiamo dell'insuperata e splendida analisi di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

¹⁴ Per approfondite puntualizzazioni sulla tecnica processuale delle decisioni di inammissibilità in relazione al problema dell'interpretazione conforme, v. la ricca analisi (anche casistica) di G. SERGES, *Interpretazione conforme e tecniche processuali*, in *Giur. it.*, 2010, 8-9, 1972, ove si evidenziano anche le oscillazioni della Corte quanto all'intensità dello sforzo interpretativo richiesto al giudice comune ed al conseguente, diverso grado (spesso imponderabile) di severità nella bocciatura processuale della questione sollevata.

surroga la funzione.⁽¹⁵⁾ Ma può persino accadere che il messaggio della Corte sia chiaro e che il percorso ermeneutico per pervenire all'armonia costituzionale tracciato con nettezza: e, nondimeno, sia il giudice comune, nella sua più alta espressione del vertice di legittimità, a rifiutare quel cammino, preferendo scorciatoie ritenute più funzionali alla giurisdizione stessa. Il doloroso contrasto tra le Corti in tema di computo dei termini massimi di fase è lì a ricordarcelo ⁽¹⁶⁾.

¹⁵ D'altra parte, come nota F. MODUGNO, *Sul paradosso di (voler dedurre) paradossali conseguenze dall'interpretazione costituzionalmente conforme: il caso dei limiti di "volumetria e sagoma" nella ristrutturazione degli edifici*, in *Giur. it.*, 2010, 2017, "nel nostro ordinamento, soltanto l'annullamento di una disposizione, di un testo, può dare (relativa) certezza di diritto; una tendenziale certezza è invece conseguibile anche attraverso un indirizzo consolidato della giurisprudenza comune (...)". Sta qui la radice della giurisprudenza costituzionale che richiede al giudice comune ogni sforzo interpretativo per adeguare ove possibile la legislazione alla Costituzione, per rendere superflua un'eventuale pronuncia nel merito, perché la (relativa) certezza (anche le sentenze di accoglimento interpretative o "creative" vanno interpretate) può conseguirsi soltanto con l'annullamento secco di una disposizione di legge".

¹⁶ Solo per rammentare le cifre di quella ferita, ancora fresca, relativa al contrasto «tra i custodi delle due legalità» (così M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 508, cui si rimanda per perspicue considerazioni sulla vicenda), occorre ricordare che, prima del suo epilogo, la Corte costituzionale intervenne con una sentenza (n. 292 del 1998) e sei ordinanze (nn. 429 del 1999; 214 e 529 del 2000; 243 e 335 del 2003; 59 del 2004) di vario contenuto, mentre la Corte di cassazione, al di là delle numerosissime pronunce (spesso di acceso, interno contrasto) a sezioni semplici, ebbe a pronunciarsi due volte a Sezioni Unite (n. 4 del 2000 e n. 23016 del 2004) ed a sollevare incidenti di costituzionalità nel 2002 (n. 434/2002 R.O. Corte cost.), dichiarato inammissibile dalla Consulta (ord. n. 243 del 2003). La vicenda, com'è noto, ebbe fine solo con la sentenza n. 299 del 2005 (Neppi Modona est.), con la quale la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, co. 2, c.p.p., nella parte in cui non consente di computare ai fini dei termini massimi di fase determinati dall'art. 304, co. 6, dello stesso codice, i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o in gradi diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito. La sentenza è in *Giur.cost.*, 2005, 2927, con note di G.P. DOLSO, *Prognosi sul futuro delle interpretative di rigetto* (p. 2930) e M. CERESA, GASTALDO, *Sull'operatività del termine "massimo di fase" ex art. 304, co. 6, c.p.p. in caso di regressione del procedimento* (p. 2940). Per ulteriori riflessioni, v. anche, tra i molti, D. LACCHI, *La ragionevole durata "de libertate": decorrenza dei termini custodiali di "fase" nel rito ordinario, nei rapporti estradizionali e nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *Giur. it.*, 2005, 2347; G. ROMEO, *Meglio tardi che mai?*, in *Cass. pen.*, 2005, 3254. Particolarmente significativo, per quanto qui di interesse, un passaggio della pronuncia: "Nel corso della vicenda in esame la Corte costituzionale ha applicato il principio di astenersi dal pronunciare una dichiarazione di illegittimità sin dove è stato possibile prospettare una interpretazione della norma censurata conforme a Costituzione, anche al fine di evitare il formarsi di lacune nel sistema, particolarmente critiche quando la disciplina censurata riguarda la libertà personale. Sulla base di questo consolidato orientamento giurisprudenziale, la Corte ha appunto pronunciato la sentenza interpretativa di rigetto n. 292 del 1998, ed ha poi confermato la scelta della via interpretativa dopo i primi interventi delle Sezioni Unite della Cassazione, sollecitate a dirimere i contrasti insorti in materia tra le diverse sezioni, sino a quando la Corte di cassazione a Sezioni Unite ha confermato con particolare forza il proprio indirizzo interpretativo nella sentenza del 31 marzo 2004, Pezzella, in *Mass. Uff.*, n. 227523. A seguito di tali decisioni e, in particolare, della sentenza da ultimo citata, non vi è dubbio che l'indirizzo delle Sezioni Unite debba ritenersi oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative".

4. L'interpretazione conforme alla CEDU ed i "giochi di rimando" delle Corti.

Dunque, l'interpretazione conforme a Costituzione vale essenzialmente a prevenire uno strappo – tale essendo ogni espunzione di norma dall'ordinamento – ma soprattutto a restituire assiologie “dal basso”, da tutte le articolazioni della giurisdizione. Ogni interpretazione che adegua contenuti ed assiologie di una norma ai principi della Carta fondamentale vivifica infatti l'intero orizzonte dell'ordinamento: ne accresce la vastità e ne incrementa la sistematicità; ne esalta l'armonia tra le varie porzioni e, quindi, la sinergia delle reciproche connessioni. Soprattutto, riavvicinando la legislazione alla Costituzione, pone fine all' “insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità” come “metodi distinti e incomunicabili”.⁽¹⁷⁾ E' quello che Perelman chiamerebbe “il contatto delle menti”⁽¹⁸⁾ tra giudice comune e Giudice delle leggi sui valori della Carta fondamentale.

Ma proprio quest'ultima considerazione mette a nudo il vero limite della interpretazione conforme a Costituzione: vale a dire il suo fondamento puramente volontaristico e, dunque, il suo esito affidato solo agli armonici ingranaggi tra i suoi protagonisti. In breve: il problema dell'efficacia, presso i giudici comuni, delle interpretazioni suggerite dalla Corte è, alla fine, affidato, quanto a soluzione, a criteri metagiuridici. Come è stato evidenziato, “il successo dell'interpretazione conforme suggerita dalla Corte può nascere solo dalla capacità di consenso che questa riesce a guadagnarsi con argomentazioni razionali e persuasive e non sulla base della loro efficacia giuridica che attribuirebbe (...) alla Corte una sorta di potere d'interpretazione autentica”⁽¹⁹⁾.

E' proprio questo il punto alogeno che illumina la differenza specifica, assai profonda, tra l'interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella conforme alla CEDU e, per essa, alle sentenze della Corte europea dei diritti

¹⁷ ... posto che “la Costituzione e la legislazione non costituiscono due mondi separati e incomunicabili”: così, con grande efficacia, F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.*, 2010, 1961 ss., dove si confutano, con dense argomentazioni, le critiche rivolte all'interpretazione conforme a Costituzione essenzialmente relative al paventato contenimento delle *quaestiones legitimittatis* proponibili dai giudici ed allo stravolgimento del sindacato di costituzionalità in via incidentale.

¹⁸ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Torino, 1966, 16.

¹⁹ V. R. ROMBOLI, *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?*, in *Foro it.*, 2006, 12, p. 3323; dello stesso A., v. anche *Qualcosa di nuovo... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme sulle leggi*, in *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive* a cura di P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO, Torino, 2008, 89 ss.

dell'uomo. In tale ultimo orizzonte, infatti, mutano pressoché tutte le variabili, al punto da modificare integralmente la morfologia dello stesso criterio ermeneutico. Non è più, innanzitutto, una conformazione tutta interna ad un ordinamento, ma prospetta il complesso rapporto con una struttura pattizia sovranazionale; non si traduce in un semplice *affidavit* al giudice comune, ma si struttura quale vincolo sanzionato per l'intera giurisdizione ed in relazione all'intero diritto nazionale; non è solo metodo di prevenzione dell'incidente di costituzionalità (è anche questo, per vero: ma solo quale effetto secondo), ma è autentico meccanismo di integrazione normativa dell'ordinamento nazionale, con un controllo *ex post*; non è conformazione a norme o a valori in esse espressi, bensì a decisioni, ancorché emesse da un'autorità non formalmente sovraordinata alla giurisdizione nazionale; non è –soprattutto– euristica giudiziale libera nel metodo e polimorfa nei risultati, ma criterio rigido della stessa legittimità della legislazione nazionale.

Ciascuna di tali differenze meriterebbe adeguato approfondimento, all'evidenza impossibile in questa sede. Preme piuttosto evidenziare – ancora una volta solo per sintesi – *come* si è giunti all'affermazione, ormai costante nella giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui non solo è obbligo delle autorità nazionali interpretare ed applicare il diritto interno secondo conformità a Convenzione, ma che la stessa Corte europea ha la riconosciuta legittimazione «a verificare se il modo in cui il diritto interno è stato interpretato ed applicato produce degli effetti conformi ai principi della Convenzione, come interpretati nella sua giurisprudenza»⁽²⁰⁾.

Posto insomma che, come affermava Vico, “le origini delle cose tutte debbono essere rozze” – poiché il punto di arrivo di ogni fenomeno è, quasi sempre, abissalmente distante dalla sua immagine ancestrale, inevitabilmente rozza, irriconoscibile nel suo abbozzo remoto, non somigliante affatto a quello che diverrà il ‘suo’ prodotto finale ⁽²¹⁾ –, anche questo approdo finale muove

²⁰ Corte eur. dir. uomo, Grande Chambre, Affaire Scordino c. Italie, 29 marzo 2006, §§ 190-191, che è opportuno, per la sua chiarezza, riportare integralmente: «(...) 191. La Cour est donc appelée à vérifier si la manière dont le droit interne est interprété et appliqué produit des effets conformes aux principes de la Convention tels qu'interprétés dans sa jurisprudence. Comme l'a très justement relevé la Cour de cassation italienne, cela vaut d'autant plus quand le droit interne se réfère explicitement aux dispositions de la Convention. Cette tâche de vérification devrait lui être facilitée quand il s'agit d'Etats qui ont effectivement intégré la Convention dans leur ordre juridique et qui en considèrent les normes comme directement applicables, puisque les juridictions suprêmes de ces Etats se chargeront, normalement, de faire respecter les principes fixés par la Cour. Partant, une erreur manifeste d'appréciation de la part du juge national peut aussi découler d'une mauvaise application ou interprétation de la jurisprudence de la Cour».

²¹ C. SINI, *Gli abiti, le pratiche, i saperi*, Milano, 1996, 11.

da una primordialità tutta diversa ed è frutto di una precisa evoluzione. In origine, la CEDU era infatti solo una tavola di valori di riferimento, collocata in un etereo scarsamente comunicante con il giudice nazionale. Era, la Convenzione, un'aspirazione/ispirazione assiologica priva di qualsivoglia efficacia conformante, una variabile pressoché indifferente alle operazioni "logiche" del giudice comune. Se, insomma, da sempre «la Convenzione ha lo scopo di proteggere dei diritti non teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi»⁽²²⁾, soprattutto con riferimento alle garanzie previste dall'art. 6 per un *procès équitable*, tale concretezza è raggiunta solo nel decennio appena trascorso, e dopo un lungo, elaborato "gioco di rimandi" delle giurisprudenze nazionali. Sono le Corti "a legittimare un'altra Corte"⁽²³⁾. Sono state le stesse Corti nazionali che, alla "forza della Convenzione" ed "alla forza delle sentenze di Strasburgo", hanno agganciato appunto lo strumento dell'interpretazione conforme, ben al di là della stessa legittimazione o necessità di esso derivante dal disposto dell'art. 46 § 1, della Convenzione, che impegna le "Alte parti contraenti" a "conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti". E' stata infatti la Corte costituzionale italiana, ad esempio, ad affermare la necessità di conformazione a *tutti* i principi affermati in *tutte* le pronunce di Strasburgo: anche in quelle, cioè, in cui il nostro Paese non compariva quale parte processuale⁽²⁴⁾. L'affermazione di tale modello ermeneutico della conformità è opera innanzitutto della Corte costituzionale, in un crescendo talmente rapido ed intenso, che fa quasi pensare ad un sotteso senso di colpa e ad un bisogno di emenda

²² Citazione ancora da *Scordino c. Italia*, cit., § 192, ove si richiama *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n. 42527/98, § 45, CEDH 2001-VIII.

²³ Acutamente così F. POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione europea*, cit., § 7.

²⁴ E' stato evidenziato da E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 955 ss., come nella costruzione dell'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale abbia esteso il vincolo interpretativo "a tutta indiscriminatamente la giurisprudenza di Strasburgo, e quindi anche a quella relativa ai Paesi diversi dall'Italia", ben al di là dell'ambito di applicazione dell'art. 46 della Convenzione in ordine agli effetti della pronuncia rispetto allo Stato parte della controversia. La Corte, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, ha richiamato l'art. 32 della Convenzione, che, tuttavia, stabilisce soltanto la competenza funzionale della Corte di Strasburgo a pronunciarsi su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione, senza nulla affermare in merito all'efficacia *erga omnes* delle pronunce. Per una critica all'art. 32 quale fondamento di tale efficacia, v., *ex multis*, E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, co. 1, Cost.*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 128; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 204 ss.

per avere a lungo ignorato il problema ⁽²⁵⁾. Com'è fin troppo noto (ma indispensabile da rammentare), si comincia dalle sentenze gemelle del 2007 (nn. 348 e 349), nelle quali si afferma che la «funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea» è destinata «ad integrare il parametro costituzionale», pur collocandosi sempre ad un «livello sub-costituzionale»⁽²⁶⁾. Lettura funzionale, insomma, al meccanismo dell'interposizione rispetto al parametro dell'art. 117 Cost., ma che pone, al contempo, precisi paletti al giudice comune nell'adeguamento ai *dicta* di Strasburgo.

Innanzitutto, quello del monopolio ermeneutico della Convenzione riconosciuto alla Corte di Strasburgo: ciò che scava la distanza teorica rispetto all'interpretazione conforme a Costituzione. Quest'ultima, come visto, «esige un'interpretazione attiva non della sola norma primaria, ma insieme ad essa della disposizione costituzionale, al di là del circuito obbligato dei precedenti della Corte, come è di necessità a fronte di questioni del tutto nuove, emer-

²⁵ Per una apprezzabile sintesi di tale rapido mutamento e delle ragioni che l'hanno probabilmente ispirato, v. ancora, tra i molti, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo*, cit., *passim*.

²⁶ Sulle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, la letteratura è divenuta immediatamente alluvionale. Oltre alle note ed ai saggi citati *infra*, v., fra i molti, i contributi di: M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3564; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, co. 1, Cost.*, ivi, 3574; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, p. 201; R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, ivi, 205; L. CAPPUCCIO L., *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Foro it.*, 2008, 1, I, 47; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, ivi, 50; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, ivi; R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, co. 1, della Costituzione*, in www.federalismi.it; M. SALVAGO, *La dimensione temporale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale*, ivi; V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2008, 6, 2293, si v. inoltre i contributi apparsi sul sito www.forumcostituzionale.it, tra cui: T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*; C. NAPOLI, *La nuova collocazione della CEDU nel sistema delle fonti e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*; S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*; N. PIGNATELLI, *La dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*; G. PILI, *Il nuovo "smalto costituzionale" della CEDU agli occhi della Consulta*; D. SCHEFOLD, *L'osservanza dei diritti dell'uomo garantiti nei trattati internazionali da parte del giudice italiano*; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte "ordinaria" a fonte "sub-costituzionale" del diritto*. Per una raccolta di contributi, v. il volume, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. SALAZAR e di A. SPADARO, Milano 2009.

genti dalla poderosa inflazione delle leggi”⁽²⁷⁾. Nell’interpretazione conforme a CEDU, invece, per il giudice comune il parametro è inattuabile: autentico convitato di pietra dell’attività ermeneutica.

Il paletto ulteriore è poi la collocazione dell’eventuale contrasto tra norma interna e norma CEDU nell’alveo dell’incidente di costituzionalità, risultando comunque vietato al giudice comune la “soluzione finale”, vale a dire la non applicazione della norma interna eventualmente in contrasto con la norma convenzionale o anche la diretta applicazione del precetto della Convenzione⁽²⁸⁾. Quel che, in ogni caso, interessa notare – ed al di là dei dubbi teorici indubbiamente rilevanti⁽²⁹⁾ – è che, già con una decisione di poco successiva a quelle di esordio, il vincolo delle norme CEDU è affermato con forza ancora

²⁷ Così, con cristallina chiarezza, M. BIGNAMI, *L’interpretazione del giudice comune*, cit., 604.

²⁸ In ordine agli specifici effetti delle pronunce del 2007 sui poteri dei giudici nazionali, e, soprattutto, sui conseguenti, concreti atteggiamenti giurisprudenziali scarsa, fino al momento, è stata in generale l’attenzione della dottrina. Tra le poche, lodevoli eccezioni, di assoluta importanza è l’approfondito studio di I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; v. anche E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune in Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, cit.; E. SCODITTI, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, 2010, c. 47. Sul rischio di “cripto disapplicazione in malam partem” ed, in generale, sui limiti logici ed assiologici dell’interpretazione conforme, di notevole suggestione le osservazioni di V. Manes, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle norme sovranazionali in materia penale*, in *questa Rivista*, 2012, spec. p. 14 ss. del *paper*.

²⁹ Solo per evidenziarne alcuni, in forma problematica e non argomentata: un sindacato critico del giudice volto, attraverso l’interpretazione conforme, all’adattamento ermeneutico della norma interna ad un parametro ad essa sovraordinato, può concettualmente rinunciare al principio dell’unitarietà dell’ordinamento nell’attività ermeneutica? Può, cioè, rinunciare «all’adattamento ermeneutico dell’enunciato letterale» (Bignami), oltre che della norma interna, anche del parametro? E’ possibile (già sul piano logico) una “interpretazione conforme” nella quale l’elemento conformante presenta una rigidità ermeneutica assoluta, trattandosi, peraltro, di precetto (già) applicato, di norma del caso concreto? Non minori i dubbi sul piano della teoria delle fonti, *recte* sull’andamento “parallelo” con cui, normalmente, incide l’interpretazione conforme rispetto al sistema delle fonti. E’ infatti *communis opinio* quella secondo cui “l’obbligo d’interpretazione conforme si attiv(a) laddove l’atto oggetto dell’interpretazione stessa sia gerarchicamente subordinato all’atto parametro o, come che sia, tenuto a prestare ossequio a quest’ultimo, a pena della propria invalidità ovvero della propria inefficacia o in applicazione” (così A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it). Ora, avendo la Corte ribadito, nelle medesime decisioni, la natura «sub costituzionale» del parametro convenzionale, la cui compatibilità con la Carta costituzionale può e deve essere vagliata non soltanto rispetto ai principi, ma, indistintamente, rispetto ad *ogni* norma di quest’ultima, consegue che l’interpretazione conforme – primo segmento logico del controllo di convenzionalità – avviene da parte del giudice comune rispetto ad un parametro, la norma convenzionale, solo *potenzialmente* invalidante della norma interna: almeno fino a quando lo stesso giudice comune non abbia deliberato la sua compatibilità con la Costituzione. In breve, un rapporto logico assai complesso.

maggiore. Nella pronuncia n. 39 del 2008, infatti, la Corte, richiamando le due sentenze dell'anno precedente ⁽³⁰⁾, evidenzia che il tratto di peculiarità delle norme CEDU «consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi» ⁽³¹⁾. Si affaccia, in breve, in forma cogente il *tertium non datur* (o adeguamento conforme o questione di legittimità costituzionale), che viene ribadito nelle (ulteriori) sentenze gemelle nn. 311 e 317 del 2009 ⁽³²⁾: con l'importante sottolineatura, inoltre, riguardante lo stesso Giudice delle leggi, al quale «è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve». ⁽³³⁾ E', insomma, l'affermazione che al canone dell'interpretazione "convenzionalmente" conforme non si sottrae nessun territorio della giurisdizione, compreso quello in cui è svolto il sindacato delle leggi: fatto salvo l'eventuale contrasto con la Costituzione. La stessa Corte costituzionale si riconosce, insomma, destinataria del potere conformante della giurisprudenza di Strasburgo: di più, fa anche copiosa applicazione di tale principio. E' il caso, solo per fare qualche esem-

³⁰ E, secondo F. POLACCHINI, *CEDU e diritto dell'Unione europea*, loc.ult.cit., "facendo dire, attraverso la nota tecnica di citazione manipolativa del precedente, quanto in realtà non si diceva nelle decisioni del 2007".

³¹ Effetto, questo, della "regola aurea" secondo cui le norme sovranazionali, anche laddove siano state 'incorporate' nell'ordinamento interno a mezzo della clausola di piena ed intera esecuzione (...) *conservano la loro natura di norme sovranazionali* e dunque richiedono di essere interpretate *alla stregua dei canoni ermeneutici vigenti nell'ordinamento di provenienza*: così F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione*, cit., p. 634 (corsivi originali), il quale aggiunge che, in caso contrario, sarebbe frustrato lo scopo stesso delle norme internazionali, vale a dire di assicurare una regolamentazione uniforme di determinate materie al di là dei confini nazionali.

³² « (...) al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti»: così sent. n. 311 del 2009, § 6 del *Considerato*. Sulla sentenza n. 311, v. M. MASSA, *La giurisprudenza Cedu sulle leggi retroattive e la sua "sostanza"*, in *Giur. cost.*, 2009, 318 ss; su entrambe le pronunce (311 e 317 del 2009), v. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it; O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento*, art. 10, c. 1, *Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, *ivi*.

³³ Legge invece nelle sentenze nn. 311 e 317 del 2009 l'affermazione di "una "riserva" in favore delle istituzioni statali - fra le quali accanto al legislatore si individuano, appunto, il giudice costituzionale *ma anche* il giudice comune - che si pone, in definitiva, come limitato argine alla piena prevalenza delle norme CEDU nel sistema nazionale", R. CONTI, *Corte costituzionale e Cedu: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corr. giur.*, 2010, 5, 619; ID., *Cedu e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it.

pio, delle sentenze n. 93 del 2010 ⁽³⁴⁾, n. 187 del 2010 ⁽³⁵⁾, n. 196 del 2010 ⁽³⁶⁾, n. 113 del 2011 ⁽³⁷⁾. A questo lungo elenco – che ben potrebbe essere ulteriormente arricchito ⁽³⁸⁾ – si potrebbe aggiungere quello delle pronunce della Corte di cassazione, altrettanto decisa (forse ancor di più) a spingere l'inter-

³⁴ Nella quale la conformazione alle decisioni di Strasburgo non vale solo ad affermare il principio della pubblicità dell'udienza di prevenzione, ma anche, significativamente, a definirne le eccezioni, posto che «in conformità alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, resta fermo il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto». Sulla sentenza n. 93 del 2010, v. A. GAITO e S. FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1065; F. LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, *ivi*, 1077; A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁵ Nella quale si afferma che «lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione, assunto dall'odierno rimettente a parametro interposto».

³⁶ ... la quale richiama la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, per ricavare «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», posto a fondamento di quel giudizio di costituzionalità. Su questa pronuncia, v. A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2323.

³⁷ Di cui si dirà *amplius*, evidenziando fin d'ora come, in essa, il richiamo alla «consolidata (...) giurisprudenza della Corte di Strasburgo» sulla *restitutio in integrum* della vittima della violazione è funzionale al «poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata».

³⁸ Evidenziando, tuttavia, anche quelle che sembrano essere alcune «frenate» della Corte costituzionale in questo incalzante percorso di legittimazione della «efficacia conformante» delle decisioni di Strasburgo. Il riferimento è alla sentenza n. 236 del 2011 (est. Lattanzi), con cui la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di cassazione in riferimento all'art. 117, co. 1, della Costituzione e all'art. 7 della CEDU, dell'art. 10, co. 3, l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione. Nella motivazione, pur ribadendosi che non è in potere della Corte costituzionale sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo e sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo (con la conseguenza che le norme della CEDU devono quindi essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), si afferma che, tuttavia, la Corte costituzionale può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. Secondo i giudici della Consulta, invero, la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui la Corte costituzionale è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. Ad essa compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi. Sul margine di apprezzamento ed, in generale, sull'ipotizzabile e problematico passaggio «dal giudice *"bouche de la loi"* al giudice *"bocca delle Corti europee"*», acute ed eleganti riflessioni in V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., 39 ss. del *paper*.

pretazione conforme sino al punto da ritenere non più revocabile in dubbio «che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la “forza vincolante” delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo»⁽³⁹⁾.

Dunque, il futuro sembra edificato: il volto del sistema è segnato sia nel senso che l'interpretazione conforme a CEDU vale ad incidere sulla portata e (persino) sulla validità delle norme interne; sia nel più alto senso che essa orienta gli stessi principi ermeneutici della Corte costituzionale, custode dell'assiologia del sistema.

5. Di alcuni dubbi di fondo rispetto al processo penale.

Volendo, a questo punto, riassumerne i caratteri, l'interpretazione conforme alla Convenzione EDU appare essere: generale (riguardando *tutto* il diritto della CEDU e *tutto* il diritto nazionale); estesa (coinvolgendo *tutti* gli organi giurisdizionali nazionali); obbligatoria (non contemplandosi la facoltà del giudice nazionale di sottrarvisi); vincolata (stabilendosi, da parte del conformante, il *quomodo* della sua attuazione); soggetta a successiva verifica ed eventualmente sanzionata (nella sua omissione o erroneità); prevalente (rispetto ad ogni altra ermeneutica alternativa); mai recessiva (se non rispetto alla sua stessa eventuale illegittimità costituzionale); potenzialmente invalidante (rispetto alla norma nazionale insuscettibile di veicolarla).

Ora, se tutto ciò viene trasferito sul processo penale, è quasi naturale che tale applicazione rechi con sé le stimmate di dubbi profondi ed irrisolti. Perché ogni metodologia ermeneutica – quale che sia la nobiltà dei valori che mira a realizzare – incute timore se e quando azzerà completamente ogni margine di libertà (assiologica, ma anche, per molti aspetti, logica) di chi esegue l'operazione di conformazione: specie nel delicato ambito del rito penale. Che alla conformità ai diritti fondamentali debba soggiacere la legge processuale nazionale è indubbio⁽⁴⁰⁾; che ciò avvenga, per il giudice nazionale, in maniera totalizzante – ed, a ben riflettere, ben più “oppressiva” di quanto non postuli lo stesso principio del precedente giudiziale –, desta perplessità. Di più, genera il senso sgradevole di trovarsi al cospetto di una velenosa eterogeneità dei fini: il diritto della Convenzione EDU nasce quale espressione massima della libertà del diritto giurisprudenziale rispetto alla costrizione formale della legge nazionale scritta; eppure, nella sua più intensa affermazione, esso

³⁹ E' il noto passaggio di Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Mass. Uff.*, n. 241753.

⁴⁰ Cfr. F.M. IACOVIELLO *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 794 ss., § 6.

realizza un vincolo per il giudice nazionale ancora più ferreo del “vincolo della legge” del più vetero positivismo giuridico ⁽⁴¹⁾. Sono le stesse perplessità segnalate da chi ⁽⁴²⁾, nell’esplorare i limiti della metodica della conformazione, afferma non poter mai essere vincolata l’interpretazione della legge, in quanto espressione di un potere diffuso che spetta a ogni giudice, risultando violato, in caso contrario, il principio della soggezione del giudice alla sola legge (art. 101, co. 2, Cost.): sarebbe insomma contro Costituzione una regola normativa che obbligasse il giudice allo *stare decisis*.

Volendo, dunque, parlare dei *limiti* con cui l’interpretazione conforme a CEDU è chiamata a confrontarsi, il primo – generalissimo ed estremo – è proprio questo: la possibilità stessa, cioè, che si concepisca, rispetto al processo penale, un monopolio interpretativo vincolante che superi “il limite segnato dalla singola controversia”, assumendo come vincolante non la decisione in sé e neppure il principio di diritto affermato in *quella* decisione, quanto l’interpretazione della legge convenzionale in un ambito diverso da quello relativo alla controversia decisa ⁽⁴³⁾. Se, insomma, il giudice diviene mero ap-

⁽⁴¹⁾ In proposito, notevoli le riflessioni stimulate da W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 73 ss. : “Il sogno di un metodo giuridico strettamente dedotto da regole, che trasponga le indicazioni della legge in modo affidabile nelle decisioni dei giudici è antico come la legge stessa e non è molto originale. Questo sogno ha in effetti un motivo cogente: un sistema giuridico come il nostro, che si organizza tramite codificazioni, che cioè mette per iscritto le indicazioni di contenuto delle decisioni giuridiche, invece di lasciarle sviluppare di caso in caso a coloro che sono autorizzati a decidere, un tale sistema giuridico si è deciso, con la sua scelta per la codificazione, allo stesso tempo e inderogabilmente per il vincolo del giudice alla legge. A che cosa dovrebbe infatti servire la legge se essa non si prolunga nella decisione per cui essa deve valere? Tutto il resto avrebbe in effetti il sapore dell’inganno e del gioco frivolo: in un sistema di diritto codificato, che distingue tra legislazione e giurisprudenza, il vincolo del giudice alla legge è senza alternative. La legislazione genera il vincolo alla legge.” (p. 75).

⁽⁴²⁾ P. FERRUA, *L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, 116 ss.

⁽⁴³⁾ P. FERRUA, *op. cit.*, 121, il quale così argomenta: «A differenza della Corte costituzionale, la Corte europea non è giudice delle leggi; si limita ad accertare se in un determinato processo vi sia stata o no violazione della normativa convenzionale e solo in quel contesto decisorio i suoi assunti sono costrittivi. Naturalmente, le interpretazioni della Corte rappresentano autorevolissimi precedenti, sulla cui base si può facilmente pronosticare la sorte di analoghi casi (...). Ma in sé quelle interpretazioni – che potrebbero anche essere erranee o comunque suscettibili di ripensamento in futuro – non dovrebbero costituire vincolo giuridico né per la Corte costituzionale né per i giudici ordinari, se non in rapporto alla specifica controversia decisa. La lettura della Convenzione svolta dai giudici europei è inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge; ed è estremamente rischioso proiettarla fuori dal contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa (tale l’esito del richiamo alla Cedu come interpretata dalla Corte europea). Nelle decisioni della Corte europea, come di ogni altro giudice, vincolante è solo il *dictum*, il comando contenuto nel dispositivo, che accerta la violazione della Convenzione nel singolo processo; è questo l’oggetto del giudizio, non

plicatore, ben al di là dell'identità delle *species facti*, di un'interpretazione altrove elaborata e se l'interpretazione conforme diviene strumento di tale meccanico adeguamento, allora il sistema è a rischio di implosione: cade non tanto la frontiera della sovranità nazionale – di cui è tipica espressione *anche* l'autonomia della funzione giurisdizionale ⁽⁴⁴⁾ – quanto quella stessa tra funzione legislativa e giurisdizionale. Lo stesso contraddittorio, poi, diviene etereo ed a rischio di vanificazione, risultando assai indebolita l'efficacia dell'interlocuzione e dell'argomentazione delle parti “se il giudice del loro processo è comunque vincolato all'interpretazione altrove formalizzata” ⁽⁴⁵⁾.

Si tratta di argomenti di indubbia suggestione ⁽⁴⁶⁾, che prospettano scenari di grande stimolo teorico, prima ancora che pratico: uno per tutti, e solo a titolo di esempio, potrebbe riguardare la stessa dinamica storico-evolutiva della nozione di libero convincimento del giudice. Non vi è naturalmente la possibilità, in questa sede, neppure di intravedere questi scenari, né di un confronto argomentato con le obiezioni, indubbiamente rigorose, sopra riportate. E' pertanto doveroso collocare, come monito e *memento*, queste osservazioni sullo sfondo: quello, precisamente, di (indubbiamente possibili) degenerazioni del meccanismo dell'interpretazione conforme, se di essa si impadronisse un certo *furor theologicus* da parte della Corte europea e dei suoi recettori primari, i giudici nazionali. Si vuol dire, insomma, che il rischio di una *oligarchisher Richterstaat*, di una “oligarchia giudiziaria” promossa da Strasburgo sul sistema processuale penale attraverso una “europeizzazione della interpretazione” ⁽⁴⁷⁾, non va certo liquidato solo come un remoto e fantasioso timore. D'altra parte, occorre anche realisticamente evidenziare che ogni meccanismo di integrazione normativa conosce terapie di raffreddamento non formalizza-

l'interpretazione delle norme convenzionali che affiora dalla motivazione in forma spesso implicita o vaga nei contorni».

⁽⁴⁴⁾ Sulla assenza di limiti di diritto internazionale generale alla potestà punitiva statale e sulla concezione universalistica della giurisdizione penale, nonché sulla delimitazione della sfera di giurisdizione nazionale attraverso disposizioni di diritto interno e pattizie, v. l'approfondita analisi di C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'unione europea*, Milano, 2006, spec. 1-39.

⁽⁴⁵⁾ P. FERRUA, *op.cit.*, p. 122. Dello stesso A. v. anche, proprio in relazione all'incidenza sul contraddittorio, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, *Arch. pen.*, 2008, 3, 9 ss.

⁽⁴⁶⁾ Per una confutazione puntuale, v. G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 372, cui lo stesso Ferrua replica tuttavia nella parte finale del saggio sopra citato (pp.122-124).

⁽⁴⁷⁾ Adopero qui i sintagmi di G. HIRSCH, *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, 107 ss.

te, regole non scritte che, nell'attività ermeneutica, portano a margini di apprezzamento più o meno estesi, rispetto ad un obbligo cogente ed assoluto di "rendere conto" della realtà interpretata. E', insomma, possibile, anche se poco probabile, che la prassi restituisca una metodologia di conformazione dal rigore insostenibile e dalle tinte più che fosche: privata di valore euristico, perché meccanicamente "azionata" da un interprete, a sua volta, completamente spoglio del potere di ripensare il già pensato.

6. Gli effetti sul processo penale: la dissoluzione del giudicato nella sentenza n. 113 del 2011.

In questa logica di "attenzione", occorre meditare sul *quomodo*: su come, cioè, gli effetti del meccanismo della conformazione, pur nella variegatura delle singole soluzioni giurisprudenziali, sono andati ad incidere fino ad ora su talune architetture del processo penale.

Al di là dei singoli istituti (su cui pure è possibile esemplificare), l'incidenza sembra convogliata, in generale, su due versanti.

Il primo è quello che si potrebbe denominare del "repertorio filosofico" del processo, nell'ambito del quale giudicato, contraddittorio, prova dichiarativa, partecipazione al processo dell'imputato mutano morfologia: si avviano - questa è l'idea - verso una maggiore precarietà teorica, compensata tuttavia da una maggiore effettività delle garanzie interne al processo. Inoltre, proprio per piegare gli istituti da una "stabile certezza" teorica ad una loro "precaria effettività", la conformazione ha piegato anche la tradizionale funzione di più di uno strumento processuale: valga per tutti, l'esempio del ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.*

Il secondo versante è quello del giudice nazionale, il quale - contrariamente ad ogni apparenza - si configura, in prospettiva, quale protagonista di una nuova, delicata euristica giudiziale.

Quanto al primo versante - quello del "repertorio filosofico" del processo - la nuova e diversa prospettiva che in esso emerge, a seguito dell'incidenza dell'interpretazione conforme è, alla fine, semplice da sintetizzarsi: «per noi, quel che conta è che il processo sia conforme alle regole; per la Corte europea non basta: il processo è *fair* se è conforme ai diritti (...). La legittimità è semplice conformità alle regole, la *fairness* è molto di più: se la regola è ingiusta, la *fairness* è violata dalla regola. Cioè un processo, legittimo per noi, di-

venta *unfair* per la Corte europea» ⁽⁴⁸⁾.

Verrebbe da dire – tornando ancora al pensiero vichiano – che *verum et factum convertuntur*: che, cioè, solo la convergenza tra ciò che è vero (conformità alle regole nazionali sul processo) con ciò che è fatto da Strasburgo (valutazione di conformità ai diritti fondamentali) conferisce valore di verità al processo. Ciò risulta, addirittura emblematicamente, nella vicenda del più importante e del più pesante degli “adattamenti” subiti dal rito penale nazionale in esito all’applicazione della metodica dell’interpretazione conforme, vale a dire la dissoluzione del giudicato ⁽⁴⁹⁾.

Produce infatti un tale effetto, attraverso una metodica interpretativa di “conformazione” la sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, meglio nota, nella vulgata, come la seconda sentenza Dorigo ⁽⁵⁰⁾. La linea della cresta sulla quale si incanala il cambiamento vedeva – com’è noto – due autentici antipodi di valore: da un lato, l’esigenza di salvaguardare la *fairness* del processo alla luce dei diritti e principi sanciti in Convenzione, che Strasburgo esige siano rispettati (art. 46 § 1 CEDU); dall’altro, la necessità di preservare la legalità nazionale espressa nel giudicato, dunque, l’esigenza di certezza (quindi di eguaglianza e quindi anche di giustizia, dal punto di vista “nazionale”), che vuole appunto intangibile – perché legalmente formatasi e, dunque, presuntivamente “giusta” – una sentenza definitiva di condanna. E’ altrettanto noto il risultato interpretativo cui sono pervenuti i giudici della Consulta ⁽⁵¹⁾;

⁽⁴⁸⁾ F.M. IACOVIELLO, *loc. ult. cit.*

⁽⁴⁹⁾ Riprendo, in questa sede, le considerazioni già svolte nello scritto *CEDU e Corte costituzionale: una nuova euristica giudiziale?*, di prossima pubblicazione in *Giustizia insieme*, 1-2, 2011.

⁽⁵⁰⁾ Pubblicata in *Cass. pen.*, 2011, 3299 ss., con note di M. GIALUZ, *Una “sentenza additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, *ivi*, 3308, e di C. MUSIO, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte EDU: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*, *ivi*, 3321; in *Giur. cost.*, 2011, 1542, con nota di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne di Strasburgo*; in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 138 ss., con nota di A. DIDI, *La “revisione del giudizio”: nuovo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze emesse in violazione della C.e.d.u.*; in *Dir. pen. proc.*, 2011, 7, 833, con nota di L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale “getta il cuore oltre l’ostacolo”*. Sempre sulla sentenza (ed omettendo gli altrimenti sterminati riferimenti bibliografici precedenti ad essa, ma relativi alla complessiva vicenda Dorigo), v., inoltre, G. TABASCO, *Decisioni CEDU, processo iniquo e nuovo giudizio*, *ivi*, 11, 2011, 1405 cui *adde*, B. DALIA, *Così la Consulta aggira l’inerzia legislativa in tema di giusto processo e diritti dell’uomo*, in *Guida dir.*, 2011, 17, 43 ss. e, volendo, P. GAETA, *Al decisore interno la singola valutazione sul grado di “contaminazione” delle prove*, *ivi*, 54 ss.

⁽⁵¹⁾ E’ costituzionalmente illegittimo – perché viola l’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e, per esso, l’art. 117, co. 1, della Costituzione – l’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 del citato art. 46 § 1, della Convenzione, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte

né la vicenda giudiziaria, né la scansione argomentativa di tale pronuncia – fin troppo conosciute ed “ingombranti” nella loro articolazione – possono costituire oggetto delle presenti considerazioni: vicenda e pronuncia rappresentano piuttosto lo sfondo per innestare alcune ulteriori riflessioni, che superano lo stesso contesto in cui è maturata tale decisione.

La prima di tali riflessioni riguarda un fenomeno inedito e di dirompente portata per la tradizionale cultura del processo: la legittima esistenza, nella stessa vicenda, di più giudicati (uno dei quali destinato a “prevalere” sull’altro), fondati su regole di produzione diverse ed aventi, l’uno, lo scopo di accertare la conformità del risultato alle regole ed alla legge nazionale; l’altro – quello in dimensione sovranazionale – di assicurarne la conformità ai diritti fondamentali.

La difficoltà teorica di tale duplicazione si coglie proprio guardando alle origini della vicenda Dorigo. Relativamente ad essa, la Corte europea ha stabilito la violazione dell’art. 6 della Convenzione – dunque, la natura *unfair* di quel processo – nonostante esso si fosse svolto nel pieno rispetto delle regole processuali nazionali che, in quel momento, lo disciplinavano. Di più: nonostante la regola all’epoca applicata per pervenire ad una sentenza di condanna – utilizzabilità probatoria di dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da parte di tre coimputati non esaminati in dibattimento, essendosi legittimamente avvalsi della facoltà di non rispondere – fosse stata il frutto di un intervento della Corte costituzionale. Era stata, infatti, la nota sentenza n. 254 del 1992 a caducare, sul punto, il testo dell’art. 513 c.p.p., consentendo, così, il recupero probatorio della dichiarazioni rese dai coimputati nel corso delle indagini: e, nondimeno, tale meccanismo è stato ritenuto dalla Corte di Strasburgo in contrasto con l’art. 6 § 3 lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, privando l’accusato del diritto di interrogare o di fare interrogare i testimoni a carico, sì da determinare la non equità del processo. Come dire che il bene più grande (e cioè la “correzione” in senso costituzionale di una norma processuale) è divenuto il male più grande (la violazione del diritto fondamentale ad interrogare il teste d’accusa): insomma, la più classica *corruptio optimi*.

Antefatto storico, questo, che rende ancor più singolare la “dissoluzione del giudicato” ratificata con la sentenza n. 113 del 2011. Il valore della certezza del giudicato è stato infatti ritenuto recessivo rispetto alle «compromissioni di

europea dei diritti dell’uomo che abbia accertato l’assenza di equità del processo ai sensi dell’art. 6 della Convenzione medesima.

particolare pregnanza (...) delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona» nel processo (*Cons. in dir.*, n. 8). La preclusione, effetto proprio della cosa giudicata, non viene quindi in essere allorquando – pur formalmente rispettate le regole che scandiscono le cadenze procedurali – risulti pretermessa una fondamentale garanzia di difesa: per una violazione probatoria (come nel caso Dorigo) o di partecipazione dell'imputato al processo (come avviene nel finitimo ambito del processo *in absentia*). Ma questo nocciolo di irriducibile verità presuppone l'abbandono della classica prospettiva verticale di una gerarchia delle fonti ed anche della tradizionale assegnazione di ciascuna funzione giurisdizionale ad ogni *grado* di fonte (la *giurisdizione* costituzionale al parametro costituzionale e quella ordinaria alla legge formale), privilegiando piuttosto l'adozione di una prospettiva metodica di stampo assiologico-sostanziale. Quest'ultima “vede le *norme* sui diritti, quelle della Convenzione così come quelle della Costituzione, su di un piano orizzontale”, sì da consentire al giudice “di attingere laddove, a suo giudizio, si ha la più *intensa* tutela dei diritti”⁽⁵²⁾. Dunque, non una prospettiva gerarchico-formale – che vede comunque le norme convenzionali subordinate a quelle costituzionali – ma una “pari ordinazione” delle une e delle altre, che legittima il giudice comune a reperire il diritto sulla base della migliore garanzia possibile. Le norme del processo penale sono, insomma, soggette ad duplice controllo di compatibilità – quello di “costituzionalità” e quello di “convenzionalità” – avente pari legittimità giuridica ed eguale dignità assiologica. La tavola dei valori si duplica: e ben può accadere (raramente, è vero: ma accade, come il caso Dorigo insegna) che ciò che per l'una risulta compatibile, sia invece inghiottito dal gorgo nero dell'altra. Ora, il dubbio che si affaccia (e che si lascia qui in sospeso, senza risposta e quale traccia di ulteriori riflessioni) è questo: può il processo penale tollerare questo grado di “instabilità”? Possono le sue regole davvero servire a due padroni che danno, sia pure raramente, ordini discordanti?

7. *Segue*: dissoluzione del giudicato ed effetti sull'euristica giudiziale.

La seconda riflessione consegue alla prima e riguarda il giudice nazionale. Precisamente, occorre chiedersi se l'epilogo della nuova ipotesi di revisione innestata nell'ordinamento comporti, con il vacillare dell'ordine precedente,

⁵²⁾ Come acutamente evidenziato da A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani ... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *AIC (Rivista telematica)*, 2011, 2, 16, da cui sono tratte le citazioni nel testo.

una svolta metodologica dell'attività ermeneutica. In parole più semplici: se, tramontato il mondo unitario retto da un solo diritto e da una sola *lex*, al tradizionale "controllo di costituzionalità" della legge si debba accompagnare da parte del giudice nazionale un altrettanto doveroso "controllo di convenzionalità"⁽⁵³⁾; meglio: se quest'ultimo debba costituire ormai una *routine* culturale dell'esegesi giudiziale, uno strumento ordinario, in funzione di profilassi del giudicato ingiusto e di realizzazione della tutela "più intensa" della garanzia dei diritti, secondo il principio tracciato dalla stessa Corte costituzionale⁽⁵⁴⁾.

Riassunto in un interrogativo: il giudice nazionale può (deve?) autonomamente tendere al *fair trial* – che è qualcosa di più e di diverso dal "processo secondo le regole" – attingendo direttamente alla *sostanza* dei diritti fondamentali nel processo e garantendoli persino *oltre* le regole formali interne che parrebbero presidiarli?

La Corte costituzionale non ha fornito risposta a tale quesito: né, ovviamente, avrebbe potuto farlo. Ma la sentenza Dorigo, ben più di quanto normalmente accada per ogni sentenza additiva di principio, sembra implicitamente assegnare al giudice comune una progettazione operativa davvero *extra ordinem*. Precisamente, un'attività euristica tesa non solo a reperire il "miglior diritto possibile" – costituito dalla più intensa garanzia per i diritti nel processo – ma soprattutto a reperire le "forme processuali" per emendare dallo stigma dell'ingiustizia il rito stesso. Dopo la sentenza Dorigo, sembra essere sollecitato un diverso e più ampio approccio dell'interpretazione giudiziale: in funzione preventiva – tra più interpretazioni possibili, sarà obbligata quella conformata alle eventuali pronunce della Corte EDU, sì da stornare il pericolo di una futura dichiarazione di violazione dell'art. 6 della CEDU – ; ma anche in funzione riparativa, allorquando – definitivamente accertata l'iniustizia del giudicato per violazione della norma convenzionale – occorrerà eliminare gli effetti di tale accertamento, pervenendo non già necessariamente ad un diverso esito del giudizio, ma praticando un diverso percorso processuale.

In funzione preventiva, il giudice comune sarà chiamato a trovare da sé il *vero*, vale a dire il diritto processuale armonizzabile con entrambe le tavole assiologiche: anche a costo di "forzare" il significato tradizionale di una norma

⁵³⁾ Per lo sviluppo di tali profili, sia consentito il rimando a P. GAETA, "Controllo di convenzionalità" e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale, Relazione al corso di formazione per magistrati "Rosario Livatino", sul tema *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, Agrigento, 17-18 settembre 2010, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul cui sito (www.cosmag.it) è reperibile il testo.

⁵⁴⁾ Corte cost., sentenza n. 317 del 2009.

processuale, attribuendole valenze e significati inediti, pur di superare con successo questo doppio scrutinio (come sta avvenendo, sotto i nostri occhi per la prova dichiarativa: v. *infra*). Saranno i concreti e prevedibili risultati ad orientare le scelte interpretative del giudice, in una prospettiva essenzialmente pragmatica: quella di evitare la eventuale, successiva sanzione di iniquità irrogabile al suo *decisum*. In tale prospettiva, diverrà pertanto assolutamente preminente la “metodologia dei risultati”⁽³⁵⁾, dove il “migliore risultato possibile” sarà, innanzitutto, quello idoneo a garantire la tenuta della decisione finale e, perciò, la *giustizia* del futuro giudicato. Il giudice nazionale è insomma onerato di una sorta di posizione di garanzia per ermeneutiche che risultino armoniche con i postulati di Strasburgo, valendo a salvaguardare *pro futuro* il giudicato: l’ermeneutica giudiziale appare sempre più prospettica. Sotto questo aspetto, l’interpretazione conforme alla CEDU introduce un inedito finalismo del dire giudiziale e la stabilità del *dictum* diviene anch’essa virtuale e prospettica: il sapere giudiziale, per parafrasare Wittgenstein, sempre più “si fonda sopra il riconoscimento”⁽³⁶⁾.

Ma è soprattutto nella fase riparativa del giudicato ingiusto che il giudice nazionale sembra gravato di nuove e delicate funzioni ermeneutiche: anch’esse inedite ed inventive. Come in ogni pronuncia additiva, la Corte, con la sentenza n. 113 del 2011, ha posto un principio che, sebbene chiami all’intervento attuativo il legislatore, deve costituire, entro certi limiti ed in via transitoria, un riferimento per il giudice nella decisione di casi concreti. Nel caso di specie, tuttavia, il principio è stato ritagliato autenticamente all’essenziale, per varie ragioni. Innanzitutto, perché già la collocazione del rimedio nell’alveo della revisione costituiva sì scelta per molti aspetti inevitabile, ma comunque già in qualche modo sbilanciata, implicando, rispetto all’istituto di riferimento, opzioni creative tali già da poter generare frizione con la discrezionalità legislativa. Inoltre, che la nuova ipotesi di revisione risultasse assolutamente eccentrica rispetto a sistematica, presupposti e finalità dell’istituto ⁽³⁷⁾ era *communis opinio*, riconosciuta anche dallo stesso Giudice

³⁵⁾ In forza della quale il giudice – lungi dall’essere solo un «giudice logico che compie operazioni rigorose e perfettamente controllabili su di un materiale certo» – percorre invece «l’elenco dei risultati possibili, sceglie ‘il migliore’ e motiva sulla base delle norme e dei metodi che conducono a quel risultato»: così G. ORRÙ, *La logica del ragionevole nel processo di convincimento del giudice*, in *Jus*, 1986, p.111.

³⁶⁾ L. WITTGENSTEIN, *Della Certezza. L’analisi filosofica del senso comune*, Torino, 1978, proposizione n. 378 (pag. 60)

³⁷⁾ Nessun artificio potrebbe mai assimilare, logicamente, il rimedio posto per risolvere un giudicato ingiusto a causa di una violazione *processuale* dell’art. 6 della CEDU, al rimedio contro l’ingiustizia del giudicato perché frutto di una inconciliabilità logica di due assunti *storici*, il cui contrasto emerge per fatti stabiliti da decisioni esterne a quella oggetto di denuncia (art. 630, lett. a e b, c.p.p.) o per insuffi-

delle leggi ⁽⁵⁸⁾. Tutto ciò ha obbligato la Corte all'*understatement*: alla proclamazione di un (indilazionabile) principio nella sua nuda essenza, senza poter fornire alcuno strumento per la concreta realizzazione del rimedio additivo. Ed, anzi, gravando espressamente dell'onere della piena conformazione ai principi della Corte di Strasburgo esclusivamente i giudici comuni, che dal principio sapranno trarre «i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione» ⁽⁵⁹⁾.

Ora – anche a voler minimizzare la portata statistica del fenomeno, per affermarne l'esiguità e, dunque, la sostanziale irrilevanza fenomenica ⁽⁶⁰⁾ – appare comunque evidente la traccia di una nuova morfologia della interpretazione conforme alla CEDU. Le cadenze sono chiare: la Corte di Strasburgo afferma il principio; la Corte costituzionale lo traduce, recependolo attraverso un'additiva, in principio costituzionale; il giudice nazionale è chiamato a tradurre il principio – convenzionale e, *pertanto*, costituzionale – in norma procedurale. In questa catena attuativa, la difficoltà maggiore è ovviamente nel passaggio finale, dove si richiede al giudice nazionale un'inusitata *inventio* interpretativa. Perché senza la conversione dell'"ingiustizia" in vizio processuale, il sillogismo è monco e la catena interrotta: rischia di rimanere solo una costruzione incompleta. D'altra parte, la strettoia per il giudice nazionale è rappresentata, ancora una volta, dalle regole formali del processo: non ogni

ciente conoscenza al momento della decisione (lett. c) o per effetto della provata condotta illecita (lett. d). Non senza considerare che il meccanismo della tradizionale revisione è finalisticamente orientato all'esito assolutorio (art. 631 c.p.p.), reputandosi iniqua la decisione, non il processo; laddove la "revisione" per violazione di norma CEDU esige solo la riparazione ad una violazione procedurale, emendata la quale, lo strumento è indifferente all'esito del giudizio. Non a caso, la dottrina più accorta, assai prima della stessa prima pronuncia Dorigo (sentenza n. 129 del 2008), aveva correttamente indirizzato l'attenzione verso rimedi diversi ed autonomi rispetto alla revisione: v. O. MAZZA, *Mesi di tempo (ormai anche meno) per garantire lo Stato di diritto*, in *Cass. pen.*, 2006, 393 ss.; A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Int.*, 2002, 618 ss.

⁵⁸⁾ Che lo evidenzia espressamente al n.8 del *Considerato*: "(...) Contrariamente a quanto sostiene l'Avvocatura dello Stato, d'altro canto, all'accoglimento della questione non può essere di ostacolo la circostanza che – come pure si è avuto modo di rilevare (*supra*, punto 5 del *Considerato in diritto*) – l'ipotesi della riapertura del processo collegata al vincolo scaturente dalla CEDU risulti eterogenea rispetto agli altri casi di revisione attualmente contemplati dalla norma censurata, sia perché fuoriesce dalla logica, a questi sottesa, della composizione dello iato tra "verità processuale" e "verità storica", emergente da elementi "esterni" al processo già celebrato; sia perché a detta ipotesi non si attaglia la rigida alternativa, prefigurata dalla disciplina vigente quanto agli esiti del giudizio di revisione, tra proscioglimento e conferma della precedente condanna (...)"

⁵⁹⁾ *Ibidem*

⁶⁰⁾ E' la posizione di G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *AIC (Rivista telematica)*, 2011, 2, 1.

violazione rilevata dalla Corte di Strasburgo è infatti suscettibile *tout court* di conversione in vizio procedurale, non foss'altro che per il doveroso ossequio al principio di tassatività delle nullità vigente nel nostro rito penale ⁽⁶¹⁾. Così, per adempiere al compito di una interpretazione conforme alla CEDU, il giudice nazionale dovrà compiere scelte comunque dolorose: ritenere possibile l'eterointegrazione dell'art. 178 c.p.p. dall'art. 6 della Convenzione o adottare una nozione assiologico-sostanzialistica di nullità, tale ritenendo anche quella determinata da un atto concretamente lesivo di una garanzia considerata dalla Convenzione EDU. In ogni caso, il principio della tipicità delle nullità subirebbe una rilevante anamorfosi, in ragione della conformazione alla CEDU. A meno di non percorrere una via meno impervia, ma assai più lunga: se la violazione pattizia per cui è intervenuta condanna in sede sopranazionale non integra – neppure attraverso un'interpretazione “convenzionalmente conforme” – alcuna ipotesi di invalidità legislativamente contemplata, il giudice nazionale è tenuto a sollevare incidente di costituzionalità, parametrato non già sull'art. 117, primo comma, Cost., quanto sugli artt. 25, co. 1, o 111, co. 2 e co. 3, Cost. ⁽⁶²⁾.

In questa prospettiva di conformazione, inoltre, sarà sempre il giudice nazionale a dover apprezzare non soltanto il grado di incidenza della prova viziata, ma anche la sua propagazione all'interno di quel giudizio, la “contaminazione” della violazione sul residuo materiale probatorio. Ed anche in tale operazione ermeneutica, i margini di apprezzamento non saranno agevoli: occorrerà salvaguardare il *decisum* sovranazionale, ma, al contempo, le esigenze della giurisdizione nazionale. Occorrerà, con pazienza, ricucire i fili di un giudicato nazionale interrotti da un giudicato sovranazionale.

8. Interpretazione conforme alla CEDU ed effetti sulla nozione di “contraddittorio”.

L'anamorfosi del giudicato quale effetto dell'interpretazione conforme alla CEDU è solo una tra le possibili ricombinazioni geniche del processo penale nazionale. E', in realtà, la più visibile, la più acuta: demolisce una certezza culturale, ma anche un tradizionale fondamento etico del processo. Siamo stati tutti nutriti dall'idea che non soltanto la preclusione del giudicato fosse la pietra angolare della costruzione del rito per una pratica esigenza di certezza,

⁽⁶¹⁾ Su questo profilo, osservazioni in R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, *ivi*, p.11 ed in F.M. IACOVELLO, *Il quarto grado di giurisdizione*, cit., 814.

⁽⁶²⁾ G. UBERTIS, *La revisione successiva*, cit., 1542.

ma, di più, che nel giudicato, quale risultato dell'attività giurisdizionale, si realizzasse "la coincidenza della situazione giuridica accertata con l'effettivo stato giuridico che precedeva l'accertamento (verità e giustizia)" ⁽⁶³⁾. Dunque, la legalità dell'accertamento costituisce presunzione *iuris et de iure* della giustizia dello stesso: sul giudicato poggia la stessa giustificazione etica dell'accertamento penale. Queste stabili certezze sono state, come detto, liquefatte, anche da un punto di vista culturale, dall'interazione con il sistema sovranazionale: ed è ovvio che siano ferite ancora aperte. E' mutato il parametro culturale sul quale, da sempre, abbiamo regolato la nostra idea di "giustizia della decisione".

Ma, ancorché meno evidenti, gli effetti dell'interpretazione conforme hanno destabilizzato e modificato anche altri altisonanti concetti del vocabolario filosofico del processo, quali, ad esempio, il contraddittorio; o profondamente alterato l'uso dello strumentario del processo, come, ad esempio, è avvenuto per il ricorso straordinario; o geneticamente modificato regole di valutazione della prova, come nel caso della prova dichiarativa. A queste variegate morfogenesi sono dedicate le ulteriori considerazioni di questo studio.

Il contraddittorio, innanzitutto. Il *contra-dicere* è, fin dalla sua etimologia, la prospettazione alternativa di una ricostruzione di fatti: è, secondo il canone dei logici medievali, il *videtur quod...sed contra*, un'ipotesi logica preferibile derivante da un collegamento dei dati storico-probatori diverso rispetto a quello configurato dall'accusa. Il contraddittorio è metodo euristico ottimale proprio in quanto fornisce al giudice ipotesi alternative nella giustificazione delle premesse del suo sillogismo. Come già aveva ben chiaro molti anni fa Guido Calogero, "il fatto è, come ognuno intende, che la vera grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse" ⁽⁶⁴⁾: nella "verità" configurativa della decisione giudiziale, l'aspetto davvero rilevante al fine di provare la correttezza della decisione non è tanto come essa sia stata derivata dalle premesse, quanto la giustificazione della scelta delle premesse stesse ⁽⁶⁵⁾. Il contraddittorio coagula l'argomentata proposta delle parti in ordine alla posizione di tali premesse ed è funzionale, dunque, alla giustificazione esterna della decisione.

⁽⁶³⁾ A. FAZZA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, III^a ed., Milano, 1985, 423, al quale si rimanda per le sempre attuali considerazioni circa l'effetto preclusivo sostanziale del giudicato nel quadro della teoria generale dell'efficacia giuridica.

⁽⁶⁴⁾ G. CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964 (1937), 51.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. A. AARNIO, *Verità e validità degli asserti interpretativi nella dogmatica giuridica*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, Torino, 1987, I, 159 ss.

Ecco perché il *contra-dicere* è materia *delle* parti e *tra* le parti: logicamente autonomo da qualsiasi attività valutativa del giudice. Ed è per la stessa ragione che il contraddittorio è *per* la prova e non può immiserirsi in contraddittorio *sulla* prova ⁽⁶⁶⁾: quella delle parti è attività poietica, perché è selezione di rilevanza di fatti probatori, loro dimostrazione, dimostrazione della loro incidenza logica sull'esito e così via, non semplice esercizio dialettico su fatti probatori da altri già selezionati. Nei passaggi in cui si concreta l'operazione decisionale del giudice – posizione della *quaestio facti*; posizione (*id est*: scelta) della formulazione normativa per l'enunciazione della *quaestio juris*; individuazione della norma da applicare espressa dalla formulazione normativa precedentemente scelta – solo il primo è materia di contraddittorio in senso proprio: anche a ritenere, cioè, che “la premessa minore del sillogismo decisionale non è quasi mai qualificabile, nei sistemi giuridici concreti, come un vero enunciato fattuale” consistendo essa, più spesso, nella “valutazione normativa di un'azione”, è indubbio che qualificando giuridicamente la fattispecie concreta “in modo tale da poterla sussumere sotto la fattispecie astratta (...) il giudice esercita un'ampia gamma di poteri discrezionali, esprime giudizi di valore, compie scelte di vario tipo” ⁽⁶⁷⁾. In breve, il giudice fa il suo mestiere: giudica. La valutazione normativa è, insomma, essa stessa l'enunciato giudiziale interpretante che, ascrivendo un significato giuridico ad uno stato di cose, fornisce l'enunciato performativo in cui si concreta la decisione. Su tali momenti, puramente decisorî e che sopravvivono alla posizione della *quaestio facti*, vi può essere, al più, interlocuzione *delle* parti con il giudice o contraddittorio *argomentativo*, come è stato denominato, ma non contraddittorio in senso proprio, che è cosa assai diversa ⁽⁶⁸⁾. Tutto ciò era peraltro ben chiaro

⁽⁶⁶⁾ Sulle premesse epistemiche del contraddittorio, nella sterminata bibliografia, è recente ed utile la sintesi di S. CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, 170 ss., ma spec. 195.

⁽⁶⁷⁾ P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. UBERTIS, Milano 1992, 237.

⁽⁶⁸⁾ Assai diversa è l'opinione di O. MAZZA, *La procedura penale in Europa e diritto penale*, cit., secondo cui “ (...) 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”. Si tratta di obiezioni importanti ed in ordine alle quali, tuttavia, non è possibile in questa sede neppure accennare ad una possibile confutazione, involgendo esse lo stesso *specimen* della funzione proba-

tanto ai *conditores* del nuovo rito penale, quanto al novellatore costituzionale, allorché pose mano alla riforma dell'art. 111 Cost.

Questa morfologia di “contraddittorio” viene a modificarsi oggi in forza della interpretazione conforme alla CEDU: e, al di là dei trascurabili effetti pratici, anche questa alterazione non è di secondaria importanza teorica e culturale. Il riferimento è al caso Drassich, anche questo notissimo, anche questo solo da enunciare per cenni. In esso, la Corte europea, con sentenza dell'11 dicembre 2007 (Sez. II, *Requête* n. 25575/04) ha affermato il principio che è diritto dell'imputato essere informato, in tempo utile, non soltanto dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche – e in modo dettagliato – della qualificazione giuridica data a questi fatti ⁽⁶⁹⁾. Era infatti accaduto che il ricorrente, imputato di corruzione, avesse dedotto davanti alla Corte di cassazione la prescrizione del reato e che l'organo di legittimità ⁽⁷⁰⁾ avesse rigettato il ricorso, riqualificando i fatti nella fattispecie di cui all'art. 319 *ter* c.p.: ciò sul presupposto che fosse potere-dovere del Giudice di legittimità attribuire al fatto la sua esatta definizione giuridica, anche a costo di escludere l'applicazione di una causa di estinzione quale effetto di tale più grave qualificazione del reato. La Corte EDU – dinanzi alla quale l'imputato aveva lamentato che di tale riqualificazione non fosse stato informato in tempo utile – ha riconosciuto l'esistenza di una violazione del diritto dell'imputato ad essere informato in maniera dettagliata sulla natura e sui motivi dell'accusa perché *diversi* sarebbero stati i mezzi difensivi scelti per contestare l'azione se la riqualificazione (o l'informazione della sua concreta possibilità) fosse stata adottata prima della deliberazione finale del vertice della giurisdizione.

L'epilogo della vicenda è noto, quanto significativo. La stessa Corte di cassazione, sul successivo ricorso dell'interessato, ha infatti ritenuto ⁽⁷¹⁾ la necessità

toria svolta dalle parti nel processo, dunque l'indagine su ciò che effettivamente determina la selezione del rilevante nel tema probatorio. Più in generale, sulla “funzione della giurisprudenza europea” e sui “suoi malintesi riflessi sulla disciplina del contraddittorio” (con riguardo alle dichiarazioni unilaterali), v. l'analisi di G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 371.

⁽⁶⁹⁾ Sulla medesima tematica, v. anche Corte Europea, 25 marzo 1999, Pellissier e Sassi c. Francia.

⁽⁷⁰⁾ Cass., Sez. I, 4 gennaio 2004, Drassich, in *Mass. Uff.*, n. 230440.

⁽⁷¹⁾ Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Mass. Uff.*, n. 241754., su cui v., oltre i precedenti richiami, fra gli altri, F. ZACCHE', *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 781; ed, in senso fortemente critico, tanto sulla idoneità della soluzione, quanto dello strumento adoperato, G. PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, *ivi*, 2009, 1515. In una prospettiva più generale, prendendo spunto dai pronunciamenti Dorigo e Drassich e con una originale proposta, v. anche M. MENNA, *Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo non “creativo” tra le Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5.

di un'interpretazione dell'art. 521, co. 1, c.p.p., conforme al *decisum* del giudice europeo, statuendo che la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato anche in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio*, posto che il principio incastonato nell'art. 111, co. 2, Cost., investe non soltanto la formazione della prova, ma anche ogni questione che attiene alla valutazione giuridica del fatto commesso ⁽⁷³⁾. Dunque, l'interpretazione "convenzionalmente conforme" porta il giudice comune a rinvenire contenuti *impliciti* dei principi costituzionali (mai peraltro ipotizzati prima), la cui portata viene espansa ed alla luce dei quali è poi rivisitata l'applicazione delle relative norme processuali. E' questo un esemplare paradigma euristico attraverso il quale l'*inventio* giudiziale sostituisce canoni di ermeneutica tradizionale. Infatti, per un verso, è fortemente dubbio che lettera, origine storica e *ratio* dell'art. 111, co. 2, Cost., obblighino a ritenere soggetta a contraddittorio anche *in sé* la (ri)qualificazione giuridica del fatto, per quanto sopra detto; ed è certo – e non solamente dubbio – che il principio affermato dalla Corte EDU non sia presente, neppure in modo embrionale, nel testo dell'art. 521 c.p.p. In forza di ciò che Emilio Betti definiva «conversione interpretativa (*Umdeutung*) con trasposizione nell'attualità» ⁽⁷³⁾, l'interpretazione convenzionalmente conforme del giudice comune perviene al risultato della "migliore e più intensa tutela" dei diritti fondamentali, così attuando il già evidenziato progetto assiologico della Corte costituzionale. Nondimeno – e nonostante le apparenze – non si tratta di un'operazione ermeneutica a costo zero, per almeno due perplessità che si intravedono.

Innanzitutto, essa innesta un ulteriore elemento di confusione nell'assetto del sistema delle fonti. L'espansione della tutela, infatti, si attua attraverso un virtuoso "circolo ermeneutico", che prescinde (e proprio in quanto prescinde, si starebbe per dire) dai profili di gerarchia delle fonti. Infatti, non soltanto si fornisce della norma interna un significato conforme al parametro interposto,

⁷³⁾ Anche in riferimento a tale statuizione, i problemi "pratici" posti dal principio affermato non sono né pochi, né secondari. Innanzitutto pare di poter dire – sulla scorta della successiva elaborazione giurisprudenziale – che il principio in questione – sebbene applicabile in ogni fase processuale, anche quella di merito (Cass. Sez. VI, 19 febbraio 2010, Fadda, in *Mass. Uff.*, n. 24737) – è destinato a valere essenzialmente nel solo giudizio di legittimità, posto che l'eventuale lesione della garanzia dell'imputato di poter contestare la diversa qualificazione trova altrimenti rimedio nel giudizio di legittimità (v., sul punto, Cass. Sez. II, 26 febbraio 2010, Salord, in *Mass. Uff.*, n. 246922; Id., Sez. I, 18 febbraio 2010, Di Gati, in *Mass. Uff.*, n. 246494). Restano comunque nel vago le modalità attuative della garanzia del contraddittorio: se, cioè, sia sufficiente il prospettare alla parte la possibile diversa qualificazione del fatto (raccogliendo, in esito, la sua interlocuzione sul punto) ovvero se occorra fornire specifica informazione anche sui singoli effetti (prescrizione, ecc.) conseguenti alla diversa qualificazione del fatto.

⁷³⁾ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, II, 792.

ma, di più, si espande il valore di garanzia di una norma costituzionale – l'art. 111 Cost. – ricavando da essa una disposizione “nuova” (principio del contraddittorio per ogni questione che attiene alla valutazione giuridica del fatto) per renderla non soltanto “conforme” alla norma convenzionale, ma per assicurare la stessa intensità di tutela da quest'ultima prevista. Se, insomma, nella elaborazione della Consulta la norma convenzionale è soggetta ad un giudizio di compatibilità rispetto ad *ogni* norma della Costituzione, nella prassi giudiziale il rapporto sembra addirittura invertito: è la norma costituzionale che si espande e trova significati nuovi in ragione della norma convenzionale ed è la norma processuale interna a mutare la propria portata precettiva in ragione della diversa assiologia attribuita al precetto costituzionale. Tutto ciò risponde, è vero, al principio della “massima intensità della tutela”, predicato dalla stessa Corte costituzionale: principio condivisibile, di certo, ma destinato, prima o poi ed inesorabilmente, ad entrare in frizione con il principio di gerarchia delle fonti, risultando l'uno principio assiologico, l'altro principio gerarchico-formale.

Il secondo dubbio riguarda la degradazione della nozione epistemica di contraddittorio in confusa ed anodina formula di interlocuzione con il giudice. Ovviamente, ci si riferisce all'ipotesi di una diversa e più grave qualificazione giuridica del medesimo fatto e non certo ai casi in cui venga parimenti mutata la contestazione del fatto. A disorientare non è tanto un contraddittorio che, simbolicamente, invade lo spazio decisionale del giudice e si appropria di una tipica attività valutativa, quale la sussunzione del fatto *sub specie iuris*, e non è neppure la singolare incarnazione nella prassi del meccanismo di garanzia, con l'originale “annuncio” all'imputato da parte del giudice che, tra le sue variabili decisorie, vi “potrebbe essere” anche quella di una diversa qualificazione giuridica del fatto (⁷⁴). E' piuttosto la diversa direzione che il *contra-dicere* assume: non più rispetto all'accusa, ma rispetto al destinatario naturale del prodotto dialettico. E' ancora presto per maturare opinioni sicure: ma anche qui c'è come la sensazione di un inciampo teorico, di una prassi che naviga a vista, perché, come per il giudicato, la metamorfosi teorica e sistematica è davvero notevole. Siamo, certo, più garantiti: ma anche un po' più confusi.

⁷⁴) Si ha notizia che, presso alcuni Tribunali, è ormai invalsa la prassi di una verbalizzazione *standard*, a chiusura delle formalità di apertura del dibattimento, proprio in esito al pronunciamento Drassich ed in funzione preventiva. La formula è all'incirca questa: “il giudice informa l'imputato presente che l'imputazione formulata a suo carico potrebbe subire una diversa qualificazione in esito all'istruttoria dibattimentale”.

9. L'incidenza sugli "strumenti": l'uso promiscuo del ricorso straordinario per cassazione.

Naturalmente, l'adozione di una prospettiva sostanziale ed assiologica trova il sistema processuale carente degli adeguati strumenti di adattamento al *novum*. E proprio la necessità di "inseguire" la Corte di Strasburgo nell'affermazione dei diritti fondamentali all'interno del processo, ha prodotto un uso manipolativo dello strumentario processuale utilizzato per praticarla. L'esempio più eclatante – per frequenza, flessibilità d'uso, importanza dei risultati conseguiti – è certamente quello del ricorso straordinario per cassazione, di cui all'articolo 625 *bis* c.p.p.⁽⁷⁵⁾ Le origini umilissime di tale rimedio – nato per emendare l'errore di fatto meramente percettivo in cui eventualmente incorra il giudice di legittimità – non avrebbero consentito di pronosticare il successo processuale raggiunto: successo realizzato a prezzo della coerenza (come sovente accade anche nella vita), in quanto il ricorso straordinario si è prestato ad una catena ininterrotta di applicazioni analogiche, legittimate da una ritenuta *interpretatio in bonam partem*, quasi sempre non motivate, quasi sempre oltre i limiti ragionevoli di una già discutibile analogia. Si

⁷⁵⁾ Sul punto, v. G. PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, cit., 1524, il quale, a proposito dell'uso della vicenda Drassiche e dell'uso, in essa, del ricorso straordinario ex art. 625 *bis* c.p.p., rileva che la Corte di cassazione "superando disinvoltamente un secolare rapporto di causalità tra *error in procedendo in iure* ed *error in iudicando in facto*, tenta di sopperire all'inerzia del legislatore ed alle lacune normative" attraverso un "indebito arbitrio creativo", improntato all'esercizio del potere di disposizione del giudice che, "contrasta con l'essenza della giurisdizione, giacché apre spazi irriducibili di incertezza, di indecidibilità e di assoluto arbitrio discrezionale"; nonché F. ZACCHE', *Cassazione e iura novit curia*, cit., 2009, 784, che ritiene inibita l'applicazione analogica dell'art. 625 *bis* c.p.p. dal principio di tassatività delle impugnazioni. M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1469-1472, ritiene, invece, che nessun ostacolo si ponga all'impiego dello strumento individuato dalla Corte di cassazione in caso di violazione della Convenzione posta in essere in una fase di merito del giudizio, poiché, laddove il Supremo Collegio non rilevi la violazione processuale della Convenzione oggetto di ricorso da parte del condannato in sede di merito assume un comportamento censurabile, a sua volta, ai sensi della Convenzione stessa. Inoltre, secondo l'Autore, l'esperibilità del ricorso ex art. 625 *bis* c.p.p. non sarebbe sempre condizionata all'esistenza di un giudizio della Corte europea in quanto in tal modo tale organo finirebbe per essere sede di una sorta di quarto grado di giudizio, "funzione cui la Corte si è sempre risolutamente dichiarata estranea". Anche L. De MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1478-1479, ritiene che il ricorso in via analogica all'istituto di cui all'art. 625 *bis* c.p.p. sia meno fuori luogo di quanto a prima vista potrebbe sembrare. Secondo l'Autore, infatti, analizzando la casistica tipicamente tutelata attraverso il ricorso ex art. 625 *bis* c.p.p. si rileva che essa concerne ipotesi che hanno un punto in comune con il caso che ha dato origine alla sentenza della Corte di cassazione: "la riparazione in via straordinaria - *rectius*, fuori delle fattispecie ordinarie di ricorso in Cassazione - di errori in grado di incidere in maniera irrimediabile sul diritto di difesa".

potrebbe ben dire che il ricorso *ex art. 625 bis* c.p.p. sia divenuto un *passe partout* idoneo ad essere utilizzato tutte le volte in cui l'adeguamento dell'ordinamento nazionale ai *dicta* della Corte europea stenti a trovare strumenti processuali tipici: cioè, quasi sempre. In sostanza, il ricorso straordinario è divenuto il congegno smodato dell'interpretazione conforme.

Esso è stato innanzitutto adoperato allorché la Corte, revocando una sua precedente sentenza limitatamente alla diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, ha dovuto attuare il *decisum* di Strasburgo in ordine alla necessità del contraddittorio sulla diversa imputazione: si tratta della vicenda Drassich, sopra evidenziata. In tal caso, il rimedio è stato calibrato sulla particolare modulazione della vicenda processuale, posto che la violazione della garanzia "convenzionale" del contraddittorio sulla diversa qualificazione giuridica dei fatti contestati si era verificata nel giudizio di cassazione. È stato cioè il "luogo" processuale dell'avvenuta violazione a rendere possibile – nell'ottica del Giudice di legittimità – l'utilizzo dello schema del ricorso straordinario, proponibile, per errore materiale di fatto, avverso i provvedimenti della medesima Corte di cassazione. Rimedio che, all'evidenza, non sarebbe stato possibile risolutivo al fine di consentire l'eventuale riapertura del processo in caso di violazione di garanzia verificatasi nel giudizio di merito ed accertata con sentenza definitiva della Corte europea. L'esempio rivela in maniera assolutamente chiara come, ai fini dell'attuazione dell'interpretazione conforme (e soprattutto dei rimedi ad essa conseguenti per l'adeguamento delle decisioni nazionali), gli organi giurisdizionali – soprattutto il Giudice di legittimità – siano chiamati a fantasie procedurali, adattamenti, manipolazioni del poco esistente. Lo conferma anche un'altra, nota vicenda giudiziaria, nella quale la Suprema Corte ha riconosciuto ammissibile il ricorso straordinario *ex art. 625 bis* c.p.p. in quanto finalizzato alla sostituzione di una pena inflitta, ritenuta illegale in forza di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con altra indicata come equa dal medesimo giudice europeo ⁽⁷⁶⁾. La peculiari-

⁷⁶⁾ Si tratta della nota Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Mass. Uff.*, n. S47244. Tale pronunzia era finalizzata ad attuare la decisione della Grande Camera della Corte eur. dir. uomo., 17 settembre 2009 (*Scoppola c. Italia*) con la quale veniva statuita l'innocuità di un giudicato di condanna per violazione degli articoli 6 §1 §7 §1, della convenzione, essendo stata applicata, in ipotesi di successione di leggi penali nel tempo la pena più sfavorevole al reo, ciò che si rifletteva anche sul diritto d'un processo equo trattandosi di applicazione retroattiva di nuove regole di determinazione della pena. La Corte di Strasburgo, pur formalmente lasciando allo Stato membro "un potere di apprezzamento" quanto alle modalità esecutive della pronunzia rilevava tuttavia che al ricorrente era stata irrogata una pena (l'ergastolo) superiore rispetto a quella massima nella quale egli rischiava di incorrere al momento in cui aveva chiesto d'ottenuto di essere giudicato secondo il rito abbreviato (trent'anni di reclusione). Ne discendeva

tà di tale pronunzia consiste nella circostanza che, per la prima volta, la "conformazione" al *decisum* di Strasburgo riguardava (non già una violazione procedurale in senso stretto, quanto) esclusivamente una modifica della pena inflitta: risultato per attingere il quale sarebbe stata percorribile (assai più limpidamente) quantomeno la via della modifica in fase di esecuzione da parte del giudice competente. La Suprema Corte ha tuttavia ritenuto di procedervi direttamente, recependo il ricorso straordinario per errore materiale proposto dall'interessato, con una pronunzia di annullamento senza rinvio, sul presupposto di un principio di economia processuale e di ragionevole durata del procedimento. La pronunzia muove da premesse certamente corrette. Cogente l'obbligo di "conformazione" dell'ordinamento italiano alle sentenze della Corte europea, la Corte prende atto che la legislazione nazionale difetta della previsione "di una procedura e (di) un provvedimento *ad hoc*": infatti, la constatazione che, in conseguenza dell'accertata violazione dell'art. 6 CEDU, la sentenza di condanna abbia «perduto l'efficacia di titolo legittimo di detenzione a norma dell'art. 5 § 2, lett. a) della stessa convenzione» non è più sufficiente. Non basta cioè, come in altri precedenti giurisprudenziali, "fermare" l'esecutività del giudicato, facendolo permanere in un limbo di inefficacia: occorre un comportamento positivo per adeguarne il contenuto alla decisione della Corte EDU. Soccorre allora lo strumento dell'art. 625 *bis* c.p.p., a mezzo del quale viene revocata «*in parte qua*» la pronuncia che ha formato il giudicato ed annullata senza rinvio la sentenza del giudice di merito, limitatamente al trattamento sanzionatorio dell'ergastolo irrogato al condannato, che viene sostituito con la pena in trent'anni di reclusione. Ovviamente, non una parola è spesa in sentenza circa la congruità del mezzo processuale utilizzato per compiere tale complessa operazione (l'art. 625 *bis* c.p.p., appunto) e sulla rispondenza del caso di specie ai presupposti normativi richiesti: il silenzio, inevitabile quanto imbarazzato, copre infatti un autentico esercizio di *Frei-recht* anche in sede di legittimità. Invero, l'unico sfondo normativo al quale si potrebbe accostare la soluzione adottata è il rimedio revocatorio dell'art. 673 c.p.p., il quale, tuttavia, opera solo quando alla condanna definitiva subentri l'*abolitio criminis* o la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ipotesi ultronee al caso di specie. Dunque, per la prima volta si va al di là di una "mera" sospensione dell'eseguibilità del giudicato non equo e, con una completa operazione di manipolazione genetica del titolo esecuti-

- secondo la Corte di Strasburgo -la necessità che, per mettere fine alla violazione in questione, lo Stato italiano "assicurasse" la sostituzione della pena dell'ergastolo inflitta con quella, ritenuta equa, non eccedente i trent'anni di reclusione.

vo, se ne modifica una significativa porzione: l'“efficacia vincolante” delle decisioni di Strasburgo trova, insomma, piena esplicazione. Ora, è proprio questo il problema: non si tratta di un formale rammarico per l'interpretazione analogica di una impugnazione straordinaria o per la frantumazione del principio di tipicità delle impugnazioni o per l'annientamento della stessa distinzione tra impugnazione ordinarie e straordinarie; si tratta di un senso di contrizione più profondo. E' come se l'uso improprio dello strumento impugnatorio rivelasse una lassità concettuale che ha ormai permeato il sistema, con una sorta di inoculazione costante ed indolore. Non se ne avverte la tossicità, perché ci si illude che l'eccezione ai principi sia giustificata dalla giustizia del caso concreto e ci si consola con gli argomenti dei grandi numeri: l'eccezionale irripetibilità del caso concreto, la sua trascurabile rilevanza sulle coordinate generali del sistema, la rassegnata constatazione di alternative praticabili. Ma queste minuscole (da un punto di vista statistico) manipolazioni genetiche rivelano presto una ben diversa legittimazione culturale, fondata, a mio avviso, su due direttrici. La prima è quella che chiamerei della “dittatura della mancanza di alternative”⁽⁷⁾: quella, cioè, di un atteggiamento interpretativo che muove da una sorta di rassegnata immutabilità dello *status quo* e, dunque, nel determinismo che accompagna la necessaria fase dell'integrazione giuridica dei sistemi. Posto, insomma, che quest'ultima è ineluttabile, in mancanza di strumenti adeguati, non ci sono alternative alla manipolazione delle tradizionali categorie giuridiche: poco importa, quindi, se un'impugnazione straordinaria viene applicata quale *passee partout*. La seconda è quella che può denominarsi del “sacrificio utile della legalità”: nell'opposizione tra legalità e giustizia “nel concreto”, la scelta – sembrerebbe affermarsi – non può che ricadere su quest'ultima, di cui si predica l'attuabilità anche a prescindere dalla prima. Si tratta di portati culturali tutti da scandagliare, ma che, intuitivamente, lasciano immediatamente nutrire più di una diffidenza. L'infinita plasmabilità delle categorie e degli istituti del processo sembra esserne il frutto avvelenato: ma l'ulteriore approfondimento, pur se suggestivo, esula tuttavia dall'immediato oggetto del presente lavoro.

⁷⁾ Traggo l'espressione, riferibile al pensiero del filosofo del diritto brasiliano Roberto Mangabeira Unger, da M. PANARARI, *L'egemonia sottoculturale*, Torino, 2010, p. 15, il quale – nella sua analisi, assai ironica ma profonda, sulla dissoluzione del concetto di egemonia culturale – richiama anche la cultura della “T.I.N.A.” (*There Is No Alternative*), di thatcheriana memoria, circa la giustificazione dello strapotere di finanza e neocapitalismo.

10. Interpretazione conforme alla CEDU e prova dichiarativa.

In questa rapida galleria degli effetti dell'interpretazione conforme alla CEDU sul processo penale (galleria in continuo allestimento, perché le *pictures at an exhibition* sono ormai di giornaliero arrivo), l'ultima icona riguarda la tematica della valutazione della prova dichiarativa. Il riferimento è al recente arresto giurisprudenziale con il quale le Sezioni Unite della Cassazione ⁽⁷⁸⁾ hanno, per un verso, puntualizzato la tematica dei presupposti per l'utilizzazione dibattimentale delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari e, per altro verso, introdotto una regola di valutazione probatoria integralmente mutuata dal sistema della Convenzione EDU.

Quello del vertice di legittimità è stato un intervento che ben potrebbe definirsi "di sistema": esso, infatti, percorre trasversalmente l'intero arco di disciplina della prova dichiarativa, *recte*: dell'"assoluta impossibilità" del suo espletamento in sede dibattimentale e, dunque, delle relative conseguenze in punto di utilizzazione delle dichiarazioni unilaterali e valutazione di esse. Si tratta di un paradigma di scuola dell'interpretazione conforme alla CEDU, nel quale risuona la grande variegatura delle sue tonalità.

Il primo registro ermeneutico è quello finalizzato a restringere la nozione di "assoluta impossibilità" dell'esame dibattimentale richiesta per l'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona informata sui fatti.

Problema, quello dell'interpretazione di "assoluta impossibilità", reso ermeneuticamente scivoloso non soltanto dal fronteggiarsi di più ermeneutiche contrapposte – ciascuna delle quali espressione di una precisa opzione ideologica su portata e limiti del contraddittorio quale metodo probatorio ⁽⁷⁹⁾ –, ma anche dal suo intersecarsi con l'ulteriore problema che si potrebbe denominare "dell'esigibilità giudiziale": del *quantum* e *quomodo* di attività che, cioè, si ritiene dovuta dal giudice per assicurare la presenza del teste in

⁷⁸⁾ Cass. Sez. Un., 25 novembre 2010, D.F., in *Mass. Uff.*, n. 250197, su cui S. LONATI, C. MELZI D'ERIL, *Le sole affermazioni fatte fuori dal dibattimento non possono costituire la base per la condanna*, in *Guida dir.*, 2011, 43, 71. Sulla sentenza e, più in generale, sui rapporti tra giurisprudenza nazionale e della Corte europea in tema di prova dichiarativa, v. A. PAGLIANO, *Le discrasie del sistema processuale penale italiano in tema di letture e contestazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1527.

⁷⁹⁾ Come rilevano le stesse Sezioni Unite, secondo una prima opzione interpretativa, infatti, la "assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale" prevista dall'art. 512 *bis* c.p.p. non consiste nella "totale e definitiva impossibilità materiale" di ottenere la presenza del dichiarante, assumendo invece valore decisivo la circostanza che risulti "realisticamente impossibile ottenere in tempi ragionevoli" tale presenza. Secondo altro indirizzo, la deroga alla regola della formazione della prova in contraddittorio richiede che siano esperite tutte le attività che l'ordinamento mette a disposizione dell'autorità giudiziaria al fine di rispettare la regola, non potendo avere rilievo le eventuali "difficoltà logistiche" all'esperimento della rogatoria internazionale.

la⁽⁸⁰⁾. Come dire che, dietro il problema, non c'è solo la modulazione dell'ampiezza di una deroga al contraddittorio, ma anche il ben più sottile (quanto decisivo) profilo del "grado di impegno" richiesto al giudice per tutelare il principio stesso: dunque, in definitiva per misurare – secondo un sintagma abusato, ma, forse, insostituibile – il grado della sua cultura della prova. Muovendo dagli antefatti problematici, le Sezioni Unite hanno innanzitutto ritenuto che proprio il rispetto dell'art. 111 e dell'art. 6 della CEDU esige che l'irreperibilità di un soggetto non possa essere ritenuta solo sulla base di una verifica burocratica o di *routine*, che prenda semplicemente atto del difetto di notificazione o che si limiti alle risultanze anagrafiche, ma debba conseguire ad un rigoroso accertamento che abbia comportato l'adempimento, da parte del giudice, dell'obbligo di fare tutto quanto in suo potere per reperire il dichiarante ⁽⁸¹⁾. Da ciò discende l'accoglimento della tesi maggiormente restrittiva in tema di "deroga" al contraddittorio: ai fini dell'acquisizione mediante

⁽⁸⁰⁾ Le variabili aggiuntive del problema sono altrettanto note: ad esempio, alla luce del rifiuto della persona offesa di ritirare il plico contenente la citazione, viene in rilievo anche l'elemento della volontà del dichiarante residente all'estero di sottrarsi all'esame dibattimentale, ai fini della applicazione dell'art. 526 c.p.p. Anche su questo punto la giurisprudenza ha offerto interpretazioni non coincidenti della nozione di volontarietà della sottrazione al contraddittorio, perché alcune decisioni hanno ritenuto elemento decisivo la volontaria assenza del dichiarante all'udienza, mentre altre richiedono anche che il giudice abbia la prova diretta o logica che l'assenza sia causata dalla chiara volontà di sottrarsi all'esame in contraddittorio (sempre che non sia motivata dai timori di possibile ritorsione).

⁽⁸¹⁾ Sul punto, la decisione delle Sez. Un. era stata già anticipata, concettualmente e temporalmente, dalla pronuncia della Sez. VI, 24 maggio 2011, Methmani, in *Mass. Uff.*, n. 250109, la quale – sviluppando a sua volta le argomentazioni della nota sentenza Sez., 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Mass. Uff.*, n. 238199 – aveva statuito che, ai fini dell'utilizzabilità, mediante lettura, delle dichiarazioni rese in sede predibattimentale dal testimone divenuto irreperibile, "non è sufficiente l'infruttuoso espletamento delle ricerche previste dall'art. 159 c.p.p., ma è altresì necessario che il giudice compia tutti gli accertamenti congrui alla peculiare situazione personale dello stesso, quale risultante dagli atti, dalle deduzioni specifiche eventualmente effettuate dalle parti, nonché dall'esito dell'istruttoria svolta nel corso del giudizio ovvero dia conto, con motivazione non apparente e non manifestamente illogica o contraddittoria, dell'apprezzamento compiuto sulla ragionevole impossibilità di svolgere ulteriori ed efficaci ricerche del dichiarante". E' di notevole interesse teorico notare come l'*iter* argomentativo della sentenza della Sez. VI muova dalla pronuncia della Corte costituzionale sul caso Dorigo (sent. n. 113 del 2010), affermando che "se è vero che la decisione della Corte costituzionale formalmente riguarda i soli singoli casi che siano stati esaminati e decisi dalla Corte europea, appare evidente che va in realtà colta l'essenza sistematica della novità (della sentenza n. 113 del 2010 n.d.r.). Che è quella di riconoscere alla violazione della giurisprudenza Cedu in tema di diritti riconosciuti nell'ambito del procedimento penale la "sanzione" della vanificazione del giudicato". Ciò che – secondo i giudici della VI sezione – rafforza, in modo francamente poco superabile, la conclusione che il diritto al contraddittorio riconosciuto nella formazione della prova impone che "l'impossibilità oggettiva di procedere al confronto orale sia assistita dall'esclusione di ogni ulteriore ragionevole possibilità di utile contatto". Come dire: la "sanzione" della vanificazione del giudicato in funzione general-preventiva per il giudice nazionale, secondo quanto sopra ampiamente argomentato.

lettura dibattimentale, *ex art. 512 bis c. p. p.*, delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, da persona residente all'estero, è necessario preliminarmente accertare l'effettiva e valida citazione del teste non comparso – secondo le modalità previste dall'art. 727 c.p.p. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria – verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni. Inoltre, occorre che l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste sia assoluta ed oggettiva, e, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo, occorre che risulti assolutamente impossibile la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959. Si tratta della (quasi letterale) trasposizione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha affermato che, ai fini dell'art. 6 § 3, lett. d), della CEDU l'autorità giudiziaria deve porre in essere procedure ragionevoli per tentare di identificare la residenza di un testimone importante che l'accusato non aveva potuto interrogare ⁽⁸²⁾. Fin qui, la conformazione ai postulati affermati dalla giurisprudenza di Strasburgo si mantiene piana e lineare: tra più ermeneutiche possibili, essa orienta, senza notevoli problemi, verso una restrizione ermeneutica della deroga.

Il cammino comincia a divenire faticoso allorquando, tramite essa, il Giudice di legittimità si pone di fronte alla problematica dell'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali.

In proposito, la Corte afferma innanzitutto che ai fini dell'operatività del divieto di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, non è necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente – in conformità ai principi convenzionali (art. 6 CEDU) – la volontarietà dell'assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta, sempre che non vi siano elementi esterni che escludano una sua libera determinazione. Per riportare, secondo un'esegesi opportunamente restrittiva, l'impossibilità di comparire ad un principio di "assolutezza oggettiva" – depurata, quindi, da ogni soggettivo elemento di volontà del teste di non realizzare il contraddittorio – il Giudice della legittimità si vale, ancora una volta, del canone di conformazione alla normativa ed alla giurisprudenza della Corte europea. Muovendo dal presupposto che l'ordi-

⁽⁸²⁾ Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 8 giugno 2006, Bonev c. Bulgaria; Id., Sez. IV, 9 gennaio 2007, Gossa c. Polonia; Id., Sez. III, 24 febbraio 2009, Tarau c. Romania.

namento italiano, nell'ipotesi di testimone residente all'estero, prevede lo strumento della possibilità di assunzione della testimonianza o di altro atto istruttorio mediante rogatoria internazionale cd. "concelebrata", secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale ⁽⁸³⁾, si rileva che il suddetto art. 4 dispone che, se l'autorità richiedente lo domanda espressamente e l'autorità richiesta lo consente, l'autorità richiedente e le parti processuali possono assistere all'esecuzione della rogatoria. Pertanto, anche se è pur sempre l'autorità straniera richiesta a compiere l'atto istruttorio secondo le regole previste dalla legge locale, tuttavia l'autorità italiana richiedente, titolare del processo, e le parti dello stesso processo, possono essere ammesse secondo le convenzioni internazionali e la disponibilità della stessa autorità straniera, a formulare o suggerire domande secondo lo spirito del modello accusatorio. In breve, attraverso lo strumento legislativo "europeo" la Corte di cassazione mira a sopperire all'assenza dal processo del testimone "estero", suggerendo una forma di contraddittorio che, benché imperfetto, ne consenta l'assunzione.

Ma è il terzo *step* del percorso decisionale del Giudice di legittimità - sul tema dell'utilizzazione delle dichiarazioni pure ritualmente acquisite - a risultare autenticamente impervio: a dimostrazione che la conformazione alle indicazioni della Corte europea giunge sì ai suoi massimi di efficacia, ma quasi sempre con grande affanno. Qui occorre procedere ad una sintetica digressione circa le coordinate della prova dichiarativa *equitable* secondo la giurisprudenza di Strasburgo. E' fin troppo nota, sul punto, la posizione della Corte europea: l'art. 6 § 3 lett. d) nel prevedere che «ogni accusato ha in particolare il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle medesime condizioni dei testimoni a carico» sancisce il diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, garanzia, questa, cardine assoluto dell'equità del processo. Il principio fondamentale è che la prova dichiarativa (al pari di ogni altra prova), per poter essere utilizzata ai fine dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, deve essere assunta necessariamente in contraddittorio. L'imputato, secondo la prescrizione della citata norma della Convenzione, deve quindi poter partecipare all'assunzione della fonte testimonia-

⁽⁸³⁾ Firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, ratificata dall'Italia in data 23 agosto 1961 e resa esecutiva con l. 23 febbraio 1961, n. 215, art. 2

le in un pubblico dibattito ⁽⁸⁴⁾. Tale principio - afferma testualmente la Corte - “*ne va pas sans exceptions*” ⁽⁸⁵⁾: ammette, cioè, deroghe, ma in termini assai precisi. L’eccezione più rilevante - che vale a rendere storicamente applicabile un principio altrimenti inattuabile nella quasi totalità degli ordinamenti nazionali - è quella del c.d. contraddittorio differito. Nella giurisprudenza di Strasburgo si afferma infatti, con una costanza assoluta e tetragona, che per rispettare il principio sopra visto è sufficiente che l’imputato abbia avuto un’occasione adeguata e sufficiente di interrogare l’autore delle dichiarazioni a suo carico: che, dunque, anche in un momento successivo alla (originaria) produzione della prova, egli abbia avuto la possibilità di contestare la testimonianza a carico e di contestarne il contenuto. ⁽⁸⁶⁾

Da ciò discendono due effetti. Il primo è che non sono *in sé* vietate le dichiarazioni raccolte nella fase dell’indagine e, soprattutto, ad esse può ben essere attribuito valore probatorio: se vi è stato esercizio del diritto al confronto (chiamiamo così, per comodità, la sequenza procedurale prevista nella lett. d), § 3 dell’art. 6 CEDU), allora le precedenti dichiarazioni hanno pieno valore probatorio, in nulla inferiore a quelle rese dal dichiarante dinanzi al giudice terzo ed al cospetto dell’imputato ⁽⁸⁷⁾. Il secondo effetto è una famosa regola di valutazione probatoria: quando non sia stata assicurata all’imputato “un’occasione adeguata e sufficiente” di contestare la dichiarazione raccolta nella fase di indagine, l’eventuale sentenza di condanna non può fondarsi esclusivamente o in modo determinante su di essa. Non può cioè essere - secondo la semantica della Corte EDU - prova *solely* (esclusiva) o *mainly* (determinante) posta a fondamento della condanna, poiché, in tal caso, risulterebbe violata la norma di garanzia di cui all’art. 6, § 3, lettera d) della Conven-

⁽⁸⁴⁾ “Les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l’accusé en audience publique, en vue d’un débat contradictoire”. Corte eur. dir. uomo, Taxquet c. Belgique, 13 gennaio 2009, § 58.

⁽⁸⁵⁾ *Loc.ult. cit.*

⁽⁸⁶⁾ “L’article 6 §§ 1 et 3 d) commandent d’assurer à l’accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d’en interroger l’auteur, au moment de la déposition ou plus tard”: cfr. Corte eur. dir. uomo, Kostovski c. Pays-Bas, 20 novembre 1989, § 41; Id., Lüdi c. Suisse, 15 giugno 1992, § 49; Raykov c. Bulgarie, 22 ottobre 2009, § 71 e, per quanto riguarda le pronunce in cui è stata parte lo Stato italiano, le note sentenze Corte eur. dir. uomo, Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001; Id., Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005; Id., Majadallah c. Italia, 19 ottobre 2006.

⁽⁸⁷⁾ E’ quanto affermato dalla Corte, ad esempio, nella decisione (sull’ammissibilità) 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta, n. 51760/99 (ma negli identici termini già Doorson v. the Netherlands, 25 febbraio 1996, § 78), dove si evidenzia, che, una volta garantito all’imputato il diritto al confronto con l’accusatore, non si può «sostenere in astratto che le dichiarazioni rese da un testimone nel corso dell’udienza pubblica e sotto giuramento debbano essere sempre preferite (considerate maggiormente attendibili)».

zione⁽⁸⁸⁾. E ciò anche quando il confronto sia divenuto impossibile per morte del dichiarante o per le sue gravi condizioni di salute ⁽⁸⁹⁾, ovvero quando l'irreperibilità del dichiarante sia giuridicamente giustificata da un diritto di costui al silenzio, come nel caso di coimputati ⁽⁹⁰⁾ o di imputati di reato connesso ⁽⁹¹⁾.

Ora, è difficilmente contestabile il rilievo che, nel nostro sistema processuale, non esiste una regola di valutazione probatoria che replichi quella della Corte di Strasburgo appena sopra evidenziata. La lettera dell'art. 526 *bis* c.p.p. è oltremodo chiara: essa impedisce di formulare un giudizio di colpevolezza solo nel caso in cui si sia in presenza di dichiarazioni rese unilateralmente da parte di chi per libera scelta si sia sempre sottratto volontariamente al contraddittorio, cosicché "interpretare la norma in questione diversamente significherebbe svuotare il dato testuale della disposizione, qualunque sia la natura che ad essa si intenda riconoscere (regola di esclusione probatoria o criterio legale di valutazione)"⁽⁹²⁾.

Ma è proprio questo il *punctum pruriens* affrontato dalle Sezioni Unite. Secondo il vertice di legittimità, dall'art. 6 della CEDU, "per come costantemente e *vincolativamente* interpretato dalla Corte di Strasburgo, discende una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto" (corsivo nostro), la quale prescrive un criterio di valutazione della prova nel processo penale, nel senso che una sentenza di condanna non può fondarsi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare ne' nella fase istruttoria nè durante il dibattimento. E poiché è doveroso – continua la Corte – dare alle norme di valutazione probatoria nazionali una interpretazione adeguatrice che le renda conformi alla norma della CEDU, ecco che tale regola probatoria va importata, conformando ad essa l'esegesi dell'art. 526, comma 1-*bis* c.p.p. La regola dettata da quest'ultima norma dunque – secondo le SS.UU., che richiamano, condividendolo, uno specifico precedente sul punto – "vieta al

⁸⁸⁾ Corte eur. dir. uomo, A.M. c. Italia, 14 dicembre 1999; Id., Bracci c. Italia, cit.; Id., Cipriani c. Italia, 9 febbraio 2006; Id., Majadallah c. Italia, cit.; Id., Ogaristi c. Italia, 18 maggio 2010.

⁸⁹⁾ Corte eur. dir. uomo, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, 7 agosto 1996; Id., Craxi c. Italia, 5 dicembre 2002.

⁹⁰⁾ Corte eur. dir. uomo., Carta c. Italia, 20 aprile 2006.

⁹¹⁾ Corte eur. dir. uomo, Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001.

⁹²⁾ Così, con cristallina chiarezza, P. SILVESTRI, *Teste irreperibile e valutazione delle dichiarazioni pre-dibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p.* (nota a Cass. Sez. V, 26 marzo 2010, T., in *Mass. Uff.*, n. 247446), in *Cass. pen.*, 2011, 284.

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" ⁽⁹³⁾.

L'argomentazione si fa poi carico di confutare l'eventuale duplice "incompatibilità" della regola di valutazione così affermata: rispetto al parametro costituzionale (art. 111, co. 5, Cost.) e rispetto alla stessa *littera legis* dell'art. 526 c.p.p.

Di estremo interesse la prima argomentazione. L'incompatibilità con il contenuto del precetto costituzionale sarebbe infatti da escludersi in quanto, mentre l'art. 111 Cost., co. 5, detta norme sulla *formazione* ed *acquisizione* della prova, la regola convenzionale pone un criterio di *valutazione* della prova dichiarativa regolarmente acquisita. Gli ambiti sono quindi distinti: la deroga al principio della formazione dialettica della prova autorizza l'acquisizione al processo dell'atto compiuto unilateralmente, "ma non pregiudica la questione del valore probatorio che ad esso, in concreto, va attribuito". Ora, al di là della suggestione dell'argomento (e del fine nobile che esso intende conseguire), non può non osservarsi che, suo malgrado, si tratta di argomento alquanto manipolativo del precetto costituzionale. Nonostante l'elevato livello di dettaglio, l'art. 111 Cost. *non* è una norma processuale, ma un precetto costituzionale: il suo strutturale grado di generalità e di astrattezza non può essere senza riflessi sulla sua esegesi e non indurre a ritenere che, allorquando il legislatore costituzionale ha inteso legittimare deroghe al principio generale del contraddittorio, ha necessariamente inteso legittimare, al contempo, l'utilizzazione in chiave probatoria di quelle deroghe. In Costituzione, insomma, non c'è lo spazio normativo per dettagliare, per cui – ferma restando la tipizzazione dei "casi" da parte del legislatore di ciò che è acquisibile in forza della tripartizione categoriale – ciò che è acquisibile (in conformità a Costituzione) è, per ciò stesso, utilizzabile. Non sembra, insomma, che l'art. 111, co. 5, conceda al legislatore *anche* libertà di introdurre regole legali di valutazione della prova all'interno delle tipizzate deroghe al contraddittorio.

Non meno impervia l'argomentazione per dimostrare la compatibilità di un'esegesi "conforme" alla lettera dell'art. 526, co. 1 *bis*. Essa ha possibilità di esistenza in quanto: a) l'art. 526, co. 1 *bis*, c.p.p. (riproducendo l'art. 111, co. 4, Cost.) pone un limite alla utilizzazione probatoria delle dichiarazioni non rese in contraddittorio valevole per alcune determinate ipotesi; b) la norma convenzionale pone una regola analoga di valutazione probatoria delle stesse dichiarazioni valevole anche per altre ipotesi; c) la norma nazionale non dice

⁹³⁾ In questi termini, infatti, già Cass. Sez. III, 15 giugno 2010, Rotaru, in *Mass. Uff.*, n. 248052.

anche che, in ipotesi diverse da quelle da essa contemplate, debba valere un opposto criterio, ossia non esclude che anche nelle altre ipotesi possa applicarsi un analogo criterio di valutazione probatoria, ricavato in via interpretativa dalle norme o dai principi in materia o anche posto da una diversa norma comunque operativa nell'ordinamento. La norma nazionale, in applicazione del principio generale del giusto processo, pone insomma una tutela minima per l'imputato, senza escludere una tutela più estesa.

Ma anche in tal caso si potrebbe obiettare che la stessa struttura logica dell'art. 526, co. 1 *bis* – di norma, cioè, che “chiude” la latitudine massima della valutazione probatoria – la pone in qualche modo nell'alveo di una norma ritagliata ad un'ipotesi precisa ed eccezionale. La tollerabilità di una regola legale di valutazione della prova è proporzionata proprio al preciso e ragionevole ritaglio del suo oggetto: dilatarne la portata non è solo operazione ermeneutica *praeter*, ma, per certi aspetti, *contra legem*, proprio in quanto si tratta – come riconoscono le stesse Sezioni Unite – di una norma di chiusura del sistema. Ancora una volta, l'interpretazione conforme alla CEDU è nobilissima negli scopi, opportuna nella realizzazione, doverosa rispetto alle aspettative di Strasburgo: ma, ancora una volta, è anche un sisma per la coerenza di sistema.

Ciò apre la strada ad una considerazione più generale e finale.

Probabilmente, in tema di “interpretazione conforme alla CEDU” abbiamo già da tempo superato – alcune volte senza accorgercene, altre volte in piena consapevolezza, ma facendo finta di nulla – la sottile linea d'ombra che segna il punto di non ritorno di ogni ermeneutica conforme: lettera della legge e volontà riconoscibile del legislatore. Unici criteri, questi, per distinguere una inammissibile interpretazione *contra legem* da una legittima ermeneutica conforme *praeter* o *secundum legem*, secondo una irrinunciabile confine a salvaguardia dello stesso equilibrio del sistema. La sensazione è che oggi si sia tuttavia di fronte ad una diversa prospettiva, secondo la quale l'estensione analogica *in bonam partem*, in cui si risolve pressoché sempre l'interpretazione conforme alla CEDU, sia illegittima non tanto allorquando si superi *formalmente* il limite di significato letterale della disposizione, ma, soprattutto, quando tale significato, proprio e prevalente, venga “ampliato al di là di quanto è consentito dal criterio sistematico, quando cioè viene ampliato senza riscontri nel contesto legislativo, di solito in virtù di generalizzazioni non con-

fortate dal criterio sistematico”⁹⁴). In breve: il limite tradizionale dell’ interpretazione conforme sembra, più che “spostato in avanti”, autenticamente sostituito da un criterio diverso, di tipo sistemico-assiologico, che nei valori del sistema trova, cioè, il suo criterio di legittimazione.

Dove condurrà tutto ciò è impossibile a prevedersi.

⁹⁴) Così G. CARCATERRA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, 352.