



**CORTE SUPREMA
DI CASSAZIONE**

PROTOCOLLO CORTE DI CASSAZIONE - CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

BOLLETTINO

(a cura del Gruppo di lavoro)

II

2018

PUBBLICAZIONE SEMESTRALE

Presentazione

La Corte di cassazione italiana ha stipulato un Protocollo d'intesa con la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, in data 11/12/2015, confermato poi dalla firma definitiva il successivo 26/05/2016, intitolato al "Progetto per il Dialogo" tra le due Corti e significativamente orientato ad iniziative di formazione ed informazione comuni.

Dopo la firma, la Corte di cassazione ha dato immediata attuazione al Protocollo costituendo un gruppo di lavoro permanente, coordinato da un responsabile esperto della materia, composto di un componente per ciascuna Sezione, civile e penale, della Corte, nonché di due magistrati del Massimari.

Il gruppo di lavoro cura sia l'immediata selezione delle sentenze di legittimità che applichino in maniera significativa la normativa europea, sia la segnalazione delle sentenze CEDU che più direttamente riguardino l'Italia, diffondendone la conoscenza innanzi tutto tra i colleghi della Corte tramite la redazione di sintetici quanto puntuali abstracts.

L'attività di ragionata ed immediata diffusione del diritto vivente delle due Corti costituisce una risorsa insostituibile per garantire un proficuo dialogo fra giudici.

Il materiale elaborato dal gruppo è stato dapprima diffuso all'interno della Corte a mezzo di email.

Dal 2018 si è realizzato il presente Bollettino, con pubblicazione semestrale, che raccoglie tutte le segnalazioni del semestre, arricchite degli indici e dei relativi collegamenti ipertestuali che consentono il reperimento dei testi per esteso.

L'inserimento del presente Bollettino con pubblicazione on line sul sito della Corte è volta a consentire la divulgazione del lavoro del gruppo di attuazione del Protocollo anche all'esterno della Corte, in favore dei magistrati di merito, dei giuristi, dei cittadini interessati.

Indice cronologico delle decisioni segnalate

Cass. civ., Sez. I, sentenza 16.7.2018, n. 18827.....	p. 1
Cass. civ., Sez. II, sentenza 9 agosto 2018, n. 20689.....	p. 3
Corte E.D.U., Sez. I, 6 settembre 2018 (n. 29321/13) ric. Kontalexis c. Grecia (n. 2).....	p. 8
Corte E.D.U., Sez. I, 18 settembre 2018 (n. 3413/09) - ric. Lachiri con Belgio.....	p. 12
Corte E.D.U., Sez. I, 27 settembre 2018 (n. 52278/2011) - ric. Brazzi c. Italia.....	p. 14
Cass. pen., Sez. II, 22 maggio/24 settembre 2018, n. 41007.....	p. 17
Cass., civ., Sez. III, sentenza 04/10/2018, n. 24198.....	p. 23
Arrêt n° 638, 5 ottobre 2018 (10-19.053) -Cour de cassation- Assemblée plénière.....	p. 28
Corte E.D.U., I sezione, 11 ottobre 2018 (nn. 55216/08) S.V. c. Italia.....	p. 40
Corte E.D.U., Sez. I, 25 ottobre 2018 (n. 55080/13).....	p. 42
Cass. pen. Sez. I, sentenza n. 50919 del 13.7.2018 (dep. 8.11.2018) ric. Frascati.....	p. 47

Indice analitico delle voci di classificazione presenti nel numero

ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – ASSENSO DEI GENITORI – EFFICACIA PRECLUSIVA – LIMITI IN CASO DI ACCERTATA DISGREGAZIONE DEL CONTESTO FAMILIARE D'ORIGINE.

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI - SANZIONI *EX ART.* 193, COMMA 3, LETTERA A), T.U.F. - NATURA SOSTANZIALMENTE PENALE.

DIRITTO A UN EQUO PROCESSO – DIRITTO AD UN TRIBUNALE COSTITUITO PER LEGGE, INDIPENDENTE ED IMPARZIALE.

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – PERQUISIZIONE – RICORSO GIURISDIZIONALE – ASSENZA – VIOLAZIONE – SUSSISTENZA.

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE - RICHIESTA DI MUTAMENTO DEL NOME – RIFIUTO PRIMA DELL'ADEGUAMENTO CHIRURGICO DEI CARATTERI SESSUALI.

DIVIETO DI *BIS IN IDEM* - OPERATIVITÀ – FATTISPECIE: RADIAZIONE *EX ART.* 110, COMMA 2, LETT. A), N. 2 REG. CONSOB n. 16190/2007; RAPPORTI TRA LE FATTISPECIE DI CUI AGLI ARTT. 166 E 196 TUF.

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – REGIME SPECIALE PREVISTO DALL'ART. 41 BIS O.P. – DETENUTO AFFETTO DA PATOLOGIA INVALIDANTE.

ESECUZIONE DECISIONI CORTE EDU - MISURA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE - ACCERTAMENTO DELLA VIOLAZIONE CONVENZIONALE IN TEMA DI GIUSTO PROCESSO- RIMEDIO INTERNO ESPERIBILE.

LIBERTÀ DI PENSIERO, COSCIENZA E RELIGIONE – UTILIZZO DI HIJAB ALL'INTERNO DI UN TRIBUNALE DA PARTE DI UN CITTADINO.

MATERNITÀ SURROGATA - TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA IN FAVORE DELLA MADRE SOCIALE.

RESPONSABILITÀ CIVILE - MAGISTRATI E FUNZIONARI GIUDIZIARI - AUSILIARI DEL GIUDICE. PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - ORDINAMENTO DEGLI UFFICI DELLA P.A. - AMMINISTRAZIONE GOVERNATIVA LOCALE - PREFETTO - ATTRIBUZIONI - PUBBLICA SICUREZZA (DISPONIBILITÀ DELLA FORZA PUBBLICA).

CLASSIFICAZIONE

ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI – ASSENSO DEI GENITORI – EFFICACIA PRECLUSIVA – LIMITI IN CASO DI ACCERTATA DISGREGAZIONE DEL CONTESTO FAMILIARE D'ORIGINE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione, art. 29, 30

Convenzione EDU, art. 8

Cod. civ., art. 155, 317-*bis*

Legge 4 maggio 1983 n. 184, art. 44, 45, 56

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. I, sentenza 16.7.2018, n. 18827.

Abstract

La I sezione civile (sentenza n. 18827 del 16/7/2018), esaminando il ricorso proposto da due affidatari che avevano richiesto pronunciarsi l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. d) della l. n. 184 del 1983, ha affermato il principio per cui il dissenso manifestato dal genitore titolare della responsabilità genitoriale, anche se non convivente con il figlio minore, ha efficacia preclusiva ai sensi dell'art. 46, 2° comma della l. n. 184 del 1983, salvo che non sia stata accertata una situazione di disgregazione del contesto familiare d'origine del minore, in conseguenza del protratto venir meno del concreto esercizio di un rapporto effettivo con il minore stesso da parte del genitore stesso.

1. Il ricorso esaminato da Cass. 18827 del 2018 era stato proposto dai genitori affidatari di un minore avverso il rigetto della domanda di adozione formulata ai sensi dell'art. 44, 1° comma, lett. d) della l. n. 184 del 1983, in ragione del dissenso manifestato dalla madre.

La I sezione si è confrontata con il precedente rappresentato da Cass. 21 settembre 2015, n. 18575, secondo la quale l'efficacia preclusiva, ai sensi dell'art. 46, 2° comma, della l. n. 184 del 1983, del dissenso manifestato dal genitore titolare della responsabilità genitoriale, trova la sua ragion d'essere nella comunanza di vita e nella conseguente conoscenza, da parte del genitore stesso, degli interessi e delle esigenze del minore. La sentenza in rassegna precisa che, nel precedente del 2015, la madre non aveva mai instaurato un rapporto con la minore, mentre, nel caso di specie, la madre naturale non si era mai completamente disinteressata del figlio, nonostante fosse emersa una condotta della coppia dei richiedenti l'adozione non conforme allo

spirito dell'affidamento. Soprattutto la sentenza aggiunge che il riferimento in Cass. 18575 del 2015 al requisito della convivenza tra genitore e minore, quale elemento caratterizzante "di regola" il concreto esercizio del rapporto affettivo, pareva porsi in contrasto con le indicazioni di Cass. 10 maggio 2011, n. 10265, che invece ha sostenuto la necessità di una verifica in concreto delle reali e qualificanti modalità di svolgimento delle relazioni tra genitore e minore, anche se non conviventi.

2. Nel percorso motivazionale, va segnalato, al fine di valorizzare la centralità del modo effettivo di atteggiarsi della relazione tra genitore titolare della potestà (oggi, responsabilità) genitoriale e il minore, il richiamo alla giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo (cfr. Wagner c. Lussemburgo, 28 giugno 2007; Schneider v. Germany, 15 settembre 2011, c. 17080/7), secondo la quale, per vita familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU, si devono intendere non solo i vincoli formali di genitorialità e parentela, ma, ancor prima, le relazioni di fatto esistenti, intese come ambiente familiare che soddisfa i bisogni essenziali del minore; e alla giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenza n. 18 febbraio 1988, n. 182) che ha colto la rilevanza del dissenso manifestata dal genitore proprio nella conservazione della compagine familiare e della società coniugale effettivamente vissute (art. 29 e 30 Cost.)

3. Nella prospettiva di Cass. 18827 del 2018, pertanto, il dato centrale non è rappresentato dal mero profilo del dissenso – e sotto questo aspetto si coglie il significato della correzione della motivazione del provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 384, ult. co., cod. proc. civ. – ma dall'accertamento delle caratteristiche della relazione tra genitore e minore, idonee a disvelare il fondamento umano giustificativo della rilevanza del dissenso espresso.

Indice

CLASSIFICAZIONE

CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI - SANZIONI EX ART. 193, COMMA 3, LETTERA A), T.U.F. - NATURA SOSTANZIALMENTE PENALE - ESCLUSIONE - PROCEDIMENTO SANZIONATORIO EX ART. 195 T.U.F. - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO ENDOPROCEDIMENTALE - ESCLUSIONE - GIUDIZIO DI OPPOSIZIONE ALLE SANZIONI IRROGATE DALLA CONSOB - TRATTAZIONE CAMERALE - GIUSTO PROCESSO - VIOLAZIONE - ESCLUSIONE - PRINCIPI CONVENZIONALI ENUNCIATI DALLA SENTENZA DELLA CORTE EDU 4 MARZO 2014 *GRANDE STEVENS* - RILEVANZA - ESCLUSIONE - *IUS SUPERVENIENS* - *FAVOR REI* - IRRETROATTIVITÀ DELLA *LEX MITIOR* IN MATERIA DI SANZIONI EX ART. 193, COMMA 3, LETTERA A), T.U.F. - VIOLAZIONE DELL'ART. 7 CEDU - ECCESSO DI DELEGA - IRRAGIONEVOLEZZA - QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - MANIFESTA INFONDATEZZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, art. 6 §1, art. 7

Costituzione, artt. 3, 76, 77, 111, 117

Legge n. 689/1981, art. 1

D.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.), artt. 193 e 195

D.lgs. n. 72/2015, artt. 5 e 6

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. II, sentenza 9 agosto 2018 n. 20689.

Abstract

La sentenza in esame, della II sezione civile della Corte di cassazione, esclude che le sanzioni amministrative di cui all'art. 193, comma 3, del T.U.F. possano qualificarsi come sostanzialmente penali alla luce dei criteri enucleati dalla giurisprudenza della Corte EDU.

La sentenza, inoltre, dà seguito al consolidato orientamento secondo cui la disciplina del procedimento sanzionatorio della Consob dettata dall'articolo 195 del decreto legislativo n. 58/1998 (T.U.F.) - anche nel testo, applicabile ratione temporis, anteriore alle modifiche recate dal decreto legislativo n. 72/2015 - risulta conforme ai canoni del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, essendo prevista una fase di opposizione davanti ad un giudice imparziale e munito di giurisdizione piena. Ancora, la sentenza afferma l'infondatezza della doglianza relativa alla

trattazione del giudizio di opposizione in sede camerale, in quanto non corredata dell'indicazione dello specifico vulnus arrecato al diritto di difesa dalla mancanza di pubblicità dell'udienza.

La sentenza n. 20689/2018, inoltre, esclude l'applicabilità in astratto del principio della retroattività della lex mitior in materia di illeciti finanziari, con riferimento allo ius superveniens costituito dal d.lgs. 72/2015 (che, tra l'altro, ha ridotto nel minimo e nel massimo la sanzione applicabile per l'illecito contestato al ricorrente). La Corte dichiara altresì manifestamente infonda la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del d.lgs. 72/2015, che prevede che le modifiche apportate alla parte V del T.U.F. si applichino solo alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla Consob, escludendone così l'applicazione agli illeciti commessi prima di tale data: la norma, infatti, viene ritenuta non contrastante con la CEDU - atteso che non esiste un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata del principio di retroattività della legge più favorevole che prescinda dalla preventiva valutazione della natura sostanzialmente penale della specifica sanzione amministrativa - né contrastante con il principio di ragionevolezza, né contrastante con i criteri della legge delega, avendo quest'ultima affidato al legislatore delegato una valutazione autonoma, non «a rime obbligate», in merito all'opportunità di estendere il principio del favor rei a seguito della modifica del sistema sanzionatorio del T.U.F.

1. La sentenza in esame rigetta il ricorso per cassazione proposto dal componente del collegio sindacale di una società per azioni avverso un decreto ex art. 195 T.U.F. di rigetto dell'opposizione dal medesimo proposta avverso una delibera della Consob con cui egli era stato assoggettato alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 193, comma 3, lett. a), T.U.F., per violazione dei doveri di vigilanza di cui agli articoli 149, comma 1, lettere a) e c-bis), T.U.F.

2. Il ricorrente poneva - e la Cassazione conseguentemente affronta - tre questioni di diritto convenzionale:

a) la questione della mancata comunicazione all'opponente delle conclusioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative, in relazione alla garanzia del contraddittorio procedimentale di cui all'art. 195, comma 2, T.U.F., nonché al disposto degli artt. 97, 111 e 117 Cost. e della CEDU, alla luce della sentenza CEDU *Grande Stevens c. Italia* del 4.3.2014.

b) la questione della mancanza della garanzia della pubblicità dell'udienza, in relazione al disposto degli artt. 97, 111 e 117 Cost. e 6 §1 CEDU, in ragione del fatto che il giudizio di opposizione ex art. 195 T.U.F. era stato trattato in camera di consiglio;

c) la questione della retroattività della legge più favorevole introdotta dall' articolo 5 del decreto legislativo n. 72/2015 (il quale ha sensibilmente ridotto, nei minimi e nei massimi, la sanzione di cui all'art. 193, comma 3, T.U.F.); in particolare il ricorrente dubitava della legittimità costituzionale dell'articolo 6 dello stesso decreto legislativo n. 72/2015 (che detta retroattività

esclude, disponendo che la nuova più mite disciplina si applichi alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla Consob e dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 196 *bis* T.U.F.) sotto un triplice profilo e, precisamente:

- in relazione al parametro degli articoli 117 Cost. e 7 CEDU;
- in relazione al parametro degli articoli 76 e 77 Cost., avendo la legge delega richiesto al legislatore delegato di valutare l'estensione del principio del *favor rei* ai casi di modifica della disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione;
- in relazione al parametro della ragionevolezza di cui all' articolo 3 Cost.

3. Tutte le suddette questioni vengono risolte negativamente per il ricorrente sul presupposto, che costituisce l'architrave della decisione, che le sanzioni amministrative ex art. 193, comma 3, T.U.F. non hanno natura penale in senso CEDU, giacché esse, anche per l'assenza di sanzioni accessorie e per la mancata previsione di una confisca obbligatoria, non possono essere equiparate, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle previste per la manipolazione del mercato dall'art. 187-ter T.U.F. (alle quali si riferisce la sentenza CEDU *Grande Stevens*). La sentenza in esame dà espressamente continuità all'orientamento alla cui stregua i principi espressi nella sentenza *Grande Stevens* non possono indurre a ritenere che una sanzione, qualificata come amministrativa dal diritto interno, abbia sempre ed a tutti gli effetti natura sostanzialmente penale, con conseguente necessità di assoggettare il relativo procedimento applicativo alle garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU (Cass. n. 13433/2016, Cass. n. 4114/2016, Cass. n. 3656/2016).

4. Per quanto specificamente concerne la questione sub a), relativa alla mancata comunicazione all'opponente delle conclusioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative, la sentenza in esame associa alla *ratio decidendi* fondata sull'esclusione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate l'ulteriore *ratio decidendi* consistente nell'affermazione che l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio emesso dalla Consob ad un sindacato giurisdizionale pieno, quale il giudizio di opposizione davanti la corte di appello disciplinato dall'art. 195, comma 4 e ss. del T.U.F., è sufficiente a soddisfare le esigenze di garanzia del giusto processo ex art. 6 §1 CEDU. Nella sentenza in esame si argomenta - in continuità con Cass. 25141/2015, Cass. 8210/16, Cass. 770/2017, Cass. 1205/2017 - che la garanzia del giusto processo ex art. 6 CEDU può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa - nel qual caso, una successiva fase giurisdizionale non sarebbe necessaria - ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio - adottato in assenza di tali garanzie - ad un sindacato giurisdizionale pieno, di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle prescrizioni della Convenzione, il quale non ha l'effetto di sanare alcuna illegittimità originaria della fase amministrativa, giacché la stessa risulta comunque

rispettosa delle garanzie convenzionali per il fatto di essere destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di controllo giurisdizionale.

5. Per quanto specificamente concerne la questione sub b), relativa alla mancanza della garanzia della pubblicità dell'udienza nel giudizio di opposizione alla sanzione, la sentenza in esame - dopo aver ribadito come la corte di appello debba considerarsi, alla stregua dei parametri indicati nella sentenza *Grande Stevens*, un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e davanti al quale è garantita la pienezza del contraddittorio (cfr. Cass. 1658/2017) - associa alla *rato decidendi* fondata sull'esclusione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni irrogate l'ulteriore *ratio decidendi* consistente nel rilievo che il ricorrente non aveva allegato lo specifico pregiudizio in concreto arrecato al suo diritto di difesa dallo svolgimento del giudizio di opposizione in sede camerale; cosicché la carenza del requisito della pubblicità risultava inidoneo a tradursi in un vizio tale da cagionare la nullità del procedimento, con l'ulteriore conseguenza della manifesta infondatezza della questione di legittimità prospettata dal ricorrente sul punto. Anche tale affermazione risulta allineata alla pregressa giurisprudenza di legittimità (SSUU n. 20935/2009, Cass. n. 27038/2013, Cass. n. 24048/2015, Cass. n. 8210/2016, Cass. n. 770/2017 e Cass. n. 1621/2018, nonché, in tema di contraddittorio nel procedimento tributario, SS.UU. 24823/2015).

6. Per quanto specificamente concerne la questione sub c), relativa al dubbio di legittimità costituzionale dell' esclusione della retroattività della *lex mitior* disposta dall'art. 6 d.lgs. n. 72/2015, la sentenza in esame nega l'esistenza un obbligo, di matrice costituzionale e/o sovranazionale, che imponga l' estensione del principio penalistico della retroattività della *lex mitior* alle sanzioni amministrative che, come quelle di cui all'articolo 193, comma 3, lett. a), T.U.F., non abbiano natura sostanzialmente penale alla stregua del dritto convenzionale. La sentenza dà quindi continuità al tradizionale principio per cui, in tema di sanzioni amministrative, i principi di legalità, di irretroattività e di divieto dell'applicazione analogica di cui all'art. 1 l. 24 novembre 1982, n. 689 comportano l'assoggettamento della condotta illecita alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, sia che si tratti di illeciti amministrativi derivanti da depenalizzazione, sia che essi debbano considerarsi tali *ab origine*, dovendosi escludere l'applicazione analogica degli opposti principi di natura eccezionale di cui all'art. 2, commi 2 e 3 cod. pen. (Cass. 29411/2011).

7. Per quanto specificamente concerne la materia della intermediazione finanziaria, la sentenza quindi ribadisce che il disposto dell'art. 6 del d.lgs. 72/2015 non può essere superato applicando immediatamente la *lex mitior*, atteso che il principio del *favor rei*, di matrice penalistica, non si estende, in assenza di una specifica disposizione normativa, alla materia delle sanzioni amministrative, la quale risponde, invece, al distinto principio del *tempus regit actum* (Cass. 4114/2016). Tale impostazione, si argomenta nella sentenza, non viola i principi del diritto convenzionale, atteso che, nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate

dalla Corte di Strasburgo, non si rinviene l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio di retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative. Né, si argomenta, sussiste un analogo vincolo di matrice costituzionale, rientrando nella discrezionalità del legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza, modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore.

8. La sentenza in commento risulta allineato alla giurisprudenza della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 193/2016 (dichiarativa della infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 689/1981, in riferimento agli artt. 3, 117, primo comma, Cost., 6 e 7 CEDU, nella parte in cui non prevede l'applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi) argomenta che la giurisprudenza della Corte EDU che ha fissato il principio di retroattività della legge penale meno severa non ha mai avuto ad oggetto il complessivo sistema delle sanzioni amministrative, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie che, sebbene qualificate come amministrative dal legislatore nazionale, siano potenzialmente considerabili come penali alla stregua dell'ordinamento convenzionale; con conseguente insussistenza di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio di retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle fonti amministrative e che prescindano dalla preventiva valutazione della natura sostanzialmente penale della specifica sanzione. Con la successiva sentenza n. 43/2017, peraltro, la stessa Corte costituzionale ha altresì escluso che sia possibile reputare automaticamente estese alle sanzioni amministrative le garanzie che l'ordinamento statale riserva alle sole sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno, pur quando le stesse siano qualificabili come penali in base alle norme CEDU.

9. Quanto al denunciato contrasto dell'articolo 6 d.lgs. n. 72/2015 con l'articolo 3 della Carta costituzionale, la sentenza in commento sottolinea come la discrezionalità del legislatore incontri l'unico limite della ragionevolezza, quanto al maggiore o minore rigore della repressione degli illeciti finanziari; il diverso e più favorevole trattamento riservato ad altre sanzioni, come quelle tributarie e valutarie, trova fondamento nelle peculiarità che caratterizzano le rispettive materie e non è suscettibile di applicazione analogica in virtù del divieto cristallizzato negli artt. 11 e 14 delle preleggi.

10. Infine, secondo la sentenza in esame, l'esclusione della natura penale delle sanzioni in esame non consente il profilarsi di dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega, tenuto conto che *"la legge [delega] in questione affidava al legislatore delegato una valutazione autonoma in merito all'opportunità di estendere il principio del favor rei a seguito della novella, valutazione che però, in assenza di una sanzione qualificabile come penale, non imponeva a rime obbligate la sua attuazione"* (paragrafo 5.1., pagina 27).

Indice

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO A UN EQUO PROCESSO – DIRITTO AD UN TRIBUNALE COSTITUITO PER LEGGE, INDIPENDENTE ED IMPARZIALE – ACCERTATA VIOLAZIONE DELLA NORMA CONVENZIONALE – RICHIESTA DI RIAPERTURA DEL PROCESSO – DINIEGO – LEGITTIMITA’ – RAGIONI.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione, artt. 25, 27 e 117

Convenzione EDU, artt. 6, § 1 e 46

Normativa nazionale, Cod. proc. pen., art. 630

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. I, 6 settembre 2018 (n. 29321/13) ric. Kontalexis c. Grecia (n. 2).

Diritto a un equo processo – Diritto ad essere giudicati da un tribunale costituito per legge, indipendente ed imparziale – Accertata violazione da parte della Corte EDU della norma convenzionale – Conseguente richiesta di riapertura del processo da parte dell’imputato – Diniego da parte della Corte di Cassazione – Legittimità – Ragioni.

Abstract

La Corte europea dei diritti dell’uomo, con la sentenza in esame, pronunciandosi in un caso che vedeva coinvolta la Grecia e in cui si discuteva della legittimità della decisione della Corte di Cassazione di non disporre la riapertura di un processo penale, in relazione al quale la Corte di Strasburgo aveva in precedenza accertato la violazione di una norma convenzionale, ha escluso che vi fosse stata una violazione dell’art. 6 della Convenzione sotto il profilo del diritto ad un giusto processo.

La Corte EDU ha ritenuto, in particolare, che non sembrava essere arbitrario il ragionamento della Corte di Cassazione, che aveva limitato i casi idonei a dar luogo alla riapertura dei procedimenti penali conclusi con sentenza irrevocabile, o quantomeno subordinandone la riapertura alla ricorrenza di criteri da valutare da parte dei giudici nazionali.

La Corte EDU ha ribadito la sua costante giurisprudenza secondo cui la Convenzione non garantisce il diritto alla riapertura del procedimento.

La Corte ha, infine, dichiarato che, tenuto conto della discrezionalità ("margine di apprezzamento") di cui godono le autorità nazionali nell'interpretazione delle sue sentenze, la

Corte di Cassazione aveva il diritto di affermare che la precedente sentenza del 2011 non aveva messo in discussione l'equità del procedimento o l'indipendenza ed imparzialità dei giudici.

1. Il caso, deciso il 6 settembre u.s., trae origine da un ricorso (n. 29321/13) contro la Grecia, presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione e.d.u., da Panagiotis Kontalexis, un cittadino greco residente a Kifissia (Grecia).

Il 24 novembre 2008 il sig. Kontalexis presentava un ricorso con cui si doleva della violazione del suo diritto a un giudice stabilito per legge. Si lamentava del fatto che uno dei giudici che aveva composto il collegio giudicante era stato improvvisamente sostituito da un altro giudice senza alcuna motivazione.

2. Con una sentenza del 31 maggio 2011 la Corte EDU riscontrava una violazione dell'articolo 6 § 1.

3. Il 27 dicembre 2011 il sig. Kontalexis presentava, dunque, un ricorso alla Corte d'appello di Atene per chiedere la riapertura del suo procedimento penale. Chiedeva, quindi, che venisse revocata la sentenza del tribunale penale che lo aveva condannato alla pena di due anni di reclusione. Il ricorrente sottolineava che la Corte EDU, nella sua decisione, aveva rilevato che l'assenza di adeguati motivi per cui il giudice, che non era stato in grado di partecipare al processo, era stato improvvisamente sostituito da un altro giudice, costituiva di per sé un motivo sufficiente a sollevare dubbi sulla trasparenza della procedura non essendo chiare le reali ragioni per le quali il giudice era stato sostituito. La Corte d'Appello respingeva tuttavia il ricorso con la motivazione che il ricorrente non aveva subito alcun danno in conseguenza della violazione riscontrata dalla Corte EDU. La Corte di cassazione, infine, respingeva il successivo ricorso presentato dal ricorrente, adducendo che la constatazione di una violazione da parte della Corte EDU non aveva riguardato il diritto dell'imputato di essere processato da un giudice indipendente e imparziale. Quella violazione, che era stata di natura puramente formale, costituiva un "fatto compiuto", coperto dall'irrevocabilità della sentenza della Corte di cassazione che aveva respinto il ricorso che la Corte EDU aveva successivamente accolto. Di conseguenza, la sentenza della Corte del 31 maggio 2011 non poteva mettere in discussione la decisione della Corte di Cassazione resa nel procedimento iniziale.

4. Il ricorrente, fondando le proprie censure sull'articolo 6 § 1 (diritto a un processo equo), sosteneva che il rifiuto dei giudici nazionali di ordinare la riapertura del procedimento che lo riguardava aveva costituito una nuova violazione del suo diritto al giusto processo in quanto egli non era stato giudicato da un giudice "stabilito dalla legge". Articolando il proprio ricorso anche sull'articolo 46 (forza vincolante ed esecuzione di sentenze), egli sosteneva che il rigetto del suo ricorso da parte della Corte di cassazione equivaleva al rifiuto di dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU del 31 maggio 2011.

5. La Corte EDU ha anzitutto esaminato la questione della sua competenza a pronunciarsi sul ricorso presentato dal Kontalexis, atteso che sul fatto era già intervenuta una precedente sentenza. Il ricorso presentato nel mese di aprile 2013 davanti alla Corte EDU, infatti, aveva sollevato una nuova denuncia relativa a procedimenti successivi e distinti da quelli che erano stati oggetto della sentenza emessa dalla stessa Corte EDU nel maggio 2011. La Corte EDU ha ritenuto, dunque, di essere competente ad esaminare la questione così sollevata, senza che sussistesse il rischio di sconfinare nelle prerogative dello Stato convenuto e del Comitato dei Ministri ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione.

6. La denuncia di iniquità del processo sollevata dal ricorrente era specificamente diretta contro la motivazione della Corte di Cassazione. Tuttavia, la motivazione della sentenza del gennaio 2013 forniva un'interpretazione dell'articolo 525 c.p.p. greco (secondo cui "1. Il processo penale definito con sentenza passata in giudicato è riaperto a beneficio della persona condannata per un reato o un crimine solo nei casi seguenti: (*omissis*); e) se una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo accerta una violazione della legge processuale relativa all'equità del procedimento svoltosi o una violazione della legge sostanziale che è stata applicata"), che aveva avuto l'effetto di limitare le situazioni che potrebbero dar luogo alla riapertura del procedimento penale definito con sentenza irrevocabile, o almeno subordinarne la riapertura a criteri oggetto di valutazione da parte dei giudici nazionali. Tale interpretazione, sostenuta dalla costante giurisprudenza della Corte, secondo cui la Convenzione EDU non garantisce il diritto alla riapertura del procedimento, stante la mancanza di un approccio uniforme tra gli Stati membri per quanto riguarda le procedure operative degli esistenti meccanismi di riapertura, non è sembrata essere arbitraria.

7. La Corte di cassazione aveva ritenuto che la sentenza del 2011 non avesse messo in discussione l'equità del procedimento o l'indipendenza o imparzialità del giudice che aveva trattato il processo in questione. In considerazione del "margine di apprezzamento" di cui possono godere le autorità nazionali nell'interpretazione delle sentenze della Corte EDU, era sufficiente che la Corte di Strasburgo accertasse che la Corte di cassazione non avesse distorto o travisato la precedente sentenza della Corte EDU. Nel caso in esame, la Corte EDU ha escluso che la lettura della sentenza della Corte di Cassazione emessa nel 2011, complessivamente considerata, costituisse il risultato di un evidente errore di fatto o giuridico che aveva provocato un diniego di giustizia e, quindi, una valutazione viziata dall'arbitrarietà.

8. Si ricorda che sulla materia ha profondamente inciso la giurisprudenza costituzionale e quella dei giudici di ultima istanza nazionali. In particolare, la vicenda giurisprudenziale che indubbiamente ha esplicitato il maggiore impatto sistematico è stata l'introduzione, con sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, di una nuova ipotesi di revisione del processo penale, per i casi in cui un giudizio di condanna sia stato pronunciato in violazione del principio dell'equo processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU. Tale decisione ha arricchito l'ordinamento italiano (e

specificamente l'art. 630 c.p.p.) di una nuova ipotesi di revisione del processo penale, per consentire la riapertura del processo penale già definito con decisione irrevocabile, nei casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ne abbia accertata l'iniuità per violazione delle garanzie processuali. La decisione della Corte costituzionale, per molti aspetti innovativa, è intervenuta in seguito ad una lunga e complessa vicenda giudiziaria (il caso Dorigo), nel corso della quale la stessa Corte costituzionale aveva già avuto modo di pronunciarsi (sentenza n.129 del 2008).

9. Resta, peraltro, ferma la discrezionalità del giudice nazionale in ordine alla valutazione della riapertura del processo, nonostante l'accertata violazione da parte della Corte di Strasburgo. È questo un principio che la Corte EDU si preoccupa di ribadire, e lo ha fatto anche nel caso qui esaminato in cui è la Grecia ad essere stata coinvolta. Il precedente cui la Corte si richiama è quello costituito dal **caso Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2) [GC] dell'11 luglio 2017** (n. 19867/12), in cui, chiamata a decidere su una sospetta violazione del diritto ad un equo processo, la Corte ha ritenuto la questione infondata, ritenendo che nel caso di specie non era stato violato l'art. 6 § 1 CEDU. In particolare, in quella occasione, la Corte EDU ebbe ad affermare che la riapertura dei procedimenti non costituisce l'unica via per dare esecuzione ad una precedente sentenza della medesima Corte che abbia accertato la violazione di una norma convenzionale; al più essa rappresenta "l'opzione più desiderabile". Nondimeno, l'opportunità di percorrere questa via rimane per la Corte di Strasburgo oggetto di valutazione da parte dei giudici nazionali, alla luce del diritto interno e delle circostanze particolari del caso.

10. In conclusione, i Giudici europei – in quello come nel presente caso – hanno ritenuto che il rifiuto della Corte Suprema di riaprire il procedimento, come richiesto dal ricorrente, non aveva alterato le conclusioni della prima pronuncia e che i motivi su cui essa era stata fondata rientravano nel margine di apprezzamento del giudice nazionale.

Indice

CLASSIFICAZIONE

LIBERTÀ DI PENSIERO, COSCIENZA E RELIGIONE – UTILIZZO DI HIJAB ALL'INTERNO DI UN TRIBUNALE DA PARTE DI UN CITTADINO – CONDOTTA IRRISPETTOSA O SUSCETTIBILE DI INCIDERE SULL'APPROPRIATO SVOLGIMENTO DELL'UDIENZA – ESCLUSIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, art. 9

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. I, 18 settembre 2018 (n. 3413/09) - ric. Lachiri con Belgio.

Libertà di pensiero, coscienza e religione – Utilizzo di *hijab* da parte di soggetto non rappresentante lo Stato – Esclusione da un'aula di giustizia – Fondamento della restrizione – Condotta irrispettosa – Condotta suscettibile di pregiudicare l'appropriato svolgimento dell'udienza – Esclusione – Accertata violazione da parte della Corte EDU della norma convenzionale.

Abstract

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in esame, pronunciandosi in un caso che vedeva coinvolto il Belgio e in cui si discuteva della legittimità della esclusione di una parte processuale dall'aula di giustizia, in quanto aveva il capo coperto con un *hijab*, ha ritenuto la decisione non giustificata da esigenze di protezione dell'ordine pubblico e idonea a comportare una violazione della libertà di manifestare i propri convincimenti religiosi.

1. Il caso, deciso il 18 settembre 2018, trae origine dal ricorso proposto da una donna, alla quale era stato impedito, a causa dell'utilizzo di un *hijab*, di accedere all'aula di giustizia, nel quale si celebrava il giudizio, instaurato dalla prima quale parte civile.

2. La ricorrente, fondando le proprie censure sull'articolo 9 della Convenzione, che garantisce la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, aveva lamentato che l'esclusione dall'aula di giustizia, aveva rappresentato una violazione del suo diritto a manifestare liberamente i propri convincimenti religiosi.

3. La Corte, a maggioranza (sei a uno, con due opinioni concorrenti ed una dissenziente), ha ritenuto sussistente la violazione lamentata, accordando alla ricorrente, a titolo di danni non patrimoniali, la somma di 1.000,00 euro.

In particolare la Corte ha premesso che, alla stregua della propria giurisprudenza, l'indossare l'*hijab* (velo che copre i capelli e il collo, pur lasciando scoperto il volto) potrebbe essere considerato un atto "motivato o ispirato da una religione o da un credo religioso" e ha concluso nel senso che l'esclusione della ricorrente dall'aula, per il fatto che la donna si era rifiutata di togliere il velo, aveva comportato una "restrizione" all'esercizio del diritto garantito dall'art. 9 della Convenzione.

La Corte ha rilevato che la finalità perseguita dall'art. 759 del codice giudiziario belga, che impone di accedere alle aule di giustizia senza copricapo, è individuabile nell'esigenza di prevenire comportamenti irrispettosi nei confronti della magistratura o idonei ad incidere sull'appropriato svolgimento dell'udienza, ossia, in definitiva, si riassume nell'esigenza di protezione dell'ordine pubblico.

Analizzando il successivo profilo della necessità della restrizione in una società democratica, la Corte ha specificato, prima di tutto, che il velo islamico del quale si discuteva è un copricapo e non, come nel caso di *S.A.S. v. France* (ric. n. 43835/11), un indumento idoneo a celare completamente il viso con la possibile eccezione degli occhi. Ha poi rilevato che la ricorrente era una semplice cittadina e non rappresentava lo Stato, con la conseguenza che non era tenuta, in ragione dello svolgimento di un pubblico servizio, ad osservare un dovere di discrezione nell'espressione pubblica dei suoi convincimenti religiosi. Ancora, ha sottolineato che, sebbene un tribunale non sia paragonabile ad un luogo pubblico, come una strada o una piazza, ma costituisca una istituzione pubblica in cui il rispetto per la neutralità nei confronti dei credi religiosi potrebbe prevalere sul libero esercizio del diritto di manifestare la propria religione, tuttavia, lo scopo perseguito nell'escludere la ricorrente non poteva essere identificato nell'esigenza di garantire siffatta neutralità.

Alla stregua di tali rilievi, la Corte ha ritenuto che la condotta della ricorrente, al momento di entrare nell'aula, non era stata irrispettosa e non aveva costituito – né era idonea a costituire – una minaccia per il corretto svolgimento dell'udienza.

Indice

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – PERQUISIZIONE – RICORSO GIURISDIZIONALE
– ASSENZA – VIOLAZIONE – SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, art. 8

Cod. proc. pen., art. 247, 257

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. I, 27 settembre 2018 (n. 52278/2011) - ric. Brazzi c. Italia.

Abstract

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in esame, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 della Convenzione in una vicenda in cui il ricorrente, destinatario di una perquisizione disposta dal Pubblico Ministero, non seguita da alcun sequestro, non aveva avuto la possibilità di ottenere né *ex ante* né a posteriori un sindacato giurisdizionale sulla sussistenza dei presupposti giustificativi della misura.

1. I fatti.

La vicenda esaminata dalla Corte scaturisce dal ricorso proposto da un cittadino italiano e tedesco, il sig. Brazzi, che vive a Monaco ed è iscritto nel registro degli italiani residenti all'estero. Il Brazzi nel 2010 è stato sottoposto sia ad un procedimento amministrativo che ad indagini preliminari, perché sospettato di avere sostanzialmente conservato la residenza in Italia e di avere evaso l'IVA e l'imposta sui redditi.

In particolare, nel luglio del 2010, nell'ambito della procedura amministrativa, la Guardia di Finanza era stata autorizzata dalla Procura di Mantova ad accedere alla casa italiana del signor Brazzi per cercare prove. Il 13 luglio 2010, gli agenti della Guardia di Finanza si erano recati sul posto, senza trovare il Brazzi. Successivamente, lo stesso giorno, la Procura della Repubblica aveva disposto la perquisizione finalizzata alla ricerca e al sequestro di documenti contabili e qualsiasi altro documento pertinente al reato di evasione fiscale. La perquisizione aveva dato esito negativo.

Il procedimento a carico del Brazzi era stato archiviato ed era stata definita anche la sua posizione sul piano amministrativo, in quanto il primo aveva dimostrato che risiedeva principalmente in Germania.

Il ricorso proposto dinanzi alla Corte di Cassazione dal Brazzi, che aveva denunciato l'illegittimità della ricerca è stato dichiarato inammissibile.

2. Il ricorso e la valutazione della Corte.

La Corte, dinanzi alla quale era stata denunciata la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ha ritenuto che la ricerca in questione avesse rappresentato un'ingerenza delle autorità pubbliche nel diritto alla vita privata del Brazzi. Siffatta ingerenza, rileva la Corte, riposa su una base giuridica interna sufficientemente accessibile, prevedibile e coerente con il principio dello Stato di diritto, costituita dagli artt. 247 e ss., cod. proc. pen., talché non si pone alcun problema in termini di accessibilità e prevedibilità.

La Corte ha proseguito osservando che la perquisizione era stata disposta in uno stadio particolarmente precoce delle indagini preliminari, aggiungendo che una ricerca di questo tipo dovrebbe essere circondata da adeguate e sufficienti garanzie per evitare che le autorità acquisiscano elementi rilevanti a carico di persone che non sono ancora state identificate come sospettate di aver commesso un reato.

A tal proposito la Corte cita un proprio precedente (*Modestou c. Grèce*, n. 51693/13, § 44, 16 marzo 2017), che, letto nella sua interezza, ha un contenuto più complesso di quanto il brano della motivazione citato potrebbe far pensare.

La Corte europea, in definitiva, non nega affatto l'effetto a sorpresa delle perquisizioni, perché riconosce che esso si correla ad un'esigenza di raccolta delle prove e, in definitiva, di garantire la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati (art. 8, par. 2 della Convenzione).

Ciò che appare alla Corte sproporzionato, rispetto al diritto al rispetto della vita privata, è, sul piano dei presupposti, la perquisizione priva di fondate basi fattuali che giustificano l'ingerenza nella vita privata altrui (ciò che, nel nostro sistema, è appunto evitato attraverso le puntualizzazioni di cui all'art. 247 cod. proc. pen.) e, sul piano processuale, l'esistenza di rimedi che consentano a chi la perquisizione abbia subito di ottenere il sindacato giurisdizionale, *ex ante o ex post*, su tali presupposti.

Tornando al caso Brazzi, la Corte di Strasburgo rileva che l'art. 247 cod. proc. pen. non si accompagna ad un controllo giurisdizionale anteriore.

Tuttavia, ricorda anche che, secondo la propria giurisprudenza, l'assenza di un controllo giurisdizionale precedente può essere compensato dall'attuazione di un controllo giudiziario *ex post* della legalità e necessità della misura, che consenta alle persone interessate di ottenere: a) il controllo, in fatto e in diritto, dell'atto impugnato e della sua esecuzione e, nel caso che l'operazione ritenuta irregolare abbia già avuto luogo, b) un'adeguata riparazione, destinata a comprendere anche l'esclusione delle prove dal processo.

Nel caso di specie, tuttavia, in cui la ricerca era stata vana, il Brazzi, pur avendo conseguito il risultato dell'archiviazione del procedimento, non aveva potuto ottenere un riesame della misura in questione dal momento che il rimedio specifico di cui all'articolo 257 cod. proc. civ. è possibile solo dove la perquisizione sia stata seguita da un sequestro.

Secondo la Corte, quindi, in assenza di un previo controllo giurisdizionale o di un'efficace controllo *a posteriori* la misura di istruzione contestata, le garanzie procedurali previste dalla legge italiana non erano state sufficienti a prevenire il rischio di abuso di potere da parte delle autorità coinvolte nelle indagini.

Nella motivazione della sentenza si legge anche, al par. 49, con riferimento alla possibilità per il ricorrente di valersi dell'azione risarcitoria prevista dalla l. n. 117 del 1988, che: a) l'utilizzo di tale rimedio comportava l'onere per lo stesso di dimostrare il dolo o la colpa grave delle Autorità; b) che lo Stato italiano non aveva dimostrato che, in circostanze simili a quelle del caso di specie, tale azione fosse stata esercitata con successo.

3 La sentenza in esame, proprio perché riguarda casi di perquisizione negativa, non pone alcun problema di utilizzabilità di risultati probatori acquisiti.

Essa pone il problema di individuare la sede processuale, nella quale il destinatario della perquisizione possa ottenere il sindacato, da parte dell'autorità giurisdizionale, della sussistenza dei presupposti di legittimità della disposta interferenza nella sua vita privata.

Indice

CLASSIFICAZIONE

DIVIETO DI *BIS IN IDEM* – OPERATIVITÀ – FATTISPECIE: RADIAZIONE EX ART. 110, COMMA 2, LETT. A), N. 2 REG. CONSOB N. 16190/2007; RAPPORTI TRA LE FATTISPECIE DI CUI AGLI ARTT. 166 E 196 TUF.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - CDFUE, art. 50

Convenzione EDU, art. 4 Protocollo annesso n. 7

C.p.p., art. 649

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sezione II, 22 maggio/24 settembre 2018, n. 41007.

Abstract

Con la sentenza segnalata, la II sezione penale della Corte di cassazione è intervenuta a delineare l'ambito del divieto di *bis in idem*, con riguardo alla rapporti tra la sanzione (formalmente) amministrativa della radiazione ex art. 110, comma 2, lett. a), n. 2 Reg. CONSOB n. 16190/2007 e la sanzione penale prevista per il reato di cui all'art. 166, comma 1, TUF, e, più in generale, i rapporti tra le fattispecie di cui agli artt. 166 e 196 TUF.

Entrambi i problemi sono stati risolti escludendo l'effettiva sussistenza delle invocate violazioni dell'art. 4, Prot. n. 7, annesso alla Convenzione EDU, nonché l'asserita illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., in dichiarata adesione agli orientamenti della Corte EDU, richiamando, in particolare, quanto al carattere sostanzialmente penale, o meno, di una sanzione formalmente amministrativa, i cc.dd. "criteri Engel", e, per quanto più in generale riguarda il divieto di *bis in idem*, i principi affermati dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, nel caso A. e B. c. Norvegia.

1. Nel caso esaminato dalla II Sezione penale con la sentenza segnalata, gli imputati erano stati dichiarati colpevoli del reato di cui all'art. 166, comma 1, D.Lgs. n. 58 del 1998 (TUF), per avere esercitato abusivamente attività di investimento e di gestione collettiva del risparmio nel territorio italiano.

Alcuni imputati, in ricorso, avevano, tra l'altro, denunciato la violazione dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4, Prot. 7, della Convenzione (avendo già riportato condanna, per gli stessi fatti, alla sanzione amministrativa della radiazione ex art. 110, comma 2, lett. a), n. 2, Reg. Consob

n. 16190/2007, misura alla quale doveva asseritamente attribuirsi natura penale, in ragione della sua gravità e della sua strumentalità alla tutela dei medesimi interessi sottesi alla norma penale); in subordine, era stata proposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con la citata normativa convenzionale, nella parte in cui non prevede una specifica causa di improcedibilità dell'azione penale in caso di precedente applicazione definitiva di sanzioni amministrative particolarmente afflittive.

Altri imputati avevano denunciato difetto di motivazione in ordine al rapporto intercorrente tra le fattispecie di cui agli artt. 166 e 196 TUF (asseritamente in rapporto di specialità che escluderebbe il rapporto di progressione criminosa affermato dalla Corte di merito in modo del tutto assertivo e che imporrebbe l'applicazione dei principi espressi dalla giurisprudenza convenzionale – in particolare nella sentenza emessa nel caso Grande Stevens c. Italia - sulla preclusione da giudicato dell'azione penale per uno stesso fatto già oggetto di precedenti sanzioni nominalmente amministrative ma aventi sostanzialmente carattere penale, come dovrebbe ritenersi, nel caso di specie, per quelle applicate ai ricorrenti ai sensi dell'art. 196 TUF).

2. La II Sezione, premesso che eventuali vizi motivazionali della sentenza impugnata sulla questione della specialità non ne comporterebbero comunque l'annullamento, trattandosi di questione di diritto che il giudice di legittimità ha il potere di risolvere anche d'ufficio, ha osservato che gli artt. 166 e 196 TUF

<<contengono elementi di specialità reciproca, perché, da una parte, l'art. 166 è applicabile a "chiunque", mentre le sanzioni amministrative previste dall'art. 196 si applicano solo ai consulenti finanziari iscritti nello specifico albo (nel senso che il diverso ambito dei destinatari della sanzione amministrativa e della sanzione penale costituisca elemento specializzante, cfr. ad es., Cass. S.U. 10939 del 28 ottobre 2010, nr. 1963/2011); e, per converso, l'art. 196 si applica a tutte le possibili violazioni delle norme di comportamento stabilite dal TUF, anche non costituenti reato. La specialità reciproca, tuttavia, resta fuori dall'ambito della previsione degli artt. 15 cod. pen. e 9 l. 689/1981, perché l'applicazione esclusiva di una sola delle norme a confronto potrebbe discendere, in pratica, dall'utilizzazione dei criteri di sussidiarietà e consunzione (o assorbimento), ritenuti dalle Sezioni unite di questa Corte tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità (v. sentenza 20 dicembre 2005 n. 47164, Marino, rv. 232302-4), in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere l'applicazione di una norma penale da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice (per una pregevole ricostruzione dogmatica dei criteri di identificazione dei casi di concorso apparente di norme vedi Cass. Sez. un. 1963/2011). Gli artt. 166 e 196 TUF si differenziano, inoltre, per l'elemento soggettivo, essendo ovvio che le sanzioni amministrative previste dalla seconda disposizione siano applicabili anche per semplice colpa, negligenza o trascuratezza, mentre il reato di abusivismo finanziario è perseguibile a titolo di dolo, da tanto essendo possibile rilevare un elemento strutturale diversificato nell'art. 196 rispetto all'art. 166 (per l'influenza non "specializzante" ma "differenziatrice" del diverso atteggiarsi dell'elemento psicologico nelle fattispecie a confronto, vedi Cass. Sez. U, Sentenza n. 13954 del 06/07/1990, Rv. 185544; Sez. 3, Sentenza n. 3539 del 20/11/2015 Cc., dep. 2016, Rv. 266133)>>.

2.1. Ha, inoltre, ritenuto che il legislatore del TUF ha inequivocabilmente inteso di stabilire il cumulo delle sanzioni penali e amministrative rispettivamente previste dalle norme in commento:

<<Gli artt. 166 e 196 sono inseriti, infatti, nello stesso testo normativo, senza che né l'una né l'altra disposizione contenga clausole di riserva o riferimenti al principio di specialità che impongano di definire e limitare le rispettive aree di applicazione, omissione tanto più significativa se si considera che clausole simili sono inserite qua e là nel testo normativo con riferimento ad altre violazioni (cfr., ad es., l'art. 192-bis TUF). D'altra parte l'art. 9 L. 689/1981 non è norma presidiata da garanzie costituzionali e può sicuramente essere derogata da leggi ordinarie, con l'unico limite del rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità stabilito dall'art. 3 Cost. E non è senza interesse osservare, al riguardo, che l'art. 15 cod. pen., ultimo inciso, prevede esplicitamente che il principio di specialità possa non operare anche quando ne ricorrerebbero astrattamente le condizioni, se così "sia diversamente stabilito". La convivenza delle due disposizioni in commento nello stesso apparato normativo, senza alcuna indicazione di interferenze reciproche capaci di delimitarne la sfera di applicazione, già si traduce nella chiara indicazione della volontà espressa del cumulo da parte del legislatore del TUF; come si vedrà meglio più oltre nell'analisi della questione del *ne bis in idem* sostanziale, il cumulo risponde anche ad una logica repressiva complessiva, che non può prescindere dal concorso dei due tipi di sanzione (su questi principi, cfr. Cass. Sez. un 1963/2011 più volte citata, pag. 9, dove l'affermazione che l'art. 9 L. 689/1981 costituisce un'importante chiave di lettura a favore dell'applicazione del principio di specialità in tutti i casi in cui ad una condotta penalmente sanzionata si aggiunga -soprattutto se ciò avvenga con riferimento a norme poste nell'ordinamento in tempi successivi- una disciplina normativa che la preveda anche come violazione di natura amministrativa, salvo però che non risulti, da una previsione espressa o da ragioni logiche implicite o da altre considerazioni, che il legislatore abbia inteso affiancare la sanzione amministrativa a quella penale)>>.

3. Con più specifico riferimento all'invocata violazione dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4, Prot. 7, Conv. EDU, fondata sul riferimento alle sanzioni amministrative applicate per gli stessi fatti nei confronti degli stessi ricorrenti ai sensi dell'art. 196 D.Lgs. n. 58 del 1998 (secondo le difese, particolarmente afflittive, e come tali di natura sostanzialmente penale, con la conseguenza che sarebbe illegittima la duplicazione punitiva espressa nel parallelo giudizio penale), e dal rinvio ai principi affermati dalla Corte EDU nella causa "Grande Stevens contro Italia" del 4 marzo 2014, il collegio ha evidenziato che le deduzioni difensive minimizzavano la portata dell'intervenuto *revirement* segnato, rispetto alla decisione emessa dalla Corte EDU nel caso "Grande Stevens c. Italia", da quella emessa dalla Corte EDU, *Grande Chambre*, nel caso "A. e B. c. Norvegia":

<<Nella Sentenza Grande Stevens era in gioco l'applicazione dell'art. 187 ter D.Lgs 58/1998 relativo alle sanzioni pecuniarie applicabili nel caso di condotte di manipolazione del mercato finanziario, che prevedeva, all'epoca dei fatti, nei confronti dei soggetti responsabili, salve le eventuali responsabilità penali, la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni, aumentata fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito quando, per le qualità personali del colpevole, per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito ovvero per gli effetti prodotti sul mercato, esse dovessero apparire inadeguate anche se applicate nel massimo. In concreto, con provvedimento n. 15760 del 9 febbraio 2007, la CONSOB aveva comminato ai ricorrenti le seguenti sanzioni amministrative -5.000.000 EUR -3.000.000 EUR - 500.000 EUR -4.500.000 EUR al pecuniarie: al sig. G., al sig. G. S., al sig. M., alla società E., -3.000.000 EUR alla società G.A. Parallelamente, i ricorrenti erano stati inoltre rinviati a giudizio per il reato di cui all'art. 185 comma 1 TUF, secondo cui chiunque diffonde notizie false, o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni. La Corte EDU ritenne il carattere penale del procedimento amministrativo in ragione del grado di gravità delle sanzioni di cui erano a priori passibili i ricorrenti, essendo peraltro le ammende applicate, visto il loro ammontare, di una innegabile severità che comportava per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti, e accolse, conclusivamente,

il ricorso sotto il profilo della ritenuta violazione del principio del ne bis in idem, che avrebbe dovuto comportare la preclusione dell'avvio di un separato processo penale per gli stessi fatti>>.

3.1. Ciò premesso, il collegio ha ritenuto di tutta evidenza l'impossibilità di stabilire significative analogie tra il caso Grande Stevens e la vicenda oggetto del procedimento in esame, nei confronti degli imputati cui era stata irrogata la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 196 TUF, contenuta, nella comminatoria di legge, in un importo compreso tra euro 25.823 ed euro 129.115 (così quintuplicata rispetto alla meno severa previsione originaria dall'art. 39, comma 3, L. n. 262 del 2005):

<<Adottando il criterio quantitativo della "Grande Stevens", non si può certo dire che si tratti, in astratto, di sanzioni particolarmente afflittive, tanto più se riguardate in relazione agli astronomici importi delle sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti del caso Grande Stevens; e se riguardate, ancora, nella prospettiva dei lauti guadagni consentiti dall'attività di consulente finanziario, bastando considerare, a quest'ultimo riguardo, l'ammontare delle provvigioni percepite da alcuni dei promotori concorrenti del B. in ragione degli investimenti procurati a quest'ultimo (lo S. aveva incassato ben 757.774 euro, il P. 184.544 euro, il P. 182.000 euro, il C. (promotore non professionale) 141.425 euro (...)). Non solo, ma l'importo della sanzione pecuniaria amministrativa prevista dall'art. 196 non è nemmeno sovrapponibile al ben minore importo della multa comminata dall'art. 166, come lo è, invece, nel caso degli articoli 185 e 187-ter TUF, derivandone la ragionevolezza dell'inasprimento "amministrativo", in quanto complementare al precetto penale. Tutto ciò, senza dire che la sovrapponibilità è esclusa, in concreto, nella fase esecutiva, dal disposto dell'art. 187-terdecies TUF, che limita l'esazione delle sanzioni amministrative pecuniarie alla parte eccedente la pena pecuniaria inflitta all'esito di un giudizio penale>>.

3.2. Diverso è stato ritenuto il caso degli imputati cui era stata irrogata la sanzione della radiazione dall'albo professionale prevista dalla lett. d) dell'art. 196 TUF, misura considerata di particolare severità, in relazione alla quale è stato ritenuto necessario un maggiore approfondimento del rapporto tra sanzioni amministrative e penali sotto il profilo del rispetto del principio del *ne bis in idem*.

In proposito, il collegio ha valorizzato i principi elaborati dalla giurisprudenza convenzionale, che trovano approfondita puntualizzazione dogmatica nella decisione relativa al caso A e B contro NORVEGIA:

<<Le difese si sono limitate, al riguardo, all'assertiva considerazione che quest'ultima decisione rilevarebbe solo nell'ambito tributario e fiscale oggetto della specifica controversia, ma nei ricorsi non si rinviene alcuna argomentazione giuridica idonea a sostenere l'affermazione. Peraltro, che il problema del cumulo tra sanzioni amministrative e penali si ponga in modo diverso nell'ordinamento tributario rispetto ad altri ordinamenti particolari, non solo non è sostenibile sul piano logico giuridico, ma la decisione del caso Norvegia contiene esplicite indicazioni della riconsiderazione della questione all'interno di un quadro dogmatico generale. La Corte l'affronta, infatti, con riferimento alla propria precedenza giurisprudenziale sull'applicabilità del ne bis in idem nel rapporto tra procedimenti penali e procedimenti amministrativi, ricordando, tra l'altro (pag. 72), che " a partire dalla sentenza Serguei Zolotoukhine, e come avveniva già in precedenza, la Corte ammette che l'imposizione, da parte di autorità diverse, di sanzioni diverse per lo stesso comportamento è permessa in una certa misura a titolo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7, sebbene vi sia una decisione definitiva. Questa conclusione si può intendere come fondata sull'idea che il cumulo di sanzioni nelle cause di questo tipo deve essere considerato come un tutt'uno e, di conseguenza, sarebbe artificioso vedervi una ripetizione di procedimenti che implicano che l'interessato è stato «perseguito o punito penalmente (...) per un reato per il quale è (o era) già stato condannato

con sentenza definitiva», in violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7"; e la ricapitolazione dei precedenti viene effettuata, dai giudici convenzionali, anche con riferimento a cause non aventi ad oggetto controversie tributarie (vedi pagg. 55 e ss.)>>.

3.3. Il collegio ha ricordato che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, nel caso in cui si profili un contrasto fra una norma interna e una norma della Convenzione EDU, il giudice nazionale, nel caso non sia possibile un'interpretazione della norma interna in senso conforme a quella convenzionale, non può disapplicare la prima, ma deve proporre una questione di legittimità costituzionale; ed, in particolare, nella più recente sentenza nr. 102/2016, si è rilevato, in sostanza, che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel rapporto tra procedimenti penali e amministrativi potrebbe vanificare il sistema del doppio binario, e interferire con i principi costituzionali di determinatezza e legalità della sanzione penale e di ragionevolezza e parità di trattamento:

<<ma nel caso di specie non si pone nessun problema, neanche di ordine costituzionale, rispetto all'applicazione del cumulo delle sanzioni nei confronti del B. e dello S., non essendo possibile ravvisare alcun contrasto con la normativa convenzionale del sistema del doppio binario disegnato negli artt. 166 e 196 TUF, neanche con riferimento alla più grave sanzione amministrativa della radiazione dall'albo unico dei promotori finanziari. L'art. 166 stabilisce soltanto le sanzioni penali "essenziali" nei confronti di chiunque si renda responsabile di condotte di abusivismo finanziario, senza prevedere alcuna sanzione interdittiva consequenziale alla condanna; l'art. 196 si incarica di completare la risposta repressiva con la previsione di sanzioni amministrative, tra le quali quelle di carattere interdittivo, previste dalle lett. c) e d), applicabili, peraltro, anche nel caso di condotte violative delle norme di comportamento stabilite nel TUF non costituenti reato. Si tratta, quindi, all'evidenza, di norme non sovrapponibili, ma complementari, alla stregua di un criterio di valutazione della legittimità del cumulo esaminato anche dalla CEDU nel caso Norvegia>>.

3.4. Si è, inoltre, osservato che

<<considerare, nella specie, esclusivamente la "gravità" della sanzione della radiazione non può quindi in alcun modo risolvere il nodo della legittimità del cumulo con l'obbligata applicazione del principio del ne bis in idem, che condurrebbe oltretutto a risultati assolutamente incongrui ed iniqui. Il criterio della severità della risposta repressiva va integrato, infatti, con il criterio sistematico funzionale, che consideri, tra l'altro, la eventuale riconducibilità della sanzione amministrativa a specifici interessi dell'ordinamento particolare di riferimento, nell'ambito di una visione dogmatica organica e coerente nell'analisi della legittimità del sistema del doppio binario, dalla quale va bandito ogni eccesso di pragmatismo. In questo senso, è agevolmente rilevabile che la sanzione della radiazione che si ricolleggi in concreto alla previsione dell'art. 166 TUF ha per presupposto non tanto il singolo fatto storico di abusivismo finanziario, ma la sua proiezione sintomatica sulla valutazione dei requisiti di onorabilità e professionalità dell'iscritto all'albo, e sull'opportunità di espellere dall'ordinamento professionale soggetti rivelatisi assolutamente indegni di continuare a farne parte, in quanto capaci di reiterare anche nel futuro condotte gravemente lesive degli interessi della trasparenza del mercato finanziario e dell'affidabilità dei suoi operatori. E davvero non si comprende, in quest'ottica, perché mai la radiazione dovrebbe costituire un'ancora di salvataggio dell'interessato dagli effetti propriamente penali della sua condotta; e perché mai, al converso, la sanzione penale che intervenisse irrevocabilmente prima della sanzione amministrativa dovrebbe consentire al condannato di continuare ad esercitare la stessa attività professionale già strumentalizzata a fini criminali>>.

3.5. Il collegio ha, infine, rilevato che anche i tempi dei paralleli procedimenti penali e amministrativi risultavano compatibili con il requisito della concentrazione temporale, ricompreso nei cc.dd. criteri Engel:

<<è da ritenere, in proposito, che il requisito della concentrazione temporale vada apprezzato anche in funzione delle esigenze di coordinamento tra i due tipi di procedimento sottolineate nella citata sentenza della Corte Costituzionale nr. 102 dell'8 marzo 2016 come presupposto di un trattamento sanzionatorio complessivo armonico ed equilibrato e in quanto tale conforme al principio di ragionevolezza sancito nell'art. 3 Cost; e vada apprezzato anche in rapporto alle inevitabili differenze di velocità dei due procedimenti. E' evidente, quindi, che le relative valutazioni debbano di norma riferirsi alle fasi procedurali iniziali. Nella decisione del "caso Norvegia", peraltro, la Corte EDU fa riferimento (pag. 77, par. 115) ad una serie di cause in cui i procedimenti amministrativi e penali erano stati condotti in parallelo per un certo tempo, conclusi, bensì, con il giudizio che vi fosse stata violazione del principio del ne bis in idem, ma senza fare riferimento al criterio del "nesso materiale e temporale sufficientemente stretto">>.

D'altro canto, il TUF dedica il capo V ai rapporti tra procedimenti, espressamente prevedendo una stretta integrazione istruttoria tra i due procedimenti amministrativo e penale (cfr. art. 187-*decies*, intitolato "Rapporti con la magistratura"):

<<è ovvio, quindi, che l'interessato si trovi, nelle battute iniziali degli accertamenti delle violazioni del TUF, e per larga parte della durata della relativa istruttoria, al centro di un sistema sanzionatorio e di modelli procedurali "integrati" nelle rispettive articolazioni amministrative e penali, e che i successivi accidenti della tempistica dei due tipi di procedimento, oltretutto possibili anche in ragione di esigenze di coordinamento delle diverse risposte repressive, non possano in alcun modo interferire con la prevedibilità del concorso delle sanzioni. Ed è ormai sufficiente aggiungere che, nel caso di specie, i procedimenti penali iniziarono tra il 2009 e il 2012 (cfr. i riferimenti alla date di iscrizione a r.g.n.r. contenuti nell'epigrafe della sentenza del Tribunale di Firenze del 29 gennaio 2015) e che le sanzioni amministrative furono irrogate nel 2012, ovviamente al termine di una istruttoria precedente, che avvicina ancora di più le tempistiche dei due procedimenti>>.

4. Per tali ragioni, la II Sezione ha conclusivamente escluso l'effettiva sussistenza delle invocate violazioni dell'art. 4, Prot. n. 7, annesso alla Convenzione EDU, nonché l'asserita illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

Indice

CLASSIFICAZIONE

RESPONSABILITÀ CIVILE - MAGISTRATI E FUNZIONARI GIUDIZIARI - AUSILIARI DEL GIUDICE. PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - ORDINAMENTO DEGLI UFFICI DELLA P.A. - AMMINISTRAZIONE GOVERNATIVA LOCALE - PREFETTO - ATTRIBUZIONI - PUBBLICA SICUREZZA (DISPONIBILITÀ DELLA FORZA PUBBLICA).

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione della Repubblica, art. 42

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 6, co. 1

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Protocollo addizionale n. 1, art. 1

Codice civile, art. 2043

Codice di procedura civile, art. 68, co. 3

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. III 4.10.2018, n. 24198.

Abstract

La sentenza segnalata interviene sulla tematica dei rapporti tra Autorità giurisdizionale e Forza Pubblica in relazione all'esecuzione od attuazione di provvedimenti della prima, soprattutto quando relativi a diritti riconosciuti come fondamentali dalla Costituzione o dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: e sottolinea l'assoluta inderogabilità, a garanzia dello stesso Stato di diritto, del dovere dell'Autorità amministrativa di dare esecuzione od attuazione a quei provvedimenti, senza alcun margine di discrezionalità se non quanto alle sole concrete modalità tecniche di messa in opera delle dovute condotte di ottemperanza. Nella specie, è stata qualificata pertanto colposa la condotta dell'amministrazione dell'interno che, a fronte dell'ordine di sgombero – impartito dalla Procura della Repubblica – di un immobile abusivamente occupato vi aut clam, abbia trascurato per sei anni di darvi attuazione, per di più coi pretesti di mantenere l'ordine pubblico e di una mancanza di particolareggiate indicazioni da parte dell'Autorità giudiziaria.

1. La vicenda processuale ha ad oggetto le conseguenze di un'occupazione abusiva di edifici (nella specie, comprendenti diverse decine di appartamenti e fin dal dicembre 1993), la competente Procura della Repubblica emise tempestivamente (fin dal gennaio 1994) almeno due provvedimenti di sgombero, che però le forze dell'ordine deliberatamente lasciarono inattuati

per circa sei anni, tanto da costringere le società proprietarie ad adire il giudice civile per il ristoro dei danni patiti in dipendenza della colpevole e prolungata inerzia delle amministrazioni convenute, della Giustizia e dell'Interno, nel dare esecuzione all'ordine di sgombero impartito dalla Procura della Repubblica.

Il Tribunale – dapprima quello di Roma e poi, a seguito di accoglimento in appello dell'eccezione di incompetenza territoriale, quello di Firenze – accolse la domanda nei confronti della sola Amministrazione dell'Interno, ma la Corte territoriale riformò la sentenza e mandò assolta da ogni pretesa tale convenuta, ritenendone non solo non colposa, ma perfino legittima la consapevole scelta attendista di ritardare per sei anni l'esecuzione del provvedimento di sgombero degli immobili abusivamente occupati, imposta da condivisibili o almeno valutate come incensurabili esigenze di evitare disordini e tutelare così l'ordine pubblico.

2. La segnalata sentenza della Cassazione capovolge la valutazione e, all'esito di una compiuta disamina della giurisprudenza costituzionale, di legittimità e della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in applicazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale recepiti anche a livello di normazione eurounitaria, conclude nel senso che "la discrezionalità della p.a. non può mai spingersi, se non stravolgendo ogni fondamento dello Stato di diritto, a stabilire se dare o non dare esecuzione ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria, a maggior ragione quando questo abbia ad oggetto la tutela di un diritto riconosciuto dalla Costituzione o dalla CEDU, come nel caso del diritto di proprietà, tutelato dall'art. 41 Cost. e dall'art. 6 CEDU ed art. 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU"; e definisce "pertanto colposa la condotta dell'amministrazione dell'interno che, a fronte dell'ordine di sgombero di un immobile abusivamente occupato *vi aut clam*, trascuri per sei anni di dare attuazione al provvedimento di sequestro con contestuale ordine di sgombero impartito dalla Procura della Repubblica".

3. La sentenza parte da un'affermazione di sicuro rilievo anche quanto al rito di legittimità, perché ribadisce il necessario ripudio di ogni eccesso di formalismo, soprattutto in punto di ammissibilità o ricevibilità dei ricorsi (e richiama Corte EDU, 2 sezione, 28.6.2005, Zednik c. Repubblica Ceca, in causa 74328/01; Corte EDU, 1 sez., 21.2.2008, Koskina c. Grecia, in causa 2602/06; Corte EDU, 1 sez., 24.4.2008. Kemp c. Granducato di Lussemburgo, in causa 17140/05), interpretando il ricorso nel suo complesso, superando le pure sussistenti improprietà di sussunzione delle doglianze nelle fattispecie dell'art. 360 cod. proc. civ.; per dovere di cronaca, lo stesso Collegio della terza sezione civile, in esito alla medesima udienza pubblica, ha assunto una decisione in senso almeno in apparenza dissonante con tale affermazione di principio, escludendo la sanabilità di un'opposizione esecutiva rivolta espressamente a giudice diverso da quello dell'esecuzione (Cass. 05/10/2018, n. 25170).

4. Quanto al merito della vicenda, inquadrato nella tutela in senso lato riparatoria – cioè, non solo risarcitoria, perché si rileva che era stata invocata, benché confusamente, pure una tutela

indennitaria – del diritto di proprietà, fondamentale per la Convenzione europea dei diritti dell’Uomo (art. 6 della Convenzione e art. 1 del Primo Protocollo addizionale), ed in ogni caso tutelato anche dalla nostra Costituzione (art. 42), la sentenza segnalata si muove lungo questo lineare sviluppo argomentativo:

- l’omessa attuazione, da parte delle forze dell’ordine o della P.A. a tanto preposta, di provvedimenti dell’autorità giudiziaria costituisce sempre un illecito, fonte di responsabilità per il diritto civile e talvolta anche per quello penale (si richiamano Cass. 2299/62 e 3873/04, ma pure Cass. S.U. 2478/88 e 5233);

- anzi, il dovere di ottemperarvi è cardine dell’effettività della funzione giurisdizionale, rispetto alla quale è strumentale e ausiliario (Corte cost. 321/98), riconducendosi alla tutela del diritto di accesso ad un Tribunale di cui all’art. 6 della Convenzione EDU (richiamando, a partire dalla celeberrima Corte EDU, 19/03/1997, *Hornsby c/ Grecia*, le pronunce successive, tra cui Corte EDU 05/06/2007, *Delle Cave c. Italia*, in causa 14626/03, nonché Corte EDU, 7.6.2005, *Fouklev c. Ucraina*, in causa 71186/01, oppure Corte EDU 19 novembre 2013, *Sekul c. Croazia*);

- qualsiasi interpretazione dell’ordinamento interno che lasciasse alla p.a. la scelta se dare o non dare esecuzione ai provvedimenti giurisdizionali sarebbe, per ciò solo, contrastante con l’art. 6 CEDU.

5. In sostanza, neppure la mancanza di mezzi o la finalità di tutelare in tal modo l’ordine pubblico possono giustificare l’inattuazione dei provvedimenti giurisdizionali, viepiù quando relativi a diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione EDU – in quanto la mancata loro tutela esporrebbe lo Stato anche a responsabilità convenzionale – o comunque disciplinati dalla Costituzione della Repubblica. Nessuna discrezionalità – o facoltà di comparare interessi confliggenti con quello al ripristino della legalità, tanto essendo rimesso (come si legge tra le righe) alla sola autorità giudiziaria emanante il provvedimento da eseguire od attuare – può riconoscersi alla pubblica amministrazione in punto di *an* e di *quomodo* dell’attuazione di quei provvedimenti dell’autorità giudiziaria. E, con accenti categorici, si esclude che la tutela dell’ordine pubblico od altre ragioni di pubblico interesse possano prevalere sul concreto esercizio della funzione giurisdizionale e quindi influire sul ripristino o sulla garanzia della legalità, in cui si articola uno Stato di diritto, come affidata solo ed esclusivamente all’autorità giudiziaria. In ogni caso, icasticamente si sottolinea l’inaccettabilità del paradosso per il quale, come aveva sostenuto la corte territoriale, l’occupazione abusiva di immobili e cioè una condotta illecita sarebbe giustamente tollerata per evitare più gravi proteste, perché tanto significherebbe che per ragioni di ordine pubblico si può tollerare la violazione dell’ordine pubblico.

6. La conclusione è la seguente: ineludibile l’obbligo della P.A. di dare esecuzione a provvedimenti dell’autorità giudiziaria, essa non vi si può sottrarre né dinanzi ad esigenze abitative o *lato sensu* sociali – di cui lo Stato deve farsi carico attraverso altri strumenti, senza

riversare i costi ed i sacrifici necessari a privati cittadini cui infliggere l'illecita condotta altrui – ovvero in mancanza di puntuali determinazioni attuative da parte dell'autorità giudiziaria che il provvedimento ha emesso, quelle sì rientrando nell'ambito della discrezionalità – meramente operativa – della pubblica amministrazione.

7. Il principio di diritto fissato al giudice di rinvio è quindi così formulato: "la discrezionalità della p.a. non può mai spingersi, se non stravolgendo ogni fondamento dello Stato di diritto, a stabilire se dare o non dare esecuzione ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria, a maggior ragione quando questo abbia ad oggetto la tutela di un diritto riconosciuto dalla Costituzione o dalla CEDU, come nel caso del diritto di proprietà, tutelato dall'art. 41 Cost. e dall'art. 6 CEDU ed art. 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU. È pertanto colposa la condotta dell'amministrazione dell'interno che, a fronte dell'ordine di sgombero di un immobile abusivamente occupato vi aut clam, trascuri per sei anni di dare attuazione al provvedimento di sequestro con contestuale ordine di sgombero impartito dalla Procura della Repubblica".

8. Qualche breve notazione finale.

La previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria nel sistema delineato dall'art. 24 Cost., comma 1, art. 111 Cost., commi 1 e 2 e art. 113 Cost., commi 1 e 2, per l'affermazione del principio di "effettività" della tutela giurisdizionale: l'esecuzione della sentenza resa dal giudice va considerata come parte integrante del processo ai fini dell'art. 6 della CEDU e, perciò, il procedimento di esecuzione costituisce la seconda fase del processo e il diritto rivendicato diventa realmente effettivo solo all'atto dell'esecuzione (Cass. Sez. U. 19/03/2014, n. 6312).

La Corte di Strasburgo ribadisce costantemente che il diritto ad un tribunale previsto dall'art. 6 § 1 della Convenzione sarebbe illusorio se il sistema legale interno di uno Stato contraente consentisse che una decisione giudiziale finale ed esecutiva rimanesse inoperativa a danno di una delle parti; pertanto, l'esecuzione di una sentenza resa da un tribunale deve essere perciò riguardata come parte integrante del processo per gli scopi dell'art. 6 della Convenzione; ed il diritto di accesso ad un tribunale include il diritto di avere eseguita, senza un indebito ritardo, la decisione da quello resa. A questo proposito, identificata come capofila la celeberrima – e già richiamata pure nella segnalata sentenza – Corte EDU 19/03/1997, *Hornsby c/ Grecia*, si segnalano, tra le più recenti: Corte EDU 14/11/2017 (IV sezione), *Spahić e aa. c/ Bosnia-Erzegovina* (ric. n. 20514/15 e aa.); Corte EDU 31/03/2016, *Dimitar Yanakiev c/ Bulgaria*, n. 50346/07; Corte EDU 07/04/2014, *Fondation Foyers des élèves de l'Eglise réformée e Stanomirescu c/ Romania*, ric. n. 43597/07; Corte EDU 24/09/2013, *Perrino c/ Italia*, ric. n. 43892/04. Per la chiarezza delle enunciazioni si notino anche: Corte EDU [GC], 28/07/1999, *Immobiliare Saffi c/ Italia*, ric. n. 22774/93, § 66, EHCR 1999-V; Corte EDU, 12/03/2009,

Voskoboynyk c/ Ucraina, ric. n. 39874/05; Corte EDU 27/11/2008, *Stadnyuk v. Ukraine*, ric. n. 30922/05; Corte EDU 29/03/2007, *Pobegaylo c/ Ucraina*, ric. n. 18368/03.

Eccedono dagli scopi della presente segnalazione ulteriori approfondimenti sui casi eccezionali in cui ritardi o dilazioni sono peraltro giustificati, qui bastando ricordare che non esime da responsabilità lo Stato un'eventuale carenza di risorse, restando la più appropriata forma di ristoro nel caso di inesecuzione che lo Stato garantisca la piena esecuzione delle sentenze inesequite, mentre causa sempre disagio (e fonda il diritto al risarcimento), ansietà e frustrazione la protratta inesecuzione di un provvedimento giudiziale definitivo (Corte EDU 14/11/2017, *Kunić e aa. c/ Bosnia-Erzegovina*, ric. n. 68955/15 e aa.).

Indice

CLASSIFICAZIONE

MATERNITÀ SURROGATA – TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA IN FAVORE DELLA MADRE SOCIALE – DIVIETO – CONTRASTO CON L'ART. 8 CEDU – PROTOCOLLO N. 16 ANNESSO ALLA CEDU- RICHIESTA DI PARERE PREVENTIVO ALLA CORTE EDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, Protocollo n. 16 annesso alla CEDU

PRONUNCIA SEGNALATA

Arrêt n° 638, 5 ottobre 2018 (10-19.053) -Cour de cassation- Assemblée plénière.

Abstract

La richiesta di parere preventivo rimessa all'esame della Grande Camera della Corte edu dalla *Cour de Cassation* francese è, a quanto consta, la prima applicazione del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU. La stessa, originata da una richiesta di riesame di una pronunzia del giudice di legittimità formulata da una coppia coniugata - rimasta soccombente innanzi al giudice nazionale rispetto alla richiesta di trascrizione di un atto di nascita redatto all'estero - che aveva successivamente proposto ricorso alla Corte edu, ottenendo una sentenza di condanna della Francia, riguarda la compatibilità della giurisprudenza transalpina formatasi in seguito a due pronunzie della Corte edu in materia di maternità surrogata con l'art. 8 CEDU.

I seguenti paragrafi sono dedicati all'illustrazione della vicenda esaminata dai giudici francesi (parr. da n. 1 a n. 4) ed al ruolo del Protocollo n. 16 nei rapporti fra Corti nazionali e Corte edu (parr. n. 5 e ss.)

1. La richiesta di parere preventivo rimessa all'esame della Grande Camera della Corte edu dalla *Cour de Cassation* è, a quanto consta, la prima applicazione del Protocollo n.16 annesso alla CEDU, adottato dal Comitato dei Ministri nella seduta del 10 luglio 2013, aperto alla firma degli Stati contraenti dal 2 ottobre 2013, entrato in vigore lo scorso 1° agosto, dopo che il 12 aprile 2018 la Francia ha depositato il proprio strumento di ratifica, seguendo l'iniziativa in precedenza intrapresa da altri nove Paesi - Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina-. L'art. 8 del Protocollo, infatti, stabilisce che detto Protocollo entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo ai tre che seguono la ratifica del decimo Stato.

2. Per inquadrare la vicenda esaminata dalla *Cour de Cassation* occorre partire da due pronunzie della Corte edu rese in materia di maternità surrogata - Corte dir. Uomo, 26 giugno 2014, (ric. nn. 65192/11 e 65941/11), *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* -.

2.1 Dette sentenze avevano riguardato due coppie di coniugi francesi che avevano dato alla luce, mediante pratiche di maternità surrogata conclusa negli Stati Uniti, rispettivamente due gemelli e un figlio regolarmente considerati come figli legittimi in due stati degli USA. Le due coppie non avevano ottenuto la trascrizione della relazione di filiazione in Francia – in un caso attestata da un atto di notorietà che certificava una relazione di fatto assimilabile a quella legittima –, in relazione al contrario avviso espresso dalla Cassazione – sent. 6 aprile 2011. La Corte europea ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU con riguardo alla posizione dei minori, escludendo la violazione nei riguardi dei genitori. La Corte edu dava atto che dell'esistenza in materia di gestazione per altri di una diversità di vedute all'interno dei Paesi contraenti – ove pur si riscontrava un prevalente orientamento volto a negare la pratica della maternità surrogata – derivava un margine di discrezionalità nei confronti degli stessi circa le soluzioni normative da adottare. Tale margine non impediva, tuttavia, ad essa Corte, nella prospettiva della tutela della filiazione, di verificare la compatibilità degli effetti prodotti dal diniego di riconoscimento sui minori. Se, dunque, il margine di apprezzamento, ampio in materie eticamente sensibili, si contrae "sensibilmente" in favore del superiore interesse dei minori, il diritto alla identità dei minori stessi, visto nella prospettiva del riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori, è stato considerato essenziale fino al punto che la possibilità di godere, in via di fatto e di diritto, di una protezione quasi simile rispetto a quella dei figli legittimi. Da qui l'affermazione della violazione del parametro convenzionale ad opera della Corte. La situazione di incertezza giuridica nascente dal mancato riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti dei minori coinvolti nelle due vicende ha, quindi, integrato la violazione dell'art.8 CEDU, tenuto conto dello stato di incertezza cagionato tra il minore e il papà – che in entrambi i casi era il genitore biologico dei due minori –, anche ai fini ereditari e della ipotetica separazione all'interno della coppia.

2.2 All'indomani di tali sentenze ci si era chiesto quali effetti avrebbe potuto determinare tale decisione nell'ordinamento francese ma anche in altri, ove si fosse presentata una situazione analoga.

2.3 Quanto agli effetti delle pronunzie appena ricordate nell'ordinamento francese, giova solo ricordare che l'art. 55 della Costituzione francese prevede che le convenzioni internazionali- e dunque anche la CEDU, hanno un valore gerarchicamente superiore alla legge ordinaria, sicchè in Francia – a differenza di quanto accade in Italia - nel caso di contrasto fra norma interna e CEDU, non viene sollevata una questione di legittimità costituzionale ma è lo stesso giudice nazionale a potere disapplicare la norma interna in contrasto con il parametro convenzionale).

2.4 Fatta questa premessa la Cour de Cassation, in forza del principio dell'*efficacia di cosa interpretata*, senza procedere ad alcuna disapplicazione del parametro interno, ha modificato il proprio indirizzo interpretativo che aveva condotto all'intrascrivibilità dell'atto di nascita in vicende simili a quelle esaminate dalla Corte edu, concernenti la maternità surrogata (in francese: *gestation pour autrui*, GPA) – riconoscendo che le norme di stato civile vanno

interpretate alla luce della CEDU, come delineata dalla Corte di Strasburgo, per modo che non può essere negata la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino nato all'estero da maternità surrogata, se tale atto non è falsificato e se sussiste il legame di paternità con un cittadino francese, a ciò non ostando l'ordine pubblico – v. Cour de cassation, Communiqué relatif à l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA. www.courdecassation.fr 14/21.323 e 15/50.002: "Les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance" –.

2.5. Anche il Consiglio di Stato francese ha dato continuità alle pronunzie della Corte edu - Conseil d'État, 12-12-2014, n. 367324, in <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-12-decembre-2014-Association-Juristes-pour-l-enfance-et-autres> ritenendo legittima la circolare adottata dal Ministero della Giustizia del 25 gennaio 2013 relativa al rilascio del certificato di nazionalità francese per i bambini nati all'estero da genitori francesi che avessero fatto ricorso alla maternità surrogata.

2.6 La posizione della Cassazione francese, espressa con riguardo ad ipotesi di genitori d'intenzione – padri – celibi, si è, inizialmente, assestata per effetto di un ulteriore indirizzo interpretativo, espresso dalle pronunzie della prima sezione di quella Corte - sent. 5 luglio 2017 nn. 15/28.597, 16/16.901, 16/50.025, 16/16.455 - ove si è chiarito che in relazione al contenuto dell'art.47 del codice civile francese e dell'art.8 CEDU, non è ammissibile la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero di un bambino procreato mediante la tecnica della gestione per altri nei confronti della madre sociale – ferma la trascrizione del minore come figlio del padre biologico, pienamente riconosciuta per effetto delle sentenze della Corte edu su ricordate – non incidendo tale divieto sul diritto al rispetto alla vita privata e familiare del minore, comunque tutelato in quanto accolto nella casa del padre. La Cassazione ha, tuttavia, riconosciuto la possibilità che la madre sociale, moglie del padre biologico, potesse chiedere l'adozione del bambino, alla stregua dell'art. 353, paragrafo 1, del codice civile, con ciò peraltro modificando un proprio precedente indirizzo interpretativo.

2.7 Il Comitato dei Ministri, con risoluzione del 21 settembre 2017 (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168074c023), aveva chiuso il procedimento di verifica dello stato di esecuzione delle sentenze rese dalla Corte edu nei confronti della Francia qui ricordate, ritenendo che era stato corrisposto dallo Stato l'equa soddisfazione indicata nelle sentenze e che era stata introdotta nella legge sulla modernizzazione del sistema giudiziario un sistema di revisione delle decisioni interne a seguito delle sentenze

della Corte europea, peraltro verificando che ai bambini era stato concesso il certificato di cittadinanza.

2.8 In questo contesto si inserisce la richiesta di parere preventivo dell'Adunanza plenaria della Corte di Cassazione francese, chiamata a scrutinare il giudizio di riesame proposto da una delle coppie di genitori che era rimasta soccombente innanzi alla Corte di Cassazione nel 2011 ed aveva, invece, ottenuto la condanna della Francia innanzi alla Corte edu con la sentenza *Menneson Labesse*, cit.

2.9 Il *seguito* al quale si riferisce la richiesta di parere preventivo reso dall'Adunanza plenaria della Corte di cassazione francese riguarda proprio la vicenda *Menneson c. Francia* esaminata dalla Corte edu in una delle due pronunzie sopra ricordate, poiché i soggetti vittoriosi a Strasburgo, facendo valere l'efficacia di cosa giudicata della sentenza della Corte edu, avevano chiesto la trascrizione del certificato di nascita nell'ordinamento francese inizialmente loro negata, avvalendosi di un particolare strumento introdotto nell'ordinamento transalpino proprio in relazione alle vicende di cui qui si è detto, dopo che la stessa Corte di Cassazione aveva confermato il rigetto della richiesta di provvedimenti provvisori formulata dalla coppia innanzi alla Corte di appello, in relazione al pregresso giudicato interno che aveva escluso la trascrivibilità del certificato estero-*Cour de Cassation*, 5 luglio 2017, *Arret* n. 16-20052-.

2.10 Occorre ricordare, *in limine*, che il rimedio introdotto nel sistema francese dalla legge n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 in relazione alle ipotesi di contrasto fra giudicato nazionale formatosi su questioni di stato delle persone e sentenze della Corte edu, ha determinato una modifica del *code de l'organisation judiciaire*, per effetto della quale è consentito il riesame (*réexamen en matière civile*) nei casi in cui la violazione di una delle garanzie fondamentali della convenzione ha determinato un danno non risarcibile con l'equa soddisfazione. Si tratta di rimedio da proporre entro un anno dalla pronuncia della Corte europea dinanzi alla *Cour de cassation*, la quale decide in una peculiare composizione (c.d. *cour de réexamen*) e, in caso di accoglimento, rinvia al giudice di pari grado rispetto a quello che emise la decisione dichiarata contrastante con la CEDU dal giudice di Strasburgo.

2.11 Orbene, nel caso concreto la *Cour de réexamen*, richiesta di dare attuazione alla sentenza della Corte edu dai soggetti vittoriosi a Strasburgo ha ritenuto di rimettere la decisione all'Adunanza Plenaria della Corte di Cassazione francese. Quest'ultima, con la decisione interlocutoria n.638 del 5 ottobre 2018, ha quindi deciso di promuovere una richiesta di parere preventivo alla Corte edu, al fine di verificare la compatibilità del diritto vivente transalpino, nella parte in cui non consente la trascrizione dell'atto di nascita in favore della madre sociale – *mère d'intention* –.

2.12 Il giudice francese ha quindi chiesto alla Corte edu di sapere che rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita di un bambino nato all'estero al termine di

una maternità surrogata in quanto designato come sua "madre legale" la madre sociale, mentre la trascrizione dell'atto è stata ammessa in quanto designa il "padre dell'intenzione" come padre biologico del bambino, uno Stato parte supera il margine di apprezzamento a sua disposizione ai sensi dell'articolo 8 della CEDU e se, a tale proposito, sia necessario distinguere se il bambino sia concepito o meno con i gameti della madre sociale.

2.13 La Cassazione ha poi chiesto di sapere se, in caso di risposta positiva a una delle due domande precedenti, la possibilità per la madre sociale di adottare il figlio del coniuge, padre biologico soddisfi i requisiti dell'articolo 8 della CEDU.

2.14 Nel comunicato predisposto dalla Cassazione francese all'atto del deposito della richiesta di parere preventivo, viene particolarmente sottolineata l'utilità della richiesta di parere, precisandosi che *'l s'agit de la première application par la Cour de cassation du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entré en vigueur le 1er août 2018. La Cour de cassation s'inscrit ainsi pleinement dans la démarche de dialogue des juges institutionnalisés entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions nationales, objectif premier de ce Protocole.*

3. Giova ricordare che, sul versante interno, la Corte di Cassazione italiana è stata chiamata ad esaminare un caso di maternità surrogata compiuta all'estero su richiesta di una coppia coniugata italiana, al fine di verificarne gli effetti in Italia rispetto all'eventuale richiesta di riconoscimento della certificazione proveniente da Stato estero attestante lo status genitoriale della coppia.

3.1 Era accaduto che una coppia di coniugi italiani aveva presentato all'Ufficiale di stato civile un certificato di nascita ucraino attestante la condizione di genitori biologici di un minore rivelatosi falso. Dopo avere accertato che il minore era nato per effetto di un contratto di surrogazione di maternità e che i due coniugi non erano i genitori biologici del minore, il P.M. presso il tribunale per i minorenni competente, verificata la nullità del contratto di surrogazione in base alla legge ucraina - secondo la quale almeno il 50% del patrimonio genetico deve provenire dalla coppia committente - aveva dichiarato lo stato di adottabilità in relazione alla situazione di abbandono in cui versava il minore (art. 8 l. n. 184/83) e disposto il collocamento dello stesso in comunità, non ritenendo riconoscibile il certificato di nascita rilasciato dalle autorità straniere, stante la sua contrarietà all'ordine pubblico, tenuto conto del divieto di qualsiasi forma di surrogazione di maternità previsto dall'art. 12 c.6 l. n. 40/2004.

3.2 Cass. n. 24001/14 ha confermato la legittimità dei provvedimenti adottati, respingendo il ricorso della coppia committente che aveva proposto numerose censure deducendo, fra l'altro, la contrarietà della decisione impugnata agli strumenti internazionali che ponevano al centro l'interesse superiore del minore ed il grave trauma da quest'ultimo patito per il solo fatto che i coniugi avevano inteso eludere la legge italiana in tema di surrogazione di maternità.

3.3 La Cassazione ha osservato che il concetto di ordine pubblico rilevante ai fini del riconoscimento in Italia della certificazione ucraina – pur debitamente apostillato – si compone dei principi fondamentali interni e dell’ordine internazionale, evidenziando ancora che il divieto, sanzionato penalmente, di surrogazione di maternità previsto dalla l.n.40/2004 era stato inserito a presidio di valori fondamentali – dignità umana della gestante e istituto dell’adozione –.

3.4 Secondo i giudici di ultima istanza la materia disciplinata dal legislatore interno, offrendo unicamente tutela alla maternità genetica e/o alla filiazione fondata sull’istituto dell’adozione aveva considerato, in modo non irragionevole, che l’interesse del minore fosse salvaguardato sulla base di tali modalità, escludendo ogni rilevanza all’accordo delle parti. Per tali ragioni “...si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto...”

3.5 Nemmeno poteva dirsi che il provvedimento impugnato fosse contrario all’interesse superiore del minore - tutelato dall’art.3 della Convenzione ONU di New York sui diritti del fanciullo - tenuto conto della scelta legislativa italiana che riserva la maternità alla partoriente e affida la genitorialità disgiunta dal legame biologico alle forme regolate con l’adozione.

3.6 A sostegno di un diverso avviso non potevano nemmeno richiamarsi secondo la Cassazione le sentenze rese il 26 giugno 2014 dalla Corte europea dei diritti dell’uomo – ric. nn. 65192/11 e 65941/11, *Menesson c. Francia e Labassee c. Francia*, sopra citate –. Tali pronunzie, infatti, nel dare atto del notevole margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati rispetto al tema della maternità surrogata – correlato alla mancanza di consenso sulla materia –, si erano limitate a sanzionare la legislazione nazionale francese che aveva negato il riconoscimento dello stato di filiazione nei confronti del padre committente-genitore biologico-. In quell’occasione era risultato decisivo il rilievo di inconvenienti di carattere burocratico in pregiudizio dei minori a cui andavano incontro i bambini, ai quali la legislazione transalpina non consentiva l’utilizzazione degli atti di nascita statunitensi pur se tradotti ed apostillati, privandoli del riconoscimento della cittadinanza francese ancorché il padre committente fosse anche genitore genetico dei bambini. In definitiva, la vicenda concreta scrutinata dalla Cassazione italiana, caratterizzata da una surrogazione realizzata senza ovociti o gameti riferibili alla coppia, non poteva giustificare un diverso bilanciamento rispetto a quello espresso, né era pienamente sovrapponibile a quella decisa dai giudici europei.

3.7 In conclusione, le due pronunzie della Corte eu furono tenute in piena considerazione dalla sentenza n. 24001/14 che non ritenne, tuttavia, di trarre dalle stesse l’esistenza di un obbligo a modificare l’impianto decisorio del giudice di merito, sfavorevole alla permanenza del minore presso la coppia che aveva commissionato il contratto di maternità dando vita ad un atto di nascita nemmeno conforme alla legislazione del Paese ove lo stesso era stato formato.

4. Benché l'Assemblea plenaria della Cassazione francese non vi abbia fatto esplicito riferimento, occorre ricordare, in quanto rilevante ai fini del margine di apprezzamento in materia - anche in relazione a quanto le Sezioni Unite saranno chiamate ad affrontare in relazione all'ordinanza interlocutoria n. 4382/2018, resa in materia limitrofa a quella qui esaminata - un precedente rilevante della Grande Camera reso nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, esaminato dalla Corte edu-24 gennaio 2017-.

4.1 In tale vicenda due coniugi di nazionalità italiana avevano concluso un accordo di maternità surrogata gestazionale con una società russa, all'esito del quale era nato a Mosca un bambino, poi registrato come figlio dei ricorrenti senza alcun riferimento alla procedura di riproduzione artificiale. Tale registrazione era stata rifiutata dall'Ufficio dello stato civile italiano, poi determinando l'allontanamento del minore dalla coppia, con la quale la convivenza si era peraltro protratta per un breve lasso di tempo.

4.2 La Grande Camera della Corte edu, chiamata a verifica la violazione dell'art. 8 prospettata dai ricorrenti, ha ribaltato la decisione resa dalla Camera nel 2015. Nella prima decisione, la Camera era giunta alla conclusione che esistesse una vita familiare *de facto* tra i ricorrenti e il minore, in quanto la posta in gioco per lo stesso era la determinazione di un legame biologico con il minore. La Grande Camera ha invece ritenuto che l'assenza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori, la breve durata della relazione con il minore e l'incertezza dei legami dal punto di vista giuridico - e malgrado l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei legami affettivi -, non soddisfacevano le condizioni per poter concludere che esistesse una vita familiare *de facto*, inquadrando la condizione dei ricorrenti nell'ambito della tutela prevista per la vita privata dal medesimo art. 8. Ciò ha consentito, per l'un verso, di ritenere sufficienti i motivi addotti dalle autorità interne per disporre l'allontanamento del minore dalla coppia, essenzialmente centrati sulla situazione del minore e sull'illegalità della condotta dei ricorrenti.

4.3 Passando all'esame dell'aspetto più complesso, rappresentato dalla proporzionalità del provvedimento, adottato dal tribunale per i minorenni e confermato in grado di appello, di allontanamento del minore dalla coppia, la Corte edu ha precisato che i fatti di causa avevano riguardato argomenti eticamente sensibili - adozione, presa in carico di un minore da parte dello Stato, procreazione medicalmente assistita e gestazione per conto terzi - per i quali gli Stati membri godono di un ampio margine di apprezzamento. Nell'ambito di tale margine, la condotta delle autorità nazionali non è stata ritenuta integrare la violazione dell'art. 8 CEDU. Secondo la Corte i giudici interni non erano tenuti a dare la priorità al mantenimento della relazione tra i ricorrenti e il minore, trovandosi piuttosto di fronte a una scelta delicata: permettere ai ricorrenti di continuare la loro relazione con il minore - e in tal modo legalizzare la situazione che questi avevano imposto come un fatto compiuto - o adottare misure volte a dare al minore una famiglia conformemente alla legge sull'adozione. A dire della Corte, se non andava sottovalutato l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore doveva aver avuto sulla vita privata dei

ricorrenti, tuttavia, '...si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore. Accettare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano.' In definitiva, secondo la Corte e i giudici italiani, avendo concluso che il minore non avrebbe subito un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione, avevano garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie.

5. Il Protocollo n. 16 ha introdotto la possibilità dei giudici di ultima istanza nazionale di rivolgersi direttamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo, prima della decisione finale che gli stessi andranno ad adottare, per chiedere un parere "non vincolante" in ordine all'interpretazione del diritto della CEDU. Esso innova in modo significativo i rapporti fra alte giurisdizioni nazionali e Corte EDU. Tradizionalmente, infatti, si sottolinea il ruolo di istanza ultima della Corte di Strasburgo, chiamata a intervenire quando nessun altro rimedio giudiziario interno è possibile sperimentare a tutela di un diritto fondamentale protetto dalla CEDU.

5.1 Il nodo problematico era dato, appunto, dalla posizione asimmetrica del giudice nazionale rispetto alla Corte EDU, non essendo il primo munito di quel fondamentale strumento rappresentato dal rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, che costituisce il paradigma fondamentale dei rapporti fra giudice nazionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea.

5.2 Il Protocollo n.16 nasce, dunque, dalla proposta del Comitato dei Saggi nominati dal Consiglio d'Europa, muovendo dalle prese di posizione formali assunte nelle Dichiarazioni espresse dai 47 Paesi del Consiglio d'Europa sul futuro della Corte EDU in occasione della Conferenza di Izmir - del 26/27 aprile 2011- e della Conferenza di Brighton del 19/20 aprile 2012, nonché del documento di riflessione adottato dalla stessa Corte dei diritti dell'uomo - *Reflection Paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, in www.echr.coe.int-

5.3 Si tratta di un provvedimento di particolare rilievo, che chiama le giurisdizioni superiori allo svolgimento di un ruolo che, nell'ottica europea, dovrebbe avere un duplice effetto.

5.4 Per un verso, infatti, verrebbe implementato il ruolo e la funzione dei diritti di matrice convenzionale, resi più concretamente efficaci ed effettivi attraverso un meccanismo che, in modo equilibrato, induce le istanze nazionali a sviluppare al massimo le dirette conoscenze in ordine alla giurisprudenza della Corte europea e, in definitiva, a evitare l'intervento della Corte europea al momento dell'esaurimento delle vie di ricorso interne.

5.5 Il solo fatto di mettere in collegamento il giudice interno e la Corte europea dovrebbe indurre il primo a compiere una ricognizione completa - e anche se, a volte, laboriosa, per il numero delle decisioni e per la lingua nella quale esse possono reperirsi - della giurisprudenza della Corte

EDU.

5.7 Per altro verso, lo strumento del parere preventivo riduce significativamente il rischio di interpretazioni convenzionalmente orientata solo *nella forma* proprio attraverso il meccanismo introdotto dal Protocollo di cui si è qui detto.

5.7 Il Protocollo n. 16 mette in luce il rapporto di complementarità fra giudice interno e giudice di Strasburgo, correlato all'atteggiarsi della richiesta di parere non vincolante come strumento preventivo che *parte* dal giudice nazionale.

5.8 Non sembra perciò inutile sottolineare la "centralità" del giudice nazionale, essendo quest'ultimo non soltanto l'unico ad avere piena conoscenza dei fatti di causa, ma anche trovandosi nella situazione più idonea per valutare la pertinenza delle questioni di principio sollevate e la necessità di una pronuncia interlocutoria rispetto al procedimento pendente.

5.9 Se, infatti, la pronuncia della Corte edu resa in sede di richiesta di parere non vincolante entrerà nel circuito decisorio che verrà definito, a livello interno, dalla sentenza del giudice nazionale di ultima istanza, l'intervento del giudice interno finirà con l'assumere importanza notevole tanto, a monte, nella fase di proposizione della richiesta di parere, che, a valle, in quella successiva di recepimento del parere, come detto non vincolante, della Corte europea.

5.10 In entrambi i casi il giudice domestico avrà la possibilità di svolgere, in maniera equiordinata con la Corte europea – o, addirittura, per effetto di una sorta di capovolgimento, da posizione privilegiata – il proprio ruolo di interprete del diritto interno e di quello di matrice convenzionale.

6. Come detto, quanto all'Italia, non risulta depositato lo strumento di ratifica. Pensare ad una immediata efficacia del protocollo non pare praticabile.

6.1 Va semmai sottolineato che la Corte EDU, nell'ambito della Rete dalla stessa creata con le Corti supreme nazionali che vi hanno aderito, ha da poco sperimentato un meccanismo di collegamento fra giudici nazionali e Corte di Strasburgo volto a favorire la conoscenza della giurisprudenza rilevante rispetto ai casi all'esame delle dette Corti. Si tratta di uno strumento che è stato già in un'occasione sperimentato dalla Corte di Cassazione, attraverso la predisposizione di un breve resoconto della causa con la richiesta di notizie in merito alla giurisprudenza della Corte EDU, al quale la Divisione della Corte EDU competente, sotto la supervisione del Giureconsulto, ha fornito risposte esaurienti.

6.2 Il primo nodo che verrà al pettine in sede di ratifica del protocollo sarà certamente quello della sua operatività nei rapporti fra Corte costituzionale e CtEDU, visto che già in sede di approvazione del primo progetto di legge presentato nel corso della precedente legislatura e, in quello più recente, approvato in via definitiva dalla Camera dei deputati – progetto di legge n. 35 C., presentato il 23 marzo 2018 – è stato previsto che la Corte costituzionale possa

provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo in conformità agli artt. 14, primo comma, e 22, secondo comma, della legge n. 87/1953 (v., da ultimo, il disegno di legge A.C. 1124, presentato il 10 agosto 2018, avente ad oggetto la ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16).

6.3 Occorre ricordare che il Protocollo n. 16 non ammette la formulazione di riserve alle sue disposizioni, in difformità a quanto previsto dall'art.57 della CEDU, impegnando ciascun Paese a depositare, all'atto del deposito dello strumento di ratifica, l'elenco delle autorità giudiziarie nazionali competenti per richiedere parere consultivi.

6.4 Nel rinvolgere il quesito alla Corte EDU, l'autorità giurisdizionale nazionale deve tenere presente quanto indicato nelle apposite Linee Guida- reperibili all'indirizzo https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf-. Il quesito proposto, sottoposto ad un collegio di cinque giudici della Grande Camera della Corte edu, potrà essere dichiarato irricevibile con provvedimento motivato ovvero, ove ritenuto ricevibile, sarà deciso nel merito dalla Grande Camera.

6.5 Occorrerà riflettere, quando il Protocollo 16 diventerà esecutivo anche per l'Italia, sull'impatto che il ricorso al meccanismo della richiesta di parere potrà avere sui *rapporti interni* alle giurisdizioni superiori - e segnatamente sulla Corte di Cassazione - e sul modo con il quale occorrerà utilizzarlo.

6.6 Il rischio che la Corte EDU possa essere sommersa da richieste di pareri preventivi- che saranno decise da una particolare sezione della Grande Camera - facendo perdere di effettività quella stessa Corte quanto ai tempi di decisione - spesso lunghi - che ne contraddistinguono l'operato, dovrà probabilmente indurre ad un uso accorto dello strumento che tenda comunque a considerare il ruolo nomofilattico riservato alle Sezioni Unite della Cassazione (art. 65 ord. giud.) - e a quello, per certi aspetti simile, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni riunite della Corte dei conti - sulle questioni che attengono a contrasti interni fra diversi indirizzi giurisprudenziali o di massima rilevanza.

6.7 In ogni caso, investire la Corte dei diritti umani di una questione di massima importanza che involge la qualificazione di un diritto fondamentale pure riconosciuto dalla CEDU significherebbe rafforzare il peso e il valore della decisione che verrà successivamente data dal giudice nazionale.

6.8 Rafforzamento che potrebbe raggiungere l'apice ove fossero le Sezioni Unite della Cassazione a rivolgersi direttamente alla Corte europea con la richiesta di parere consultivo ove investito di una questione di massima di particolare rilevanza.

6.8 Occorrerà ricercare delle linee direttive bilanciate per evitare che lo strumento resti una "mera lustra", ovvero divenga luogo indiscriminato di trasferimento di contenzioso dai giudici

nazionali a Strasburgo, ove certo il carico di richieste di pareri non potrebbe certo essere visto con particolare favore.

6.9 In questa prospettiva, lo strumento della richiesta di parere potrebbe essere utile se si rivolge alla Corte EDU una richiesta incidente vuoi su vicenda 'sistemica' - perché correlata al peculiare atteggiarsi della legislazione ovvero della giurisdizione che della stessa ha fornito una certa interpretazione che appare necessario confrontare con il sistema di protezione convenzionale per verificarne la tenuta - vuoi su questione di particolare rilevanza. Ipotesi, in definitiva, capaci di potere avere 'effetti di rimbalzo' sia su fasci di ricorsi omologhi che presentano un problema comune - es. cause seriali - sia su questioni che involgono, in generale, l'applicazione di principi di ordine processuale e sostanziale di spiccato rilievo.

6.10 Potrebbero essere quindi di ausilio i meccanismi che la Corte europea ha tratteggiato per determinare i casi di c.d. "sentenza pilota" proprio per determinare se è o meno opportuno il ricorso alla richiesta di parere.

6.11 Anche in caso di indirizzo consolidato - e magari datato - della Corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice nazionale di ultima istanza potrebbe, peraltro, ad essa rivolgersi per suscitare un *revirement* in relazione al diverso quadro normativo formatosi a livello dei Paesi contraenti, facendo così portavoce di un'interpretazione evolutiva.

6.12 Tale strumento sembrerebbe potere avere una qualche utilità anche per i casi nei quali un indirizzo su un diritto di matrice convenzionale della Corte europea si sia formato con riferimento a decisioni nelle quali non era parte lo Stato al quale appartiene il giudice nazionale chiamato ora a fare applicazione di quello stesso principio, al fine di verificarne la tenuta in relazione al quadro normativo interno non coincidente con quello considerato nel caso in precedenza deciso dal giudice europeo.

6.13 In definitiva, l'esistenza di un parere della Corte europea potrebbe accrescere il ruolo dell'interpretazione convenzionalmente orientata riservata al giudice nazionale, riducendo al minimo la necessità di ricorrere al meccanismo della caducazione della norma per incostituzionalità, secondo le rime fissate, a livello interno, dalla Corte costituzionale.

6.14 Particolare attenzione occorrerà prestare anche alle ipotesi di possibile intersezione fra questione che può essere oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE e richiesta di parere non vincolante alla Corte edu- visto che anche in sede di parere della Corte di Giustizia sull'ipotesi di adesione della dell'Unione europea alla CEDU la questione ebbe una certa rilevanza- v. la presa di posizione dell'Avvocato generale della Corte di giustizia Kokott, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160929&doclang=IT>, p. 139-.

6.15 In conclusione, la Corte di Strasburgo ha, a più riprese, affermato una visione mobile e *vivente (living instrument)* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Corte edu, Öneriyıldız c. Turchia [GC], ric.n. 48939/99, §§ 59, 71, 90 e 93; Corte edu, Saadi c. Regno Unito- § 63; Corte edu, Goodwin c. Regno Unito [GC], ric.n. 28957/95; Corte edu, *Demir e Baykara c. Turchia* [GC], n. 34503/97 – alla cui applicazione e attuazione devono concorrere tutti coloro che sono tenuti a garantire la tutela dei diritti fondamentali. Di guisa che sarà proprio il ruolo propulsivo dei giudici nazionali di ultima istanza, anche nell'utilizzo della richiesta di parere per promuovere interpretazioni evolutive della CEDU anche alla luce degli strumenti internazionali - ma anche costituzionali nazionali, quando gli stessi incarnano valori fondamentali - a determinare possibili nuovi scenari.

6.16 La prima richiesta di parere preventivo che la Corte di Cassazione francese ha avanzato, denota in modo significativo le potenzialità che lo strumento è in grado di fornire alle giurisdizioni nazionali di ultima istanza nel processo di progressiva affermazione dei diritti fondamentali, qualunque ne sia la matrice, nazionale e sovranazionale, chiamando gli operatori a soluzioni al contempo prudenti e coraggiose.

Indice

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE - RICHIESTA DI MUTAMENTO DEL NOME - RIFIUTO PRIMA DELL'ADEGUAMENTO CHIRURGICO DEI CARATTERI SESSUALI.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione, artt. 2, 3, 32

Convenzione EDU, artt. 8, 14

Normativa nazionale: l. 14 aprile 1982, n. 164

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., I sezione, 11 ottobre 2018 (nn. 55216/08) S.V. c. Italia.

Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Ritardo ingiustificato nell'autorizzare il mutamento del nome di una persona *transgender* – Violazione.

Abstract

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in esame, ha ritenuto sussistente una violazione dell'art. 8, a causa del ritardo di oltre due anni e mezzo nel disporre il mutamento del nome di una persona *transgender* che aveva intrapreso da anni il trattamento ormonale necessario per poter procedere all'intervento chirurgico di adattamento dei caratteri sessuali, autorizzato, ma non ancora eseguito alla di richiesta di rettifica.

1. Il ricorrente, iscritto nei registri di stato civile come soggetto maschile, si era sempre identificato come soggetto femminile e aveva vissuto come donna, con un diverso nome, con il quale era conosciuto dai colleghi di lavoro. Anche nella fotografia presente nel documento di identità, l'aspetto del ricorrente era quello di una donna.

Il prefetto aveva respinto la richiesta di mutamento del nome, rivoltagli nel 2001, dopo che da due anni il ricorrente aveva iniziato il trattamento con ormoni femminili, parte del processo di transizione di genere, e dopo che era stato autorizzato dal Tribunale l'intervento chirurgico di adattamento dei caratteri sessuali, In definitiva, il ricorrente aveva dovuto attendere la decisione giudiziaria del 10 ottobre 2003, che, preso atto dell'intervenuto adeguamento dei caratteri sessuali, aveva pronunciato la rettificazione di sesso.

Il ricorrente, invocando l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e l'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione, si era lamentato del rifiuto opposto dal prefetto.

La Corte ha osservato: a) che il caso rientrava nell'ambito applicativo dell'art. 8; b) che non veniva in questione la scelta del legislatore italiano di affidare la decisione in esame all'autorità giudiziaria, anziché a quella amministrativa; c) che l'indisponibilità dello stato civile nonché la coerenza e affidabilità dei registri relativi e, in generale, il bisogno di certezza giuridica rispondono al pubblico interesse e giustificano la predisposizione di procedure rigorose volte a verificare le motivazioni sottostanti alla richiesta di mutamento della identità legale.

Essa ha, tuttavia, notato che il rifiuto opposto al ricorrente era basato su ragioni puramente formali, che non avevano preso in considerazione la specifica situazione del ricorrente e, in particolare, il fatto che egli si stesse sottoponendo ad un processo di transizione di genere da vari anni e che l'apparenza fisica, al pari dell'identità sociale, erano femminili. In tale contesto, è apparso ingiustificato il ritardo di oltre due anni e mezzo intercorso prima che il nome presente sui documenti fosse reso coerente con la realtà della situazione, quale accertata dallo stesso provvedimento che aveva autorizzato l'intervento chirurgico nel maggio del 2001. Ciò aveva posto il ricorrente in una situazione di vulnerabilità, umiliazione e ansia. La Corte ha richiamato la raccomandazione CM/Rec (2010) 5 sulle misure per combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sulla identità di genere, con la quale il Comitato dei Ministri ha sollecitato gli Stati a rendere possibile il cambiamento del nome e del genere nei documenti ufficiali, con modalità veloci, trasparenti e accessibili.

Per queste ragioni, la Corte ha concluso per la violazione dell'art. 8, nella prospettiva dell'inadempimento dell'obbligo dello Stato di adoperarsi in positivo per garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Indice

CLASSIFICAZIONE

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – REGIME SPECIALE PREVISTO DALL'ART. 41 BIS O.P. – DETENUTO AFFETTO DA PATOLOGIA INVALIDANTE – ASSISTENZA SANITARIA PRESTATAGLI DALL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA – VIOLAZIONE – ESCLUSIONE – PROROGA DI TALE REGIME IN DIFETTO DI ADEGUATA VALUTAZIONE DELLE CONDIZIONI PERSONALI – VIOLAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Costituzione, artt. 27, comma terzo e 13, comma quarto

Convenzione EDU, art. 3

Normativa nazionale: L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 41 bis

SENTENZA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. I, 25 ottobre 2018 (n. 55080/13).

Divieto di tortura e di trattamento inumano o degradante - Art. 3, Convenzione e.d.u. – Regime speciale dell'art. 41 bis, legge n. 354 del 1975 – Detenuto affetto da patologia invalidante - Asserita insufficienza dell'assistenza sanitaria prestatagli durante il periodo di detenzione – Esclusione – Proroga del predetto regime detentivo in difetto della valutazione delle condizioni personali di salute – Violazione.

Abstract.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in esame, pronunciandosi sul caso riguardante il detenuto Bernardo Provenzano, oggi deceduto, in cui si discuteva della legittimità della decisione delle autorità italiane di prorogare il regime previsto dall'art. 41 bis, della legge n. 354 del 1975 (ordinamento penitenziario) nei confronti del medesimo nonostante questi fosse affetto da una patologia che rendeva difficile la prosecuzione del relativo regime detentivo speciale, pur escludendo che vi fosse stata una violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU con riferimento all'asserita insufficienza dell'assistenza sanitaria prestatagli durante il periodo di detenzione, ha tuttavia ritenuto violata la predetta norma convenzionale per aver il nostro Paese consentito – in difetto di un'adeguata valutazione delle sue condizioni personali di salute - la prosecuzione del predetto regime speciale detentivo fino alla sua morte, malgrado la malattia invalidante da cui questi era affetto.

La violazione a carico dell'Italia ha in definitiva riguardato solo l'obbligo 'procedurale' a carico dello Stato per non aver offerto in concreto gli strumenti per verificare che il regime speciale

dell'art. 41 bis o.p. fosse stato applicato in coerenza con il parametro CEDU. Diversamente, è stata esclusa la violazione della predetta norma convenzionale quanto al fatto che lo Stato italiano avesse introdotto un istituto contrastante con la Convenzione e.d.u.

1. Il caso

Il caso, deciso il 25 ottobre u.s., trae origine da un ricorso (n. 55080/13) contro l'Italia, presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione e.d.u., da Bernardo Provenzano, ora deceduto, cittadino italiano nato nel 1933.

Il Provenzano era stato arrestato nel 2006. Successivamente era stato ritenuto colpevole di numerosi reati di estrema gravità, riportando numerose condanne all'ergastolo. Dopo il suo arresto, era stato ristretto in regime detentivo di rigore, previsto dall'art. 41 bis della legge n. 354 del 1975, regime restrittivo che impedisce ai detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-bis o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. Tale regime penitenziario prevede in particolare numerose restrizioni sulle possibilità di visita da parte dei familiari del detenuto, il divieto di utilizzare il telefono ed il controllo della corrispondenza. Il regime per il Provenzano era stato esteso ogni anno fino al 2010, poi ogni due anni fino al 2016. Egli era stato detenuto nelle strutture carcerarie di Parma e Milano. A causa del progressivo deterioramento delle sue condizioni di salute durante il periodo di detenzione, si era verificato anche un considerevole decadimento delle facoltà intellettive.

Alla fine del 2013 egli era stato permanentemente costretto a restare a letto ed era alimentato artificialmente con un sondino gastrico. Era stato poi ospedalizzato nel 2014 nell'ala detenuti dell'ospedale civile San Paolo a Milano, in cui era rimasto fino alla sua morte, avvenuta nel 2016. Fra il 2013 e il 2016 aveva inutilmente avanzato istanze alle Autorità preposte richiedendo la sospensione dell'esecuzione della pena per motivi di salute nonché la revoca del regime detentivo speciale cui era sottoposto. Le Autorità italiane, basandosi su relazioni mediche e su una perizia redatta da alcuni esperti appositamente nominati, avevano ritenuto che egli stesse ricevendo un trattamento sanitario appropriato, sia durante il periodo di detenzione scontato a Parma che durante il periodo di detenzione ospedaliera di cui aveva beneficiato nell'ospedale di Milano. Inoltre, le Autorità italiane avevano ritenuto che il regime speciale fosse ancora giustificato a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

2. Invocando in particolare l'articolo 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) della Convenzione EDU, il Provenzano si era lamentato dell'insufficiente assistenza sanitaria in carcere,

nonché per la decisione delle autorità italiane di prorogargli il periodo detentivo in regime di carcere "duro" fino alla sua morte, malgrado la patologia invalidante da cui era affetto.

Il ricorso era stato presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 25 luglio 2013. Il Provenzano era deceduto il 13 luglio 2016, ma la causa era proseguita per volontà del figlio con dichiarazione comunicata alla Corte EDU l'11 agosto dello stesso anno.

3. La Corte di Strasburgo ha, anzitutto, escluso che potesse ritenersi violato l'art. 3 della Convenzione EDU per la sola decisione delle autorità italiane di far scontare al Provenzano la propria pena in carcere sotto il regime speciale previsto dall'art. 41 bis, citato.

Sul punto, i giudici europei hanno ritenuto che, alla luce della documentazione offerta dalle Autorità italiane, lo stato detentivo del ricorrente di per sé non potesse essere considerato incompatibile con il suo – anche se grave – stato di salute e con la sua età avanzata, né che, tenuto conto delle cure sanitarie somministrategli in carcere, la sua salute e benessere non fossero stati adeguatamente protetti.

4. Diversamente, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto violato l'art. 3 della Convenzione EDU per quanto concerneva la decisione delle Autorità italiane di mantenerne lo stato detentivo carcerario nel regime speciale previsto dall'art. 41 bis, O.P.

Sul punto, la Corte EDU ha rilevato che, relativamente al periodo fra l'emissione dell'ordine di prosecuzione del regime detentivo nel marzo 2012 ed il suo rinnovo nel marzo 2014, era provato che la salute del Provenzano si fosse considerevolmente deteriorata, tanto da richiedere un intervento neurochirurgico. La prova del suo deterioramento cognitivo, già presente nelle perizie medico – legali dal 2012 (tanto da essere stato descritto come "serio" in una perizia medico – legale di dicembre 2013) era data dalla difficoltà di esprimersi verbalmente, tanto che il modo di parlare del detenuto era stato descritto come incoerente ed incomprensibile.

La Corte in particolare ha stigmatizzato la circostanza che non si fosse prestata particolare attenzione, nel "rinnovare" il regime detentivo speciale nel 2014, al deterioramento cognitivo del Provenzano, malgrado la sua serietà e l'impatto potenziale che tale situazione patologica aveva sulla valutazione dell'esigenza di continuare a mantenere nei suoi confronti tale speciale regime restrittivo.

5. Venendo, poi, all'ordine del Ministro della Giustizia di prorogare il trattamento penitenziario previsto dall'art. 41 bis O.P. nel marzo 2016, tenuto conto della "serietà" della situazione, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che nel rinnovare il regime del c.d. carcere duro, si sarebbe dovuto motivare in maniera molto più dettagliata, illustrando le ragioni che militavano a favore della proroga di tale regime carcerario, ma soprattutto si sarebbe dovuto tener conto del deterioramento cognitivo del ricorrente che si era progressivamente evoluto.

Orbene, la Corte EDU ha rilevato che mentre tale provvedimento ministeriale forniva una descrizione dettagliata della storia criminale del Provenzano, del suo ruolo importante nel sodalizio criminoso, della continua operatività di tale organizzazione, diversamente, quanto al tema centrale della "necessità" di mantenere il regime detentivo speciale a fronte del progressivo deterioramento delle sue facoltà fisiche e mentali – se si eccettuano un paio di riferimenti alle relazioni della DDA di Palermo e della DNA –, non si faceva menzione alcuna della particolare situazione di decadimento intellettivo del ricorrente.

Inoltre, non sembrava esservi traccia nel testo del provvedimento di una valutazione esplicita e autonoma da parte del Ministro della Giustizia della situazione del ricorrente al momento dell'assunzione della decisione. Il limitato spazio dedicato a tali questioni e la mancanza di una valutazione esplicita ha reso quindi difficile alla Corte EDU accertare se, in che modo e fino a che punto tali circostanze fossero state ponderate dal Ministero della Giustizia al momento di valutare il rinnovo o meno delle restrizioni connesse al regime carcerario detentivo.

Di conseguenza, la Corte EDU ha concluso rilevando che il provvedimento ministeriale fosse insufficientemente motivato non emergendo una "rivalutazione effettiva" quanto al mutamento del quadro sanitario del ricorrente, in particolare con riferimento al suo decadimento cognitivo divenuto critico.

6. Alla luce di quanto sopra, la Corte EDU ha ritenuto che il Governo italiano non avesse dimostrato in modo convincente che, tenuto conto delle circostanze particolari del caso, la proroga del regime detentivo speciale di cui all'art. 41 bis, legge n. 354 del 1975, fosse giustificata.

Da qui, l'accertata violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU, per il periodo successivo alla proroga del "carcere duro" disposta con provvedimento del Ministro del 23 marzo 2016.

7. Quanto alla compatibilità del regime del "41 bis" con l'art. 3 della Convenzione EDU, si ricorda che la Corte già ha avuto più volte l'opportunità di valutare il regime detentivo speciale in tantissimi casi ed ha concluso che, in relazione ai casi esaminati, l'imposizione del regime non comporta problemi rispetto all'articolo 3, anche quando è stato imposto per lungo periodo (vedi, *ex multis*: **caso Enea c. Italia [GC] del 17 settembre 2009**, n. 74912/01; **caso Campisi c. Italia dell'11 luglio 2006**, n. 24358/02; **caso Paoletto c. Italia (dec.) del 24 settembre 2015**, n. 37648/02).

In tali casi, la Corte EDU ha ritenuto che, al fine di ritenere coerente l'applicazione estesa di determinate restrizioni nell'ambito del regime del "41 bis", è necessario il raggiungimento di una soglia minima di severità richiesta per ricadere nell'ambito dell'articolo 3, il che dipende anche dalla durata, il che impone un esame alla luce delle circostanze di ogni caso, ciò comportando, tra l'altro, l'accertamento se il rinnovo o la proroga delle restrizioni sia o meno giustificato (vedi,

tra le altre, oltre al caso Enea c. Italia, citato sopra, il caso Campisi, citato sopra; il caso Paoello, citato sopra, e, *mutatis mutandis*, il **caso Ramirez Sanchez c. Francia [GC] del 4 luglio 2006**, n. 59450/00).

Indice

CLASSIFICAZIONE

ESECUZIONE DECISIONI CORTE EDU - MISURA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE - ACCERTAMENTO DELLA VIOLAZIONE CONVENZIONALE IN TEMA DI GIUSTO PROCESSO-RIMEDIO INTERNO ESPERIBILE

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU: art. 46

Costituzione: art. 24

Normativa nazionale: artt. 670 e 630 c.p.p.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen. Sez. I n. 50919 del 13.7.2018 (dep. 8.11.2018) ric. Frascati.

Accertamento violazione art. 6 Convenzione Edu - Mancata celebrazione udienza pubblica - Esecuzione interna mediante incidente di esecuzione - Violazione del principio di tipicità processuale.

Abstract

Con la pronunzia in esame la Corte di Cassazione ritorna sul tema degli effetti delle decisioni emesse dalla Corte Edu nel sistema interno. Si afferma, in particolare, che lo strumento tipico di adeguamento, anche nei confronti del soggetto destinatario della pronunzia favorevole emessa in sede sovranazionale è rappresentato dalla ipotesi aggiuntiva di revisione introdotta dalla Corte Costituzionale con la sentenza numero 113 del 2011.

1. Il caso trattato dalla sentenza numero 50919 del 2018 – emessa dalla I Sezione Penale – riguarda gli effetti di una avvenuta cancellazione dal ruolo, da parte della Corte Edu, di un ricorso proposto contro lo Stato italiano in virtù della dichiarazione unilaterale del Governo tesa a riconoscere l'esistenza della violazione dell'articolo 6 della Convenzione, per mancata celebrazione della pubblica udienza in una procedura di prevenzione decisa nel 2006.

Il soggetto destinatario di tale pronunzia, essendo tuttora inciso nel diritto di proprietà per effetto della decisione interna definitiva, ha proposto incidente di esecuzione - ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., con richiesta di restituzione dei beni oggetto di confisca in relazione a quanto previsto dall'art. 46 Conv. Edu.

In sede di decisione sul diniego opposto dal giudice della esecuzione, la Corte di Cassazione, con decisione di rigetto, afferma che lo strumento di adeguamento da ritenersi «tipico» è la revisione 'europea' introdotta con sentenza additiva numero 113 del 2011 Corte Cost., e che la scelta della parte di introdurre una domanda diversa dalla revisione non realizza un idoneo

contemperamento di interessi, rispetto a quanto previsto, in tema di obbligo di conformazione, dall'art. 46 co.1 Conv. Edu.

Si afferma, sul tema, che mentre l'incidente di esecuzione presuppone la ricognizione di un evento successivo al giudicato potenzialmente idoneo a travolgerne gli effetti, la revisione europea - per come elaborata nei contenuti argomentativi della sentenza numero 113 del 2011 - è strumento che consente di rimediare all'accertata violazione della Convenzione (che riguardi i principi in tema di giusto processo) attraverso la restituzione della facoltà compromessa, il che non comporta necessariamente l'approdo ad un esito 'liberatorio' per la parte istante.

La natura della revisione speciale - che resta impugnazione straordinaria - è dunque quella di consentire la riapertura del giudizio interno e la conseguente rielaborazione del caso eliminando i punti di contrasto con la Convenzione, fermo restando che l'esito di tale giudizio restitutorio - una volta emendato dalle ragioni di contrasto con i principi convenzionali - dipende dall'esercizio degli ordinari poteri valutativi spettanti al giudice del singolo caso.

Da tale assunto si trae la conseguenza della non esperibilità - salvo ipotesi particolari - dello strumento dell'incidente di esecuzione da parte del soggetto destinatario della pronuncia favorevole, atteso che tale modello processuale non contiene, per definizione, i necessari ambiti di discrezionalità del giudice interno in tema di individuazione della «incidenza» della violazione accertata dalla Corte di Strasburgo sulla tenuta complessiva del giudicato interno.

Si evidenzia che solo attraverso la procedura di revisione - non chiesta dalla parte privata - si sarebbe realizzato un equo contemperamento di interessi, nel caso concreto, attraverso la restituzione della specifica facoltà (trattazione del caso in udienza pubblica) la cui omissione è stata posta a base dell'accertamento di violazione convenzionale.

2. La decisione interviene su un tema di particolare problematicità, posto che ai contenuti della decisione additiva Corte Cost. numero 113 del 2011 in tema di revisione europea non è seguita - a tutt'oggi - una elaborazione legislativa delle forme tipizzanti dell'istituto.

Ciò ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali non sempre uniformi, posto che in alcuni casi, specie per violazioni dei contenuti dell'art. 7 Conv., si è ritenuto esperibile con successo, da parte del soggetto destinatario della pronuncia favorevole, l'incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 cpp (v. Sez. I n. 43112/2017 ric. *Contrada*) mentre in altri casi si è sottolineata la necessaria adozione del diverso modello della revisione europea (v. Sez. I n. 44193/2016 ric. *Dell'Utri*), pur con ulteriori oscillazioni relative alla possibilità o meno per i soggetti diversi dal 'vittorioso' , ma che prospettano la sovrapponibilità della condizione, di servirsi dello strumento della revisione (v. per la tesi negativa, in un caso di violazione art. 6 Conv., Sez. II n. 40889/2017, ric. *Cariolo*).

In tale contesto, con la decisione in esame, si riafferma la natura di impugnazione straordinaria della revisione, ritenuta unico strumento di adeguamento esperibile in caso accertata di violazione dei principi del giusto processo.

Indice

Realizzazione grafica a cura di



