

ANTONIO PAGLIANO

I fratelli minori e l'applicazione conforme delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

L'autore si sforza di approfondire il tema più generale dell'esecuzione delle sentenze della Cedu, provando prima a operare una classificazione che aiuti a orientare l'analisi e poi analizza la sussistenza del diritto all'applicazione conforme, cercando di individuare lo strumento processuale più giusto, completando la disamina con una proposta *de iure condendo*.

Waiting for Joined Chambers of the Court of Cassation: the "younger brothers" and the application complying with the European Convention on Human Rights

The author examines the issue of the execution of European Court's judgements. He suggests, at first, a classification in order better to focus the issue; then he analyzes the existence of the right to the application consistent with the Convention, trying to identify adequate remedies. Finally, he makes a proposal de jure condendo.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Sintetici accenni dommatici. - 3. Le diverse tipologie di effetti derivanti dalle sentenze della Corte europea. - 4. I fratelli minori alla ricerca di adeguata tutela: l'approccio dell'ordinanza di rimessione e la valenza delle sentenze pilota. - 5. Una proposta di inquadramento del diritto di applicazione conforme ai casi analoghi. - 6. La diversa ricostruzione dei casi analoghi relativi a violazioni processuali. - 7. Alla ricerca dell'istituto in grado di garantire l'applicazione ai casi analoghi. Uno spunto *de iure condendo*.

1. Premessa. La navigazione della giurisprudenza europea all'interno del nostro sistema giuridico, benché siano passati poco più di 10 anni da quando una illuminata decisione della Corte di cassazione imponeva, con il caso Dorigo, all'attenzione di studiosi e magistrati una nuova frontiera ermeneutica con cui confrontarsi, appare ancora travagliata, permanendo tutta una congerie di problematiche irrisolte. Gli anni di tribolazioni non hanno ancora favorito l'individuazione di un approdo che possa rappresentare un porto sicuro, attrezzato con una stabile banchina cui ancorare definitivamente l'efficacia delle sentenze della Corte europea all'interno del nostro sistema.

Di certo, la recente decisione pronunciata dalle Sezioni Unite di cui ancora non si conosce la motivazione non ha contribuito a fare chiarezza. Dopo che in diverse occasioni, la Corte di cassazione era tornata ad occuparsi del tema dell'effetto espansivo delle sentenze pronunciate dai giudici di Strasburgo ai cosiddetti "fratelli minori"¹, emanando decisioni alquanto contraddittorie, spesso elusive, quasi sempre caratterizzate da una palese chiusura nei confronti

¹ L'icastica espressione "fratelli minori" è stata felicemente coniata da VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.

del pieno riconoscimento del valore delle sentenze emesse a Strasburgo² e dopo che in conseguenza a ciò, la sesta sezione penale aveva rimesso la questione relativa alla possibilità di applicare ad un caso analogo il principio di diritto affermato nella sentenza Contrada innanzi alle Sezioni Unite, ravvisando quel contrasto sin qui inopinatamente ignorato, la decisione assunta risolve solo in parte i problemi esistenti e di certo non costituisce l'approdo auspicato.

Come si usa dire in questi casi, il tema palesa delicati risvolti, ruotando attorno al complesso rapporto sussistente fra l'ordinamento interno e quello convenzionale, con la connessa difficoltà di dover stabilire quale sia la portata espansiva delle sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'interno del nostro sistema. Il susseguirsi, in tema di applicazione ai casi analoghi, di numerosi arresti giurisprudenziali francamente poco convincenti oltre che contraddittori, ha così finalmente indotto la Suprema Corte a sollevare innanzi al suo massimo consesso una approfondita riflessione, recependo la non più eludibile necessità di fornire stabilità interpretativa in merito alla possibilità di estendere anche ai casi analoghi il portato dei principi espressi dalla Corte Europea.

Era quindi risultato apprezzabile che, a fronte del progressivo rafforzamento della posizione di maggior chiusura - preceduta da una iniziale apertura registrata in relazione alle vicende dei "fratelli minori" di Scoppola poi ripresa solo da isolati spifferi, vedi caso Dell'Utri - la Cassazione avesse assunto l'iniziativa di sollevare la questione innanzi al suo massimo consesso, riconoscendo pertanto come concretamente esistente la possibilità che il nostro ordinamento potesse essere chiamato a revocare il giudicato a fronte di una decisione della Corte europea che non attenga al caso di specie ma a un caso che presenti tratti del tutto analoghi. L'ordinanza di rimessione, oltre ad aver individuato i due diversi orientamenti contrapposti, aveva inoltre avuto il merito di prospettare la possibile adozione di una terza opzione interpretativa, sostanzialmente orientata al pieno riconoscimento dell'applicabilità ai casi analoghi dei principi affermati dalla Corte europea.

L'auspicio era che le adite Sezioni Unite non si sarebbero sottratte al compito di fornire adeguata risposta anche alla questione legata al più generale problema della estensione delle decisioni della Corte Europea aventi ad oggetto

² Nel senso della inammissibilità di ricorsi presentati da chi non era risultato vittorioso a Strasburgo, fra le varie: Cass., Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 46067, in *Mass. Uff.*, n. 261690; Cass., Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 21635, *ivi*, n. 269945; Cass., Sez. II, 7 settembre 2017, n. 40889, *ivi*, n. 271198.

violazioni processuali, risolvendo così in maniera strutturata la problematica legata all'estensione a tutti i casi analoghi già coperti da giudicato interno e non fatti oggetto di autonoma declaratoria di condanna da parte della Corte edu.

Le riferite aspettative sono andate tuttavia deluse, almeno in parte. Le Sezioni Unite, infatti, hanno ritenuto che non possa essere riconosciuta alla sentenza Contrada una efficacia generale con conseguente estensione dei suoi effetti ad ulteriori casi analoghi, non rivestendo la stessa né la qualità di sentenza pilota né potendo essere ritenuta espressione di una giurisprudenza consolidata.

In attesa del deposito della motivazione, potendo allo stato disporre della mera comunicazione provvisoria, non siamo tuttavia in grado di comprendere se, al di là del caso specifico della sentenza Contrada, la Corte abbia o meno trattato la questione generale della estensione ai casi analoghi coperti da giudicato, nelle diverse problematiche legate ad esempio al riconoscimento o meno dell'effetto estensivo anche per le violazioni processuali, ovvero di quali debbano essere gli strumenti processuali cui far ricorso.

Con il presente lavoro si intende pertanto fornire uno spunto di riflessione per le ulteriori disamine che dovranno svolgersi in futuro, muovendo dall'operare una seppur sintetica ricostruzione dommatica del rapporto fra ordinamento interno e quello convenzionale al fine di meglio analizzare la questione in trattazione, concentrando poi l'attenzione sull'individuazione del perimetro entro cui si devono poter estendere le decisioni pronunciate dalla Corte europea, provando infine a individuare i corretti strumenti processuali che devono essere messi a disposizione affinché si possa attuare quella piena espansione dei principi di garanzia affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Sintetici accenni dommatici. L'ordinanza di rimessione, nel compiere una puntuale analisi delle diverse oscillazioni che ha vissuto la giurisprudenza nell'approcciare le problematiche inerenti all'efficacia delle sentenze pronunciate dalla Corte europea rispetto all'ordinamento interno, certifica il sostanziale fallimento della filosofia che ne ha ispirato i tratti salienti.

Se a fronte delle crescenti chiusure che stanno caratterizzando gli ultimi anni di produzione giurisprudenziale, al netto delle illuminate eccezioni, le istanze per un pieno riconoscimento interno dei principi affermati dai giudici di Strasburgo non accennano a calare, occorre evidentemente ripensare il modo di approcciare il problema, partendo dalla matrice dommatica.

Invero, la strada da percorrere risulta essere quella che si ispira alla tesi del “pluralismo giuridico”³, intesa come la ricostruzione del rapporto fra le fonti in grado di fornire la chiave di volta per una migliore comprensione della reale capacità di influenza del diritto convenzionale sul diritto interno⁴, con il conseguente corollario del superamento dell’approccio formale⁵.

³ L’espressione “pluralismo giuridico” può prestarsi a significati diversi. In senso giuridico è usata per lo più per indicare che plurime fonti sono tutte non inserite in un sistema piramidale, visione che i giuristi fedeli alla concezione piramidale kelseniana rigettano; fra questi, in particolare: LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 533. Sul pluralismo giuridico nella dottrina italiana, cfr. CORSALE, voce *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, p. 1005 ss. Per una ricostruzione, non priva di forti accenti critici, delle teorie pluralistiche, MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, n. 2, 345 ss.

⁴ In questo senso, DELMAS MARTY, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et la logique du flou*, in *Revue de droit pénale et de criminologie*, 1992, 1031 ss; LAMBERT, op. cit., p. 535.

⁵ In particolare, LAMBERT, op. cit., p. 33, ritiene che il criterio dell’incorporazione non sia in grado di spiegare i rapporti tra il sistema europeo dei diritti dell’uomo e l’ordine interno e, di conseguenza, l’efficacia delle sentenze della Corte a livello nazionale. Anche nella dottrina italiana si è cominciato a ripensare gli schemi classici circa i rapporti tra ordinamento europeo e sistema nazionale, in particolare dopo l’approvazione dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Cfr., in particolare, RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in *Ragion Pratica*, 2002, n. 18, 63 ss, che ritiene che i rapporti tra norme sopranazionali (in tema di diritti umani) e norme di diritto interno debbano essere letti non sulla base degli strumenti propri della teoria delle fonti ma anche su quelli della *teoria dell’interpretazione*. Sulla idoneità del diritto internazionale pattizio dei diritti dell’uomo ad influenzare le interpretazioni costituzionali, cfr. RUOTOLO, *La «Funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e Società*, 2000, n. 2, p. 291 ss; ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion Pratica*, 2004, n. 22, 933 ss, il quale sottolinea, seppure non riferendosi principalmente al diritto europeo dei diritti dell’uomo, come «si sia passati ad un nuovo scenario in cui l’interprete si trova di fatto a doversi scegliere la norme (e le fonti) appropriate...infatti fonti di diverso rango si combinano tra loro e fonti di ugual rango confliggono: tutto ciò costringe il giurista a reinterpretare la Costituzione e l’intero materiale normativo in modo orientato verso il diritto sopranazionale europeo e internazionale». Incentrata sulla Convenzione europea dei diritti dell’uomo è l’accurata analisi di MONTANARI, op. cit., 11 ss., che sottolinea l’importanza di uno studio che si ponga soprattutto in una prospettiva “assiologico-sostanziale” piuttosto che tecnico-formale di indagine dei rapporti tra i diversi sistemi. In particolare, il reale funzionamento del sistema convenzionale europeo impone, secondo l’autore, di svolgere uno studio in una duplice direzione: da un lato dell’analisi “statica” tesa a definire la collocazione della Convenzione nella gerarchia delle fonti dei singoli Paesi aderenti e dall’altro lato dell’analisi “dinamica” attraverso lo studio delle prassi giurisprudenziali nazionali, alla cui luce valutare i risultati ottenuti con l’approccio meramente formale. All’interno della letteratura penalistica, critico sulla utilità di continuare a «discutere sul rango della CEDU nel sistema delle fonti del diritto italiano» VIGANÒ, *“Sistema CEDU” e ordinamento interno: qualche spunto di riflessione in attesa delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *All’incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l’efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto,

Il tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea non può infatti più prescindere da una diversa ricostruzione del rapporto sussistente fra il sistema interno e quello convenzionale, il cui punto di partenza deve essere il superamento dell'idea del «sistema giuridico come di un unico blocco di una sola gettata, al cui interno non può discernersi nessun pluralismo»; al contrario, occorre muovere dall'idea della sussistenza, come affermato da autorevole dottrina, di innumerevoli luoghi di produzione del diritto. Il paradigma con il quale è necessario confrontarsi va nella direzione di «ammettere che su un dato territorio non si ha a che fare a priori con un solo diritto, il diritto statale, ma con una pluralità di diritti concorrenti, statuali, infrastatali e soprastatali»⁶. Gli ordinamenti statali e il sistema europeo⁷, infatti, si sovrappongono in uno stesso quadro sociale e giuridico, caratterizzato dall'«esistenza simultanea in uno stesso ordine giuridico di regole di diritto differenti che si applicano a situazioni identiche»⁸. All'interno di uno stesso ordinamento giuridico si possono

Veronesi, Torino, 2007, p. 265 ss. Parlare di *effetti delle sentenze* (e della giurisprudenza) significa, in definitiva, mettere al centro del discorso quali siano le conseguenze, ai sensi degli artt. 46 e 35 della Convenzione, dell'aver accettato la giurisdizione della Corte europea. Significa anche essere consapevoli che in virtù del sistema di esecuzione delle sentenze di condanna - che impone agli Stati l'adozione di misure individuali e generali di adeguamento - la giurisprudenza della Corte, ben al di là probabilmente delle originarie intenzioni dei suoi redattori, ha una efficacia mediata negli ordinamenti nazionali, da cui derivano obblighi a carico sia del legislatore che dei giudici.

⁶ Così CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Milano, 1997, p. 17.

⁷ In letteratura è controversa l'idea del *sistema* della Convenzione come sistema giuridico. IMBERT, *Pour un système européen de protection de droits de l'homme*, in *Mélanges en hommages à Luis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 448-464, preferisce parlare di *meccanismo europeo* di protezione dei diritti dell'uomo. Ritiene infatti che manchino attualmente alla Corte ed alle sue sentenze la forza e l'incisività necessarie a renderla, se non unico attore, almeno principale protagonista di un *processo di riforme sul piano europeo*. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme: vers un ordre juridique européen?*, in *Mélanges en hommages à Luis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 196-206, individua un *ordine giuridico europeo* composto: da un corpus di regole comuni ai diversi Stati, che *si sono impegnati a rispettarli*; da un *sistema giuridico che consente di sanzionare la violazione di tali regole ed infine da un meccanismo che garantisce l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali*. Al contrario, ritiene che la Convenzione dia effettivamente luogo ad un sistema giuridico LAMBERT, *op. cit.*, 33. In particolare, si tratterebbe di un «sistema semicompleso di tipo statico» presentante i tre caratteri di sussidiarietà, di costituzionalità e di ordine pubblico. Parla senz'altro di sistema della Convenzione europea, CONFORTI, in *Diritto comunitario, Carta dei diritti e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Ragione Pratica*, 2002, n. 18, 15-25.

⁸ ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Paris, 1991, 214.

individuare oramai *più diritti*⁹, ciascuno dei quali concorre con gli altri a risolvere eventuali conflitti giuridici¹⁰.

L'idea del pluralismo porta a riconoscere, come affermato in particolare dalla dottrina francese, che «i rapporti tra i regolamenti giuridici statali e non statali si esprimono in primo luogo con il modello della complementarità o dell'interdipendenza piuttosto che con un modello dell'antagonismo»¹¹.

Come poi propugnato da una parte della dottrina penalistica italiana, evidentemente ispirata da quella d'oltralpe, occorre rafforzare sempre di più, per spiegare in maniera compiuta i rapporti tra le fonti, il concetto, per certi versi rivoluzionario, del *dialogo* tra giudici nazionali e sovranazionali quale emblema della strutturazione di un «nuovo rapporto tra giurisdizione e territorio»¹²; dialogo che dovrebbe condurre il giudice italiano ad acquisire “un respiro

⁹ Il modello circolare puro di analisi dei rapporti tra gli ordinamenti giuridici è stato sviluppato in particolare dalla scuola tedesca e da quella belga, in particolare da LUHMANN, in *Développements récents en théorie des systèmes*, in *Connaissance du politique*, a cura di Duprat, PUF, Paris, 1990, p. 281 ss., che parla di *autopoiesi*. Il modello circolare delle gerarchie intricate, o rovesciate o alternative è stato elaborato in particolare da ARNAUD, *Pour une pensée*, cit., da DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, che parla di modalità circolare del sistema di *autocostituzione* e da RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Maison F. Larquier, Bruxelles, 1985, p. 265 ss. In particolare, sono stati individuati due modelli di spiegazione dei rapporti tra gli ordinamenti secondo un approccio di tipo pluralista: da un lato la concezione di uno schema circolare puro e dall'altro lato la concezione di uno schema sì circolare, che presenta però, delle intricate relazioni o delle gerarchie inverse. Secondo il primo schema, non vi è alcun rapporto gerarchico tra diversi ordinamenti giuridici, piuttosto uno scambio reciproco che però può aversi solo in presenza di una certa continuità o vicinanza tra quelli. È proprio la constatazione della chiusura dei diversi sistemi e la loro conseguente presunta assoluta autonomia – che di fatto non può esistere – ad aver portato alcuni autori a integrare la circolarità pura con degli aggiustamenti.

¹⁰ Per una prospettiva penalistica della tutela multilivello dei diritti fondamentali, non solo con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea, si rinvia a: MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 147 ss.; MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palinogenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 839 ss. Nell'ambito invece della dottrina processualistica, si veda in particolare KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, op. cit., p. 68 ss.

¹¹ ARNAUD, *Pour une pensée*, cit., p. 238; LAMBERT, op. cit., p. 46.

¹² Cfr., senza pretesa di esaustività, CARTABIA, op. cit., p. 22 ss.; CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 2010, f. 6; ID., *L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.europeanrights.it, 2007; BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 595 ss.; GRECO, *Dialogo tra le Corti ed effetto nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011 n. 213*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 297.

europeo”, mentre contestualmente il nostro ordinamento deve essere sempre più considerato parte di un sistema sovranazionale *a rete* e non più *a piramide*¹³. D'altronde, questa sorta di nuovo sistema delle fonti a rete, a parere di chi scrive, trova piena copertura costituzionale in virtù sia del novellato art. 111, secondo comma, che dell'altrettanto novellato art. 117, primo comma, Cost. la cui attenta lettura offre il fondamento dell'avvenuta metamorfosi dei confini territoriali rispetto ai quali è venuta meno la funzione di differenziazione dei confini di validità dell'ordinamento interno, con la conseguente deterritorializzazione dei tradizionali spazi giuridici.

Il combinato disposto delle citate norme costituzionali giustifica o meglio apre la strada alla riscrittura di nuovi limiti socio-spaziali¹⁴.

Le due diverse novelle costituzionali hanno pertanto consentito di corroborare l'«esistenza simultanea e complementare di una disciplina normativa nazionale ed internazionale dei diritti e delle libertà fondamentali»¹⁵.

La nostra Carta dei diritti legittima in sostanza il particolare meccanismo di funzionamento di taluni trattati internazionali innescando un circolo *virtuoso* di reciproca ricarica di significati normativi¹⁶. La spinta verso una sorta di nuova *esplorazione*, al di fuori di una visione meramente formale dei rapporti tra i

¹³ Sulla necessità di individuare un paradigma alternativo in grado di cogliere il passaggio da un sistema gerarchico ad un sistema reticolare, per la dottrina penalistica, si rinvia, fra gli altri, a: BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 84 ss; ID., *Entre la pyramide et le réseau: les effets de l'europeanisation du droit sur le système pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, p. 1 ss; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 145 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, p. 22 ss.; OST-VAN DEKERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruyellant, Bruxelles, 2002, p. 12 ss.; ID., *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, p. 1 ss; VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 664 ss; ID., *La 'rhapsodie': fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, p. 141 ss; ID., *L'érosion de la pyramide juridique moderne*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2005, p. 1 ss. Per la dottrina penalistica, si rinvia in particolare a ESPOSITO, *Diritto penale flessibile*, Torino, 2008, p. 36 ss., mentre per quella processuale, a KOSTORIS, op. cit., p. 68 ss.

¹⁴ Così DE AMICIS-VINCENTI, *Rapporti tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU: Anno 2011. Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, p. 22 ss.

¹⁵ LAMBERT, op. cit., p. 47.

¹⁶ Così si esprime RUGGERI, *Prospettive metodiche*, cit., p. 76.

diversi sistemi, ribalta la costruzione gerarchica piramidale di stampo kelseniano utilizzata per spiegare i rapporti tra i diversi ordinamenti¹⁷.

D'altronde, come opportunamente osservato in dottrina, le fonti del diritto non sono più circoscritte alle sole fonti legislative.

Un ruolo oramai strategico è recitato dal così detto formante giurisprudenziale. Corte europea e Corte di giustizia, pur operando in contesti diversi, si presentano esse stesse come fonti di produzione del diritto europeo¹⁸. Nel contesto di un simile sistema «polifonico», anche per la giustizia penale sfuma, o meglio si attenua fortemente, l'aspirazione a una razionalità formale, intesa come espressione del principio di legalità nella sua accezione tradizionale. Tramonta, per certi versi in modo definitivo, l'illusione illuministica secondo la quale le regole del processo penale siano applicabili alla stregua di asettici congegni di precisione¹⁹.

La pluralità e l'eterogeneità delle fonti determina la messa in crisi della logica formale che funziona per deduzione da premesse certe.

Alle regole tendono a sovrapporsi, e lentamente a sostituirsi, i principi²⁰.

Quello costruito dalla Convenzione, o meglio quello che la Convenzione aspira a costruire, appare allora come un sistema ispirato ad una *tolleranza reciproca*²¹, in cui sussista una necessaria coordinazione fra i diversi sistemi interni e la Convenzione medesima.

In definitiva, si erge un nuovo modello ispirato alla ricerca di un'aperta osmosi fra i diversi sistemi giuridici degli Stati aderenti e la Convenzione europea dei

¹⁷ Vedi ESPOSITO, op. cit., p. 67; KOSTORIS, op. cit., p. 68 ss.

¹⁸ Così, KOSTORIS, op. cit., p. 68 ss.

¹⁹ Ancora, KOSTORIS, op. cit., p. 68 ss.

²⁰ Ancora, KOSTORIS, op. cit., p. 68 ss. Anche il linguaggio diventa allora indicativo dei diversi approcci. La struttura teorica di Kelsen risente molto delle opere della "Scuola del diritto razionale" del XVII e XVIII secolo, opere piene di riferimenti al metodo e al lessico della geometria e della matematica. Le ricostruzioni teoriche nell'ambito del cd. *pluralismo giuridico* si snodano invece attraverso l'uso di un linguaggio correttamente definito "*morbido*": si pensi al diritto flessibile (Carbonnier), al diritto fluido (Delmas Marty), e per certi versi, al diritto mite (Zagrebelsky, che individua proprio nella *mitezza* il carattere essenziale dell'attuale struttura del diritto). Tale concezione del diritto necessita infatti di una dogmatica a sua volta fluida, in grado di comprendere e spiegare con maggiore efficacia un diritto espressione di una società complessa in cui valori e principi non sono più intesi in senso assoluto ma devono essere concepiti in termini di compromesso. Così ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 15 ss.

²¹ L'espressione è di LAMM-BRAGYOVA, *Système et norme: l'application du droit international dans le système juridique interne*, in *Journées de la société de législation comparée*, 1993, p. 103; e ripresa da LAMBERT, op. cit., p. 48.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²². La copertura costituzionale cui poc'anzi si è fatto cenno, offerta dal novellato art. 111, secondo comma, e all'altrettanto novellato art. 117, primo comma Cost., consente di approcciare un secondo consequenziale passaggio, rappresentato dalla presa d'atto del fatto che, pur sussistendo un ampio e ineludibile margine di discrezionalità in capo agli Stati nelle loro scelte di politica criminale, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo si è posta inevitabilmente come una limitazione, nei fatti, alla sovranità degli Stati in materia tanto penale quanto processuale penale.

Su questa considerazione di principio, dei cui effetti non si ignora certo la portata, si fonda la verifica dei limiti di estensione degli effetti delle sentenze della Corte europea²³.

Tuttavia, per esser chiari, nessuno dubita che i presidi interni previsti dal nostro sistema debbano restare ben saldi e a questi, anzi, deve aggiungersi, sul piano metodologico, il ricorso al *distinguishing*. Ove mai pertanto il principio di diritto veicolato da Strasburgo fosse tale da concretizzare un abbassamento della soglia delle garanzie, l'ordinamento interno ben potrà difendere le sue prerogative anche attraverso lo strumento dell'incidente di costituzionalità.

Cionondimeno, non può non sottolinearsi come, fino ad ora, tale evenienza non sia mai accaduta. Al contrario, come anche dimostra la vicenda legata alla questione processuale oggetto della sentenza che dà spunto alla presente riflessione, gli effetti sin qui prodotti dalla giurisprudenza della Corte europea vanno nella direzione esattamente opposta. Certo, sul piano sistematico questo

²² Auspicio che, invero, ad oggi resta ancora tale rispetto a molti paesi e non solo rispetto al nostro ordinamento, senza tuttavia dimenticare che la nostra giurisprudenza, oltre alle citate resistenze tutt'ora ben vive, ha anche prodotto decisioni di assoluto rilievo nel senso del pieno accoglimento del sistema convenzionale, come pure visto nelle pagine precedenti; si pensi, ad esempio, all'apice toccato dalla sentenza Medrano.

²³ Come più volte affermato nelle sue sentenze e come ripreso dalla dottrina più attenta, la Corte europea non ha mai inteso in alcun modo sostituirsi alle giurisdizioni nazionali, fissando al contrario per sé stessa il ruolo di controllore del rispetto da parte degli Stati membri dei diritti dell'uomo, quali definiti dalla Convenzione. Per una compiuta lettura delle numerose sentenze in cui si ribadisce questo assunto, si rinvia a ESPOSITO, op. cit., p. 45. Certo, occorre riconoscere come, pur rimanendo i giudici europei fedeli nelle loro affermazioni teoriche a quella posizione di *self restraint*, tuttavia, nella pratica il sistema di controllo che si è progressivamente affermato, anche attraverso la modifica degli organi di tutela e delle procedure, ha determinato quella che è stata, non a torto, definita «una materiale aggressione alla sovranità degli Stati». WESTEN-LUKES-HNATT, *Regional Human Rights Regimes: A Comparison and Appraisal*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1987, n. 20, p. 585 ss. Sui limiti alla sovranità degli Stati derivanti dal prendere sul serio il diritto internazionale cfr. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997, p. 22 ss.

rapporto deve essere gestito in modo diverso da quanto sin qui accaduto, perché ci si deve preoccupare di individuare gli strumenti interni idonei a gestire gli effetti nascenti dalla giurisprudenza europea, cosa fin qui non accaduta. Ancora infatti ci interroghiamo sull'ambito di applicazione della revisione europea. Ancora non è chiaro a quale istituto debba far ricorso il condannato che abbia visto riconoscere a Strasburgo le sue doglianze sulla equità del processo di cui è stato imputato. Prova ne sia che lo stesso Contrada ha impiegato circa due anni prima di vedere riconosciuta la decisione emessa dalla Corte europea, provando ad attivare i diversi strumenti della revisione, dell'incidente di esecuzione e del ricorso straordinario. Sul piano squisitamente culturale, risulta indispensabile che si maturi la consapevolezza che la giurisdizione della Convenzione europea ha incontrovertibilmente introdotto un modello circolare che poggia su un concetto di gerarchie *intricate* o *alternative* o *rovesciate*, caratterizzato dal riconoscimento agli Stati di un certo margine di discrezionalità che volutamente determina una certa indeterminatezza delle norme convenzionali; indeterminatezza che spetta poi agli Stati *colmare*²⁴.

Questo margine di discrezionalità viene però controbilanciato dall'obbligo di rispettare uno *standard* minimo di garanzie. Salva la prevalenza della maggior tutela offerta in uno Stato membro, la Convenzione esige il rispetto di quello *standard minimo* dei diritti da essa sanciti²⁵, che, se non garantito dallo Stato, comporta una condanna per violazione; *standard minimo*, si badi, che non è fissato una volta e per sempre, ma è in costante evoluzione²⁶.

Alla sua ricognizione è naturalmente preposta la Corte europea che, per individuarlo, utilizza sempre più spesso un modo "spiraliforme" di procedere: il rafforzamento della tutela di un determinato diritto riscontrato in un adeguato numero di Paesi aderenti comporta, nella prospettiva della Corte, l'innalzamento del grado di rispetto che può pretendersi da tutti gli Stati.

²⁴ DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994, p. 102; OST-VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publication des facultés universitaires St. Louis, Bruxelles, 1987, p. 213, che definiscono la *gerarchia rovesciata* come «una interazione tra livelli nel quale il livello superiore scende verso quello inferiore e l'influenza, laddove a sua volta il livello superiore è determinato dal livello inferiore».

²⁵ Art. 53 CEDU: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

²⁶ DEL TUFO, *La Corte Europea dei diritti dell'Uomo ed il ruolo del giudice nazionale tra interpretazione conforme e rinvio alla Corte Costituzionale*, Relazione al corso di Formazione decentrata della magistratura, Napoli, 28 luglio 2016, in *Foro Napoletano*, n. 1, 2018, p. 23 ss.

Il recente caso Lorefice²⁷, con il prelude della sentenza Dan c. Moldavia²⁸, lo testimonia con chiarezza, rappresentando l’emblema dei limiti della ermeneutica propugnata dalla nostra prevalente giurisprudenza, la quale aveva avuto tutta la possibilità di adeguare “autonomamente” la sua interpretazione alla garanzia del contraddittorio in appello in caso di riforma di una originaria sentenza assolutoria senza dover essere costretta, come poi lo è stata, a farlo in virtù di una declaratoria intervenuta contro l’Italia (appunto la sentenza Lorefice), obbligandosi poi financo il legislatore ad intervenire, quasi in contemporanea. L’interpretazione qui proposta del rapporto fra le fonti del diritto, assai spesso non compresa nella sua valenza accrescitiva delle tutele, contribuisce a ridefinire lo *standard europeo di riferimento* che gli Stati sono tenuti ad osservare. Lo spirito del sistema convenzionale così come ricostruito è pertanto del tutto avulso dalla teoria tradizionale della gerarchia delle fonti.

Il modello di funzionamento che ne deriva garantisce pertanto la realizzazione di due importanti obiettivi di sistema, ovvero, da un lato, quello della promozione dell’uniformità delle garanzie minime nei diversi Paesi aderenti, dall’altro, della circolarità e dell’osmosi della tutela dei diritti convenzionali, il cui livello di protezione gradualmente si innalza non per imposizione o scelta della Corte, ma in rapporto all’innalzamento della soglia di tutela riscontrata nella maggior parte degli Stati²⁹.

Un modello quindi a base cooperativa e certamente non gerarchica³⁰. Questa è la *ratio* profonda del sistema integrato ispirato dalla Convenzione europea.

Questo meccanismo di circolarità della tutela dei diritti determina poi, sul fronte dell’ordinamento interno, un diverso approccio in relazione all’applicazione o meglio al recepimento delle decisioni assunte dalla Corte europea sia nei confronti dell’Italia che contro altri Paesi diversi dall’Italia³¹.

²⁷ Corte EDU, Lorefice c. Italia, 29 giugno 2017, in www.echr.coe.int.

²⁸ Corte EDU, Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011, in www.echr.coe.int.

²⁹ Sotto il primo profilo, ovvero la realizzazione della promozione della uniformità delle garanzie, occorre allora interrogarsi su quali possano essere le relative conseguenze in tema di risoluzione delle eventuali controversie che possano sorgere dalla emersione di conflitti fra diritti fra loro in potenziale contrasto. Sul punto si rinvia a DEL TUFO, op. cit., p. 23 ss oltre a PAGLIANO, *Gli effetti della giurisprudenza europea dei diritti dell’uomo*, Universitas Studiorum, 2018, *passim*.

³⁰ Cfr. ESPOSITO, op. cit., p. 45.

³¹ Qui si impone invero una considerazione sussidiaria, ovvero la constatazione che la tecnica di tipizzazione delle disposizioni convenzionali risulta essere disegnata appositamente in modo sfumato: ciò consente infatti il loro adattamento, sia ad opera della giurisprudenza europea sia ad opera delle giurisdizioni nazionali, alle diverse realtà dei distinti ordinamenti giuridici con cui si relazionano. Il significato e

Il sistema europeo presuppone inderogabilmente altri ordinamenti: il luogo, in altri termini, in cui la Convenzione è destinata a spiegare i suoi effetti è costituito proprio dai diversi ordinamenti nazionali; ma la produzione normativa della Corte (*rectius* la sua giurisprudenza) non è riferibile alla volontà degli Stati membri. Di conseguenza, anche il rapporto tra giudici europei e giudici nazionali si sviluppa secondo un sistema di circolarità con gerarchie rovesciate o alternative³².

La sussidiarietà del sistema convenzionale, fondato sul principio del necessario esaurimento delle vie di ricorso interno e della priorità della protezione nazionale dei diritti dell'uomo, contiene una implicita ripartizione delle competenze dei giudici interni e dei giudici europei, al contrario di quanto ritiene la nostra Corte costituzionale.

Tutto quanto sin qui propugnato dovrebbe condurre allora la nostra Corte costituzionale ad assumere, a pieno titolo, il ruolo di giudice dei diritti riconosciuti dalla Convenzione europea, concepiti, quei diritti, quale parte integrante dell'ordinamento interno che la stessa Corte è chiamata a interpretare e applicare, nei procedimenti pendenti avanti a sé. Nello svolgere questo ruolo, la Corte costituzionale sarà, in linea di principio, vincolata all'interpretazione che di quei diritti abbia fornito il loro giudice 'ultimo', così come imposto dall'art. 32 CEDU, salva beninteso la possibilità di deviare - nei ristretti limiti di cui si è discusso nei paragrafi precedenti - dalla direzione impressa da Strasburgo; e ciò a tutela di controinteressi prevalenti di rango costituzionale, rispetto all'ordine giuridico interno.

Al tempo stesso, la Corte costituzionale potrà, e dovrà, contribuire all'interpretazione dei diritti convenzionali, fornendo essa stessa soluzioni a questioni problematiche ancora non risolte (o non risolte definitivamente) dalla Corte di Strasburgo, sollecitando ove necessario possibili *overrulings* da parte della

l'ampiezza delle disposizioni convenzionali sono elaborati, di conseguenza, in modo da taluni definito *simbiotico*. Vedi ESPOSITO, op. cit., p. 45. Con l'ulteriore precisazione della variazione del concetto di *validità*: la validità di una norma non può essere ricercata secondo una concezione classica dualista, per cui una *norma è valida (totalmente valida) e non è valida (totalmente invalida)*. D'altronde, la validità di una norma deve piuttosto essere ricercata secondo una *logica di gradazione* che consenta di individuare l'appartenenza «parziale di una norma ad un ordinamento». DELMAS MARTY, *Vers une autre logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 1988, p. 221 ss.; VAN DE KERCHOVE-OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 202. Vedi anche MENNA, *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, Torino, 2017, *passim*.

³² Cfr. ESPOSITO, op. cit., p. 45.

medesima Corte europea allorché una data interpretazione non appaia convincente³³; e ciò per il dialogo che comunque si deve instaurare fra le Corti³⁴.

³³ In questo stesso senso, ancora VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 14, oltre che le osservazioni di CANNIZZARO, *The effect of the ECHR on the Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy*, in *XIX Italian Yearbook of International Law*, 2009, p. 182 ss. Per una conclusion analogo a quella cui si perviene nel testo cfr. anche SONELLI, op. cit., p. 19: «a constructive relationship between national courts and the European court requires not an elusive but a proactive approach to Strasbourg jurisprudence in order to contribute to the development of human rights protection».

³⁴ Viene in soccorso alla nostra causa l'esempio che proviene dal Paese che politicamente si è di certo mostrato fra i più restii a dare esecuzione alle sentenze di condanna della Corte europea. La reazione mostrata dalla giurisprudenza inglese fornisce infatti uno straordinario riscontro in grado di confermare che quello sin qui tracciato sia il percorso più produttivo ai fini di un autentico e proficuo dialogo fra la Corte europea e quelle nazionali. Così, pur in presenza di forti resistenze di matrice politica contro una presunta invadenza dei giudici di Strasburgo, a livello giurisprudenziale, il Regno Unito si è dimostrato sinora lo Stato che ha saputo maggiormente recepire la dinamica convenzionale. Per una documentata analisi delle tecniche (autenticamente) dialogiche utilizzate dalla *House of Lords* e poi dalla *Supreme Court* inglese nei confronti della Corte di Strasburgo, ancora SONELLI, op. cit., p. 3 ss. La *Supreme Court* britannica, con tutta la sua antica e nobile tradizione, riconosce oggi di essere in linea di principio vincolata all'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo ai diritti convenzionali, forse anche in considerazione del fatto che essi sono divenuti al tempo stesso parte integrante del diritto applicabile dai giudici inglesi in forza dello *Human Rights Act* del 1998. La più alta Corte inglese si limita a riservarsi soltanto il diritto di discostarsi, in "rare occasioni", dai principi espressi dalla Corte europea ma non tanto perché essi risultino incompatibili con principi interni di rango superiore, quanto perché i principi desumibili dalla giurisprudenza di Strasburgo - sviluppati in casi diversi da quello all'esame dei giudici - possono in talune occasioni non tenere nel dovuto conto le peculiarità del diritto britannico o del caso di specie in difformità da quello precedentemente deciso. I giudici inglesi sollecitano, in questi casi, esattamente come prospettato nell'ambito del presente lavoro di ricerca, la Corte di Strasburgo a riconsiderare la propria precedente giurisprudenza, sulla base di articolati e dotti percorsi argomentativi, intessuti tra l'altro di citazioni dei precedenti europei, allo scopo di persuadere i colleghi di Strasburgo - ai quali spetta, dopotutto, l'ultima parola sull'estensione dei diritti convenzionali - della solidità delle obiezioni formulate oltremarina; al fine ultimo, naturalmente, di sollecitare *distinguishing* rispetto ai precedenti, o veri e propri *overruling*. Ciò dettagliatamente riporta VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 14, il quale a sua volta cita il criterio enunciato da *Lord Philipps* nella propria *leading opinion* in *R. v. Horncastle* [2009, Supreme Court of the United Kingdom, 14], pronunciata nell'ambito di una sentenza in cui la Corte Suprema, confermando il precedente giudizio della *Court of Appeal*, aveva discusso a fondo della giurisprudenza della Corte europea in materia di divieto di fondare una sentenza di condanna sulla prova «unica o decisiva» rappresentata da dichiarazioni di una persona informata sui fatti non ripetute in giudizio, e non passate attraverso il vaglio del contraddittorio, concludendo che la rigidità di una simile regola - desunta dai giudici di Strasburgo dall'art. 6 § 3 CEDU - non tenesse in debito conto né, in linea generale, le peculiarità dei sistemi processuali di *common law* (nei quali, in assenza di motivazione del verdetto di colpevolezza, non è possibile stabilire *ex post* se la prova in questione abbia o non giocato un ruolo decisivo), né, soprattutto, i meccanismi di salvaguardia dell'equità complessiva del processo previsti dalla legge e dalla giurisprudenza nel caso di ammissione, da parte del *trial judge*, della prova medesima. In quel caso, ad esempio, si è realizzato un chiaro *overruling*. Con la sentenza della Grande Camera *Al-Khawaja e a. c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011, in www.echr.coe.int, la Corte europea - rovesciando la precedente pronuncia della Camera in prima istanza - ha escluso a maggioranza la violazione dell'art. 6

La Corte ha d'altronde più volte sostenuto che «non è suo compito sostituirsi alle giurisdizioni nazionali»³⁵, sottolineando come rientri nei suoi poteri «controllare le decisioni nazionali sotto l'angolo della Convenzione»³⁶, sindacando l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni convenzionali nell'ordinamento nazionale.

Il sistema di garanzia europeo spinge, in altri termini, i giudici nazionali, al momento dell'applicazione delle norme convenzionali (quale sia il modo in cui siano divenute diritto interno e così come sono interpretate dalla Corte europea), a dare loro prevalenza sulle norme nazionali in contrasto, ameno di non operare l'accennato *distinguishing*.

La Corte costituzionale potrà divenire un interlocutore prezioso della Corte europea soltanto quando acquisirà piena e matura consapevolezza di essere essa stessa giudice della Convenzione europea nell'ordinamento italiano: una Convenzione che, lungi dal giustapporsi alla Costituzione italiana come *corpus* normativo autonomo e indipendente, integra, di norma, la stessa Costituzione italiana, dando ingresso nel nostro ordinamento a nuovi diritti fondamentali e innalzando soprattutto il livello di tutela di quelli espressamente riconosciuti³⁷.

In una prospettiva non formale, ma assiologico-sostanziale – l'unica in grado di comprendere il reale funzionamento del sistema europeo dei diritti dell'uomo – si potrebbe dire che il giudice nazionale non si «inchina più innanzi al legislatore, ma anzi per vie traverse cerca nuove coerenze tra i diversi livelli di tutela»³⁸.

§ 3 CEDU con riguardo almeno alla posizione di uno dei ricorrenti, in esito a un approfondito confronto con le obiezioni e gli argomenti espressi nel frattempo dalla *Supreme Court in Horncastle*. I giudici europei giungono così, se non ad abbandonare, quanto meno a flessibilizzare la regola consolidata nella propria giurisprudenza precedente con riferimento alla situazione degli ordinamenti di *common law* (si vedano, sul punto, anche i rilievi critici dei giudici dissenzienti). Analogo esito si riscontra, al di fuori della materia penale, in un altro importante caso deciso nel 2013 dalla Grande Camera, *Animal Defender International c. Regno Unito*, 22 aprile 2013 (ric. n. 48876/08 in www.echr.coe.int), dove – recependo integralmente gli argomenti utilizzati dalla *Court of Appeals* e poi dalla *Supreme Court* nel procedimento nazionale – i nove giudici di maggioranza a Strasburgo sposano una soluzione, in materia di tutela della libertà di espressione, diametralmente opposta a quella adottata in casi precedenti pressoché sovrapponibili, senza nemmeno riconoscere espressamente la natura di *overruling* dell'operazione interpretativa così effettuata (sul punto cfr., in particolare, l'opinione dissenziente dei giudici Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, Vučinič e De Gaetano, § 9).

³⁵ Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, 27 marzo 1996, § 40, in www.echr.coe.int.

³⁶ Corte EDU, *Luberti c. Italia*, 23 febbraio 1984, § 27, in www.echr.coe.int.

³⁷ Così VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 14.

³⁸ MONTANARI, op. cit., p. 201.

Questa opera di ricerca di nuove coerenze multilivello trova conforto nella visione “mobile” del diritto della Corte di Strasburgo, la visione di un diritto della Convenzione la cui applicazione deve continuamente conformarsi alle attuali condizioni sociali, senza tralasciare l’evoluzione delle norme nazionali³⁹.

Come sottolineato dal giudice Walsh, la Convenzione è redatta al presente, il che implica necessariamente un continuo adattamento dei suoi contenuti al passare del tempo⁴⁰. D’altra parte, la genericità e astrattezza delle sue disposizioni comporta necessariamente che la loro definizione possa essere raggiunta solo in seguito alla interpretazione ed applicazione operata dalla Corte. È l’interpretazione giudiziaria a definire i contorni e la portata delle norme convenzionali alla luce delle fattispecie concrete, all’opposto di quanto assume la Corte costituzionale.

Quella della Corte è poi un’*interpretazione dinamica* perché le decisioni sono estremamente sensibili alla variazione degli elementi di fatto caratterizzanti i singoli casi concreti. Le decisioni, infatti, possono essere costruite su variabili la cui mutevolezza determina la dinamicità dell’interpretazione convenzionale e di qui il ricorso alla tecnica del *distinguishing* come il naturale meccanismo da utilizzare ogni qual volta non si possa ricorrere a una interpretazione adeguata.

Le decisioni sono, cioè, definite da un numero indeterminato di informazioni (fatti più o meno dettagliati e specifici) contenute nella premessa.

La variazione o l’aggiunta di una o più informazioni può comportare una diversa soluzione⁴¹.

³⁹ Vedi ESPOSITO, op. cit., p. 45 la quale evidenzia come non sia possibile “imbrigliare” il disposto convenzionale: l’interpretazione della Corte è dinamica ed evolutiva; il diritto convenzionale è un diritto in movimento, in grado di interpretare le mutevoli esigenze di tutela dei diritti dell’uomo in una società democratica e di tenere in debito conto le diverse circostanze dei casi concreti. L’applicazione convenzionale segue l’evoluzione della coscienza e delle realtà di fatto.

⁴⁰ Così come citato da PREBENSEN, in *Evolutionary interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, p. 1124.

⁴¹ Espressione dell’interpretazione dinamica della Corte è, ad esempio, la vicenda convenzionale delle testimonianze anonime. Molteplici sono stati i ricorsi presentati agli organi di tutela di Strasburgo in cui si sollevava la questione della compatibilità di tale mezzo di prova con l’articolo 6 § 3 lett. d) della Convenzione. La giurisdizione europea non ha mai affermato l’illegittimità convenzionale in astratto delle stesse, giungendo, piuttosto, a conclusioni sia di compatibilità sia di incompatibilità in presenza di elementi di fatto differenti tra di loro. Dall’esame delle sentenze in materia emergono, però, i criteri – sotto forma di dati fattuali – cui la Corte è ricorsa per decidere i diversi casi. Così, la conclusione della Corte può essere diversa a seconda che un giudice imparziale – sia egli un giudice istruttore o un giudice del

Per perseguire il riferito intento occorre partire dall'assunto che il modo di comunicare della Corte con i sistemi giuridici e giudiziari è di tipo non sistematico⁴².

Come condivisibilmente affermato, la Convenzione, attraverso la sua giurisprudenza, si dovrebbe offrire all'interprete del singolo ordinamento nazionale come un metodo idoneo a realizzare un arricchimento dei singoli sistemi giuridici⁴³; metodo convenzionale che però, per sua natura, non può essere ridotto a sistema. La Corte, infatti, non formula ragionamenti circolari e chiusi.

Le indicazioni fornite ai giudici nazionali, naturali interlocutori della giurisdizione europea, sono sempre volutamente aperte; rappresentano un passaggio di un discorso in continua evoluzione che solo momentaneamente si cristallizzano in una decisione. La «morbidezza» del metodo convenzionale⁴⁴ caratterizza anche il modo in cui la Corte si occupa del diritto processuale penale. Basti pensare alle decisioni della Corte in tema di letture dibattimentali, sulle quali a lungo ci si soffermerà nel prosieguo.

Quello che deriva dall'applicazione della giurisprudenza europea appare come una sorta di modello contaminato dall'individuazione dei diritti dell'uomo. La giurisprudenza convenzionale, infatti, indagando sulla tenuta dei sistemi nazionali, sottopone il diritto processuale a continue tensioni, rivelando le tante carenze delle astrazioni. Sul punto occorre fare la massima chiarezza. Come afferma la stessa giurisprudenza europea, la Corte non ha, né ha mai avuto, come scopo quello di stabilire la colpevolezza penale o la responsabilità civile di un imputato, ma su di essa grava esclusivamente il compito di accertare l'eventuale responsabilità degli Stati sottoscrittori nei riguardi della Convenzione⁴⁵.

dibattimento - abbia o meno conosciuto l'identità del teste anonimo e abbia o meno potuto interrogarlo. Grande rilievo ai fini della compatibilità con il dettato convenzionale riveste, poi, la motivazione della sentenza ed il peso avuto sul convincimento del giudice dalla testimonianza anonima. Sono state diverse, quindi, le variabili considerate dalla Corte la cui presenza o assenza, il cui diverso combinarsi, può aver portato ad una data conclusione o al suo opposto. Vedi ESPOSITO, op. cit., p. 45.

⁴² Cfr. ESPOSITO, op. cit., p. 45.

⁴³ Ancora ESPOSITO, op. cit., p. 42.

⁴⁴ Vedi ESPOSITO, op. cit., p. 45.

⁴⁵ Corte EDU, Abu Omar c. Italia, 23 febbraio 2016, in www.unionedirittumani.it. Nel merito, la Corte di Strasburgo ha dichiarato sussistente, con riferimento ad Abu Omar: la violazione dell'art. 3 sotto il profilo sostanziale, in quanto le autorità italiane, permettendo agli agenti statunitensi di rapire il ricorrente sul territorio italiano nell'ambito del programma di «consegne straordinarie», hanno consapevolmente esposto l'interessato a un rischio reale di trattamenti contrari all'articolo 3 della Convenzione nel Paese di destinazione; la violazione dell'art. 5, stante l'arbitrarietà della detenzione; la violazione dell'articolo 8, in ragione dell'illegittimo allontanamento dal suo nucleo familiare. La Corte ha dichiarato altresì

Quella effettuata dalla Corte è, allora, un' esplorazione argomentata delle forme e dei modi di intervento del diritto processuale penale alla luce del catalogo dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione.

Un' esplorazione che vuole porsi come un orientamento culturale, prima ancora che giuridico, privo di qualunque impianto dogmatico⁴⁶.

Patrimonio oramai condiviso è la convinzione che non abbia più senso chiedersi se si tratti di una normativa immediatamente operativa o meno.

La maturità raggiunta dal sistema di protezione dei diritti dell' uomo - che non si limita alla sola azione della Corte europea dei diritti dell' uomo, ma vede un altro importante attore nel Comitato dei ministri deputato al controllo sull' esatta esecuzione delle sentenze di condanna - impone, sia al legislatore, sia al giudice nazionale di applicare la Convenzione europea dei diritti dell' uomo come interpretata dalla Corte, principale organo legittimato a promuoverne l' applicazione. Ciò che deve ancora pienamente sedimentarsi nella cultura giuridica degli addetti ai lavori è l' ulteriore conseguenza relativa alla circostanza che la normativa convenzionale si pone in una situazione di "serena" complementarietà con la normativa nazionale rispetto alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali⁴⁷.

sussistente, con riferimento alla signora Ghali: la violazione del profilo materiale dell' art. 3 della Convenzione, in quanto i dubbi e l' apprensione provati dalla ricorrente sulla sorte del marito, per un periodo ininterrotto e prolungato, hanno costituito un trattamento degradante; la violazione dell' articolo 8 CEDU, per aver subito anche a livello familiare la scomparsa del coniuge per motivi illegittimi. La Corte infine con riferimento a entrambi i ricorrenti riconosce la violazione dell' art. 3 sotto l' aspetto procedurale. Sebbene l' inchiesta penale italiana sia stata tempestiva ed efficace sotto il profilo dell' accertamento oggettivo dei fatti (v. n. 265), l' apposizione del segreto di Stato su fatti e circostanze del giudizio (unitamente alla grazia concessa ad alcuni degli imputati statunitensi) ha prodotto l' effetto di evitare il consolidamento soggettivo della responsabilità e la condanna dei colpevoli dell' illegittimo sequestro della persona di Abu Omar, con ciò svuotando l' effetto deterrente delle disposizioni nazionali poste a tutela della libertà fisica e morale dei ricorrenti. Sotto questo aspetto - dunque - la Corte europea è tornata sul segreto di Stato dandone un giudizio piuttosto severo, ponendosi in espressa antitesi con la Corte costituzionale italiana. Mentre quest' ultima - già nella pronuncia del 2009 - aveva stabilito infatti che la discrezionalità politica del Presidente del consiglio sull' apposizione del segreto di Stato e sulla conferma dell' opposizione da altri manifestata poteva essere sindacata solo in sede parlamentare mediante lo strumento delle relazioni del COPASIR e, in ultima analisi, della censura fiduciaria, la Corte europea invece intravede in una simile sistemazione una chiara lesione dei diritti connessi a una tutela giurisdizionale effettiva. Vedi per tutti per tutti BONETTI, *Il caso Abu Omar a Strasburgo: l' obbligo di punire le extraordinary renditions*, in *Quaderni cost.*, 2016, p. 390 ss.

⁴⁶ Vedi ESPOSITO, op. cit., p. 45.

⁴⁷ Ancora cfr. ESPOSITO, op. cit., p. 45.

Il sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo è un sistema che si muove, o dovrebbe muoversi, in modo coordinato, di osmosi con i sistemi nazionali. Diversamente operando, promulgando una legislazione oppure proponendo un'applicazione giurisprudenziale non in sintonia con il diritto convenzionale, al di fuori del sempre possibile *distinguishing*, inevitabile sarà il rischio di una censura della Corte edu. Promuovendo l'armonizzazione e l'avvicinamento dei parametri di tutela dei diritti dell'uomo nell'area geopolitica europea, il sistema della Convenzione assegna un ruolo centrale all'autorità giudiziaria nazionale, chiamata a gestire direttamente il coordinamento tra i sistemi. L'evidente complessità derivante dalla necessità di definire il ruolo della giurisprudenza convenzionale all'interno del nostro ordinamento, la problematicità delle relazioni intersistemiche che da quella giurisprudenza derivano e la elevata difficoltà di individuazione della esatta collocazione dei diversi sistemi normativi rispetto alla Convenzione⁴⁸, determinano il gravoso impegno di dover correttamente inquadrare i compiti assegnati da quel sistema ai giudici nazionali. Sembra tuttavia che ipotizzare un sindacato di convenzionalità diffuso, con conseguente potere di adattamento – e solo di apparente disapplicazione della norma di origine interna che sembri (ma solo sempre *prima facie*) contraria all'obbligo internazionale da parte del giudice ordinario – risponda al meglio al reale funzionamento del sistema europeo dei diritti dell'uomo⁴⁹.

Il suo ruolo potrà essere meno conflittuale in misura proporzionale al grado di omogeneità che un diritto presenti nei diversi contesti⁵⁰.

La piattaforma multilivello appena rappresentata offre alla valutazione delle Sezioni Unite la possibilità di declinare in modo diverso il rapporto fra giurisprudenza europea e ordinamento interno, potendo così approcciare con maggior apertura le problematiche connesse al riconoscimento all'interno dell'ordinamento delle sentenze della Corte europea, soprattutto nei riguardi di quelle

⁴⁸ Evidenza come tale problematicità dipende essenzialmente «dalla dissociazione tra l'involucro formale con cui la CEDU è entrata nel nostro ordinamento e l'area sostanziale su cui incide», FERRI, *Il rango delle norme CEDU: tra teorica delle fonti e retorica dei diritti*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, op.cit., p. 115.

⁴⁹ Sul punto cfr. PITTEA, *Della disapplicazione delle leggi contrarie alla CEDU: alla ricerca di un fondamento giuridico nel diritto interno e nel sistema convenzionale*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, op. cit., p. 189. La possibilità dell'uso della disapplicazione per risolvere le antinomie tra diritto interno e diritto convenzionale è considerato pienamente compatibile con una visione *dualistica* da SALERNO, *Il neodualismo della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 349.

⁵⁰ KOSTORIS, op. cit., p. 68 ss.

situazioni in cui si invoca l'applicazione di principi affermati dai giudici di Strasburgo rispetto ad altri ricorrenti.

3. Le diverse tipologie di effetti derivanti dalle sentenze della Corte europea. Nell'ambito del complesso e tormentato rapporto fra ordinamento interno e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'unico obbligo della cui esistenza la giurisprudenza interna oramai non più dubita è quello relativo all'esecuzione nei confronti del singolo ricorrente che abbia visto l'accoglimento del proprio ricorso da parte della Corte europea⁵¹.

Tuttavia, la violazione della Convenzione⁵² non è categoria priva di articolazioni diverse; non solo infatti la diversa tipologia di violazione, in quanto idonea a

⁵¹ Assunto che, come noto, trova pieno riscontro anche in quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 7 aprile 2011, n. 113, in *www.giurcost.org*. Si veda *infra*, successiva nota n. 468. Nella giurisprudenza di legittimità, fra le varie, ci si riporta alle già citate Cass., Sez. Un., 23 novembre 1988, n. 15, *Polo Castro*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 231; Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, *Dorigo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 436; Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, *Drassich*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 776; Cass., Sez. I, 6 giugno 2017, n. 2544, *Contrada*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 945. In dottrina, LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3192 ss.; CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 2, p. 3 ss.; GRASSO-GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 12 ss.; 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 *Leg. pen.*, 2011, p. 486 ss.; UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 7 ss.; LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2013, n. 3, p. 786 ss.; SONELLI, *The Dialogue between National Courts and the European Court of Human Rights: Comparative Perspectives*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-12, 2014; CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di Cartabia, Bologna, 2007, p. 62 ss.; TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 81 ss.; CONTI, sub art. 53, in *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, a cura di Bisogni, Bronzini, Piccone, Taranto, 2009, p. 639 ss.; TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, p. 159 ss.

⁵² Giova precisare che lo Stato ritenuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli è chiamato non solamente a versare agli interessati le somme liquidate a titolo di equa soddisfazione, ma a scegliere altresì, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e individuali da adottare nell'ordinamento interno (Corte EDU, Grande Camera, *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013, § 137, in *www.echr.coe.int*), in piena libertà, con il solo limite della loro compatibilità con le conclusioni contenute nella sentenza. Questo potere di apprezzamento delle modalità di esecuzione di una sentenza, come opportunamente evidenziato in dottrina, è espressione della libertà di scelta, implicita nell'obbligazione primaria imposta dall'art. 1 della Convenzione agli Stati contraenti: garantire ad ogni persona il rispetto dei diritti e delle libertà in essa enunciati; così, RANDAZZO, *Interpretazione delle*

produrre effetti diversi, potrebbe generare una diversa forma di esecuzione³³, ma soprattutto dalla singola sentenza di condanna si sprigionano effetti che travalicano il caso specifico e la relativa esecuzione.

Riteniamo quindi sia necessario procedere preliminarmente ad una sorta di "classificazione" dei diversi effetti prodotti dalle sentenze della Corte europea nei confronti dell'ordinamento interno, operando una distinzione fra tre macro-categorie. Ebbene, una sentenza di condanna pronunciata dalla Corte, per un verso, produce l'obbligo di *adeguamento* a cui è tenuta la giurisprudenza o il legislatore per la preventiva risoluzione dei futuri casi analoghi; per un altro

sentenze della corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2.

³³ Appare opportuno ricordare come il fenomeno della recessività del giudicato non è nuovo nel nostro ordinamento, in cui si conoscono già distinte ipotesi di «flessione dell'intangibilità del giudicato, sul cui valore costituzionale prevalgono [...] altri valori, ai quali il legislatore assicura un primato» (Cass., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 18821, *Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 125, con commento di VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*). La stessa Corte, nella sentenza da ultimo citata, ricorda infatti tre ipotesi in cui il giudicato è destinato a soccombere a fronte di istanze diverse e più meritevoli di tutela: a) *abolitio criminis*, ex art. 2, comma 2 c.p. (cui corrisponde, sul piano processuale, l'art. 673 c.p.p.); b) declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice ex art. 30, comma 4, l. 87/53; c) sostituzione della pena detentiva con quella esclusivamente pecuniaria, per effetto di una normativa successiva (anche) all'eventuale passaggio in giudicato della sentenza, ex art. 2, comma 3, c.p. In un'altra pronuncia, la Suprema Corte annovera giustamente tra i casi di "fisiologica" recessività del giudicato quelli in cui si procede con la revisione del giudizio ex artt. 629 ss. c.p.p. ovvero quelli in cui si esperisce il rimedio del ricorso straordinario ex art. 625 bis del codice di rito (Cass., Sez. I, 3 ottobre 2006, n. 32678, *Somogyi*, § 11, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 231 ss.). Potrebbe altresì ricordarsi l'introduzione del recentissimo art. 629-bis nel codice di procedura penale, significativamente rubricato "rescissione del giudicato".

Peraltro, la fisiologica "retrocessione" del giudicato a fronte di istanze provenienti dal diritto sovranazionale era già stata sottolineata più di un ventennio fa, in particolare in quelle ulteriori ipotesi in cui il giudice avesse fatto erroneamente applicazione di una norma interna la cui incompatibilità con il diritto comunitario era già stata dichiarata dalla Corte di Giustizia (nell'ambito di una precedente procedura di infrazione ovvero di rinvio pregiudiziale). Si trattava di ipotesi diverse da quelle di cui all'art. 2, comma 2 c.p. (e, quindi, 673 c.p.p.) in quanto il giudice faceva erroneamente ricorso a una norma già inapplicabile, laddove l'art. 2, comma 2 c.p. e l'art. 673 c.p.p. alludono a ipotesi in cui la norma viene abrogata o dichiarata incostituzionale successivamente all'applicazione della stessa da parte del giudice (GRASSO, *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 305 ss.). Nelle ipotesi in cui oggi una disposizione incriminatrice venga dichiarata contrastante con il diritto dell'Unione Europea dalla Corte di Giustizia, invece, deve trovare applicazione la disciplina di cui agli artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p.: si tratta di un dato ormai assolutamente pacifico in dottrina e in giurisprudenza. In questi casi, come anche in quelli in cui la dichiarazione della Corte di Lussemburgo fosse mancata ma non v'erano dubbi che la norma interna fosse incompatibile con il diritto comunitario, il rimedio che la giurisprudenza riteneva, allora, pacificamente applicabile era quello dell'incidente di esecuzione, al quale si è fatto talvolta ricorso - come vedremo - anche per dare esecuzione alle sentenze della Corte europea. Tutto quanto così riportato da GRASSO e GIUFFRIDA, op. cit., p. 12.

verso, sorge l'obbligo di esecuzione nell'ambito del singolo caso specifico che ha generato la condanna, mentre, per altro verso ancora, la condanna pone un problema di possibile applicazione conforme ai casi analoghi già coperti da giudicato.

Vediamo più nel dettaglio. Fra gli effetti che produce una singola sentenza di condanna, il primo ambito di analisi è legato alla individuazione dei corretti meccanismi attraverso i quali il sistema deve adeguarsi ai principi emessi dalla Corte europea nelle sentenze di condanna pronunciate contro il nostro Paese. Parliamo, in questo caso, dei futuri casi analoghi, ovvero dell'obbligo del giudice interno o del legislatore di recepire quel principio pronunciato dalla Corte europea affinché la violazione registrata non si possa reiterare. In tale ambito, evidentemente, non intervengono, nell'ordinamento nazionale, specifici istituti ma il compito dell'adeguamento è rimesso prevalentemente alla giurisprudenza, secondo l'approccio diffusamente trattato nelle pagine che precedono, e talvolta al legislatore, come per esempio è accaduto in occasione della riscrittura della disciplina della contumacia.

Rispetto a questo primo ambito di effetti, non si dubita che venga in rilievo la previsione dell'art. 46 della Convenzione, ovvero l'obbligo di adeguamento a cui il giudice interno non può sottrarsi ma rispetto al quale, come visto poc'anzi, può legittimamente invocare l'uso di strumenti quali il *distinguishing* e il margine di apprezzamento. Ciò che infine occorre mettere in assoluto risalto, rispetto a questo ambito, è la constatazione che in tutti i casi sin qui registrati, l'adeguamento operato tanto dal nostro legislatore quanto dalla giurisprudenza ha sempre comportato un innalzamento delle garanzie assicurate alla posizione dell'imputato, come dimostrano le vicende legate alla tutela del contraddittorio ed alla disciplina della contumacia.

Sussiste poi un secondo ambito di effetti relativo all'obbligo di esecuzione a favore del ricorrente della singola condanna emessa dalla Corte europea nei confronti dell'Italia.

In tale ambito sussiste ancora la problematica relativa alla identificazione dello strumento da attivare, discutendosi, a seconda della tipologia di violazione riscontrata, se esso vada individuato nella revisione piuttosto che nell'incidente di esecuzione. L'obbligo di esecuzione risulta ad ogni buon conto sempre legato all'applicazione dell'art. 46 della Convenzione.

Come ulteriore profilo di analisi, si pone infine il terzo ambito di effetti, ovvero quello legato alla individuazione della sussistenza o meno dell'effetto estensivo

di un principio affermato da una sentenza della Corte europea ai casi analoghi già coperti da giudicato; ovvero la questione che ha determinato l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. Qui le criticità sono invero assai maggiori, evidentemente perché ad oggi non c'è ancora stato un pieno riconoscimento da parte della giurisprudenza dell'esistenza del diritto a quella che possiamo definire "l'applicazione conforme". Su questo ambito di analisi evidentemente si soffermerà diffusamente il prosieguo del lavoro.

4. I fratelli minori alla ricerca di adeguata tutela: l'approccio dell'ordinanza di rimessione e la valenza delle sentenze pilota. Estremamente esaustiva risulta la ricostruzione operata dall'ordinanza di rimessione che ha evocato tutti i vari pronunciamenti che, dal caso Esti⁵⁴ in poi, hanno significativamente contribuito a rafforzare la posizione giurisprudenziale di maggior chiusura verso la possibilità di riconoscere ai casi analoghi coperti da giudicato il diritto all'applicazione analoga del principio espresso dalla Corte europea per un diverso caso.

A fronte di tale posizione, l'unica apertura si è registrata con le sentenze Dell'Utri e Gorgone⁵⁵ le quali, soprattutto con riferimento alla prima, pur negando l'applicazione al caso oggetto di ricorso del principio contenuto nella sentenza Contrada, non hanno escluso in astratto l'applicazione ai casi analoghi.

Rispetto a quest'ultimo filone giurisprudenziale, definito opportunamente dall'ordinanza di rimessione come "intermedio", vanno pienamente condivise le osservazioni formulate dalla più volte citata ordinanza, che ne ha individuato la principale debolezza argomentativa nella soggettivizzazione del parametro della prevedibilità. L'ordinanza di rimessione, per la verità, ha individuato, con grande puntualità, gli aspetti lacunosi dell'argomentare dell'intero panorama giurisprudenziale sin qui registrato; osservazioni sulle quali si esprime piena adesione e alle quali si rinvia.

Invero, l'unico aspetto relativamente al quale nell'ambito delle argomentazioni adottate dalla giurisprudenza per ridurre o negare l'esistenza dell'obbligo di applicazione ai casi analoghi dei principi formulati dalla Corte europea occorre formulare ulteriori considerazioni rispetto a quelle contenute nell'ordinanza di rimessione, è quello relativo alle sentenze pilota.

⁵⁴ Cass., Sez. I, 12 gennaio 2018, Esti, in *CED* 272797.

⁵⁵ Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in *CED* 267861.

Nate dalla prassi della Corte europea, oggi istituzionalizzata nel Regolamento interno, le c.d. “sentenze pilota” rappresentano lo strumento con il quale i giudici di Strasburgo indicano allo Stato chiamato in causa le misure “di sistema” che andrebbero adottate per evitare il ripetersi delle medesime violazioni in futuri casi analoghi⁵⁶.

Si può quindi senz’altro dire che la sentenza pilota germina interamente dalla prassi giurisprudenziale della Corte europea allo scopo di fronteggiare il problema dei ricorsi ripetitivi, aventi cioè una medesima causa sottostante⁵⁷.

La iniziale assenza di una specifica regolamentazione normativa ne ha fatto scaturire un utilizzo alquanto flessibile. Ecco perché i suoi effetti, come la sua applicazione, variano significativamente a seconda del caso concreto.

La disciplina fissata all’art 61 del Regolamento della Corte, non ne fornisce tuttavia una compiuta definizione, limitandosi a concretizzare una opzione procedurale di cui dispone la Corte per individuare ed affrontare i problemi di “sistema” degli ordinamenti nazionali.

La peculiare tipologia della procedura in esame, in quanto rappresenta una opzione procedurale che permette alla Corte europea dei diritti dell’uomo di intervenire in maniera diretta nell’ordinamento dello Stato destinatario quando ravvisi un evidente problema di sistema, fa dispiegare dunque alla sentenza, per ciò stesso “pilota”, delle più ampie conseguenze in quanto il dovere di introdurre dei rimedi generali consente la risoluzione di tutti gli altri ricorsi pendenti relativi alla medesima violazione, la cui trattazione può essere nel frattempo

⁵⁶ Il testo dell’art. 61 del regolamento della Corte introdotto il 21 febbraio 2011 prevede che la Corte stessa possa iniziare una procedura di sentenza pilota e adottare una sentenza pilota allorché «*the facts of an application reveal in the contractino Party concerned the existence of a structural or sistemico problem or other similar dysfunction which have give rise to similar applications*», reperibile su www.echr.coe.it. Secondo la formulazione dell’art. 61, la Corte ha la facoltà di disporre secondo il modello della sentenza pilota quando i fatti origine della controversia siano da ricondurre ad un problema strutturale dell’ordinamento nazionale interessato, suscettibile di provocare nuovi ricorsi vertenti sulla medesima violazione. Così rilevato il problema sistemico, la Corte europea indica le misure che lo Stato deve adottare per rimuoverne le cause, fissando al contempo, un termine entro il quale lo Stato deve provvedere, sospendendo inoltre i ricorsi analoghi. Si veda NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *I giudici di common law e la (cross) fertilization. I casi di Stati Uniti, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, a cura di Martino, Sant’Arcangelo di Romagna, 2014, p. 120; anche PETRALIA, *A proposito del futuro della Corte europea dei diritti dell’uomo. Prime note sul Protocollo n XVI alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Quaderni europei*, 2013, n. 57, p. 10 ss.

⁵⁷ In particolare, si definiscono ripetitivi quei ricorsi che denunciano violazioni strutturali o sistemiche delle norme CEDU, causate cioè da normative contrastanti con la stessa Convenzione, che si ripropongono ogni qualvolta la normativa o la prassi giudiziale trova applicazione, facendone scaturire di conseguenza una pluralità di ricorsi identici nell’oggetto.

congelata. L'esecuzione della sentenza pilota, risolvendo il problema strutturale evidenziato dagli organi di Strasburgo, contribuisce a soddisfare le ragioni di altri ricorrenti, con l'ulteriore, non trascurabile vantaggio, che la Corte viene impegnata con l'esame del solo caso pilota.

A fronte di tali considerazioni, è evidente che la sentenza pilota impatta in maniera alquanto invasiva nell'intero sistema ordinamentale poiché, nella misura in cui costituisce una guida per lo Stato nella ricerca dello *standard* ottimale per ristorare la legalità convenzionale sul piano sistemico, esplica un'efficacia che trascende l'ambito *inter partes* in cui essa è emanata.

Erroneo risulta tuttavia confinare l'effetto espansivo ovvero l'applicazione ai casi analoghi delle sole sentenze pilota. Sul punto va fatta massima chiarezza e spazzato ogni sorta di dubbio. Al contrario di quanto affermi la giurisprudenza interna, la principale problematica scaturente dall'esecuzione della sentenza pilota riguarda l'apprezzamento dei confini entro i quali lo Stato deve riconoscere effetti al dispositivo della pronuncia. La percezione dello Stato circa la portata della sentenza pilota costituisce la base fondamentale per dare esecuzione agli obblighi derivanti dalla pronuncia e, dunque, per la corretta conclusione del procedimento giudiziario attivato dinanzi alla Corte europea³⁸.

In tale prospettiva, la Corte europea dei diritti dell'uomo, attraverso questo peculiare modus operandi, concorre certamente ad ampliare la cornice del sistema delle fonti con le quali il giudice nazionale è chiamato inevitabilmente a confrontarsi.

Tuttavia, ed eccoci al rilievo principale, quanto riferito nell'ordinanza di rimessione, attiene, si badi, più all'ambito delle misure generali che non a quello delle modalità di esecuzione della sentenza nei confronti del singolo vittorioso ricorrente, che invece ci riporta al tema della *restitutio in integrum*, ovvero alla scelta dello strumento attraverso il quale il ricorrente, per quanto possibile, viene riportato in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata l'accertata inosservanza delle prescrizioni della Convenzione.

In sostanza, lo strumento della sentenza pilota riguarda principalmente gli obblighi nascenti per il legislatore che, chiamato a conformarsi a quanto affermato dalla Corte, al fine di evitare future potenziali violazioni, riceve dalla stessa

³⁸ Così come affermato da BOCCHI, *Il non claris fit interpretatio: gli effetti delle sentenze pilota sul diritto ad un equo processo, tra revisione del giudicato e rideterminazione della pena*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1, p. 4 ss.

Corte precise indicazioni di come emendare la normativa interna. Quindi ben altro ambito rispetto a quello inerente all'applicazione ai casi analoghi già coperti da giudicato dei principi formulati dalla Corte medesima.

5. Una proposta di inquadramento del diritto di applicazione conforme ai casi analoghi. A prescindere comunque dalla questione relativa alla valenza delle sentenze pilota, sulla scorta di tutto quanto premesso, occorre ora confrontarsi con la verifica circa la sussistenza del diritto all'applicazione ai casi analoghi già coperti da giudicato dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea. L'ordinanza di rimessione, che pure accenna a un possibile approdo (un terzo ulteriore rispetto a quelli che fanno capo alla sentenza Osti e alla sentenza Dell'Utri), nelle battute finali sfuma significativamente il ragionamento sin lì portato avanti, senza arrivare a definire in modo compiuto l'approdo ermeneutico cui dovrebbero giungere le Sezioni Unite. Approdo che di fatto ancora non siamo in grado di conoscere. Occorre allora, sulla base tanto delle premesse dommatiche, quanto di quelle classificatorie precedentemente formulate, tirare le somme, concludendo la verifica circa la sussistenza del diritto a ciò che abbiamo definito applicazione conforme, con il conseguente sforzo di individuazione di quali debbano essere gli strumenti attraverso i quali il nostro ordinamento ne possa consentire l'attuazione.

A tal scopo, occorre in primo luogo ragionare in merito alla corretta individuazione della normativa convenzionale cui fare riferimento.

Ebbene, a giudizio dello scrivente, molto controverso è la riferibilità di questa ipotesi all'obbligo di cui all'art. 46 della Convenzione. L'ambito di estensione di questa norma attiene, come noto, per un verso, all'assunzione dell'obbligo da parte dello Stato contraente di garantire l'esecuzione diretta della singola condanna emessa dalla Corte europea a favore dello specifico ricorrente, per altro verso, all'assunzione dell'obbligo di conformazione da parte del singolo Stato ai contenuti delle sentenze emesse dalla Corte europea nei confronti del medesimo Stato; obbligo di conformazione che pertanto si articola nel senso di garantire il recepimento dei principi affermati dalla Corte per i futuri casi analoghi, modificando la normativa piuttosto che l'interpretazione ad essa riferibile. Gli obblighi fissati dall'art. 46 della Convenzione non consentono pertanto di ricavare l'esistenza del vincolo per gli Stati contraenti ad applicare i principi affermati dalla Corte europea anche ai casi analoghi coperti da giudicato.

D'altronde, in relazione a tali casi, non appare corretto far riferimento neanche all'art. 35 della Convenzione⁵⁹, dal quale si ricava il diverso principio di sussidiarietà che invece ricorre rispetto all'obbligo di applicazione dei principi affermati dai giudici di Strasburgo nell'ambito di sentenze emesse contro paesi diversi dal nostro⁶⁰.

La legittimazione all'estensione ai "fratelli minori" già coperti dal giudicato dei principi affermati in casi analoghi dalla Corte europea non pare riferibile ad alcuna previsione convenzionale. La questione va allora risolta rifacendosi ai principi interni al sistema. Utile tuttavia risulta verificare preliminarmente quale sia la posizione assunta in altri paesi dalla dottrina e se sussista una precisa posizione della stessa giurisprudenza della Corte europea.

Ebbene, buona parte della dottrina internazionale non dubiti degli effetti estensivi prodotti dalle sentenze della Corte europea anche ai casi analoghi⁶¹,

⁵⁹ Sul punto si rinvia a PISILLO MAZZESCHI, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, p. 579 ss.; ID., *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 151 ss.; PITTEA, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in *Commentario breve alla Convenzione europea*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 255 ss.

⁶⁰ Tale prescrizione infatti prevede che il giudice nazionale sia il primo interprete della Convenzione e delle garanzie ivi contenute anche rispetto alle interpretazioni fornite dalla Corte in sentenze contro paesi diversi dall'Italia. Da ciò deriva che l'ambito di intervento del giudice nazionale rispetto all'obbligo fissato nell'art. 35 è delimitato alla trattazione dei casi futuri, quelli in cui egli sarà chiamato a valutare la conformità della disposizione nazionale ai principi di diritto enucleabili dalla intera giurisprudenza europea, avvalendosi, se del caso, degli strumenti del *distinguishing* e del margine di apprezzamento. Adottando come esempio il caso Dan contro Moldavia in relazione alla piena riespansione del diritto al contraddittorio in sede di appello quando a fronte di una assoluzione in primo grado il giudice di seconde cure pronuncia una sentenza di colpevolezza, possiamo dire che in seguito a tale pronuncia gli imputati condannati in Italia con sentenza passata in giudicato che versavano nelle medesime condizioni, lamentando la stessa violazione processuale, non avrebbero in nessun caso potuto richiedere di ottenere la rescissione del giudicato.

⁶¹ Sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea, si rinvia a IMBERT, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Le rôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Atti del Convegno MAE-SIOI, 6-7 giugno 2002, La Comunità internazionale, Quaderno 7, 2002, p. 20 ss.; MAS, *Right to Compensation Under Article 50*, in *The European System for the Protection of the Human Rights*, a cura di Macdonald, Matscher, Petzold, Dordrecht, 1993, p. 775 ss.; POLAKIEWICZ, *The Status of the Convention in National Law*, in *The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights*, a cura di Blackburn, Polakiewicz, cit., p. 55 ss.; PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit.; RAIMONDI, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo negli affari di cui sono parti: l'articolo 46, primo comma della CEDU*, cit., p. 39 ss.; SUNDBERG, *Art. 41. Equa soddisfazione*, cit. p. 660 ss. Sebbene si riferiscano al vecchio articolo 50 della Convenzione si rinvia anche a DRZEMCZEWSKI-TAVERNIER, *L'exécution des "decisions" des instances internationales de contr le dans le domaine des droits de l'homme*, in *La*

posizione che può rinvenirsi in talune decisioni della stessa Corte europea, come il caso Broniowski⁶², oltre che nella consolidata prassi del Comitato dei ministri⁶³.

Della nostra giurisprudenza si è già abbondantemente detto, esplicitando come, salvo isolate eccezioni relative a ipotesi aventi acclarata portata generale e ai casi definibili in termini di identità⁶⁴, essa nega sostanzialmente l'esistenza di un diritto di adeguamento *inter alios*⁶⁵ rispetto ai contenuti delle decisioni della Corte europea.

All'interno della nostra dottrina si è negli ultimi anni iniziato ad animare un vivace confronto⁶⁶, in cui, a fronte di una certa prevalenza di opinioni contrarie

protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Paris, Pedone, 1998 p. 197 ss. ed in particolare p. 215 ss.; UBERTAZZI, *L'accertamento della violazione della Convenzione europea come "equa soddisfazione" alla parte lesa*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1988, p. 75 ss.

⁶² Corte EDU, Grande Camera, Broniowski c. Polonia, 22 giugno 2004, in www.echr.coe.int. Su tale sentenza si rinvia a LAMBERT ABDELGAWAD, *La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêt pilote (en marge de l'arrêt Broniowski)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1° gennaio 2005, p. 203 ss.

⁶³ Si rinvia in proposito alla Risoluzione *Comitato dei Ministri, Résolution Res (2004)3 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous jacent e Comitato dei Ministri, Recommendation Rec (2004)6 sur l'amélioration des recours internes*. Un ulteriore argomento favorevole alle integrazioni *post iudicatum* si rinviene nelle affermazioni formulate dal Comitato dei Ministri nel provvedimento dell'8 giugno 2011, in sede di chiusura della procedura di sorveglianza sull'esecuzione della sentenza Scoppola c. Italia. Il provvedimento europeo prendeva infatti positivamente atto della nota con la quale lo Stato italiano si era soffermato sugli «effetti diretti concessi dai Tribunali italiani alle sentenze della Corte europea e sulle possibilità offerte dalla procedura di incidente di esecuzione a coloro che si trovino in situazioni uguali a quella del richiedente nel caso in esame».

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 210 del 2013. cit.

⁶⁵ Nella sentenza n. 123 del 2017, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'unico giudicato che può venire intatto è quello relativo alle parti che hanno adito il giudice europeo dopo aver percorso le vie giurisdizionali interne. Con una ulteriore specificazione: «nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e (...) la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco».

⁶⁶ Per una accurata ricostruzione del dibattito si rinvia a VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit.; ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, ivi; BERNARDI, *Troppe incertezze in tema di "fratelli minori": rimessa alle sezioni unite la questione dell'estensibilità erga omnes della sentenza Contrada c. Italia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, ivi, 4 ottobre 2016; PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, ivi; ID., *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, ivi; RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, ivi, p. 325; MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi*

all'applicazione ai casi analoghi già coperti da giudicato dei principi affermati dalla Corte europea, si iniziano a registrare voci che si schierano per un pieno riconoscimento di tale effetto estensivo⁶⁷.

Orbene, a parere di chi scrive, se come già accennato poc'anzi la soluzione non va cercata ragionando sulla natura della giurisdizione convenzionale, dovendosi escludere l'applicabilità ai fratelli minori della previsione contenuta nell'art. 46 della Convenzione⁶⁸, la verifica circa la sussistenza o meno del diritto all'applicazione conforme va esplorata nell'ambito dei confini del nostro ordinamento, interrogandosi su quale sia la reale estensione del principio di parità delle posizioni di condannati in situazioni identiche, come lo si ricava dai «principi di

problematici (Taricco e Contrada), ivi, 2016, fasc. 3; GUALTIERI, *Interpretazione, creazione e analogia in materia penale: spunti di riflessione a partire dal caso Contrada*, ivi, 2018, fasc. 1; LASALVIA, *Il giudice italiano e la (dis)applicazione del dictum Contrada: problemi in vista nel "dialogo tra le Corti"*, ivi; FALATO, *L'efficacia estensiva delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. A proposito dei potenziali epiloghi della Cassazione nel caso dei fratelli minori di Bruno Contrada*, ivi; CASCINI, *Dopo la sentenza Contrada: fra carenze strutturali dell'ordinamento interno ed esigenze di adattamento al sistema convenzionale*, ivi.

⁶⁷ Si vedano, fra questi, benché con sfumature diverse, in particolare CONTI, *Il rilievo della Cedu nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in *www.consultaonline*, p. 423; MAGGIO, *Dell'Utri e Contrada "gemelli diversi": è la revisione europea lo strumento di ottemperanza alle sentenze cedu?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1399; GRASSO-GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 45; TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 16.

⁶⁸ In letteratura vi è chi nega che possa farsi discendere dall'articolo 46 § 1 un obbligo a carico degli Stati di adottare misure di carattere generale. Vedi MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 58 che ritiene che in seguito ad una sentenza di condanna gli Stati non sono obbligati ad adottare più disposizioni che superino l'ambito del caso di specie, quale eventualmente un cambio di legislazione. Lo stesso autore, sostiene pure che, se non un obbligo, sussiste per gli Stati almeno un interesse a modificare le disposizioni legislative o amministrative la cui applicazione ha determinato il giudizio negativo della Corte. Su posizione analoga, più di recente, BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *Studi in onore di F. Cuocolo*, a cura di Balduzzi, Milano, 2005, p. 118, il quale esclude che da una sentenza di condanna possa discendere altro obbligo per gli Stati oltre il garantire un'equa soddisfazione. Esclude, altresì, che le misure a carattere generale volte a prevenire future violazioni trovino il loro fondamento nell'articolo 46 § 1, ZAGREBELSKI, *In mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, p. 109, ravvisandone, piuttosto, il fondamento nello Statuto del Consiglio d'Europa. *Contra*, PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze*, cit., p. 23 ss., il quale mostra che dalla prassi del Comitato dei Ministri nella fase di esecuzione delle sentenze della Corte emerge, in modo netto, come sia il Comitato sia gli Stati stessi ritengono normale l'adozione di tali misure ex art. 46 § 2 al fine di giungere alla chiusura della procedura, p. 222 ss.

cui agli artt. 2 e 3 Cost., le due gambe a mezzo delle quali la dignità ha modo di portarsi avanti e farsi valere»⁶⁹.

Fulcro della disamina è pertanto l'individuazione dei precisi limiti entro i quali la stabilità del giudicato deve cedere rispetto alla tutela dei diritti inviolabili, dovendosi stabilire se l'applicazione conforme possa essere invocata quando la violazione venga riconosciuta come tale nell'ambito di una diversa, benché analoga, vicenda posta all'attenzione dei giudici europei definita dopo l'irrevocabilità della sentenza, in assenza della presentazione del ricorso alla Corte europea da parte di colui che ne invoca l'applicazione.

Diffusa è la convinzione della necessità di separare la trattazione delle violazioni di natura sostanziale da quelle processuali, riconoscendo a favore delle prime l'esistenza, come anche affermato dalla citata giurisprudenza costituzionale e di legittimità⁷⁰, di innegabili argomenti in considerazione dei quali non si può procedere all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e quindi costituzionalmente illegittima. Senza ignorare la radicale differenza tra chi, a fronte di un giudicato interno di condanna ritenuto convenzionalmente illegittimo, propone tempestivamente ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo con esito positivo e chi, invece, non si avvale di tale facoltà (con in conseguente effetto che il *decisum* nazionale non è più suscettibile del rimedio giurisdizionale previsto dal sistema convenzionale europeo), il punto centrale della discussione tuttavia ruota, in relazione alle acclamate violazioni sostanziali, intorno al principio secondo cui l'istanza di legalità della pena, come afferma la sentenza Ercolano, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e, quindi, alla Carta fondamentale. Evidentemente in questo ambito, non coperto dalla previsione convenzionale dell'art. 46, non si possono in astratto escludere potenziali conflitti fra divergenti interpretazioni tali da dover costringere il giudice al ricorso al giudizio di

⁶⁹ Così, RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovrerosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Rivista A.I.C.*, 2011, p. 486; UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 6, molto opportunamente evocati da TROISI, op. cit., p. 16.

⁷⁰ Ci riferiamo alle già citate Sezioni Unite Ercolano, le quali a loro volta hanno ribadito il passaggio argomentativo formulato dalla Corte costituzionale nella pronuncia 210 del 2013.

costituzionalità, ferma restando la tutela interna offerta dal principio della successione delle leggi nel tempo.

Ma se l'ipotesi del conflitto deve essere ritenuta residuale, resta ferma l'affermazione del principio secondo cui il giudicato deve inevitabilmente essere considerato recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni di diritti fondamentali della persona, così come affermano le citate Sezioni Unite, secondo cui «la preclusione del giudicato, non può operare allorché risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà»⁷¹.

Gli effetti ancora perduranti di una accertata violazione della Convenzione, determinata, si badi, da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale, devono pertanto essere rimossi anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo⁷². Il diritto all'applicazione conforme deve tuttavia essere subordinato all'esistenza di talune ineludibili condizioni, ovvero che (a) la questione controversa debba essere identica a quella decisa dalla Corte EDU; (b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale; (c) deve sussistere la possibilità d'interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile, occorre procedere alla declaratoria d'incostituzionalità della medesima normativa.

Ciò posto, non può escludersi la possibilità che possano sussistere argomentate manifestazioni di dissenso verso la *ratio decidendi* della Corte europea laddove

⁷¹ Corte cost., sentenza 210 del 2013, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 595 ss; aggiungendo che «la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d'incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell'art. 117, comma primo, Cost.», imponendosi pertanto «un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo».

⁷² Su analoga conclusione si pone da ultimo SANTORIELLO, *Perché l'intervento delle sezioni unite sulla sorte dei fratelli minori di Contrada è superfluo e inutile*, in *questa Riv.*, n. 2, 2019, p.12, il quale tuttavia da per pacificamente acquisito in giurisprudenza tale diritto che invece in vicende analoghe come quella Dell'Utri, anch'egli fratello minore di Contrada, oltre che in altre già qui citate e ovviamente richiamate nella ordinanza di remissione, non è stato affatto riconosciuto.

ci siano, ad esempio, lacune o incompletezze nella ricostruzione delle evoluzioni giurisprudenziali interne, dovendosi pertanto ritenere che resti impregiudicata la possibilità da parte del giudice di argomentare la sussistenza di una differenza fra il caso oggetto di valutazione rispetto a quello che è stato trattato dai giudici di Strasburgo.

Valutare se due situazioni siano identiche significa operare una attenta ricognizione dei fatti alla base dei casi da confrontare. Ed è nella selezione e quindi nella distinzione dei singoli *particulars* di cui si compone la sentenza europea che risiede il fondamento del risultato identitario delle situazioni. L'operazione di selezione dei fatti, evidentemente, non è affatto semplice. Implica, infatti, il confrontarsi con la molteplicità di circostanze, di norme sostanziali e procedurali, di decisioni nazionali con relative motivazioni⁷³.

Così affermare che i fatti a base delle vicende processuali di Contrada e di Dell'Utri siano identiche basandosi unicamente sul dato cronologico dei fatti storici in contestazione potrebbe non essere del tutto corretto. Al tempo stesso, non è corretto arricchire la sentenza della Corte europea di elementi che in quella sede non sono stati considerati, come ha fatto la Cassazione nella sentenza Dell'Utri soffermandosi su una presunta prevedibilità soggettiva assente in Contrada. Occorre sempre operare una attenta lettura della sentenza resa dalla Corte europea e da lì trarre gli elementi alla cui luce valutare la identità/diversità delle situazioni.

La lunga ordinanza di rimessione, nei primi passaggi ben mette in rilievo come la questione controversa di cui si occupa non attiene esclusivamente al caso di specie ma deve essere declinata in termini generali. L'auspicio ancora vivo è che pertanto le Sezioni Unite abbiano comunque ricostruito un corretto e stabile *assessment* del rapporto fra sistema convenzionale e ordinamento interno, andando ben al di là del caso in trattazione.

Ma a prescindere di quello che leggeremo nella motivazione, resta fermo che non può più essere rinviato l'obiettivo di dare sistematicità ad un rapporto, quello fra Corti, che non può più vivere di strappi e incertezze.

Occorre restituire certezze ad un sistema processuale che ha già troppi malanni per poter rinunciare a una cura come quella che è in grado di fornire la giurisprudenza della Corte europea. Non la panacea di tutti i mali, per carità, ma sicuramente un valido strumento per l'innalzamento delle garanzie.

⁷³ ESPOSITO, op. cit., p. 24 ss.

6. La diversa ricostruzione dei casi analoghi relativi a violazioni processuali.

Sciolto il nodo relativo alle violazioni sostanziali, resta da capire se l'invocato principio di legalità della pena e i valori costituzionali contenuti negli artt. 2, 3, 13 comma secondo, 25, comma secondo, 27 comma terzo Cost., possono essere fatti valere anche rispetto ai casi analoghi relativi a quelle decisioni della Corte europea che abbiano ad oggetto violazioni aventi natura processuale. Questione, lo si ripete, non direttamente sollevata dall'ordinanza di rimessione ma della quale intendiamo occuparci per ragioni di analisi sistematica.

La posizione della nostra giurisprudenza è di sostanziale chiusura. Come già precedentemente accennato, la citata sentenza Ercolano, oltre che la pronuncia costituzionale 210 del 2013, hanno ribadito a chiare lettere che deve considerarsi diversa l'ipotesi di pronuncia di condanna della Corte europea per violazione dell'art. 6 rispetto a quelle derivanti da infrazioni all'art. 7, non potendosi pertanto invocare alcuna applicazione conforme in presenza di un giudicato interno non impugnato innanzi agli stessi giudici di Strasburgo poiché per le violazioni processuali, l'apprezzamento, implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non potrebbe che essere compiuto caso per caso. Il giudicato interno potrebbe in tali casi essere posto in discussione «soltanto di fronte a un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo pronunciato in relazione alla specifica vicenda trattata in sentenza» e in tal evenienza occorrerebbe procedere attraverso lo strumento della revisione europea.

Residuerebbe quindi in astratto uno spazio, assai ristretto, di operatività per l'applicazione ai casi analoghi coperti da giudicato ma solo in presenza, secondo la citata giurisprudenza, di una precisa indicazione contenuta nella sentenza di condanna pronunciata dalla Corte europea, che, viene da dire, potrebbe estendere in questo caso il perimetro applicativo dell'art. 46 della Convenzione. Qualche timida apertura si è registrata in isolate pronunce che si sono spinte ad affermare che, posto che solo le sentenze «pilota» assumono espressamente valore anche oltre il singolo caso valutato, con l'effetto che l'obbligo di conformazione da esse derivante assume corrispondentemente carattere generale, può essere esteso lo strumento disegnato dalla sentenza n. 113 del 2011 della Corte Costituzionale per dare ingresso all'esecuzione necessitata dalla pronuncia europea, indipendentemente dall'essere l'istante il soggetto effettivamente vittorioso dinanzi alla Corte di Strasburgo. Secondo tale impostazione, il presupposto essenziale per accedere alla revisione "europea" sarebbe

rappresentato dal carattere generale della violazione accertata, desumibile dal *dictum* della Corte europea dei diritti dell'uomo, determinandosi così quella "necessità" di conformazione alle sentenze definitive in controversie di cui lo Stato sia parte, imposta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011, a prescindere dalla violazione pronunciata dalla Corte europea⁷⁴.

La posizione appena riferita, sebbene debba apprezzarsi per lo spirito "europeista" che la contraddistingue, commette tuttavia l'errore concettuale di far rientrare nell'alveo della esecuzione situazioni di applicazione conforme, confondendo pertanto l'origine della legittimazione alla rimozione del giudicato e anche per questo, evidentemente, l'orientamento non ha fatto breccia nella successiva giurisprudenza.

La posizione della nostra giurisprudenza è invero riscontrabile anche in altri paesi, fra cui, ad esempio, la Germania dove secondo la dottrina e la giurisprudenza, in merito a quanto prevede il § 79 BverfGG, che riguarda le ipotesi di revisione a seguito di dichiarazione d'incostituzionalità di una norma da parte del Tribunale costituzionale, ritengono che esso possa essere applicato anche per estendere degli effetti delle decisioni assunte dalla Corte europea a tutti i condannati analoghi, ma solo nel caso di violazioni riferibili a norme "sostanziali"⁷⁵.

Sebbene esuli dal cuore della questione sollevata dall'ordinanza di remissione e che quindi immaginiamo non sia stata fatto oggetto di trattazione, la problematica della possibile applicazione conforme ai casi analoghi coperti da giudicato attinenti a violazioni processuali non è questione che può restare senza adeguata risposta, interessando un ampio numero di sentenze di condanna che potrebbero essere sottoposte alla revisione del giudizio di colpevolezza in presenza di acclamate violazioni dell'equo processo estendibili a casi analoghi poiché relative a violazioni di carattere generale.

Rispetto ad esempio alle numerose sentenze di colpevolezza pronunciate dai giudici di appello in difformità alle decisioni di assoluzione di primo grado si potrebbe prefigurare un diritto alla revisione con contestuale remissione del

⁷⁴ Cass., Sez. VI, 2 marzo 2017, n. 21635, Barbieri, in *CED* 269945.

⁷⁵ Si rinvia per brevità a PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1021.

giudicato anche per chi non abbia avuto la lungimiranza di adire la Corte europea. Difficile infatti contestare la portata generale della sentenza Lorefice⁷⁶.

Tuttavia, se nulla potrebbe in futuro impedire al legislatore di riconoscere l'applicazione conforme ai casi analoghi coperti da giudicato anche rispetto a violazione della Convenzione di carattere processuale, allo stato dell'attuale normativa, a fronte della piena riconducibilità della questione in trattazione ai principi di diritto interni, il riferimento con cui confrontarsi non può che essere il principio del *tempus regit actum* che è, come noto, del tutto impermeabile allo *ius superveniens* che invece nell'alveo del diritto penale riconosce sempre la preminenza della norma più favorevole succeduta nel tempo.

Non è questa la sede più consona per un adeguato approfondimento del tema, di sicura complessità, ma di certo si rende ineludibile l'apertura di un ampio confronto che, poste solide premesse dommatiche e classificatorie, possa essere in grado di produrre una soluzione.

Potendo in questa sede limitarci a formulare solo un breve accenno a quella che si ritiene debba essere la prospettiva di intervento, prendiamo ad esempio la vicenda del contraddittorio in appello come paradigma attorno al quale abbozzare una prima riflessione. Ebbene, la questione, trattata precedentemente dalla Corte europea in casi che non riguardavano l'Italia, è stata poi quasi coevasamente fatta oggetto di una decisione di condanna contro l'Italia oltre che essere fatta oggetto di modifica normativa con pieno recepimento del principio ivi espresso; intervento legislativo che non ha previsto alcuna applicazione retroattiva del principio formulato. A fronte di ciò, se da un lato, si potrebbe osservare che l'ipotetico effetto "retroattivo" del principio espresso dalla Corte europeo travalicherebbe la previsione del legislatore che non ne ha contemplato una applicazione *ex tunc*, dall'altro lato, si potrebbe altrettanto legittimamente sostenere come, al di là della volontà del legislatore di modificare un determinato istituto garantendo un rafforzamento delle garanzie per i futuri casi analoghi, molte condanne coperte dal giudicato allo stato risultano essere state pronunciate in violazione del già preesistente principio convenzionale evidentemente non adeguatamente applicato.

Legittimo allora chiedersi se non risulti discutibile non far rientrare nel concetto di legalità della pena, che ingloba in sé sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale⁷⁷ e grazie al quale si consente

⁷⁶ Corte EDU, Lorefice c. Italia, 29 giugno 2017, in www.echr.coe.int.

⁷⁷Avendo il giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma

sul piano della normativa interna l'estensione al caso analogo per le violazioni sostanziali della Convenzione, anche le norme processuali e di conseguenza ragionare sull'effetto estensivo anche per le violazioni cedute di tipo processuale. Nel caso *Lorefice* la Corte europea ha individuato una violazione di sistema nella nostra normativa che non prevedeva la obbligatorietà della rinnovazione della prova orale in caso di sovertimento di una assoluzione in primo grado; violazione di sistema non riguardante pertanto il singolo caso, né determinata da una interpretazione del giudice interno anomala o isolata, riflettendo invece una posizione del tutto consolidata. Il vizio riscontrato dalla Corte europea si è consumato, anche in tutte le vicende processuali analoghe già coperte dal giudicato ed in cui gli imputati condannati non hanno avuto l'intuizione o la possibilità di rivolgersi al giudice della Convenzione. Sussistono quindi un numero infinito di sentenze analoghe alla *Lorefice* che sappiamo essere se non direttamente di certo indirettamente ritenute come emesse in violazione della Convenzione e quindi come tali non eque.

A fronte di ciò, appare oggettivamente *ingiusto* ragionare in termini di impossibilità di estensione, almeno astratta, di un principio sancito dalla Corte europea e la cui violazione ha determinato la dichiarazione di non equità di una sentenza di condanna. Il tutto, si badi, salvo sempre verificare quale possa eventualmente essere lo strumento per far valere in concreto il vizio e fermo restando comunque la successiva valutazione discrezionale del giudice sulla piena estensione di quel vizio al caso concreto. Qui, lo si ribadisce, si sta provando a ragionare di principi, cercando di collocare sul piano sistematico gli eventuali effetti estensivi di una condanna della Corte europea per violazioni processuali ai casi analoghi già coperti da giudicato.

Ribadita quindi la necessità di un successivo approfondimento teorico del tema che possa fornire risposte convincenti al tema trattato, resta altrettanto fermo che solo il legislatore può, o meglio deve, essere chiamato a dare una risposta alla questione sollevata, salvo immaginare che, non potendo facilmente enucleare dal sistema una soluzione, essa ben potrebbe essere rimessa nuovamente al valutazione del giudice costituzionale, come accaduto nel 2011 per l'allargamento delle ipotesi di ricorso alla revisione, se è vero come è vero che il perimetro entro cui ci muoviamo è quello tracciato dagli artt. 2, 3, 13 comma secondo, 25, comma secondo, 27 comma terzo Cost.

incriminatrice, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello letterale (formulato in sede di esercizio del potere legislativo) e quello interpretativo.

7. *Alla ricerca dell'istituto in grado di garantire l'applicazione ai casi analoghi. Uno spunto de iure condendo.* L'ultimo passaggio da compiere è quello volto alla verifica di quali possano essere gli strumenti procedimentali cui fare ricorso per far valere nei confronti del caso analogo, il principio enucleato dalla Corte europea nell'ambito di un diverso processo.

Ci muoviamo, anche in questo caso, in uno scenario entro cui dovrebbe operare con maggior naturalezza il legislatore, a cui spetterebbe il compito di introdurre nell'ordinamento un rimedio specifico⁷⁸.

Nella perdurante assenza di tale intervento, occorre allora, in prima battuta, provare a ragionare *de iure condito*, per arrivare poi a formulare una proposta per un legislatore che, in un futuro non troppo remoto, volesse farsi carico di affrontare la questione.

Orbene, ai fini dell'individuazione dell'istituto processuale più idoneo ad assicurare l'applicazione al caso analogo di quanto affermato dalla Corte europea, non appare convincente usare come parametro di riferimento la natura della violazione accertata dai giudici di Strasburgo⁷⁹.

Si resta convinti infatti che nulla possa escludere che anche una violazione sostanziale possa essere legata alle specificità del caso portato all'esame della Corte europea ovvero essere legata a una erronea applicazione di una fattispecie generale, in sé perfettamente compatibile con la Convenzione, tanto da rendersi necessaria una nuova valutazione del caso, escludendosi quindi conseguenze automatiche, ovvero quelle tipicamente rimesse alla cognizione del giudice dell'esecuzione. Certo, l'incisività della valutazione da parte del giudice interno dei citati parametri della *generalizzazione della decisione* e dell'*identità del caso* dovrà conoscere profondità diverse e sicuramente, in termini generali, le violazioni sostanziali possono con maggiore frequenza avere una piena portata espansiva che ben potrebbe essere compatibile con la cognizione del

⁷⁸ Così SCJARABBA, *La riapertura del giudicato a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo: il ruolo della comparazione*, in *European rights news letter*, 2014, p. 30.

⁷⁹ Interessante notare che rispetto alla questione del tipo di violazione l'indagine comparata fra i paesi aderenti alla Convenzione, mostra la prevalenza della soluzione consistente nel non introdurre alcun limite relativo al tipo di violazione riscontrata dalla Corte europea. Confronta in questo senso, SCJARABBA, *Il giudicato e la Cedu*, Padova, 2012, p. 168 ss. Si rinvia altresì a SCALFATI, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il processo penale fra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, p. 467.

giudice dell'esecuzione, ma l'assunto non può avere portata generale, come si è di recente osservato in dottrina proprio rispetto al caso oggetto di esame delle Sezioni unite⁸⁰, che finisce pertanto con l'offrire un significativo riscontro a quanto appena affermato.

Come infatti si è osservato in dottrina, se l'intervento del giudice dell'esecuzione è consentito solo quando lo stesso possa considerarsi "a rime obbligate", ciò si verifica solo in presenza di un'abrogazione della previsione normativa o di una sua dichiarazione di incostituzionalità e non quando invece siano in discussione i contrasti giurisprudenziali intorno alla corretta interpretazione della stessa, come accade nel caso in trattazione in relazione ai fratelli minori di Contrada. Ciò non di meno, anche il ricorso all'istituto di cui all'art. 630 c.p.p. non pare pienamente rispondente alle necessità del caso in questione⁸¹. La revisione, tanto nella disciplina originariamente contenuta nell'art. 630 c.p.p. che nella ipotesi di revisione europea, è caratterizzata per l'immodificabilità della contestazione mossa all'imputato. Nel nuovo giudizio si ritornerebbe a discutere sempre e comunque della fondatezza di quella imputazione; indefettibilmente, il nuovo processo avrebbe ad oggetto sempre la stessa imputazione e, per quel che interessa in questa sede, la medesima qualificazione giuridica dell'accaduto⁸². Possiamo quindi affermare che nel caso in cui la violazione della Carta europea dipenda da una indeterminatezza della base legale della condanna, il rimedio a tale violazione non può essere la revisione dell'originario processo, con "rinnovazione" della istruttoria, occorrendo invece garantire lo svolgimento di un nuovo processo sulla base di una nuova imputazione ovvero quella risultante dallo stato della giurisprudenza al momento in cui l'imputato ha tenuto la condotta contestatagli⁸³.

La vicenda Contrada e ancor di più quella dei suoi "fratelli minori" fa quindi emergere come nei casi in cui la violazione della Carta europea dipenda da una

⁸⁰ REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, 2011, II, p. 1555-1556, spec. nota 24; così anche SCIARABBA, *La riapertura del giudicato*, cit., p. 30.

⁸¹ SANTORIELLO, *Perché l'intervento delle sezioni unite sulla sorte dei fratelli minori di Contrada è superfluo e inutile*, cit., p.2, secondo il quale l'ordinanza sembra chiedere «troppo alle Sezioni unite».

⁸² D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, 2003; DEAN, *La revisione*, in *Le impugnazioni penali*, II, a cura di Gaito, Torino, 1998, p. 795; COLAMUSSI, *La sentenza tra definitività ed irrevocabilità*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 205; FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008; MARCHETTI, *La revisione*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, V, Torino 2009, p. 933.

⁸³ SANTORIELLO, *Perché l'intervento delle sezioni unite sulla sorte dei fratelli minori di Contrada è superfluo e inutile*, cit., p. 5.

indeterminatezza della base legale della condanna, il rimedio a tale violazione non può essere né l'incidente di esecuzione, né la revisione dell'originario processo.

Aspetto, quest'ultimo, giova evidenziarlo, che l'ordinanza di rimessione sembra non avere colto. Essa infatti ricorda che secondo quanto affermato dalla prima sezione della Corte di cassazione nella sentenza Dell'Utri, è possibile immaginare una applicazione generalizzata del meccanismo della revisione europea, vista come principale modalità di ingresso nell'ordinamento interno delle pronunce definitive della Corte di Strasburgo con riferimento sia alle violazioni di carattere procedurale di cui all'art. 6, sia riguardo ai casi di violazioni di carattere sostanziale. All'incidente di esecuzione sarebbe invece affidato un ruolo residuale limitato ai casi in cui la rimozione del giudicato o la sua modifica costituisca l'esito obbligato di un intervento della Corte europea già interamente predeterminato nei suoi contenuti che dunque non lasci alcun margine di discrezionalità ai giudici interni. D'altronde la considerazione appena formulata non era stata colta neanche nelle decisioni precedenti. Nei casi Dell'Utri e Gorgone, infatti, la Corte di cassazione in modo esplicito ha rinviato la definizione della vicenda relativa alla estensione dei casi analoghi al giudice della revisione, ritenendo necessario un sindacato di merito, ma in questo venendo smentita dalla stessa Corte di cassazione proprio per il fratello maggiore Contrada per il quale, benché previa la presa d'atto della impossibilità di ricorrere ad altri rimedi, essendo stati tutti esperiti con insuccesso, si è data esecuzione alla sentenza emessa dalla Corte europea attraverso l'incidente di esecuzione, dimostrando così quante contraddizioni presentino ancora le vicende legate agli effetti prodotti della giurisprudenza europea e pertanto quanto sia necessaria una compiuta sistematizzazione delle relative dinamiche.

Proprio il caso Contrada e quello dei suoi fratelli minori, ci aiuta quindi a comprendere come la problematica dell'individuazione dello strumento più idoneo ad assicurare l'applicazione ai casi analoghi coperti da giudicato non può essere affrontata all'interno degli schemi procedurali che ad oggi conosce il nostro ordinamento; osservazione che vale anche in generale per l'esecuzione, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, delle sentenze di condanna pronunciate dai giudici di Strasburgo.

La constatazione dell'inidoneità degli istituti processuali esistenti per una compiuta risoluzione della questione in trattazione non può certo bastare per archiviare il tema. In questo scenario, potremo dire "bloccato", ove si ritenesse

sussistente un diritto al “fratello minore” di vedere riconosciuto al suo caso il principio affermato in un caso analogo dalla Corte europea, come riteniamo sia necessario, l’unica soluzione tampone appare quella di affidare tale compito al giudice della revisione.

Che questa possa essere una soluzione praticabile, lo si ricava in primo luogo da una attenta lettura combinata delle sentenze della Corte costituzionale n. 113 del 2011 e 210 del 2013. Come in parte sostenuto dalla più volte evocata sentenza Dell’Utri, il giudice costituzionale non pone invero alcuna preclusione all’espansione degli effetti delle sentenze pronunciate dalla Corte europea ai casi analoghi, ovvero a coloro i quali non hanno partecipato al giudizio da cui trae origine il principio di cui si chiede l’applicazione⁸⁴.

La posizione espressa dalla sentenza Dell’Utri appare pertanto quella da preferire, nonostante il folto numero di voci contrarie registrate in dottrina sulla possibilità di estendere la revisione ai casi analoghi⁸⁵.

Quanto innanzi detto in merito alla necessaria sussistenza di un margine di apprezzamento necessario per valutare l’opportunità di estendere gli effetti di una sentenza a chi non ne è stata parte, determina importanti conseguenze sul piano della scelta dell’istituto idoneo a realizzare lo scopo. Posto che quella di cui si parla resta una discrezionalità orientata e vincolata – orientata a stabilire l’ammissibilità della espansione degli effetti di un giudicato europeo e vincolata, in caso di superamento di quel vaglio, nell’esito – i relativi poteri di cognizione

⁸⁴ La prima vera pronuncia sul tema risale invero a una fattispecie di violazione del diritto al contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto, analoga a quella affrontata nella vicenda Drassich. In quella occasione, manco a dirlo, la Suprema Corte ha escluso l’ammissibilità dell’incidente di esecuzione, proposto ai sensi dell’art. 670 c.p.p., per ottenere la declaratoria di ineseguibilità della condanna, a causa dell’assenza di una specifica sentenza della Corte europea che avesse accertato la violazione (Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, Raffaeli, in *C.E.D.*, n. 249328).

⁸⁵ Si veda per tutti quanto affermato, ad esempio, da GRASSO-GIUFFRIDA, *op. cit.*, p. 42, «Per quel che concerne la situazione dei “fratelli minori” del ricorrente vittorioso, invece, la prospettiva è simile, ma non integralmente sovrapponibile a quella descritta finora. Il mancato esperimento del ricorso a Strasburgo, infatti, li colloca in una posizione inevitabilmente diversa (e meno “qualificata”, per così dire) rispetto a quella di chi abbia adito la Corte europea: ciononostante, nella sussistenza delle quattro condizioni previste dalla sentenza delle Sezioni unite nel caso Ercolano, anch’essi potranno ottenere adeguata tutela in via d’esecuzione (con le caratteristiche e i limiti di questo procedimento per come recentemente interpretati). Tuttavia, in quelle ipotesi in cui dovesse rivelarsi necessaria la riapertura del processo per una complessiva rivalutazione del caso di specie, essi resterebbero del tutto sforniti di un qualunque mezzo di tutela, poiché la revisione del processo – nella caratterizzazione conferita dalla Corte costituzionale con la sent. n. 113/11 – non consente il ricorso a questo rimedio da parte di soggetti diversi dal ricorrente».

da parte del giudice sono senz'altro meglio coniugabili con quelli di cui è dotato il giudice della revisione piuttosto che quello della esecuzione.

Certo, può ben accadere che, ove l'esecuzione del titolo sia ancora in corso, proprio come nel caso Dell'Utri e non invece come nel caso da cui è scaturita l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, possa essere preferibile se non necessario intervenire prima sulla validità del titolo esecutivo, sospendendone l'efficacia in attesa della decisione di rimozione del giudicato.

Il ricorso alla revisione, infine, risulta a giudizio dello scrivente pienamente ammissibile, a normativa vigente, ancor di più a fronte della comunicazione giunta al ricorrente dell'avvio di quella specifica procedura prevista dalla Convenzione europea nell'art. 28 che consente al Comitato (organo ristretto di tre giudici) di dichiarare ricevibile un ricorso, pronunciando congiuntamente sentenza sul merito quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte. La cancelleria della Corte infatti, a seguito di un esame preliminare della ricevibilità del ricorso può comunicare al ricorrente che il presidente della sezione alla quale la causa è stata assegnata ha deciso, in virtù dell'art. 54 § 2 b) del regolamento della Corte, di dare comunicazione al Governo del paese contraente chiamato a rispondere della violazione, della ricevibilità del ricorso presentato, invitandolo a presentare per iscritto un'esposizione dei fatti e le proprie osservazioni sulla ricevibilità e la fondatezza del motivo del ricorso ai sensi dell'articolo 6 §1 e 3 d) della Convenzione. Ciò accade quando la questione sollevata dal ricorso costituisce oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte, e quest'ultima pertanto ha deciso di assegnare il ricorso ad un collegio composto da tre giudici. Il Governo viene quindi invitato a presentare entro un certo termine un'esposizione dei fatti e le proprie osservazioni. Queste ultime verranno poi trasmesse al ricorrente che potrà rispondere per iscritto a tali osservazioni, unendo, se del caso, richiesta di equa soddisfazione ai sensi dell'articolo 41. Il Governo è inoltre invitato ad indicare la propria posizione in merito ad una composizione amichevole della causa e, se del caso, a presentare le proprie proposte al riguardo ai sensi dell'articolo 62 del regolamento. La decisione che la Corte prenderà in queste forme non potrà vedere alcuna forma di impugnazione.

Ebbene, in questi casi in cui la ricezione della comunicazione cui si è fatto cenno preannuncia un'imminente accettazione del ricorso proprio perché esso ha a oggetto una giurisprudenza consolidata della Corte, il "fratello minore" in

attesa del giudizio della Corte europea che vede incanalato il suo ricorso nella procedura di più celere definizione dovrebbe poter contare su un diretto accesso alla revisione, in attesa del pronunciamento definitivo.

Accesso diretto alla revisione che si fa necessario in quei casi in cui il passaggio in giudicato della condanna stia comportando la sottoposizione alla pena detentiva.

Provando invece a ragionare *de iure condendo*, alla luce di tutto quanto sin qui affermato, non può che ritenersi come più rispondente alle esigenze di razionalità e di economicità processuale risulta l'introduzione della competenza a conoscere dell'intera materia *lato sensu* "esecutiva" in capo a un unico giudice, magari specializzato, a cui affidare sia i casi di esecuzione diretta azionata dal vincitore a Strasburgo sia la trattazione dei casi analoghi già coperti da giudicato. Evidentemente, l'introduzione di una ipotesi di una specifica competenza richiederebbe con sé la creazione di una nuova procedura *ad hoc* in grado di assicurare un ampio margine di azione affinché il giudice possa operare dopo il giudicato non solo al fine di dichiarare l'inefficacia dello stesso, intervenendo direttamente in modo esclusivo sul titolo esecutivo ma anche e soprattutto per annullare e rielebrare il processo penale, previa la rimozione degli atti interessati direttamente o indirettamente dalla pronuncia della Corte europea.

La procedura che si immagina dovrebbe preferibilmente essere bifasica o addirittura plurifasica, in grado quindi di assicurare l'ammissibilità della richiesta per valutarne poi la fondatezza e infine emettere le decisioni conseguenti. Dovrebbe prevedere un suo incardinamento per l'esame preliminare presso la Corte di cassazione, immaginando poi la possibilità di inviare alle corti di appello quando sia necessaria la celebrazione di un nuovo processo, previa la specifica dichiarazione di quali siano le attività di compiersi.

In ogni caso, il punto fermo da cui partire deve essere rappresentato dalla consapevolezza di dover aver un diverso approccio rispetto agli effetti prodotti dalla giurisprudenza europea, affermando che l'intangibilità della *res iudicata* non può più essere sbandierata come ultimo vessillo della sovranità "tetragona ai colpi di ventura"⁸⁶.

Il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona.

⁸⁶ Come opportunamente è stato affermato in dottrina da GRASSO-GIUFFRIDA, op. cit., p. 51.

La dottrina costituzionalista più attenta, d'altronde, già da qualche anno, ha iniziato ad affermare che può esservi «certezza del diritto [...] fintantoché e dove v'è garanzia dei diritti»⁸⁷.

Altri, opportunamente, parafrasando la riferita affermazione di principio, hanno scritto che «la certezza del diritto (racchiusa nell'intangibilità del giudicato) deve oggi cedere di fronte alla garanzia dei diritti»⁸⁸.

Certo, l'ampliamento del perimetro della tangibilità del giudicato necessita di uno strumento che sia affinato e completo, in grado cioè di fronteggiare le diverse ipotesi che possono presentarsi al giudice in fase esecutiva. Al contempo, il labile confine fra il ricorso alla revisione piuttosto che all'incidente di esecuzione solleva il problema della evidente necessità che vi sia non tanto un criterio distintivo legato alla tipologia di violazione riscontrata quanto piuttosto l'introduzione di un nuovo procedimento creato *ad hoc* che non consenta più la possibilità all'uno o all'altro giudice di spogliarsi del caso, arrecando così ulteriori danni al ricorrente vittorioso a Strasburgo, costretto a subire l'inaccettabile protrarsi della sua aspettativa di ottenimento di giustizia⁸⁹.

⁸⁷ RUGGERI, op. cit., p. 15.

⁸⁸ GRASSO-GIUFRIDA, op. cit., p. 51.

⁸⁹ Appare utile qui segnalare, come, in merito alla esecuzione delle condanne inflitte dalla Corte europea, si ricava che, nella maggior parte degli Stati aderenti, la domanda per il riesame o la riapertura del processo deve essere presentata presso organi non giudiziari, quali commissioni amministrative indipendenti o semi giudiziarie. Il riesame o la riapertura di un processo non sono concessi automaticamente e la richiesta deve soddisfare criteri di ammissibilità, come il rispetto dei termini e le formalità procedurali.