

QUESITI

ROBERTA APRATI

L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La mappatura: il diritto consolidato. - 3. La fase pregiudiziale: la compatibilità fra Cedu e Costituzione. - 4. La comparazione: la disomogeneità fra Cedu e sistema interno. - 5. La fase correttiva: l'interpretazione "autentico-esemplificativa". - 6. Il nuovo dato: l'effettività dei diritti convenzionali va tutelata nel corso del processo con i normali rimedi processuali interni.

1. Premessa

Continua il lungo cammino volto a delineare il modo in cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo entra nel nostro sistema processuale. E questa volta è la Corte di cassazione (Sez. un. n. 27620 del 2016, Dasgupta) - e non già la Corte costituzionale - a porre un fondamentale tassello. Il nuovo problema da risolvere è come assicurare il rispetto della Convenzione durante il corso del processo nel caso in cui venga trasgredita una specifica norma processuale frutto di un'interpretazione convenzionalmente orientata, senza che nessuno eccepisca o rilevi la violazione normativa. In particolare, ci si interroga su come intervenire in Cassazione - in mancanza di uno specifico motivo di ricorso presentato dalla parti sulla questione - se non sia stato rispettato il divieto di adottare una pronuncia di condanna in appello senza che siano escuse le prove testimoniali decisive che in primo grado avevano invece giustificato una assoluzione.

Il quesito che si pone in questa ipotesi - ma la domanda è estendibile a ogni altra situazione - è se la Corte di cassazione possa d'ufficio rilevare la violazione, ripristinando così la legalità convenzionale; se possa correggere di sua iniziativa il procedimento, al fine di evitare che si arrivi a una sentenza definitiva in ipotesi - e solo in ipotesi - censurabile da parte della Corte Edu qualora venga intentato un ricorso individuale.

In pratica è emerso un tema ancora non messo a fuoco pienamente: una volta che si è affermata un'interpretazione convenzionalmente orientata - cioè una rilettura del sistema in cui si dà spazio applicativo a ciò che ci impone la Corte europea "con una sentenza pilota o con diritto consolidato" - quali sono gli strumenti per garantire che la nuova regola processuale di genesi convenzionale venga rispettata nel corso di qualsiasi procedimento prima che si formi il giudicato?

Da un certo punto di vista appare quasi sconcertante che nel caso di specie il giudice d'appello e poi le parti non si siano fatti carico in nessun momento di

dare seguito alla nuova regola che da tempo ormai governa l'appello. E questo non può che portarci a una riflessione più generale: i correttivi interpretativi richiedono degli accorgimenti affinché siano conosciuti, fatti propri dagli operatori del diritto.

Sotto questo aspetto, allora, appare condivisibile la scelta di portare la questione di fronte alle Sezioni unite, non tanto per il contrasto sulla specifica questione giuridica, quanto piuttosto per la necessità di dare pubblicità alla nuova interpretazione convenzionalmente orientata, così che possa poi essere maggiormente conosciuta e diffusa.

Ben venga allora che le Sezioni unite abbiano “codificato” il regime giuridico della rinnovazione istruttoria in appello nel caso di condanna dopo una precedente assoluzione. Ma ben venga anche che la Cassazione abbia ritenuto che non esiste un nuovo e autonomo vizio di violazione della Cedu rilevabile d'ufficio dalla Cassazione. La Convenzione entra nel diritto interno non già come disciplina “peculiare” dotata di un “peculiare” regime giuridico; ma come disciplina che si trasforma in una “normale” regola processuale, che ha dunque un “normale” regime giuridico: quello già previsto dal sistema interno a seconda di come sia stata di volta in volta conformata la regola convenzionale.

2. La mappatura: il diritto consolidato

In via generale è possibile immaginare che nel procedere all'interpretazione convenzionalmente orientata i giudici comuni debbano attenersi a un protocollo prestabilito, ovvero sia seguire una serie di passaggi obbligati al fine di verificare se il sistema possa adeguarsi spontaneamente ai precetti della Convenzione o se invece sia necessario un intervento forzoso attraverso una pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost. 49/2015).

In prima battuta il giudice interno deve allora procedere alla “mappatura”, ovvero sia all'individuazione del contenuto specifico della disposizione convenzionale. A tal fine - sul presupposto che spetta alla Corte edu interpretare le disposizioni della Convenzione - è necessaria una lettura sistematica di tutti i precedenti della Corte di Strasburgo che riguardano la medesima questione. Da questo punto di vista la Corte di cassazione procede alla mappatura, rilevando l'esistenza di un precetto consolidato che può dirsi vincolante anche per l'ordinamento italiano.

Si tratta della regola secondo cui “l'affermazione nel giudizio di appello della responsabilità dell'imputato prosciolto in primo grado su base di prove dichiarative è consentita solo previa nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione.” La Cassazione precisa anche che per la Corte edu

“la lesione del diritto convenzionale si realizza anche nelle ipotesi in cui né l'imputato né il difensore abbiano sollecitato una nuova escussione dei testimoni. E si tratta di un orientamento consolidato. Esso dunque, anche se non espresso con riferimento a procedimenti italiani, può dirsi vincolante anche per il nostro ordinamento”.

In realtà la precisazione potrebbe essere fuorviante, perché si tratta di un aspetto che era già desumibile: se la condanna è vietata, senza altra condizione, è vietata in ogni caso, senza che possa assumere rilievo il regime giuridico della titolarità delle richieste istruttorie. Ma forse, in un sistema tendenzialmente governato dal principio di disponibilità della prova, la precisazione ha un suo valore.

3. La fase pregiudiziale: la compatibilità fra Cedu e Costituzione

Individuata la norma Cedu, si deve passare alla fase “pregiudiziale”, ovvero sia accertare se la norma convenzionale, nel contenuto identificato nella mappatura, sia conforme alle prescrizioni costituzionali (Corte cost. nn. 303/2011, 236/211, 113/2011, 93/ 2010, 17/2009, 311/ 2009), perché altrimenti è possibile valutare l'irragionevolezza della norma convenzionale. Occorre perciò a tal fine compiere un bilanciamento volto a verificare se una norma costituzionale sia irragionevolmente compromessa dalla prescrizione sub-costituzionale individuata dalla Corte di Strasburgo. “Il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Cedu è subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu. Nelle ipotesi in cui non sia possibile percorrere tale via, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana e sia perciò tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento” (Corte cost. n. 49 del 2015).

Ebbene, il divieto di condannare in appello sulla base di dichiarazioni scritte valutate diversamente non si pone in alcun modo in contrasto con le prescrizioni della Costituzione, tutt'altro: si tratta solo di una questione di gradi di tutela, imponendosi qui il criterio del *maximum standard*. Il nostro sistema costituzionale infatti già tutela, seppur indirettamente, il principio di immediatezza, quale espressione del diritto alla prova *ex art. 111, co. 3, Cost.* (Corte cost., n. 205 del 2010). E la Corte costituzionale ha già riconosciuto che la modulazione di tale diritto costituzionale spetta alla discrezionalità del legislatore, sicché non spetta ad essa modularlo con i principi eventualmente confliggenti con esso (Corte cost., n. 399 del 2001.)

Ma non solo. Si può anche riconoscere che in queste ipotesi non vi sia neppure un'ingerenza della Corte di Strasburgo sul modo in cui attribuire la garanzia. Infatti è necessario sempre chiedersi se possa essere considerato già di per sé un impedimento all'adeguamento la circostanza che la norma frutto dell'interpretazione della Corte edu si presenti come una specifica regola di dettaglio, segnando non già un fine da realizzare, un valore da tutelare, ma disegnando anche la specifica modalità di realizzazione. Si tratterebbe dei casi estremi in cui la Corte europea delinea una norma che non lascia alcuno spazio di discrezionalità nel processo di adeguamento del sistema interno, eliminando dunque ogni margine di apprezzamento.

Si può affermare che in tal modo la Corte europea superi i suoi limiti di competenza? Così che fra la fonte giurisprudenziale (la sentenza di dettaglio della Corte edu) e quella costituzionale (l'art. 101 Cost.) si crei un'antinomia formale perché la Corte sovranazionale travalica le sue attribuzioni? Sicché qui sarebbe possibile consentire alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità della legge di recepimento della Cedu, laddove consente l'ingresso dell'art. 6 Cedu, come interpretato dalla sentenza della Corte edu nella parte in cui impone la disciplina di dettaglio? Ci dobbiamo, in definitiva, interrogare se alla Corte di Strasburgo sia consentito fare ciò che non è consentito nemmeno alla Corte costituzionale (Corte cost., nn. 109/1986 e 328/1988). Andrebbe allora tracciato un confine: tali pronunce da parte della Corte edu sono costituzionalmente consentite solo se sono a rime obbligate, ovvero se quando la disciplina di dettaglio si configura come unico strumento pratico di applicazione e tutela di un certo principio convenzionale.

Ebbene, anche in questo caso non si può ritenere che la Corte Edu si sia sostituita alle scelte riservate al legislatore nazionale, là dove si è limitata a vietare che una condanna sia fondata su prove non riassunte oralmente.

La Corte edu, infatti, non indica come il divieto debba essere realizzato; e in effetti si aprono diverse strade per dare attuazione alla statuizione. Basti pensare alla scelta se intervenire solo a valle sulla decisione o solo a monte sul regime istruttorio del giudizio d'appello, ovvero in ambedue i momenti. O, ancora, se introdurre una regola di esclusione probatoria ovvero una regola di valutazione probatoria. O, comunque, a tutte le possibili modulazioni immaginabili sulle singole scelte percorribili. Nonché alla opportunità di attenersi strettamente ai casi individuati dalla Corte sovranazionale, ovvero di allargare ulteriormente lo spettro applicativo della statuizione, prevedendo ad esempio - come poi è avvenuto - un divieto generalizzato di condanna in assenza di riassunzione, senza limitarlo al solo caso in cui il testimone sia stato già escusso in primo grado.

4) La comparazione: la disomogeneità fra Cedu e sistema interno

Individuata la norma Cedu su cui lavorare e concluso positivamente il vaglio di compatibilità fra Cedu e Costituzione, va effettuata la “comparazione”, si deve cioè verificare la (più o meno) coincidenza fra i due sistemi di tutela.

A tal fine è necessario accertare quale sia la regola processuale interna che disciplina la medesima fattispecie concreta prevista dalla norma Cedu come individuata dalle “pronunce mappate”, per appurare se vi sia o meno coincidenza nel trattamento, vale a dire fra la conclusione a cui è pervenuta la Corte Edu e le conseguenze giuridiche interne previste dal nostro ordinamento.

Ebbene, le ipotesi concrete monitorate dalla Corte europea sono disciplinate da una regola interna diversa da quella identificata dalla Corte Edu. Perché nel sistema interno, in primo luogo, non c'è nessun vincolo per il giudice volto a vietargli di adottare una condanna sulla base di una rivalutazione cartolare delle dichiarazioni orali rilasciate in primo grado; infatti nessuna norma inibisce in questa situazione di condannare. In secondo luogo, esiste anche una peculiare regola che viene applicata dal diritto vivente: quella che impone una motivazione rafforzata - in virtù del principio del ragionevole dubbio codificato nell'art. 533 c.p.p. - in tutti i casi in cui nel giudizio di appello si pervenga al ribaltamento dell'assoluzione in condanna, e non già nella sola ipotesi in cui il c.d. *overturning* sia frutto di una valutazione cartolare di prove assunte invece oralmente nel giudizio di primo grado.

Sicché, in conclusione, si può predicare la presenza di una disomogeneità peculiare fra i due sistemi di tutela. Perché nell'ordinamento interno, a differenza di quanto prescrive la Cedu, da una parte è sempre consentito nel giudizio d'appello il c.d. *overturning* di un'assoluzione in condanna, e dall'altra, tale esito è sempre subordinato ad una motivazione rafforzata (e dunque anche nel caso in cui in primo grado la prova non sia stata acquisita oralmente, come, per esempio, quando si sia celebrato il giudizio abbreviato).

5. La fase correttiva: l'interpretazione “autentico-esemplificativa”

Se l'esito della fase di comparazione porta alla constatazione della più o meno lata coincidenza fra norma Cedu e sistema interno, l'interpretazione convenzionalmente orientata si conclude: si potrà continuare ad applicare il diritto interno, per come si è consolidato nell'ordinamento interno.

Di contro, qualora non si pervenga a tale risultato, sarà necessario procedere oltre, attraverso un intervento ortopedico volto a correggere a tutti i costi il significato di una disposizione interna. Qui di fronte al giudice si pone un

percorso progressivo. Lui stesso deve agire direttamente su una disposizione, fornendone una lettura correttiva volta ad assimilarla alla regola sovranazionale. Ma se non rinviene argomenti interpretativi che possano condurre all'allineamento della norma interna con quella esterna, deve rimettere la questione alla Corte costituzionale, perché è necessario un giudizio di costituzionalità volto a eliminare o introdurre una norma che realizzi forzosamente l'armonizzazione (Corte cost. 49/2015).

Individuata quindi la disomogeneità fra il sistema convenzionale e il sistema interno, occorre passare alla "fase correttiva" ovvero tentare la praticabilità di un'interpretazione convenzionalmente orientata, verificando se attraverso una variazione del significato normalmente attribuito ad una disposizione interna sia possibile raggiungere l'allineamento.

Si tratta cioè di capire se esista già nel sistema una disposizione che possa essere riletta alla luce della convenzione per dare attuazione alla regola sovranazionale non esistente nel sistema interno.

Precisandosi nondimeno che in presenza di un diritto vivente consolidato contrario, l'unico esito possibile sembra essere la dichiarazione di incostituzionalità della norma interna. La Corte costituzionale, infatti, ha dovuto di recente dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. La norma dichiarata incostituzionale è regola enucleata dal diritto vivente nazionale, che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto. La Corte, infatti, ha dovuto precisare che "sulla corrispondenza di tale regola a un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità non vi sono dubbi, posto che essa è stata ininterrottamente applicata dall'entrata in vigore dell'art. 90 del c.p.p. del 1930 fino a oggi, anche dopo che a quest'ultima disposizione è subentrato l'art. 649 del nuovo c.p.p.". Ne è derivato che la Corte non ha potuto né dichiarare inammissibile la questione per mancato tentativo di una previa interpretazione convenzionalmente orientata, né ha potuto lei stessa seguire tale percorso attraverso una sentenza interpretativa di rigetto (Cort. cost. 200/2016).

Da questo punto di vista le Sezioni unite in commento, convengono invece nella praticabilità dell'interpretazione convenzionalmente orientata. Si riconosce infatti - come già le singole sezioni da tempo hanno ritenuto - che le regole che governano l'istruzione dibattimentale in appello possano essere utilizza-

te a tal fine. In particolare l'art. 603, co. 3, c.p.p., là dove attribuisce al giudice d'ufficio la possibilità di acquisire prove se risulti assolutamente necessario.

In effetti l'art. 603, co. 3, c.p.p. è fattispecie vaga, riferibile cioè ad una classe indeterminata di casi, sicché può esservi agevolmente incluso quello specifico previsto dalla norma sovranazionale. Qui basta procedere a un'interpretazione correttiva, "autentica-esemplificativa", della disposizione, per far in modo che quella ipotesi venga obbligatoriamente inclusa nella fattispecie presa in considerazione accanto a tutte le altre che non subiranno variazioni. "La necessità" di riacquisire le prove *ex art. 603, co. 3, c.p.p.*, dunque, comprende oggi senza dubbio l'evenienza in cui il giudice ritenga di dover rivalutare le prove dichiarative decisive per la condanna, senza tuttavia escludere altre situazioni. In pratica qui si aggiunge un caso specifico come esempio del significato della disposizione, caso però che già rientrava concettualmente nell'insieme dei casi riconducibili alla norma, accanto a molti altri ancora che continuano a esservi contemplati, e che si differenzia da questi ultimi per essere diventato obbligatorio.

Ma non solo, la Corte precisa anche che la violazione dell'obbligo di rinnovazione comporta un vizio della motivazione per la violazione del canone del ragionevole dubbio.

Qui dunque le Sezioni unite aggiungono un tassello all'interpretazione convenzionalmente orientata, finalizzato a dare continuità e omogeneità all'assetto del c.d. *overturning* di un'assoluzione in condanna, tramite il margine di apprezzamento. Si rileggono infatti anche gli artt. 533 comma 1, e 606 lett. e) c.p.p.: viene così "codificato" un nuovo caso di dubbio irragionevole; e, nel contempo, viene "codificato" un nuovo tipico vizio della motivazione, che si "aggiunge" a quello già previsto dal diritto vivente della illogicità per mancanza di una motivazione rafforzata.

Da una parte, quindi, si dà continuità con il precedente assetto: oggi come ieri la possibilità di riformare una sentenza di assoluzione in condanna è soprattutto una questione di "giustificazione". Questo è il nocciolo della questione. E proprio per tale motivo si è scelta anche la via dell'omogeneità e della non differenziazione: l'assunzione orale della prova dichiarativa decisiva in appello ai fini *overturning* è sempre imposta e dunque anche quando nel giudizio di primo grado la prova non sia stata escussa oralmente, come nel caso del giudizio abbreviato.

L'art. 606 lett. e) c.p.p. prevede infatti la possibilità di censurare le motivazioni illogiche, vale a dire quelle che fanno una cattiva applicazione di una massima di esperienza. Ebbene dalla sentenza della Cedu le Sezioni unite traggono l'esistenza di una nuova lapalissiana massima di esperienza: "è più attendi-

bile una valutazione di dichiarazioni orali, rispetto alla medesima valutazione fatta su dichiarazioni scritte.” Se dunque si muta una assoluzione in condanna, la giustificazione deve basarsi sulla “attendibilità massima” della prova decisiva all’*overturning*.

Non si tratta certo di una novità: da sempre la Corte di cassazione “codifica massime di esperienza”, volte a supportare le decisioni. Basti pensare a tutta la giurisprudenza sui “riscontri “in tema di dichiarazioni accusatorie, o ai criteri per valutare la “gravità” e la “precisione” della prova indiziaria, per non parlare delle tante altre regole di esperienza che continuamente vengono “massimate” nelle pronunce della Cassazione.

Inoltre va notato che l’aver riportato il vizio al difetto di motivazione permette anche una certa elasticità nel verificare l’eventuale violazione. Se infatti esiste una massima d’esperienza secondo la quale fra la valutazione orale e quella scritta di un medesimo dichiarante, è più affidabile la prima, non si può escludere che in determinate circostanze concrete la regola empirica non sia applicabile nel caso specifico. Sicché in queste ipotesi una motivazione rafforzata ben può essere sufficiente a spiegare la disapplicazione della massima di esperienza. Non a caso la stessa Corte europea ha riconosciuto che non è sempre necessaria la riassunzione della prova: la Corte non censura le leggi, ma le violazioni in concreto; pertanto non si tratta di un mutamento di giurisprudenza, ma semplicemente della circostanza che nel caso trattato la lesione al diritto all’immediatezza nel giudizio d’appello è stata compensata e riparata con una motivazione rafforzata e con la possibilità di ricorrere per Cassazione per censurare gli eventuali errori contenuti nella motivazione rafforzata (Corte Edu, Kshelv c. Estonia, 26 aprile 2016).

6. Il nuovo dato: l’effettività dei diritti convenzionali va tutelata nel corso del processo con i normali rimedi processuali interni

Il quesito posto alla Sezioni unite mette a fuoco un problema di cui già da tempo si discute. Non tanto - e non solo - se la Corte di cassazione possa rilevare d’ufficio direttamente la violazione della Convenzione, ma piuttosto, e più in generale, qual è il regime giuridico delle nuove regole che vengono introdotte nel sistema attraverso l’interpretazione convenzionalmente orientata. Ci dobbiamo chiedere infatti se la conformazione del nostro sistema a quanto previsto dalla Corte edu con una sentenza pilota o con un indirizzo interpretativo consolidato, imponga solo di individuare il modo in cui la garanzia convenzionale debba trovare ingresso nel sistema giuridico interno, o ci prescriva anche di prevedere un peculiare regime giuridico di controlli e di impugnazioni nel caso in cui la nuova regola processuale non venga rispettata.

Viene qui in rilievo il problema relativo a cosa accada se una certa garanzia convenzionale sia anche presa in considerazione nel diritto interno, ma non sia qui presidiata da alcun rimedio processuale in caso di sua violazione, ovvero sia presidiata da rimedi troppo blandi. In caso di inosservanza del precetto, bisogna comunque prevedere una “reazione” sul presupposto che siffatta conseguenza sia imposta dalla Cedu? E la reazione dell’ordinamento deve consistere necessariamente nella previsione di “vera e propria invalidità” sempre rilevabile d’ufficio, anche in Cassazione? In pratica è obbligatorio introdurre un vero e proprio regime sanzionatorio paragonabile a quello previsto nel sistema interno per le più gravi violazioni? Così che sia necessario a tal fine coniare un’apposita e “specificata nuova invalidità”: la violazione della Cedu, come tale sempre rilevabile d’ufficio anche in Cassazione ai sensi dell’art. 609 c.p.p.?

A tali interrogativi si deve fornire una risposta negativa. Invero l’ordinamento interno non si esporrebbe ad alcuna censura di “carattere strutturale” da parte della Corte di Strasburgo nel momento in cui includesse nel suo sistema le regole processuali espressione dei principi della Cedu, senza che tali nuove regole siano presiedute da alcunché in casi di loro violazione o siano tutelate da reazioni a bassa intensità, come, per esempio, eccettabili solo dalle parti o comunque sanabili. Le garanzie sovranazionali sarebbero infatti pienamente attuate. La stessa Corte Edu in varie occasioni ha ricordato come il regime sanzionatorio delle regole processuali entra nella discrezionalità degli ordinamenti interni.

Ciò non escluderebbe, tuttavia, che l’Italia possa essere – sempre in ipotesi – condannata dalla Corte Edu nel caso in cui in un “singolo” processo un imputato venisse leso proprio in virtù della inosservanza di tali norme in quel “singolo” caso (stiamo immaginando, ovviamente, che tale pregiudizio non sia stato poi compensato in alcun modo in tutto l’iter processuale). Ma lo stesso potrebbe accadere anche qualora si profilasse un’invalidità non sanabile e rilevabile d’ufficio: non si può infatti escludere che anche in questi casi possa in concreto essere omesso un intervento riparatore su impulso di parte o *ex officio*.

Sicuramente man mano che aumentano le possibilità di reazione contro una violazione processuale realizzata, diminuisce il rischio che il processo possa chiudersi senza che si provveda a riparare l’inottemperanza. L’inclusione della violazione normativa fra una delle invalidità previste nel nostro ordinamento o la possibilità di rilevarla d’ufficio anche in cassazione fino all’ultimo momento avrebbe lo scopo di “attenuare” il rischio di questa tipologia di condanne da parte della Corte edu. La sanzione processuale infatti garantirebbe

un maggior rispetto della prescrizione, avrebbe una funzione “general preventiva”: richiamerebbe l’attenzione dei giudici sulla necessità di attenersi al precetto, proprio per le gravi conseguenze che potrebbero derivare dalla sua infrazione. Senza contare poi come la possibilità - prima - di eccepire l’invalidità, e - dopo - di rieccepirla come motivo di impugnazione, e la possibilità di un rilievo anche officioso in ogni stato e grado del processo, assicurerebbe ulteriori vagli critici sulla questione. Certo, nulla escluderebbe che poi di fatto si verifici ugualmente la lesione - per un errore valutativo o interpretativo - ma è sicuramente più difficile.

In definitiva l’inclusione fra le patologie più gravi avrebbe solo l’effetto di ridurre il rischio di “singole” condanne della Corte Edu generate dal mancato rispetto della disciplina interna nel “singolo” caso: imporrebbe un maggior rigore nel rispetto delle norme più di quanto possa fare l’art. 124 c.p.p., là dove prevede che tutti i soggetti processuali sono tenuti a osservare le norme processuali anche quando l’inosservanza non comporta nullità o altra sanzione processuale.

Ben venga allora che le Sezioni unite non si siano limitate ad affermare che la regola convenzionale relativa al giudizio d’appello trovi attuazione attraverso una rilettura dell’art. 603 c.p.p.; ma abbiano anche aggiunto che la condanna senza rinnovazione produca un vizio della motivazione censurabile ai sensi dell’art. 606 c.p.p., quale vizio di illogicità della sentenza per irrazionale valutazione dei dichiaranti perché non è stato rispettato il canone del ragionevole dubbio.

In tal modo né si è rimasti indifferenti al problema, né si è voluta coniare un’apposita invalidità rilevabile in ogni momento anche d’ufficio. Piuttosto si è riconosciuto che ogni nuova regola processuale che viene introdotta dall’interpretazione convenzionalmente orientata ha già un suo regime giuridico: a volte sarà un *error in iudicando*, a volte un *error in procedendo*. A volte sarà rilevabile solo dalle parti, a volte anche dal giudice d’ufficio. La nuova regola processuale sarà, infatti, censurabile nei limiti e secondo le cadenze proprie di quella tipologia di prescrizione che è stata immessa nel sistema.

In particolare sembra potersi dedurre che le Sezioni unite abbiano ritenuto che non sia necessario, né soprattutto possibile, configurare una diretta violazione della legge *sub specie* della Cedu: né rispetto all’art. 603 c.p.p., né rispetto ad altre norme attuative dei precetti convenzionali.

E non si potrebbe delineare una specifica censura avente ad oggetto la violazione della Cedu per una serie di ragioni.

In primo luogo perché la competenza a dichiarare la violazione della Cedu spetta in esclusiva solo alla Corte europea.

In secondo luogo perché non sarebbe possibile individuare la fattispecie astratta violata. Le sentenze della Corte Edu sono sempre riferite a casi concreti, è sempre necessaria un'opera di rilettura, volta a trasformare la decisione concreta in una regola astratta generalizzata. E la regola astratta generalizzata è una regola interna, non è più una regola sovranazionale. Dunque è la regola interna che non viene rispettata, e non più la regola sovranazionale.

In terzo luogo il giudice sarebbe qui obbligato a rapportarsi direttamente a una sentenza e, come è noto, il giudice è soggetto solo alla legge e non alle pronunce di altri giudici (art. 101, co. 2, Cost.). Tutto il nostro sistema è ispirato a questo principio: non esiste il vincolo del precedente (Corte cost. 230/2012), non esistono più le pregiudiziali (art. 2 c.p.p.), gli atti amministrativi possono essere disapplicati (art. 4 e 5 L.A.C.); solo per citare i casi più eclatanti. In tal caso il parametro su cui bisognerebbe verificare la violazione di legge sarebbe direttamente una sentenza.

In definitiva tutto il sistema di osservanza della Cedu è stato concepito come un sistema di adattamento interpretativo in prima battuta. Ciò vuol dire che la regola convenzionale deve entrare nel sistema attraverso una norma interna, e non già attraverso una sua diretta applicazione.

Il meccanismo di adattamento dunque prevede una prima fase in cui, attraverso un'interpretazione convenzionalmente orientata, viene individuata la disposizione interna che può essere strumentalizzata, attraverso un'interpretazione correttiva, al fine di inserire nel sistema un precetto prima mancante. Dopodiché è automatico che quella nuova regola processuale sarà soggetta al regime di rilievo e censura secondo la sua normale natura. Sarà dunque una nullità generale se la regola sarà riferibile ai canoni del 178 c.p.p.; sarà una nullità speciale se la norma verrà inserita in una disposizione che già contiene la previsione di una nullità rispetto a quel canone riletto alla luce della Cedu; sarà poi una nullità o assoluta o intermedia o relativa, secondo i normali criteri interpretativi che governano tali alternative; sarà una inutilizzabilità, se essa verrà costruita come un caso di prova acquisita in violazione di un divieto previsto della legge; sarà, ancora, una inammissibilità, se configurerà uno dei requisiti necessari per formulare una domanda; sarà un vizio della motivazione, se sarà codificata all'interno di una norma che regola il libero convincimento del giudice. Sarà, infine, una *lex* imperfetta, se la nuova prescrizione non potrà essere riportata a nessun particolare vizio, processuale o decisionale.

E questo percorso sembra ormai stato già seguito da tempo prendendo spunto da alcune importanti sentenze della Corte di Strasburgo. Si pensi, per esempio, ai seguenti casi.

L'art. 192 c.p.p. è stato applicato analogicamente alle dichiarazioni rese dalla persona offesa poi non risentita in dibattimento (art. 512 *bis* c.p.p.): solo se riscontrate possono fondare la condanna, a pena di illogicità della sentenza *ex art. 606, lett. e)*, c.p.p.

La necessità di contestare nel contraddittorio la mutazione del *nomen iuris* è diventata una regola prevista a pena di nullità intermedia per violazione del diritto di assistenza difensiva, sotto il profilo della violazione del contraddittorio, censurabile *ex art. 606, lett. c)*, c.p.p.

La pubblicità di alcune camere di consiglio, se non realizzata, comporta la nullità speciale dell'art. 471 c.p.p., censurabile *ex art. 606 lett. c)* c.p.p.

Secondo l'art. 9 legge 146 del 2006, le prove assunte dall'agente provocatore sono inutilizzabili, e dunque la decisione è censurabile *ex art. 606 lett. c)* c.p.p.

Ex art. 533 c.p.p. la condanna non può basarsi esclusivamente su una prova mai assunta nel contraddittorio, a pena di illogicità della sentenza *ex art. 606 lett. e)* c.p.p.;

Ex art. 2 c.p. una legge sopravvenuta favorevole deve essere applicata retroattivamente, in caso contrario è possibile ricorrere in cassazione *ex art. 606 lett. b)* c.p.p.

Ebbene, se la Corte di cassazione ha deciso che il divieto di condanna in appello sulla base di dichiarazioni decisive non escusse oralmente vada inquadrato all'interno del precetto regolato nell'art. 533 c.p.p., la naturale conseguenza è che alla violazione della regola possa reagirsi censurando l'illogicità della motivazione: si tratta della normale reazione che l'ordinamento prevede nel caso in cui l'art. 533 c.p.p. non sia rispettato. Sicché il difetto non è rilevabile d'ufficio e spetta alla parti eccepirlo indicando nei motivi di ricorso come il dichiarante sia stato illogicamente valutato.

Volendo si può discutere se tale scelta sia perfettibile, vale a dire se l'inosservanza della regola imposta dalla Cedu nell'art. 603 c.p.p. debba invece essere garantita in altre forme, senza mettere in gioco anche l'art. 533 c.p.p., preferendosi altre strade, che però non garantirebbero continuità e omogeneità al quadro normativo già esistente e non metterebbero in luce la peculiarità della situazione, costituita esclusivamente dal ribaltamento della assoluzione in condanna (cfr. *retro* §. 4 e 5): ad esempio come violazione del principio di immediatezza e dunque con una nullità assoluta *ex art. 525 c.p.p.*; o come violazione delle prerogative difensive e dunque come una nul-

lità intermedia *ex art. 178 lett. c) c.p.p.*; o, ancora, come violazione del contraddittorio nella formazione della prova e dunque con l'inutilizzabilità della prova non riassunta *ex art. 191 c.p.p.* Ma si tratta di dettagli: l'essenziale è aver chiarito che non è possibile configurare un generale vizio processuale di violazioni della Cedu, perché la reazione dell'ordinamento va modulata di volta in volta a seconda della trasgressione, sicché ogni volta va individuata la reazione ordinamentale più adatta alle specifica tipologia della norma inserita nel sistema.