



**Al Primo Presidente della Corte di Cassazione Giovanni Canzio
Al Primo Presidente aggiunto Renato Rordorf**

**Oggetto: Report incontro delegazione Corte di Cassazione Corte europea dei diritti dell'uomo.
Strasburgo, 26-27 maggio 2016.**

Nei giorni 26 e 27 maggio u.s. si è svolto a Strasburgo il primo incontro tra la nostra Corte e la Corte europea dei diritti dell'uomo, in attuazione del Protocollo d'intesa sottoscritto lo scorso 11 dicembre.

A tale iniziativa ha fatto da contorno la firma di un Memorandum che ha impegnato la nostra Corte ad aderire al network istituito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e riservato alle Corti Supreme dei Paesi aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

A tale iniziativa, che ha visto la nostra adesione come secondo Paese della Convenzione – essendo in atto la rete già attiva in via sperimentale per la Corte di Cassazione e per il Consiglio di Stato francese- e che ha già raccolto la disponibilità di altre 19 Corti Supreme, si affianca l'individuazione della collega Valeria Piccone, componente del gruppo di attuazione del Protocollo Cassazione Corte edu e dell'Ufficio del Massimario, come Responsabile per la Rete della nostra Corte.

La Rete intende favorire la circolazione delle notizie concernenti la giurisprudenza della Corte europea al nostro interno mediante l'invio di report di natura riservata che offrono indicazioni dettagliate sui contenuti della giurisprudenza che si va formando presso la Corte europea e, per altro verso, intende offrire favorire lo scambio fra le singole Corti nazionali e la Corte europea di report sintetici su legislazione e giurisprudenza relativa ai casi all'esame della Corte edu che saranno poi veicolati all'interno del medesimo network.

Le modalità dell'incontro svoltosi a Strasburgo ed i suoi contenuti sono stati determinati nel corso dei mesi passati in piena sinergia fra i due punti di contatto del Protocollo ed il gruppo di attuazione istituito presso la nostra Corte nel febbraio scorso, muovendo dall'idea che fosse necessario, per favorire un dialogo capace di svilupparsi armonicamente nel tempo, individuare tematiche non specialistiche, piuttosto focalizzando l'attenzione su questioni generali non sempre ricostruite in modo armonico dalle due Corti che potessero così offrire la possibilità agli interlocutori di rappresentare in modo chiaro le rispettive posizioni.

Una specifica sessione è stata dunque dedicata al confronto con il giudice francese presso la Corte edu, André Potocki, il quale ha svolto un approfondimento sul concetto di motivazione delle sentenze del giudice di ultima istanza nazionale, descrivendo le modifiche in corso nel sistema francese proprio in relazione agli effetti prodotti dalla giurisprudenza della Corte edu.

In questa medesima direzione è sembrato che il tema della sussidiarietà potesse rappresentare il punto di partenza per un confronto aperto sul tema.

Accanto a tale questione il nostro gruppo ha segnalato l'importanza di centrare l'attenzione sul concetto di legalità penale garantito dalla Convenzione e dai suoi Protocolli, proprio per fare emergere la non sempre perfetta sintonia fra tale nozione, nella quale alla visione della CEDU rivolta a valorizzare gli accenti di natura sostanziale dei concetti di afflittività e natura sanzionatoria delle singole previsioni si contrappone un approccio interno decisamente agganciato al principio – di rango costituzionale- della riserva di legge in materia penale.

In questa prospettiva si è quindi scelto di approfondire con i giudici della Corte europea la nozione di sanzione penale e con esso il tema delle sanzioni interne di natura formalmente amministrativa, al fine di evidenziare i punti di distonia in atto emersi fra la posizione della Corte edu nel caso Grande Stevens c. Italia e quelli manifestati da alcune recenti pronunzie della nostra Corte.

Si è parimenti pensato di affrontare le questioni connesse a temi eticamente sensibili che hanno sempre più visto l'intervento della Corte europea su questioni nodali per tutti i Paesi contraenti,



compresi l'Italia. E ciò al fine di verificare l'eventuale esistenza di criticità fra le posizioni delle due Corti.

La sessione del Venerdì mattina è stata quindi incentrata su un confronto molto vivace e proficuo con i giuristi della Corte europea impegnati nei compiti istituzionali di spoglio e filtro dei ricorsi, oltre che nello smistamento dei ricorsi fra le diverse composizioni degli organi giudiziari chiamati a decidere nel merito i ricorsi stessi. Particolarmente importante è risultato l'approfondimento sulle modalità di filtraggio dei ricorsi e sulle modalità di smistamento dei ricorsi ai giudici che hanno competenza monocratica o collegiale. E' stata anche offerta ai partecipanti una dimostrazione, pur se ridotta a causa del tempo, sul funzionamento della banca dati HUDOC per poi passare all'esame di ulteriori questioni ritenute centrale nel dialogo fra le Corti.

In questa prospettiva si è passato in rassegna il delicato tema della c.d. quarta istanza che tocca in maniera diretta l'attività di controllo che la Corte europea dei diritti dell'uomo compie rispetto ai provvedimenti giudiziari interni allorchè si sono esaurite le vie di ricorso interno.

In conclusione, il bilancio di questo primo incontro può definirsi estremamente positivo. L'accoglienza riservata al Primo Presidente aggiunto e a tutta la delegazione della nostra Corte è stata straordinaria non solo nel corso dei lavori, sempre improntati all'assoluto reciproco rispetto delle posizioni, ma anche a margine di essi, avendo avuto l'occasione di intrattenerci con l'Ambasciatore italiana presso la Rappresentanza italiana a Strasburgo e con lo stesso Presidente della Corte europea Guido Raimondi.

La presenza attiva del Primo Presidente Aggiunto Rordorf ha dato piena dimostrazione di quanto la nostra Corte, anche se sommersa dai ricorsi e dal numero di sentenze che ogni anno ciascun consigliere emette, ha preso sul serio questa opportunità di confronto. L'invio di diciassette schede di approfondimento in vista dell'incontro da parte del gruppo, che saranno trasmesse ai colleghi e che si confida di racchiudere in una pubblicazione che si auspica in tempi brevi, avrebbe certo richiesto alcuni giorni di confronto. Ma proprio il 'fattore tempo' e la possibilità di sviluppare in seguito questo dialogo sembra offrire occasioni di futuro confronto che si prospettano feconde per entrambe le Corti.

Segue report specifico sulle tematiche trattate a cura dei consiglieri Franco De Stefano (motivazione delle sentenze), Renato Bernabai (sanzioni amministrative), Sergio Beltrani (ne bis in idem), Piero De Marzo (legalità penale) e dallo scrivente (sussidiarietà, quarta istanza).

Vive cordialità

Roma, 6 giugno 2016

Roberto Giovanni Conti

@@@@

La motivazione delle sentenze della Cassazione e sul controllo di proporzionalità.

L'incontro ha avuto la struttura di un'esposizione sommaria da parte del relatore, in lingua francese e con traduzione consecutiva da parte del dott. Roberto Chenal (giurista della Corte EDU - divisione italiana, responsabile del progetto di cooperazione con la Corte di cassazione); con l'intermezzo di domande su alcune delle più rilevanti questioni messe in luce dalla scheda di preparazione appositamente predisposta (alla quale si rimanda integralmente, sia per la presentazione dell'attuale momento storico in Francia, sia per un quadro generale sulla motivazione nella giurisprudenza della Corte EDU sulla motivazione delle Corti Supreme, sia per riflessioni su quella italiana).

In particolare, il relatore ha illustrato, tratteggiandone gli antefatti storici, l'attuale esperienza francese, che vede un tentativo di riforma radicale dell'istituzione della motivazione, per adeguarne l'attuale estrema concisione e laconicità alle esigenze del controllo di proporzionalità almeno in tema di diritti fondamentali; riferisce, ancora, che l'esperimento è già avanzato per le motivazioni

dei giudici amministrativi, ma non sta dando risultati soddisfacenti, probabilmente per la resistenza dell'impostazione tradizionale. L'ampiezza della motivazione è accettata come necessariamente un po' più ampia di quella attuale almeno per il caso di cambio di orientamenti ("revirement"), ma inizia a prendere piede la consapevolezza di estenderla anche nel caso di diritti direttamente coinvolti dalla Convenzione, applicando il noto controllo di proporzionalità.

Per rispondere ad alcuni dei quesiti espressamente posti nella scheda inviata il giudice Potocki ha ricordato che non vi è l'obbligo di rispondere a ciascuno degli argomenti delle parti, ma solo ai principali e che è ammessa l'introduzione di meccanismi di filtro o di requisiti di ammissibilità, al fine del buon funzionamento della Giustizia e della certezza del diritto. Ha poi illustrato l'istituto del "ritiro dal ruolo per inesecuzione", che è stato introdotto dalla Corte di Cassazione francese per neutralizzare l'impiego dilatorio dell'impugnazione, consentendo in fatto di sospendere la trattazione finché alla sentenza di appello non sia stata data compiuta esecuzione. È stato ancora ricordato che le questioni nuove, anche se relative alla conformità alla Convenzione, possono essere sollevate anche per la prima volta in Cassazione, purché non involgenti nuovi elementi di fatto. Si pure segnalato come il controllo di proporzionalità debba essere operato prioritariamente dai giudici del merito e non in sede di legittimità. Il giudice Potocki ha ancora accennato all'istituto del "défaut de base légale", di elaborazione giurisprudenziale (del quale si è tentata una comparazione con i vizi conosciuti dall'ordinamento italiano, avvicinandolo, almeno per il profilo rilevante, al difetto o vizio di sussunzione o di qualificazione della fattispecie concreta, o, in generale, al vizio motivazionale *ante* riforma italiana del 2012), come strumento correntemente e di recente impiegato per verificare la congruità del controllo di proporzionalità: non come falsa applicazione del diritto, ma come particolare vizio di motivazione. In questa prospettiva si è rilevato come l'accesso alla Cassazione francese sia regolato da rigorosi criteri formali di redazione dei ricorsi, generalmente accettati (con rubrica e indicazione sommaria preventiva del contenuto di ogni doglianza e con esposizione davvero sintetica della stessa). Il relatore ha poi preso atto della restrizione del controllo sulla motivazione introdotta dalla riforma italiana del 2012, ma pure dell'idea di recuperare il controllo di proporzionalità almeno come regola di redazione della motivazione e quindi il vizio nel primo come violazione della seconda.

Il principio di sussidiarietà nei rapporti fra ordinamento nazionale e CEDU.

La sessione si è aperta con un'introduzione del Giudice della Corte europea Robert Spano sul ruolo della sussidiarietà nei rapporti fra ordinamenti nazionali e CEDU alla quale è seguito l'intervento della giudice Angelika Nussberger, Presidente della V sezione della Corte ed è focalizzato sui possibili effetti che la sentenza della Corte costituzionale n.49/2015 potrebbe determinare sulla piena attuazione della CEDU a livello interno e della giudice Kristina Pardalos della 1^a sezione.

La nostra delegazione ha inteso riassumere i meccanismi di recepimento della Convenzione europea nell'ordinamento interno italiano e le evoluzioni subite per effetto delle sentenze nn.348 e 349 del 2007 e, da ultimo, alla sentenza n.49/2015.

In sostanza, l'ordinamento italiano sembra prediligere un meccanismo di controllo di convenzionalità che è al tempo stesso *diffuso*- quanto all'interpretazione convenzionalmente orientata- e *accentrato* quanto alle ipotesi di contrasto insanabile fra diritto interno e CEDU, riservato alla Corte costituzionale.

Ora, dopo la sentenza n.49/2015 l'ambito dell'interpretazione convenzionalmente orientata sembra essersi ridotto e con esso il controllo di costituzionalità.

In definitiva, l'attuazione nell'ordinamento interno della Convenzione passa in Italia sotto un duplice filtro. Il primo rappresentato dalla verifica del carattere consolidato di una pronuncia o della natura di sentenza pilota; mancando tali presupposti la giurisprudenza della Corte ed è sembra destinata a non potere operare in nessuno degli ambiti. L'altro limite è rappresentato dalle caratteristiche del controllo accentrato che affida alla Corte costituzionale il ruolo di organo giurisdizionale chiamato a caducare la norma interna contrastante con la CEDU sempre che questa sia costituzionalmente corretta. Ora questo importa dei limiti all'operatività del controllo dati dalle

regole del giudizio di costituzionalità. Sempre più di frequente assistiamo a decisioni della Corte costituzionale di inammissibilità della questione sollevata perchè 'perplexa'-. Ciò è accaduto con la sent.n.49/2015 in tema di confisca e, più recentemente con la sentenza n.102/2016 in tema di sanzioni e ne bis in idem.

Detto questo, il sistema accentrato è fatto in modo che, riscontrato il contrasto della norma convenzionale con quella interna, quest'ultima viene caducata 'per sempre' e in via generale.

A fronte di una posizione abbastanza netta dei nostri partners, sia pure con accenti variegati, sul fatto che gli effetti della sentenza n.49/2015 sul controllo di convenzionalità interno porterebbero ad una 'rottura' della Convenzione, provocando effetti simili a quelli risultati nell'ordinamento russo da una pronuncia della Corte costituzionale alla quale è seguita una riforma ordinamentale che autorizza il Governo a richiedere alla Corte costituzionale di non dare effetto ad una sentenza della Corte dei diritti umani, si è tentato di proporre una possibile lettura 'in positivo' della sentenza 49/2015.

Si è in particolare valorizzato il fatto che per la prima volta la Corte costituzionale ha riconosciuto che in seguito al giudicato della Corte dei diritti dell'uomo il giudice nazionale ha il dovere di 'eseguirlo'. Quando, al punto 7 della sentenza n.49/2015 si dice infatti che '...Certamente, il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi, quando necessario, perchè cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata', si compie un passo importante per il riconoscimento pieno delle sentenze della Corte europea, direi di 'tutte' le sentenze della Corte europea.

Si è ancora sottolineato che la sentenza n.49 non impedisce l'applicazione della giurisprudenza della Corte europea 'non consolidata' quando essa è compatibile con la Costituzione. L'unico caso in cui il giudice nazionale, secondo la Corte costituzionale, non può fare ricorso alla giurisprudenza non consolidata della Corte europea ricorre quando il risultato finale potrebbe essere contrario alla Costituzione. In questi casi, secondo la Corte costituzionale, il giudice comune deve preferire un'interpretazione costituzionalmente orientata. In questo modo si è chiarito che la Corte costituzionale vuole evitare la possibilità che innanzi a sé venga sollevata una questione di costituzionalità che potrebbe mettere a rischio la legge di *esecuzione* della CEDU in ambito interno. In questa prospettiva, è stato messo in evidenza che il giudice nazionale, fino all'anno 2002, indossava 'due cappelli', secondo la felice espressione del Presidente della Corte di Giustizia Rodriguez Iglesias, rappresentati dal diritto nazionale e da quello dell'Unione europea, evidenziandosi che oggi la situazione è profondamente cambiata, proprio in ragione del ruolo sempre più rilevante della Convenzione dei diritti dell'uomo, in quanto il giudice nazionale è tenuto ad *indossare* contemporaneamente tre cappelli-Carta costituzionale, Carta dei diritti fondamentali dell'UE e CEDU-.

Ora essendo noto che i meccanismi che riguardano questi tre sistemi sono differenti e che l'idea, pure espressa in dottrina, secondo la quale queste tre Carte vivono su uno stesso piano e si alimentano reciprocamente può costituire un obiettivo commendevole resta il fatto che nel nostro Paese le regole di efficacia della Carta dei diritti fondamentali dell'UE le determina la Corte di giustizia, quelle relative al controllo di costituzionalità sono appannaggio della Corte Costituzionale e le altre relative al controllo di convenzionalità spettano alla Corte edu.

La complessità si accresce se solo si riflette sul fatto che la Carta UE si ispira formalmente al contenuto della CEDU quando i suoi articoli sono uguali o assai simili a quelli della CEDU(art.52). Ora, nel nostro sistema può dunque accadere che un diritto fondamentale protetto dalla Carta dei diritti UE, nelle materie di competenza UE, sia immediatamente destinato ad operare nell'ordinamento interno- anche se in contrasto con le regole costituzionali ad eccezione della c.d. teoria dei controlimiti, mentre in una materia disciplinata dalla CEDU non è destinato direttamente ad operare se una legge interna lo vieta. In questi casi, se non è possibile l'interpretazione convenzionalmente orientata, occorre prima rimuovere la legge nazionale. Compito al quale il giudice nazionale comune non è legittimato perchè così ha deciso la Corte costituzionale, dovendo

piuttosto attivare il sindacato accentrato di costituzionalità per la verifica del contrasto fra norma interna e norma convenzionale integrante il parametro di cui all'art. 117 1^a comma Cost..
E' dunque questo il terreno nel quale si misura, volta per volta, il principio di sussidiarietà.

La legalità penale -The autonomous concept of “penalty” in the case law of the ECtHR-

Per quanto specificamente attiene al diritto penale, la giurisprudenza italiana si sta confrontando con le complesse questioni che scaturiscono dall'esigenza di identificare una nozione di accusa e di sanzione penale che sia autonoma rispetto alle qualificazioni interne, al fine di assicurare il pieno soddisfacimento delle finalità di garanzia dei diritti perseguite dalla Convenzione.

In particolare, tra le questioni ancora aperte, si ravvisa, innanzi tutto, l'individuazione dei rimedi per garantire l'attuazione del principio del *ne bis in idem*, tutte le volte che una sanzione formalmente amministrativa e meno afflittiva di quella penale – anch'essa astrattamente applicabile - sia stata irrogata, al fine di evitare che le conseguenze sanzionatorie derivino da fattori puramente casuali, con conseguente violazione del principio di uguaglianza (e, sul punto, la strada dell'incidente di costituzionalità non ha sortito l'effetto sperato – Corte cost. n. 102 del 2016 -, con la conseguenza che restano ancora imprecisati gli scenari che verranno disegnati dalla Corte di Cassazione, a seguito della restituzione del fascicolo da parte della Corte Costituzionale).

In secondo luogo, si pone, a monte, il problema di qualificare secondo i criteri tracciati dalla Corte europea le sanzioni amministrative di natura disciplinare.

Come è noto, dall'esame della giurisprudenza della Corte europea sono stati enucleati i cd. “criteri Engel” (così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi).

Si tratta di tre criteri individuati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per stabilire se vi sia o meno una imputazione penale: il primo è dato dalla qualificazione giuridica operata dalla legislazione nazionale; il secondo è rappresentato dalla natura della misura (che, ad esempio non deve consistere in mere forme di compensazione pecuniaria per un danno subito, ma deve essere finalizzata alla punizione del fatto per conseguire effetti deterrenti); il terzo è costituito dalla gravità delle conseguenze in cui l'accusato rischia di incorrere.

Alla luce di tali criteri, sanzioni qualificate come non aventi natura penale dal diritto nazionale, possono invece essere considerate tali ai fini della applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle relative garanzie.

Tuttavia, si aprono delle incertezze applicative, con riferimento sia alla identificazione della “very nature of the offence”, sia con riguardo al rilievo da assegnare alla severità delle conseguenze, che non è decisiva in se, nel senso che anche una sanzione non severa può assumere natura penale.

In particolare, il problema si pone per le sanzioni che consistono nella sospensione dalla possibilità di ricoprire ruoli direttivi nelle persone giuridiche o nelle sospensioni disposte dagli ordini professionali.

La questione assume particolare rilievo in vista della necessità, particolarmente avvertita nel settore penale, di certezza del diritto e di ragionevole prevedibilità delle conseguenze dell'interpretazione delle regole giuridiche.

A quest'ultimo proposito, peraltro, sia la citata sentenza 10/02/2009, Zolotukhin c. Russia, sia la sentenza della Grande Camera 21/02/1984, Öztürk c. Germania, hanno sottolineato come uno dei tratti dell'illecito penale si identifichi nella circostanza che la previsione *was directed towards all citizens rather than towards a group possessing a special status, in the manner, for example, of disciplinary law* (aggiunge la seconda delle decisioni appena menzionate).

In tale prospettiva, si è ritenuto nella giurisprudenza interna che è manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., per violazione degli artt. 24 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione E.D.U., nella parte in cui non prevede l'applicazione del principio del *ne bis in idem* anche quando, dopo un procedimento disciplinare davanti agli organi della giustizia sportiva conclusosi con l'applicazione di una sanzione, faccia seguito per lo stesso fatto l'attivazione di un procedimento penale in senso

stretto (Sez. 3, n. 36350 del 23/03/2015, Bertini, Rv. 265636: in motivazione, la Corte ha escluso la configurabilità della violazione del divieto di *bis in idem*, osservando che la sanzione disciplinare inflitta dagli organi della giustizia sportiva non ha nemmeno natura amministrativa, in quanto non esercita alcuna efficacia al di fuori dell'ordinamento di settore.

Così, ad es., in un caso nel quale al medico fosse applicata, in relazione ad una falsità in autocertificazione la sanzione disciplinare della sospensione per un periodo determinato dalla professione, dovrebbe ritenersi comunque irrogabile la sanzione penale per il falso.

Se, infatti, è evidente che la prospettiva garantistica perseguita dall'interpretazione sostanziale della Corte europea non è destinata ad essere automaticamente paralizzata dalla natura formalmente disciplinare dell'illecito del quale si discute, è anche evidente che la delimitazione soggettiva dell'ambito applicativo dell'illecito disciplinare può rivelare – e nel caso ipotizzato certamente rivela – che non solo la condotta descritta è diversa, ma diverse sono anche le finalità dell'apparato sanzionatorio, che non persegue finalità di tutela dell'interesse generale (nel caso concreto, l'interesse pubblico alla veridicità delle autocertificazioni), ma più specifici obiettivi di garanzia del decoro professionale dei professionisti sanitari, che completano la risposta sanzionatoria, senza realizzare alcuna duplicazione.

La miglior riprova della esattezza della conclusione si trae dal fatto che il soggetto dell'ordinamento non sottoposto alla potestà disciplinare all'interno di un ordinamento di settore resterà assoggettato solo alla sanzione penale prevista dall'art. 483 cod. pen.

Il che conferma che, anche da un punto di vista strutturale, oltre che teleologico, non si tratta di una duplicazione sanzionatoria che investe qualunque autore del falso, ma di distinte reazioni predisposte in ragione della particolare posizione assunta da alcuni soggetti e delle attese di un comportamento professionalmente corretto che da loro è atteso.

Del resto, pur in assenza di uno sforzo definitorio più preciso, la sentenza della Corte europea resa nel caso Monaco c. Italia del giorno 8 dicembre 2015, ha rilevato che i fatti ascritti al ricorrente rientravano in ambito disciplinare, che la sanzione inflitta era volta manifestamente a mantenere l'ordine e la disciplina in seno all'università e che il ricorrente non rischiava di incorrere in una pena privativa della libertà o di natura pecuniaria, con conseguente inapplicabilità dei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 6 della Convenzione.

Le difficoltà interpretative alle quali si è fatto cenno e che conducono alla necessità di identificare, sollecitati dalle particolarità del caso concreto, il significato delle regole e dei principi della Convenzione che vengono in rilievo, impone un'ulteriore riflessione a proposito del significato dei ricordati principi di certezza del diritto e di ragionevolezza degli esiti dell'attività interpretativa del giudice.

In particolare, la questione, come ben evidenziato da Sez. F., n. 35729 del 01/08/2013, Agrama, Rv. 256584, si correla alla ragionevolezza dell'interpretazione della legge penale. Il tema, riproposto in sede europea dalla decisione 14 aprile 2015 della Corte europea, Contrada c. Italia, purtroppo non trova in questa sentenza adeguata soluzione, dal momento che essa (par. 66), a torto o a ragione, muove dal presupposto che il concorso esterno nel delitto di cui all'art. 416 bis sia un "reato di origine giurisprudenziale".

Cogliendo la fonte dell'incriminazione nella giurisprudenza, la sentenza allora non affronta direttamente i temi collegati alle ordinarie oscillazioni nell'interpretazione del dato normativo che pure sia ragionevolmente suscettibile di ricevere la lettura poi magari accolta, in sede di composizione del contrasto giurisprudenziale, dalle Sezioni Unite. Pare dunque che laddove la lettera della legge consenta di prevedere, secondo razionali criteri di interpretazione del significato, l'esito sfavorevole per l'imputato, questi non possa avvantaggiarsi di diverse valutazioni operate in altri casi.

Ci si potrebbe interrogare, al riguardo, sul se la interpretazione favorevole all'imputato e disattesa nel caso concreto deve essere irragionevole per non giovare al ricorrente o è sufficiente che sia ragionevole quella sfavorevole per giustificare il dovere dell'agente di tenere una condotta rispettosa della norma ricavata da quest'ultima.

In particolare, potrebbe ritenersi che la sufficienza della ragionevolezza dell'interpretazione sfavorevole scaturisca anche dal fatto che, diversamente opinando, qualora la Cassazione volesse fornire, per la prima volta, una lettura diversa e più sfavorevole a quella dell'imputato rispetto all'esegesi recepita in precedenti pronunce non potrebbe mai farlo, perché in ogni caso l'agente non avrebbe potuto essere informato di tale ricostruzione del significato normativo della previsione incriminatrice.

Ciò comporterebbe che, sia pure con riferimento a interpretazioni più sfavorevoli per l'imputato, il precedente giudiziario sarebbe vincolante anche in altri procedimenti (e, nella prospettiva garantista europea, sarebbe tale anche per le Sezioni Unite).

Tale conclusione sembra urtare contro l'art. 101, comma 2, Cost., per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, con la conseguenza che la soluzione qui avversata sarebbe contraria al dato Costituzionale.

Da tale premessa discende, secondo Corte cost. n. 49 del 2015, che il giudice o può propendere per una diversa lettura costituzionalmente orientata (che nel nostro caso è possibile) o deve sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione alla norma di esecuzione della Convenzione europea.

Tuttavia, la lettura costituzionalmente orientata, oltre ad essere possibile, è anche coerente con la Convenzione europea, nella misura in cui la possibilità di letture diverse delle norma incriminatrice non discenda da una patologica indeterminatezza della fattispecie e l'interpretazione sfavorevole sia razionalmente correlabile al significato letterale della previsione.

Le sanzioni amministrative e il principio di legalità.

Dai colloqui avuti con i colleghi ed i giuristi della Corte europea è emersa, ancora una volta, una diversità di impostazione nell'affrontare la problematica delle sanzioni amministrative, con particolare riguardo alle fattispecie disciplinate dal Testo unico finanziario.

In particolare, è stata ribadita la nozione autonoma di "*penalty*" posta a base della giurisprudenza convenzionale, a fronte della definizione su base rigorosamente formale, imposta dal dettato costituzionale e legislativo ordinario, nell'ordinamento italiano.

Si può osservare, al riguardo, come la concezione sostanziale presenti un inconveniente congenito - la valutazione *ex post*, all'esito di una disamina, caso per caso, della fattispecie all'esame - ed un rischio quasi inevitabile, che è dato dalla difficoltà di assicurare in via preventiva la certezza del diritto, quale solo una predefinizione dell'illecito, in virtù di parametri legali e tipici, può garantire.

La natura casistica (*case-law*) dell'elaborazione concettuale propria della giurisprudenza CEDU consente, peraltro, una possibile attenuazione dei contrasti - altrimenti inevitabili, a meno di non violare principi normativi interni, snaturando una dogmatica giuridica tralatizia - mediante la valorizzazione, di volta in volta, di elementi distintivi ravvisabili tra il precedente della Corte europea ed il caso concreto all'esame del giudice interno (cd. *distinguishing*).

Su questa impostazione non si sono registrati dissensi di fondo con i colleghi europei: onde, appare possibile ed auspicabile approfondire, in futuro, le possibili linee di convergenza giurisprudenziale per mezzo un proficuo rapporto dialogico.

Interessante è apparso, in quest'ambito, lo spunto di riflessione offerto dall'illustrazione, ad opera del pres. Potocki, di un'incipiente linea evolutiva della giurisprudenza della Cassazione francese (nota per il suo tradizionale rigore interpretativo), tramite l'elaborazione di un motivo di annullamento (d'ufficio) espresso con la formula "*manque de base légale*".

Il caso descritto riguardava la dichiarazione di nullità, pronunciata dal giudice di merito, di un matrimonio contratto tra suocero e nuora e durato vent'anni, dopo il divorzio di quest'ultima. Si riportano i passi salienti della sentenza della Cour de Cassation, première chambre civile, 4 - 12-2013: dalla quale si potrebbe trarre esempio per un'ammissibile valutazione, anche officiosa, di vizi di sentenze, per violazione della Convenzione.

“... sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile,

*Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
Attendu*

- Qu'en statuant ainsi, le prononcé de la nullité du mariage du Mr. Y avec Madame Y revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la Cour d'appel a violé le texte susvisé...

Par ces motifs casse et annule...

E' interessante notare come a questa sentenza abbia fatto seguito un comunicato della prima sezione civile che espressamente chiarisce come « *en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question* ».

Precisazione che, se fatta propria anche da noi, potrebbe consentire, in casi particolari, un'applicazione diretta delle norme convenzionali, senza infirmare, in via generale ed astratta, la portata della norma nazionale.

Filtri della Corte europea e prevedibilità delle decisioni e ne bis in idem.

Nel seminario del venerdì mattina si è (ampiamente) discusso dei rispettivi sistemi-filtro.

Come molti avevano da tempo immaginato, la Corte EDU si trova a fronteggiare un enorme numero di sopravvenienze (molti ricorsi, come sappiamo, provengono dall'Italia, dove il numero esorbitante di avvocati rende – come già osservato – inevitabile il numero esorbitante di istanze di accesso ad ogni possibile rimedio di giustizia): si era giunti nel 2011 a 161.000 ricorsi pendenti, con tempo medio di definizione pari ad otto anni.

Ciò ha indotto la Corte EDU a dotarsi di un sistema di filtro particolarmente efficiente, che ha reso l'attuale situazione più tollerabile: i singoli ricorsi sono esaminati in prima battuta non dai giudici della Corte, ma da giuristi ausiliari particolarmente qualificati, che istruiscono le singole pratiche, evidenziando la sussistenza di cause di irricevibilità predeterminate, e le portano (a blocchi di 300) all'attenzione di un giudice della Corte all'uopo designato che, agendo monocraticamente, decreta, definitivamente ed inoppugnabilmente, l'irricevibilità del ricorso (ove la ritenga), cui segue la fisica distruzione del fascicolo.

E' previsto anche un sistema finalizzato a consentire la trattazione accelerata dei ricorsi che, all'atto della preliminare verifica di ricevibilità, appaiano manifestamente fondati.

E' stato illustrato, per il settore penale, il funzionamento dell'Ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi e della VII Sezione, purtroppo non altrettanto efficiente, essenzialmente per:

- l'assenza di personale ausiliario particolarmente qualificato, cui devolvere la preliminare verifica di ammissibilità dei ricorsi (in ipotesi, potrebbe immaginarsi che a ciò provveda l'Ufficio del Massimario);

- la necessità di devolvere alla disamina del Collegio ogni statuizione a carattere decisorio;

- l'assenza di un sistema atto a favorire la trattazione accelerata dei ricorsi manifestamente fondati.

Con riguardo a quest'ultima, sembrerebbe possibile provvedere, sia pure soltanto in parte, in sede di organizzazione interna; alle altre due necessità sembrerebbe dover provvedere necessariamente la legge.

Particolarmente rilevante è poi risultato il confronto con alcuni giuristi della Corte EDU presenti (tra i quali, in particolare, il dr. Tamietti) su varie tematiche di rilievo essenzialmente penalistico, in particolare in tema di prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali sfavorevoli e divieto di *bis in idem*.

Si è ricordato che, da tempo, costituiscono patrimonio dell'esperienza giuridica italiana molte delle garanzie delle quali è recentemente occupata la Corte EDU: non a caso, l'art. 2 della legge delega

prevedeva sin dal 1987 che l'emanando codice di rito dovesse ispirarsi, tra le altre fonti, alla Convenzione EDU, e l'art. 649 c.p.p. codifica il principio del *ne bis in idem*. Si è anche ricordato che il divieto di retroattività delle decisioni giurisprudenziali sfavorevoli è stato da tempo affermato dalla giurisprudenza delle Sezioni penali (vi sono ben tre decisioni in proposito), e, peraltro, costituisce, a ben vedere, corollario della necessità che le norme penali siano conoscibili, affermata dalla Corte costituzionale con la fondamentale sentenza n. 364 del 1988, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 5 c.p. *in parte qua non*, come sappiamo; l'elaborazione giurisprudenziale interna successiva ha valorizzato, all'uopo, anche le qualità professionali dell'agente, al contrario non sempre valorizzate dalla Corte EDU. Al riguardo, i giuristi della Corte EDU hanno evidenziato che anche la giurisprudenza della Corte EDU valorizza all'uopo le qualità professionali dell'agente, dando, peraltro, atto – a seguito di una richiesta di precisazioni – che talvolta ciò non è accaduto (si è fatto, in particolare, riferimento, ad una recente decisione che taluno dei giuristi, a titolo personale, ha affermato non essere incondizionatamente condivisibile). Con riferimento alle tematiche inerenti al divieto di *bis in idem*, sono stati riferiti gli sviluppi recenti del dibattito giurisprudenziale interno a seguito della sentenza Grande Stevens, illustrando alcune decisioni di legittimità – in particolare in tema di medesimezza del fatto, tema in ordine al quale vi è stata disparità di vedute con taluno dei giuristi della Corte EDU -, e i due interventi recentissimi (uno dei quali meramente interlocutorio) della Corte costituzionale.

La Corte Edu come giudice di quarta istanza

La Corte dei diritti dell'uomo dichiara di rispettare gli accertamenti di fatto dell'autorità nazionale come l'interpretazione del diritto interno, affermando anche di non interferire sulla valutazione dell'ammissibilità e valutazione delle prove, fintantochè non vi sia violazione flagrante della CEDU. Al ricorrere di tale condizione la Corte riconosce il proprio sindacato.

Il ruolo della Corte edu viene 'predicato' come giudice 'non' di quarta istanza- Corte Edu, Kemmache c. Francia (n. 3), 24 novembre 1994, § 44, e Corte Edu, Grande Camera, Demir e Baykara c. Turchia, 1 novembre 2008, § 65-.

In effetti è l'attenta lettura del diritto vivente della Corte europea dei diritti dell'uomo a dimostrare che il controllo di convenzionalità, proprio in ragione dell'effettività che sta alla base della Convenzione, non potrebbe arrestarsi di fronte all'applicazione ritenuta non conforme alla CEDU da parte del giudice nazionale. L'alibi, o comunque il *salvacondotto* che la Corte edu richiama per compiere una verifica *ex post* dell'operato delle autorità nazionali è per l'appunto rappresentato dall'idea che impedire l'accertamento della violazione tutte le volte in cui l'autorità nazionale ha arbitrariamente escluso che la stessa si è **verificata** depotenzierebbe in assoluto la CEDU e il suo ruolo. In sostanza, nella prospettiva della Corte l'attuazione della CEDU non può fermarsi all'ipotesi che il giudice nazionale abbia ricostruito i fatti o interpretato il diritto in modo da escludere la violazione stessa.

La posizione della Corte europea è stata di recente espressa nella sentenza della Grande Camera sul caso *AVOTINŠ c. Lettonia*-ric.n.17502/07- deciso il 23 maggio 2016, che si riporta in stralcio per quel che qui interessa:

... The Court emphasises that, in accordance with Article 19 of the Convention, its sole duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly made by a national court in assessing the evidence before it, unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (see, among many other authorities, García Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I). The Court cannot itself assess the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another; otherwise, it would be acting as a court of fourth instance and would disregard the limits imposed on its action (see Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy [GC], no. 38433/09, § 197, ECHR 2012). Accordingly, it does not have jurisdiction to rule on issues of fact raised before it such as the applicant's claim that

he had repaid his debt before the proceedings were instituted against him (see paragraphs 15 and 77 above).

Orbene, occorre indagare sulle ricadute che simile sistema è in grado di produrre rispetto al sistema di tutela giurisdizionale interno nel quale il controllo riservato alla Corte di Cassazione, sia in ambito civile che penale, sulle decisioni dei giudici di merito è limitato alla verifica di violazioni di legge sostanziale e processuale sempre che le stesse siano state dedotte nel ricorso. Si parla, a questo proposito in modo ricorrente di controllo *chiuso* proprio per indicare che lo stesso è condizionato dall'ammissibilità del ricorso e dal contenuto del ricorso stesso, pur riscontrandosi, sia in civile che in penale pronunzie che hanno ritenuto di esaminare ex officio questioni collegate alla violazione dei diritti di matrice convenzionale. E' invece pacificamente riconosciuto il *potere-dovere* di interpretazione convenzionalmente orientata.

In tale contesto, sono stati oggetto di indagine due casi emblematici nei quali si coglie il tipo di controllo operato dalla Corte edu sull'operato del giudice nazionale, riguardando il coinvolgimento degli interessi dei minori.

E' così emerso che la verifica del preminente interesse del minore, ovvero del rispetto del legame familiare ha indotto la Corte EDU, anche nella prospettiva di controllo del rispetto del canone procedurale della garanzia convenzionale insita anche nella previsione di cui all'art.8 CEDU, a valorizzare dati di fatto che non sono stati considerati dal giudice nazionale o, meglio, che apparentemente non sono stati considerati da quel giudice.

Di seguito si riportano alcuni riferimenti specifici al caso esaminato dalla nostra Corte e dalla Corte europea in tema di stato di abbandono -Cass.n.1099/2014 e Corte edu-Corte dir. Uomo S.H. c.Italia 13.10.2015-.

Corte dir. Uomo S.H. c.Italia 13.10.2015 p. 53: *“La Corte guarda con attenzione il fatto che la ricorrente varie volte aveva chiesto l'intervento dei servizi sociali per essere aiutata a occuparsi dei figli nel migliore dei modi. A suo parere non può essere accolto l'argomento del Governo secondo il quale le richieste della ricorrente mostrerebbero la sua incapacità di esercitare il ruolo di genitore e giustificerebbero la decisione del tribunale di dichiarare i minori adottabili. La Corte ritiene che una reazione delle autorità alle richieste di aiuto della ricorrente avrebbe potuto salvaguardare sia l'interesse dei minori che il legame materno. Per di più, una soluzione di questo tipo sarebbe stata conforme alle raccomandazioni del rapporto peritale e alle disposizioni della legge secondo le quali la rottura definitiva del legame familiare deve rimanere l'extrema ratio.”*

Cfr. ancora p.56 : Inoltre, i tre minori sono stati dati in affidamento a tre famiglie diverse, cosicché non vi è stata solo una scissione della famiglia ma anche una rottura del legame tra fratelli e sorelle (Pontes c. Portogallo, § 98, sopra citata).

Ora, nella prospettiva di verifica compiuta dalla Corte edu rispetto a quella della nostra Corte sembra emerge che la valorizzazione di emergenze di fatto-pp.53 e 56 sent.Corte dir.uomo, ult.cit.- è risultata disancorata dalle motivazioni addotte dal giudice di legittimità e dal giudice nazionale di merito che aveva ponderato in modo dettagliato le ragioni della condizione di abbandono, particolarmente valutando che in relazione alla storia dei rapporti e al loro svolgimento innanzi ai servizi sociali non poteva immaginarsi l'idoneità dei genitori biologici in relazione alle esigenze complesse e gravi dei minori- v. in comparazione Cass.n.1099/2014 del febbraio 2014, pagg.14 ss.

-
Anche nell'altro caso oggetto di discussione è risultato evidente il ruolo della Corte edu.-Corte eur. dir.uomo, 16 luglio 2015, *Akinnibosun c. Italia*-.

La Corte europea in tale vicenda ha operato una rimediazione complessiva dell'intero quadro probatorio evidenziandone, a volte, delle lacune. In quest'opera di rivisitazione complessiva delle valutazioni del giudice nazionale la Corte ha ritenuto che fosse ascrivibile allo Stato l'arresto del ricorrente, tralasciando di considerare che la situazione di crisi pericolosissima del legame era avvenuta prima dell'arresto.

Ora, è apparsa marcata l'attività di verifica dei fatti e della loro valutazione compiuta dal giudice europeo-v.p.67 sent.Corte edu ult.cit.-

In conclusione, i casi esaminati hanno messo a nudo la diversità di prospettive del controllo di convenzionalità operato dalla Corte di Cassazione e quello della Corte edu.

La prima, stretta dalle regole processuali interne, non sembra potere e volere oltrepassare la soglia determinata volta per volta dal ricorso che ha chiesto il suo intervento, riservandosi in ogni caso il compito di verificare l'operato del giudice di merito secondo le caratteristiche fissate in ambito processuale. La seconda, per l'altro verso, è direttamente impegnata ad evitare che il controllo del giudice nazionale anche se operato nel concreto, possa rappresentare un ostacolo all'accertamento della violazione convenzionale, temendo in questo modo che una delega incondizionata al giudice nazionale sul test di convenzionalità eliderebbe, in definitiva, il ruolo stesso della Corte edu.

In definitiva, è venuto delineandosi 'in chiaro' un tema che merita sicuramente di essere ancora approfondito e studiato.

Da un lato, il giudice di legittimità è tenuto a svolgere il proprio ruolo di *controllore* del giudice di merito circa il rispetto da parte di quest'ultimo della Convenzione dei diritti dell'uomo. Ciò può fare nell'ambito della cornice delle regole fissate nell'ordinamento interno.

D'altra parte, il giudice di ultima istanza è egli stesso *controllato* dal giudice sovranazionale che, proprio in ragione del canone della sussidiarietà e dell'esaurimento delle vie di ricorso interno, è tenuto a fornire al giudice europeo gli elementi sui quali poter verificare se a livello interno il controllo di convenzionalità è stato correttamente operato.

E' poi emersa un'ulteriore peculiare funzione del giudice di ultima istanza, dalla quale si comprende in tutte le sue potenzialità l'importanza del dialogo, per l'appunto rappresentato dalla possibilità che il giudice nazionale esprime le ragioni di 'dissenso' rispetto alla posizione assunta dalla Corte europea rispetto ad una determinata vicenda, magari anche rivendicando quel margine di apprezzamento correlato alla sussidiarietà che, pure, risulta ben scolpito dall'opinione dissenziente dei giudici Raimondi e Spano nella causa *Paridiso e Campanelli c. Italia* che si riporta:

14. In questo genere di cause, nelle quali i giudici nazionali devono esaminare questioni difficili di bilanciamento degli interessi del minore da una parte e delle esigenze dell'ordine pubblico dall'altra, la Corte dovrebbe secondo noi dare prova di ritegno e limitarsi a verificare se la valutazione fatta dai giudici nazionali sia arbitraria. Gli argomenti sviluppati dalla maggioranza (paragrafi 82-84 della sentenza) non sono convincenti. In particolare, riteniamo che la questione dell'accertamento dell'identità del minore non abbia impatto sulla decisione del 2011 di separarlo dai ricorrenti e potrebbe essere oggetto, al limite, di una doglianza del minore stesso.

Sembra comunque evidente che il 'luogo' nel quale fare emergere le peculiarità e le specificità della vicenda esaminata è proprio rappresentato dalla sentenza di ultima istanza che finisce, dunque, per risultare 'centrale' anche quando si discosta dalla posizione della Corte edu e si pone essa stessa come possibile elemento di partenza per l'eventuale rivasitazione della questione da parte del giudice europeo.

Quest'ultimo ruolo del giudice nazionale non va in alcun modo sottaciuto e deve essere anzi valorizzato, dovendo esso coniugarsi con la struttura della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la natura evolutiva della CEDU, con il suo carattere di *living instrument*, con la natura casistica della sua giurisprudenza. Il che, in definitiva, non rappresenta certo la 'risposta' alle criticità che talvolta emergono rispetto a singole vicende ma rappresenta, probabilmente, la chiave di lettura migliore dei rapporti fra le due Corti, consentendo a ciascuna di svolgere il proprio ruolo in ogni caso orientato ad offrire il maggior livello possibile di tutela ai diritti fondamentali. Una chiave che parte dall'affermazione, espressa in modo estremamente chiaro e convincente dal dott. Chenal in apertura dei lavori della sessione del 27 maggio, secondo la quale la CEDU è uno strumento che va interpretato prima di tutti dal giudice nazionale, vi sia o meno una decisione della Corte europea sulla singola vicenda, solo in questo modo potendosi garantire la piena efficacia della

protezione convenzionale dei diritti fondamentali.

Le frizioni che questo meccanismo può determinare sono dunque insite al sistema stesso, esso in definitiva conferendo ad entrambe le giurisdizioni il compito di ispirare e realizzare le operazioni di bilanciamento al rispetto dei diritti fondamentali.

La possibilità del ricorso diretto alla Corte europea dei diritti dell'uomo cambia, così, indiscutibilmente il ruolo del giudice di legittimità che si trova investito di un compito di ultima istanza nel quale la funzione nomofilattica assume un senso diverso, *dinamico* o *europeo* che dir si voglia.