

PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA

PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti qui contenuti,

P R E M E S S O

1. Franco Cat Berro – detenuto in espiatione della pena di anni 24 di reclusione a lui inflitta dalla Corte di assise di appello di Milano con sentenza del 9 aprile 1984 – ricorre per cassazione avverso l’ordinanza del 30 gennaio 2006 con la quale la predetta Corte, giudicando in sede di rinvio in conseguenza della decisione di annullamento di codesta Corte Suprema del 22 settembre 2005, ha rigettato l’incidente di esecuzione dallo stesso proposto, teso a ottenere la declaratoria di ineseguibilità della indicata sentenza di condanna – con susseguente annullamento o revoca dell’ordine di carcerazione nei suoi confronti emesso dal locale Procuratore generale il 1° luglio 2004 – per essersi svolto il relativo procedimento in violazione delle regole di un *giusto processo*, come constatato, con sentenza del 28 agosto 1991, dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

2. Deduce tempestivamente il ricorrente, personalmente e tramite il suo difensore, con unico, complesso motivo di ricorso, la nullità – per violazione di legge (articolo 606, cod. proc. pen., in relazione agli articoli 627 e 670 stesso Codice e agli articoli 5 e 6 della Convenzione europea dei

diritti dell'uomo) – dell'ordinanza impugnata, sotto il profilo che il giudice del rinvio avrebbe del tutto eluso la verifica a lui demandata, sia per quel che concerne la sussistenza del riconoscimento di un grado di specificità dell'articolo 5 della Convenzione tale da consentirne la concreta attuazione, sia per quel che riguarda la possibilità dell'immediata applicazione di tale disposizione nel caso di specie.

Sostiene, in particolare, il ricorrente che il giudice del merito si sarebbe di fatto rifiutato di affrontare quest'ultima questione, disattendendo la specifica richiesta difensiva – intervenuta nel corso dell'udienza e meramente esplicativa della statuizione della sentenza di annullamento – di soluzione del problema in conformità dei principi fissati dalla Corte costituzionale nella sua sentenza n. 10 del 1993.

Ad avviso del ricorrente l'argomentazione del giudice del merito – secondo cui *se fu relativamente facile per la ricordata sentenza 10/1993 della Corte costituzionale fornire un'interpretazione dell'articolo 143, comma 1, cod. proc. pen. conforme tra l'altro al citato articolo 6 comma 3 lettera a) CEDU, analoga operazione non sembra possibile nella specie, atteso che il giudice dell'esecuzione dovrebbe necessariamente intervenire non solo sull'articolo 670 cod. proc. pen. ma sull'intero sistema dell'esecuzione della sentenza passata in giudicato, sostituendosi al legislatore nello scegliere l'una o l'altra tra le varie opzioni ipotizzabili* – apparirebbe assolutamente contestabile, illegittima, inaccettabile e costituirebbe un vero e proprio pretesto allo scopo di eludere l'applicazione di una norma di legge.

O S S E R V A

3. Il ricorso – a giudizio di questo Ufficio – deve essere accolto, sia pure per motivi in parte diversi da quelli prospettati.

4. Va innanzitutto sottolineato e ribadito come correttamente, e in conformità di una giurisprudenza costante sin dalla prima sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo nel lontano 1° luglio 1961 (sentenza *Lawless contro Irlanda*, § 14), codesta Corte Suprema nella sua decisione di annullamento abbia impostato la soluzione del *thema decidendum* – che si sostanzia nell'accertare la legittimità e *regolarità* dello stato di detenzione del ricorrente (*cfr., infra*, punto 7.1.) – con riferimento anche all'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, come è noto, *mira a proteggere la libertà e la sicurezza della persona contro arresti o detenzioni arbitrarie o abusive* (Corte europea, sentenza *Engel e altri contro Olanda*, § 58 dell'8 giugno 1976; sentenza *Winterwerp contro Olanda*, § 37 del 27 novembre 1981; sentenza *Bozano contro la Francia*, § 54 del 18 dicembre 1986 etc.).

4.1 Così operando, codesta Corte ha adempiuto il dovere, proprio di ogni giudice, di verificare se la particolare situazione di fatto sottoposta al suo esame sia suscettibile di porre in discussione o addirittura di violare il canone della Convenzione, che regola il settore di volta in volta interessato. Tale dovere costituisce manifestazione concreta di quella nozione di *obbligo positivo* (di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali), elaborata dalla Corte europea per assicurare il *principio di effettività* dei diritti riconosciuti.

Al riguardo la Corte ha ripetutamente ammonito che *la finalità della Convenzione consiste nel proteggere diritti non già teorici o illusori, ma concreti ed effettivi* e che, in materia di diritti dell'uomo, lo Stato – e per

esso l'organo che ha la disponibilità del procedimento – *non deve rimanere passivo di fronte agli obblighi assunti, ma deve adottare le misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti riconosciuti* (cfr., tra le tante, Corte europea, sentenza *Airey* del 9 ottobre 1979; sentenza *Lopez Ostra* del 9 dicembre 1994).

Questo *obbligo positivo* costituisce, unitamente al *principio di effettività* (cui esso è finalizzato), il più rilevante degli *effetti giuridici* che si sono verificati nel nostro sistema in conseguenza dell'inserimento nell'ordinamento italiano delle disposizioni della Convenzione, posto che, a tacer d'altro, *il giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo*, come hanno di recente definitivamente chiarito le Sezioni Unite civili di codesta Corte (sentenza n. 28507 del 23 dicembre 2005), sviluppando e dando carattere di organicità a quell'orientamento giurisprudenziale che, iniziato con la sentenza del 17 dicembre 1981 della Prima sezione penale (in c. *Iaglietti*, mass. uff. 154.630-154.636), ha trovato i suoi momenti più significativi nelle decisioni delle Sezioni Unite penali del 23 novembre 1988 (in c. *Polo Castro*) e civili del 26 gennaio 2004 (nn. 1339, 1340 e 1341), nonché nella sentenza n. 10 del 1993 della Corte costituzionale.

4.2 In particolare, le Sezioni Unite, effettuata una accurata ricognizione giurisprudenziale, hanno ricostruito il sistema di tutela, chiarendo che:

- **i)** *le norme convenzionali hanno natura immediatamente precettiva* (Cass., Sezioni Unite civili, 10 luglio 1991, n. 7662), ossia – come avevano già chiarito le Sezioni Unite penali sin dal 1988 – tali norme sono di *immediata applicazione nel nostro Paese e vanno valutate nella loro incidenza sul più ampio complesso normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento*

italiano, con l'ulteriore considerazione che la Convenzione ha inteso rafforzare all'interno la tutela dei diritti riconosciuti e ha, al contempo, previsto la possibilità di un controllo sul modo con il quale le autorità giudiziarie nazionali assicurano il controllo dei diritti stessi (Cass., Sezioni Unite penali, 23 novembre 1988, Polo Castro);

- **ii)** *i diritti convenzionali hanno il carattere di diritto soggettivo fondamentale, insopprimibile anche dal legislatore ordinario (Cass., 26 marzo 2002, n. 4297) e previgenti anche rispetto a una normativa nazionale di regolamentazione (fattispecie concernente la legge n. 89 del 2001, oggetto del contrasto di giurisprudenza);*
- **iii)** *le norme convenzionali hanno natura sovraordinata o, forse meglio, un particolare grado di resistenza rispetto a quella nazionale, anche successiva, nel senso che il giudice italiano può ritenere abrogata (Cass., Sezioni Unite civili, 10 luglio 1991, n. 7662) o disapplicare la normativa interna contraria alla Convenzione (Cass., 19 luglio 2002, n. 10542), in piena sintonia con la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 18 maggio 1993, Medrano) e della Corte costituzionale (sentenza n. 10 del 1993);*
- **iv)** *le norme convenzionali devono essere applicate secondo l'interpretazione che di esse ha dato la Corte di Strasburgo (Cass., Sezioni Unite civili, 26 gennaio 2004, nn. 1339, 1340 e 1341);*
- **v)** *il giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo (Cass., Sezioni Unite, 26 gennaio 2004, n. 1340) in ordine a tutti i diritti riconosciuti dalla Convenzione e, va ovviamente aggiunto, dai suoi protocolli aggiuntivi (Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28507).*

4.3 In sostanza, conformandosi alla dottrina straniera, le Sezioni Unite hanno riconosciuto sia l'istituto dell'*applicabilità diretta* sia quello dell'*effetto diretto* della Convenzione e hanno attribuito valore di *cosa interpretata* ai principi enunciati nelle sentenze della Corte europea:

- *applicabilità diretta* significa che *la norma convenzionale produce degli effetti giuridici senza che altre norme di altra natura debbano preventivamente intervenire per precisare il suo contenuto o per assicurare, in qualsiasi altra maniera, la sua applicazione effettiva;*
- *l'effetto diretto* implica *l'idoneità della norma convenzionale a creare dei diritti e/o delle obbligazioni nei confronti dei privati nel diritto interno e, per conseguenza, l'invocabilità delle norme convenzionali davanti al giudice nazionale;*¹
- il valore di *cosa interpretata* significa che il principio dalla Corte affermato ha valore *erga omnes*, nel senso che vincola, nei casi futuri, non solo il giudice del Paese nei cui confronti la decisione è stata adottata, ma anche il giudice degli altri Paesi aderenti alla Convenzione.²

5. Stabilito, quindi, alla luce della giurisprudenza di legittimità, il valore e la forza delle norme convenzionali, va ora posta in evidenza,

¹ Cfr. E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 1999, pag. 198; R. KOVAR, *Ordre juridique communautaire, Immédiateté du droit communautaire*, in *Jurisclasseur*, Europe, fasc. 431, 1991; J.A. WINTER, *Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in community law*, CMLR, 1972, pagg. 424-438, p. 9; VAN WELKENHUISEN, *L'application directe e l'effet indirect de normes constitutionnelles, Rapport belges au XI congrès international de droit comparé*, Bruylant, pag. 95 e ss.

² Cfr. sentenza *Irlanda contro Regno Unito* del 18 gennaio 1978; sentenza *Vermeire contro Belgio* del 29 settembre 1991; sentenza *Modinos contro Cipro* del 22 aprile 1993.

tornando al problema dell'obbligo positivo,³ che è stata proprio la mancata osservanza di quest'obbligo (che si è risolta nella violazione del principio di effettività) la causa della maggior parte della constatazione, nelle sentenze di Strasburgo, dell'avvenuta violazione da parte delle autorità giudiziarie italiane delle disposizioni della convenzione, quali esse vivono nell'interpretazione resa dalla Corte europea.

E ciò a partire dal lontano 13 maggio 1980 e sino al 26 aprile 2006, date della prima e della più recente sentenza adottata nei confronti del nostro Paese (sentenza *Artico*, §§ 33, 36; sentenza *Sannino*, § 51), passando – per la parte che in questa sede interessa - attraverso la serie di decisioni rese in tema di giudizio *in absentia* del prevenuto (dalle *storiche* sentenze nei casi *Colozza e Rubinat* del 12 febbraio 1985, *Brozicek* del 19 dicembre 1989, *F.B.C* – ossia proprio l'attuale ricorrente *Franco Cat Berro* – del 28 agosto 1991, sino alle più recenti nei casi *Somogyi* del 18 aprile 2004 e *Sejdovic* del 10 novembre 2004, confermata dalla Grande Camera il 1° marzo 2006).

6. Orbene, nella indicata sentenza di annullamento, codesta Corte – in adempimento di tale dovere e con pertinente riferimento alla sentenza della Corte europea del 3 marzo 2005, *Stoichkov contro Bulgaria* – ha demandato al giudice del merito (il quale aveva dichiarato *de plano*

³ L'obbligo positivo è stato definito come l'*arma* di cui la Corte europea si è dotata per rendere in concreto effettivi i diritti riconosciuti. Sovente la Corte europea nelle sue sentenze esplicita questo concetto con riferimento alla *diligenza* o alla *particolare diligenza* che richiede al giudice nel controllo sul rispetto effettivo dei canoni del giusto processo (o, più in generale, del diritto del soggetto interessato). L'obbligo positivo (o diligenza che dir si voglia), costituisce espressione di quel concetto della *fairness*, ossia di quel generale sentimento del giusto e dell'equo, assunto a cardine della struttura processuale dei Paesi di *common law* ed inserito, per il tramite della Convenzione europea, nel sistema normativo degli ordinamenti di *civil law*, tradizionalmente caratterizzati da una concezione garantista avente contenuto esclusivamente formale ed astratto.

inammissibile l'istanza dell'interessato) di *stabilire se la disposizione di cui all'articolo 5, comma 2, lett. a) della Convenzione*⁴ (*“nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente”*) precluda l'esecuzione nell'ordinamento italiano di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato “non equo” dalla Corte di giustizia a norma dell'articolo 6 della Convenzione, ovvero se, in assenza di un apposito rimedio interno previsto dall'ordinamento, debba comunque prevalere il giudicato.

6.1. Il giudice del merito ha posto in discussione – sin dalla *premessa* del suo *iter* argomentativo (punto 4.1., *fol.* 8) – l'impostazione alla soluzione del problema data dalla Corte, ritenendo *evidente che il primo dei due passaggi logico-giuridici – indicati come da seguire dalla Cassazione – non risolve il problema posto dal secondo di tali passaggi* e con ciò, polarizzando la sua attenzione sul *dogma del giudicato*, ha dato per pacifico quel che doveva verificare (esecutività del titolo in diritto interno pur dopo la sentenza della Corte europea) e in sostanza ha anticipato l'inevitabile conclusione cui è poi pervenuto, stimando che *nella specie, una volta intervenuta sentenza di rigetto della Cassazione, la condanna sia divenuta irrevocabile e non sia previsto, “de iure condito”, alcuno strumento giuridico che consenta a questo giudice di incidere sulla sua esecutività e sulla conseguente detenzione del condannato nonché, nel contempo di provocare la riapertura del procedimento in modo che si possa procedere alla celebrazione di un nuovo processo secondo le regole del giusto processo (fol. 15).*

⁴ *Id est.* art. 5 § 1 lett. a.

6.2 Ed è pervenuto a tale conclusione dopo aver modificato l'originaria impostazione del problema, stimando *evidente come occorra tenere ben distinti i due diversi piani in cui vengono a trovarsi:*

a) *da una parte, lo Stato Italiano, in ordine all'obbligo che si è assunto, a norma dell'articolo 46 della CEDU, di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Giustizia (id est. Corte europea);*

b) *dall'altra, il giudice dell'esecuzione che, sottoposto a sua volta all'obbligo di applicare le disposizioni della Convenzione, deve:*

- *preliminarmente accertare se e in che modo possa – in base al disposto del ricordato, articolo 5 comma 2, lett. a) – non dare esecuzione a una sentenza irrevocabile di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato non equo dalla predetta Corte di Giustizia a norma dell'articolo 6 della Convenzione, in assenza di un apposito rimedio previsto nell'ordinamento interno;*
- *in caso di esito negativo, verificare l'eventuale possibilità di “provocare” l'introduzione di tale rimedio nell'ordinamento attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale punto 4.1., foll. 8-9).*

6.3. Seguendo tale nuova impostazione, il giudice del merito ha quindi esaminato:

- **i)** *il primo tema (obbligo dello Stato), ed è pervenuto alla conclusione che va ribadita da un verso la discrezionalità dello Stato nella scelta del rimedio sia generale sia individuale per riparare le conseguenze della violazione accertata e, per altro verso, che nel caso in cui quest'ultima riguardi – come nella specie – il diritto dell'imputato a presenziare al processo conclusosi con la condanna in espiazione, la*

forma di riparazione più appropriata va individuata nella riapertura del procedimento e in un nuovo giudizio che rispetti le regole del “giusto processo”, con l’avvertenza che, solo ove il Governo non garantisca tale forma di riparazione, l’imputato dovrà essere scarcerato (punto 4.2., foll. 9-11);

- **ii)** il secondo tema (obbligo del giudice dell’esecuzione), ed è pervenuto alla conclusione che – come ritenuto anche dalla Corte di Cassazione nella sua sentenza di rinvio – sarebbe del tutto pacifico *sia che ci si trovi di fronte a una condanna passata in giudicato, sia che il nostro ordinamento non preveda un “apposito rimedio” che permetta di “precludere l’esecuzione” di una tale sentenza di condanna, ancorché sia stata emessa a conclusione di un processo giudicato “non equo” dalla Corte di Giustizia, a norma dell’articolo 6 della Convenzione (punto 4.3., foll. 11-12).*

6.4. Disattendendo inoltre le argomentazioni prospettate oralmente in sede di discussione dalla difesa – che lo invitava a interpretare l’articolo 670 del Codice di rito alla luce della disposizione convenzionale in conformità delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella sua sentenza interpretativa di rigetto n. 10 del 1993 (che aveva riconosciuto una forza *espansiva* alla disposizione di cui all’articolo 143 del cod. proc. pen.) – ha ritenuto il giudice del merito, come si è visto (*supra*, punto 2), che una analoga operazione gli sarebbe preclusa, trattandosi di incidere *non solo sull’articolo 670 del Codice, ma sull’intero sistema dell’esecuzione, sostituendosi al legislatore nello scegliere tra l’una o l’altra delle varie opzioni ipotizzabili*. E sostanzialmente per quest’ultima ragione ha ritenuto non rilevante la questione di legittimità costituzionale – sollevata dal rappresentante del pubblico ministero all’udienza – degli articoli 630 e 631

del Codice di rito per violazione degli articoli 11, 24 e 111 della Costituzione.

6.5. Solo per completezza di esposizione, vanno riportate le conclusioni che il giudice del merito ha ritenuto di riassumere, statuendo:

- *che, nella specie, una volta intervenuta sentenza di rigetto della Cassazione, la condanna sia divenuta irrevocabile e non sia previsto, “de iure condito”, alcuno strumento giuridico che consenta a questo giudice di incidere sulla sua esecutività e sulla conseguente detenzione del condannato nonché, nel contempo, di provocare la riapertura del procedimento in modo che si possa procedere alla celebrazione di un nuovo processo secondo le regole del giusto processo;*
- *di non potersi “sostituire al legislatore” nell’introdurre tale strumento giuridico scegliendolo tra le varie opzioni in astratto ipotizzabili, pur nella consapevolezza che, qualora la presente decisione divenga definitiva, un prevedibile nuovo ricorso del Cat Berro dinanzi alla Corte europea di Strasburgo possa portare a un’altrettanto prevedibile decisione di quest’ultima che, accertata l’ulteriore violazione delle norme della CEDU, imponga allo Stato l’obbligo (non solo di pagare la somma costituente adeguato risarcimento della carcerazione nel frattempo sofferta), ma anche:*
 - o *di scegliere, nella sua discrezionalità e sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, un rimedio generale che, nella specie, consenta la riapertura del procedimento e la celebrazione di un nuovo giudizio, nel rispetto delle regole del “giusto processo”;*

- *di procedere, in mancanza di garanzie da parte del Governo in tal senso, alla scarcerazione dell'imputato* (ord.za, punto 4.3., fol. 15).

7. Tutto ciò premesso, il requirente osserva che l'impostazione che il giudice del merito ha ritenuto di dare per la soluzione del caso ha certamente fuorviato l'analisi, pur scrupolosa, che lo stesso ha compiuto.

Tale giudice ha infatti esaminato, in via principale, una questione – quella concernente l'obbligo dello Stato di conformarsi alla sentenza della Corte a norma dell'articolo 46 della Convenzione – che avrebbe dovuto, come meglio ora si vedrà, valutare solo in via incidentale (*cf. infra*, punto 8), mentre, come giustamente deduce il ricorrente, ha completamente eluso di esaminare quella questione – concernente il problema della concreta applicabilità della disposizione dell'articolo 5 § 1 lett. (a) della Convenzione – che era la principale e la sola attribuita alla sua diretta cognizione, quale giudice investito dello specifico procedimento di cui all'articolo 670 cod. proc. pen..

7.1. Come si è già detto, il giudice del promosso incidente di esecuzione era chiamato a giudicare della legittimità e *regolarità* della detenzione del ricorrente e come aveva chiarito codesta Corte – al di là delle sfumature terminologiche più volte riprese dal giudice del merito - tale situazione doveva essere verificata non solo alla stregua delle disposizioni che regolano la materia nel nostro diritto interno - e su tale piano la sussistenza del giudicato non veniva messa in discussione - ma anche alla luce del principio fondamentale sancito dall'articolo 5 § 1 lett. (a), e su tale piano il perdurante valore del giudicato doveva essere verificato con riferimento alla finalità di tale norma, tenuto conto dell'intervenuta sentenza di

Strasburgo, dell'omesso adempimento dell'obbligo sancito dall'articolo 46 della Convenzione (a nulla importando a chi tale inadempimento fosse addebitabile) e dell'instaurando nuovo giudizio di merito, che lo stesso giudice ritiene inevitabile.

Il giudice del merito – libero da *dogmi* che, invece, nella specie si sono trasformati in preconcetti e pregiudizi⁵ – avrebbe dovuto, in particolare, impostare la soluzione del problema con esclusivo riferimento alla predetta disposizione (e alla finalità dell'articolo 5 nel suo complesso) *accentrando la sua attenzione non solo sul testo convenzionale, ma sull'interpretazione data dalla Corte europea, che va ben al di là del suo significato letterale*;⁶ interpretazione che – costituendo il diritto vivente della Convenzione – è obbligatoria per il giudice nazionale, il quale, come si è visto, è tenuto a conformarsi a essa.⁷

⁵ Quando il giudice del merito ha ritenuto di non poter provvedere alla scarcerazione o, comunque, alla sospensione dell'esecuzione, *perché sino a oggi si è sempre ritenuto che, una volta rigettato dalla Cassazione il ricorso avverso una sentenza di condanna, non potesse più farsi questione sull'esecutività di quest'ultima, avendo l'intervenuto giudicato coperto le questioni procedurali sia deducibili sia – a maggior ragione – quelle in concreto dedotte e risolte dalla Suprema Corte*, ha attribuito al giudicato interno lo stesso valore che gli veniva assegnato dal noto brocardo *facit de albo nigrum, aequat quadrata rotundis*. E non ha considerato che il compito che codesta Corte gli aveva demandato consisteva proprio nell'accertare la persistente validità del contenuto del brocardo, nel momento in cui il giudicato interno era stato sottoposto al controllo della Corte di Strasburgo, che aveva constatato la violazione dell'articolo 6 della Convenzione. Il problema che si poneva – e che non è stato affrontato – era quindi proprio quello della coesistenza del giudicato interno con gli effetti della sentenza di Strasburgo nel diritto interno.

⁶ Corte europea, dec. *Perre contro Italia* del 21 settembre 1999.

⁷ Sezioni Unite civili, sentenze n. 1340 del 2004 e n. 28507 del 2005, cit.; Corte europea, sentenza, *Marckx*, § 41 del 13 giugno 1979.

7.1.1. Invero, secondo la Corte di Strasburgo, ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione, *la privazione della libertà, per essere conforme alla Convenzione, deve aver rispettato le lois légales ed essere régulière*.⁸

- il rispetto delle *vie legali* rinvia formalmente alla legislazione nazionale e implica *la conformità della detenzione alle norme interne, sostanziali e processuali, sull'osservanza delle quali, peraltro, la Corte si riserva il diritto di esercitare un controllo*;⁹
- la *regolarità* della detenzione reclama la conformità della privazione della libertà allo scopo delle restrizioni autorizzate dall'articolo 5 § 1, *perché in una società democratica ispirata al primato del diritto, una detenzione arbitraria non può mai passare per regolare*.¹⁰

7.1.2. In sostanza, con riferimento alla nozione di *regolarità* della detenzione (in tale nozione compresa anche quella delle *vie legali*), la Corte di Strasburgo ha ripetutamente insegnato che *in materia, la Convenzione rinvia per l'essenziale alla legislazione nazionale e consacra la necessità*

⁸ Sentenza *Winterwerp*, cit., § 38, 39.

⁹ Specie per quel che concerne la *qualità* delle norme giuridiche applicabili, dato che, per il *principio generale di sicurezza giuridica* – il quale esige che *le condizioni della privazione della libertà in virtù del diritto interno siano chiaramente definite e che la legge si sia prevedibile nella sua applicazione* – *la legge nazionale deve essere sufficientemente accessibile e precisa al fine di evitare ogni rischio di arbitrio* (sentenza *Baranowski contro Polonia*, § 50, 52 del 28 marzo 2000; sentenza del 25 giugno 1996, sentenza *Amuur contro Francia*, § 50; sentenza, *Scott contro Regno Unito*, § 56, 57 del 18 dicembre 1996 etc.).

¹⁰ Sentenza *Winterwerp*, cit., § 39; inoltre – ad avviso della Corte – occorre verificare tale conformità tanto al momento dell'adozione della misura coercitiva quanto a quello della sua esecuzione: *in molti casi, infatti, una detenzione regolare all'origine si risolve in una privazione di libertà arbitraria e perciò incompatibile con l'articolo 5* (sentenza *Van Droogenbroeck contro Belgio*, § 40 del 24 giugno 1982; sentenza *X contro Regno Unito*, § 43 del 5 novembre 1981; sentenza, *Weeks contro Regno Unito*, § 49 del 2 marzo 1987 etc.).

*di applicarne le regole, ma ella esige, in più, la conformità di ogni misura privativa di libertà allo scopo dell'articolo 5: proteggere l'individuo contro l'arbitrio. E ciò per il rispetto dovuto non solo al diritto alla libertà, ma anche al diritto alla sicurezza.*¹¹

7.2. Come si è visto, nel caso in esame, però, il giudice del merito – che pur aveva affermato, nella premessa della sua complessa motivazione e con puntuale riferimento alla giurisprudenza di codesta Corte, *l'indiscutibile obbligo del giudice italiano di applicare le disposizioni della Convenzione* – non ha esaminato, con riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, il problema di stabilire se, in base all'articolo 5 § 1 lett. (a) della Convenzione la detenzione del ricorrente fosse *regolare* (in tale termine ricompreso l'esame della sua legittimità) o se la stessa non si risolvesse in una privazione arbitraria della libertà.

Era infatti questo il compito che codesta Corte aveva demandato al giudice del merito chiedendogli, sostanzialmente, di stabilire se *l'esecuzione nell'ordinamento italiano di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato "non equo" dalla Corte europea sia compatibile con la disposizione dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione.*

7.3. Ora è ben vero che proprio nella sentenza *Stoichkov* (indicata da codesta Corte e tenuta presente dal giudice del merito) la Corte europea ha chiarito che non è normalmente necessario, al fine di accertare la regolarità della detenzione, esaminare se nel procedimento principale di cognizione,

¹¹ Sentenza *Bozano contro Francia*, § 54 del 18 dicembre 1986; sentenza *Bouamar contro Belgio*, § 47 del 29 febbraio 1988; sentenza *Van der Leer contro Olanda*, § 22; sentenza *Wassink contro Olanda*, § 24 del 27 settembre 1990; sentenza *Ashingdane contro Regno Unito*, § 44 del 28 maggio 1985 etc.

che ha condotto alla sentenza da eseguire, siano stati minuziosamente rispettati i canoni di un giusto processo ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione.¹²

Ma è altrettanto vero che proprio nella sentenza *Stoichkov* la Corte abbia *tuttavia ritenuto che se una “condanna” è il risultato di un procedimento che è stato un “flagrante diniego di giustizia”*¹³ – cioè che è stato manifestamente contrario alle disposizioni dell'articolo 6 o dei principi in esso contenuti – la conseguente privazione della libertà non sarebbe giustificata ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) (vedere *Drotz e Janousek, succitata, ibid. e, più recentemente, Ilascu e altri contro Moldova e Russia (GC), n. 48787/99, § 461, ECHR, 2004-VII*) (51).¹⁴

¹² Il ragionamento della Corte europea è sostanzialmente analogo a quello della Corte di Cassazione, che ha sempre insegnato che il giudice dell'esecuzione non può attribuire rilievo alle nullità eventualmente verificatesi nel corso del processo di cognizione in epoca precedente a quella del passaggio in giudicato della sentenza. La Corte europea ha infatti chiarito che *il requisito previsto dall'articolo 5 § 1 (a) – secondo cui una persona è regolarmente detenuta “dopo una condanna da parte del tribunale competente” – non comporta che la Corte debba sottoporre il procedimento che conduce a tale condanna a un esame minuzioso e che debba verificare se siano stati completamente soddisfatti i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione (vedere sentenza Drozd e Janousek contro Francia e Spagna del 28 giugno 1992, serie A n. 240 § 110; e sentenza Iridarne Pérez contro Francia, n. 16462, decisione della Commissione del 19 gennaio 1994, Decisioni e rapporti 76, pag. 18) e che proprio nella citata sentenza Drotz la Corte abbia ritenuto che a tale esame non fosse tenuto il giudice francese nel procedimento poi portato al giudizio della Corte europea (§ 51).*

¹³ “*flagrant denial of justice*”, nel testo della sentenza e “*déni de justice flagrant*”, nel testo francese della sentenza *Ilascu*, successivamente richiamata dalla Corte.

¹⁴ E nella citata sentenza *Ilascu e altri*, la Corte aveva ben chiarito che *l'esigenza di “regolarità” posta dall'articolo 5 § 1 (a) (“detenzione regolare” ordinata “secondo le vie legali”) non è soddisfatta dal semplice rispetto del pertinente diritto interno; è necessario che il diritto interno si conformi esso stesso alla Convenzione, ivi compresi ai principi generali enunciati o in essa impliciti, con particolare riferimento a quello del primato del diritto, menzionato nel preambolo della Convenzione. All'origine dell'espressione “secondo le vie legali”, si trova la nozione di procedura equa e adeguata, l'idea che ogni misura privativa della libertà debba emanare da un'autorità qualificata, essere eseguita da una tale autorità e non rivestire un carattere arbitrario (vedere soprattutto la sentenza Winterwerp contro Olanda del 24 ottobre 1979, serie A, n. 33, pp. 19-20, § 45). Inoltre, dato che lo scopo dell'articolo 5 è quello di proteggere*

8. Ed ecco quindi apparire nella sua giusta luce il vizio che, a giudizio di questo Ufficio, inficia la motivazione del giudice del merito. Lo stesso, infatti, per stabilire il carattere *regolare* o non (ossia arbitrario) della detenzione avrebbe dovuto accertare, in via incidentale, se la “condanna” – o meglio, il titolo esecutivo sulla base della sentenza emesso (legittimamente alla stregua del nostro ordinamento interno, tradizionalmente inteso) – fosse o non il risultato di una situazione di “flagrante diniego di giustizia”.

8.1. A ben vedere, il caso oggi all’esame di codesta Corte è ben diverso e molto più grave del caso *Stoichkov* e, per altro verso, non influenza – se non per la sola impostazione della tematica e per riflesso – la soluzione dei molteplici casi *in itinere* concernenti persone che, giudicate *in absentia*, richiedono un nuovo giudizio o si oppongono all’esecuzione sulla falsariga delle indicazioni che, ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, la Grande camera della Corte europea ha fornito nella sentenza *Sejdovic*.¹⁵

8.1.1. In realtà, nel caso *Stoichkov* – che giudicato *in absentia* con sentenza del 30 ottobre 1989, non è riuscito a ottenere (per essere stato distrutto il fascicolo processuale) la riapertura del procedimento, pur prevista dalla normativa bulgara e che risulta detenuto, in esecuzione di tale sentenza, dal 18 febbraio 2000 – la Corte europea, con sentenza del 24 marzo 2005, ha

l’individuo contro l’arbitrio, la “condanna” non dovrebbe essere il risultato di un flagrante diniego di giustizia (vedi, “mutatis mutandis”, la sentenza Drozd e Janousek contro Francia e Spagna del 26 giugno 1992).

¹⁵ Il riferimento è ai casi in cui non sia intervenuta una sentenza di Strasburgo. Come è noto, la Corte europea ha individuato, quale regola generale, in un nuovo processo o nella riapertura del procedimento la misura da adottare, ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, nell’ipotesi di giudizio in contumacia svolto nei confronti di una persona di cui non è stato provato che avesse cercato di sottrarsi alla giustizia o che non abbia rinunciato, in maniera non equivoca, al suo diritto di comparire all’udienza.

ritenuto sussistere violazione dell'articolo 5 § 1 (a), a partire dal 19 luglio 2001, data in cui la Suprema Corte di Cassazione bulgara ha rigettato la sua istanza di riapertura del procedimento, mentre ha ritenuto legittima secondo la normativa bulgara e non arbitraria ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) la detenzione per il periodo dal 18 febbraio 2000 al 18 luglio 2001 (*cf.*, §§ 58 e 52).

Per pervenire a tale soluzione la Corte europea – che era stata investita del ricorso con cui lo *Stoichkov* lamentava che la sua incarcerazione fosse illegittima e arbitraria (§ 44), – impostata la soluzione del problema ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione (§ 45) – si è posta preliminarmente la *questione* di chiarire *se il requisito, previsto dall'articolo 6 per garantire il diritto dell'imputato a essere presente durante il procedimento contro di lui o di lei, sia così basilare da rendere il procedimento condotto in "absentia" e la cui riapertura sia stata rifiutata un "flagrante diniego di giustizia", cioè "manifestamente contrario alle disposizioni dell'articolo 6 o ai principi in esso racchiusi"* (§ 54).

In tale prospettiva essa ha riaffermato il principio che un *diniego di giustizia si verifica indubbiamente nel caso in cui un soggetto condannato in "absentia" non può successivamente ottenere che un giudice¹⁶ statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sul fondamento dell'accusa, in fatto come in diritto, quando non è stato stabilito in maniera non equivoca che egli ha rinunciato al suo diritto di comparire e di difendersi* (Corte europea, dec. *Einhorn contro Francia*, § 33 del 16 ottobre 2001; sentenza *Poitrimol contro Francia*, § 31 del 26 ottobre 1993 etc.) (§ 55).

La Corte ha infatti osservato che *questa conclusione è in linea con la sua costante giurisprudenza* – tra cui ha indicato anche quella resa nel caso

¹⁶ "Cour", nel testo inglese, "jurisdiction", in quello francese.

concernente l'attuale ricorrente – *secondo cui il diritto di un imputato a partecipare di persona al processo è elemento fondamentale di un giusto processo, essendo di capitale importanza che un imputato compaia, sia per il suo diritto a una udienza, sia per la necessità di verificare l'accuratezza delle sue dichiarazioni e confrontarle con quelle della vittima – i cui interessi è necessario proteggere – e dei testimoni (§ 55).*

8.1.2. In sostanza, la Corte europea investita in via principale della questione della *regolarità* della detenzione ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a), ha esaminato in via incidentale – sotto l'angolo dell'articolo 6 – l'equità del procedimento principale di cognizione bulgaro, scandito dalla sentenza di condanna e da quella di diniego di riapertura del procedimento, e dopo aver rilevato:

- i) che l'imputato è stato dichiarato colpevole in “absentia”;*
- ii) che non vi è alcuna indicazione che lo stesso abbia rinunciato, espressamente o tacitamente, al suo diritto di comparire e di difendersi;*
- iii) che affinché il procedimento che ha portato alla sua condanna non rappresenti un “diniego di giustizia” avrebbe dovuto avere l'opportunità di farlo riaprire e di far decidere, in sua presenza, sul merito delle accuse contro di lui;*

ha constatato che il diniego della Corte suprema – che *ha reso in pratica impossibile un nuovo dibattimento* – lo ha privato della possibilità di ottenere che un giudice, dopo averlo sentito, pronunciasse una nuova decisione sul merito delle accuse in relazione alle quali è stato condannato (§ 58).

In tale situazione, la Corte ha ritenuto che *il procedimento penale contro il ricorrente, associato all'impossibilità di ottenere una nuova decisione sulle accuse contro di lui da parte di un giudice dopo averlo sentito, è stato manifestamente contrario ai principi contenuti nell'articolo 6 (§ 58).*

Da tale affermazione – effettuata, come si è visto, in via incidentale in ordine all'articolo 6 della Convenzione – la Corte ha tratto la *conclusione inevitabile* (§§ 53, 58) della constatazione della violazione, nel caso al suo esame, dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione in ordine alla privazione della libertà personale per il periodo successivo alla decisione della Corte Suprema di Bulgaria (19 luglio 2001).

8.2. Da quanto sinora esposto emerge chiaramente come, secondo la Corte europea, una decisione resa *in absentia*, ove non sia accertato che l'imputato abbia rinunciato al suo diritto di comparire o che egli abbia inteso sottrarsi alla giustizia,¹⁷ deve necessariamente essere legata a un nuovo giudizio (*un nouveau procès ou une réouverture de la procédure*¹⁸). Occorre, cioè, attraverso questo nuovo giudizio, *purgare la contumacia*, come in effetti già avveniva nel nostro ordinamento nella vigenza del Codice *Finocchiaro-Aprile* del 1913.¹⁹

¹⁷ Quest'ultima condizione è stata inserita nella sentenza *Sejdovic* della Grande camera del 1° marzo 2006 (§ 82) sulla falsariga della sentenza *Medenica* (§ 55). La fonte di ispirazione della Corte resta la famosa Risoluzione n. 11 del 1975 del Comitato dei Ministri.

¹⁸ Come è stato specificato nella sentenza della Grande camera, nel caso *Sejdovic*, § 126.

¹⁹ Come ancor oggi avviene in Francia e in negli altri Paesi che si ricollegano al Codice napoleonico. Il Codice *Finocchiaro-Aprile*, come è noto, restò in vigore dal 1914 al 1930 e fu sostituito perché ritenuto troppo liberale. Il testo dell'articolo 475 è del seguente tenore: *Il condannato in contumacia dalla Corte di assise alla pena dell'ergastolo, o ad altra pena restrittiva della libertà personale di durata superiore a*

La decisione resa *in absentia* – ove non sia accertato che l'imputato abbia rinunciato al suo diritto di comparire o che egli abbia inteso sottrarsi alla giustizia – viola l'articolo 6 della Convenzione e deve essere *purgata*, per evitare l'insorgere della ben più grave violazione del diniego di giustizia (articolo 6 della Convenzione).

Quindi, secondo la Corte di Strasburgo – e, sembra opportuno ricordarlo, secondo il sistema nel nostro ordinamento vigente fino al Codice Rocco – una decisione resa *in absentia* nelle predette condizioni non può mai essere messa in esecuzione perché, occorrendo procedere a un nuovo giudizio, il procedimento principale di cognizione non è definitivo.²⁰

Con l'ulteriore conseguenza che l'esecuzione di una decisione resa *in absentia e non purgata* viola l'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione.

8.3. Ciò premesso, le *conclusioni* tratte dalla Corte nel caso *Stoichkov* appaiono, nel caso in esame, a maggior ragione, *inevitabili* per il giudice italiano.

Innanzitutto quell'accertamento sulla violazione dell'articolo 6 della Convenzione, che la Corte europea ha condotto in via incidentale nel caso

cinque anni, ovvero all'interdizione perpetua dai pubblici uffici, in qualunque tempo si presenti volontariamente, o si costituisca in carcere, o pervenga in potere della giustizia, prima che l'azione penale sia prescritta, è sottoposto a nuovo giudizio con le forme ordinarie e la sentenza si ha come non avvenuta. La purgazione si determinava automaticamente e senza bisogno di alcuna iniziativa del condannato in contumacia. Per le sentenze non soggette a purgazione, il Codice prevedeva, all'articolo 497, il rimedio dell'opposizione, che richiedeva invece un'attività di impulso della parte, e, più precisamente, di un'esplicita anche se immotivata dichiarazione di opposizione. Le conseguenze dell'opposizione erano le medesime della purgazione, facendosi luogo al giudizio in contraddittorio, previa totale caducazione degli effetti del precedente giudizio contumaciale.

²⁰ E in effetti, nella vigenza del Codice *Finocchiaro-Aprile*, la sentenza contumaciale non poteva essere messa in esecuzione. Si parlava al riguardo di sentenza *imperfetta o provvisoria*, proprio per la sua inidoneità alla formazione del giudicato.

Stoickov, è stato già condotto, e in via principale, dalla stessa Corte nella sua sentenza 28 agosto 1991, con la quale ha constatato l'avvenuta violazione di tale disposizione, dopo aver ricordato che il *Cat Berro*, assente all'udienza davanti alla Corte di assise di appello di Milano, benché accusato di reati molto gravi, non aveva manifestato la sua volontà di rinunciare a comparire o, comunque – contrariamente a quel che deduceva il Governo italiano – che non risultava dal fascicolo processuale che lo stesso avesse inteso rinunciare a comparire e a difendersi, espressamente o, quanto meno, di maniera non equivoca (§ 33).

Da tale data per lo Stato italiano sussisteva l'obbligo di conformarsi alla sentenza ai sensi dell'articolo 46 (all'epoca 53) della Convenzione, come in effetti riconosce il giudice del merito, che individua, come si è visto, la modalità di adempimento (quella che definisce *la forma di riparazione più appropriata*) nella riapertura del procedimento e in un nuovo giudizio che rispetti le regole del "giusto processo".

Quindi, per evitare che l'accertata violazione dell'articolo 6 della Convenzione trasmodasse in un *flagrante diniego di giustizia* – ossia in una delle violazioni più gravi del diritto internazionale²¹ – occorre procedere alla *purgazione della contumacia*, con la conseguenza che, non essendosi sino a oggi a ciò provveduto, il procedimento principale di cognizione non è definitivo.

Invero, non diversamente da quel che avveniva nella vigenza del Codice *Finocchiaro-Aprile* – in cui la sentenza contumaciale non poteva essere posta in esecuzione – la sentenza della Corte di assise di appello di Milano del 9 aprile 1984 non è idonea alla formazione del giudicato,

²¹ La Corte europea, nella storica sentenza *Golder contro Regno Unito* del 21 febbraio 1975, ha ritenuto che il diniego di giustizia è *proibito dal diritto internazionale*, rientrando tra i *principi fondamentali di diritto universalmente riconosciuti* (§ 35).

proprio perché si tratta di una sentenza *imperfetta* o, se si vuole, *provvisoria*, che deve essere *purgata*.

8.4. Della necessità di un nuovo giudizio è ben conscio il giudice del merito il quale, però, anziché trarre in ordine al procedimento sulla libertà personale (il solo di cui era formalmente investito) le conseguenze del perdurante inadempimento dello Stato e pervenire alla *conclusione inevitabile* – della violazione dell’articolo 5 § 1 e alla susseguente scarcerazione dell’imputato, ritiene di dover *avvertire, che solo ove il Governo non garantisca il nuovo giudizio (intesa quale forma di riparazione), l’imputato dovrà essere scarcerato* (ordinanza, punto 4.2., fol. 11).

8.5. In altri termini, anziché provvedere alla immediata scarcerazione – per essere stata messa in esecuzione una sentenza non irrevocabile²² – il giudice del merito ha condizionato la scarcerazione a un evento futuro e incerto (*incertus an et incertus quando*), rimesso alla volontà potestativa del Governo che dovrebbe *garantire* (a non chiaro destinatario) la *riapertura del procedimento e un nuovo giudizio*.

Le ragioni di tale soluzione sono indicate dal giudice del merito allorché, nell’esaminare quella che definisce la *posizione del giudice italiano*, effettua una ricognizione del diritto interno con riferimento, da un lato, al valore del giudicato penale e, dall’altro, alla ritenuta carenza di un rimedio interno, attribuita all’inerzia del legislatore, cui ritiene *di non*

²² In realtà la violazione dell’articolo 5 § 1 (a) – in conseguenza dell’esecuzione di una decisione resa *in absentia*, in cui è rimasto accertato che l’imputato non ha volontariamente rinunciato a comparire e non *purgata* – si risolve nella violazione delle disposizioni interne che regolano la definitività della sentenza, posto che la stessa non può ritenersi irrevocabile ai sensi dell’articolo 648 cod. proc. pen. Si tratta di applicare il diritto interno alla luce della Convenzione.

potersi “sostituire”, pur nella consapevolezza – aggiunge – che, qualora la presente decisione divenga definitiva, un prevedibile nuovo ricorso del Cat Berro dinanzi alla Corte europea di Strasburgo possa portare a un’altrettanto prevedibile decisione di quest’ultima, con accertamento di ulteriore violazione delle norme della CEDU, questa volta ai sensi dell’articolo 5 § 1 lett. (a) in relazione alla detenzione conseguente alla condanna irrevocabile intervenuta all’esito di un processo già ritenuto non equo dalla stessa Corte (cfr., pag. 16 dell’ordinanza impugnata, con riferimento anche alla nota 25).

Con tale affermazione il giudice del merito – che sembra ignorare il carattere prioritario della garanzia interna rispetto a quella fornita dagli organi di tutela di Strasburgo – scardina completamente il sistema di controllo stabilito dalla Convenzione (la *garanzia collettiva dei diritti dell’uomo*, solennemente proclamata nel suo *Preambolo*). Tale sistema è fondato sul principio di sussidiarietà,²³ dato che la Corte europea può essere adita solo dopo l’esperimento delle vie di ricorso interne e quest’ultima ha sempre ammonito che *appartiene in primo luogo alle autorità nazionali di riparare una denunciata violazione della Convenzione* e che il relativo *ricorso interno deve avere carattere effettivo* (cfr., da ultimo, Corte europea, sentenza *Scordino (1), contro Italia* §§ 173, 176 e ss. del 29 marzo 2006).²⁴

²³ Quale emerge dalla semplice lettura in prosieguo degli articoli: 1 – riconoscimento a tutte le persone sottoposte alla giurisdizione dell’Italia dei diritti enunciati nella Carta, tra i quali, appunto, nel caso in esame, quello dell’articolo 5 § 1 (a); articolo 13 – esistenza di un giudice nazionale per la tutela di quel diritto, garantito, nel caso in esame, dal procedimento ex articolo 670 cod. proc. pen.; articoli 19, 34, 35 – possibilità di un ricorso a Strasburgo, previo esaurimento delle vie di ricorso interne, ossia proprio del presente procedimento.

²⁴ Se fosse vero che il giudice italiano può, in un procedimento di sua competenza, rimanere inerte (e attendere che l’interessato si rivolga alla Corte europea) dinanzi a una questione – riguardante l’oggetto del giudizio e avente in esso rilevanza – concernente

Ma soprattutto con tale affermazione – correlata con quelle concernenti il previsto epilogo dell’ipotetico nuovo procedimento e con i corollari che da esso vengono tratti (obbligo per lo Stato di riaprire il procedimento e, in mancanza di garanzie da parte del Governo, procedere alla scarcerazione dell’imputato), sulla base di un non pertinente richiamo alla sentenza *Stoichkov*²⁵ – la perplessa motivazione del giudice del merito ha reso una questione estremamente semplice – e di immediata soluzione – di una complessità tale da apparire a prima vista inestricabile.

9. Solo per completezza di esposizione e, se del caso, per un eventuale utile orientamento metodologico, va dipanata la massa complessa ed eterogenea di temi e questioni trattate dal giudice del merito.

Ed in tale prospettiva, occorre tener distinto, pur considerando le interconnessioni esistenti:

una pretesa violazione di un diritto fondamentale che egli ritenga sussistere, occorrerebbe porsi il problema della permanenza delle condizioni per l’adesione dell’Italia al Consiglio d’Europa, il cui Statuto, all’articolo 3, impone a ogni Stato *di riconoscere il principio del primato del diritto e quello in virtù del quale ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* e, all’articolo 8 dà facoltà al Comitato dei ministri di sospendere o espellere dall’organismo gli Stati colpevoli di gravi violazioni a tali diritti. Lo Statuto del Consiglio d’Europa fu firmato a Londra il 5 maggio 1949 e fu ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 23 luglio 1949, n. 433, in G.U. n. 168 del 25 luglio 1949.

²⁵ Il richiamo si trova alle pagg. 10 e 15 dell’ordinanza (*cfr.* anche nota 26), con riferimento ai §§ 80-82 della sentenza della Corte europea, che, pur constatando l’avvenuta violazione dell’articolo 5 § 1 (a), non ha indicato, ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, quale misura idonea quella della scarcerazione, ritenendo in quel caso sufficiente la riapertura del procedimento. Giustamente la Corte ha ritenuto *di non speculare su un processo che non è manifestamente contrario ai principi contenuti nell’articolo 6*. In realtà in quel caso l’unico accertamento sulla violazione dell’articolo 6 – sulla volontarietà o meno della rinuncia a comparire - è stato quello condotto in via incidentale dalla Corte europea ed è proprio questo accertamento quello che la Corte richiede nel nuovo giudizio, mentre nel caso *Cat Berro* l’accertamento della Corte europea è avvenuto in via principale e non è stato seguito dal nuovo giudizio.

a) da una lato, il procedimento incidentale sulla libertà personale, nel quale il giudice dell'esecuzione – investito come si è visto della *regolarità* della detenzione nei termini sopra indicati e nel ristretto ambito di operatività dello specifico procedimento ex articolo 670 cod. proc. pen. di cui era investito – doveva risolvere il problema della perdurante validità del titolo esecutivo ed in tale prospettiva doveva esaminare, *incidenter tantum*, se la perdurante inerzia dello Stato nell'adempire il suo obbligo integrasse un diniego di giustizia tale da incidere sul diritto alla libertà e alla sicurezza del detenuto e doveva, quindi, adottare i provvedimenti consequenziali di sua competenza, così come indicato dalla sentenza di Strasburgo nel caso *Stoichkov*.

b) d'altro lato, il procedimento principale di cognizione che, concluso a livello interno con la sentenza della Corte di Cassazione e proseguito, nel rispetto dei termini per la ricevibilità del ricorso,²⁶ a livello sovranazionale con la sentenza della Corte europea, si trova ora dinanzi al Comitato dei ministri del Consiglio ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione e, come pure riconosce il giudice del merito, dovrà trovare il suo epilogo in un nuovo giudizio;²⁷ questo procedimento poteva formare oggetto di esame da parte del giudice dell'esecuzione – come in effetti è avvenuto – nell'ambito delle generali attribuzioni sul controllo dell'intera esecuzione esecuzione del provvedimento giurisdizionale (e, quindi, nel caso in esame, della

²⁶ Solo per inciso va detto che ove il termine previsto dalla Convenzione non fosse stato rispettato, nessuna autorità né sopranazionale né nazionale avrebbe più potuto discutere, in nessuna sede, se volontariamente o meno il *Cat Berro* avesse rinunciato alla garanzia fornitagli dall'articolo 6 della Convenzione.

²⁷ Allo stato, però, il giudice del nuovo procedimento sembra costituire un'autentica *araba fenice*, dal momento che non si conosce neppure per quale via lo stesso debba individuarsi.

sentenza della Corte di assise di appello nei suoi sviluppi sovranazionali) ai sensi dell'articolo 666 cod. proc. pen.²⁸

9.1. Orbene, occorre riconoscere che, nel procedimento di sua competenza ex articolo 670 cod. proc. pen., il giudice del merito, sia pur trattando congiuntamente questioni diverse, ha adempiuto al suo compito perché ha in sostanza riconosciuto sussistere, come si è visto, la violazione dell'articolo 5 § 1 (a).

Ma ha ritenuto di non poter provvedere alla scarcerazione o comunque alla sospensione dell'esecuzione, *perché sino a oggi si è sempre ritenuto che, una volta rigettato dalla Cassazione il ricorso avverso una sentenza di condanna, non potesse più farsi questione sull'esecutività di quest'ultima, avendo l'intervenuto giudicato coperto le questioni procedurali sia deducibili sia – a maggior ragione – quelle in concreto dedotte e risolte dalla Suprema Corte.*

E, nel caso in esame – ha concluso il giudicante – non solo a suo avviso, ma anche secondo la stessa sentenza di annullamento con rinvio della Cassazione deve ritenersi pacifico:

- *sia che ci si trovi di fronte a una condanna passata in giudicato;*
- *sia che il nostro ordinamento non preveda un “apposito rimedio” che permetta di “precludere l'esecuzione” di una tale sentenza irrevocabile di condanna ancorché sia stata emessa a conclusione di un processo giudicato non “equo” dalla Corte di Giustizia a norma dell'articolo 6 della Convenzione (ord. punto 4.3. – posizione del giudice italiano – fol. 12).*

²⁸ Cfr., *infra*, punto 12.2.

10. Con tale conclusione il giudice del merito si ricollega - in una sorta di motivazione circolare – alla premessa del suo *iter* argomentativo e riafferma il *dogma* del giudicato e dei suoi effetti, senza rendersi conto che proprio in tale *dogma* (in uno ai pregiudizi e preconcetti che lo sorreggono) si annida la causa di quell'autentico blocco della giurisdizione che si è verificato, di quel totale diniego di giustizia che è stato perpetrato, se è vero che tale giudice, pur facendosi generosamente carico di due procedimenti, non è stato in grado di rendere alcuna decisione²⁹.

E con ciò mentre viene perpetuata *sine die* una detenzione - che viola il diritto alla *sicurezza* della persona sottoposta alla giurisdizione italiana ed è perciò arbitraria (articoli 1, 5 § 1 [a]) – si esclude che per la tutela di tale diritto sussisterebbe nel nostro ordinamento un procedimento di *habeas corpus*, ossia non esisterebbe un *giudice che decida, in breve tempo, sul ricorso di un detenuto in ordine alla legalità della sua detenzione e che, se la detenzione è illegale, ordini la sua liberazione* (articolo 5 § 4 della Convenzione).

10.1. Non occorrono ulteriori considerazioni per disattendere tali conclusioni, mentre appare opportuno fissare le scansioni delle proposizioni argomentative, considerando:

²⁹ Il giudice del merito giudice dell'intera esecuzione della sentenza di condanna (ex artt. 665 e 666 cod. proc. pen.) si è, infatti, giustamente fatto carico non solo della eventuale liberazione dell'interessato (sola questione di cui era stato formalmente investito con l'incidente di esecuzione ex art. 670 cod. proc. pen.) ma anche della eventuale riapertura del procedimento di cognizione (problema che – sia pure connesso con l'altro – si è sostanzialmente posto di ufficio e in via principale). Tale giudice, pur risolvendo con corrette motivazioni entrambe le questioni, ha di fatto allontanato il calice della delibazione del merito, invocando carenze normative.

i) che l'articolo 5 della Convenzione – che pur il giudice del merito ammette di dover applicare – riconosce al ricorrente un diritto soggettivo perfetto, azionabile dinanzi al giudice italiano e da esso tutelabile;³⁰

ii) che, nel caso di specie, tale diritto si sostanzia, come si è visto, nel controllo sulla *regolarità* della detenzione;

iii) che per la tutela di tale diritto il detenuto ha – in uno alla garanzia generale prevista dall'articolo 13 della Convenzione del *diritto a un ricorso effettivo* – lo specifico *diritto*, previsto dall'articolo 5 § 4 della Convenzione, *di presentare un ricorso davanti a un giudice, affinché decida, in breve tempo, sulla legalità della sua detenzione e ordini la sua liberazione se la detenzione è illegale*;³¹

iv) che tale ricorso (ossia quell'*apposito rimedio* interno che viene invocato dal giudice del merito *per poter precludere l'esecuzione della sentenza di condanna*) è già previsto nel nostro ordinamento e si

³⁰ Si tratta, invero, non solo di un diritto immediatamente *giustiziabile*, ma di una pretesa al rispetto di tale diritto da parte del giudice italiano, posto che, in caso di ritenuta perdurante violazione, l'interessato può direttamente adire la Corte di Strasburgo, che controlla la motivazione del giudice nazionale.

³¹ Con la conseguenza che se l'ordinamento interno non prevedesse tale ricorso effettivo – come in sostanza sostiene il giudice del merito – sussisterebbe, nel caso in esame, l'ulteriore violazione dell'articolo 5 § 4 della Convenzione, come la Corte europea ha tra l'altro sancito proprio nel caso *Stoichkov* (§§ 60-67). Normalmente, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, la garanzia dell'*habeas corpus*, prevista dall'articolo 5 § 4 non si dovrebbe applicare alla detenzione ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, *in quanto il controllo giudiziario sulla privazione della libertà sarebbe già contenuto nella condanna giudiziaria e nella pena. Tuttavia*, ha chiarito la Corte europea, *l'articolo 5 § 4 torna il gioco quando sorgono nuove questioni di fatto riguardanti la legittimità della privazione della libertà* (cfr., §§ 65-65 della sentenza *Stoichkov* e giurisprudenza ivi citata). Come si vede, l'ordinamento italiano, con l'incidente di esecuzione, offre garanzie maggiori di quelle, minime, richieste dalla Convenzione.

identifica proprio con il procedimento di cui quel giudice è investito, ossia con il procedimento previsto dall'articolo 670 cod. proc. pen.;

v) che è in tale procedimento che nel nostro ordinamento deve trovare tutela il diritto sancito dall'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, quale esso vive nella giurisprudenza di Strasburgo;³²

vi) che, come si è visto, secondo tale giurisprudenza, per essere *regolare* – ossia *giustificata ai sensi dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione* – la *condanna* posta in esecuzione non deve essere il *risultato di un procedimento che è stato un “flagrante diniego” di giustizia, cioè che è stato manifestamente contrario alle disposizioni dell'articolo 6 o dei principi in esso contenuti;*

vii) che, in particolare, secondo la citata giurisprudenza, un *diniego di giustizia si verifica indubbiamente nel caso in cui un soggetto condannato in “absentia” non può successivamente ottenere che un giudice statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sul fondamento dell'accusa in fatto come in diritto, quando non sia stato stabilito in*

³² L'errore in cui incorre il giudice del merito consiste nel ritenere che l'*apposito rimedio* giuridico che invoca debba essere lo stesso sia per la riapertura del procedimento principale di cognizione ex articolo 46 della Convenzione sia per la ineseguibilità della sentenza in sede di esecuzione ex articolo 670 cod. proc. pen. Tale errore risulta chiaramente nelle sue conclusioni finali, laddove afferma che non è previsto “*de iure condito*”, *alcuno strumento giuridico che consenta a questo giudice di incidere sulla esecutività della sentenza divenuta irrevocabile e sulla conseguente detenzione del condannato, nonché, nel contempo, di provocare la riapertura del procedimento in modo che si possa procedere alla celebrazione di un nuovo processo secondo le regole del “giusto” processo (cfr., ord., fol. 15 e supra, punto 6.5.)*. Si esaminerà nel corso dell'esposizione se e quale *strumento* sia necessario per il procedimento ex articolo 46 della Convenzione, mentre dovrebbe apparire evidente che per il procedimento incidentale di esecuzione, lo strumento è quello previsto dagli articoli 670 cod. proc. pen., e 5 § 1 (a) della Convenzione, ossia valutando *l'incidenza* di quest'ultima *disposizione, nel più ampio contesto normativo che si è venuto a determinare in conseguenza del suo inserimento nell'ordinamento italiano* (come chiari, sin dal 1981, la 1^a sezione penale della Corte di Cassazione, nell'orientamento poi confermato nel 1988 dalle Sezioni Unite; *cfr., supra, punto*). Lo strumento giuridico, quindi, esiste, ed esso si presta per essere utilizzato.

maniera non equivoca che egli ha rinunciato al suo diritto di comparire e di difendersi;

viii) che, nel caso in esame, la contrarietà del procedimento di cognizione – e in particolare del giudizio svoltosi *in absentia* del prevenuto – alle disposizioni dell’articolo 6 della Convenzione è stata constatata addirittura dalla Corte europea, che ha escluso che lo stesso avesse inteso rinunciare al suo diritto di essere presente al processo;³³

ix) che sussiste un *diniego di giustizia*, essendo stato sino a oggi il ricorrente *privato della possibilità di ottenere che un giudice, dopo averlo sentito, pronunci una nuova decisione sul merito delle accuse in relazione alle quali è stato condannato;*

x) che il *diniego di giustizia* costituisce una delle più gravi violazioni del diritto internazionale;

xi) che tale *diniego di giustizia* assume carattere di particolare gravità non essendosi lo Stato conformato, ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, alla sentenza della Corte europea, in violazione della Raccomandazione n. 2 del 2000 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa e della Risoluzione interinale n. 30 del 2000 dello stesso Comitato, in sede di controllo sull’esecuzione della predetta sentenza, nel procedimento tuttora in corso a Strasburgo nei confronti dell’Italia, e in cui, nel corso della 966^a riunione dei Delegati del 6-7 giugno 2006, è stata adottata una *Decisione con effetto immediato* e

³³ E tale statuizione assumerà nel nuovo giudizio – che lo stesso giudice del merito riconosce che dovrà essere celebrato – acquisterà valore di cosa giudicata, limitatamente, al punto concernente la non volontarietà della rinuncia dell’imputato a partecipare all’udienza svoltasi dinanzi alla Corte di appello di Milano.

l'esame del caso è stato rinviato alla riunione del 4-5 luglio p.v., per seguire l'epilogo del presente procedimento;³⁴

xii) che, in tale situazione di perdurante grave *diniego di giustizia*, la sentenza resa *in absentia* (e vulnerata dalla decisione di Strasburgo) non può essere messa in esecuzione perché è necessario – in applicazione dell'articolo 6 della Convenzione³⁵ - procedere a un

³⁴ Il procedimento nei confronti dell'Italia per il caso *Cat Berro* fu chiuso dinanzi al Comitato dei ministri, in sede di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte nel marzo 2003, quando i Delegati dei ministri adottarono la Risoluzione DH(93)6, sulla base delle informazioni fornite dal Governo italiano. Secondo tali informazioni, *con l'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale del 24 ottobre 1989, l'accusato assente non ha più l'obbligo, per evitare di essere giudicato in contumacia, di provare la realtà del suo impedimento a comparire. L'articolo 486, comma 2 del nuovo Codice dispone infatti che il giudice sospenderà o rinvierà il processo, anche di ufficio, quando appaia probabile che l'assenza dell'accusato è dovuta a una impossibilità assoluta di comparire.* Il caso fu riaperto il 2 ottobre 2000 nel corso della 721^a riunione del Comitato su impulso del Direttore dei diritti dell'uomo, che si era dichiarato sbalordito (*très étonné*) nell'apprendere che le autorità italiane avevano chiesto al Governo di Grecia l'extradizione del *Cat Berro* al fine dell'esecuzione della sentenza di condanna vulnerata a Strasburgo. La questione era sostanzialmente analoga a quella del caso *Bozano (il biondino dalla spider rossa)* condannato per la morte di Milena Sutter) che determinò la prima constatazione di violazione della Convenzione da parte della Francia (proprio per violazione dell'articolo 5 § 1 [a]) e del caso *Hakkar contro Francia* (che determinò la precipitosa adozione della legge sulla revisione per gli effetti dell'articolo 46 della Convenzione) Successivamente vari Paesi europei (Francia, Belgio) rifiutarono l'extradizione del *Cat Berro* e il Ministro della giustizia revocò la domanda di estradizione, mentre non fu revocato l'ordine di carcerazione a suo tempo emesso. Nel corso della 783^a riunione dei Delegati (19 febbraio 2002) il Comitato dei ministri adottò la Risoluzione interinale DH(2002)30, con cui incoraggiava le autorità italiane ad assicurare l'adozione di una nuova legislazione conforme ai principi della Raccomandazione n. 2 del 2000 sulla riapertura dei procedimenti. Con la decisione adottata con effetto immediato, il Comitato dei ministri ha notato con interesse gli sforzi forniti sul piano giurisprudenziale per rimediare alle conseguenze della constatata violazione della convenzione e, in particolare, della recettività dimostrata dalla Corte di Cassazione sulla necessità di interpretare la legge tenendo conto della constatazione della violazione. I provvedimenti del Comitato dei ministri si possono cercare su Internet, sul sito del Consiglio d'Europa (www.coe.int) ove è possibile seguire anche le varie tappe e gli sviluppi del procedimento in corso nei confronti dell'Italia.

³⁵ Quale esso vive nella giurisprudenza della Corte cui il giudice italiano deve conformarsi. È infatti l'interpretazione dell'articolo 6 quella che impone che un processo non giusto non possa essere messo in esecuzione finché la violazione non sia stata eliminata.

nuovo giudizio, con la conseguenza che finché tale decisione non sarà *purgata*, la stessa non potrà essere considerata, in diritto interno, né *irrevocabile*, né *definitiva*;

xiii) che l'aver messo in esecuzione tale sentenza integra violazione dell'articolo 5 § 1 (a), perché la restrizione della libertà personale non è *regolare* e si risolve in una detenzione *arbitraria*;

xiv) che, se vera, l'affermazione da parte del giudice del merito in ordine alla inesistenza, nel nostro ordinamento, di *un apposito rimedio* per poter procedere al dovuto nuovo giudizio, mentre proclama la manifesta e perdurante situazione di grave diniego di giustizia, rende se possibile ancor più grave l'*arbitrarietà della detenzione* e, in uno alla violazione dell'articolo 5 § 1 (a), integra violazione dell'articolo 5.4. della Convenzione;

xv) che pertanto, in applicazione degli articoli 5 § 1 (a) e 5 § 4 della Convenzione,³⁶ si impone, a giudizio di questo Ufficio, l'immediata scarcerazione del *Cat Berro*, se non detenuto per altra causa;³⁷

xvi) che, *si vera sunt exposita*, a tale scarcerazione dovrà provvedere codesta Corte Suprema, dovendo l'annullamento dell'ordinanza impugnata essere disposto senza rinvio, previa declaratoria di ineseguibilità della sentenza della Corte di assise di Milano del 9 aprile 1984 e annullamento dell'ordine di carcerazione emesso dal locale Procuratore generale il 1° luglio 2004.

³⁶ Il primo allo stato violato, il secondo *in itinere* ove non sopravvenga un intervento *riparatore* della Corte Suprema.

³⁷ E ciò senza considerare che la sua perdurante arbitraria detenzione pone addirittura in discussione l'esistenza in Italia di uno Stato di diritto.

11. L'obbligo di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali, che incombe sull'autorità che ha la disponibilità del procedimento in cui uno di tali diritti può venire in discussione, impone al rappresentante del Pubblico ministero, che tra l'altro, nel nostro ordinamento veglia alla esatta osservanza della legge, di esaminare l'altra faccia della medaglia del presente caso, costituito dall'individuazione dell'organo che deve adottare – ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione e quale suo preciso obbligo giuridico³⁸ – la misura necessaria per conformarsi alla sentenza della Corte al fine di porre termine alla perdurante violazione dell'articolo 6 della Convenzione e alla susseguente situazione di *flagrante diniego di giustizia* in cui versa il nostro Paese.

Tale analisi appare tanto più doverosa, ove si rifletta che, questo tema si inserisce – addirittura condizionandolo – in quello più ampio concernente l'esecuzione della sentenza della Corte di assise di appello di Milano.

11.1. L'importanza dell'analisi non è sfuggita al giudice del merito, il quale, inoltre, ha correttamente impostato la relativa questione con

³⁸ Sia il Comitato dei Ministri, nelle Risoluzioni interinali con cui invita gli Stati ad adottare le misure a tal fine necessarie sia la Corte nelle indicazioni che fornisce ai sensi dell'articolo 46, non mancano di sottolineare, *qu'un constat de violation de la Convention entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation e d'en effacer les conséquences de manière à rétablir, autant que faire se peut, la situation antérieure à celle-ci*. Al predetto obbligo giuridico derivante dalla Convenzione va aggiunto quello, con conseguenze politiche, derivante dall'adesione del nostro Paese al Consiglio d'Europa. L'articolo 3 dello Statuto stabilisce infatti che le condizioni per l'appartenenza a tale organismo sono quelle del rispetto dei diritti dell'uomo e del riconoscimento del principio del primato del diritto, mentre l'articolo 8 dello stesso dà facoltà al Comitato dei ministri di sospendere o espellere dall'organismo gli Stati colpevoli di gravi violazioni a tali diritti. E ciò senza considerare le conseguenze che da tale situazione possono derivare sulla partecipazione dell'Italia anche all'Unione europea (*cf.*, articolo 7 Trattato di Amsterdam).

riferimento a una possibile interpretazione dell'articolo 670, comma 1, cod. proc. pen. alla luce dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, ritenendo, *oltre che logica e coerente con il sistema, anche del tutto conforme alla disposizione convenzionale, la correlazione, prospettata dal ricorrente, tra la declaratoria di non esecutività del provvedimento e la possibilità di celebrazione del nuovo giudizio (ord.za, fol. 13).*³⁹

E ha giustamente considerato che, proprio sulla base della predetta interpretazione, il giudice dell'esecuzione dovrebbe *dichiarare la non esecutività della sentenza di condanna passata in giudicato e dichiarare sospeso il conseguente ordine di esecuzione, stante la violazione dell'articolo 6 della Convenzione (accertata a Strasburgo) nel procedimento di cognizione e la conseguente illegittimità, per violazione dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, della detenzione in espiatione della pena così inflitta (ord.za, fol. 14 e nota 19).*

Ma ancora una volta il giudice del merito – pur enunciando esatte argomentazioni giuridiche (questa volta sia per quel che concerne le premesse sia per quel che riguarda le conclusioni) – si rifiuta di *jus dicere*, assumendo che *dall'interpretazione dell'articolo 670 cod. proc. pen. alla luce dell'articolo 5 § 1 (a) della Convenzione, non discenderebbe per il giudice dell'esecuzione alcuna indicazione univoca sul come “riaprire il procedimento e garantire un nuovo giudizio”* e che, essendo troppe le opzioni in astratto ipotizzabili, è necessario un intervento del legislatore.⁴⁰

³⁹ Il giudice del merito – che pur attribuisce responsabilità al Governo e appone condizioni e termini - non dubita che *la forma di riparazione più appropriata, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, debba essere individuata nella riapertura del procedimento e in un nuovo giudizio che rispetti le regole del giusto processo*, ma, come si è visto, ritiene di *non potersi sostituire al legislatore nell'introdurre lo strumento giuridico che gli consenta di provocare la riapertura del procedimento.*

⁴⁰ La richiesta di nuove leggi è una costante in occasione di nuove sentenze della Corte europea. Nel caso in esame, come si è visto, il giudice del merito invoca per lo meno due leggi. La necessità di una legge di adattamento è stata da illustri internazionalisti

11.2. Va però sgombrato il campo da quest'ultima invocazione, dal momento che il nostro ordinamento – che è uno dei più completi e imitati al mondo – è in grado di reagire (tenuto anche conto del meccanismo di tutela previsto dalla Convenzione e degli effetti giuridici che il suo inserimento nell'ordinamento ha determinato) a ogni esigenza di diritto sostanziale o processuale per il tramite, tra l'altro, dell'interpretazione estensiva e dell'applicazione analogica.

prospettata sin dall'entrata in vigore della legge n. 848 del 1955 di autorizzazione alla ratifica e di piena esecuzione della Convenzione e questa tesi è ancor oggi da molti sostenuta (e, a tacer d'altro, non è dato comprendere – se questa tesi è vera - sulla base di quale disposizione di legge il Governo provveda al pagamento, a partire dalla sentenza Artico del 1980, delle somme liquidate dalla Corte europea a titolo di equa soddisfazione senza alcuna forma di *exequatur* da parte dell'autorità giudiziaria). Il granitico rifiuto opposto dalla giurisprudenza italiana al riconoscimento del diritto a una ragionevole durata dei procedimenti, per la asserita mancanza di una normativa interna, ha determinato l'adozione della legge n. 89 del 2001 (la cd, legge Pinto, approvata l'ultimo giorno della XIII Legislatura) che, come è noto, non prevede misure acceleratorie del procedimento interno, ma solo misure risarcitorie, mentre le Sezioni Unite civili (sentenza n. 28507 del 2005) oggi affermano che tale diritto preesisteva alla legge (la quale costituisce, quindi, *una superfetazione normativa*, come un'isolata dottrina aveva inutilmente denunciato, in uno ai danni irreparabili per l'erario e per il funzionamento della giustizia) mentre la Corte europea (sentenza *Scordino* 1 § 183) ci ammonisce della poca efficacia, se non dell'inutilità, delle misure risarcitorie (e suggerisce misure acceleratorie, come sosteneva quella isolata dottrina e come era previsto nell'originario disegno di legge *Conso*). Nella relazione della legge di riforma dell'articolo 175 cod. proc. pen., si ravvisa la finalità della modifica nell'esigenza di consentire l'esecuzione delle sentenze della Corte, con specifico riferimento ai casi *Somogyi* e *Sejdovic*, con risultati, a quel che risulta, finora pressoché nulli (come denunciato anche dalla Grande Camera). Non si comprende quali sarebbero le responsabilità del Governo, posto che lo stesso è solo la parte che rappresenta lo Stato nel giudizio dinanzi alla Corte (nella persona dell'Agente di Governo, nominato con decreto del Ministro per gli affari esteri), e interviene nel procedimento dinanzi al Comitato dei ministri (nella persona dell'Ambasciatore della Rappresentanza d'Italia presso il Consiglio d'Europa o di un suo delegato) prospettando, caso per caso, le soluzioni suggerite dai Dicasteri interessati. La recente legge n. 12 del 2006 – anch'essa quasi del tutto superflua – ha formalizzato quelle attività di coordinamento (ma, in materia, mai di decisione) che la Presidenza del Consiglio dei Ministri sinora espletava. Il d.P.R. n. 289 del 2005, che consente l'annotazione nel casellario delle decisioni della Corte europea concernenti provvedimenti interni già iscritti, dimostra l'unicità del sistema e presuppone che non siano necessarie altre disposizioni normative per dare esecuzione in Italia alle sentenze della Corte.

La necessità, nel nostro ordinamento, dell'intervento in materia del legislatore sorge come estrema *ratio*; sorge solo quando per carenze strutturali gravissime – significative della messa in discussione, se non del venir meno, delle condizioni per il riconoscimento di uno Stato di diritto – l'autorità che aveva il dovere di proteggere e attuare il bene tutelato non è in grado di adempiere ai suoi compiti e, per conseguenza, non è neanche in grado, pur con interventi di sostegno o sostitutivi, di eseguire le sentenze, facendo esplodere il caso dinanzi al Comitato dei ministri per la necessità dell'adozione di misure di carattere generale e inducendo la Corte, con un approccio di tipo giurisdizionale, a indicare, anche nel dispositivo della sentenza, che delle misure appropriate si impongono per la tutela non solo del ricorrente, ma di tutti coloro che si trovano in situazioni analoghe.

Tale situazione è quella che la Corte europea aveva ritenuto sussistere nel caso *Sejdovic* (sentenza del 10 novembre 2004), stimando che la constatata violazione dell'articolo 6 della Convenzione risultava da un problema strutturale, legato al disfunzionamento della legislazione e delle prassi interne, occasionato dall'assenza di un meccanismo effettivo che consentisse alle persone condannate in contumacia di ottenere un nuovo giudizio.

La Corte europea è però ritornata sulla sua decisione, dopo che il Governo italiano aveva ottenuto che la questione fosse rimessa alla Grande camera (sentenza del 1° marzo 2006). La Corte non ha ritenuto più necessario indicare misure di carattere generale, stimando utile una riflessione, alla luce della legge di riforma dell'articolo 175 del Codice di rito e in attesa degli sviluppi della giurisprudenza (e tenuto anche conto, va aggiunto, della possibilità di applicazione dell'articolo 670). E nella stessa direzione si è orientato, proprio nel caso *Cat Berro*, anche il Comitato dei ministri, il quale, con la sua *Decisione ad effetto immediato* del 6-7 giugno

u.s., sta seguendo – come si è visto – l’evolversi della situazione giudiziaria (*supra*, punto 10.1.xi).

11.3. Nel caso in esame, comunque, non vi è alcun bisogno di interventi legislativi, perché l’*indicazione univoca sul come riaprire un procedimento e come garantire un nuovo giudizio* proviene dal sistema stesso di garanzia attuato con l’adesione alla Convenzione.⁴¹

11.3.1 Va al riguardo ricordato come la Corte europea abbia ripetutamente ammonito che *quando viene in discussione la responsabilità internazionale dello Stato per violazioni di diritti fondamentali, quest’ultimo si caratterizza, su tale piano, per la sua unità, sì che gli obblighi internazionali sottoscritti da un Paese legano tutti i poteri dello stesso, i quali devono, nei limiti delle loro attribuzioni, concorrere all’adempimento di tali obblighi.*⁴²

Da ciò consegue che lo Stato, inteso nel suo complesso e nelle sue varie articolazioni, è il garante degli impegni assunti con la Convenzione,

⁴¹ Con la ratifica della Convenzione lo Stato non si è impegnato a riconoscere – come avviene in tutti gli altri trattati internazionali – ma ha espressamente riconosciuto, come è proclamato all’art. 1, i diritti enunciati nella Convenzione. Giustamente questa disposizione è stata definita la *Grundnorm* del sistema di garanzia collettivo previsto. I diritti sono riconosciuti come propri della persona umana (e come tali immediatamente azionabili a livello interno e, se del caso, a livello sopranazionale), ma la garanzia è collettiva, perché il controllo che il Comitato dei ministri (quale espressione di tutti i Paesi aderenti al Consiglio d’ Europa) compie, mira ad evitare perduranti violazioni dei diritti fondamentali ed esige una reazione, un intervento riparatore dell’ordinamento dello Stato tratto in causa, per perseguire l’obiettivo ritenuto *di vitale interesse per la difesa della società umana e della civiltà, del consolidamento della pace fondata sulla giustizia e sulla cooperazione internazionale* e perseguita per il tramite dell’*accettazione*, da parte degli Stati membri, *del principio del primato del diritto e di quello in virtù del quale ogni persona posta sotto la loro giurisdizione deve godere dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (come è detto nel preambolo dello Statuto del Consiglio d’ Europa).

⁴² Corte europea, sentenza *Zimmermann e Steiner* del 13 luglio 1983; sentenza *Martins Moreira* del 26 ottobre 1988 etc.

mentre l'individuazione degli organi che devono in concreto concorrere all'adempimento degli obblighi deve essere effettuata alla stregua del diritto interno, in relazione al contenuto della singola sentenza.⁴³

⁴³ Fuor delle ipotesi in cui l'obbligo di attivarsi risultante dalla sentenza si risolve nell'esigenza dell'adozione di misure di carattere generico o di solo carattere disciplinare, nel nostro ordinamento il destinatario naturale dell'obbligo giuridico di conformarsi alla sentenza – o più precisamente l'organo competente in prima battuta per l'esecuzione della sentenza, per quel che concerne l'adozione della misura di carattere individuale – non è né il legislatore né il governo, come pure generalmente si afferma e come ritiene anche il giudice del merito, ma solo l'organo, giudiziario o amministrativo, che ha la materiale disponibilità di incidere sulla situazione di fatto da ripristinare in termini di diritti fondamentali, in esecuzione della sentenza della Corte. Tale organo è, in via generale, quello stesso organo che, nel caso di specie, aveva il dovere di proteggere il diritto fondamentale violato. Sussiste, in altri termini, una identificazione tra l'organo cui la Convenzione affida il compito di attuare e proteggere quel diritto fondamentale da essa riconosciuto e l'organo cui la stessa Convenzione affida il compito di ripristinare quel diritto di cui la Corte ha constatato l'avvenuta violazione. L'uno e l'altro compito costituiscono i più rilevanti effetti giuridici del riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno. Essi integrano manifestazione concreta di quell'obbligo positivo di attuazione e di tutela dei diritti fondamentali, su cui, a ben vedere si basa la *rivoluzione copernicana* operata, nella storia del diritto, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'articolato sistema di protezione di tali diritti che essa ha istituito, nell'ambito del Consiglio d'Europa. L'effetto giuridico che nel nostro sistema si è verificato – posto che le disposizioni della Convenzione hanno valore di legge e sono immediatamente applicabili nel nostro ordinamento – è quello secondo cui deve sempre sussistere, e deve sempre poter essere automaticamente individuato, l'organo cui, nel caso concreto, è affidata la tutela preventiva o successiva del bene protetto dalla singola disposizione convenzionale. L'individuazione dell'organo competente per l'esecuzione delle misure individuali – che, come si è visto, si identifica generalmente con quello stesso organo che, nel caso di specie, aveva il dovere di proteggere e attuare il diritto fondamentale violato - è estremamente agevole per tutti i casi in cui la violazione sia riconducibile all'attività amministrativa dello Stato. In virtù del principio di autotutela, che regge tale attività, l'organo che non ha impedito o ha commesso la violazione, deve – revocato se del caso il precedente provvedimento vulnerato a Strasburgo – adottare la misura attuativa della volontà della Corte. E nell'ipotesi di inerzia dell'organo competente o di sua impossibilità, per la mutata situazione di fatto, a effettuare la *restitutio in integrum*, il nostro ordinamento prevede poteri di surrogazione e di controllo che consentono comunque di reagire positivamente o, se del caso, sanare la situazione patologica di specie accertata dalla Corte, o sanzionare disciplinarmente il comportamento abusivo che ha dato causa alla violazione, con ciò pienamente adempiendo agli obblighi derivanti dalla sentenza. Nell'uno e nell'altro caso, non sussiste alcuna possibilità di scelta sul mezzo in concreto da utilizzare, identificandosi lo stesso con quello in via generale previsto dall'ordinamento. Solo apparentemente più complessa è l'individuazione dell'organo competente per l'esecuzione delle misure individuali nei casi in cui la violazione sia

11.3.2. In tale prospettiva, nel caso in esame, deve essere posto in evidenza:

i) che la violazione dell'articolo 6 della Convenzione constatata dalla Corte europea nel procedimento di cognizione si sostanzia nel riconoscimento di una nullità – concernente l'intervento dell'imputato – che si è verificata nel giudizio svolto dinanzi alla Corte di assise di appello di Milano il 9 aprile 1984;

ii) che la tutela del canone violato del giusto processo (concernente i diritti minimi ed essenziali della difesa) era affidato – ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione⁴⁴ – alla Corte di Cassazione che, con sentenza del 13 novembre 1985 nel rigettare il ricorso del *Cat Berro*, escluse la sussistenza della eccepita nullità, e ritenne che correttamente la Corte di assise di appello di Milano (sulle difformi conclusioni del Procuratore generale) avesse giudicato in contumacia il ricorrente (a quel momento ristretto in Olanda nelle carceri di Maastricht), assumendo in sostanza che i diritti minimi ed essenziali

stata commessa nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Ove, invero, si tratti di procedimento di volontaria giurisdizione, lo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento vulnerato a Strasburgo deve, in applicazione della clausola *rebus sic stantibus* che regola la materia, esaminare la situazione di fatto e di diritto quale si presenta in conseguenza della sentenza della Corte e adottare, tenendo conto della statuizione ricavabile dalla relativa motivazione, la decisione che, nel processo di libera formazione del suo convincimento, reputa idoneo (come in effetti è avvenuto, sia pure con molte difficoltà nel caso *Scozzari*). Ove, invece, si tratti di procedimento contenzioso concluso con decisione definitiva, spetta al pubblico ministero – che *veglia all'osservanza delle leggi* - promuovere la necessaria azione dinanzi al competente giudice. Tale ipotesi ricorre sia quando la Corte ha constatato violazione delle regole del giusto processo, sia quando la decisione del giudice interno sia basata su principi ritenuti dalla Corte incompatibili con quelli della Convenzione. Nell'una e nell'altra ipotesi le statuizioni della Corte europea hanno, per il giudice interno, valore di cosa giudicata.

⁴⁴ L'imputato aveva diritto al rispetto delle regole del giusto processo nel procedimento in corso dinanzi alla Corte di assise di appello di Milano (articoli 1 e 6 della Convenzione) e l'ordinamento italiano gli apprestava il rimedio del ricorso per cassazione, ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione.

della difesa fossero stati rispettati, quanto meno sul piano formale (il ricorrente era a conoscenza dell'udienza e avrebbe potuto informare la Corte). È lapalissiano constatare che se la Corte di Cassazione avesse ritenuto – come avvenuto in casi analoghi – la sussistenza della nullità e quindi la violazione dei diritti minimi ed essenziali della difesa, la conclusione sarebbe stata quella dell'annullamento dell'impugnata sentenza con rinvio ad altra sezione della stessa Corte di assise di appello, ai sensi dell'articolo 543 del codice allora vigente (corrispondente all'articolo 623 di quello vigente);

iii) che la Corte europea – investita del ricorso proposto dal *Cat Berro* ai sensi degli articoli 19, 34, 35 e 40 della Convenzione⁴⁵ e riesaminando la stessa tematica dei giudici nazionali – è pervenuta alla constatazione dell'avvenuta violazione delle regole di un giusto processo, ritenendo che, in concreto, non fossero stati rispettati i diritti minimi ed essenziali della difesa;

iv) che la constatazione della Corte si impone all'individuando giudice nazionale con autorità di cose giudicate, nel senso che la volontarietà o meno dell'assenza del *Cat Berro* all'udienza dinanzi alla Corte di assise di appello di Milano non potrà più essere messa in discussione.

12. Passando quindi a esaminare le conseguenze di tale situazione nel piano interno, occorre ricordare che la Corte di Cassazione, nei casi in cui, applicando la normativa processuale interna alla luce della Convenzione, ha ravvisato nel procedimento di merito violazione delle regole del giusto

⁴⁵ Secondo la numerazione oggi vigente e corrispondente a quella del testo precedente alla riforma operata con il Protocollo n. 9.

processo, ha pronunciato sentenza di annullamento con rinvio, ai sensi dell'articolo 623 cod. proc. pen..⁴⁶

12.1. Se ciò è vero, è altrettanto vero che alla stessa conclusione – nullità del processo con necessità di nuovo giudizio, ai sensi dell'articolo 623 cod. proc. pen.⁴⁷ - deve pervenirsi nell'ipotesi in cui la constatazione dell'avvenuta violazione di tali regole sia stata effettuata, come nel caso in esame, dalla Corte europea.

Si tratta – parafrasando l'espressione dalla Corte costituzionale nella sua sentenza n. 10 del 1993 usata con riferimento alla disposizione dell'articolo 143 cod. proc. pen. – di riconoscere *la piena espansione della garanzia assicurata dall'articolo 623 cod. proc. pen. in conformità ai diritti dell'imputato riconosciuti dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e dall'articolo 24, secondo comma, della Convenzione.*

È questa – a ben vedere – la conseguenza del meccanismo di tutela di carattere sussidiario previsto dalla Convenzione, che affida al giudice nazionale – con imposizione di un obbligo positivo – la vigilanza sul rispetto delle regole del giusto processo (e con diritto dell'imputato a vedere osservate tali regole con istanze e gravami) e dà la possibilità al condannato di chiedere alla Corte europea la verifica dell'avvenuto rispetto del suo diritto.

Quindi, nell'ipotesi di constatazione sopranazionale di violazione, le conseguenze devono necessariamente essere quelle che si sarebbero

⁴⁶ Cass, sez. I, 20 aprile 1982, *Bonfanti*, mass. uff. 155.005-155.012; Cass., sez. I, 27 ottobre 1984, *Venditti*, mass. uff. 168.405-168.410; nonché, in motivazione, Cass., sez. I, 22 aprile 1985, *Arslan*; Cass., sez: I, 3 giugno 1986, *Greco*, annullando con rinvio ai sensi dell'allora vigente articolo 543 cod. proc. pen.

⁴⁷ Nella specie si tratta dell' articolo 543 del vecchio codice.

verificate nel diritto interno nel caso in cui a tale constatazione avesse provveduto, come era suo dovere, il giudice nazionale.

In sostanza, se in un procedimento vi è stata violazione dei diritti minimi ed essenziali dell'imputato (ossia in quello che la dottrina definisce *simulacro* o *parvenza* di giusto processo), l'inevitabile conclusione è la necessità di un nuovo giudizio, ai sensi dell'articolo 623 cod. proc. pen., sia nell'ipotesi in cui la constatazione di violazione sia stata effettuata dal giudice nazionale, sia nell'ipotesi in cui abbia a ciò provveduto il giudice sopranazionale.

E anche in questa ipotesi, *si vera sunt exposita*, al nuovo giudizio deve provvedere, nel caso in esame, altra sezione della Corte di assise di appello di Milano.

Con l'avvertenza che il procedimento poteva essere avviato anche d'ufficio da tale Corte, tenuto conto dell'obbligo positivo che incombeva su quel giudice, che aveva ricevuto formale comunicazione dell'intervenuta sentenza della Corte europea.⁴⁸

12.2. Ma non è questo il solo rimedio che l'ordinamento appresta per investire formalmente del nuovo giudizio la sezione della Corte di assise di appello di Milano

Quella *individuazione univoca sul come riaprire il procedimento* che il giudice dell'esecuzione normativamente richiede, si ricava, invero, proprio dalle disposizioni del codice di rito che concernono la competenza di quel giudice, la quale, come è ben noto, non è limitata – come avveniva

⁴⁸ E' noto che nel corso del procedimento ex art. 46, il Comitato dei ministri chiede assicurazioni al rappresentante del governo sull'avvenuta comunicazione della sentenza della Corte all'autorità giudiziaria interna interessata. Il Ministero della giustizia ha sempre fornito al riguardo informazioni positive.

nel sistema del codice Rocco – all’esistenza di un incidente di esecuzione (ex art. 628 di quel codice), ma è estesa all’intera esecuzione del provvedimento (ex articolo 665 del nuovo codice),

12.2.1. Nel procedimento di esecuzione ex articolo 666 del codice vigente, il giudice dell’esecuzione – autentico *dominus* dell’esecuzione della sentenza della Corte nazionale – come aveva il potere di dichiarare l’inesistenza di un effettivo titolo esecutivo e disporre la liberazione dell’interessato (ex art. 670 cod. proc. pen.), così poteva revocare la sentenza vulnerata dalla sentenza di Strasburgo (ex art. 669 cod. proc. pen.).

L’esecuzione penale – che nel nostro ordinamento ha funzione di garanzia e di controllo – inerisce, come si è visto, all’intera esecuzione del provvedimento giurisdizionale. Il controllo del giudice dell’esecuzione si estende, quindi, anche alla valutazione degli effetti che sulla sentenza di condanna da eseguire, ha prodotto la decisione del giudice di Strasburgo che ha constatato la violazione di un fondamentale diritto, nel procedimento interno che a tale condanna ha condotto.

L’enfasi attribuita dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione a una completa ed effettiva giurisdizionalizzazione della fase – rafforzata dalla non tollerabilità, in uno Stato democratico ispirato al principio del primato del diritto, del perdurare delle conseguenze di una riscontrata violazione dei diritti minimi ed essenziali della persona umana⁴⁹ – mentre induce a optare per una visione *aperta* del giudicato, deve in

⁴⁹ Ai sensi dell’articolo 3 dello Statuto del Consiglio d’ Europa, *Ogni membro del Consiglio d’ Europa deve accettare il principio del primato del diritto e quello in virtù del quale ogni persona, posta sotto la sua giurisdizione, deve godere dei diritti dell’uomo e della libertà fondamentali.* Come si è detto, l’articolo 8 dello Statuto sancisce la sospensione o l’espulsione dello Stato membro *che violi gravemente le disposizioni dell’articolo 3.*

concreto approdare a riconoscere l'estensione delle competenze del giudice dell'esecuzione a tutti i rapporti intercorrenti tra le sentenze di Strasburgo e i provvedimenti interni su cui si è positivamente esercitata la funzione di controllo della Corte europea.

Il d.P.R. n. 289 del 2005 – concernente l'iscrizione nel casellario delle decisioni della Corte europea relative a provvedimenti nazionali già in esso iscritti – presuppone il carattere unitario dell'esecuzione ed appresta al giudice gli strumenti necessari per l'espletamento delle sue funzioni.

12.2.2. Non è, comunque, necessario, per le ragioni già esposte in precedenza, che per ogni esigenza da regolare sussista una norma *ad hoc*, (*supra*, punto 11.2.).

La sentenza n. 10 del 1993 della Corte costituzionale e i principi in essa riconosciuti – e ricondotti, non diversamente da quanto ritenuto nella sentenza della Cassazione in c. *Medrano*, alla fondamentale disposizione dell'articolo 2 della Costituzione – consentono, comunque, di attribuire al procedimento di esecuzione previsto dall'articolo 666 del codice di rito, delineato dal legislatore quale rimedio di carattere generale con estensione dell'ambito di operatività del tradizionale istituto dell'incidente di esecuzione, una funzione di *clausola generale destinata a espandersi e a specificarsi, nell'ambito dei fini normativamente riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedono.*

Tale forza espansiva del procedimento, vivificando, se del caso, altre disposizioni del nostro Codice quali quelle degli articoli 175, 623, 669 cod. proc. pen., consente al giudice dell'esecuzione un ampio margine di manovra per ripristinare le condizioni dello Stato di diritto, eliminando ogni perdurante situazione di riscontrata violazione dei diritti fondamentali.

In tale ottica, si è già visto, come l'utilizzazione – tra le varie ipotesi rientranti nel campo di operatività del procedimento di esecuzione ex articolo 666 cod. proc. pen. – del tradizionale istituto dell'incidente di esecuzione, abbia consentito, nel caso in esame, di escludere la perdurante validità del titolo esecutivo.

Allo stesso modo, il ricorso all'istituto del *pluries in idem*, disciplinato dall'articolo 669 cod.proc. pen., consente di revocare, come appunto nel caso in esame, la sentenza del giudice interno, che la Corte di Strasburgo – unica interprete delle disposizioni della Convenzione – ha ritenuto aver violato l'articolo 6 della Convenzione.

Non avendo alla revoca provveduto il giudice dell'esecuzione, il relativo provvedimento può essere adottato da codesta Corte, ai sensi dell'art. 620.1. l) cod. proc. pen., essendo superfluo il rinvio

P. Q. M.

chiede che la Corte di Cassazione:

- **a)** annulli senza rinvio l'ordinanza impugnata e l'ordine di carcerazione emesso dal Procuratore generale presso la corte di appello di Milano il 1° luglio 2004;
- **b)** annulli senza rinvio la sentenza della Corte di assise di appello di Milano del 9 aprile 1984;
- **c)** disponga l'immediata scarcerazione di Franco Cat Berro, se non detenuto per altra causa;

- **d)** ordini la trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte di assise di appello di Milano, per nuovo giudizio.

Roma, 20 giugno 2006

L'Avvocato generale
Vitaliano Esposito