



**CORTE SUPREMA
DI CASSAZIONE**

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

BOLLETTINO

(a cura del Gruppo di lavoro)

I

2021

PUBBLICAZIONE SEMESTRALE

Indice cronologico delle decisioni

Corte E.D.U., Sez. 2, 10 novembre 2020, Dan v. Moldavia (2).....	1
Corte E.D.U., Grande Camera, 22 dicembre 2020, Gestur Jónsson e Ragnar Halldór Hall c. Islanda.....	6
Corte E.D.U., Sez. 1, 14 gennaio 2021, Kargakis c. Grecia.....	15
Corte E.D.U., Sez. 3, 19 gennaio 2021, Timofeyev e Postupkin c. Russia.....	19
Corte E.D.U., Sez. 3, 19 gennaio 2021, Lacatus c. Svizzera.....	31
Corte E.D.U., Sez. 2, 26 gennaio 2021, Zličić c. Serbia.....	39
Corte E.D.U., Grande Camera, 2 febbraio 2021, X e altri c. Bulgaria.....	46
Corte E.D.U., Sez. 1, 4 febbraio 2021, Jurčić c. Croazia.....	53
Corte E.D.U., Sez. 2, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. Turchia.....	57
Corte E.D.U., Sez. 1, 11 febbraio 2021, Casarin c. Italia.....	68
Corte E.D.U., Sez. 4, 16 febbraio 2021, V.C.L. e A.N. c. Regno Unito.....	89
Cass. pen., Sez. U, 19 febbraio 2021 n. 6551, Commisso.....	103
Corte E.D.U., Sez. 4, 9 marzo 2021, Hassine c. Romania.....	111
Corte E.D.U., Sez. 2, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia.....	120
Cass. pen., Sez. U, 26 novembre 2020, n. 10381 dep. 17 marzo 2021, Fialova.....	132
Corte E.D.U., Sez. 1, 18 marzo 2021, Petrella c. Italia.....	136
Corte E.D.U., Sez. 5, 18 marzo 2021, Gilligan c. Irlanda.....	143
Corte E.D.U., Sez. 1, 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia.....	149
Corte E.D.U. Sez. 5, 25 marzo 2021, Bivolaru e Moldovan c. Francia.....	153
Cass. civ., Sez. U, sent. 31 marzo 2021 n. 9004.....	168
Cass, civ., Sez. U, sent. 31 marzo 2021 n. 9006.....	174
Cass. civ., Sez. 5, ord. 1° aprile 2021, n. 9076 e n. 9077.....	180
Corte E.D.U., Sez. 5, 1° aprile 2021, Sedletska c. Ucraina.....	185

Corte E.D.U., Sez. 5, 15 aprile 2021, K.I. contro Francia.....	191
Corte E.D.U., Sez. 4, 20 aprile 2021, Parfitt c. Regno Unito.....	199
Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, Centrum för rättvisa c. Svezia.....	205
Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, Big Brothers Watch e altri c. Regno Unito.....	205
Corte E.D.U., Sez. 1, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia.....	213

Indice degli studi e approfondimenti

La ratifica del Protocollo n. 15 alla Convenzione EDU.....	224
--	-----

Indice alfabetico per materia

ACCESSO AD UN TRIBUNALE – DIRITTO DELLA PERSONA OFFESA A FAR VALERE PRETESE RISARCITORIE NEL PROCESSO PENALE – RICONOSCIMENTO DA PARTE DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE – LIMITAZIONI DERIVANTI DALLO SVILUPPO IRRAGIONEVOLE DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE – SUSSISTENZA – ESISTENZA DEL POTERE DI ATTIVARE L'AZIONE IN SEDE CIVILE DOPO LA DECLARATORIA DI PRESCRIZIONE – IRRILEVANZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – SUSSISTENZA.

ATTIVITÀ SANITARIA ESERCITATA IN ASSENZA DI TITOLO – ACCERTAMENTO INDUTTIVO DEL REDDITO – INDEDUCIBILITÀ DEI COSTI: PRESCINDE DALLA MODALITÀ DELL'ACCERTAMENTO E DERIVA DIRETTAMENTE DALLA LEGGE.

ATTIVITÀ SANITARIA ESERCITATA IN ASSENZA DI TITOLO – IRROGAZIONE SANZIONI TRIBUTARIE – VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM* IN RAPPORTO ALLA CONDANNA PENALE – NON SUSSISTE – RAGIONI.

DENUNCIA DI ABUSI SESSUALI SUBITI DA MINORENNI IN UN ORFANOTROFIO – NECESSITÀ DI INDAGINE EFFICACE – CRITERI – OBBLIGHI PROCEDURALI ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE DI LANZAROTE – DOVERE DI ASCOLTO DEL MINORE – VIOLAZIONE – CARENZE INVESTIGATIVE – SUSSISTENZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU SUL PIANO PROCEDURALE.

DIGNITÀ UMANA – PERSONE ESTREMAMENTE VULNERABILI E PRIVE DI ALTRI STRUMENTI DI SOPRAVVIVENZA – DIRITTO DI CHIEDERE L'ALTRUI AIUTO IN ASSENZA DI ALTRI MEZZI DI SOSTENTAMENTO – MENDICITÀ INOFFENSIVA E NON INVASIVA – APPLICAZIONE AUTOMATICA DELLA SANZIONE PENALE – ASSENZA DI UN EFFETTIVO INTERESSE PUBBLICO – MISURA NON PROPORZIONATA ALLA LOTTA CONTRO LA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA ED ALLA TUTELA DEI DIRITTI DEI PASSANTI, RESIDENTI E TITOLARI DI ESERCIZI COMMERCIALI – VIOLAZIONE DELL'ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – SUSSISTENZA.

DIRITTO AD UNA RAPIDA VERIFICA GIURISDIZIONALE DELLA SUSSISTENZA DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – CARATTERISTICHE E REQUISITI DI TALE TIPOLOGIA DI INDAGINE ANCHE IN RELAZIONE AL DOVERE SANCITO DALL'ART. 1 DELLA MEDESIMA CONVENZIONE, AL FINE DI RENDERE EFFICACE IL PRINCIPIO CONVENZIONALE DI CUI ALL'ART. 3 – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – SUSSISTENZA.

ART. 8 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – ART. 10 CEDU – LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – INTERCETTAZIONI DI MASSA DI COMUNICAZIONI O CONVERSAZIONI – INQUADRAMENTO GIURIDICO DELLE FORME DI *INTELLIGENCE* ELETTROMAGNETICA (ROEM) – MINACCE POSTE AGLI STATI DALLE RETI INTERNAZIONALI CHE UTILIZZANO INTERNET PER COMUNICARE – CONFORMITÀ CONVENZIONALE – CONDIZIONI.

ART. 13 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO – ISTANZA DI REVOCA O DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CUSTODIALE – MOTIVI – CONDIZIONI DI SALUTE DEL RICORRENTE – CONDIZIONI DETENTIVE IN VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – ACCOGLIMENTO DELL'ISTANZA SULLA BASE DELLA SOLA INSUSSISTENZA DEL PERICOLO DI REITERAZIONE DEL REATO – SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

ART. 6 CEDU – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO – MANCATA INDAGINE SULLO *STATUS* DEI RICORRENTI QUALI POTENZIALI VITTIME DI TRATTA – RIPERCUSSIONE SULL'ACQUISIZIONE DI PROVE FONDAMENTALI ALLA DIFESA – POSSIBILE IMPEDIMENTO – VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD UN EQUO PROCESSO – SUSSISTENZA.

DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO – LEGGE NAZIONALE N. 89 DEL 2001 (C.D. LEGGE PINTO) – INAPPLICABILITÀ ALLA PERSONA OFFESA CHE NON SI È POTUTA COSTITUIRE PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 13 CEDU – SUSSISTENZA.

DIRITTO ALLA VITA – TUTELA DELLA SALUTE – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE.

ART. 8, § 1, CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – INTEGRITÀ FISICA E MORALE – MANCANZA DI PROTEZIONE DELL'INTEGRITÀ PERSONALE DI UN MINORE VULNERABILE – ASSENZA DI TUTELA DAVANTI AGLI IMPUTATI – MANCANZA DI SERENITÀ E SICUREZZA NEL CORSO DELLE UDienze – COMPORTAMENTO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI NON CONFORME ALL'OBLIGO DI PROTEGGERE L'INTERESSE SUPERIORE DI UN MINORE VITTIMA DI SFRUTTAMENTO E ABUSO SESSUALI – APPLICAZIONE INEFFICACE DEL DIRITTO PENALE.

ART 14 (+ ART 1 P1) – DISCRIMINAZIONE INGIUSTIFICATA E DIRETTA IN BASE AL SESSO RIFIUTANDO DERIVANTE DAL RIFIUTO DI ATTRIBUIRE L'INDENNITÀ DI MATERNITÀ ALLA DONNA INCINTA CHE SI È SOTTOPOSTA A FECONDAZIONE IN VITRO POCO PRIMA DELL'IMPIEGO – OBBLIGHI FINANZIARI IMPOSTI A UNO STATO DURANTE LA GRAVIDANZA DI UNA DONNA INIDONEI A GIUSTIFICARE UNA DIFFERENZA DI TRATTAMENTO BASATA SUL SESSO – CARATTERE PROBLEMATICO DELLE MISURE DI ASSICURAZIONE SPESSO RIVOLTE ALLE DONNE INCINTE E ALLE DONNE CHE HANNO CONCLUSO UN CONTRATTO DI LAVORO IN UNA FASE AVANZATA DELLA LORO GRAVIDANZA O CON FAMILIARI STRETTI – PROTEZIONE LAVORATIVA DELLE DONNE DURANTE LA GRAVIDANZA E SUA INDIPENDENZA DALLA PRESENZA AL LAVORO DURANTE LA MATERNITÀ – MISURE DI PROTEZIONE DELLA MATERNITÀ ESSENZIALI PER SOSTENERE IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA UOMINI E DONNE NEL MONDO DEL LAVORO – CONCLUSIONE DELLE AUTORITÀ CHE LA FECONDAZIONE IN VITRO HA RESO LA RICORRENTE MEDICALMENTE INIDONEA A TROVARE UN IMPIEGO EQUIVALE A SCORAGGIARLA DAL CERCARE UN LAVORO A CAUSA DI UNA POSSIBILE GRAVIDANZA E INDICATIVO DI STEREOTIPI DI GENERE, IN DIRETTA VIOLAZIONE DEL DIRITTO NAZIONALE E INTERNAZIONALE.

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – ABUSI SESSUALI PATITI DA MINORENNI IN UN ORFANOTROFIO – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI – QUADRO LEGISLATIVO E REGOLAMENTARE ADEGUATO – SUSSISTENZA – MISURE PROTETTIVE SPECIALI IDONEE A PROTEGGERE I SOGGETTI VULNERABILI – MANCANZA DI PROVA CIRCA LA CONSAPEVOLEZZA DEL PERICOLO – NON VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU SUL PIANO SOSTANZIALE.

ART. 3 CEDU – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI – INDAGINE EFFICACE – CASO GRAVE DI VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA – DESCRIZIONE INUTILE DEGLI STUPRI – ECCESSIVA DURATA DI UN PROCEDIMENTO PENALE RELATIVO AD ABUSI SESSUALI PRESCRIZIONE DI DUE DEI CAPI DI IMPUTAZIONE – CASO CHE MERITA PARTICOLARE ATTENZIONE E PRIORITÀ ASSOLUTA – ASSENZA DI ASSISTENZA AL MINORE – NUMERO ECCESSIVO DI ESAMI MEDICI INVADENTI – ASSENZA DI VALUTAZIONE DEL CONSENSO DELLA VITTIMA CIRCOSTANZIATA RISPETTO ALLA SUA ETÀ E ALLA SENSIBILITÀ DEL CASO.

ART. 4 CEDU – DIVIETO DI RIDUZIONE IN SCHIAVITÀ – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI NEI CONFRONTI DELLE VITTIME DELLA TRATTA – MINORE IMPUTATO IN UN PROCEDIMENTO PENALE – FONDATO SOSPETTO DELLA SUA CONDIZIONE DI VITTIMA DELLA TRATTA – MANCATA ADOZIONE DI MISURE OPERATIVE DI PROTEZIONE, IN LINEA CON GLI STANDARDS INTERNAZIONALI – ASSENZA DI UN ACCERTAMENTO INIZIALE E RAPIDO DEL SUO *STATUS*, NONOSTANTE LE INDICAZIONI DELLE AUTORITÀ DEPUTATE ALLA TUTELA DELLE VITTIME DELLA TRATTA – PROSECUZIONE DELL'AZIONE PENALE IN BASE A MOTIVAZIONE INADEGUATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 4 CEDU – SUSSISTENZA.

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – SOGGETTO TRATTENUTO PRESSO L'AUTORITÀ DI POLIZIA GIUDIZIARIA E SOTTOPOSTO A MANIFESTAZIONI DI VIOLENZA FISICA E PSICHICA, IVI INCLUSA LA COSTRIZIONE A SOTTOSCRIVERE UNA DICHIARAZIONE AMMISSIVA DI COLPEVOLEZZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – SUSSISTENZA.

DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO – CONDOTTA PROCESSUALE DELLA PARTE IMPRONTATA A FINALITÀ DILATORIE INTEGRANTI ABUSO DEL PROCESSO – DURATA DEL PROCEDIMENTO DOVUTA A DIFFICOLTÀ APPLICATIVE DI UNA NUOVA DISPOSIZIONE NORMATIVA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – INSUSSISTENZA.

DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO – ECCESSIVA DURATA DELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI – INERZIA COLPEVOLE DELLE AUTORITÀ INQUIRENTI – DECLARATORIA DI PRESCRIZIONE DEL REATO - OSTACOLO ALLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – SUSSISTENZA.

EQUO PROCESSO – ACCESSO AD UN TRIBUNALE ISTITUITO DALLA LEGGE – IMPOSSIBILITÀ PER UN MAGISTRATO DI OTTENERE UN CONTROLLO GIURISDIZIONALE NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI DISCIPLINARI A SUO CARICO – NECESSITÀ DI SALVAGUARDARE L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA E LA FIDUCIA NEL SUO FUNZIONAMENTO – GARANZIA CONVENZIONALE PREVISTA DALL'ART. 6, PAR.1, CEDU (CIVILE) – APPLICABILITÀ – CONDIZIONI.

EQUO PROCESSO – CONDANNA IN APPELLO – RINNOVAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DECISIVA IN DIBATTIMENTO – art. 6 CEDU.

EQUO PROCESSO – DIRITTO ALL'AIUTO GIUDIZIARIO – DIFFERENZE TRA PROCESSO PENALE E PROCESSO CIVILE – DIRITTO AL GRATUITO PATROCINIO NEI PROCESSI CIVILI – CONDIZIONI – DINIEGO DELLA RICHIESTA DI ESSERE ASSISTITO DA UN DIFENSORE NEL PROCEDIMENTO DI APPLICAZIONE DELLE MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA CON FINALITÀ PREVENTIVE – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PARITÀ DELLE ARMI – SUSSISTENZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – SUSSISTENZA.

EQUO PROCESSO – RITO ABBREVIATO – *OVERTURNING* DELLA DECISIONE ASSOLUTORIA – RINNOVAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DECISIVA.

ESPULSIONE DI UNO STRANIERO – ART. 35 § 1 DELLA CONVENZIONE – ESAURIMENTO DELLE VIE DI RICORSO INTERNE – GARANZIE PROCEDURALI IN CASO DI ESPULSIONE DI STRANIERI – VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 7 – DANNO NON PATRIMONIALE – RISARCIMENTO – DANNO NON PATRIMONIALE – GIUSTA SODDISFAZIONE.

FAMIGLIA – ADOZIONE – COPPIE DELLO STESSO SESSO – RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI DI UN PROVVEDIMENTO STRANIERO DI ADOZIONE – ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – VITA FAMILIARE – SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE – NECESSARIA ESCLUSIONE DI VICENDE DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.

FAMIGLIA – MATRIMONIO RELIGIOSO – SENTENZA ECCLESIASTICA DI NULLITÀ – DELIBAZIONE – DIVORZIO – CONSEGUENZE ECONOMICHE – GIUDICATO – ASSEGNO DIVORZILE – UGUAGLIANZA TRA CONIUGI – SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE.

FAMIGLIA – VITA FAMILIARE – CONVIVENZA *MORE UXORIO* – TUTELA – QUESTIONE CONTROVERSA: ESTENSIONE DELL'OPERATIVITÀ DELLA DISCIPLINA DI CUI ALL'ART. 384, COMMA 1, COD. PEN. AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.

IMPOSTE DIRETTE ED IRAP – ACCERTAMENTO INDUTTIVO DEL REDDITO PER ATTIVITÀ STRUMENTALE O CONNESSA A REATO – NON DEDUCIBILITÀ DEI COSTI – FONDAMENTO.

INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI O COMUNICAZIONI – UTILIZZAZIONE IN ALTRI PROCEDIMENTI – TUTELA DELLA RISERVATEZZA (ART. 8 CEDU) – UTILIZZO, NELLE INDAGINI DISCIPLINARI, NON IN CONFORMITÀ ALLA LEGGE, DI REGISTRAZIONI DI CONVERSAZIONI TELEFONICHE INTERCETTATE NELL'AMBITO DI UN'INDAGINE PENALE A CARICO DI UN MAGISTRATO – DIVIETO – LIMITI.

ISTITUTI DI PREVENZIONE E PENA – ART. 3 CEDU – ART. 35-BIS ORD. PEN. – ART. 35-TER ORD. PEN. – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI RELATIVI ALLA CONDIZIONE DELLA CARCERAZIONE – GIURISPRUDENZA COSTANTE DELLA CORTE EDU, CASI "TORREGGIANI C. ITALIA" E "MURSTIC C. CROAZIA" – SPAZIO INDIVIDUALE MINIMO DEL DETENUTO INFERIORE A TRE METRI QUADRATI – SPAZIO INDIVIDUALE DEL DETENUTO COMPRESO TRA TRE E QUATTRO METRI QUADRATI – MODALITÀ DI DETENZIONE CONGIUNTA DI PIÙ SOGGETTI – CONDIZIONI DI VIVIBILITÀ NELLA STRUTTURA PENITENZIARIA OVE SONO ALLOCATI I DETENUTI – EVENTUALI FATTORI COMPENSATIVI IDONEI AD ATTENUARE LE CONSEGUENZE DI CONDIZIONI DETENTIVE INADEGUATE SOTTO IL PROFILO DELLO SPAZIO INDIVIDUALE – VERIFICA CONCRETA SULLA RICORRENZA DI TALI FATTORI – CONTEMPERAMENTO DEI FATTORI, POSITIVI E NEGATIVI, FUNZIONALI A FORMULARE UN GIUDIZIO DI COMPATIBILITÀ DELLE CONDIZIONI DETENTIVE EX ART. 3 CEDU – NATURA MULTIFATTORIALE DELL'ACCERTAMENTO SULLE CONDIZIONI DETENTIVE COMPIUTO DAL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA.

LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE – MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA APPLICATE DOPO L'ESECUZIONE DELLA PENA INFLITTA PER GRAVI REATI A SOGGETTI RECIDIVI PERICOLOSI – RESTRIZIONE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE – SUSSISTENZA – COMPATIBILITÀ CONVENZIONALE – CRITERI – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 PROTOCOLLO N. 4 CEDU – INSUSSISTENZA.

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – PROTEZIONE DELLE FONTI GIORNALISTICHE - INTERFERENZA CON I DIRITTI DELLA RICORRENTE DOVUTA ALL'ACCESSO GIUDIZIARIO AUTORIZZATO AI DATI DELLE COMUNICAZIONI DI TELEFONIA MOBILE, RITENUTA NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA, GROSSOLANAMENTE SPROPORZIONATA E NON GIUSTIFICATA DA UN REQUISITO IMPERATIVO DI INTERESSE PUBBLICO - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI – SUSSISTENZA. DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – ESPULSIONE A SEGUITO DELLA REVOCA DELLO STATUS DI RIFUGIATO COME CONSEGUENZA DI UNA CONDANNA PER TERRORISMO – MANCATA CONSIDERAZIONE, DA PARTE DELLE AUTORITÀ, DELLA PERMANENZA DELLA QUALITÀ DI RIFUGIATO E DEI BENEFICI DEL PRINCIPIO DI NON RESPINGIMENTO – CARENZA DI COMPLETA VALUTAZIONE DEI RISCHI IN CASO DI ESPULSIONE ANCHE SULLA BASE DI CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE – SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

ISTITUTI DI PREVENZIONE E DI PENA (ORDINAMENTO PENITENZIARIO) – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE INTRAMURARIO – FATTORI COMPENSATIVI DEL TRATTAMENTO DETENTIVO – RILEVANZA – CONDIZIONI.

NOZIONE DI PENA – MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA INCIDENTI SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SUI DIRITTI FONDAMENTALI – APPLICAZIONE SUCCESSIVA ALL'ESECUZIONE DELLA PENA INFLITTA PER GRAVI REATI A SOGGETTI RECIDIVI PERICOLOSI – FINALITÀ PREVENTIVA RISPETTO AL PERICOLO DI RECIDIVA E NON PUNITIVA – NON RICONDUCIBILITÀ ALLA NOZIONE CONVENZIONALE DI PENA – INAPPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI RETROATTIVITÀ DELLA SANZIONE PENALE – INAPPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM* – INAPPLICABILITÀ DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO SUL PIANO PENALE – INCOMPATIBILITÀ *RATIONE MATERIAE* CON GLI ARTT. 6 E 7 CEDU E CON L'ART. 4 PROTOCOLLO N. 7 CEDU.

ART 8 CEDU – OBBLIGHI POSITIVI - DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – INTEGRITÀ FISICA E MORALE – “VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA” DI UNA VITTIMA DI VIOLENZA SESSUALE A SEGUITO DI COLPEVOLI RILIEVI MORALIZZANTI E VEICOLAZIONE DI STEREOTIPI SESSISTI NELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA – INDAGINE EFFICACE – RISARCIMENTO DEL DANNO MORALE

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO – DISCIPLINA DELLA MAGISTRATURA – SANZIONI DISCIPLINARI IRROGATE AD UN MAGISTRATO PER DICHIARAZIONI RILASCIATE AI *MEDIA* ANCHE NELLA QUALITÀ DI PRESIDENTE DI UN'ASSOCIAZIONE DI GIUDICI E PUBBLICI MINISTRI - PROCESSO DISCIPLINARE PRIVO DI ADEGUATE GARANZIE PER LE FUNZIONI RIVESTITE – TUTELA DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE (ART. 10 CEDU) – VIOLAZIONE.

PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO – UTILIZZAZIONE DI PROVE ACQUISITE IN VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – TOTALE IRRILEVANZA DELLE PROVE STESSE AI FINI DELLA DECISIONE ADOTTATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – INSUSSISTENZA.

QUALIFICA DI “VITTIMA” AI SENSI DELL'ART. 34 CEDU – PERSISTENZA DELLO STATUS DI “VITTIMA”, COME INDIVIDUATO DALL'ART. 34 CEDU, A PRESCINDERE DA OGNI CONDOTTA RISARCITORIA O COMPENSATIVA NON ACCOMPAGNATA DAL PERSEGUIMENTO DEI RESPONSABILI DELLA CONDOTTA IN VIOLAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – SOSTANZIALE IMPUNITÀ DEGLI AGENTI DELLO STATO, ANCHE A SEGUITO DI UNA MANCATA EFFETTIVA INDAGINE PUBBLICA. IRRILEVANZA DELLA POSSIBILITÀ, PER IL RICORRENTE, DI POTER AGIRE IN GIUDIZIO CON ULTERIORE AZIONE PRIVATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – SUSSISTENZA.

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE ESTRADIZIONE PER L'ESTERO

– CONSEGNA DISPOSTA IN ESECUZIONE DI UN MANDATO DI ARRESTO EUROPEO – RISCHIO DI TRATTAMENTO INUMANO O DEGRADANTE A CAUSA DELLE CONDIZIONI DI DETENZIONE NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI DELLO STATO DI EMISSIONE – APPLICAZIONE DELLA “PRESUNZIONE DI PROTEZIONE EQUIVALENTE” – RILEVANZA – LIMITI.

RESPONSABILITÀ PENALE – ACCUSA PENALE – SANZIONE PENALE – APPLICAZIONE CRITERI *ENGEL*.

ART. 1 P1 – RISPETTO PER LA PROPRIETÀ – INTERFERENZA SPROPORZIONATA IN RELAZIONE ALL’AZIONE DELLE AUTORITÀ VOLTE ALLA RIPETIZIONE DI IMPORTI PAGATI PER ERRORE – MARGINE DI APPREZZAMENTO PIÙ STRETTO QUANDO L'ERRORE È ATTRIBUIBILE SOLO ALLE AUTORITÀ STATALI – PRINCIPIO DI “BUON GOVERNO” – ERRORE DI VALUTAZIONE DEL DATORE DI LAVORO IN CUI IL DIPENDENTE POTEVA RAGIONEVOLMENTE FARE AFFIDAMENTO – LAVORATORE VITTIMA DELL’ERRORE DELL'AMMINISTRAZIONE.

TRIBUTI ARMONIZZATI – INDEDUCIBILITÀ IVA PER ATTIVITÀ STRUMENTALE O CONNESSA A REATO – FONDAMENTO.

CLASSIFICAZIONE

EQUO PROCESSO – CONDANNA IN APPELLO – RINNOVAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DECISIVA IN DIBATTIMENTO – art. 6 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 6

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011; Manolachi c. Romania, 05/03/2013; Hanu c. Romania, 04/06/2013; sentenza 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania, 9/04/2013, 04/06/2013; Hogeia c. Romania, 29/10/2013; Lorefice c. Italia, 29/06/17; Lazu c. Moldavia. 5/07/2016; Ekbatani c. Svezia, 26 maggio 1988, Constantinescu c. Romania, no 28871/95, Dondarini v. San Marino, n 50545/99, § 27, 6 luglio 2004, et Igual Coll c. Spagna, no 37496/04, § 27, 10 marzo 2009; Al-Khawaja and Tahery v. Regno Unito [GC], 15 dicembre 2011, Schatschaschwili v. Germania [GC], 15 dicembre 2015).

Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 - dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 267486. Sez. U, n. 18620 del 19/01/2017 - dep. 14/04/2017, Patalano, Rv. 269786; Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272430; Sez. U, n. 14426 del 28/01/2019 - dep. 02/04/2019, PAVAN DEVIS, Rv. 275112.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 2, 10 novembre 2020, ric. 57575/14 Dan v. Moldavia (2).

Abstract

*La sentenza di **condanna** – sia essa pronunciata in primo grado che in appello – deve essere fondata su testimonianze **assunte in contraddittorio di fronte al giudice che decide**, in ossequio **al principio di immediatezza**, che garantisce l'affidabilità della valutazione in ordine all'attendibilità delle dichiarazioni.*

*Tale regola può patire delle eccezioni e la condanna può essere fondata su dichiarazioni "cartolari" solo se, esperiti tutti gli strumenti per ottenere la presenza del testimone, i contenuti accusatori siano confortati da **garanzie procedurali adeguate**.*

*I contenuti dichiarativi "su carta" hanno una efficacia dimostrativa depotenziata e, per fondare la condanna, devono essere confortati da adeguate garanzie procedurali (a) non solo quando la **testimonianza sia cartolare ab origine**, ovvero quando non sia mai stata assunta in contraddittorio, (b) ma anche quando **la testimonianza** assunta in contraddittorio in primo*

*grado **non sia stata rinnovata in appello**, quando è solo in tale grado di giudizio che si decide la condanna.*

*Tali garanzie procedurali possono essere tratte **anche dalla motivazione**, che deve essere rigorosa sia in ordine alla capacità dimostrativa del complessivo compendio probatorio, che al superamento di eventuali contraddizioni tra le fonti.*

*In grado di appello, quando è in predicato il ribaltamento di una decisione assolutoria la rinnovazione **deve essere disposta anche d'ufficio**.*

1. Il caso

Si contestava la Mihail Dan, preside di una scuola superiore di Chisinau in Moldavia di avere chiesto del denaro per disporre il trasferimento di uno studente presso la sua scuola; la persona alla quale era stata chiesta la tangente denunciava il fatto e la polizia organizzava una operazione sotto copertura (veniva organizzato un incontro che veniva osservato dalla polizia e il denaro veniva contrassegnato da una speciale polvere che rimaneva sulle mani di chi lo toccava).

Il Tribunale, all'esito del dibattimento, assolveva il Dan ritenendo il compendio testimoniale non univoco; in secondo grado l'assoluzione veniva riformata dalla Corte di appello che interpretava diversamente le prove dichiarative, valutandole tuttavia nella sola dimensione cartolare; **la Corte Edu – adita una prima volta – rilevava la violazione dell'art. 6** della Convenzione dato che in appello non erano stati sentiti direttamente i testimoni decisivi (Corte Edu ,5 luglio 2011).

In seguito alla condanna dei giudici europei la Corte di appello moldava celebrava nuovamente il processo e **rinnovava tre delle sette testimonianze assunte in primo grado**.

Nel dettaglio: (a) il denunciante non veniva ascoltato perché deceduto, (b) due testimoni appartenenti al corpo di polizia giudiziaria che avevano organizzato l'operazione sotto copertura, non venivano ascoltati perché non avevano assistito al passaggio di denaro, e dunque non erano stati ritenuti decisivi, (c) un terzo, sempre appartenente alla polizia giudiziaria, che in primo grado aveva confermato la tesi del denunciante, non veniva ascoltato perché irreperibile.

I tre testimoni sentiti erano tutti appartenenti alla polizia giudiziaria ed erano gli organizzatori della operazione sotto copertura: due di essi, nel corso della nuova audizione, affermavano di avere osservato il passaggio di denaro, contraddicendo quanto riferito, nel corso del primo grado di giudizio

All'esito della rinnovazione la Corte di appello **ribaltava nuovamente** la sentenza di assoluzione e condannava il Dan: questi ricorreva nuovamente alla Corte europea lamentando ancora una volta la mancata audizione in appello di testimoni decisivi.

2. La ratio decidendi

La Corte Edu ha affermato:

- in generale, che le dichiarazioni non assunte in contraddittorio di fronte al giudice che decide (sia in primo che in secondo grado) possono essere poste alla base della **condanna** – anche se questa interviene in appello – **solo quando sono bilanciate da adeguate garanzie procedurali** che ne confortino l'affidabilità, ovvero quando siano valutate attraverso un serrato scrutinio degli elementi di prova disponibili, che emerge dalla **motivazione** della sentenza;
- con riguardo al giudizio di appello, che il ribaltamento della sentenza – **sia fini penali che civili** (§ 56) - non può essere fondata sulla rivalutazione di testimonianze "su carta", nulla rilevando che i dichiaranti siano stati assunti in contraddittorio in primo grado; la testimonianza cartolare può tuttavia essere posta alla base del ribaltamento – in ossequio alla regola generale di cui al punto che precede – ove (a) sia stato compiuto ogni sforzo per ottenere la presenza del dichiarante e (b) la dichiarazione sia confortata da adeguate **garanzie procedurali** evincibili dal rigore della **motivazione** sulla attendibilità;
- che la rinnovazione delle prove dichiarative in appello, quando si procede al ribaltamento della sentenza assolutoria, deve essere disposta anche **d'ufficio**, a prescindere dalle richieste dell'accusato (§ 57).

3. La decisione

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto "non equo" il processo a carico del Dan che rilevando il contrasto con l'art. 6 della Convenzione

La Corte europea concordava sulla non decisività della rinnovazione della testimonianza dei due testi della polizia giudiziaria che avevano dichiarato di non avere assistito al passaggio di denaro (§ 64); riteneva invece **decisive le due testimonianze non rinnovate - una per morte e l'altra irreperibilità** - in quanto entrambe erano fondamentali per provare il passaggio del denaro oggetto della tangente; riteneva che la lesione del diritto di difesa discendente dalla mancata audizione in appello di tali testi **non** risultava **bilanciata** da adeguate garanzie procedurali: segnatamente (a) la progressione dichiarativa degli altri testimoni era discontinua e caratterizzata da serie contraddizioni (§ 66); (b) il video che aveva filmato l'incontro tra il denunciante ed il Dan era stato interrotto proprio quando sarebbe avvenuto il passaggio di denaro (§ 67); (c) i dichiaranti la cui testimonianza era stata rinnovata erano tutti appartenenti alla polizia giudiziaria che aveva condotto l'operazione.

La Corte Edu riteneva che mancata rinnovazione della prova dichiarativa proveniente dal teste irreperibile – decisiva, ma di affidabilità incerta – non era giustificata da adeguate ricerche: il processo non rispettava dunque le garanzie previste dall'art. 6 § 1 della Convenzione.

Si censurava in particolare il **difetto di motivazione** sulla attendibilità delle testimonianze rinnovate: queste erano state ritenute affidabili senza fornire alcuna spiegazione né in ordine alla discontinuità della progressione dichiarativa nel corso dei due gradi di giudizio, né alla ragione per la quale era stata assegnata prevalente credibilità alla nuova versione rispetto a quella precedente (§ 61); il fatto che la prova dichiarativa dell'irreperibile era stata assunta in contraddittorio nel corso del primo grado di giudizio non era sufficiente a rispettare le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione dato che il **difetto di contraddittorio di fronte al giudice della condanna** non era bilanciato da adeguate garanzie procedurali che garantissero l'affidabilità dei contenuti accusatori (§ 66).

4. Note

Dalla decisione in commento emerge la tensione della Corte verso la valutazione della equità "complessiva" del procedimento.

Di particolare interesse è l' "importazione" dei principi espressi dalle sentenze di Grande camera *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* (15 Dicembre 2011) e *Schatschaschwili v. Germany* (15 Dicembre 2015) in ordine alla valutazione delle dichiarazioni "su carta" al caso in cui la condanna intervenga per la prima volta nel secondo grado di giudizio.

La prova dichiarativa **"cartolarizzata" a causa dell'avanzamento progressione processuale** (ovvero della contrazione del dibattimento del giudizio di appello) viene **di fatto equiparata alla testimonianza cartolare *ab origine***, ovvero a quella mai sottoposta al contraddittorio formata nel corso delle indagini.

Tale equiparazione è generata dalla massima tensione verso la tutela delle **garanzie processuali** dell'accusato che patisce una **"condanna"** in qualunque fase del processo: la Corte ha affermato che la condanna può essere fondata su dichiarazioni **non assunte in contraddittorio di fronte al giudice che decide**, solo se le stesse sono assistite da **"garanzie procedurali"** che garantiscono l'affidabilità del giudizio sulla attendibilità. Tali garanzie secondo la Corte possono rinvenirsi (anche) nella struttura della motivazione, quando la stessa sia particolarmente rigorosa e superi logicamente ogni contraddizione tra gli elementi di prova raccolta (§ 61). Nel caso in cui tali garanzie non si rinvergano il secondo giudice deve procedere alla rinnovazione, anche senza l'impulso di parte, disponendo di ufficio (§ 57).

Sullo sfondo emerge (nuovamente) la valorizzazione del **"contegno"** del testimone che è considerato dalla Corte un elemento essenziale per la valutazione della credibilità dei contenuti

accusatori e la sua percezione garantisce un giudizio affidabile fondato sul rispetto del principio di immediatezza (§ 51).

I giudici di Strasburgo hanno ribadito inoltre che prima di procedere alla valutazione delle dichiarazioni cartolari di un teste non immediatamente reperibile occorreva svolgere adeguate ricerche per assicurare la sua audizione di fronte al giudice che decide (§ 65).

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

RESPONSABILITÀ PENALE – ACCUSA PENALE – SANZIONE PENALE – APPLICAZIONE CRITERI ENGEL.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, artt. 6-7

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Engel e altri c. Olanda, 8 giugno 1976; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* [GC], nr. 55391/13; *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 50; *Weber c. Svizzera*, 22 maggio 1990; *Ravnsborg c. Svezia*, 23 marzo 1994, § 33; *Jussila c. Finland* [GC], nr. 73053/01, §§ 30-31, CEDU 2006-XIV; *Ezeh and Connors c. the United Kingdom* [GC], nr.39665/98 e 40086/98, § 82, CEDU 2003-X; *Putz c. Austria*, 22 febbraio 1996, §32; *Žugić c. Croazia*, nr. 3699/08, § 65, 31 maggio 2011; *Kubli c. Switzerland*, nr. 50364/99, 21 febbraio 2002; *Balyuk c. Ukraine*, nr. 17696/02, 6 settembre 2005; *Müller-Hartburg c. Austria*, nr. 47195/06, § 47, 19 febbraio 2013; *T. V. c. Austria* nr. 27783/95, §§ 63-67, CEDU 2000-XII; *Kyprianou c. Cyprus*, nr. 73797/01, § 31, 27 gennaio 2004; *Mamidakis c. Greece*, nr. 35533/04, § 21, 11 gennaio 2007; *Grande Stevens c. Italia*, n. 18640/10, 4 marzo 2014; *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovenia*, nr. 47072/15, 23 ottobre 2018; *Ilias e Ahmed c. Ungheria* [GC], nr. 47287/15, § 173, 21 novembre 2019.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Grande Camera, 22 dicembre 2020, ric. Nn. 68273/14, 68271/14 Gestur Jónsson e Ragnar Halldór Hall c. Islanda.

Abstract

- *La Grande Camera, sulla base di valutazioni opposte a quelli adottati dalla sezione seconda alle Corte, ha confermato la dichiarazione di inammissibilità del ricorso – ai sensi dell’art. 35, § 3 e 4 della Convenzione – ratione materiae, affermando che il caso di specie, relativo alla irrogazione di una ammenda pari a 6200 euro, a due avvocati, per comportamenti tenuti nella loro qualità, nel corso di un procedimento penale, non riguardasse la “materia penale”, trattandosi di sanzione disciplinare.*
- *Nel fare applicazione dei criteri Engel, ha ritenuto, quanto al primo (definizione di offesa penale secondo il diritto interno), di non essere vincolata dalla sentenza della Corte suprema islandese, che pure aveva ritenuto l'applicabilità del terzo criterio Engel e aveva, quindi, qualificato come penale la sanzione applicata, essendo consentita dall'art. 53 agli Stati contraenti l'adozione di un'interpretazione che comporti una protezione più forte dei diritti e delle libertà.*

- Quanto al secondo criterio (natura dell'offesa), ha ritenuto che i ricorrenti erano stati sanzionati per avere intenzionalmente causato un ingiustificato ritardo del processo, previsione che non ha portata generale, ma riguarda solo alcune categorie di soggetti (il pubblico ministero, i difensori e i consulenti legali).

- Quanto al terzo (natura e gravità della sanzione), ha affermato che, se per le sanzioni non penali (nella specie, oltraggio alla Corte) non è necessario un tetto massimo, nel caso esaminato non era tuttavia prevista una pena detentiva; l'ammenda non era convertibile in pena detentiva; non vi era menzione nel certificato del casellario.

- Inoltre, ha operato un confronto dell'importo della sanzione in gioco con quelle considerate in altre cause pertinenti, per concludere che l'entità dell'ammenda (EUR 6.200) e l'assenza di un limite massimo legale dell'importo (anche potenziale), non era sufficiente per ritenere "penale" la sanzione nel senso autonomo dell'articolo 6 della Convenzione.

- Infine, poiché il procedimento non ha comportato la determinazione di una "accusa penale" ai sensi dell'articolo 6, ha ritenuto – per "motivi di coerenza nell'interpretazione della Convenzione nel suo insieme" – che l'ammenda contestata non potesse nemmeno essere considerata "sanzione" ai sensi dell'articolo 7, sottolineando in tal modo espressamente il nesso tra l'art. 6 e l'art. 7 della Convenzione.

Il caso

Il caso si inserisce nella vicenda giudiziaria originata dalla crisi finanziaria globale del 2008 che ha avuto ripercussioni gravissime sulle finanze dell'Islanda, determinando il collasso delle principali banche del Paese. Essa riguarda due avvocati – investiti della difesa di due imputati in quel processo penale – i quali avevano rinunciato alla difesa e venivano condannati dal Tribunale distrettuale al pagamento di una sanzione pecuniaria di EUR 6.200 per oltraggio alla Corte.

Nel corso del procedimento, a seguito della ripetuta presentazione di prove da parte dell'accusa e della fissazione di una data del processo ritenuta incompatibile con la predisposizione di un adeguato impianto difensivo, costoro avevano ripetutamente chiesto il rinvio del processo, ma il Tribunale distrettuale aveva sempre respinto le richieste. Qualche giorno prima dell'inizio del processo, avevano chiesto la revoca della nomina, dichiarando di trovarsi nell'impossibilità di svolgere il mandato difensivo, lamentando una violazione dei diritti dei loro clienti (ai sensi della Costituzione, del codice di procedura penale e della Convenzione) sì grave da impedire la loro ulteriore partecipazione al processo. La decisione era stata comunicata agli assistiti, i quali l'avevano condivisa ed era da considerarsi effettuata in applicazione delle norme del codice degli avvocati.

Il Tribunale aveva rigettato nuovamente le richieste, rilevando che i ricorrenti avevano accettato la nomina e che tale accettazione non poteva essere ritirata se vi era il pericolo di un ritardo nel procedimento, come nel caso di specie. I ricorrenti avevano, dunque, comunicato al giudice che non avrebbero partecipato alle udienze, l'uno, sulla base della presunta insussistenza dell'obbligo di dare esecuzione al mandato contro la propria volontà; l'altro, ritenendo illegittimo il rifiuto del giudice di esonerarlo dai suoi doveri di difesa.

I due ricorrenti non si presentavano all'udienza e il Tribunale nominava nuovi difensori, rinviando il processo a data da stabilire. A parere del pubblico ministero, la condotta dei due legali era finalizzata al rinvio del procedimento. In tal modo, costoro avevano violato i doveri della difesa e, pertanto, chiedeva l'applicazione di una ammenda per oltraggio alla Corte.

Esaurito il processo, gli imputati venivano condannati, senza contraddittorio, a un'ammenda di un milione di corone islandesi ciascuno, pari a circa EUR 6.200, in applicazione dell'art. 223 (1) (a) del codice di procedura penale, per avere intenzionalmente determinato un ritardo nel processo e (d) per essersi resi responsabili di oltraggio alla Corte: il tempo per predisporre la difesa era stato sufficiente e la decisione di non partecipare al processo aveva determinato un rinvio non necessario, danneggiando gli interessi degli assistiti e degli altri imputati. Inoltre, a fronte del rigetto giudiziale della richiesta di esonero, la mancata partecipazione all'udienza integrava gli estremi dell'oltraggio alla Corte.

I ricorrenti presentavano ricorso alla Corte Suprema, chiedendo l'annullamento della condanna o, in subordine, la riduzione dell'ammenda, allegando la violazione dell'art. 6 §§ 1-3 della Convenzione EDU, per non essere stati posti nelle condizioni di difendersi contro la richiesta del pubblico ministero, e per non avere avuto notizia della intenzione dei giudici di applicare la sanzione. Inoltre, asserivano di essere stati condannati per una condotta non tenuta in udienza, come richiesto dal codice di rito, rilevando che l'ammenda era dieci volte superiore rispetto a quella stabilita in analoghi casi e che il codice di rito non stabiliva il massimo di essa, invocando altresì l'art. 69 della Costituzione (principio di legalità penale) e il principio della certezza del diritto.

La Corte Suprema, all'esito di un'udienza, confermava la sentenza della Corte distrettuale, ribadendone le motivazioni. In particolare, riteneva che la decisione dei ricorrenti di non partecipare alle udienze degli assistiti aveva costituito grave inadempimento dei doveri difensivi, statuiti dagli artt. 34 (1) e 35(1) del codice di procedura penale. Riconosceva la natura penale della sanzione inflitta, avuto riguardo al terzo criterio Engel (afflittività per mancanza di un massimo e in ragione dell'entità).

I ricorrenti hanno allora adito la Corte EDU deducendo di essere stati giudicati in assenza e che la sanzione inflitta non era prevedibile.

La Seconda sezione della Corte EDU ha dichiarato, il 30 ottobre 2018, inammissibile il ricorso e insussistenti le dedotte violazioni degli artt. 6 e 7 Convenzione.

La causa è stata allora deferita alla Grande Camera.

I criteri di ammissibilità (art. 35 della Convenzione EDU), con riferimento all'art. 6.

I ricorrenti lamentano di essere stati giudicati e condannati *in absentia* in violazione quindi dell'art. 6 §§ 1-3 della Convenzione EDU e che la Corte Suprema nazionale non avrebbe assicurato un effettivo rimedio giudiziale.

Nella fase dello scrutinio di ammissibilità, la Sezione semplice ha ritenuto applicabile l'art. 6 cit. sotto il profilo penale, rilevando che, nel sistema legale islandese, la sanzione applicata è prevista nel codice di procedura penale, non è indicato un limite massimo e l'ammenda era molto elevata. Inoltre, ha richiamato l'affermazione della Corte Suprema islandese, secondo cui le ammende dovevano considerarsi per loro natura sanzioni penali, definizione dalla quale la Sezione, considerati i criteri *Engel*, ha ritenuto di non discostarsi.

Dal canto loro, i ricorrenti hanno sostenuto che l'art. 6 è applicabile sotto il profilo penale, avuto riguardo, in particolare, al fatto che il codice di procedura penale che regola la materia si applica unicamente ai casi penali e non anche a quelli civili; e hanno richiamato l'affermazione della stessa Corte Suprema islandese, sopra riportata.

Il Governo, dopo aver convenuto con le controparti, davanti alla Sezione semplice, sull'applicabilità dell'art. 6 sotto il profilo penale, ha corretto il tiro davanti alla Grande Camera, affermando che la Corte Suprema non aveva valutato specificamente se, nella specie, fossero stati soddisfatti i tre criteri *Engel*.

La decisione della Corte

I giudici di Strasburgo hanno ribadito **che il vaglio dell'applicabilità dell'art. 6 sotto il profilo penale** si fonda sui **tre criteri** elaborati in *Engel e altri c. Olanda*, 8 giugno 1976. Il **primo criterio** riguarda la **classificazione dell'offesa** come penale **in base alla legge nazionale**; il **secondo** la **reale natura dell'offesa**; il **terzo** il **grado di afflittività** della sanzione (richiamando anche la recente *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], nr. 55391/13 § 122, 6 novembre 2018; ma anche *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 50; e *Weber c. Svizzera*, 22 maggio 1990; *Ravnsborg c. Svezia*, 23 marzo 1994).

Ha ribadito che la Convenzione permette agli Stati di mantenere o stabilire una distinzione tra legge penale e disposizioni disciplinari e di classificare come reato un'azione o un'omissione che non rappresenta il normale esercizio di uno dei diritti protetti, come chiarisce l'art. 7 della Convenzione; tale scelta ha come conseguenza di rendere applicabili gli artt. 6 e 7. La scelta

opposta, di contro, è soggetta a regole più stringenti, in quanto, portata alle estreme conseguenze, diventerebbe incompatibile con lo scopo e l'oggetto della Convenzione.

Il secondo e il terzo criterio sono alternativi, anche se una loro valutazione cumulativa è possibile tutte le volte in cui un'analisi separata impedisca di chiarire se ricorre o meno un'accusa penale (il riferimento è, tra le altre, a *Jussila c. Finland* [GC], nr. 73053/01, §§ 30-31, CEDU 2006-XIV; *Ezeh and Connors c. the United Kingdom* [GC], nr.39665/98 e 40086/98, § 82, CEDU 2003-X; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* cit.).

Non è decisivo che la condotta non sia punita con pena detentiva, essendosi in più occasioni anche precisato che la non particolare afflittività della sanzione, parimenti, non priva l'offesa del carattere penale.

Inoltre, più volte la Corte si è occupata di tali problematiche proprio con riferimento a casi di oltraggio alla Corte o di cattive condotte di professionisti legali e ha assegnato rilievo ai tre suindicati criteri alla stregua dei fatti concreti. In alcuni casi, non ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 6, perché non erano soddisfatti i tre criteri *Engel* in quanto, ad esempio, la sanzione pecuniaria inflitta non era prevista nel codice penale, ma contenuta in alcune disposizioni del codice di procedura penale o in atti giudiziari, congiuntamente al codice di procedura civile; in altri casi, si è trattato di sanzioni che non venivano registrate sul certificato del casellario giudiziale (cfr. *Putz c. Austria*, 22 febbraio 1996, § 32; *Ravnsborg c. Svezia*, cit.; *Žugić c. Croazia*, nr. 3699/08, § 65, 31 maggio 2011); in altri casi, ancora, la sanzione pecuniaria era prevista da una legge disciplinare nazionale finalizzata al mantenimento dell'ordine nei procedimenti che si svolgono davanti alle autorità amministrative e giudiziarie (cfr. *Kubli c. Switzerland* nr. 50364/99, 21 febbraio 2002; *Balyuk c. Ukraine* nr. 17696/02, 6 settembre 2005).

Quanto al **terzo criterio**, nei casi in cui la Corte ha ritenuto la materia estranea all'ambito penale, ha considerato di volta in volta alcuni fattori: la non particolare rilevanza della sanzione pecuniaria; la sua quantificazione nel minimo; la insufficienza dell'ammontare – anche potenziale – dell'ammenda e dei suoi effetti afflittivi (cfr. *Müller-Hartburg c. Austria*, nr. 47195/06, § 47, 19 febbraio 2013; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* [GC], cit.); la previsione di un tetto massimo; la non menzione sul certificato del casellario e la convertibilità in pena detentiva solo in caso di inadempimento oppure in casi limitati e previo contraddittorio (cfr. *T. V. c. Austria* nr. 27783/95, §§ 63-67, CEDU 2000-XII); infine, la previsione di mezzi d'impugnazione.

Viceversa, in altri casi, ha ritenuto applicabile l'art. 6 sotto il profilo penale (cfr. *Kyprianou c. Cyprus*, nr. 73797/01, § 31, 27 gennaio 2004, in cui ha ritenuto soddisfatti tutti e tre i criteri *Engel*, perché la legge nazionale definiva la violazione come penale; essa non era limitata alla sola categoria degli avvocati; era prevista nel massimo la pena detentiva ed era stata in effetti applicata una pena detentiva); oppure ritenuto soddisfatti il secondo e il terzo criterio, ma non

il primo, distinguendo – per esempio – tra le sanzioni disciplinari relative a un cerchia di soggetti tenuti a osservare specifiche regole comportamentali nella loro condotta professionale, rispetto a quelle che riguardano incidenti che possono accadere davanti a un giudice e che attengono al procedimento e all'organizzazione dei tribunali. Inoltre, ha richiamato i casi in cui la regola è di generale applicazione e riguarda non solo gli attori del processo, ma qualsiasi persona, anche per comportamenti tenuti fuori da un'aula di udienza.

Il merito

La Corte ha operato il vaglio del caso concreto alla stregua di ciascuno dei tre criteri *Engel* è ha ritenuto, intanto, non soddisfatto il primo criterio: la Corte Suprema islandese aveva effettivamente classificato la violazione come penale, ma essa è contenuta nella sezione "sanzioni procedurali" del codice di procedura penale e non nella parte generale del codice penale. Un'analoga previsione, inoltre, si rinviene nel codice di procedura civile, nel relativo procedimento non è richiesta la partecipazione del pubblico ministero e la sanzione può essere disposta anche d'ufficio dal giudice procedente.

Quanto **al secondo criterio**, trattasi, secondo la Corte, di quello più rilevante. Delle due previsioni contenute nella norma interna (il richiamato art. 223 del codice di procedura penale), quella di cui alla lett. d), cioè l'offesa alla dignità del giudice durante l'udienza, può riguardare qualsiasi soggetto partecipi all'udienza e, come tale, essere considerata penale. Ma i ricorrenti sono stati sanzionati per la condotta di cui alla lett. a), cioè per avere intenzionalmente causato un ingiustificato ritardo del processo, previsione questa che può riguardare solo alcune categorie di soggetti, vale a dire il pubblico ministero, i difensori e i consulenti legali. La Corte, peraltro, ha più volte ricordato il particolare ruolo che gli avvocati svolgono nel processo e i doveri connessi a detta professione, con specifico riferimento alla condotta, da improntarsi a discrezione, onestà e dignità. **Il potere di sanzionare** comportamenti inappropriati durante lo svolgimento di un processo è comune ai sistemi legali degli Stati contraenti e deriva dalla necessità di assicurare al giudice il potere di garantire l'ordinato svolgimento dei processi mediante strumenti anche sanzionatori, **di natura più disciplinare che penale**, ferma restando la possibilità per il singolo Stato di sanzionare più seriamente le condotte più gravi.

Nel caso in esame, tuttavia, la Corte Suprema islandese ha considerato le condotte dei ricorrenti come gravi violazioni dei doveri professionali e la circostanza che gli stessi abbiano ignorato la decisione del giudice di non sollevarli dalla difesa ha determinato un ingiustificato ritardo del processo, il che non giustifica la classificazione della condotta come penale.

Infine, quanto al terzo criterio, la condotta per la quale i due ricorrenti sono stati condannati **non è sanzionata con pena detentiva e l'ammenda non è convertibile in caso di mancato pagamento**. Inoltre, nella specie, **non vi è stata menzione dell'ammenda nel**

casellario giudiziale. La sola entità della sanzione e la mancata previsione di un tetto massimo non sono indici punitivi sufficienti a far considerare la sanzione come "penale" nel senso dell'articolo 6, tenuto conto che si tratta di un criterio autonomo, non condizionato, cioè, dal diritto interno (cfr. *Müller-Hartburg* cit., in cui per esempio la sanzione era pari a circa 36.000 euro; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá*, cit., §§ 25, 71, 126, 217; e *Mamidakis c. Grecia*, nr. 35533/04, § 21, 11 gennaio 2007, *Grande Stevens e altri c. Italia*, nos. 18640/10 § 99, 4 marzo 2014; *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovenia*, nr. 47072/15, §§ 10, 23 ottobre 2018, in cui, di contro, è stata ritenuta la natura penale delle sanzioni applicate).

In conclusione, la Corte ha affermato che, nel **caso di specie, non sussiste un'accusa di natura penale**, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione e che il ricorso è incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, dichiarandolo inammissibile ai sensi dell'art. 35, par. 3 (a) e 4, potendo la Grande Camera riconsiderare il vaglio di ammissibilità, previamente effettuato dalla Sezione semplice (cfr. *Ilias e Ahmed c. Ungheria* [GC], nr. 47287/15, § 173, 21 novembre 2019).

I criteri di ammissibilità (art. 35 della Convenzione), con riferimento all'art. 7

I ricorrenti hanno lamentato anche la violazione dell'art. 7 della Convenzione, sulla base dell'imprevedibilità dell'importo dell'ammenda applicata per atti compiuti in un momento in cui non ricoprivano più la qualifica di difensori, come richiesto, invece, dall'art. 223 del codice di procedura penale nazionale. Davanti alla Grande Camera, inoltre, hanno rilevato che la mancata previsione di un tetto massimo contribuisce a rendere la sanzione ancor più imprevedibile e più stringente l'obbligo per i giudici di non discostarsi in maniera significativa dai precedenti. Il Governo, al contrario, ha ritenuto soddisfatto il requisito della prevedibilità (trattandosi nella specie di avvocati di esperienza) e rispettato il requisito di cui all'art. 223 cit., in quanto, pur non avendo partecipato all'udienza, i ricorrenti ricoprivano il ruolo di difensori al momento della condotta. Quanto all'ammontare della sanzione, lo stesso è giustificato dall'importanza del processo e dalla gravità del comportamento. La carenza di numerosi precedenti, inoltre, dimostrerebbe che il comportamento dei ricorrenti è stato assolutamente eccentrico rispetto all'esperienza giudiziaria islandese.

La decisione della Corte

La Sezione semplice aveva già ritenuto il ricorso inammissibile quanto a tale parametro: da un lato, la norma interna non esclude la sanzionabilità del difensore che sia stato sostituito o abbia rimesso il suo mandato; dall'altro, **la mancata previsione di un tetto massimo sanzionatorio non soddisfa di per sé i requisiti di cui all'art. 7**. Inoltre, considerato che il caso è il primo del suo genere e che l'articolo 7 non può essere interpretato nel senso di precludere un progressivo chiarimento delle norme in materia di responsabilità penale,

attraverso un'interpretazione giudiziaria caso per caso, l'importo dell'ammenda non è neppure imprevedibile. Dopo aver rilevato che il procedimento in questione non riguardava una "accusa penale" ai sensi dell'articolo 6, la Grande Camera ha affermato che, per motivi di coerenza nell'interpretazione della Convenzione nel suo insieme, le ammende contestate non potessero essere considerate nemmeno una "sanzione" ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione e la doglianza ai sensi dell'articolo 7 è stata giudicata incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione.

Opinioni dissenzienti dei giudici *Sicilianos, Ravarani e Serghides*

La decisione ha costituito oggetto di una specifica critica nella *dissenting opinion* redatta dai giudici *Sicilianos, Ravarani e Serghides*, ad avviso dei quali una diversa interpretazione dei criteri *Engel* avrebbe potuto condurre all'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione.

Quanto al **primo criterio Engel**, i giudici hanno sottolineato come sia stato correttamente riaffermato il principio secondo cui la Corte non interferisce nei casi in cui il sistema nazionale qualifichi come reato un illecito disciplinare, adottando un'interpretazione più ampia che comporta una maggiore tutela dei diritti e delle libertà all'interno degli ordinamenti nazionali, poiché in tal caso la protezione dell'art. 6 resta effettiva. Sul punto, hanno richiamato in nota il § 19 della Guida all'art. 6 (ambito penale) pubblicata sul sito Hudoc: il primo criterio serve solo in prima battuta, essendo decisiva la classificazione del fatto come reato secondo l'ordinamento interno. Nel caso opposto, invece, la Corte esamina la reale natura della procedura interna.

Tuttavia, nel caso in esame, eccezionalmente, la Corte ha condotto tale verifica, nonostante la Corte Suprema islandese avesse qualificato la sanzione come penale, avuto riguardo al terzo criterio Engel (gravità della sanzione per mancata previsione di un tetto massimo e in ragione dell'entità della stessa). A parere dei giudici dissenzienti, è inopportuno e contrario all'art. 53 della Convenzione garantire un grado di protezione inferiore, rispetto a quello che sarebbe stato concesso dall'ordinamento nazionale.

In merito al **secondo criterio Engel**, le argomentazioni della maggioranza sono state ritenute non decisive, essendosi riconosciuta l'ambiguità delle affermazioni dei giudici supremi islandesi sulla natura penale o disciplinare delle condotte, nonostante la serietà di esse consigliasse di qualificarle come penali.

Quanto al **terzo criterio Engel**, il valore elevato della sanzione (tale non solo in assoluto, ma anche in relazione ai precedenti nazionali) e l'assenza di un limite massimo costituiscono indici sufficienti della natura penale della sanzione, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

Opinione concordante del giudice Turković.

Questo giudice, in realtà, prende le mosse dalla opinione dissenziente, per ribadire che la Corte, nel ritenere non soddisfatti i criteri *Engel*, ha perso l'occasione per approfondire due questioni correlate all'art. 7 della Convenzione: **stabilire se la norma che descrive una violazione e indica una sanzione senza fissarne un tetto massimo sia effettivamente coerente con la certezza della legge e verificarne la prevedibilità**. Indica, quindi, i principi che avrebbero dovuto orientare lo scrutinio della Corte, tenuto conto della funzione della previsione di un limite massimo di pena (ridurre la discrezionalità di chi la applica; informare i potenziali interessati della pena che potrebbe essere inflitta; e, sotto il profilo dell'offensività, calibrare la pena in base alla gravità della condotta e garantire un ampio margine per renderla adeguata nei casi più gravi). In breve, una chiara indicazione del massimo della pena tutela, da un lato, i diritti dell'accusato, dall'altro, limita l'eccesso di discrezionalità del giudice, salvaguardandone l'indipendenza e, quindi, l'autorevolezza e aumenta, nel lungo periodo, la fiducia del pubblico nel sistema penale.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

ART. 13 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO – ISTANZA DI REVOCA O DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CUSTODIALE – MOTIVI – CONDIZIONI DI SALUTE DEL RICORRENTE – CONDIZIONI DETENTIVE IN VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – ACCOGLIMENTO DELL'ISTANZA SULLA BASE DELLA SOLA INSUSSISTENZA DEL PERICOLO DI REITERAZIONE DEL REATO – SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione E.D.U., artt. 3, 13.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Con riferimento all'art. 3 CEDU: Corte Edu, Grande Camera, 20/10/2016, Mursic c. Croazia; Corte Edu, Grande Camera, 27/6/2000, Ilhan c. Turchia; Corte Edu, 11/10/2011, Khatayev c. Russia; Corte Edu, 2/11/2006, Serifis c. Grecia; Corte Edu, 21/7/2005, Rohde c. Danimarca; Corte Edu, 10/2/2004, Gennadiy Naumenko c. Ucraina.

Con riferimento all'art. 13 CEDU: Corte Edu, 24/9/2009, Passaris c. Grecia; Corte Edu, 21/6/1998, Boyle e Rice c. Regno Unito.

Con riferimento all'art. 5, §4, CEDU: Corte Edu, Grande Camera, 4/12/2018, Ilseher c. Germania.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 14 gennaio 2021, ric. n. 27025/13 Kargakis c. Grecia.

Abstract

*La Corte EDU ha ritenuto **sussistente la violazione dell'art. 13 CEDU**, letto in correlazione con l'art. 3 CEDU, in relazione al ricorso presentato da Kleanthis Kargakis al fine di ottenere la revoca della misura custodiale applicatagli ovvero la sua sostituzione con altra meno afflittiva. In particolare, la Corte Edu ha ritenuto che, nonostante l'accoglimento del ricorso, il Kargakis non aveva ottenuto un'adeguata riparazione in quanto il giudice, nel disporre la sua liberazione, si era limitato a valutare l'insussistenza del pericolo di reiterazione del reato senza esaminare le circostanze, rappresentate dal ricorrente nel corso della procedura, concernenti sia il suo stato di salute che le pessime condizioni detentive.*

Il caso

Il 24 gennaio 2013 Kleanthis Kargakis, mentre era ristretto in stato di custodia cautelare nel carcere di Diavata, veniva ricoverato in ospedale a causa di un probabile ictus cerebrale. Durante

tale ricovero gli venivano diagnosticate sia una sindrome da apnea notturna che problematiche nella deambulazione e nel movimento. Il detenuto veniva dimesso il successivo 9 aprile. Sin dal 18 febbraio 2013 il ricorrente aveva presentato un ricorso al fine di ottenere la revoca della misura custodiale o la sua sostituzione con altra meno afflittiva, rappresentando le sue precarie condizioni di salute (era affetto da diabete e costretto su una sedia a rotelle) ed il suo stato di invalidità (pari all'80%). Solo il successivo 1 aprile 2013 il Giudice trasmetteva tale ricorso al Pubblico Ministero per la formulazione del parere. Nello stesso giorno il ricorrente presentava un'istanza per sollecitare l'esame della sua richiesta e, il successivo 9 aprile 2013, depositava una memoria, rappresentando il peggioramento delle sue condizioni di salute determinato anche dalle pessime condizioni di detenzione. In particolare, il ricorrente denunciava le seguenti circostanze: condivisione di una cella di venti metri quadri con altri quattro detenuti con conseguente disponibilità di uno spazio leggermente superiore a tre metri quadri; servizi igienici non adatti ad una persona con disabilità e priva di un'assistenza speciale; scarsa illuminazione della cella; assenza del divieto di fumare per gli altri detenuti; servizio di riscaldamento inadeguato (dal momento che funzionava solo due ore al giorno); disponibilità di acqua calda solo un'ora al giorno; alimentazione inadeguata alle condizioni di salute di una persona diabetica; impossibilità di accedere al cortile che non era stato adattato alle condizioni di una persona sulla sedia a rotelle; assenza di un refettorio cosicché i detenuti erano costretti a consumare i pasti sui loro letti.

Il successivo 15 aprile il Pubblico Ministero esprimeva parere favorevole all'applicazione di una misura cautelare meno afflittiva. Solo il successivo 24 aprile il Giudice disponeva la liberazione del ricorrente imponendogli tre condizioni: 1) il versamento di una cauzione di 3.000 euro; 2) l'obbligo di presentazione due volte al mese al commissariato più vicino al suo domicilio; 3) il divieto di espatrio.

Il ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Kleanthis Kargakis ha proposto ricorso alla Corte Edu lamentando la violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione alle condizioni di detenzione ed alle cure mediche ricevute mentre si trovava ristretto nella prigione di Diavata, nonché degli artt. 13 e 5, § 4, CEDU in relazione alla carenza di un ricorso effettivo al riguardo ed al mancato esame entro un breve termine del ricorso presentato contro il provvedimento custodiale.

La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

La Corte ha ritenuto sussistente la violazione degli artt. 3, con riferimento al solo motivo relativo alle condizioni di detenzione, e dell'art. 13 CEDU.

Quanto alle cure mediche, la Corte ha osservato preliminarmente che, secondo la propria giurisprudenza, **anche la carenza di cure mediche appropriate può costituire un**

trattamento contrario all'art. 3 della Convenzione. Al riguardo, si esige, innanzitutto, l'adeguatezza dell'assistenza sanitaria e delle cure mediche fornite al detenuto. Rilevano, inoltre, la diligenza e la frequenza delle cure mediche somministrate, da valutare, non in assoluto, ma in relazione alla particolare condizione di salute del detenuto. Alla luce di tali premesse ermeneutiche e del periodo di ricovero del ricorrente, la Corte Edu ha, dunque, escluso che le autorità competenti abbiano violato l'obbligazione positiva di assicurare delle cure mediche adeguate. Sotto tale profilo, è stata anche esclusa la violazione dell'art. 13 della Convenzione che, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, viene in rilievo solo in relazione ad un ricorso fondato su motivi sostenibili secondo la Convenzione.

Sulla base dei criteri ermeneutici affermati sin dalla sentenza emessa dalla Grande Camera nel caso Mursic c. Croazia, la Corte Edu ha, invece, ravvisato una violazione dell'art. 3 della Convenzione considerando che, benché il ricorrente abbia avuto a disposizione **uno spazio di 4,4 metri quadri, altre condizioni del regime detentivo erano risultate deficitarie**, avuto riguardo all'assenza di un refettorio per i detenuti, all'impossibilità per il ricorrente di accedere al cortile, all'inadeguatezza della sua alimentazione ed alla condivisione della cella con dei fumatori, nonostante le contrarie prescrizioni mediche. Ad avviso della Corte tali condizioni detentive, valutate alla luce della disabilità del ricorrente e della durata del periodo detentivo, avevano sottoposto il ricorrente ad un livello di sofferenza eccedente quello ordinariamente inerente la condizione detentiva.

Sempre con riferimento alle condizioni generali di detenzione, la Corte Edu ha, inoltre, ravvisato una violazione dell'art. 13 della Convenzione in relazione all'art. 3. Conformemente alla propria precedente giurisprudenza, la Corte ha, innanzitutto, ribadito che **l'art. 13 garantisce l'esistenza nel diritto interno di un ricorso, che deve essere effettivo in fatto e in diritto**, sulla base di motivi che possono stimarsi sostenibili in relazione alla Convenzione; un simile ricorso deve, inoltre, consentire all'autorità nazionale competente di conoscere il contenuto del motivo fondato sulla Convenzione EDU e di offrire una forma adeguata di riparazione.

Ciò premesso, quanto al caso concreto, la Corte ha posto l'accento sulle ragioni che hanno determinato la revoca della misura custodiale applicata al ricorrente, rilevando che le stesse erano fondate esclusivamente sulla ritenuta insussistenza di un pericolo di reiterazione del reato, senza alcuna valutazione delle condizioni detentive e dei problemi di salute del ricorrente. La Corte ha, pertanto, concluso che l'omessa valutazione di tali motivi non aveva assicurato al ricorrente una adeguata riparazione.

La Corte Edu ha, infine, escluso la violazione dell'art. 5, § 4, CEDU, richiamando i principi affermati dalla Grande Camera nel caso Inseher c. Germania. Innanzitutto la Corte ha ribadito il carattere relativo della valutazione concernente il rispetto del diritto ad una decisione entro un breve termine sulla legittimità della detenzione, in cui assumono rilevanza, tra l'altro, la

complessità sia della procedura che delle questioni mediche introdotte, nonché il modo in cui essa si è svolta. In particolare, quanto alla complessità della procedura, la Corte, pur ribadendo che **l'art. 5, § 4, CEDU non impone agli Stati contraenti di assicurare più di un grado di giurisdizione**, ha affermato che ove venga, comunque, garantito un doppio grado di giurisdizione, lo Stato deve accordare al detenuto le medesime garanzie in entrambi i gradi di giudizio, ivi compreso quella concernente **la celerità della decisione** (anche se, in tal caso, la Corte ha affermato di essere disposta a tollerare che il controllo dinanzi al giudice di secondo grado richieda più tempo). Alla stregua di tali premesse ermeneutiche, la Corte Edu ha escluso che nel caso concreto la durata complessiva del procedimento (pari a sessantacinque giorni) abbia comportato una violazione dell'art. 5, § 4, CEDU e ciò in considerazione delle seguenti circostanze: a) il riesame della legittimità della detenzione spettava ad un organo giudiziario, indipendente e imparziale, al pari di quello che aveva emesso la misura; b) la complessità della procedura interna, che prescriveva la formulazione del parere del Pubblico Ministero; c) la complessità delle questioni introdotte dal ricorrente.

Osservazioni finali

Con la decisione in commento la Corte Edu prosegue nella sua lettura dell'art. 13 CEDU quale espressione di una garanzia che, priva di una sua autonoma esistenza, integra le altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli. È stato, infatti, affermato che **l'art. 13 garantisce nel diritto interno la disponibilità di un rimedio che rinforza i diritti e le garanzie riconosciuti dalla Convenzione** (Corte Edu, Grande Camera, 4/5/2000, Rotaru c. Romania); pertanto, l'art. 13 può essere applicato solo in combinazione o alla luce di uno o più norme della Convenzione o dei suoi Protocolli di cui si allega la violazione. In particolare, la Corte Edu ha già riconosciuto la possibile correlazione tra il diritto garantito dall'art. 3 CEDU e l'art. 13 CEDU. Si è, infatti, affermato che, allorché venga denunciata una tortura subita da agenti dello Stato, la **nozione di "rimedio effettivo"** implica, oltre ad un adeguato risarcimento, lo svolgimento di un'indagine approfondita ed efficace, idonea a condurre all'individuazione e punizione dei responsabili (Corte Edu, 18/12/1996, Aksoy c. Regno Unito). Ciò in quanto, la fruizione di rimedi di carattere esclusivamente "compensativo" non può essere considerata quale rimedio adeguato rispetto alle denunciate condizioni di detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU, essendo, a tal fine, necessari anche rimedi di carattere "preventivo" (quale un tempestivo e diligente esame del reclamo del detenuto da parte di un'autorità indipendente o di un tribunale) in grado di impedire la continuazione della violazione e di consentire ai detenuti di migliorare le proprie condizioni di detenzione (Corte Edu, 20/10/2011, Mandic e Jovic c. Slovenia).

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

NOZIONE DI PENA – MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA INCIDENTI SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SUI DIRITTI FONDAMENTALI – APPLICAZIONE SUCCESSIVA ALL'ESECUZIONE DELLA PENA INFLITTA PER GRAVI REATI A SOGGETTI RECIDIVI PERICOLOSI – FINALITÀ PREVENTIVA RISPETTO AL PERICOLO DI RECIDIVA E NON PUNITIVA – NON RICONDUCIBILITÀ ALLA NOZIONE CONVENZIONALE DI PENA – INAPPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI RETROATTIVITÀ DELLA SANZIONE PENALE – INAPPLICABILITÀ DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM* – INAPPLICABILITÀ DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO SUL PIANO PENALE – INCOMPATIBILITÀ *RATIONE MATERIAE* CON GLI ARTT. 6 E 7 CEDU E CON L'ART. 4 PROTOCOLLO N. 7 CEDU.

EQUO PROCESSO – DIRITTO ALL'AIUTO GIUDIZIARIO – DIFFERENZE TRA PROCESSO PENALE E PROCESSO CIVILE – DIRITTO AL GRATUITO PATROCINIO NEI PROCESSI CIVILI – CONDIZIONI – DINIEGO DELLA RICHIESTA DI ESSERE ASSISTITO DA UN DIFENSORE NEL PROCEDIMENTO DI APPLICAZIONE DELLE MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA CON FINALITÀ PREVENTIVE – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PARITÀ DELLE ARMI – SUSSISTENZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – SUSSISTENZA.

LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE – MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA APPLICATE DOPO L'ESECUZIONE DELLA PENA INFLITTA PER GRAVI REATI A SOGGETTI RECIDIVI PERICOLOSI – RESTRIZIONE DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE – SUSSISTENZA – COMPATIBILITÀ CONVENZIONALE – CRITERI – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 PROTOCOLLO N. 4 CEDU – INSUSSISTENZA.

Riferimenti normativi convenzionali

Artt. 6, § 1, e 7, Cedu

Art. 2, Protocollo n. 4 Cedu

Art. 4, Protocollo n. 7 Cedu

Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano

Costituzione: artt. 16, 24, terzo comma, 25, secondo comma, 111

Codice penale: art. 200

D.Lgs. 6 novembre 2011, n. 159: artt. 1, 4, 6, 7, 8

D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115: artt. 74 ss. e 119 ss.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 3, 19 gennaio 2021, ric. Nn. 45431/14, 22769/15 Timofeyev e Postupkin c. Russia.

Abstract

*Le **misure di sorveglianza amministrativa**, applicate successivamente all'esecuzione della pena inflitta per gravi reati nei confronti soggetti recidivi pericolosi, allo scopo di contenere il pericolo di recidiva, **anche laddove incidano sulla libertà di circolazione e sui diritti fondamentali, hanno finalità preventiva e non punitiva. Non rientrano, pertanto, nella nozione di pena di cui all'art. 7 della Convenzione, con la conseguenza che la legge che le prevede non è soggetta al divieto di retroattività, non può essere invocato il divieto di bis in idem** stabilito nell'art. 4, Protocollo n. 7 Cedu ed al procedimento che ne regola l'applicazione **non sono applicabili i principi del giusto processo sul piano penale** stabiliti nell'art. 6 Cedu.*

Il procedimento è tuttavia soggetto alle garanzie che tale ultima disposizione prevede in campo civile, compreso il diritto al gratuito patrocinio, da assicurarsi quando, stante la rilevanza della questione per la sua incidenza sui diritti fondamentali, il soggetto costretto a difendersi da sé per l'impossibilità di retribuire un avvocato, si trovi, dopo averne fatta vana richiesta, in una situazione di netto svantaggio rispetto al suo avversario processuale, con conseguente **violazione del principio di parità delle armi**, sancito dall'art. 6, § 1, Cedu.

Quando tali misure di sorveglianza limitino la libertà di circolazione e il diritto a scegliere liberamente la propria residenza, se applicate in forza di una base legale prevedibile e proporzionate rispetto al fine di scongiurare il rischio di recidiva, esse rientrano nella finalità di "prevenzione delle infrazioni penali" e **sono consentite* dall'art. 2, § 3, Protocollo n. 4 Cedu.*

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU

G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia [GC], 28 giugno 2018, § 210 ss.; **Welch c. Regno Unito**, 9 febbraio 1995, § 28; **Del Río Prada c. Spagna** [GC], 21 ottobre 2013, § 82; **Ilseher c. Germania** [GC], 4 dicembre 2018, § 203; **Gardel c. Francia**, 17 dicembre 2009, § 43 e 46; **Adamson c. Regno Unito**, 26 gennaio 1999; **Berland c. Francia**, 3 settembre 2015, § 46.

De Tommaso c. Italia [GC], 23 febbraio 2017, §§ 104 e 143 ss.; **Del Sol c. Francia**, 26 febbraio 2002, § 20; **McVicar c. Regno Unito**, 7 maggio 2002, §§ 46 ss.; **Steel e Morris c. Regno Unito**, 15 febbraio 2005, §§ 59 ss.; **Airey c. Irlanda**, 9 ottobre 1979, § 26; **Nenov c. Bulgaria**, 16 luglio

2009, §§ 43 ss.; Villa c. Italia, 20 aprile 2010, § 47; Foldes e Foldesné Hajlik c. Ungheria, 31 ottobre 2006, § 35.

Sentenze della Corte di cassazione

Corte di cassazione penale

Sez. 3, n. 14598 del 20/02/2018, G., Rv. 273162; Sez. 4, n. 38179 del 03/04/2009, Meschieri, Rv. 245307; Sez. 2, n. 28096 del 26/03/2015, Meluzio e aa., Rv. 264133; Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 2015, Spinelli e a., Rv. 262602; Sez. 6, n. 44608 del 06/10/2015, Cincinnato, Rv. 265056; Sez. 5, n. 27656 del 08/01/2019, Luca, Rv. 277313; Sez. 2, n. 9517 del 07/02/2018, Baricevic e aa., Rv. 272521; Sez. 6, n. 2385 del 11/10/2017, dep. 2018, Pomilio e aa., Rv. 272230; Sez. 1, n. 349 del 15/06/2017, dep. 2018, Bosco, Rv. 271996; Sez. 6, n. 25771 del 29/05/2019, P., Rv. 276072; Sez. 1, n. 49731 del 06/06/2018, Sassano, Rv. 274456.

Corte di Cassazione civile

Sez. L - n. 13935 del 05/06/2017, B. c. B., Rv. 644533; Sez. 5, n. 22646 del 11/09/2019, C. c. A., Rv. 655049; Sez. 2, n. 30069 del 14/12/2017, Y. c. M, Rv. 646605-01 e Rv. 64605-02; Sez. 2, n. 15175 del 04/06/2019, P. c. M., Rv. 654330.

Il caso

In forza di una legge entrata in vigore il 1° luglio 2011, a seguito di istanze avanzate dalla direzione della colonia penitenziaria russa dove stavano terminando di espiare la pena loro inflitta per gravi delitti, **V.V. Timofeyev (condannato per omicidio**, nell'ottobre 2003, alla pena della reclusione di 11 anni, 6 mesi e 10 giorni) e **A.V. Postupkin (nell'aprile 2007 condannato per traffico di stupefacenti** alla pena di sette anni e sei mesi di reclusione) sono stati sottoposti, dal **tribunale civile**, alla **misura della sorveglianza amministrativa**, a far tempo **dalla** loro imminente **liberazione**. In entrambi i casi l'istanza era stata avanzata e accolta sul presupposto che, oltre ad essere stati condannati per delitti particolarmente gravi (Timofeyev) o gravi (Postupkin), gli stessi erano stati **dichiarati recidivi pericolosi** e, durante l'espiazione della pena, **non** avevano tenuto **buona condotta**, essendo stata loro attribuita la qualifica di "trasgressore avvisato" del regime carcerario, per aver riportato, ciascuno, oltre venti sanzioni disciplinari, sicché la misura della sorveglianza amministrativa era stata applicata in ragione della loro ritenuta **pericolosità sociale**.

Ad entrambi erano state imposte le **prescrizioni di presentarsi periodicamente presso l'autorità amministrativa incaricata della vigilanza** (tre volte al mese e per la durata di anni otto quanto a Timofeyev, successivamente ridotta ad una volta al mese; una volta al mese e per la durata di anni sei quanto a Postupkin) e **del divieto, per lo stesso periodo, di uscire dal domicilio tra le ore 22 e le ore 6** del mattino successivo. Al primo soltanto erano inoltre

stati applicati i **divieti di frequentare luoghi pubblici di divertimento** (come ristoranti, bar, centri di distrazione) e di partecipare a manifestazioni pubbliche (come dimostrazioni, riunioni, feste pubbliche). Sulle persone sottoposte a sorveglianza amministrativa grava, inoltre, **l'obbligo di segnalare lo spostamento del luogo di domicilio e del luogo di lavoro**.

Le decisioni del tribunale civile, impugnate dai destinatari, erano state confermate in grado d'appello (e, quanto a Postupkin, anche a seguito di ricorso per cassazione).

Avverso le decisioni definitive dei giudici nazionali, con separati ricorsi i predetti hanno adito la Corte EDU, lamentando la violazione di differenti norme convenzionali.

Timofeyev ha innanzitutto dedotto la **violazione del principio di legalità della pena**, sancito dall'**art. 7 Cedu**, sul rilievo che le **misure di sorveglianza** impostegli costituivano una **pena non prevista nel momento** in cui aveva commesso il reato per il quale aveva riportato condanna e che gli erano quindi state applicate **retroattivamente**. Ha inoltre invocato la **violazione del diritto ad un equo processo**, garantito dall'**art. 6 Cedu**, per aver **invano richiesto** di essere **gratuitamente assistito** da un **avvocato** nel corso del procedimento, **non disponendo di risorse economiche** sufficienti per retribuire un legale e non essendo esperto di diritto.

Postupkin ha in primo luogo lamentato che le **misure** impostegli violavano **la libertà di circolazione** garantita dall'**art. 2 del Protocollo n. 4** ed il diritto di scegliere liberamente la propria residenza. In secondo luogo, egli **ha invocato il principio del *ne bis in idem*** sancito dall'**art. 4 del Protocollo n. 7**, per essere stato punito, per il reato a suo tempo commesso, una seconda volta con la sottoposizione alle misure di sorveglianza amministrativa.

Le conclusioni della Corte EDU

1) La Corte, richiamata la propria giurisprudenza sulla **nozione di "pena"** cui si riferisce **l'art. 7 Cedu**, la Corte ricorda che uno dei **criteri** al proposito elaborati **distingue** le misure che perseguono uno **scopo punitivo – costituenti pena ed insuscettibili di essere applicate retroattivamente** – da quelle che perseguono uno **scopo preventivo, a cui non si applica invece la garanzia di non retroattività sancita dall'art. 7**.

La Corte afferma che **le misure di sorveglianza nella specie applicate non** hanno **carattere penale**, ma perseguono il principale scopo, di natura preventiva, di evitare la recidiva da parte di persone socialmente pericolose. La Corte apprezza bensì **la gravità delle prescrizioni** imposte, riconoscendo il loro sostanziale impatto sulla vita degli interessati, ma giudica che si tratti di un **parametro in sé non decisivo** e, nella specie, **recessivo** rispetto all'individuazione della **finalità** preventiva, e non sanzionatoria, delle misure.

Pertanto, la sentenza conclude, per un verso, nel senso dell'**inapplicabilità del principio di non retroattività** previsto per le pene dall'art. 7 Cedu, con conseguente irricevibilità e rigetto del motivo di ricorso; per altro verso, nel senso dell'**inapplicabilità del divieto di bis in idem previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7** alla Convenzione, **valido soltanto per le pene**, con conseguente irricevibilità e rigetto del motivo.

2) Per le medesime ragioni, passando ad esaminare la violazione dell'art. 6 della Convenzione, **la Corte esclude** che possa **rilevare l'aspetto penale dell'equo processo**, ritenendo **tuttavia ricevibile** la questione **sul piano civile**, posto che **le misure** al medesimo imposte nel quadro della sorveglianza amministrativa, applicate da un tribunale civile, **incidono sui diritti fondamentali** della persona. Nel merito, dopo aver rimarcato la **differente estensione della garanzia apprestata dall'art. 6 Cedu quanto all'aiuto giudiziario nel processo penale** – per il quale soltanto, il paragrafo 3, lett. c), prevede, a certe condizioni, il diritto al gratuito patrocinio – **e nel processo civile**, laddove la generale garanzia del giusto processo delineata dal § 1 **assicura comunque la parità delle armi**, la Corte ne riconosce la **violazione nel caso concreto**.

Si è innanzitutto tenuto conto della **gravità della questione** per l'interessato (riconosciuta per le serie ripercussioni delle misure sulla sua vita privata e sull'esercizio dei suoi diritti fondamentali, in particolare quello di libera circolazione), della **complessità giuridica del giudizio** (ravvisata soprattutto in relazione al diritto sostanziale) e dell'**incapacità del ricorrente di potersi effettivamente difendere**.

Si è poi ritenuto che:

il ricorrente non aveva specifiche competenze in campo giuridico; **era privo di mezzi per poter sostenere i costi di una difesa tecnica e sin dall'inizio della procedura l'aveva segnalato al giudice**; neppure da questi aveva ricevuto assistenza sul piano procedurale; aveva dovuto difendersi in un giudizio radicato dall'autorità penitenziaria nel momento in cui egli era ancora detenuto, sicché anche per questa ragione era ragionevolmente provato e coinvolto sul piano fisico ed emotivo ben più di quanto sarebbe avvenuto nel caso di difesa condotta da un avvocato esperto; il rappresentante dell'autorità penitenziaria, oltre ad essere ben più preparato di lui in materia, aveva potuto contare sull'assistenza del procuratore.

Tutto ciò considerato, **la Corte conclude che l'impossibilità di beneficiare del patrocinio gratuito da parte di un legale aveva collocato il ricorrente in una situazione di netto svantaggio rispetto al suo avversario processuale con conseguente violazione dell'art. 6, § 1, Cedu**.

3) Venendo, da ultimo, alla violazione dell'art. **2 del Protocollo n. 4** alla Convenzione lamentata da uno dei ricorrenti, dopo aver respinto un'eccezione di tardività del ricorso avanzata dal

Governo russo, **la Corte riconosce che le misure di sorveglianza amministrativa** adottate nei confronti del ricorrente – sia separatamente, sia cumulativamente – **incidono sul diritto**, protetto dalla disposizione invocata, **alla libera circolazione ed a scegliere liberamente la propria residenza**. Tuttavia, **nel caso di specie** sono state riconosciute **sussistenti le condizioni alle quali l’art. 2, § 3, del Protocollo n. 4** subordina la **possibilità per gli Stati di restringere legittimamente la libertà di circolazione delle persone**, vale a dire l’adozione di **misure, previste dalla legge, necessarie in una società democratica per perseguire i fini indicati nella disposizione convenzionale**.

Quanto alla **base legale**, la stessa è stata ritenuta esistente, fondata su criteri oggettivi che non lasciavano spazio ad interpretazioni discrezionali e, dunque, sufficientemente **prevedibile** in ordine all’individuazione delle persone interessate dalla sua applicazione ed alla sua portata temporale (irrilevante essendo, per quanto in precedenza osservato, che la condanna per un grave reato con il riconoscimento della qualifica di recidivo pericoloso fosse intervenuta prima dell’adozione della legge).

Quanto ai fini, la Corte riconosce che le misure restrittive della libertà di circolazione adottate nei confronti del ricorrente miravano a scongiurare il rischio di recidiva e, dunque, rientravano nella **finalità di “prevenzione delle infrazioni penali”** considerata dalla norma convenzionale.

Le **misure** sono state quindi ritenute **proporzionate ai fini perseguiti**, tenendo conto del fatto che, pur essendo la loro durata predeterminata dalla legge, quest’ultima consente, da un lato di chiedere al giudice la revoca delle prescrizioni non obbligatorie tenendo conto del comportamento tenuto dall’interessato (ciò che nella specie valeva per l’obbligo di permanere nel domicilio tra le ore 22 e le 6, senza che tuttavia risultasse che il ricorrente avesse proposto tale domanda), d’altro lato di richiedere la cessazione della misura una volta decorso un periodo di tempo (nel caso in esame tre anni) pari alla metà di quello previsto, sì che, avuto riguardo alla poco elevata frequenza dell’obbligo di presentarsi presso l’autorità (una volta al mese), la misura obbligatoria in concreto incidente sulla libertà di circolazione poteva dirsi proporzionata.

Osservazioni finali

Sui tre temi evidenziati, **la decisione** in commento si pone **in continuità con principi già elaborati** e ripetutamente affermati **dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo**, che appaiono adeguatamente “metabolizzati” dal diritto nazionale, tanto penale quanto civile, e dalla giurisprudenza domestica, senza che ciò possa evidentemente escludere profili di possibile contrasto, dovendosi quindi mantenere sempre alto il livello d’attenzione per prevenire il rischio di violazioni.

1. Sul piano del diritto convenzionale, viene ribadito che **il concetto di "pena" di cui all'art. 7 CEDU ha una portata autonoma e la Corte deve rimanere libera di andare oltre le apparenze e valutare in concreto** se una particolare misura equivale in sostanza a una pena ai sensi di questa disposizione.

A differenza di quel che di regola accade quando si controverte sull'applicazione del divieto di *bis in idem* (al proposito si rimanda ai riferimenti contenuti nel recente *abstract* relativo alla sent. Corte EDU 22 ottobre 2020, *Faller e Steinmetz c. Croazia* predisposto da A.M. Andronio), **nel caso di specie non vengono però espressamente evocati i noti criteri Engel** (*Engel e altri c. Olanda* [GC], 8 giugno 1976).

Con riguardo alla qualificazione delle misure di sorveglianza adottate, in ragione della pericolosità sociale di persone già condannate, la giurisprudenza della Corte EDU sottolinea come *sia particolarmente utile il ricorso al criterio della finalità della sanzione*, dovendosi al proposito valorizzare il necessario **scopo repressivo della pena** (*G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia* [GC], 28 giugno 2018, § 210 ss.; *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, § 28). In tali casi può dunque risultare decisiva l'individuazione della finalità non repressiva, ma preventiva e dissuasiva, della misura applicata (v. *Gardel c. Francia*, 17 dicembre 2009, § 43 e 46), con conseguente non applicazione del divieto di retroattività enunciato dall'art. 7 Cedu (v., altresì, *Adamson c. Regno Unito*, 26 gennaio 1999; *Berland c. Francia*, 3 settembre 2015, § 46). Quando si tratti di misure preventive, peraltro, non è invece decisivo il criterio della gravità della sanzione (v. *Del Río Prada c. Spagna* [GC], 21 ottobre 2013, § 82; *Ilseher c. Germania* [GC], 4 dicembre 2018, § 203).

1.1. Le concrete **ricadute** dei principi così affermati **in ambito domestico** concernono sostanzialmente **le misure di sicurezza** e le **misure personali di prevenzione**, avendo esse riguardo ad imprescindibili profili di pericolosità sociale dei destinatari ed essendo comunque correlate – in modo più o meno diretto e con maggiore o minore necessità di pieno accertamento – alla commissione di fatti penalmente rilevanti. Entrambi gli istituti si caratterizzano per l'adozione di misure di controllo che – per finalità di tutela sociale rispetto al pericolo di recidiva – limitano i diritti fondamentali dei destinatari in misura talvolta significativa.

La loro **obiettiva funzione preventiva, piuttosto che sanzionatoria, li colloca tuttavia al di fuori dell'ambito di applicazione delle sanzioni penali strettamente intese**, sicché, secondo l'impostazione tradizionale del codice penale – in ciò giudicata in linea con la Costituzione e con la Convenzione EDU – pur essendo indefettibilmente necessaria una base legale, prevedibile e chiara, **non trova applicazione il divieto di retroattività (cfr. art. 200, primo comma, cod. pen.)**.

Anche di recente, pertanto, è stata confermata la non applicabilità di tale divieto alle **misure di sicurezza** conseguenti *ex lege* alla commissione di un reato (cfr. Sez. 3, n. 14598 del

20/02/2018, G., Rv. 273162, relativa alle prescrizioni di cui **all'art. 609-nonies, comma terzo, cod. pen.**, introdotte dall'art. 4 della legge 1 ottobre 2012, n. 172; Sez. 4, n. 38179 del 03/04/2009, Meschieri, Rv. 245307, relativa alla **confisca obbligatoria del veicolo** con cui è stato commesso il reato di **guida in stato d'ebbrezza**).

Lo **stesso principio** è stato affermato nell'ambito del procedimento di **prevenzione**, sia pure – ma il profilo non personale non rileva ai fini di cui qui si discute – per la misura patrimoniale della confisca (cfr., *ex multis*, Sez. 2, n. 28096 del 26/03/2015, Meluzio e aa., Rv. 264133; Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 2015, Spinelli e a., Rv. 262602, ove si osserva che la natura di misura di sicurezza della confisca di prevenzione si ricava anche dal fatto che l'applicazione dopo l'esecuzione della pena ne esclude la natura afflittiva, tipica di quest'ultima, evidenziandone la funzione cautelare ricollegata alla condizione di pericolosità del condannato).

Del pari **inapplicabile** è stato giudicato il **principio del divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento di prevenzione**, rilevandosi, per un verso, che il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una "condizione" personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, mentre il presupposto tipico per l'applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato accertato secondo le regole tipiche del processo penale (Sez. 6, n. 44608 del 06/10/2015, Cincinnato, Rv. 265056, relativa all'applicazione della **misura della sorveglianza speciale** nei confronti di soggetto indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso, ancorché già condannato per partecipazione alla stessa associazione e, come tale, destinatario anche della **misura di sicurezza della libertà vigilata**; nello stesso senso, Sez. 6, n. 32715 del 16/07/2014, Muià e a., Rv. 261444). Per altro verso, si evidenzia che tali misure non hanno natura sostanzialmente penale alla luce della elaborazione della giurisprudenza della Corte EDU, la quale ne sottolinea la funzione di provvedimenti diretti ad impedire la commissione di atti criminali e non a sanzionare la realizzazione di questi ultimi (Sez. 2, n. 26235 del 04/06/2015, Friolo, Rv. 264387, che richiama le sentenze CEDU 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* e 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italia*).

2. Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, **misure come quelle esaminate nel caso di specie incidono** tuttavia **sui diritti fondamentali**, ed in particolare **sul diritto alla libertà di circolazione** garantito dall'art. 2 del Protocollo n. 4, come in particolare affermato nella sent. *De Tommaso c. Italia* [GC], 23 febbraio 2017, che ha evidenziato la necessità di una **base legale** ed il **rispetto del principio di proporzionalità** (su quest'ultimo aspetto, v. anche *Villa c. Italia*, 20 aprile 2010, § 47; *Foldes e Foldesné Hajlik c. Ungheria*, 31 ottobre 2006, § 35).

2.1. Nelle sue linee portanti, il diritto nazionale – più volte modificato, e anche interessato da declaratorie d'illegittimità costituzionale, per renderlo compatibile con i principi costituzionali e convenzionali – sembra oggi sostanzialmente **in linea** con tali prescrizioni e la giurisprudenza

domestica, soprattutto quella recente, ha comunque mostrato uno sforzo interpretativo di sempre maggiore adeguamento.

Non essendo in questa sede possibile esaminare la complessa disciplina normativa in materia di misure di sicurezza e di misure personali di prevenzione – e non escludendosi certo che possano prospettarsi questioni, anche nuove, meritevoli di attenzione nell’ottica del giudizio di compatibilità con la Convenzione - ci si limita a qualche segnalazione di giurisprudenza.

Sono state in primo luogo recepite – sia pur con riguardo all’esclusione della responsabilità penale nel caso di violazione delle misure – le censure circa l’**indeterminatezza ed il difetto di prevedibilità di talune prescrizioni suscettibili d’essere imposte con la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale** di pubblica sicurezza, affermandosi che l’inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non configura il reato previsto dall'art. 75, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni c.d. specifiche (Sez. U, n. 40076 del 27/04/2017, Paternò, Rv. 270496, che ha tuttavia ritenuto come la predetta inosservanza possa rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione; l’art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui prevede come reato l’inosservanza delle prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi, è stato poi anche formalmente dichiarato costituzionalmente illegittimo con sent. Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 25).

Più in generale, si è poi sottolineata la necessità di interpretazioni convenzionalmente orientate quanto alla lettura restrittiva dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione ai c.d. "pericolosi generici" e, dunque, sulla **necessità di un'oggettiva valutazione di fatti specifici significativi di un'effettiva tendenza a delinquere del proposto, piuttosto che di meri sospetti** (Sez. 5, n. 27656 del 08/01/2019, Luca, Rv. 277313; Sez. 2, n. 9517 del 07/02/2018, Baricevic e aa., Rv. 272521; Sez. 6, n. 2385 del 11/10/2017, dep. 2018, Pomilio e aa. Rv. 272230; Sez. 1, n. 349 del 15/06/2017, dep. 2018, Bosco, Rv. 271996).

Quanto al rapporto di proporzionalità, si è affermata la **necessaria valutazione dell’adozione delle misure con riguardo alle esigenze di controllo del proposto** (Sez. 6, n. 25771 del 29/05/2019, P., Rv. 276072, relativa alle prescrizioni del divieto di uscita in orario notturno e di partecipazione a pubbliche riunioni; Sez. 1, n. 49731 del 06/06/2018, Sassano, Rv. 274456).

3. La decisione in commento è **conforme alla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo** anche con riguardo **all’applicabilità dell’art 6, § 1, Cedu nel suo aspetto civile** (pure questa affermata, sia pur con riguardo al profilo della **necessaria pubblicità** del processo di applicazione delle misure di prevenzione, anche nella già citata sent. **De Tommaso c. Italia**, sub §§ 143 ss.). Con particolare riguardo alla distinzione tra l’obbligo convenzionale di rendere

disponibile l'assistenza legale nei processi penali e nei processi civili, si rimanda alla pronuncia *Del Sol c. Francia*, 26 febbraio 2002, § 20, mentre, quanto alle **condizioni** richieste per poter affermare la **violazione delle garanzie convenzionali sull'equo processo** nel caso di **mancata assistenza legale gratuita** nel **procedimento civile**, v. *McVicar c. Regno Unito*, 7 maggio 2002, §§ 46 ss.; *Steel e Morris c. Regno Unito*, 15 febbraio 2005, §§ 59 ss.; *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, § 26; *Nenov c. Bulgaria*, 16 luglio 2009, §§ 43 ss.

3.1. Nell'ordinamento interno, l'applicazione delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione **non** sembra porre **problemi di rispetto dell'obbligo di assicurare al soggetto destinatario, anche se non abbiente, la concreta possibilità di difendersi, con parità delle armi, rispetto all'avversario processuale.**

Quanto alle **misure di sicurezza**, trattandosi di sanzioni governate dal codice penale secondo la tradizionale ottica del c.d. "doppio binario", la loro applicazione e le successive vicende rientrano nella competenza del giudice penale di cognizione e della magistratura di sorveglianza, sicché si osserva la relativa disciplina processuale, con necessità della difesa tecnica, se del caso con **nomina disposta d'ufficio**, e con possibilità del ricorso al **patrocinio a spese dello Stato** laddove ne ricorrano le condizioni. Lo stesso vale per le **misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria** (cfr., quanto alle misure c.d. tipiche, l'art. 7, comma 4, d.lgs. 159/2011).

Quanto alle **misure di prevenzione personali applicate dal Questore** – laddove **non sia eccezionalmente previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria penale** con osservanza della consueta disciplina processuale, come nel caso dell'opposizione al provvedimento amministrativo prevista dall'art. 4, comma 6, d.lgs. 159/2011 (sul punto v. Sez. 1, n. 13765 del 25/02/2020, Silvano, Rv. 278820), ovvero del giudizio di convalida sulla loro provvisoria applicazione in via amministrativa, come nel caso dell'art. 6, comma 3, l. 13 dicembre 1989, n. 401 – **i provvedimenti sono impugnabili davanti al giudice amministrativo secondo le regole generali.**

Il principio affermato della decisione in commento appare pertanto applicabile proprio con riguardo a questi ultimi procedimenti e, più in generale, alle controversie in materia di "diritto ed obbligazioni di natura civile" che non siano trattate con rito penale e che comunque ricadono nel campo di applicazione dell'art. 6, § 1, Cedu.

La legislazione italiana, tuttavia, appare in linea con i principi imposti dal diritto convenzionale e anche la giurisprudenza – nelle poche occasioni in cui ha avuto modo di affrontare temi in qualche modo connessi all'effettività del diritto di difesa garantito dal patrocinio a spese dello Stato – ha per lo più mostrato di optare per **letture non restrittive delle disposizioni in materia.**

Ed invero, le particolari **disposizioni dettate sul patrocinio a spese dello Stato nel processo civile, amministrativo, contabile e tributario** dagli artt. 119 ss. d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 non sembrano porre particolari problemi di compatibilità con il diritto convenzionale o, almeno, sino ad ora non risultano essere state sollevate questioni al riguardo.

Tra le non numerose pronunce di legittimità che hanno in qualche modo attinenza col tema per aver fatto riferimento alla normativa convenzionale qui in esame, meritano di essere segnalate le decisioni secondo cui, **nell'ipotesi di ammissione dell'appellante al patrocinio a spese dello Stato, il rigetto dell'impugnazione preclude l'applicazione del disposto di cui all'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, e la statuizione contraria del giudice del gravame è ricorribile in Cassazione**, non potendo privarsi la parte non abbiente di una eventuale tutela giurisdizionale in sede di legittimità, né può affermarsi che l'eventuale erroneità della indicazione di sussistenza dei presupposti per l'assoggettabilità all'obbligo di un versamento di una somma pari a quella del contributo potrà essere segnalata in sede di riscossione, perché tale ricostruzione si porrebbe in **contrasto con l'art. 6 della CEDU**, con riguardo ai tempi ragionevoli del processo ed al principio dell'esame equo della propria controversia, e con l'art. 47 della Carta Fondamentale dell'Unione Europea (Sez. L. n. 13935 del 05/06/2017, B. c. B., Rv. 644533; nello stesso senso, Sez. 1, ord. n. 27699 del 30/10/2018, A. c. M, Rv. 651121; Sez. 5, n. 22646 del 11/09/2019, C. c. A., Rv. 655049; **contra**, sul rilievo che la sussistenza dei presupposti per il versamento di un importo a titolo di contributo unificato ex art. 13, comma 1-quater, d.P.R. 115 del 2002, non avendo contenuto decisorio, non può essere impugnata con il ricorso per cassazione: Sez. 6, ord. n. 22867 del 09/11/2016, F. c. R., Rv. 643000; Sez. L, ord. n. 29424 del 13/11/2019, V. c. A., Rv. 655711; Sez. 1, sent. n. 9660 del 05/04/2019, H. c. M, Rv. 653689).

In altra occasione – sia pur richiamando la previsione costituzionale piuttosto che quella convenzionale – si è affermato che **il patrocinio a spese dello Stato rappresenta una implicazione necessaria del diritto alla difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost., sicché il requisito di "straniero regolarmente soggiornante", richiesto dall'art. 119 del d.P.R. n. 115 del 2002 per accedere ad esso, deve essere interpretato in senso estensivo**, comprendendovi anche lo straniero che abbia in corso un procedimento (amministrativo o) giurisdizionale, dal quale possa derivare il rilascio del permesso di soggiorno (Sez. 2, n. 30069 del 14/12/2017, Y. c. M., Rv. 646605-01). Sulla stessa linea si è ritenuto che **la disciplina sul patrocinio a spese dello Stato è applicabile in ogni procedimento civile, pure di volontaria giurisdizione e anche quando l'assistenza tecnica del difensore non è prevista dalla legge come obbligatoria** perché la conclusione – oltre a discendere dalla lettera degli artt. 74 e 75 del d.p.r. n. 115 del 2002, che dettano le disposizioni generali sul patrocinio a spese dello Stato e assicurano la difesa alle persone non abbienti non solo "nel processo civile", ma anche "negli affari di volontaria giurisdizione", sempre che l'interessato

“debba o possa essere assistito da un difensore” – appare coerente con la **finalità dell'istituto che, in adempimento del disposto di cui all'art. 24, comma 3, Cost., è volto ad assicurare alle persone non abbienti l'accesso alla tutela offerta dalla giurisdizione in modo pieno e consapevole e in posizione di parità con quanti dispongono dei mezzi necessari** (Sez. 2, n. 15175 del 04/06/2019, P. c. M., Rv. 654330; conforme, Sez. 2, n. 30069 del 14/12/2017, Y. c. M., Rv. 646605-02).

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

DIGNITÀ UMANA – PERSONE ESTREMAMENTE VULNERABILI E PRIVE DI ALTRI STRUMENTI DI SOPRAVVIVENZA – DIRITTO DI CHIEDERE L'ALTRUI AIUTO IN ASSENZA DI ALTRI MEZZI DI SOSTENTAMENTO – MENDICITÀ INOFFENSIVA E NON INVASIVA – APPLICAZIONE AUTOMATICA DELLA SANZIONE PENALE – ASSENZA DI UN EFFETTIVO INTERESSE PUBBLICO – MISURA NON PROPORZIONATA ALLA LOTTA CONTRO LA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA ED ALLA TUTELA DEI DIRITTI DEI PASSANTI, RESIDENTI E TITOLARI DI ESERCIZI COMMERCIALI – VIOLAZIONE DELL'ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Art. 8 CEDU

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU

I.M. c. Svizzera, n. 23887/2016, 9 aprile 2019; Ndidi c. Regno Unito, n. 41215/2014, 14 settembre 2017; Levakovic c. Danimarca, n. 7841/2014, 23 ottobre 2018; Alam c. Danimarca, n. 33809/2015, 6 giugno 2017; Hamesevic c. Danimarca, n. 25748/2015, 16 maggio 2017; Parrillo c. Italia [GC], n. 46470/2011, 28 maggio 2013; Von Hannover c. Germania [GC], n. 40660/2008 e 60641/2008, 7 febbraio 2012; Neulinger e Shuruk c. Svizzera [GC], n. 41615/07, 6 luglio 2010; Hirst c. Regno Unito, [GC], n. 74025/2001, 8 gennaio 2009; Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, 29 aprile 2002; Boultif c. Svizzera, n. 54273/00, 5 ottobre 2000; Hokkanen c. Finlandia, n. 299/A, 23 settembre 1994.

Sentenze CORTE COSTITUZIONALE:

Corte cost. n. 115 del 22 marzo 2011

Corte cost. n. 519 del 15 dicembre 1995

Corte cost. n. 102 del 24 aprile 1975

Sentenze CORTE DI CASSAZIONE:

Sez. 1, n. 23869 del 3/6/2010, Bruzzese, Rv. 247982

Sez. 1, n. 13526 del 10/3/2010, Sava, Rv. 246831

Sez. 3, n. 24269 del 27/5/2010, K., Rv. 247704

Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, dep. 2007, Djorgjevic, Rv. 236023

Sez. 5, n. 2390 del 24/10/1995, dep. 1996, Senka, Rv. 204369

Sez. 5, n. 43868 del 9/11/2005, Molnar, Rv. 232834

Corte E.D.U., Sez. 3, 19 gennaio 2021, ric. 14065/15 Lacatus c. Svizzera.

Abstract

*In tema di ingerenza degli Stati membri nella vita privata e familiare, integra una **violazione dell'art. 8** della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed in particolare della dignità umana, che comprende **il diritto di chiedere l'altrui aiuto in mancanza di altre possibilità di sopravvivenza**, la repressione penale delle **manifestazioni inoffensive** e non invasive di mera mendicizia da parte di **persone estremamente vulnerabili**, prive di altre forme di sostentamento, trattandosi di una misura non giustificata da un effettivo interesse pubblico e non proporzionata né all'obiettivo di contrastare lo sfruttamento delle situazioni di povertà da parte della criminalità organizzata, né a quello di tutelare i diritti dei passanti, dei residenti e dei titolari degli esercizi commerciali della zona ove viene chiesta l'elemosina.*

Il caso

La ricorrente, cittadina romena di origini Rom, ha iniziato a soggiornare dal 2011 a Ginevra, ma, non avendo trovato lavoro, viveva di elemosina.

Nel lasso temporale dal 2011 al 2013 è stata, pertanto, sanzionata nove volte per aver mendicato sulla pubblica via, ai sensi dell'art. 11a della legge penale del Cantone di Ginevra, con un'ammenda di 100 franchi, da convertirsi in 1 giorno di pena detentiva in caso di mancato pagamento. All'esito dell'opposizione avverso tali provvedimenti, il Tribunale penale del Cantone di Ginevra, con decisione del 14 gennaio 2014, l'ha dichiarata responsabile del **reato di mendicizia** e l'ha condannata alla pena dell'ammenda di 500 euro, da convertirsi in 5 giorni di pena detentiva in caso di mancato pagamento, disponendo la confisca della somma di 16,75 franchi, rinvenuti sulla sua persona e trattenuti pur in assenza di un formale provvedimento di sequestro.

Esaurite, con esito negativo, le impugnazioni interne e scontata la pena detentiva, in ragione del mancato pagamento dell'ammenda, la ricorrente ha adito la Corte europea dei diritti dell'Uomo, denunciando la violazione degli artt. 8, 10 e 14 della Convenzione.

La questione sottoposta alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

La questione sottoposta ai giudici di Strasburgo attiene all'ipotizzata violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), della libertà di espressione (art. 10 CEDU) e del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU) in un caso di condanna penale per mendicizia.

I principi stabiliti dalla Corte EDU

Premessa

La Corte EDU ha ritenuto che l'applicazione dell'art. 11A della legge penale di Ginevra, che prevede che "chiunque sia trovato a mendicare sarà punito con l'ammenda", abbia comportato un'ingerenza nell'esercizio dei diritti della ricorrente tutelati dall'art. 8 della Convenzione.

In primo luogo la Corte, dopo aver premesso che un divieto generalizzato di un determinato comportamento, traducendosi in una misura radicale, esige una giustificazione solida e un controllo particolarmente serio da parte dei tribunali, tenuti ad operare il **bilanciamento** necessario degli interessi in gioco, ha escluso che, nel caso di specie, la norma in esame consentisse un reale bilanciamento degli interessi in gioco, limitandosi a sanzionare la mera mendicizia, come condizione personale.

Nella pronuncia si è svolto un esame di **diritto comparato**, da un lato, delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa, rilevando che soltanto in nove dei trentotto Stati membri la mendicizia non è vietata (Albania, Andorra, Finlandia, Georgia, Grecia, Moldavia, Portogallo, Repubblica Slovacca e Ucraina), e, dall'altro, delle pronunce delle Corti costituzionali interne di alcuni Stati membri, mettendone in risalto la diversità degli accenti, anche tenuto conto della **distinzione** tra semplice **elemosina** e **accattonaggio cd. "aggressivo"** (e così, ad esempio, la Corte costituzionale ungherese ha ritenuto legittima la sanzione di quest'ultima condotta; quella irlandese ha dichiarato l'incostituzionalità della troppo vaga formulazione del reato di "vagabondaggio e mendicizia").

Con particolare riguardo all'**Italia**, i giudici di Strasburgo hanno ricordato come la nostra Corte costituzionale si sia occupata più volte della criminalizzazione della mendicizia:

- con la sentenza n. 102 del 1975, esaminando il divieto di mendicare previsto dall'art. 670 del codice penale, poi abrogato con legge n. 205 del 1999, i giudici costituzionali, pur "salvando" la disposizione, hanno ritenuto opportuno distinguere i mendicanti in grado di lavorare da quelli inabili al lavoro a causa della loro età o delle loro cattive condizioni di salute, ricadendo l'elemosina di questi ultimi nella scriminante prevista dall'**art. 54 cod. pen.**;

- con la sentenza n. 519 del **1995 la Corte costituzionale** italiana ha distinto la disposizione penale avente ad oggetto **l'accattonaggio passivo** (il primo comma dell'art. 670 cod. pen.) e quella avente ad oggetto l'accattonaggio in forme "invasive" (art. 670, comma secondo), dichiarando **incostituzionale** la prima perché in violazione degli artt. 2 e 3 Cost., non essendo necessaria per proteggere l'ordine e la tranquillità pubbliche, che non sono messe in pericolo da manifestazioni non invasive di mendicizia, consistenti in una semplice domanda d'aiuto.

Le affermazioni della Corte EDU nel caso concreto

La Corte EDU ha evidenziato le condizioni della ricorrente (analfabeta, proveniente da famiglia estremamente povera, priva di lavoro e di tutele sociali), osservando che in tale situazione mendicare costituisce **un modo per sopravvivere**.

Lo stato di estrema vulnerabilità comporta il diritto, riconducibile alla stessa dignità umana, di poter esprimere il proprio disagio, la propria miseria, così cercando di sopperire ai propri bisogni tramite la richiesta di elemosina.

La Corte ha ritenuto, altresì, che la pena imposta alla ricorrente – un’ammenda di 500 franchi svizzeri, suscettibile di conversione in pena restrittiva della libertà personale di 5 giorni in caso di mancato pagamento (nel caso di specie, effettivamente scontata in carcere dalla donna, incapace di pagare) - fosse una sanzione grave, che avrebbe dovuto essere giustificata da solidi motivi d’interesse pubblico, inesistenti nel caso di specie.

Da un’analisi della giurisprudenza interna, poi, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come il Tribunale Federale svizzero avesse già escluso in passato l’utilità di ricorrere a misure meno restrittive per ottenere il risultato perseguito di arginare la pubblica mendicizia. Tuttavia, secondo la Corte, pur disponendo lo Stato di un certo **margin di apprezzamento** discrezionale in materia, il rispetto dell’articolo 8 CEDU esige un esame dettagliato della situazione concreta, **caso per caso**, da parte dell’autorità giudiziaria.

Specificamente, quanto all’argomento del Governo federale svizzero, secondo cui uno degli obiettivi della disposizione dell’art. 11A della LGP è quello di lottare efficacemente contro la tratta degli esseri umani e, in particolare, contro lo sfruttamento dei minori, la Corte EDU, pur riconoscendo l’importanza di tali finalità, ha espresso dubbi circa la funzionalità della criminalizzazione della mendicizia rispetto a tale obiettivo.

Si è rammentato che l’organismo eurounitario GRETA (*The Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*, responsabile della vigilanza sull’attuazione della relativa Convenzione), nel 2019, ha ritenuto che la criminalizzazione della mendicizia ponga le vittime dell’accattonaggio forzato (ed organizzato criminalmente) in una situazione di grande vulnerabilità ed ha esortato proprio le autorità svizzere a rispettare l’art. 26 della Convenzione sulla **lotta contro la tratta di esseri umani** tramite l’adozione di una disposizione che consenta di **non punire le vittime della tratta** per aver partecipato ad attività illecite, in quanto costrette a farlo.

Si è, inoltre, osservato che il Governo svizzero, nella sua difesa, non ha sostenuto l’appartenenza della ricorrente a una rete criminale, neppure quale vittima, e che non sono emersi in alcun modo, dagli atti, elementi in tal senso.

Anche l'ulteriore argomento del Governo, riferito all'interesse pubblico connesso alla tutela dei diritti dei passanti, dei residenti o di titolari di imprese ed esercizi commerciali, è stato ritenuto infondato dalla Corte di Strasburgo, atteso che non si è contestato alla ricorrente di aver posto in essere forme aggressive o invadenti di elemosina, magari foriere di denunce da parte di terzi.

Pertanto, i giudici europei non hanno condiviso l'argomento del Tribunale Federale secondo cui misure meno restrittive non avrebbero avuto lo stesso risultato o un risultato comparabile ed hanno ritenuto che la sanzione inflitta alla ricorrente non costituisca una misura proporzionata né all'obiettivo della lotta contro la criminalità organizzata, né a quello di tutelare i diritti dei passanti, dei residenti e dei proprietari di esercizi commerciali.

In definitiva, per la Corte EDU, la ricorrente è una persona estremamente vulnerabile punita per aver chiesto l'elemosina in una situazione in cui, molto probabilmente, non aveva altra alternativa per sopravvivere, sicché la sanzione applicata attenta alla sua dignità umana ed all'essenza stessa dei diritti umani protetti dall'art. 8.

Lo Stato ha, dunque, oltrepassato i margini di apprezzamento dei quali pur gode.

Si è pure ricordato, quale monito particolarmente rilevante, il parere del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla povertà estrema e sui diritti umani¹, secondo cui l'obiettivo di **rendere la povertà meno visibile** in una città ed attrarre investimenti **non è una ragione legittima** per la criminalizzazione della mendicizia, avuto riguardo alla comparazione con il rispetto dei diritti umani².

In conclusione, la Corte, all'unanimità ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione, escludendo che l'ingerenza dello Stato nell'esercizio della vita privata della ricorrente fosse necessaria, all'interno di una società democratica, per perseguire gli obiettivi indicati dal comma 2 di tale disposizione.

¹ Il Rapporto (A/66/265, 4 agosto 2011), sottoposto all'Assemblea delle Nazioni Unite, testualmente afferma:

32. *L'interdiction de la mendicité et du vagabondage représente une violation grave des principes d'égalité et de non-discrimination. Une telle mesure dote les agents de police d'un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'application des lois et rend les personnes vivant dans la pauvreté plus vulnérables au harcèlement et à la violence. Elle ne fait que contribuer à perpétuer les attitudes sociales discriminatoires envers les plus pauvres et les plus vulnérables. (...) 35. Souvent, la motivation profonde de ces mesures est de rendre la pauvreté moins visible dans la ville et d'attirer les investissements, les projets de développement et les citoyens (non pauvres) vers les centres urbains. Ces objectifs ne sont pas légitimes au regard du droit relatif aux droits de l'homme et ne justifient pas les sanctions sévères qui sont souvent imposées en application des réglementations.*

² Cfr. il par. 79 della pronuncia della Corte EDU in commento, in cui si dà atto di come il Governo faccia valere come argomento importante quello secondo cui il fenomeno dell'accattonaggio possa diminuire l'attrattiva turistica della città di Ginevra, da tutti apprezzata per la sua calma, la sua sicurezza e possa avere sensibili ricadute economiche.

A maggioranza, invece, si sono ritenute assorbite le ulteriori questioni sollevate, concernenti la violazione degli artt. 10 e 14 CEDU.

Opinioni dissenzienti

Pur essendo stata ravvisata all'unanimità la violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, vi sono state opinioni dissenzienti in ordine alla decisione assunta riguardo agli artt. 10 e 14.

In particolare un giudice ha rilevato la riconducibilità della richiesta di elemosina alla **libertà di espressione**, già riconosciuta dalle Corti costituzionali austriache e irlandesi, e la necessità di affrontare anche tale profilo. Altri due hanno ritenuto non assorbite dalla ritenuta violazione del diritto alla vita privata e familiare le ulteriori questioni della violazione della libertà di espressione e del **divieto di discriminazione nei confronti dei Rom**, che avrebbero dovuto essere esaminate separatamente.

Osservazioni finali

Essere poveri non è un reato.

La voce della Corte Europea dei Diritti Umani si fa sentire forte nella sentenza *Lacatus c. Svizzera*.

Nel 2021, in una fase della storia mondiale in cui le diseguaglianze sociali sembrano acuirsi piuttosto che scemare, complici anche una crisi sanitaria ed economica gravissima, sembra più che mai necessario ribadire alcuni fondamenti essenziali della tutela dei diritti umani.

Come ha affermato il **Relatore Speciale delle Nazioni Unite** sulla povertà estrema e sui diritti umani, **il divieto di accattonaggio e vagabondaggio rappresenta una grave violazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione**: una misura normativa che, lasciando alle autorità di polizia un'ampia discrezionalità applicativa, rende inevitabilmente le persone che vivono in povertà più vulnerabili alle molestie e alla violenza ed aiuta soltanto a perpetuare atteggiamenti sociali discriminatori nei confronti dei soggetti più poveri e indifesi.

Nel caso deciso dai giudici di Strasburgo, la ricorrente è stata penalizzata in ragione **unicamente della sua condizione personale di povertà** persistente, strutturale, senza che risultasse alcun comportamento ulteriore tale da colorare lo stato di indigenza di una qualche connotazione molesta o aggressiva.

Intesa in tal senso, ammonisce la Corte EDU, la criminalizzazione della mendicizia si pone in contrasto con l'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti Umani, che tutela il diritto alla vita privata come espressione della personalità individuale nel senso più ampio. Peraltro, non va sottovalutata la prospettiva della violazione della libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 10 della Convenzione ed evocata dalla ricorrente e dai giudici che hanno espresso

un'opinione dissenziente in ordine all'assorbimento delle ulteriori questioni poste nel ricorso, visto che la richiesta di elemosina potrebbe essere considerata un modo per esprimere, non verbalmente, ma tramite il proprio comportamento, un disagio e una condizione di bisogno.

La punizione della ricorrente, inoltre, non era funzionale a nessuno degli obiettivi di tutela di altri beni giuridici fondamentali che, in bilanciamento, potrebbero renderla "necessaria" ai sensi del comma secondo della suddetta disposizione convenzionale. Ed anzi, la Corte si allinea alle posizioni del GRETA e del Relatore Speciale delle Nazioni Unite nel ritenere inutile e dannosa la criminalizzazione delle vittime della tratta di esseri umani.

La nostra legislazione – con l'abrogazione degli artt. 670 e 671 del codice penale ad opera, il primo, della legge n. 205 del 1999, ed il secondo, della legge n. 94 del 2009 e, parallelamente, con l'introduzione del reato di cui all'art. 600-*octies* cod. pen. (*Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio*, come rubricato in seguito all'ultima novella prevista con d.l. n. 113 del 2018, conv. in l. n. 132 del 2018, che ha introdotto anche la nuova condotta di chi "*organizzi l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto*"), e con la rimodulazione del delitto previsto dall'art. 600 cod. pen. (che al primo comma prevede la riduzione in schiavitù finalizzata all'accattonaggio) – si propone tra le più avanzate.

Tuttavia, va segnalato come, successivamente all'abrogazione degli artt. 670 e 671 del codice penale, **il legislatore italiano**, in chiave di sicurezza e decoro urbani, **abbia più volte reintrodotta forme di sanzione della mendicizia**.

Dopo l'intervento della Corte costituzionale volto a frenare l'incidenza delle ordinanze sindacali d'urgenza sui diritti di libertà della persona (cfr., in tema, la sentenza n. 115 del 2011 Corte cost.)³, con la legge n. 48 del 2017 di conversione del d.l. n. 14 del 2017, all'art. 54 del Tuel, è stato aggiunto il comma 4-*bis*, il quale prevede, nell'elenco dei fenomeni criminosi o di illegalità, che mettono in pericolo la sicurezza urbana, anche l'accattonaggio, pur specificando che tale condotta deve essere realizzata attraverso l'impiego di minori e disabili.

Inoltre, l'introduzione del nuovo **art. 669-*bis* cod. pen., che sanziona l'esercizio molesto dell'accattonaggio**, ad opera della citata novella del 2018, ha destato molte perplessità, sebbene non abbia avuto, allo stato, alcun riflesso rilevante in giurisprudenza. In particolare, è stato osservato come, in un quadro punitivo quale era quello costituito nel diritto penale italiano,

³ Nel giudizio principale era censurato un provvedimento sindacale con il quale si era fatto divieto di accattonaggio in vaste zone del territorio comunale, prevedendo, per i trasgressori, una sanzione amministrativa pecuniaria, con possibilità di pagamento in misura ridotta solo per le prime due violazioni accertate. Oggetto del divieto, in particolare, è la richiesta di denaro in luoghi pubblici, effettuata anche in forma petulante e molesta, di talché il provvedimento sindacale si estendeva, secondo il rimettente, alle forme di mendicizia non invasiva o molesta.

nel quale non difettava "la copertura normativa e quindi il controllo, preventivo e parapunitivo, sulle condotte potenzialmente devianti che possono affiorare da condizioni di marginalità"⁴, non fosse necessario, se non per la sua eco simbolica nel senso dell'incremento delle politiche di sicurezza urbana, un "ritorno al passato", attraverso il recupero della vecchia formula incriminatoria dell'art. 670, comma 2, cod. pen.

La giurisprudenza interna, d'altro canto, è da anni proiettata verso la massima espansione della tutela della "vittima della povertà", negando qualsiasi forma di criminalizzazione anche indiretta della marginalizzazione sociale.

Oltre alle pronunce della Corte costituzionale citate dalla Corte EDU, che costituiscono un punto di forza della motivazione della sentenza in commento, anche la giurisprudenza della Corte di cassazione è stata protagonista del percorso evolutivo auspicato.

Risultano significativi, in tale direzione, gli orientamenti con cui, da un lato, si è ritenuta non invocabile, da parte degli autori delle condotte di riduzione in schiavitù, qualsiasi causa di giustificazione dell'esercizio del diritto con riferimento alle proprie tradizioni sociali-consuetudinarie, e, dall'altro, irrilevante, per escludere la finalità di sfruttamento, la circostanza che un margine degli introiti dell'accattonaggio vada a beneficio delle persone offese dal reato⁵.

Un nuovo ed ulteriore orizzonte in questo percorso sembra oggi schiudersi alla luce della recentissima **pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarte Sezione, 16 febbraio 2021, V.C.L. e A.N. contro Gran Bretagna**, che ha ritenuto che l'esercizio dell'azione penale nei confronti delle vittime del reato di riduzione in schiavitù, coinvolte nella commissione di specifici reati, può, in determinate circostanze, integrare una violazione, da parte dello Stato, del dovere di proteggerle, derivante dall'art. 4 della Convenzione - dovere che impone l'adozione di tutte le misure necessarie alla loro tutela.

[**Indice**](#)

⁴ F. Curi, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano". Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in Dir. Pen. Cont. e ID., *Le alterne vicende del reato di mendicizia*, in AA.VV., *Il decreto Salvini. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, a cura di F. Curi, Pisa 2019, p. 265 ss.

⁵ Si richiamano, tra le molte, le sentenze Sez. 1, n. 23869 del 3/6/2010, Bruzzese, Rv. 247982; Sez. 1, n. 13526 del 10/3/2010, Sava, Rv.246831; Sez. 3, n. 24269 del 27/5/2010, K., Rv. 247704; Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, dep.2007, Djorgjevic, Rv.236023; per le consuetudini non scriminanti, cfr. Sez. 5, n. 2390 del 24/10/1995, dep. 1996, Senka, Rv.204369; per la finalità di sfruttamento non esclusa da margini di introiti per le vittime: Sez. 5, ord. n. 43868 del 9/11/2005, Molnar, Rv. 232834.

CLASSIFICAZIONE

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – SOGGETTO TRATTENUTO PRESSO L'AUTORITÀ DI POLIZIA GIUDIZIARIA E SOTTOPOSTO A MANIFESTAZIONI DI VIOLENZA FISICA E PSICHICA, IVI INCLUSA LA COSTRIZIONE A SOTTOSCRIVERE UNA DICHIARAZIONE AMMISSIVA DI COLPEVOLEZZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – SUSSISTENZA.

DIRITTO AD UNA RAPIDA VERIFICA GIURISDIZIONALE DELLA SUSSISTENZA DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – CARATTERISTICHE E REQUISITI DI TALE TIPOLOGIA DI INDAGINE ANCHE IN RELAZIONE AL DOVERE SANCITO DALL'ART. 1 DELLA MEDESIMA CONVENZIONE, AL FINE DI RENDERE EFFICACE IL PRINCIPIO CONVENZIONALE DI CUI ALL'ART. 3 – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – SUSSISTENZA.

QUALIFICA DI "VITTIMA" AI SENSI DELL'ART. 34 CEDU – PERSISTENZA DELLO STATUS DI "VITTIMA", COME INDIVIDUATO DALL'ART. 34 CEDU, A PRESCINDERE DA OGNI CONDOTTA RISARCITORIA O COMPENSATIVA NON ACCOMPAGNATA DAL PERSEGUIMENTO DEI RESPONSABILI DELLA CONDOTTA IN VIOLAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – SOSTANZIALE IMPUNITÀ DEGLI AGENTI DELLO STATO, ANCHE A SEGUITO DI UNA MANCATA EFFETTIVA INDAGINE PUBBLICA. IRRILEVANZA DELLA POSSIBILITÀ, PER IL RICORRENTE, DI POTER AGIRE IN GIUDIZIO CON ULTERIORE AZIONE PRIVATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – SUSSISTENZA.

PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO – UTILIZZAZIONE DI PROVE ACQUISITE IN VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – TOTALE IRRILEVANZA DELLE PROVE STESSE AI FINI DELLA DECISIONE ADOTTATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – INSUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Art. 3 CEDU

Art. 6 § 1 CEDU

Art. 34 CEDU

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU)

Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, ECHR 2002-III; Ilias e Ahmed c. Ungheria [GC], n. 47287/15, 21 novembre 2019; Rooman c. Belgio [GC], no. 18052/11, 31 gennaio 2019; Gäfgen c. Germania [GC], no. 22978/05, ECHR 2010; Price c. Regno Unito, n.33394/96, ECHR 2001-VII; Jalloh c. Germania [GC], n. 54810/00, 11 luglio 2006; Z.A. ed altri c. Russia [GC], n. 61411/15 tre successivi, 21 novembre 2019; Labita c. Italia [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV; Hurtado c. Svizzera, 28 gennaio 1994; Wieser c. Austria, no. 2293/03, 22 febbraio 2007; Bouyid c. Belgium [GC], no. 23380/09, ECHR 2015; Rodić ed altri c. Bosnia. Erzegovina, no. 22893/05, 27 maggio 2008; Selmouni c. Francia [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V; Ribitsch c. Austria, 4

dicembre 1995; Irlanda c. Regno Unito, 18 gennaio 1978; Salman c. Turchia [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII; Assenov ed altri c. Bulgaria, 28 ottobre 1998; Almaši c. Serbia, o. 21388/15, 8 ottobre 2019; Stanimirović c. Serbia, n. 26088/06, 18 ottobre 2011; Batı ed altri c. Turchia, n. 33097/96 e 57834/00, ECHR 2004-IV; Krsmanović c. Serbia, n. 19796/14, 19 Dicembre 2017; Ognyanova e Choban c. Bulgaria, n. 46317/99, 23 febbraio 2006; Antipenkov c. Russia, no. 33470/03 15 ottobre 2009; Mikiashvili c. Georgia, n. 18996/06, 9 ottobre 2012; Vladimir Romanov c. Russia, no. 41461/02, 24 luglio 2008; **Cestaro c. Italia, n. 6884/11, 7 aprile 2015; Bartesaghi Gallo ed altri c. Italia n.12131/13 e n. 43390/13 del 22 giugno 2017;** Matko c. Slovenia, n. 43393/98, 2 novembre 2006; Stojnšek c. Slovenia, n. 1926/03, 23 giugno 2009; Schenk c. Svizzera, 12 luglio 1988; Teixeira de Castro c. Portogallo, 9 giugno 1998; Heglas c. Repubblica Ceca, n. 5935/02, 1 marzo 2007; P.G. e J.H. c. Regno Unito, n. 44787/98, ECHR 2001-IX; Allan c. Regno Unito, n. 48539/99, ECHR 2002-IX; İçöz c. Turchia, n. 54919/00, 9 gennaio 2003; Göçmen c. Turchia, n. 72000/01, 17 ottobre 2006; El Haski c. Belgio, n. 649/08, 25 settembre 2012

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 2, 26 gennaio 2021, ric. Nn. 73313/17, 20143/19 Zličić c. Serbia

Abstract

1. Integra violazione dell'art. 3 CEDU il caso di un **individuo** privato della libertà personale o **costretto ad affrontare manifestazioni di forza fisica gratuite** e non giustificate dalla sua condotta, poste in essere **da parte di appartenenti alle forze dell'ordine**, in quanto ogni interferenza con la dignità umana contrasta con l'essenza della Convenzione, sicché ogni condotta di appartenenti alle forze dell'ordine, nel rapporto diretto con un individuo, tali da **diminuirne la dignità umana**, costituisce violazione della disposizione citata.

2. Anche in riferimento al dovere sancito dall'art. 1 della Convenzione, qualora sussistano sufficienti elementi per ritenere che sia stato posto in essere un trattamento disumano o degradante, indipendentemente da una specifica denuncia, è sempre **necessario lo svolgimento di una efficace indagine pubblica**, connotata da completezza, rapidità ed indipendenza, oltre che sufficientemente verificabile in sede pubblica, sia per assicurarne l'affidabilità, sia per consentire al denunciante **l'accesso effettivo alla procedura investigativa**.

3. Ad una violazione dell'art. 3 della Convenzione **non può essere posto rimedio solo attraverso una condotta risarcitoria o compensativa della vittima, indipendentemente dal perseguimento dei responsabili** e dalla loro punizione, perché ciò realizzerebbe una sostanziale impunità per gli autori della violazione, soprattutto nel caso in cui sia mancata una effettiva indagine pubblica, sicché, in tale situazione, il soggetto conserva la qualifica di "vittima"

della violazione, non potendo essergli neanche richiesto l'esercizio concreto di altra iniziativa giurisdizionale, ancorché in linea procedimentale prevista dall'ordinamento nazionale, a fronte della carenza di indagini o dell'inerzia del pubblico ministero, principale organo investigativo.

4. L'utilizzazione, in un procedimento penale, di una **prova ottenuta in violazione dell'art. 3 CEDU**, involge comunque la valutazione circa il rispetto del principio del "giusto processo", anche se tale prova non è stata decisiva nel raggiungimento della decisione. Senza dubbio, quindi, l'uso in un procedimento penale di deposizioni ottenute in violazione dell'art. 3 CEDU, rende il **procedimento nel suo complesso ingiusto**, a meno che detta prova non sia risultata del tutto irrilevante ed in alcun modo posta a fondamento della decisione.

Il caso

Il ricorrente, Aleksandar Zličić, serbo, era stato arrestato dalla polizia il 10 gennaio 2014, insieme ad un amico, in quanto ritenuto proprietario di una piccola borsa contenente cannabis, rinvenuta nei pressi della panchina dove i due erano seduti, nella pubblica via. Lo Zličić aveva affermato di essere stato picchiato dalla polizia e denudato allo scopo di costringerlo a confessare la detenzione di stupefacente. In particolare, era stato colpito da quattro ufficiali, uno dei quali aveva anche minacciato di trattenerlo per quarantotto ore; anche la sua famiglia e la sua convivente erano stati oggetto di minacce, per cui, dopo circa un'ora, temendo ulteriori maltrattamenti, aveva firmato una dichiarazione confessoria ed era stato rilasciato.

Il 12 gennaio il ricorrente si era recato presso una struttura sanitaria, dove gli erano state certificate numerose contusioni al viso ed alla testa, oltre che danni alla cornea ed un disturbo reattivo da stress.

A seguito di denuncia dello Zličić, era stata avviata un'indagine interna presso l'autorità di polizia, nel corso della quale il ricorrente aveva individuato uno degli ufficiali che lo avevano colpito ed aveva riconosciuto in foto altri due ufficiali presenti, anche se non era stato in grado di ricordare se avessero partecipato attivamente al pestaggio, in quanto dopo il primo colpo alla testa egli non era stato in grado di vedere più nulla. La versione dello Zličić era stata confermata dall'amico che era stato arrestato con lui, il quale riferiva di essere stato anch'egli sottoposto a costrizioni psicologiche, in particolare per indurlo a sottoscrivere una dichiarazione che attestasse il corretto operato della polizia: egli, tuttavia aveva deciso di non sporgere denuncia per evitare un ulteriore aggravio psicologico per sé e per la moglie. Anche la convivente del ricorrente, confermava la versione dello Zličić, riferendo quanto egli le aveva narrato e producendo le foto che ella aveva scattato il giorno seguente, attestanti le lesioni. Ugualmente, il padre del ricorrente aveva confermato le condizioni in cui aveva trovato il figlio allorquando era andato a prenderlo presso la stazione di polizia, dopo che era stato rilasciato, riferendo altresì quanto il figlio gli aveva immediatamente narrato.

Il pubblico ministero aveva, al contrario, ritenuto credibile la versione ufficiale, secondo la quale lo Zličić era stato interrogato in maniera conforme alla legge, rilevando come le dichiarazioni del padre e della convivente del ricorrente fossero *de relato*.

Lo Zličić aveva impugnato tale decisione, rilevando la violazione di principi costituzionali, tra cui il diritto ad un giusto processo e la violazione del principio concernente l'obbligo di trattamento dei detenuti in maniera dignitosa; la Corte costituzionale aveva però rilevato che la denuncia presso gli organi inquirenti non implicava, necessariamente, l'avvio di un procedimento penale, sicché nessuna violazione di principi costituzionali si era, nel caso di specie, verificata.

Il ricorrente era poi stato riconosciuto responsabile del possesso illegale di 4,23 grammi di cannabis, in base agli accertamenti di polizia ed alla versione fornita dagli operanti, e condannato a tre mesi di reclusione, con sospensione condizionale della pena per il periodo di un anno; quanto al documento confessorio sottoscritto presso la stazione di polizia, il Tribunale lo aveva ritenuto non decisivo, con la conseguenza che non appariva rilevante se esso fosse stato sottoscritto liberamente o meno, così come apparivano irrilevanti, in riferimento all'accusa a carico del ricorrente, le allegazioni concernenti il trattamento da lui subito da parte della polizia.

Tale condanna era stata confermata in appello ed in Cassazione.

Lo Zličić aveva agito anche in sede civile, per il risarcimento dei danni non patrimoniali, che gli erano stati riconosciuti in seguito al trattamento subito da parte della polizia, avendo l'autorità giudiziaria ravvisato la violazione di principi costituzionali e di principi garantiti da trattati internazionali, incluso il diritto di essere trattato in maniera dignitosa, di non essere assoggettato a violenza durante la custodia da parte della polizia e di non essere costretto a fare affermazioni autoaccusatorie.

Le osservazioni e le conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – In riferimento all'art. 3 CEDU –

1. I giudici di Strasburgo, ribadita la centralità e l'assoluta inderogabilità del principio sancito dall'art. **3 della Convenzione**, hanno richiamato i precedenti giurisprudenziali, secondo i quali il trattamento cui si riferisce la menzionata disposizione **deve raggiungere un livello minimo di gravità**; tale livello è relativo e **dipende dalle circostanze** del caso, come la **durata** del trattamento, **i suoi effetti fisici e mentali**, e, in alcuni casi, **il sesso, l'età e lo stato di salute** della vittima. Ad esempio, tra gli altri, sono stati considerati trattamenti inumani e degradanti quelli che, posti in essere in maniera premeditata e per un lungo arco di tempo, hanno causato lesioni fisiche o intense sofferenze psichiche e mentali; così come vanno considerati **degradanti** i trattamenti che **determinano paura, angoscia e senso di inferiorità, capaci di umiliare e far perdere l'autostima da parte delle vittime**, nonché minare la loro capacità di resistenza fisica e morale. Ancora, **essere presi a schiaffi dalla polizia** è stato considerato un

trattamento che ricade nel concetto delineato dall'art. 3, come pure ogni minaccia di violenza fisica che abbia cagionato uno stato mentale ansioso.

In particolare, laddove un individuo sia privato della libertà personale o sia costretto ad affrontare manifestazioni di forza fisica gratuite e non giustificate dalla sua condotta, poste in essere da appartenenti alle forze dell'ordine, ci si trova in presenza di una violazione dell'art. 3 CEDU, in quanto ogni interferenza con la dignità umana contrasta con l'essenza della Convenzione, sicché ogni condotta di appartenenti alle forze dell'ordine, nel rapporto diretto con un individuo, tali da diminuirne la dignità umana, costituisce violazione della disposizione citata.

Le persone nella custodia delle forze dell'ordine, in particolare, si trovano in una **posizione vulnerabile** e le autorità hanno il dovere di dare conto del loro trattamento, per cui se un individuo è preso in custodia dalla polizia in buone condizioni di salute e risulta ferito al momento del rilascio, lo Stato è tenuto a fornire una spiegazione plausibile delle cause delle lesioni, ricadendosi, in mancanza, nella sfera di applicazione dell'art. 3.

Nel caso in esame la Corte – ribadito che essa non ha il compito di sostituirsi alla valutazione effettuata dall'autorità giudiziaria dello Stato, non essendo, tuttavia, vincolata alle statuizioni delle predetti autorità, in applicazione del canone dell'al di là di ogni ragionevole dubbio – ha rilevato - alla luce delle specifiche connotazioni del caso, con particolare riferimento alla condanna dello Stato in sede civile basata, in entrambi i gradi di giudizio, sulla piena condivisione della versione del ricorrente, oltre che sulla mancanza di una plausibile versione alternativa da parte del Governo - la sussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU anche sotto l'aspetto costituito dalla sottoscrizione di un documento confessorio, effettuata per effetto di una minaccia.

2. Inoltre, il ricorrente aveva lamentato anche l'omissione, da parte dello Stato, di una indagine ufficiale indipendente ed efficace, in riferimento al trattamento subito.

La necessità di tale tipo di indagine, secondo i giudici di Strasburgo, si basa - nel caso in cui vi sia stata una denuncia apparentemente fondata, in relazione alla violazione del principio di cui all'art. 3 CEDU – sul generale dovere sancito dall'**art. 1 della medesima Convenzione**, che **richiede l'avvio di tale indagine**, a prescindere dal metodo di investigazione, anche in caso di mancanza di una denuncia ufficiale, purché sussistano sufficienti elementi per ritenere che sia stato posto in essere un trattamento disumano o degradante, pena l'inefficacia del principio convenzionale di cui all'art. 3.

L'indagine, in particolare, deve essere completa, rapida ed indipendente, oltre che sufficientemente verificabile in sede pubblica per assicurarne l'affidabilità; mentre il livello di pubblico scrutinio richiesto può variare, **al denunciante deve essere assicurato in ogni caso l'accesso effettivo alla procedura investigativa.**

Nel caso di specie la Corte ha rilevato un approccio inconsistente, da parte delle autorità inquirenti nazionali, nell'accertamento del caso, basato essenzialmente sulla versione degli ufficiali di polizia coinvolti, con svilimento della testimonianza personale del ricorrente e della persona con lui tratta in arresto; la credibilità degli ufficiali di polizia, in sostanza, non era stata adeguatamente verificata, soprattutto alla luce di elementi di segno contrario, quali i referti medici.

3. La Corte ha rilevato, inoltre, che il termine "vittima", nel contesto dell'art. 34 della Convenzione, individua la persona direttamente coinvolta nell'azione o nell'omissione, essendo la sussistenza della violazione rilevante anche in assenza di un pregiudizio attuale, sicché una decisione o una misura favorevole al ricorrente non è, in linea di principio, sufficiente a privarlo dello status di vittima. In altri termini, **ad una violazione dell'art. 3 della Convenzione non può essere posto rimedio solo attraverso una condotta risarcitoria** o compensativa della vittima, **indipendentemente dal perseguimento dei responsabili e dalla loro punizione**, perché ciò realizzerebbe una sostanziale **impunità degli agenti dello Stato**, soprattutto qualora, come nel caso in esame, non era stata posta in essere una effettiva indagine pubblica.

In tale situazione il ricorrente va ancora individuato quale "vittima" della violazione, e, benché in linea di principio avrebbe potuto agire ulteriormente, dopo il rigetto della prima denuncia in sede penale, con un'ulteriore azione prevista dall'ordinamento processuale nazionale, al fine di denunciare le lesioni lievi patite, tuttavia il pubblico ministero aveva già ricevuto una denuncia che lo aveva messo nelle condizioni di svolgere un'accurata indagine, sicché **nessun ulteriore onere poteva essere posto a carico del ricorrente** essendo, al contrario, responsabilità del pubblico ministero, organo sicuramente meglio attrezzato, anche se non in via esclusiva, a svolgere le dovute indagini. In tal senso la Corte ha concluso per la sussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU nelle sue articolazioni sostanziali e procedurali.

4. Il ricorrente, infine, si doleva della violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, in relazione alla complessiva mancanza di un giusto processo, atteso che egli era stato condannato sulla base di prove raccolte all'esito del trattamento nei suoi confronti adottato, in violazione dell'art. 3 CEDU, con particolare riferimento al documento da lui sottoscritto come effetto di tale condotta, senza che fossero esaminate le prove da lui proposte, nonostante la contraddittorietà della versione fornita dalla polizia e la discutibilità della valutazione delle prove a suo carico, peraltro lacunose ed incomplete.

La sentenza, a tale proposito, ha ribadito che neanche il diritto ad un giusto processo implica la possibilità di valutare, da parte della Corte EDU, **l'ammissibilità delle prove**, che costituiscono **materia primaria delle legislazioni nazionali**.

Tuttavia, particolare considerazione merita l'uso in un procedimento penale di prove ottenute in violazione dell'art. 3 CEDU, il cui uso involge comunque la **valutazione della sussistenza del "giusto processo", anche se tale prova non è stata decisiva nel raggiungimento della decisione**. Senza dubbio, **l'uso in un procedimento penale di deposizioni ottenute in violazione dell'art. 3 CEDU, rende il procedimento nel suo complesso ingiusto**.

Inoltre, la Corte ha anche affermato che, benché lo scopo principale dell'art. 6 CEDU sia assicurare il giusto processo presso un tribunale, ciò non significa che **il principio non abbia applicazione anche nella fase pre-processuale**, sicché l'art. 6 può essere rilevante prima che un caso sia rinviato a giudizio, nella misura in cui la connotazione di giusto processo sia suscettibile di essere seriamente pregiudicata attraverso la previsione di un esito condizionato dalla violazione di specifiche disposizioni.

Nel presente caso, tuttavia, la Corte ha notato che la condanna del ricorrente non era fondata in alcun modo sul documento sottoscritto dal ricorrente sotto minaccia, ma unicamente su altre fonti di prova, che avevano consentito di fondare il giudizio di colpevolezza del tutto autonomamente dalla prova inutilizzabile, come rilevato anche dalla Corte costituzionale, escludendo, pertanto, ogni violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione EDU.

Principi analoghi sono stati pronunciati con la condanna dello Stato italiano per i **fatti commessi dalla polizia nella scuola Diaz-Pertini di Genova, al termine del summit del G8 nel 2011**. Si osservò in quella occasione che i maltrattamenti subiti dal ricorrente dovessero essere qualificati come «tortura» nel senso dell'articolo 3 della Convenzione, posto che essi erano stati inflitti intenzionalmente e con premeditazione nonché in maniera del tutto gratuita e ingiustificata. Affinché **un'inchiesta sia effettiva nella pratica, la condizione preliminare è che lo Stato abbia promulgato delle disposizioni di diritto penale che sanzionino le pratiche contrarie all'articolo 3**. Infatti, l'assenza di una legislazione penale sufficiente a prevenire e punire effettivamente gli autori di atti contrari all'articolo 3 può impedire alle autorità di perseguire questi illeciti, di valutarne la gravità, di pronunciare pene adeguate e di escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa alleggerire eccessivamente la sanzione, a scapito del suo effetto preventivo e dissuasivo. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la legislazione penale italiana sia inadeguata rispetto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e al tempo stesso sprovvista di effetti dissuasivi per prevenire efficacemente la loro reiterazione.

Il reato di tortura è stato poi inserito nel codice penale, all'art. 613-bis, dalla legge n. 110 del 14 luglio 2017, che ha fatto seguito alla seconda condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo in data 22 giugno 2017.

[**Indice**](#)

CLASSIFICAZIONE

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – ABUSI SESSUALI PATITI DA MINORENNI IN UN ORFANOTROFIO – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI – QUADRO LEGISLATIVO E REGOLAMENTARE ADEGUATO – SUSSISTENZA – MISURE PROTETTIVE SPECIALI IDONEE A PROTEGGERE I SOGGETTI VULNERABILI – MANCANZA DI PROVA CIRCA LA CONSAPEVOLEZZA DEL PERICOLO – NON VIOLAZIONE DELL’ART. 3 CEDU SUL PIANO SOSTANZIALE.

DENUNCIA DI ABUSI SESSUALI SUBITI DA MINORENNI IN UN ORFANOTROFIO – NECESSITÀ DI INDAGINE EFFICACE – CRITERI – OBBLIGHI PROCEDURALI ALLA LUCE DELLA CONVENZIONE DI LANZAROTE – DOVERE DI ASCOLTO DEL MINORE – VIOLAZIONE – CARENZE INVESTIGATIVE – SUSSISTENZA – VIOLAZIONE DELL’ART. 3 CEDU SUL PIANO PROCEDURALE.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Art. 3 CEDU

Convenzione di Lanzarote (*Convenzione del Consiglio d’Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali - Conclusa a Lanzarote il 25 ottobre 2007*): artt. 12-14; 18-25; 27; 30-38

Convenzione O.N.U. sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (*approvata a New York il 20 novembre 1989*): artt. 3 e 19

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

art. 31, secondo comma, Cost.

artt. 609 *bis* ss., cod. pen.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU)

Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania [GC], 25 giugno 2019, n. 41720/13, § 116; *O’Keeffe c. Irlanda* [GC], 6 marzo 2013, n. 35810/09, § 144-145; *M.C. c. Bulgaria*, 4 dicembre 2003, n. 39272/98, § 149-150; *A. c. Regno Unito*, 23 Settembre 1998, § 22; *A and B c. Croazia*, 20 giugno 2019, n. 7144/15, § 106; *Söderman c. Svezia* [GC], 3 aprile 2013, n. 5786/08, § 82; *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, § 115; *Đorđević c. Croazia*, 24 luglio 2012, n. 41526/10, § 139,; *Bouyid c. Belgio* [GC], 8 ottobre 2014, n. 23380/09, §§ 122-123; *A, B e C c. Lettonia*, 31 marzo 2016, n. 30808/11, § 149; ***V.C. c. Italia*, 1° febbraio 2018, n. 54227/14, §§ 95-112; *Giuliani e Gaggio c. Italia* [GC], 29 settembre 2010, n. 23458/02, § 303; *Armani Da Silva c. Regno Unito* [GC], 30 marzo 2016, n. 5878/08, § 234;**

Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia [GC], 29 gennaio 2019. n. 36925/07, §§ 233-235; *M.M.B. c. Slovacchia*, 26 novembre 2019. n. 6318/17, § 61; ***Talpis c. Italia*, 2 marzo 2017, n.**

41237/14, § 111; M.P. e altri c. Bulgaria, 15 novembre 2011; n. 22457/08, § 111; **M. e altri c. Italia e Bulgaria**, 31 luglio 2012, n. 40020/03, § 104-111; LR c. Nord Macedonia, 23 gennaio 2020, n. 38067/15.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Grande Camera, 2 febbraio 2021, ric. n. 22457/16 X e altri c. Bulgaria.

Abstract

1. Condotte di **abuso sessuale** commesse nei confronti di **bambini** in condizione di particolare vulnerabilità in quanto collocati **in orfanotrofio** sono sufficientemente gravi da rientrare nell'**ambito di applicazione dell'articolo 3 CEDU**. Sul piano sostanziale, la disposizione impone l'obbligo di adottare un **quadro normativo adeguato** a proteggere i bambini contro le violazioni gravi alla loro integrità e di adottare **misure preventive** in caso di rischio reale e concreto di maltrattamenti e trattamenti degradanti. **Nel caso di specie**, alla luce dell'adeguatezza del sistema penale della Bulgaria e delle regole di funzionamento dell'orfanotrofio ed in assenza di consapevolezza, o colpevole ignoranza, di situazioni di pericolo da parte delle autorità, **non è stata ravvisata la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU**.

2. A fronte di una denuncia di trattamento inumano o degradante, l'art. 3 CEDU rende **necessario lo svolgimento di un'indagine efficace**, dovendosi garantire l'effettiva attuazione delle leggi nazionali che tutelano il diritto a non essere maltrattati. Laddove si tratti **abusi sessuali commessi su minorenni**, l'obbligo procedurale è disciplinato anche da documenti internazionali come la **Convenzione di Lanzarote**: gli Stati sono tra l'altro tenuti ad adottare le misure legislative e di altro tipo appropriate per fornire il sostegno necessario al bambino e a coloro che ne hanno la custodia, nonché a procedere all'ascolto del minore ed alla valutazione delle specifiche accuse mosse. **Nella specie**, per la natura incompleta delle indagini e la non obiettività palesata dall'organo che per primo le aveva condotte, sono state ravvisate **carenze investigative** sufficientemente gravi da far ritenere integrata la **violazione, sul piano procedurale, dell'art. 3 CEDU, interpretato alla luce** degli altri strumenti internazionali applicabili, in particolare della **Convenzione di Lanzarote**.

Il caso

I **ricorrenti**, cittadini italiani **di origine bulgara**, sono **tre fratelli** – un maschio e due femmine – collocati in un orfanotrofio in Bulgaria e poi **adottati da una coppia italiana** nel giugno 2012, quando avevano rispettivamente **12, 10 e 9 anni**. Qualche mese dopo l'adozione, i genitori, allarmati perché la bambina più piccola aveva accusato il fratello di averla toccata sessualmente, dopo aver raccolto le confidenze dei figli circa certe pratiche sessuali tenute da loro, e da altri bambini, presso l'orfanotrofio, li avevano sottoposti a valutazione da parte di due psicologi

specializzati in abusi su minori. All'esito di alcune sedute di terapia con i bambini, in parte videoregistrate, gli psicologici avevano redatto un rapporto che confermava la capacità dei minori di distinguere tra realtà e fantasia e la credibilità dei loro racconti.

Dopo essersi rivolto al "Telefono Azzurro" rappresentando che **i figli avevano riferito di pratiche sessuali sistematicamente compiute, di notte, in orfanotrofio, dai bambini più grandi nei confronti di quelli più piccoli, e di abusi sessuali commessi sui minori da parte di adulti** – sia in istituto, sia in una discoteca di un vicino villaggio, dove gli stessi venivano talvolta condotti, e in privati appartamenti dove **gli abusi venivano filmati da persone con il volto coperto** – **i fatti venivano denunciati alle autorità bulgare e a quelle italiane.**

In particolare, tra novembre e dicembre 2012 venivano informati il SACP (l'Agenzia di Stato bulgara per la protezione dei minori) e, tramite questa, il Ministero della giustizia bulgaro, nonché la Commissione italiana per le adozioni internazionali (CAI) e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, ove aveva sede l'associazione italiana che si era occupata dell'adozione internazionale.

Parallelamente, il padre dei bambini aveva contattato un giornalista investigativo del settimanale L'Espresso e questi, nel gennaio 2013, aveva pubblicato un articolo in cui – senza citare i nomi degli interessati, né dell'orfanotrofio – erano riportati i racconti degli abusi sessuali riferiti dai minori. Quell'articolo aveva avuto risonanza sulla stampa bulgara, sicché il SACP, dopo aver identificato i minori e l'orfanotrofio – gestito sotto la responsabilità del sindaco del comune – aveva immediatamente effettuato un'ispezione presso l'istituto. **Il rapporto conclusivo degli accertamenti condotti dal SACP attestava che le accuse** diffuse sulla stampa italiana **non avevano fondamento** e, il 28 gennaio, lo stesso era stato trasmesso alla competente Procura della Repubblica distrettuale che, dopo aver aperto un'inchiesta preliminare (**la prima inchiesta**), il 18 novembre 2013, senza effettuare altre indagini, aveva **archiviato il caso.**

Intanto, a seguito della trasmissione per via diplomatica - da parte della Procura della Repubblica di Milano, ritenutasi territorialmente incompetente a svolgere indagini - delle informazioni ricevute dal Telefono Azzurro circa quanto riferito dal padre dei minori e del rapporto redatto dagli psicologi cui quello si era inizialmente rivolto, la competente Procura della Repubblica distrettuale bulgara, il 22 febbraio 2013, aveva aperto sul caso una **seconda inchiesta** (pur essendo ancora pendente la prima). Un *team* costituito da rappresentanti della polizia, delle autorità locali e dei servizi sociali era stato incaricato di condurre un'indagine e, sulla scorta delle conclusioni raggiunte, il 28 giugno 2013 il pubblico ministero aveva **archiviato il caso**, rilevando che le accuse mosse dal padre dei minori non erano state riscontrate.

Nel contempo, essendo stato allertato anche Tribunale per i minorenni di Milano, il relativo ufficio di Procura aveva avviato un'indagine finalizzata alla tutela dei minori adottati e nell'ambito della

stessa, nell'aprile 2013, i due bambini più grandi erano stati sentiti dal pubblico ministero con colloqui videoregistrati. Su conforme parere del pubblico ministero e di un esperto in neuropsichiatria che aveva esaminato tutti gli atti, in una decisione del 13 maggio 2014, **il Tribunale per i minorenni milanese aveva ritenuto che i minori avessero subito ripetuti abusi sessuali e maltrattamenti presso l'orfanotrofio bulgaro**, che la cura dei genitori adottivi era adeguata e che non vi erano pertanto ragioni per disporre misure protettive o di sostegno psicologico.

Nel gennaio 2014, il Ministero della giustizia italiano aveva poi rivolto un appello formale alle autorità bulgare per avviare investigazioni sulle allegazioni risultanti dagli elementi raccolti nelle indagini del pubblico ministero minorile, che, tra l'altro, aveva espressamente escluso che i minori dovessero essere ulteriormente ascoltati dalle autorità italiane, anche in vista della possibilità che le autorità giudiziarie bulgare intendessero esaminarli.

Su sollecitazione della Procura presso la Suprema Corte di cassazione bulgara, nell'aprile 2014 era quindi stata avviata una **terza inchiesta preliminare**, conclusasi, senza effettuare nuove indagini, con la **conferma dell'archiviazione**, avallata, il 16 novembre 2016, anche da parte del Procuratore presso la Corte d'appello.

Il ricorso alla Corte EDU, originariamente basato sulla lamentata violazione degli articoli 3, 6, 8 e 13 della Convenzione, ritenuto ammissibile con riguardo agli artt. 3 e 8, **è stato, all'unanimità, ritenuto infondato con decisione della Quinta Sezione del 17 gennaio 2019.**

A seguito di richiesta di rinvio avanzata ai sensi dell'art. 43 CEDU, **il caso è stato riesaminato dalla Grande Camera** con la decisione qui segnalata.

La Corte ha ritenuto di dover esaminare **alla luce dell'art. 3 CEDU le doglianze dei ricorrenti**, i quali lamentano di essere stati vittime di abusi sessuali mentre vivevano nell'orfanotrofio in Bulgaria e che **le autorità bulgare erano venute meno al loro obbligo di proteggerli e al loro dovere di condurre un'indagine adeguata su tali accuse.**

Le osservazioni e le conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – In riferimento all'art. 3 CEDU –

1. - La Corte, ribadita la centralità e l'assoluta inderogabilità del principio sancito dall'art. **3 della Convenzione**, ha richiamato i precedenti giurisprudenziali, secondo i quali il **divieto di maltrattamenti** cui si riferisce la menzionata disposizione postula il raggiungimento di **un livello minimo di gravità**; tale livello è relativo e **dipende dalle circostanze** del caso, come la **durata** del trattamento, **i suoi effetti fisici e mentali**, e, in alcuni casi, **il sesso, l'età e lo stato di salute** della vittima.

L'art. 3 CEDU impone agli Stati **obblighi sostanziali e procedurali**.

Quanto ai primi, è innanzitutto necessaria la predisposizione di un **quadro legislativo e regolamentare** che protegga adeguatamente gli individui dalle violazioni della loro integrità fisica e psichica. Con specifico riguardo ad atti gravi come lo stupro e gli **abusi sessuali sui bambini, spetta agli Stati membri prevedere disposizioni di diritto penale efficaci** (quest'obbligo deriva anche da altri documenti internazionali come la Convenzione di Lanzarote: v. artt. da 18 a 24). L'obbligo positivo di protezione assume una speciale importanza in relazione ai casi in cui i minori sono particolarmente vulnerabili e si trovano sotto il controllo esclusivo delle pubbliche autorità.

In secondo luogo, in certe circostanze può essere necessario adottare **misure protettive speciali** contro il rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, **soprattutto nei confronti dei bambini e di altri soggetti vulnerabili**, senza che sia tuttavia imposto alle autorità un onere impossibile o sproporzionato, tenendo conto dell'imprevedibilità della condotta umana. Pertanto, affinché sorga un obbligo positivo, **deve essere dimostrato che le autorità sapevano, o avrebbero dovuto sapere, dell'esistenza di un rischio** reale e immediato di maltrattamento e abbiano omesso di adottare le misure che avrebbero potuto evitare tale rischio.

Infine, sul piano degli **obblighi procedurali**, l'art. 3 CEDU impone alle autorità nazionali di condurre una indagine ufficiale, approfondita, indipendente ed efficace, in riferimento a casi di maltrattamento denunciati. Tuttavia, l'obbligo di condurre **un'indagine efficace** è un **obbligo non di risultato ma di mezzi**. Non esiste un diritto assoluto ad ottenere l'accertamento della responsabilità quando non ci sono state colpevoli omissioni nel perseguire gli autori dei reati e la Corte non può sostituirsi alle autorità nazionali nella valutazione dei fatti e nel giudizio sulla penale responsabilità. Si sottolinea l'importanza della prontezza e ragionevole **celerità delle investigazioni**, della **partecipazione della vittima** e, in alcune circostanze, dell'obbligo per le autorità **di cooperare con le autorità di un altro Stato**. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, nei casi di abusi sessuali su minori, il rispetto degli obblighi positivi derivanti dall'articolo 3 CEDU richiede, nell'ambito dei procedimenti nazionali, l'effettiva realizzazione del **diritto dei bambini a veder considerato il loro interesse come una priorità**. L'obbligo procedurale di cui all'articolo 3 CEDU, di condurre un'indagine efficace, deve essere interpretato alla luce degli obblighi derivanti anche dagli altri strumenti internazionali applicabili, in particolare dalla Convenzione O.N.U. sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e, soprattutto, dalla **Convenzione di Lanzarote**.

2. Nel caso di specie, la Corte, rileva innanzitutto che gli abusi sessuali e le violenze denunciati dai ricorrenti sono stati sufficientemente gravi da ricadere nell'ambito di **applicazione dell'art. 3 CEDU** e che, per la giovane età e la situazione di bambini privi di cura parentale e collocati in un istituto, gli stessi si trovavano in **situazione di particolare vulnerabilità**.

Esaminando quindi l'adempimento dello Stato alle obbligazioni imposte dalla Convenzione, la Corte riconosce **soddisfatto l'obbligo positivo di predisporre un adeguato quadro normativo di tutela sul piano penale**, poiché nel codice penale bulgaro è punito severamente l'abuso sessuale su minori infraquattordicenni. Secondariamente, rispetto alla particolare condizione di vulnerabilità in cui si trovano i bambini nell'orfanotrofio in questione, sulla base delle informazioni contenute nei rapporti trasmessi dalle autorità, la Corte reputa **impossibile confutare la constatazione di fatto circa l'attuazione di meccanismi regolamentari idonei** ad assicurare la loro sicurezza e a prevenire e scoprire eventuali maltrattamenti e considera sfornita di prova l'allegazione dei ricorrenti secondo cui, al tempo dei fatti, in Bulgaria esisteva un generale problema legato alla pedofilia, al turismo sessuale o agli abusi sessuali di bambini collocati in strutture residenziali.

Con riguardo all'obbligo di adottare misure preventive rispetto alla situazione di vulnerabilità dei ricorrenti e al dovere delle autorità che li avevano in cura di esercitare una particolare vigilanza, la Corte rileva che, sulla base della documentazione prodotta dal Governo, **non è stato accertato che alcuna autorità bulgara fosse a conoscenza degli abusi denunciati**.

La Corte, pertanto, ritiene che non vi sia stata **alcuna violazione dell'art. 3 CEDU dal punto di vista degli obblighi sostanziali**.

3. Rispetto, invece, agli obblighi procedurali, la Corte osserva che le autorità bulgare, già nel febbraio 2013, avevano ricevuto delle informazioni dettagliate da parte delle autorità italiane sugli abusi sessuali segnalati dai minori e tali da far sorgere l'obbligo di condurre **un'indagine effettiva alla luce dell'art. 3 CEDU**.

Si ritiene, innanzitutto, che con riguardo alle **prime due inchieste preliminari**, l'avvio delle investigazioni fu tempestivo e le stesse furono **celermente condotte da un'autorità indipendente** specializzata in protezione dei minori e non coinvolta nei fatti denunciati come il **SACP**, stigmatizzandosi, tuttavia, il mancato contatto delle autorità nazionali con i denunciati per fornire loro informazioni e supporto. Quanto all'approfondimento delle investigazioni, la decisione riepiloga le attività svolte, concludendo come siano state trascurate alcune linee d'indagine potenzialmente rilevanti ed alcune misure investigative.

Si richiamano, al proposito, la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e la **Convenzione di Lanzarote** (in particolare gli artt. 30, §§ 1, 4, 5 e 31, § 1) nella parte in cui vincolano le Parti ad assicurare il necessario supporto ai minori e a coloro che ne hanno cura, proteggendone anche l'anonimato, e a **consentire loro di essere ascoltati, di fornire prove, di scegliere le modalità di presentazione dei loro bisogni e delle loro preoccupazioni**, direttamente o per mezzo di un intermediario, sia pur riducendo al minimo il numero dei colloqui onde evitare ulteriori traumi.

Nel caso di specie, la Corte nota che i racconti resi dai ricorrenti agli psicologi e al pubblico ministero minorile, ritenuti attendibili dalle autorità italiane, contenevano dettagli precisi, come pure i nominativi di alcuni soggetti indicati come autori degli abusi e che i relativi documenti erano stati progressivamente trasmessi alle **autorità bulgare**. Se queste avevano dubbi sulle circostanze riferite – anche in forza di certe contraddizioni osservate nei racconti dei ricorrenti – **avrebbero dovuto chiarire i fatti, cercando di ottenere precisazioni dalle vittime e avrebbero quindi dovuto valutare la necessità di effettuare il loro esame** nell’ambito della cooperazione giudiziaria internazionale, recandosi in Italia, ovvero richiedendo alle autorità italiane di procedervi. Avrebbero **quantomeno dovuto acquisire le videoregistrazioni delle audizioni effettuate** dagli psicologi e dal pubblico ministero minorile e **richiedere che i minori fossero sottoposti a visita medica**, in particolare il ragazzo quanto alla verifica della denuncia di stupro nei suoi riguardi effettuata. Inoltre, visto che i ricorrenti avevano indicato i nomi di altri bambini vittime di abuso e anche dei minorenni che tali abusi avrebbero commesso, le autorità bulgare avrebbero dovuto provvedere alla loro audizione per chiarire i fatti. **Si sarebbero potute inoltre considerare altre misure investigative**, nella specie certamente appropriate e proporzionate (la sorveglianza dell’istituto, l’intercettazione di conversazioni telefoniche, l’uso di agenti sotto copertura, la perquisizione dello studio del fotografo indicato come coinvolto nelle riprese degli atti sessuali).

Per contro, nelle tre inchieste avviate **le autorità bulgare si erano limitate ad interrogare le persone presenti nell’orfanotrofio** o nelle vicinanze.

La Corte, poi, reputa **inaccettabile la dichiarazione rilasciata alla televisione bulgara dal Presidente del SACP** all’inizio della prima inchiesta, avendo egli accusato i genitori dei ricorrenti di calunnia, manipolazione e inadeguata genitorialità, ciò che **minava la oggettività e credibilità delle investigazioni** condotte da tale autorità.

In conclusione, l’analisi delle informazioni ottenute nelle tre inchieste condotte dalle autorità e delle ragioni indicate nei provvedimenti di archiviazione delle indagini penali mostrava **carenze idonee a compromettere l’efficacia delle investigazioni**, che non apparivano come frutto di un’attenta analisi delle prove e rivelavano piuttosto il tentativo di dimostrare la falsità delle accuse sottolineandone le inesattezze. Le **omissioni riscontrate apparivano sufficientemente gravi da indurre a concludere che le indagini espletate non erano state efficaci rispetto agli scopi dell’art. 3 CEDU** interpretato alla luce dei documenti internazionali ed in particolare della Convenzione di Lanzarote, con conseguente violazione della citata disposizione convenzionale nel suo profilo procedurale.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

ART 14 (+ ART 1 P1) – DISCRIMINAZIONE INGIUSTIFICATA E DIRETTA IN BASE AL SESSO RIFIUTANDO DERIVANTE DAL RIFIUTO DI ATTRIBUIRE L'INDENNITÀ DI MATERNITÀ ALLA DONNA INCINTA CHE SI È SOTTOPOSTA A FECONDAZIONE IN VITRO POCO PRIMA DELL'IMPIEGO – OBBLIGHI FINANZIARI IMPOSTI A UNO STATO DURANTE LA GRAVIDANZA DI UNA DONNA INIDONEI A GIUSTIFICARE UNA DIFFERENZA DI TRATTAMENTO BASATA SUL SESSO – CARATTERE PROBLEMATICO DELLE MISURE DI ASSICURAZIONE SPESSO RIVOLTE ALLE DONNE INCINTE E ALLE DONNE CHE HANNO CONCLUSO UN CONTRATTO DI LAVORO IN UNA FASE AVANZATA DELLA LORO GRAVIDANZA O CON FAMILIARI STRETTI – PROTEZIONE LAVORATIVA DELLE DONNE DURANTE LA GRAVIDANZA E SUA INDIPENDENZA DALLA PRESENZA AL LAVORO DURANTE LA MATERNITÀ – MISURE DI PROTEZIONE DELLA MATERNITÀ ESSENZIALI PER SOSTENERE IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA UOMINI E DONNE NEL MONDO DEL LAVORO – CONCLUSIONE DELLE AUTORITÀ CHE LA FECONDAZIONE IN VITRO HA RESO LA RICORRENTE MEDICALMENTE INIDONEA A TROVARE UN IMPIEGO EQUIVALE A SCORAGGIARLA DAL CERCARE UN LAVORO A CAUSA DI UNA POSSIBILE GRAVIDANZA E INDICATIVO DI STEREOTIPI DI GENERE, IN DIRETTA VIOLAZIONE DEL DIRITTO NAZIONALE E INTERNAZIONALE.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 4 febbraio 2021, ric. n. 54711/15 Jurčić c. Croazia.

Abstract

Il rifiuto di corrispondere l'indennità di maternità alla donna incinta che ha ricevuto fecondazione in vitro poco prima dell'occupazione, sull'assunto della fittizietà del rapporto lavorativo in quanto istituito solo per beneficiare delle tutele previdenziali, costituisce una discriminazione ingiustificata e diretta in base al sesso, e viola l'art. 14 della Convenzione EDU.

Il caso

La ricorrente ha stipulato un contratto di lavoro dieci giorni dopo essersi sottoposta a **fecondazione in vitro** (FIVET). Quando successivamente è andata in **congedo per malattia, a causa di complicazioni legate alla gravidanza**, l'autorità nazionale competente ha riesaminato il suo stato di assicurazione sanitaria ed ha concluso che, firmando il contratto poco dopo la fecondazione in vitro, la ricorrente aveva solo cercato di ottenere vantaggi pecuniari legati allo status lavorativo e che il suo **impiego era quindi fittizio**. La sua domanda di iscrizione come dipendente assicurata, insieme alla sua richiesta di pagamento di congedo per malattia, è stata pertanto respinta.

Esauriti infruttuosamente i rimedi interni, la lavoratrice si rivolge alla Corte EDU, che accoglie il ricorso, ravvisando la violazione dell'art. 14 della Convenzione.

Le osservazioni della Corte Europea dei Diritti Umani

Il ragionamento attraverso il quale la Corte ravvisa nel caso una discriminazione di genere diretta si articola in più passaggi:

(a) Vi era una differenza di trattamento

Alla ricorrente è stato negato il riconoscimento dello status di dipendente assicurata e una prestazione previdenziale legata al lavoro, ritenendo il lavoro fittizio a causa della sua gravidanza. **Una tale decisione può essere adottata solo nei confronti delle donne. Pertanto, essa costituisce una differenza di trattamento basata sul sesso.**

b) la differenza di trattamento non era giustificata

In ordine alla **legittimità dello scopo** perseguito con l'ingerenza statale, la Corte osserva che il governo aveva sostenuto che la decisione di revocare lo status assicurativo della ricorrente aveva perseguito l'obiettivo legittimo di proteggere le risorse pubbliche dall'uso fraudolento e la stabilità complessiva del sistema sanitario. La Corte sottolinea però che **la gravidanza di una donna in quanto tale non può essere considerata un comportamento fraudolento** e che gli obblighi finanziari imposti allo Stato durante la gravidanza di una donna di per sé non possono costituire ragioni sufficientemente importanti per giustificare la disparità di trattamento sulla base del sesso.

Anche ad ammettere la legittimità dello scopo della protezione dei fondi pubblici come legittimo, occorre pur sempre **verificare se la misura contestata sia stata necessaria** per raggiungerlo, tenendo conto dello stretto margine di apprezzamento concesso agli Stati in casi in cui la differenza di trattamento era basata sul sesso.

Proprio a causa del fatto che la ricorrente aveva intrapreso un nuovo impiego così poco tempo prima di richiedere il beneficio correlato all'occupazione in questione, l'autorità amministrativa competente aveva avviato la revisione dello stato di assicurazione sanitaria della ricorrente, sospettando che il suo contratto di lavoro fosse stato concluso solo per poter reclamare tale beneficio; inoltre, nel caso di specie, le autorità avevano concluso che la ricorrente non era idonea a lavorare già alla data di conclusione del contratto perché il suo medico le aveva raccomandato il riposo, a seguito dell'intervento sul si era sottoposta.

Secondo la Corte, però, ritenere che la ricorrente – in ragione delle sue condizioni – avrebbe dovuto **astenersi dall'instaurare il rapporto viola il diritto interno e internazionale,**

essendo equivalente a scoraggiare la donna dal cercare lavoro a causa della sua possibile gravidanza.

Più in generale, poi, le misure specificamente rivolte alle donne incinte e alle donne che hanno concluso un contratto di lavoro in una fase avanzata della loro gravidanza hanno in genere carattere problematico, per la necessità di protezione delle donne durante la gravidanza e per **l'indipendenza di tale protezione dalla presenza al lavoro durante la maternità.**

Considerazione di elementi aggiuntivi:

Quanto detto, basta per concludere che la ricorrente era stata discriminata diretta sulla base del suo sesso. La Corte ha ritenuto necessario sottolineare alcuni fattori aggiuntivi, che avevano reso la differenza di trattamento ancora più evidente:

- La ricorrente aveva regolarmente versato contributi all'assicurazione sanitaria obbligatoria durante i suoi quattordici anni di precedente esperienza lavorativa. Non si poteva quindi sostenere che avesse omesso di contribuire al fondo assicurativo;
- Quando ha iniziato a lavorare, la ricorrente **non aveva avuto modo di sapere** se la procedura di fecondazione in vitro avesse avuto successo o se l'avrebbe portata a rimanere incinta. Inoltre, non poteva sapere che l'eventuale gravidanza futura avrebbe comportato complicazioni che le avrebbero richiesto il rilascio di un congedo per malattia per un periodo di tempo prolungato;
- Per altro verso, la Corte sottolinea che **la lavoratrice non aveva alcun obbligo legale di segnalare il fatto che aveva subito la procedura di fecondazione in vitro** o che avrebbe potuto essere incinta durante la conclusione del contratto. La legge nazionale vietava al datore di lavoro di richiedere qualsiasi informazione riguardante la gravidanza di una donna. In effetti, chiedere a una donna informazioni sulla sua possibile gravidanza o sulla sua pianificazione, o obbligarla a denunciare un fatto del genere al momento dell'assunzione, avrebbe anche costituito una discriminazione diretta basata sul sesso;
- Inoltre, non c'era nulla che dimostrasse che le donne che avevano subito la procedura di fecondazione in vitro sarebbero generalmente incapaci di lavorare durante il trattamento o la gravidanza;
- Infine, la conclusione delle autorità nazionali implicava che le donne non dovevano lavorare o cercare lavoro durante la gravidanza o financo la sua semplice possibilità: uno **stereotipo di genere** che non solo viola il diritto interno, ma si pone anche in contrasto con gli standard internazionali di parità di genere.

Conclusioni:

La Corte ha quindi concluso per l'affermazione della **violazione dell'art. 14** della Convenzione, essendo stata posta in essere una **discriminazione diretta basata sul sesso**; lo Stato convenuto è stato condannato, in applicazione dell'art. 41 della Convenzione, a pagare alla ricorrente euro 15.000 a titolo di **danno morale**.

PRINCIPIO AFFERMATO

Il rifiuto di assumere una donna incinta, ovvero di riconoscerle una prestazione previdenziale, in ragione del suo stato di gravidanza costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso, che non può essere giustificata dagli interessi finanziari dello Stato. Di conseguenza, la differenza di trattamento a cui è stata sottoposta la ricorrente, in quanto donna rimasta incinta a seguito di fecondazione in vitro, non essendo obiettivamente giustificata o necessaria, costituisce violazione dell'art. 14 Convenzione EDU, con conseguente responsabilità dello Stato anche per il risarcimento dei danni morali.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Articolo 14

Articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1

RIFERIMENTI GIURISDIZIONALI (CEDU)

- *Napotnik v. Romania*, no. 33139/13, § 77, 20 October 2020
- *J.D. and A v. the United Kingdom*, nos. 32949/17 and 34614/17, § 89, 24 October 2019
- *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 78, Series A no. 94
- *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, no. 17484/15, § 46, 25 July 2017
- *Emel Boyraz v. Turkey*, no. 61960/08, § 51, 2 December 2014
- *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC], nos. 60367/08 and 961/11, § 82, 24 January 2017
- *Alexandru Enache v. Romania*, no. 16986/12, §§ 68 and 76-77, 3 October 2017
- *Petrovic v. Austria*, 27 March 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II
- *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 177, ECHR 2007-IV
- *Guberina v. Croatia*, no. 23682/13, § 74, 22 March 2016
- *Topčić-Rosenberg v. Croatia*, no. 19391/11, § 40, 14 November 2013.

[**Indice**](#)

CLASSIFICAZIONE

ART. 3 CEDU – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI – INDAGINE EFFICACE – CASO GRAVE DI VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA – DESCRIZIONE INUTILE DEGLI STUPRI – ECCESSIVA DURATA DI UN PROCEDIMENTO PENALE RELATIVO AD ABUSI SESSUALI PRESCRIZIONE DI DUE DEI CAPI DI IMPUTAZIONE – CASO CHE MERITA PARTICOLARE ATTENZIONE E PRIORITÀ ASSOLUTA – ASSENZA DI ASSISTENZA AL MINORE – NUMERO ECCESSIVO DI ESAMI MEDICI INVADENTI – ASSENZA DI VALUTAZIONE DEL CONSENSO DELLA VITTIMA CIRCOSTANZIATA RISPETTO ALLA SUA ETÀ E ALLA SENSIBILITÀ DEL CASO.

ART. 8, § 1, CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – INTEGRITÀ FISICA E MORALE – MANCANZA DI PROTEZIONE DELL'INTEGRITÀ PERSONALE DI UN MINORE VULNERABILE – ASSENZA DI TUTELA DAVANTI AGLI IMPUTATI – MANCANZA DI SERENITÀ E SICUREZZA NEL CORSO DELLE UDIENZE – COMPORTAMENTO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI NON CONFORME ALL'OBBLIGO DI PROTEGGERE L'INTERESSE SUPERIORE DI UN MINORE VITTIMA DI SFRUTTAMENTO E ABUSO SESSUALI – APPLICAZIONE INEFFICACE DEL DIRITTO PENALE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 3 e 8, § 1, CEDU

Norme rilevanti dell'ordinamento italiano: artt. 2, 111 Cost.; artt. 90-bis, 90-ter, 90-quater, 190-bis, 299, 392, 398, 472, 498, 603, cod. proc. Pen.; artt. 609-bis, 609-quater, cod. pen.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU richiamate: *G.U. c. Turchia*, n. 16143/10, §§ 45-48 e §§ 59-66, 18 ottobre 2016; *Kurić e altri c. Slovenia* [Grande Camera], n. 26828/06, § 286, 26 giugno 2012; *Azzolina e altri c. Italia*, nn. 28923/09 e 67599/10, § 105, 26 ottobre 2017; *Şükrü Yıldız c. Turchia*, n. 4100/10, §§ 42-46, 17 marzo 2015; *Vatandaş c. Turchia*, n. 37869/08, § 27, 15 maggio 2018; *Radomilja e altri c. Croazia* [Grande Camera], nn. 37685/10 e 22768/12, § 126, 20 marzo 2018; *S.M. c. Croazia* [Grande Camera], n. 60561/14, §§ 225-228, 241-242, 303 e § 313-320, 25 giugno 2020; *M.C. c. Bulgaria*, n. 39272/98, §§ 148- e 181, 4 dicembre 2003; *Y. c. Slovenia*, n. 41107/10, §§ 97, 101 e 103-106, 28 maggio 2015; *A. e B. c. Croazia*, n. 7144/15, §§ 105-121, 20 giugno 2019; *Ebcin c. Turchia*, n. 19506/05, § 40, 1 febbraio 2011; *M.N. c. Bulgaria*, n. 3832/06, §§ 46-49, 27 novembre 2012; *Stoev e altri c. Bulgaria*, n. 41717/09, § 48, 11 marzo 2014; *S.Z. c. Bulgaria*, n. 29263/12, §§ 42-47, 3 marzo 2015; *M.G.C. c. Romania*, n. 61495/11, §§ 54-75, 15 marzo 2016; *X e altri c. Bulgaria*, n. 22457/16, §§ 84-93, 17 gennaio 2019; *X et Y c. Paesi Bassi*, n. 8978/80, § 22, 26 marzo 1985; *M.P. e altri c. Bulgaria*, n. 22457/08, § 110,

15 novembre 2011; *V.C. c. Italia*, n. 54227/14, § 85, 1 febbraio 2018; *Aigner c. Austria*, n. 28328/03, § 35, 10 maggio 2012; *Aydemir c. Turchia*, n. 17811/04, § 26, 24 maggio 2011; *García Ruiz c. Spagna* [Grande Camera], n. 30544/96, § 28, 21 gennaio 1999; *Z c. Bulgaria*, n. 39257/17, §§ 68-70 e 74, 28 maggio 2020; *Kyprianou c. Cipro* [Grande Camera], n. 73797/01, 15 dicembre 2005; *Paksas c. Lituania* [Grande Camera], n. 34932/04, § 122, 6 gennaio 2011.

Altre sentenze CEDU: *Dan c. Moldavia*, n. 8999/07, 5 luglio 2011; *Lorefice c. Italia*, n. 63446/13, 29 giugno 2017.

Corte costituzionale: *ex multis*, n. 63 del 2005, n. 92 del 2018, n. 14 del 2021.

Corte di cassazione: 1) penale: *ex plurimis*, Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016, Rv. 267486; Sez. U, n. 10959 del 29/01/2016, Rv. 265893; Sez. 3, n. 7259 del 30/11/2017, dep. 15/02/2018, Rv. 273652; Sez. 5, n. 2554 del 11/12/2020, dep. 21/01/2021; 2) civile: Sez. U., n. 22238 del 21/10/2009; Sez. 1, n. 3946 del 29/02/2016; Sez. 1, n. 10784 del 17/04/2019; Sez. 1, n. 1474 del 25/01/2021.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 2, 9 febbraio 2021, ric. n. 40591/11 N.Č. c. Turchia.

Abstract

La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione degli artt. 3 e 8, § 1, CEDU nei confronti della ricorrente, rilevando che il procedimento penale, riguardante diversi episodi di sfruttamento e abuso sessuale di una minore, ha integrato un grave caso di vittimizzazione secondaria in presenza delle seguenti circostanze, unitariamente considerate: mancanza di supporto psicologico a favore della vittima di abuso sessuale; mancata protezione della vittima davanti agli imputati nel corso del processo; superflue e ripetute ricostruzioni degli stupri subiti, da parte della ricorrente; numerosi esami medici particolarmente invasivi; mancanza di un ambiente tranquillo e sicuro durante le udienze; metodo di valutazione del consenso della vittima, minorenne all'epoca dei fatti, non circostanziato e oggettivo; eccessiva durata del processo, che ha comportato, inoltre, la prescrizione di alcuni capi di imputazione. La Corte ha giudicato irrilevanti le riforme del sistema giudiziario turco, constatando che i miglioramenti intervenuti successivamente alla commissione dei fatti in esame non sono stati applicati nel caso in esame da parte dei giudici, i quali si sono limitati a disporre la celebrazione del processo in assenza di pubblico; con conseguente violazione, da parte delle autorità nazionali, della legge penale e dei principi ricavabili dagli artt. 3 e 8, CEDU, in particolare dell'obbligo di protezione della vittima di sfruttamento e abuso sessuali.

Il caso

La ricorrente è una cittadina turca nata il 2 gennaio 1990. Nel luglio 2002, è stata costretta da due donne a prostituirsi. Dopo quasi un anno, la minore ha presentato denuncia contro le donne e contro i soggetti con cui fu costretta ad avere relazioni sessuali. Gli indagati sono stati sottoposti a custodia cautelare, convalidata dalla Corte di assise, la quale ha disposto che il processo fosse condotto in assenza del pubblico. Su richiesta delle autorità giudiziarie, la ricorrente è stata sottoposta a numerosi e invasivi esami medici. Senza l'assistenza di un supporto psicologico, né in fase di indagini, né durante la prima fase del processo, è stata chiamata più volte a ricostruire dettagliatamente le minacce e i rapporti sessuali subiti, davanti ai propri genitori e agli stessi imputati nel corso delle udienze, in assenza di qualunque misura di protezione, avendo la Corte rigettato la richiesta dei difensori di trasferire il processo altrove. La ricorrente ha, inoltre, subito le minacce dei parenti degli imputati, ai quali, dopo qualche mese dall'inizio del processo, è stata revocata la misura cautelare.

Il processo, iniziato nel febbraio 2003, è terminato [dopo quattro gradi di giudizio e due pronunce della Corte di cassazione] nel settembre 2010 [nel gennaio 2014], con l'assoluzione di tre imputati per mancanza di prove, la dichiarazione di prescrizione di alcuni capi di imputazione e la condanna degli imputati ad una pena detentiva notevolmente inferiore a quella prevista per la violenza sessuale aggravata dal Codice penale turco (art. 414, § 2), a causa di una valutazione del consenso della vittima, non oggettiva e non circostanziata rispetto alla giovane età della stessa all'epoca dei fatti e alla sensibilità del caso, senza tenere conto delle minacce, delle violenze e dei mezzi fraudolenti adoperati dagli imputati per costringere la ricorrente a subire i rapporti sessuali.

A causa della risonanza mediatica che ha avuto il processo e delle minacce ricevute dagli imputati e dai loro familiari, la ricorrente è stata costretta a trasferirsi in un'altra città e a cambiare nome, a causa della mancata adozione di misure di protezione da parte delle autorità giudiziarie.

La questione sottoposta Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Invocando **la violazione degli artt. 3, 6, 8, 13** la ricorrente lamenta la mancata adozione di misure volte a tutelare la sua integrità personale nel corso di un processo penale di violenza sessuale e sfruttamento della prostituzione in cui la stessa è parte offesa, nonché l'inefficienza delle indagini concernenti il medesimo procedimento. La ricorrente afferma altresì di essere stata discriminata a causa del suo sesso in violazione dell'art. 14 CEDU.

Il ricorso è stato ritenuto **ammissibile** con riguardo **agli artt. 3** (Divieto di trattamenti inumani e degradanti) **e 8, § 1** (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) **CEDU**.

Le risposte della corte EDU

La Corte EDU premette che, nella nozione di "vita privata" di cui all'art. 8 CEDU, rientra l'integrità fisica e morale di un individuo, e che la soglia di gravità richiesta per l'applicabilità dell'art 3 CEDU è nel caso di specie senz'altro integrata, considerata la giovanissima età della vittima e la condizione di particolare vulnerabilità in cui la stessa si trovava all'epoca dei fatti.

Le disposizioni di cui agli artt. 3 e 8 CEDU impongono agli Stati obblighi positivi sostanziali e procedurali. In particolare, per quel che rileva nel caso di specie, quello di predisporre un quadro normativo efficace e misure idonee a tutelare l'integrità psichica e fisica di un minore vittima di abuso sessuale, e dunque soggetto particolarmente vulnerabile, al fine di evitare che subisca una vittimizzazione secondaria nel corso del processo penale.

Inoltre, a fronte di una denuncia di trattamento inumano o degradante, l'art. 3 CEDU esige lo svolgimento di un'indagine efficace affinché le norme nazionali che sanzionano le condotte incriminate trovino effettiva applicazione.

La Corte di Strasburgo è dunque innanzitutto chiamata a verificare se, nel corso del processo penale relativo all'abuso sessuale ai danni della ricorrente infraquattordicenne, le autorità turche abbiano adottato misure idonee a tutelarne l'integrità personale.

Nell'ambito dei procedimenti penali relativi a reati contro la libertà sessuale gli Stati devono predisporre adeguate misure a tutela dei diritti della vittima, in modo particolare quando si tratta di un minore, a condizione che le stesse si concilino con un esercizio adeguato ed effettivo del diritto di difesa degli imputati.

A tal proposito la Corte EDU rileva come non sia stato operato un corretto bilanciamento dei diritti dei soggetti coinvolti, non essendo stato tenuto in dovuta considerazione il superiore interesse del minore vittima di abuso sessuale e meritevole di una tutela rafforzata, in quanto soggetto particolarmente vulnerabile.

In particolare, la ricorrente non è stata assistita da adeguato supporto psicologico né nel corso delle indagini, né durante il processo dinanzi alla Corte d'Assise turca; è stata costretta ad un racconto particolarmente dettagliato degli abusi sessuali subiti, al cospetto degli imputati e senza che dagli atti processuali emergesse che una ricostruzione così dettagliata fosse necessaria per l'accertamento dei fatti o per la loro qualificazione giuridica; anche i numerosi esami medici estremamente invasivi, cui la ricorrente era stata sottoposta, hanno costituito una grave lesione della sua integrità psicofisica.

In più, a fronte della richiesta avanzata dalla ricorrente di trasferire il processo in altra corte, in seguito alle aggressioni e minacce subite nel corso di un'udienza da parte dei parenti degli imputati, le autorità turche avevano opposto un rifiuto che appariva privo di valida giustificazione

e, ancora una volta, mostrava come non fosse stata tenuta in debita considerazione la necessità di favorire una condizione di massima sicurezza e serenità per la ricorrente. La Corte EDU giudica non sufficiente a tal fine la misura adottata dai giudici di celebrare il processo a porte chiuse.

Si osserva, inoltre, come, nel ritenere sussistente il consenso da parte della vittima, con conseguente applicazione della disposizione del codice penale che prevede una pena notevolmente inferiore rispetto a quella prevista per la violenza sessuale ai danni di un minore non consenziente, l'autorità giudiziaria turca non abbia tenuto conto della giovanissima età della stessa all'epoca dei fatti. Infatti, valutare il consenso di un minore infraquattordicenne alla stessa stregua di quello di un adulto non può mai ritenersi ammissibile in un caso di sfruttamento e abuso sessuale.

Nel complesso, le autorità turche non hanno compiuto un esame approfondito degli elementi rilevanti, non hanno operato un corretto bilanciamento dei diritti dei soggetti coinvolti, né dato adeguato rilievo al superiore interesse del minore, mancando di adottare misure idonee a tutelare la sua integrità personale.

Quanto alla efficienza delle indagini, ai sensi dell'art 3 CEDU, gli Stati devono predisporre un adeguato quadro normativo di tutela contro trattamenti inumani e degradanti e, sul piano procedurale, devono garantire lo svolgimento di un'indagine efficiente, affinché le rilevanti norme nazionali sostanziali trovino effettiva applicazione ed eventuali violazioni dell'integrità personale non rimangano impunte.

Condurre un'indagine effettiva costituisce un obbligo di mezzi e non di risultato. Dunque, indipendentemente dall'esito del procedimento, il cui sindacato esula dalle competenze della Corte EDU, l'indagine deve concludersi entro un termine ragionevole, deve essere approfondita, indipendente, ed efficiente nel senso di consentire di pervenire ad un accertamento dei fatti e, ove ne venga accertata la responsabilità, alla sanzione dei colpevoli.

La Corte EDU riconosce che le disposizioni del codice penale turco, in vigore all'epoca dei fatti, puniscono severamente l'abuso sessuale sui minori e lo sfruttamento della prostituzione. Tuttavia riscontra gravi carenze nella conduzione delle indagini e del procedimento penale, protrattosi per circa undici anni a causa di ritardi dovuti al numero inspiegabilmente elevato di perizie mediche e ad una sospensione del processo durata circa cinque anni; ritardi che hanno peraltro condotto ad una declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione con riferimento a due capi di imputazione.

Ne consegue che il procedimento penale non è stato condotto in modo da soddisfare i requisiti di ragionevole durata e diligenza, in un caso che avrebbe invece necessitato di particolare attenzione e priorità assoluta. Tali carenze, in definitiva, non hanno consentito l'effettiva applicazione della legge penale sostanziale.

La Corte ha quindi concluso nel senso che la modalità con cui è stato condotto il procedimento penale dalle autorità turche ha costituito un grave caso di vittimizzazione secondaria nei confronti della ricorrente e non ha assicurato un'effettiva applicazione della legge penale che sanziona le condotte di abuso sessuale e sfruttamento della prostituzione ai danni di un minore, in violazione ei principi ricavabili dagli artt. 3 e 8 della Carta EDU.

Osservazioni finali: la rilevanza della pronuncia per l'ordinamento italiano

Profili penalistici

Le circostanze individuate al § 132 della sentenza segnalata sono state ritenute dalla Corte EDU fattori determinanti un grave caso di **vittimizzazione secondaria**, oltre che indici dell'inadempimento, da parte dello Stato turco, dell'obbligo di tutelare il prioritario interesse di una minore vittima di sfruttamento sessuale, in quanto tale rientrando doppiamente nella definizione di **persona offesa particolarmente vulnerabile** ai sensi del quadro normativo comunitario e internazionale.

Venendo all'**ordinamento italiano**, dalla lettura sistematica del codice di procedura penale emerge un vero e proprio statuto della vittima, implementato con nuovi diritti e facoltà partecipative dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (artt. 90-*bis* –che, tra le altre informazioni da fornire alla persona offesa da parte dell'autorità procedente, prevede quella sulle eventuali **misure di protezione** che possono essere attivate dalla persona offesa, nonché sui **centri antiviolenza e i servizi di assistenza** alle vittime di reato – 90-*ter*, 90-*quater*, cod. proc. pen.), che ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE. Va ricordato che quest'ultima ha introdotto il metodo dell'**individual assessment**, al fine di modulare le tecniche di tutela in funzione della specifica vulnerabilità della persona offesa o del testimone e della particolare esposizione a vittimizzazione secondaria o ripetuta (v. art. 90-*quater* cod. proc. pen., che fa riferimento non solo all'età della vittima, ma anche al tipo di reato e alle modalità e circostanze del fatto). Consapevole del fatto che la vittimizzazione secondaria rappresenti una "maledizione" endemica nel processo penale, il legislatore italiano ha previsto diverse misure finalizzate a ridurre al minimo la portata lesiva, pur nell'ottica di un bilanciamento con il **principio di completezza delle indagini** che si ricava dagli artt. 326 e 358 cod. proc. pen. Soffermando l'attenzione sugli aspetti di maggiore rilievo nel caso in esame, devono essere richiamati: a) l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., in base al quale, nel caso di delitti contro la libertà individuale, può procedersi all'**esame testimoniale di un minore degli anni diciotto o della persona offesa particolarmente vulnerabile**, soltanto qualora questi non abbiano già reso analoghe dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti saranno utilizzate le dichiarazioni medesime (sul pericolo di usura psicologica del testimone, v. *ex plurimis*, Sez. 3, n. 7259 del 30/11/2017, dep. 15/02/2018, Rv. 273652; Sez. 3, n. 23486 del 01/07/2020; per le condizioni richieste affinché, in questi casi,

possa procedersi alla **rinnovazione istruttoria della testimonianza** anche in secondo grado, ex art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., v. Sez. U., n. 27620 del 28/04/2016, Rv. 267486; Sez. U., n. 18620 del 19/01/2017, Rv. 269786, tenendo conto delle precisazioni fornite da Corte EDU, Przydział c. Polonia, 24 maggio 2016); b) l'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., che introduce una particolare forma di **incidente probatorio "liberalizzato"** – nel senso che non è condizionato alla grave e particolare urgenza ovvero irripetibilità della testimonianza – quando debba assumersi la testimonianza di un minore ovvero della persona offesa maggiorenne, nel caso di delitti contro la libertà individuale, e, in ogni caso, quando la testimonianza venga resa da persona offesa particolarmente vulnerabile, con l'evidente finalità di tutelarne la dignità e l'integrità morale (con riferimento alla norma specularmente prevista per la fase dibattimentale, art. 498, commi 4-*ter* e 4-*quater*, cod. proc. pen., v. *ex multis*, Sez. 3, n. 58318 del 09/11/2018, Rv. 274739; sull'estensione delle modalità protette di esame al testimone maggiorenne infermo di mente, v. C. cost., sentenza n. 63 del 2005); c) l'art. 398, commi 5-*bis*, 5-*ter*, 5-*quater*, cod. proc. pen. – cui corrisponde, per la fase dibattimentale, l'art. 498, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. – che stabilisce **particolari modalità di svolgimento dell'udienza di assunzione della prova dichiarativa** nei casi sopra menzionati, assicurando la documentazione integrale delle dichiarazioni mediante **riproduzione fonografica o audiovisiva**, anche al fine di ridurre al minimo la necessità di una futura rinnovazione, preservando al contempo i c.d. elementi cinetici della comunicazione e, dunque, la stessa genuinità e attendibilità della prova (sul punto C. cost., sentenza n. 92 del 2018, ha evidenziato che «i fattori atti a provocare una maggiore tensione emozionale [per il minore chiamato a testimoniare] sono il dover deporre in pubblica udienza nell'aula del tribunale, l'essere sottoposto all'esame e al controesame [...] e il trovarsi a testimoniare di fronte all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante»); d) l'art. 472, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., che, derogando alla regola della pubblicità dell'udienza dibattimentale, stabilisce, da un lato, che la persona offesa di un **delitto contro la libertà individuale** possa chiedere che si proceda **a porte chiuse**, dall'altro che l'udienza si tenga **sempre in assenza del pubblico quando la persona offesa sia minorenn**e e che, in tali procedimenti, **non siano ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa**, neanche entro i limiti di cui all'art. 194, comma 2, cod. proc. pen., **a meno che non siano necessarie** alla ricostruzione del fatto; e) l'art. 498, comma 4, cod. proc. pen., il quale prevede la regola dell'**esame "attutito" del minorenne** condotto dal presidente del collegio, il quale può avvalersi di un esperto di psicologia infantile (sull'estensione dell'esame "attutito" al testimone maggiorenne infermo di mente, v. C. cost., sentenza n. 283 del 1997).

Richiamando, infine, brevemente le considerazioni della Corte EDU sui profili di **diritto penale sostanziale**, che hanno riguardato principalmente il rilievo del consenso della vittima di episodi di sfruttamento e abuso sessuale, e la valutazione dello stesso da parte dell'autorità giudiziaria, va ricordato che, al contrario di quanto previsto dalla legge penale turca (art. 414, §§ 1 e 2), il

codice penale italiano (art. 609-*quater* cod. pen.) non considera la prestazione del consenso da parte del minore un *discrimen* tra l'applicabilità di una fattispecie penale aggravata al posto di quella base. Qualora la vittima sia infraquattordicenne, l'eventuale consenso prestato si presume assolutamente invalido e dunque irrilevante ai fini dell'esclusione della punibilità dell'imputato (v. *ex multis*, Sez. 3, n. 24342 del 17/02/2015; Sez. 3, n. 16443 del 31/03/2017). Semmai, in presenza di circostanze quali la violenza o la minaccia, circostanze che sono state ritenute invece irrilevanti dai giudici turchi, sarà applicabile la più grave fattispecie di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. La giurisprudenza di legittimità è, inoltre, costante nell'affermare il principio secondo cui «le regole dettate dall'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone» (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 43278 del 24/09/2015, Rv. 265104; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214; Sez. 3, nn. 45700 e 45699 del 26/10/2011; Sez. 3, n. 28913 del 03/05/2011, Rv. 251075). Con riferimento specifico alla testimonianza del minorenne, viene rigettata l'equivalenza testimone vulnerabile - testimone debole, debolezza probatoria, che si traslerebbe anche sulle sue dichiarazioni testimoniali. La particolare vulnerabilità richiede semplicemente l'adozione di tecniche valutative differenziate: in questo senso, un utile ausilio proviene dalle indicazioni contenute nella c.d. Carta di Noto (v. Sez. 3, n. 29333 del 16/09/2020, che ribadisce la non vincolatività delle linee guida contenute nella Carta di Noto, pur richiedendosi al giudice l'assolvimento di un onere motivazionale aggravato in caso di scostamento).

È evidente che, nel caso in esame, rientrando la vittima a pieno titolo nella definizione di "persona offesa particolarmente vulnerabile", non soltanto in ragione della minore età all'epoca dei fatti e del successivo processo, ma anche per il tipo di reato contestato agli imputati (sfruttamento della prostituzione e violenza sessuale) e le gravi e violente modalità con cui i fatti sono stati commessi, si sarebbero attivate tutte le cautele processuali di cui si è detto al fine di ridurre il rischio di una vittimizzazione secondaria.

Profili civilistici

Costituisce un'evenienza frequente che, al processo penale relativo a reati di maltrattamenti ovvero abusi sessuali, sia parallelo un procedimento civile in cui il minore sia coinvolto: come, per esempio, procedimenti di adottabilità, affidamento, separazione o divorzio collegati a cause di violenza domestica.

In tali casi, vi è l'esigenza di predisporre garanzie procedurali anche nell'ambito dei procedimenti civili, come misure volte ad evitare qualsiasi forma di contatto con un genitore accusato di abuso,

nominare un legale indipendente per il minore, ovvero riservare la trattazione dei relativi procedimenti a magistrati specializzati, o includere gli stessi procedimenti tra quelli a trattazione prioritaria.

Gli strumenti internazionali a tutela del bambino si informano tutti al principio del superiore interesse del minore, sancito in tutte le convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo, come la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, il cui art. 3, par. 1, disciplina il rilievo del superiore interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano. Parimenti, l'art. 24, par. 2. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce che in tutti gli atti relativi ai bambini l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.

Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo l'audizione del minore è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che lo riguardino, sia direttamente, sia tramite un rappresentante od un organo appropriato, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell'art. 155-*sexies* cod. civ., introdotto dalla legge n. 54 del 2006.

Nell'ordinamento civile italiano, i minori non possono essere considerati parti formali del giudizio che li riguardi, perché la legittimazione processuale non risulta loro attribuita da alcuna disposizione di legge; essi sono, tuttavia, parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza mediante la sua audizione, e costituisce violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.) il mancato ascolto del minore, laddove non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione (Sez. U. civ., n. 22238 del 2009).

L'audizione del minore di età superiore a dodici anni, o del minore infradodicenne capace di discernimento, è un adempimento previsto a pena di nullità, salvo che il giudice non ritenga, con specifica e circostanziata motivazione, l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore (Cass. civ., Sez. 1: n. 19007 del 10/09/2014; n. 11687 del 15/05/2013; n. 7773 del 17/05/2012; n.1474 del 25/01/2021).

L'ascolto del minore è dunque previsto come un obbligo e non mera facoltà nei giudizi in cui si devono adottare provvedimenti che lo riguardano, quali quelli di affidamento di figli nati fuori dal matrimonio (Cass. civ., Sez. 1, n. 19007 del 10/09/2014), o nei procedimenti di revisione delle condizioni di separazione dei coniugi (Cass. civ., Sez. 1, n. 11687 del 15/05/2013), o di affidamento ai genitori (Cass. civ., Sez. 1, n. 18538 del 02/08/2013), o ancora nell'accertamento del diritto del fanciullo a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale (Cass. civ., Sez. 1, n. 5097 del 05/03/2014), costituendo una modalità, tra le

più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse (Cass. civile, Sez. 1, n. 6129 del 26/03/2015). Il giudice non è invece tenuto all'audizione del minore, pur richiesta da uno dei genitori, in caso di controversia sulle modalità di affidamento condiviso di un figlio minore infradodicesenne, quando risulta, indipendentemente dall'accertamento della capacità di discernimento del figlio stesso, che questi aveva chiaramente manifestato la propria volontà di non essere coinvolto.

In tema di adozione l'art. 15 della legge n. 184 del 1983 dispone che il minore che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore, se capace di discernimento, debba essere sentito in vista della dichiarazione di adottabilità: tale ascolto si pone in funzione del diritto fondamentale del minore ad essere informato e a esprimere la propria opinione e, dunque, costituisce elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse. Anche in tal caso, l'audizione è un atto processuale del giudice, il quale può stabilire modalità particolari per il suo espletamento, comprendenti anche la delega specifica a esperti. Non è invece equiparabile all'audizione del minore l'assunzione del contributo dell'adottando in maniera indiretta, tramite le relazioni che gli operatori dei servizi sociali svolgono nell'ambito della loro ordinaria attività (Cass. civile, Sez. 1, n. 3946 del 29/02/2016).

Uno dei settori di tutela dei diritti del minore è altresì l'ordinamento giuridico in materia di sottrazione internazionale, il c.d. "legal kidnapping", che consiste nel trasferimento o trattenimento oltre frontiera della prole in violazione di un diritto di affidamento, perpetrato da un genitore a scapito dell'altro. Nel procedimento per la sottrazione internazionale di minore, l'ascolto di quest'ultimo costituisce adempimento necessario ai fini della legittimità del decreto di rimpatrio ai sensi dell'art. 315-*bis* cod. civ. e degli art. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, essendo finalizzato, ex art. 13, 2° comma, della convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, anche alla valutazione della sua eventuale opposizione al rimpatrio, salva la sussistenza di particolari ragioni (da indicarsi specificamente) che ne sconsiglino l'audizione, ove essa possa essere dannosa per il minore stesso, tenuto conto, altresì, del suo grado di maturità (Cass. civ., Sez. 1, n. 10784 del 17/04/2019)

Quanto alle modalità con cui deve essere svolta l'audizione del minore, la Cassazione ha sottolineato che deve essere effettuata con tutte le cautele necessarie ad evitare interferenze, turbamenti e condizionamenti, in modo che il minore possa esprimere liberamente e compiutamente le sue opinioni ed esigenze: il giudice, discrezionalmente, può procedervi di persona soprattutto quando particolari circostanze lo richiedano (Cass. civ., Sez. 1, n. 11687 del 15/05/2013), vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i difensori, disporre una consulenza tecnica o delegarne l'esecuzione ad un organo più adeguato (Cass. civ., Sez. 1, n. 5097 del 05/03/2014). Dunque, pur ritenendosi preferibile ed auspicabile l'audizione diretta da parte del

giudice, ove sia ritenuto opportuno, la stessa può essere delegata dal giudice ad esperti, i quali dal canto loro avranno il dovere di informare il minore di tutte le istanze o scelte che lo riguardano.

Il tema delle garanzie per il minore in sede di ascolto giudiziario è stato ampiamente affrontato e dibattuto nella giurisprudenza di merito e tale dibattito ha portato in alcune sedi territoriali all'elaborazione di protocolli e linee guida, strumenti questi che sono stati spesso elaborati con le associazioni rappresentative degli avvocati. In parallelo sono state predisposte linee guida destinate all'ascolto nell'ambito del processo penale che presentano un interesse anche per i procedimenti civili. Linee guida sono state predisposte anche a livello internazionale. Già nel 2010 il Consiglio d'Europa ha adottato anche in questa prospettiva le "Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore".

La tutela delle vittime di violenza e abusi nei procedimenti giudiziari e gli strumenti processuali e sostanziali che vengono progressivamente a delinearsi per effetto della maggiore consapevolezza della cd. vittimizzazione secondaria nel processo non può ovviamente ritenersi ristretta ai procedimenti che riguardano i minori e richiede una sempre maggiore qualificazione professionale da parte dei magistrati e degli operatori di giustizia oltre che una sensibilità e comprensione alle questioni di genere e di discriminazione che ne sono frequentemente la causa.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

ART. 1 P1 – RISPETTO PER LA PROPRIETÀ – INTERFERENZA SPROPORZIONATA IN RELAZIONE ALL'AZIONE DELLE AUTORITÀ VOLTE ALLA RIPETIZIONE DI IMPORTI PAGATI PER ERRORE – MARGINE DI APPREZZAMENTO PIÙ STRETTO QUANDO L'ERRORE È ATTRIBUIBILE SOLO ALLE AUTORITÀ STATALI – PRINCIPIO DI "BUON GOVERNO" – ERRORE DI VALUTAZIONE DEL DATORE DI LAVORO IN CUI IL DIPENDENTE POTEVA RAGIONEVOLMENTE FARE AFFIDAMENTO – LAVORATORE VITTIMA DELL'ERRORE DELL'AMMINISTRAZIONE.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 11 febbraio 2021, ric. n. 4893/13 Casarin c. Italia

Abstract

Non è ripetibile l'emolumento -avente carattere retributivo non occasionale- corrisposto da una pubblica amministrazione in modo costante e duraturo e senza riserve ad un lavoratore in buona fede, ingenerante il **legittimo affidamento** del lavoratore sulla spettanza delle somme, in quanto tale ripetizione (benché dovuta ai sensi delle disposizioni nazionali, essendo le somme indebitamente corrisposte) comporterebbe la **violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione**.

Il caso

La ricorrente era una docente dipendente dal Ministero dell'Istruzione, trasferita all'INPS sulla base di procedura volontaria di mobilità. Da settembre 1998 a febbraio 2004, la lavoratrice conservava il maggior stipendio già in godimento prima del passaggio alla nuova amministrazione, grazie alla corresponsione all'attribuzione di un assegno *ad personam*, il cui importo era pari alla differenza tra lo stipendio già percepito dal ministero e quello previsto nelle nuove mansioni presso l'INPS.

Sulla base della giurisprudenza formatasi in materia (che ha ritenuto l'assegno riassorbibile per effetto degli avanzamenti stipendiali successivi al passaggio alla nuova amministrazione), l'INPS ha quindi richiesto alla lavoratrice la restituzione delle somme in *surplus* portate dall'assegno, in quanto indebite sulla base della detta giurisprudenza.

La ricorrente, pur provvedendo alla restituzione rateale delle somme (con riserva), adiva il giudice per sentirle dichiarare irripetibili, ed il Tribunale di Pinerolo accoglieva la domanda in ragione del legittimo affidamento della lavoratrice riposto sulla correttezza dei pagamenti ricevuti e della buona fede della stessa. La sentenza veniva però riformata dalla Corte d'appello che affermava la piena ripetibilità delle somme; il ricorso in cassazione della lavoratrice veniva rigettato.

Le osservazioni della Corte Europea dei Diritti Umani

La Corte preliminarmente afferma che la ricorrente può essere considerata **titolare di un interesse economico sufficientemente riconosciuto e significativo da costituire "proprietà"** ai sensi della norma espressa nella prima frase dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, che è quindi applicabile: la domanda è dunque ricevibile.

Nel merito, la Corte non esamina affatto la questione della legittimità del principio di assorbimento degli aumenti salariali, ma solo l'obbligo di rimborsare le somme già indebitamente corrisposte dall'INPS.

Il nucleo centrale del ragionamento della Corte riguarda la circostanza che l'INPS aveva effettuato i pagamenti senza indicazione della loro natura provvisoria e senza alcuna riserva, così facendo sorgere una **legittima e ragionevole aspettativa circa la definitività dei pagamenti**, tanto più che l'INPS aveva chiesto la restituzione delle somme in questione a quasi dieci anni dall'inizio del loro pagamento.

Tali circostanze, secondo la Corte, rilevano ai fini del c.d. **proportionality test** richiesto dall'art. 1 Prot. 1, che ammette le ingerenze statuali nel godimento di beni privati solo se le stesse siano previste dalla legge, per uno scopo legittimo e siano "necessarie in una società democratica".

La Corte, pur ravvisando nel caso la **legalità dell'ingerenza** (essendo la ripetizione "prevista dalla legge"), e lo **scopo legittimo dell'ingerenza** (nel caso non contestato dalla ricorrente), censura l'ingerenza sotto il profilo della sua **non proporzionalità**, ritenendo che abbia turbato l'equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse pubblico generale, da un lato, e quelle della protezione del diritto dell'individuo al rispetto della sua proprietà, dall'altra parte.

Ai fini della valutazione di proporzionalità **la Corte valorizza una serie di elementi**, ed in particolare l'esclusiva responsabilità dell'errore in capo all'INPS, la durata dei pagamenti nel tempo, la loro apparente definitività, l'autorevolezza dell'ente da cui promanavano, la natura retributiva ordinaria delle somme relative, con conseguente **affidamento dell'accipiens nella corretta percezione delle somme** (considerando peraltro che di regola una decisione amministrativa non può essere revocata se non per il futuro, con effetto dunque solo *ex nunc* e con esclusione di retroattività).

In relazione a ciò, la Corte indica una serie di condizioni la cui ricorrenza dà ragione dell'**irripetibilità delle somme indebitamente corrisposte dall'amministrazione, quale che sia il quadro normativo nazionale di riferimento in ordine al carattere indebito o meno dell'attribuzione**.

La Corte ricorda in particolare che:

- a) il pagamento di un'indennità deve essere effettuato a seguito di una richiesta del beneficiario che agisce in buona fede o, in assenza di tale richiesta, dalle autorità che procedono spontaneamente;
- b) il pagamento in questione deve essere effettuato da un soggetto pubblico, dall'amministrazione centrale dello Stato o da altro ente pubblico, sulla base di una decisione presa al termine di un processo amministrativo e presumibilmente corretta;
- c) deve essere basato su una disposizione legale, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione deve essere percepita dal beneficiario come la "fonte" del pagamento, e anche identificabile nel suo importo;
- d) è escluso il pagamento manifestamente privo di titolo o basato su semplici errori di calcolo; tali errori possono essere rilevati dal beneficiario, eventualmente ricorrendo ad un esperto;
- e) deve essere eseguito per un periodo sufficientemente lungo da far sorgere una ragionevole convinzione che sia definitivo e stabile; l'indennità erogata non deve essere riconducibile ad un'attività professionale una tantum e "isolata" ma deve essere collegata all'attività ordinaria;
- f) infine, il pagamento in questione non deve essere stato effettuato con menzione di una riserva di ripetizione.

In conclusione, la Corte ritiene che, in considerazione delle particolari circostanze del caso, l'ingerenza subita dalla ricorrente era sproporzionata poiché quest'ultima sola finiva con il dover sopportare le conseguenze dell'errore commesso dall'amministrazione.

È stata quindi condannata l'Italia per la violazione dell'art. 1 Prot. 1.

PRINCIPIO AFFERMATO

La costante attribuzione nel tempo senza riserva di un emolumento, avente carattere retributivo non occasionale, ad un lavoratore in buona fede, operato dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro, ingenerante il legittimo affidamento del lavoratore sulla spettanza delle somme, impedisce la ripetizione di tale emolumento (benché indebito ai sensi delle disposizioni nazionali), in quanto tale ripetizione comporterebbe la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

art. 1 Prot. 1

art. 14 CEDU

RIFERIMENTI GIURISDIZIONALI (CEDU)

BélanéNagy c. Ungheria [GC], no 53080/13, § 94, 13 dicembre 2016

Romeva c. Macédoine du Nord, no 32141/10, § 37, 12 décembre 2019

Čakarević c. Croatie (no 48921/13, §§ 50-53, 26 avril 2018

Moskal c. Polonia, n. 10373/05, §§ 44-46, 15 settembre 2009).

Tănase c. Moldova [GC], no 7/08, § 131, CEDH 2010

Blečić c. Croatie [GC], no 59532/00, § 67, CEDH 2006 III

Beyeler c. Italy [GC], n o 33202/96, §§ 108-114, CEDU 2000 – I

Traduzione della sentenza (a cura di Francesco Buffa)

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

PRIMA SEZIONE

CAUSA CASARIN c. ITALIA

(Ricorso n. 4893/13)

Art. 1 P1 • Rispetto per la proprietà • Interferenza sproporzionata in relazione all'azione delle autorità volte alla ripetizione degli importi pagati per errore • Margine di apprezzamento più stretto quando l'errore è attribuibile solo alle autorità statali • Principio di "buon governo " • Errore di valutazione del datore di lavoro in cui la dipendente poteva ragionevolmente fare affidamento • Ricorrente vittima dell'errore dell'amministrazione.

STRASBURGO

11 febbraio 2021

Questa sentenza diventerà definitiva alle condizioni stabilite nell'articolo 44 § 2 della Convenzione. Può subire modifiche formali.

INTRODUZIONE

1. La domanda riguarda un'ingerenza sui beni della ricorrente dovuta all'azione intrapresa dalle autorità per ottenere il rimborso di una parte delle somme pagate a garanzia dello stipendio della ricorrente.

FATTO

2. La ricorrente è nata nel 1950 e vive a Torino. E' rappresentata dall'avv. Lanzilli, del foro di Torino.

3. Il Governo italiano è rappresentato dall'ex agente, Signora E. Spatafora ,e da'll'ex coagente, Signora P. Accardo.

I. LA PROCEDURA DI MOBILITÀ

4. Dall'ottobre 1973 all'agosto 1998, la ricorrente ha lavorato come insegnante, inserita, per status e livello professionale, nell'organigramma del governo centrale dello Stato.

5 . Nel 1998 il Ministero dell'Istruzione, d'intesa con il Ministero della Funzione Pubblica e l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale (INPS), ha avviato una *procedura intercompartimentale di mobilità* a seguito della disponibilità dell'INPS, ente preposto alla gestione del sistema pensionistico obbligatorio e degli altri servizi previdenziali, per assorbire circa millecinquecento docenti sovrannumerari.

6. La procedura di mobilità è disciplinata dal decreto del ministro dell'istruzione n. 217 del 1998, dalla circolare ministeriale n. 135 del 1998 e dal *contratto collettivo nazionale decentrato* dell'11 marzo 1998. In particolare, il decreto ministeriale stabiliva l'inquadramento nelle funzioni di livello 7-INPS, *conservando anzianità e trattamento economico in godimento alla data della mobilità se più favorevole*.

7 . In tale contesto la ricorrente, fornendo le relative informazioni richieste, ha presentato domanda di mobilità, che è stata accettata, ed è stata trasferita all'INPS. Da settembre 1998 a febbraio 2004, la ricorrente ha conservato il trattamento in godimento grazie all'attribuzione di un *assegno ad personam*, il cui importo era pari alla differenza tra lo stipendio già percepito dal ministero e quello previsto nelle nuove mansioni presso l'INPS. A partire dal marzo 2004, ha perso il beneficio dell'assegno.

8. Nell'ottobre 2004, alla ricorrente è stata diagnosticata una grave malattia invalidante. Nell'aprile 2005, la *Commissione per l'accertamento dell'invalidità civile* ha espresso parere di inabilità totale e permanente al lavoro, con conseguente diritto della ricorrente alla pensione anticipata. La ricorrente è andata in pensione il 30 dicembre 2005.

9. In data non precisata, la ricorrente ha proposto ricorso innanzi al tribunale di Pinerolo per impugnare la decisione dell'INPS di sospendere il versamento dell'assegno ad personam. Il 24 luglio 2007 il tribunale ha rigettato la domanda (sentenza n. 501/2007), ritenendo che l'ordinamento non prevedeva il diritto alla conservazione dell'assegno riconosciuto agli insegnanti in relazione alla procedura di mobilità ove gli stessi avessero avuto un aumento salariale. Il giudice nazionale ha concluso che la ricorrente non aveva diritto al mantenimento del beneficio per il principio dell'assorbimento (vedi quadro giuridico infra) applicabile nella specie.

10. La ricorrente non ha impugnato tale decisione.

II. IL PROCEDIMENTO CIVILE CONTRO LA DECISIONE DELL'INPS DI RIPETERE L'INDEBITO

11 . Il 13 maggio 2008, la direzione centrale "Sviluppo e gestione delle risorse umane" dell'INPS ha informato la ricorrente con lettera della decisione di ripetere le somme pagate con l'assegno *ad*

personam dal settembre 1998 al febbraio 2004, sulla base della giurisprudenza della Cassazione intervenuta nella more in materia (sentenze nn. 8543/2006, 9567/2006, 8693/2006, 55/2007). Secondo l'INPS, la ricorrente era stata informata di tale possibilità mediante un messaggio di posta elettronica inviato nel febbraio 2004, ciò che l'interessata tuttavia contesta.

12 . Nella sua lettera l'INPS indicava che "(...) *Successivamente, la Corte di Cassazione, adottando la stessa interpretazione (...), ha riconosciuto le motivazioni addotte dall'Amministrazione in casi analoghi riguardanti i dipendenti del ministero dell'Istruzione interessati dalla procedura di mobilità (...); l'Amministrazione deve, quindi, recuperare a titolo cautelativo le somme già determinate e versate, sulla base dei principi giurisprudenziali stabiliti dalla Suprema Corte.* »

13. L'INPS invitava quindi la ricorrente ad effettuare entro 30 giorni il rimborso volontario della somma richiesta, in mancanza del quale si sarebbe agito per le vie legali per la *ripetizione dell'indebito*.

14. Secondo INPS, le somme in questione ammontavano a 14.727,45 euro (EUR), pari alla differenza tra le somme maggiorate dell'assegno e quelle che la ricorrente avrebbe dovuto percepire una volta operante il riassorbimento.

15. Il 9 giugno 2008 la ricorrente ha inviato una lettera all'INPS contestando la legittimità della richiesta e chiedendo di sospenderne l'esecuzione. In data 17 giugno 2008 l'INPS ha confermato la propria decisione segnalando che sarebbe stata eseguita nel luglio 2008.

16. Il 18 settembre 2008 la ricorrente ha promosso un tentativo di conciliazione presso la competente direzione provinciale del lavoro.

17. Stante la mancata convocazione della Commissione di Conciliazione, in data 14 gennaio 2009 la ricorrente ha chiesto l'annullamento della domanda dell'INPS innanzi al Tribunale di primo grado di Pinerolo.

18. Con sentenza del 27 aprile 2009, il tribunale ha accolto la domanda della ricorrente (sentenza n. 10004/09). Pur richiamando la giurisprudenza della Corte di Cassazione sull'applicabilità del principio di riassorbimento degli assegni compensativi, il giudice ha ritenuto illegittima la ripetizione promossa dall'INPS. Secondo il tribunale, i termini di pagamento delle somme contestate avevano ingenerato il *legittimo affidamento della ricorrente* sul suo diritto a ricevere i pagamenti. Il giudice ha inoltre rilevato che, al fine di fondare la propria azione di ripetizione dell'indebito, l'INPS si era riferito ad una e-mail inviata nel 2004 al ricorrente, ma mai prodotta in giudizio. Infine, ha ritenuto chela nuova giurisprudenza della Corte di Cassazione non poteva incidere sui diritti acquisiti, tenuto conto in particolare della buona fede della ricorrente.

19. L'INPS ha impugnato tale sentenza dinanzi alla Corte d'Appello di Torino. Il 20 luglio 2010 la Corte d'Appello ha riformato la sentenza.

20 . Ha ritenuto la Corte d'Appello che, in caso di azioni di ripetizione di somme indebite pagate dall'amministrazione, una volta dimostrata l'assenza di base giuridica del pagamento, la ripetizione non poteva essere esclusa a causa del "legittimo affidamento" e della "buona fede" della lavoratrice. Inoltre, la Corte d'appello ha ritenuto che la ricorrente non potesse rivendicare alcun diritto

acquisito sulle somme ricevute a titolo di assegno, dati gli sviluppi della giurisprudenza in materia che avevano avuto un impatto sul fondamento delle sue rivendicazioni.

21 . Con ordinanza del 26 giugno 2012, la Corte di cassazione, adita dalla ricorrente, ne ha respinto il ricorso sulla base degli stessi principi e ha anche condannato la ricorrente a pagare la somma di EUR 2.030 per spese di lite sostenute dall'INPS. Con lettera del 19 luglio 2012, l'INPS ha chiesto al ricorrente il pagamento di tale somma. Quest'ultima ha risposto che, in considerazione della sua situazione finanziaria, che descriveva come precaria (la sua unica fonte di reddito essendo la sua pensione mensile, pari a EUR 1.200), avrebbe restituito le somme con rate mensili di euro 500.

22. In data 12 settembre 2012, l'INPS ha chiesto alla ricorrente il pagamento, entro 30 giorni, della somma dovuta, pari a EUR 13.288,39 già rivalutata. In data 30 ottobre 2012 la ricorrente ha informato l'INPS di non essere in grado di pagare l'intero importo richiesto. Si è quindi offerta di rimborsare il debito in rate mensili di 200 euro, che l'INPS ha accettato. La ricorrente indicava che avrebbe pagato con espressa riserva di *ripetizione*.

IL QUADRO NORMATIVO E LA PRASSI NAZIONALE RILEVANTI

I. LA PROCEDURA DI MOBILITÀ

23. L'articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 10 gennaio 1957 (intitolato "Testo unico del pubblico impiego"), disciplina, nel quadro del mutamento di mansioni, la conservazione del *trattamento* economico del dipendente, ed è formulato come segue:

<In caso di mutamento di mansioni presso la stessa o altra amministrazione, il dipendente che percepisce una retribuzione superiore a quella prevista nella nuova funzione beneficerà di un assegno personale (...) [d'importo] pari alla differenza tra lo stipendio già percepito e il nuovo stipendio, a meno che non sia compensato da successivi aumenti legati all'avanzamento di carriera>.

24 . L'articolo 3, comma 57 della legge n. 537 del 1993 (legge finanziaria 1994), prevede quanto segue:

<Quando si cambia funzione, ai sensi dell'articolo 202 del decreto del Presidente della Repubblica n. 3 del 1957, e altre disposizioni di legge analoghe, al personale con una retribuzione o una retribuzione superiore a quella da percepire nella nuova funzione, viene riconosciuto un "emolumento compensativo di garanzia salariale *ad personam*", inclusa nel calcolo del contributo per il regime pensionistico, che non può essere assoggettato ad assorbimento o rivalutato, [di importo] pari alla differenza tra lo stipendio [ricevuto] al momento del trasferimento e quello dovuto nella nuova funzione>.

25. L'articolo 34 del decreto legislativo n. 29 del 1993 regola i casi di trasferimento di attività, affermando che i dipendenti hanno il diritto di mantenere il trattamento legale originario, in applicazione dell'articolo 2112 del codice civile.

26. La circolare ministeriale n. 218 del 6 maggio 1998, nel testo vigente all'epoca dei fatti, è formulata come segue nelle parti pertinenti alla causa:

<L'allegato decreto [n. 217 del 1998], soggetto ai controlli prescritti e redatta secondo i criteri contenuti nel C.C.D.N. [il contratto collettivo nazionale decentrato] concluso il 20 aprile 1998, disciplina la presentazione della domanda di passaggio al grado VII - funzioni INPS, da parte del personale docente (...)>.

27. Il decreto del Ministero della Pubblica Istruzione n. 217 del 6 maggio 1998 regola la procedura di mobilità interservizi tra il predetto ministero e l'INPS. Le sue disposizioni pertinenti recitano come segue:

<Articolo 2

Il personale interessato al trasferimento all'INPS deve presentare, entro 30 giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto, domanda in carta semplice al Provveditore della provincia cui è iscritto.

(...)

Articolo 4

Nella domanda ogni candidato (...) dovrà indicare:

a) l'appartenenza alle categorie degli insegnanti in esubero;

b) l'anzianità di servizio complessivamente acquisita;

(...)

d) i diplomi ottenuti.

(...)

Articolo 6

6.1 (...) il Provveditore individua, sulla base della graduatoria, il docente beneficiario del contratto da concludere con l'INPS (...).

6.2 Il docente è inquadrato nelle funzioni di grado 7-INPS, mantenendo l'anzianità acquisita in precedenza e il trattamento salariale di cui beneficiava al momento del passaggio, se [questo fosse] più favorevole, oltre ai trattamenti accessori previsto per il personale INPS.

(...)

7. (...) Questo decreto sarà sottoposto ai controlli previsti dalla legge>.

28 . Il contratto collettivo nazionale decentrato dell'11 marzo 1998 recante i criteri per le procedure di mobilità volontaria interservizi per il personale scolastico nazionale prevede quanto segue nelle sue parti pertinenti nella specie:

<2. Il Ministero della Pubblica Istruzione, d'intesa con l'amministrazione o l'ente pubblico interessato, attiva le procedure per consentire la mobilità del personale (...).

4. La decisione di avviare le procedure (di mobilità) sarà adeguatamente diffusa e indicherà:

- il numero di posti da ricoprire e i posti di incarico;

- le mansioni da svolgere;

(...)

- il quadro giuridico ed economico al momento del trasferimento e il quadro legislativo del settore di riferimento;

(...)

6. Il presente Accordo sarà valido fino a nuove procedure di mobilità interservizi disposte dalla legge o da norme della contrattazione collettiva>.

29 . L'articolo 2 del decreto legislativo n. 80 del 31 marzo 1998 recita:

<3. (...) La determinazione del trattamento economico [del personale pubblico] può essere effettuata solo mediante contratti collettivi o, alle condizioni stabilite, mediante contratti individuali. Le disposizioni di leggi, regolamenti o atti amministrativi che concedono aumenti salariali non previsti nei contratti cessano di essere efficaci dalla data di entrata in vigore del rinnovo del contratto in questione. Il compenso più favorevole concesso sarà oggetto di assorbimento nei modi e secondo le misure previste dai contratti collettivi (...)>.

30. Il Consiglio di Stato, in seduta plenaria (delibera n. 8 del 16 marzo 1992), ha ritenuto che il mantenimento di un trattamento salariale più favorevole senza riassorbimento, in caso di trasferimento all'interno di altra amministrazione, quale previsto dall' articolo 202 del decreto del Presidente della Repubblica n. 3 del 1957 e dall'articolo 12 del decreto del Presidente della Repubblica n. 1079 del 1970, non può essere applicato al personale degli enti pubblici dotati di una personalità giuridica distinta da quella dell'amministrazione centrale dello Stato.

31. Nella sentenza n. 8543/06 (depositata l'8 gennaio 2007, e seguita, tra le altre, dalle sentenze n. 8690/06, n. 8693/2006, n. 9567/2006, n. 9569/2006, n. 55/2007, n. 18129/14 e n.17125/15), la Corte di Cassazione ha ritenuto che:

"(...) la giurisprudenza amministrativa ha escluso che il principio contenuto nell'articolo 202 del DPR n. 3 del 1957 possa essere considerato di portata generale, ossia come applicabile a tutti i trasferimenti di dipendenti del settore pubblico, dovendosi interpretare la disposizione come applicabile solo nel caso di trasferimenti all'interno della stessa amministrazione centrale dello Stato, escludendola per i trasferimenti all'interno di enti pubblici non statali (...). La [Corte di Cassazione] condivide questa interpretazione, ritenendo che la norma citata sia volta ad evitare un *regresso* del trattamento economico complessivo in caso di trasferimento del personale; ma si può parlare di regresso solo confrontando mansioni e gradi simili, inerenti un'organizzazione burocratica unitaria (...).

(...) il decreto ministeriale n. 217/98 non prevede nulla sul riassorbimento dell'assegno riconosciuto agli insegnanti all'esito della procedura di mobilità (...). Questa osservazione consente di collocare la presente controversia nel solco del principio generale del riassorbimento degli emolumenti perequativi (assegni *ad personam*) [in assenza di disposizioni derogatorie che prevedano esplicitamente l'esclusione, per l'assegno, del riassorbimento]; (...) il trattamento economico riconosciuto prima del trasferimento degli interessati è subordinato all'applicabilità del principio dell'assorbimento, quando i docenti beneficiano di un aumento di stipendio o di un avanzamento di carriera a seguito del trasferimento>.

II. L'AZIONE DI RIPETIZIONE DELL'INDEBITO

32. L'articolo 2033 del Codice civile disciplina l'azione di ripetizione dell'indebito nei casi in cui il pagamento è privo di causa (indebito oggettivo). Prevede:

<Chiunque abbia effettuato un pagamento indebito ha il diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha diritto anche ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se la persona che l'ha ricevuto era in malafede, o, se la persona era in buona fede, dal giorno della domanda>.

33 . Se la giurisprudenza maggioritaria ha sempre interpretato il principio di ripetizione dell'indebito nel senso che la "buona fede" del beneficiario non esclude il recupero della somma versata senza titolo (si veda, tra le tante, Corte di Cassazione, n. 8338 del 2010, Consiglio di Stato n. 2699 del 2006), il Consiglio di Stato, nelle sentenze n. 5314 e 5315 del 2014 (si veda anche Consiglio di Stato n. 2118 del 13/04/2012, n. 3773 del 2007 e n. 6291 del 15/10/2003), ha ritenuto che l'esistenza cumulativa di altre condizioni può costituire una eccezione all'applicazione generalizzata del principio di ripetizione dell'indebito. In particolare, ha affermato che:

<(...) il recupero è un dovere e costituisce un esercizio, ai sensi dell'articolo 2033 del codice civile italiano, di un diritto soggettivo effettivo sul contenuto del capitale al quale non si può rinunciare, poiché è legato alla realizzazione di finalità di interesse pubblico al quale le somme indebitamente pagate sono istituzionalmente destinate, laddove il legittimo affidamento e la buona fede dell'accipiens non potranno rilevare che per le modalità del recupero, al fine di non incidere in modo grave sulle esigenze vitali del lavoratore (si veda, tra le altre, Consiglio di Stato, sezione III, 9 maggio 2014, n. 2903, e precedenti ivi citati).

Infatti, i suddetti principi giurisprudenziali, anche se sembrano accettabili in termini astratti, non possono essere applicati automaticamente, in generale e indiscriminatamente ad ogni caso di indebito pagamento da parte delle amministrazioni pubbliche ai propri dipendenti, perché è necessario aver riguardo agli aspetti giuridici e fattuali delle singole cause dinanzi ai giudici, tenuto conto della natura delle somme per le quali si chiede la restituzione, delle cause dell'errore che ha portato al pagamento delle somme contestate, del tempo intercorso tra la data di pagamento e data di emissione dell'ordine di recupero, dell'importo delle somme pagate in relazione alle finalità interessate, ecc.>.

IN DIRITTO

I. SULL'ALLEGATA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 1.

34. La ricorrente allega che la condanna a restituire all'INPS la somma di 13 288,39 EUR, già versata per garanzia dello stipendio goduto, ha comportato la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n o 1 addizionale alla Convenzione, secondo il quale:

<Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto della sua proprietà. Nessuno potrà essere privato della sua proprietà se non nell'interesse pubblico e alle condizioni stabilite dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non pregiudicano il diritto degli Stati di emanare le leggi necessarie per regolare l'uso della proprietà in conformità dell'interesse generale o per garantire il pagamento di tasse o altri contributi o sanzioni>.

A. Oggetto della richiesta

35. Per quanto riguarda l'oggetto del presente motivo di ricorso, la Corte afferma anzitutto che esso non riguarda l'applicazione del principio dell'assorbimento dell'assegno concesso alla ricorrente, ma gli effetti dell'azione di ripetizione delle somme versate dall'INPS dal 1998 al 2004.

B. Sulla ricevibilità

36. La Corte nota che il Governo convenuto non solleva alcuna eccezione preliminare relativa all'ammissibilità del ricorso. Tuttavia, la Corte, ricordando che può sollevare d'ufficio, tra l'altro, una questione relativa alla propria competenza giurisdizionale *ratione materiae*, ritiene necessario esaminare di propria iniziativa l'applicabilità dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (Romeva c. Macedonia del Nord, no 32141/10, § 37, 12 dicembre 2019, Tănase c. Moldova [GC], no 7/08, § 131, CEDU 2010, e Blečić c. Croazia [GC], no 59532/00, § 67, CEDU 2006 III).

37. In particolare, facendo riferimento ai principi enunciati in Čakarević c. Croazia (n. 48921/13, §§ 50-53, 26 aprile 2018; vedere anche Romeva, sopra citata, §§ 38-39), la Corte rileva che la questione se il presente ricorso rientri nell'ambito del suddetto articolo deve essere analizzato alla luce del fatto che la ricorrente ha beneficiato, dal settembre 1998 al febbraio 2004, della corresponsione mensile di un assegno sulla base delle disposizioni che regolano la mobilità interservizi tra il Ministero della Pubblica Istruzione e l'INPS (vedere paragrafi 26-28 sopra).

38. La Corte rileva che l'INPS ha regolarmente effettuato tale pagamento a favore della ricorrente durante il periodo indicato. Rileva inoltre che, successivamente, a seguito di diverse sentenze della Corte di cassazione emesse dal 2006 (vedere paragrafo 31 supra) che stabilivano che l'assegno era soggetto alla regola generale del riassorbimento, cioè alla riduzione del suo ammontare man mano che aumentava lo stipendio base, l'amministrazione ha avviato un'azione in ripetizione dell'importo che riteneva indebitamente corrisposto. Se il tribunale di primo grado ha riconosciuto la preminenza dell'interesse della ricorrente ed ha rigettato il ricorso dell'INPS (v. Paragrafo 18 supra), la Corte d'Appello (v. Supra paragrafo 20), con decisione confermata dalla Corte di cassazione, ha accolto la domanda dell'amministrazione.

Di conseguenza, la Corte ritiene che la questione nella presente causa sia se, in queste particolari circostanze, si possa ritenere che il ricorrente abbia avuto una "legittima aspettativa", nel senso autonomo della Convenzione, di poter mantenere quanto ricevuto come garanzia salariale.

39. La Corte osserva anzitutto che il diritto della ricorrente a ricevere l'indennità di cui trattasi era il risultato della valutazione dell'INPS, principale organo del sistema pubblico italiano responsabile dell'organizzazione del servizio di sicurezza sociale. Tale entità, in applicazione delle disposizioni di cui sopra, ha provveduto al pagamento dell'indennità compensativa senza interruzione per circa sei anni. Occorre anche rilevare che, secondo i documenti presentati dal Governo, l'INPS ha effettuato i pagamenti senza indicarne la natura provvisoria e senza alcuna riserva *di ripetizione* (Čakarević, an Old, § 59).

40. La Corte osserva inoltre che, da parte sua, la ricorrente aveva potuto constatare che l'amministrazione l'aveva ammesso a fruire del beneficio dell'assegno, ritenendo quindi che questa decisione e la sua esecuzione erano fondate (*ibidem*, § 56). Peraltro, il Governo non mette in dubbio la buona fede della ricorrente né sostiene che la stessa abbia dato causa alla situazione: l'interessata ha presentato la domanda di mobilità nel rispetto delle disposizioni applicabili e ha ricevuto il pagamento dell'indennità disponendo di informazioni in grado di convincerla del suo diritto all'assegno in funzione di garanzia della *retribuzione* (Romeva, sopra citata, § 43; e Čakarević, sopra citata, §§ 59-60).

41. La ricorrente non poteva quindi ragionevolmente sospettare, almeno fino al febbraio 2004 (vedere paragrafo 11 *in fine* sopra), la data in cui è stata inviata l'e-mail contestata, che il suo diritto alla garanzia salariale era stato concesso per errore.

Era giustificata nel ritenere, invocando le disposizioni applicabili al suo trasferimento (vedere paragrafi 23-24 sopra), che la decisione di pagarle le somme in questione non avrebbe perso la sua validità. Inoltre, il tempo trascorso poteva aver portato la ricorrente a credere che questa parte del suo reddito fosse stabile (Gashi c. Croazia, n. 32457/05, § 22, 13 dicembre 2007).

42. In conclusione, tutti gli elementi menzionati consentono alla Corte di concludere che, tenendo conto delle circostanze del caso nel suo complesso, la ricorrente può essere considerata titolare di un interesse economico sufficientemente riconosciuto e significativo da costituire "proprietà" ai sensi della norma espressa nella prima frase dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, norma che è quindi applicabile per quanto riguarda la doglianza in esame (Béláné Nagy c. Ungheria [GC], no 53080/13, § 94, 13 dicembre 2016, Romeva, sopra citata, §§ 44 e 45, Čakarević, sopra citata, § 65, e Moskal c. Polonia, n. 10373/05, §§ 44-46, 15 settembre 2009).

43. Inoltre, poiché questo motivo di ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 (a) della Convenzione ed, inoltre, non incontra nessun altro profilo di inammissibilità, la Corte lo dichiara ammissibile.

B. Sul merito

1. Osservazioni delle parti

44. La ricorrente non contesta la legittimità del principio di assorbimento degli aumenti salariali dal 2004 in poi, ma piuttosto l'obbligo di rimborsare le somme già corrisposte dall'INPS, che considera parte integrante del suo patrimonio.

45 . Afferma di aver ricevuto gli importi in contestazione senza che fosse richiamata una "riserva di ripetizione" e senza indicazione della loro natura provvisoria, in applicazione di uno specifico quadro normativo, nella specie la disciplina applicabile alla procedura di mobilità (cfr. Paragrafi 23- 24 e 26-28 sopra). Secondo lei, tale quadro faceva sorgere una legittima e ragionevole aspettativa circa la definitività dei pagamenti, tanto più che l'INPS chiedeva la restituzione delle somme in questione a quasi dieci anni dall'inizio del loro pagamento, in base alla giurisprudenza della Corte di Cassazione sopravvenuta a partire dal 2006 (vedere paragrafo 31 sopra).

46. La ricorrente ritiene che l'azione dell'amministrazione si sia basata su una nuova interpretazione delle disposizioni applicabili, non prevedibile, che sarebbe contraria ai principi della Corte.

47. La ricorrente sottolinea inoltre la sua situazione economica e il suo stato di salute, sostenendo che l'obbligo di rimborso ha avuto un impatto determinante sulla sua pensione, di importo pari a circa 1.200 euro, da cui vanno detratte le spese per trattamento chemioterapico in corso per un linfoma. Indica inoltre che, in base alla sua situazione patrimoniale preesistente al verificarsi del contenzioso con l'amministrazione, aveva acceso un mutuo per finanziare l'acquisto della sua casa, aspettandosi poi di poter rimborsare la somma presa in prestito grazie al suo reddito. Specifica attualmente di pagare 350 EUR al mese per il rimborso di questo prestito.

48 . La ricorrente sostiene poi di non aver ricevuto il messaggio di posta elettronica asseritamente inviato dall'INPS nel 2004 per informarla di un imminente riesame della sua situazione retributiva (v. Supra, punto 11). Afferma che al momento dell'invio dell'e-mail era già malata e spesso assente dall'ufficio. Sostiene che il Governo non ha mai fornito prova di ricezione di tale messaggio e ritiene che, per una comunicazione di tale importanza, l'INPS avrebbe dovuto avvalersi di un sistema di trasmissione sicuro, quale ad esempio l'invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. In ogni caso, sostiene di essere stata informata in ritardo da questa comunicazione del 2004 della presunta errata natura dei pagamenti in questione.

49. Il Governo, basandosi sulla giurisprudenza nazionale per giustificare l'azione per il recupero delle somme controverse, ha sostenuto che essa è conforme all'articolo 1 del Protocollo n. 1. Ha indicato che la ricorrente ha conservato la retribuzione già in godimento, al pari degli altri docenti trasferiti, grazie al pagamento dell'assegno. Ha aggiunto che, successivamente, all'aumentare della sua retribuzione all'interno dell'INPS, avrebbe dovuto vedere l'assegno soggetto al principio dell'assorbimento, per evitare di trovarsi permanentemente "privilegiata", quanto al suo stipendio, rispetto agli altri dipendenti INPS.

50. Il Governo ha proseguito affermando che, nonostante le dichiarazioni del ricorrente su questo argomento, nessun cambiamento nella giurisprudenza aveva avuto luogo nell'area dell'assorbimento. In particolare, allega che la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ha sempre escluso un'applicazione generalizzata del trattamento privilegiato su cui si basa la ricorrente (si veda il paragrafo 30 supra). Le disposizioni da lei invocate si applicherebbero solo ai trasferimenti all'interno

dell'amministrazione centrale dello Stato. Questo stesso orientamento sarebbe seguito dalla giurisprudenza maggioritaria dei giudici del lavoro (vedere paragrafo 31 sopra). Pertanto, contrariamente alle affermazioni della ricorrente, non ci sarebbe stato alcun mutamento della giurisprudenza.

51. Il Governo ha inoltre indicato che la situazione della ricorrente e degli altri insegnanti in esubero, ai quali era stata offerta la possibilità di un trasferimento all'INPS, è simile a quella dei ricorrenti nella causa *Torri e altri c. Italia* ((dec.), Nn. 11838/07 e 12302/07, 24 gennaio 2012), dichiarata inammissibile dalla Corte.

52. Infine, il Governo ha affermato che l'e-mail contestata era stata effettivamente inviata alla ricorrente il 27 febbraio 2004, informandola della possibilità di un'azione per il recupero di qualsiasi somma indebita pagata per il periodo 1998-2004. Questa e-mail menzionava numerosi casi in corso e indicava che qualsiasi pagamento indebito sarebbe stato soggetto a recupero in una data successiva, dopo il consolidamento della giurisprudenza nazionale.

Giudizio della Corte

53. Avuto riguardo ai principi generali applicabili alla materia ai quali si fa rinvio (*Romeva*, citata sopra, §§ 55-59 e 62-73, *Čakarević*, citata sopra, §§ 73 - 89 *Moskal*, citata sopra, §§ 50-52, e *Grobelny c. Poland*, n o 60477/12, §§ 55-62, 5 marzo 2020) e tenuto conto della rilevata applicabilità dell'art. 1 Protocollo n. 1 al caso di specie (paragrafo 42 sopra), la Corte ritiene che la misura contestata costituisce un'ingerenza nel diritto della ricorrente al rispetto della sua proprietà. Ne consegue che, per essere compatibile con la regola generale enunciata nella prima frase del citato articolo 1, tale ingerenza deve soddisfare tre condizioni : deve essere stata eseguita "alle condizioni previste dalla legge", "per scopi di utilità pubblica" e deve assicurare un giusto equilibrio tra i diritti della ricorrente e gli interessi della collettività (*Beyeler c. Italy* [GC], n o 33202/96, §§ 108-114, CEDU 2000 - I, et *Belane Nagy c. Hungary* [GC], n o 53080/13, §§ 112-115, 13 dicembre 2016).

a) La legalità dell'ingerenza

54. Per quanto riguarda la legalità dell'ingerenza, la Corte osserva che l'azione di ripetizione dell'indebito è stata confermata da una sentenza della Corte d'Appello di Torino, confermata in cassazione, sulla base delle disposizioni in materia e della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione (vedere paragrafi 30-31 sopra). La misura in discussione era dunque "prevista dalla legge", come richiesto dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

b) Lo scopo legittimo dell'ingerenza

55. Quanto alle legittimità dello scopo, in assenza di osservazioni fatte su questo punto dalle parti, la Corte si limita a rilevare che i tribunali nazionali hanno richiamato i principi generali inerenti alla nozione di ripetizione dell'indebito. Ritiene quindi che l'ingerenza serviva a uno scopo legittimo poiché è nell'interesse pubblico che i beni ricevuti su base -originariamente o comunque- insussistente siano restituiti allo Stato (*Čakarević*, supra, § 76).

c) La proporzionalità dell'ingerenza

56. Resta da esaminare l'ultima condizione prevista dall'articolo 1 del Protocollo n. 1: la Corte deve determinare se l'ingerenza in questione abbia turbato l'equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse pubblico generale, da un lato, e quelle della protezione del diritto dell'individuo al rispetto della sua proprietà, dall'altro lato (Romeva, sopra citata, § 57). Il giusto equilibrio sarà così compromesso se la persona interessata sopporta un peso speciale ed eccessivo (Béláné Nagy, sopra citata, § 115).

57. Innanzitutto, per quanto riguarda il "margine di apprezzamento" dello Stato, la Corte ricorda che il trasferimento del ricorrente è avvenuto nell'ambito di una più complessa procedura di riorganizzazione dell'amministrazione pubblica. In effetti, la procedura di mobilità è stata avviata con l'obiettivo di riallocare un numero considerevole di funzionari nazionali dell'istruzione che erano in esubero (vedi paragrafo 5 sopra). In questo contesto, agli interessati è stata riconosciuto un assegno compensativo, la cui funzione era quella di impedire che il trasferimento di questi dipendenti dalla propria amministrazione di origine ad un altro ente statale, in questo caso l'INPS, potesse avere un impatto sui loro stipendi. Detto assegno sembrava rispondere, per il suo scopo, al principio che vieta la *reformatio in peius* del trattamento economico dei dipendenti del settore pubblico, al fine di favorire la mobilità del personale interessato ed evitare che considerazioni economiche ostacolino la circolazione dei dipendenti.

58. La Corte osserva che l'istituzione di procedure di mobilità e la fornitura di misure di garanzia salariale come l'assegno compensativo mettono in gioco considerazioni legate alle politiche economiche e sociali che in linea di principio rientrano nell'ampio margine di apprezzamento riservato allo Stato in questo ambito (vedi, tra molti altri, Béláné Nagy, sopra citata, § 113, e Valkov e altri c. Bulgaria, nn. 2033/04 e altri 8, § 91, 25 ottobre 2011). Tuttavia, tale margine può essere più ristretto quando, in casi come quello attuale in cui le somme vengono pagate per errore alla parte interessata, l'errore è imputabile esclusivamente alle autorità statali (vedere Čakarević, sopra citata, § 78, e Moskal, citata sopra, § 73).

59. Tornando alle circostanze del caso, e in particolare al comportamento della ricorrente, la Corte ricorda di aver già constatato che nulla nel caso di specie consente di considerarla responsabile dell'errata valutazione del suo fascicolo e quindi del pagamento dell'assegno di garanzia salariale (vedere paragrafo 40 sopra). L'interessata si è limitato a partecipare al bando di mobilità e a fornire le informazioni pertinenti richieste (paragrafo 7 sopra). Nella fattispecie sembra che, a differenza di quanto osservato in altre situazioni in cui l'errore è derivato da un'omissione da parte del beneficiario (B. c. Regno Unito, n. 36571/06, § 39, 14 febbraio 2012), l'errore di valutazione è stato commesso dall'INPS, che ha applicato le disposizioni relative alla procedura di mobilità interservizi riguardanti il ricorrente secondo un'interpretazione successivamente ritenuta errata dalle corti nazionali (Romeva, citata, § 68, e Čakarević, sopra citata, §§ 79 e 80). Durante il periodo dei pagamenti le circostanze del caso sono apparse all'INPS non ambigue e lo hanno portato a ritenere giustificato il pagamento integrale dell'assegno compensativo.

60. Inoltre, la Corte ritiene, in considerazione del grado di fiducia che il ricorrente può avere sull'esattezza della decisione dell'INPS, che la natura del datore di lavoro riveste una certa importanza nell'esame complessivo della proporzionalità *dell'interferenza* (Čakarević, *supra*, § 80). La legittima fiducia di un dipendente, infatti, può ragionevolmente trovare diverso fondamento a seconda delle caratteristiche del datore di lavoro e quindi dell'autorità con cui quest'ultimo interpreta e applica norme più o meno complesse.

61. Nella fattispecie, occorre rilevare che il datore di lavoro del ricorrente, l'INPS, è l'ente preposto alla gestione del regime pensionistico obbligatorio e degli altri servizi di sicurezza sociale interni previsti. Risulta inoltre che l'INPS sia stato coinvolto nell'attivazione della procedura di mobilità, almeno nelle prime fasi della procedura di mobilità (si veda il precedente paragrafo 28). La decisione di versare l'assegno compensativo viene quindi da un datore di lavoro pubblico al termine di un procedimento amministrativo. Ciò significa che, dal punto di vista della ricorrente, l'applicazione delle disposizioni pertinenti al riguardo potrebbe ragionevolmente essere percepita come corretta e basata su atti amministrativi.

62. A tal riguardo, la Corte ricorda il principio secondo cui, se una decisione amministrativa può essere revocata per il futuro (*ex nunc*), l'aspettativa che essa non opererà retroattivamente (*ex tunc*) deve essere generalmente riconosciuta come legittima, a meno che non vi sono motivi gravi contrari basati sull'interesse generale o di terzi (Čakarević, *supra*, §§ 56 e 80, con la giurisprudenza ivi citata).

63. La Corte nota in questo caso che il Governo convenuto contesta l'argomento della ricorrente, affermando che non vi era incertezza circa l'interpretazione delle disposizioni interne che disciplinano la procedura di mobilità e l'applicazione del principio di riassorbimento all'assegno compensativo (paragrafi 46 -50 sopra).

64. A tal proposito, il Governo cita una sentenza dell'assemblea plenaria del Consiglio di Stato del 1992 (si veda il paragrafo 30 *supra*) secondo la quale il beneficio di mantenere senza riassorbimento un trattamento salariale più favorevole, in caso di trasferimento all'interno di un'altra amministrazione, non può applicarsi al personale di enti pubblici con personalità distinta dall'amministrazione centrale dello Stato.

65. La Corte rileva al riguardo che tale interpretazione consolidata non è stata seguita dall'INPS, organismo che da anni versava al ricorrente la stessa somma. Si noti che il decreto ministeriale n. 217 del 6 maggio 1998 non indicava, almeno esplicitamente, se il principio dell'assorbimento fosse applicabile o meno alla mobilità del richiedente, essendo le sue disposizioni limitate a prevedere un assegno per tutti i docenti trasferiti. Successivamente, è stata la Cassazione ad intervenire in questo ambito, dal 2006, affermando che la regola generale dell'assorbimento si applicava anche ai trasferimenti in seno all'INPS.

66. La Corte rileva quindi che permaneva un'incertezza sull'applicabilità del principio di assorbimento, al punto che l'INPS versava all'interessata le somme compensative senza menzionare una riserva di ripetizione, e l'assenza di tale riferimento (vedere paragrafo 45 *supra*) non può portare a rimettere in discussione le legittime aspettative della ricorrente.

67. Inoltre, la Corte nota, come già indicato sopra, che i pagamenti si sono susseguiti per un periodo molto lungo, vale a dire quasi sei anni. Non si tratta quindi di un errore *una tantum* e isolato, né di un semplice errore di calcolo che la ricorrente avrebbe potuto rilevare, eventualmente ricorrendo ad un perito. La ricorrente avrebbe potuto ragionevolmente ritenere che i suddetti pagamenti erano stabili e destinati ad essere definitivi.

68. La Corte ricorda inoltre che il principio di "buon governo" richiede che, quando è in gioco una questione di interesse generale, le autorità pubbliche agiscano in tempo utile, in modo appropriato e con la massima coerenza (Beyeler, cit. § 120, Romeva, sopra citata, § 58, e Moskal, sopra citata, § 51).

69. Nella fattispecie si rileva che l'INPS, dopo aver atteso il consolidamento della giurisprudenza interna, ha proceduto all'azione di recupero solo nel 2008 - vale a dire circa dieci anni dopo il primo versamento, sei anni se consideriamo il momento in cui le autorità sono venute a conoscenza della possibile esistenza di un errore di pagamento (vedere paragrafo 52 sopra, in fine).

70. Un altro elemento che la Corte tiene a sottolineare riguarda il fatto che l'indennità compensativa è prevista dal diritto interno come elemento di una garanzia salariale, quindi calcolata sull'importo dello stipendio dell'ex ufficio e corrisposto in relazione all'ordinaria attività del dipendente. Non si tratta di un'indennità corrisposta in relazione ad un'attività lavorativa accessoria prestata dal dipendente (come ad esempio nel caso di indennità legata alle ore di straordinario), avendo quindi un carattere sporadico, che potrebbe eventualmente giustificare, data la sua natura *una tantum* e isolata, errore da parte delle autorità sull'importo da corrispondere agli interessati.

71. Infine, la Corte rileva che, anche se il pagamento dell'indennità deriva interamente da un errore dell'INPS, è alla ricorrente che è stato ordinato di restituire a tale ente tutte le somme pagate in eccesso, indipendentemente dalle circostanze del caso (vedere paragrafo 33 sopra). Nessuna responsabilità dello Stato o di qualsiasi altro ente statale, che tuttavia ha dato origine alla situazione, è stata stabilita e, per di più, le conseguenze di questo errore sono state fatte ricadere interamente sulla sola ricorrente (vedere Čakarević, sopra citata, § 86, e Lelas c. Croazia, n. 55555/08, § 77, 20 maggio 2010, e, al contrario, Moskal, sopra citata, § 70).

72. La Corte riconosce che la ricorrente ha ottenuto il consenso dell'INPS per una rateizzazione del rimborso. Tuttavia, ricorda che la somma richiesta rappresenta una parte significativa del reddito della ricorrente, tenuto conto della sua situazione economica: al momento dell'ordine di rimborso della somma contestata, la pensione di vecchiaia della ricorrente era di 1.200 EUR. A quel tempo, la ricorrente aveva già iniziato il trattamento chemioterapico, che, secondo le sue affermazioni, non contraddette dal governo, ha avuto un impatto significativo sul suo reddito (vedere paragrafo 47 sopra).

73. Così, la Corte osserva che le corti nazionali, nel pronunciarsi sull'azione per il recupero, non hanno preso in considerazione né la situazione economica né le condizioni di salute della ricorrente (Čakarević, sopra citata, § 89).

d) Conclusione

74. Alla luce delle considerazioni precedenti (vedere paragrafi 59-73 supra), la Corte ricorda in particolare che: a) il pagamento di un'indennità deve essere effettuato a seguito di una richiesta del beneficiario che agisce in buona fede (Čakarević, cit. sopra, § 82, Moskal, sopra citata, § 68) o, in assenza di tale richiesta, dalle autorità che procedono spontaneamente; b) il pagamento in questione deve essere effettuato da un soggetto pubblico, dall'amministrazione centrale dello Stato o da altro ente pubblico, sulla base di una decisione presa al termine di un processo amministrativo e presumibilmente corretta (Romeva, sopra citata, § 68, Čakarević, sopra citata, § 80); c) deve essere basata su una disposizione legale, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione deve essere percepita dal beneficiario come la "fonte" del pagamento (ibidem, § 83), e anche identificabile nel suo importo; d) è escluso il pagamento manifestamente privo di titolo o basato su semplici errori di calcolo; tali errori possono essere rilevati dal beneficiario, eventualmente ricorrendo ad un esperto; e) deve essere eseguito per un periodo sufficientemente lungo da far sorgere una ragionevole convinzione che sia definitivo e stabile (ibidem, § 85, Moskal, sopra citata, § 69); l'indennità erogata non deve essere riconducibile ad un'attività professionale una tantum e "isolata" ma deve essere collegata all'attività ordinaria; f) infine, il pagamento in questione non deve essere stato effettuato con menzione di una riserva di ripetizione.

Pertanto, la Corte ritiene che, in considerazione delle particolari circostanze del caso, l'ingerenza subita dalla ricorrente era sproporzionata poiché essa sola finiva con il sopportare l'onere dell'errore commesso dall'amministrazione.

75. Dunque, c'è stata una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

II. SULLA VIOLAZIONE ALLEGATA DELL'ART. 14 DELLA CONVENZIONE COMBINATO CON L'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO 1

76. La ricorrente lamenta inoltre gli effetti discriminatori derivanti dall'applicazione delle disposizioni sulle procedure di mobilità, che avrebbero operato una distinzione tra, da un lato, i dipendenti trasferiti tra amministrazioni centrali e, dall'altro lato, quelli trasferiti ad altra pubblica amministrazione. La ricorrente vi vede una differenza di trattamento ingiustificata ed in contrasto con l'articolo 14 della Convenzione in combinazione con l'articolo 1 del Protocollo n. 1. Secondo tale disposizione:

<Deve essere garantito il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella (...) Convenzione, senza distinzione di alcun tipo, basata in particolare su sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione politica o qualsiasi altra opinione, nazionalità o origine sociale, appartenenza a una minoranza nazionale, ricchezza, nascita o qualsiasi altra condizione>.

77. Il Governo ha contestato questo argomento.

78. La Corte constata che il motivo è strettamente connesso con quello di cui all'art. 1 Prot. 1 e lo dichiara ammissibile.

79. Tenuto conto dell'accertamento della violazione dell'art. 1 Prot. 1, la Corte non ritiene necessario esaminare la questione dell'eventuale violazione dell'articolo 14 della Convenzione (*Beyeler*, supra, § 126).

SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

80. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione:

<Se la Corte rileva che c'è stata una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, e se la legge interna dell'Alta Parte Contraente consente che le conseguenze di tale violazione siano cancellate solo imperfettamente, la Corte accorderà alla parte lesa una equa soddisfazione>.

A. Danno

81. La ricorrente ha chiesto 15.318,39 euro (EUR) in relazione al danno patrimoniale che ritiene di aver subito, così come EUR 5.000, o qualsiasi altro importo che la Corte riterrà opportuno assegnarle, riguardo al danno non patrimoniale che dice di aver sofferto.

82. Il Governo si oppone alle pretese, che considera infondate. Secondo il Governo, l'accoglimento di queste richieste comporterebbe un ingiusto arricchimento dell'interessata.

83. La Corte nota che la somma richiesta a riguardo del presunto danno patrimoniale include prima di tutto il debito della ricorrente, per un importo di EUR 13,288,39, relativo all'azione per il recupero del pagamento indebito.

84. La Corte nota che questa somma fu rimborsata mediante trattenute mensili automatiche di EUR 200 dalla pensione di vecchiaia della ricorrente. Tuttavia, secondo le ultime informazioni fornite alla Corte in sede di richieste risarcitorie conclusive, nel febbraio 2016 il piano di rimborso evidenziava un debito residuo di euro 8.288,96, di cui euro 5.000 già versato all'INPS.

85. La Corte nota che le parti non hanno indicato che l'addebito diretto è stato sospeso. Ritiene pertanto plausibile che l'importo di EUR 13.288,39 sia stato integralmente rimborsato all'amministrazione. Pertanto, a condizione che tale somma sia stata interamente versata all'INPS, la Corte assegna alla ricorrente, per questa parte della domanda, EUR 13.288 a titolo di danno patrimoniale.

86. La Corte rileva poi che la somma richiesta per il presunto danno patrimoniale comprende in secondo luogo il pagamento delle spese processuali sostenute dall'INPS al rimborso delle quali la ricorrente è stata condannata, il cui importo la Corte di Cassazione ha fissato a 2.030 EUR (vedi paragrafo 21 sopra). Nella sua domanda di equa soddisfazione, la ricorrente ha chiesto dapprima il rimborso solo di EUR 1.000, basandosi su documenti giustificativi comprovanti il pagamento della metà dell'importo dovuto, quindi, dopo aver pagato la seconda metà di tale importo (1.030 EUR), ha presentato i documenti giustificativi necessari alla Corte e l'ha invitata a tenerne conto nel calcolo del danno patrimoniale.

87. La Corte rileva che la ricorrente aveva già fornito, nella sua domanda di equa soddisfazione, la prova dell'obbligo legale di rimborsare tutte le spese processuali sostenute dall'INPS, producendo

l'ordinanza della Corte di cassazione che l'aveva condannata al pagamento della somma di Euro 2.030 (si veda anche la lettera dell'INPS che chiede la suddetta somma) (si veda il precedente paragrafo 21). Rileva inoltre che la ricorrente ha presentato documenti giustificativi comprovanti i pagamenti effettuati in modo efficace e graduale, seguendo un processo di trasparenza.

88. Di conseguenza, avendo riguardo al nesso causale diretto tra la violazione accertata e l'ordine di rimborsare le spese procedurali della parte avversaria, la Corte considera ragionevole anche assegnare alla ricorrente EUR 2.030 come danno patrimoniale.

89. In conclusione, la Corte accorda alla ricorrente EUR 15.318 a titolo di danno patrimoniale. Tuttavia, la ricorrente non può derivare dalla sentenza della Corte un diritto alla doppia riparazione o all'arricchimento ingiusto (Molla Sali c. Grecia (equa soddisfazione) [GC], n. 20452/14, § 46, 18 giugno 2020). Di conseguenza, nel caso in cui il rimborso della somma pagata in relazione all'azione di recupero non sia stato ancora completato entro la data in cui la sentenza diventa definitiva ai sensi dell'articolo 44 § 2 della Convenzione, la ricorrente deve rimborsare allo Stato convenuto l'eccedenza della somma concessa dalla Corte.

90. Per quanto riguarda il presunto danno morale, per la cui determinazione la ricorrente si rimette alla discrezionalità della Corte e tenendo conto dei principi che emergono dalla sua giurisprudenza in materia, ritiene di attribuire alla ricorrente la somma di 8 000 EUR per danni non patrimoniali.

A. Costi e spese

91. La ricorrente ha chiesto EUR 2.265.98 per costi e spese sostenuti dinanzi alle corti nazionali, nonché EUR 500 per la traduzione di documenti relativi ai procedimenti interni, e ha lasciato il giudizio alla Corte riguardo alle spese sostenute per la finalità del procedimento dinanzi ad essa.

92. Il Governo considera la richiesta infondata.

93. Secondo la giurisprudenza della Corte, un ricorrente può ottenere il rimborso dei suoi costi e spese solo nella misura in cui la loro realtà, la loro necessità e la ragionevolezza del loro tasso siano state stabilite. Nella presente causa, tenendo conto dei documenti a sua disposizione e dei criteri sopra menzionati, la Corte ritiene ragionevole assegnare alla ricorrente la somma di EUR 2.500, per tutte le spese insieme, più qualsiasi importo che può essere dovuto su questa somma a titolo di imposte, costi e spese.

C. Interessi di mora

94. La Corte ritiene appropriato modellare il tasso di interesse di mora sul tasso di interesse della linea di prestito marginale della Banca Centrale Europea più tre punti percentuali.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ,

1. Dichiarare ammissibile la richiesta;

2. Afferma che c'è stata una violazione dell'articolo 1 del Protocollo N.ro 1 alla Convenzione;

3. Afferma che non c'è bisogno di esaminare il motivo di ricorso proposto in relazione all'Articolo 14 della Convenzione, considerato unitamente all'Articolo 1 del Protocollo N.1 alla Convenzione;

4. Dichiara

a) che lo Stato convenuto deve pagare alla ricorrente, entro tre mesi dalla data in cui la sentenza diventa definitiva ai sensi dell'articolo 44 § 2 della Convenzione, i seguenti importi:

i. 15.318 EUR (quindicimilatrecentodiciotto euro), alle condizioni indicate nel precedente paragrafo 89, per danni materiali,

ii. EUR 8.000 (ottomila euro), più qualsiasi importo che può essere dovuto a titolo di imposta, per danni non patrimoniali,

iii. 2.500 EUR (duemilacinquecento euro), più qualsiasi importo che può essere dovuto da questa somma dal richiedente a titolo di imposta, per costi e spese,

b) che dalla scadenza di detto periodo e fino al pagamento, tali importi saranno maggiorati di un interesse semplice ad un tasso pari a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca Centrale Europea applicabile durante tale periodo, maggiorato di tre punti percentuali;

5. Respinge nel resto la domanda di equa soddisfazione.

Fatto in francese, poi comunicato per iscritto l'11 febbraio 2021, in applicazione dell'articolo 77 §§ 2 e 3 del Regolamento.

Renata Degener

Ksenija Turković

Cancelliere aggiunto

Presidente

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE:

ART. 4 CEDU – DIVIETO DI RIDUZIONE IN SCHIAVITÙ – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI NEI CONFRONTI DELLE VITTIME DELLA TRATTA – MINORE IMPUTATO IN UN PROCEDIMENTO PENALE – FONDATO SOSPETTO DELLA SUA CONDIZIONE DI VITTIMA DELLA TRATTA – MANCATA ADOZIONE DI MISURE OPERATIVE DI PROTEZIONE, IN LINEA CON GLI STANDARDS INTERNAZIONALI – ASSENZA DI UN ACCERTAMENTO INIZIALE E RAPIDO DEL SUO *STATUS*, NONOSTANTE LE INDICAZIONI DELLE AUTORITÀ DEPUTATE ALLA TUTELA DELLE VITTIME DELLA TRATTA – PROSECUZIONE DELL’AZIONE PENALE IN BASE A MOTIVAZIONE INADEGUATA – VIOLAZIONE DELL’ART. 4 CEDU – SUSSISTENZA.

ART. 6 CEDU – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO – MANCATA INDAGINE SULLO *STATUS* DEI RICORRENTI QUALI POTENZIALI VITTIME DI TRATTA – RIPERCUSSIONE SULL’ACQUISIZIONE DI PROVE FONDAMENTALI ALLA DIFESA – POSSIBILE IMPEDIMENTO – VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD UN EQUO PROCESSO – SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Artt. 4 e 6 CEDU

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU

L.E. c. Grecia del 21 gennaio 2016; Chowdury e altri c. Grecia del 9 settembre 2015; T.I. e altri c. Grecia; Grande Camera, S.M. c. Croazia del 25 giugno 2020; Rantsev c. Russia e Cipro del 7 gennaio 2010, Siliadin c. Francia del 26 luglio 2005.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 49148 del 28/5/2019, P., Rv. 278051; Sez. 5, n. 37315 del 8/3/2019, H., Rv. 277341; Sez. 5, n. 49514 del 19/9/2018, A., Rv. 274452; Sez. 5, n. 10784 del 11/1/2012, S., Rv. 252017; Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, Djordjevic, Rv. 236022; Sez. 3, n. 21630 del 6/5/2010, E., Rv. 247641; Sez. 5, n. 40045 del 24/9/2010, Murmylo, Rv. 248899; Sez. 5, n. 15662 del 17/2/2020, U., Rv. 279156; Sez. 5, n. 49594 del 14/10/2014, Enache, Rv. 261345; Sez. 5, n. 44385 del 24/9/2013, I., Rv. 257564; Sez. 1, n. 35992 del 5/3/2019, Omorodion, Rv. 276718; Sez. U, n. 261 dl 20/11/1996, dep. 1997, C., Rv. 206512; Sez. 5, n. 1615 del 16/12/1997, dep. 1998, Hrustic, Rv. 209987); nonché Sez. 1, n. 23869 del 3/6/2010, Bruzzese, Rv. 247982; Sez. 1, n. 13526 del 10/3/2010, Sava, Rv. 246831; Sez. 3, n. 24269 del 27/5/2010, K., Rv. 247704; Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, dep. 2007, Djorgjevic, Rv.236023; Sez. 5, ord. n. 43868 del 9/11/2005, Molnar, Rv. 232834.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 4, 16 febbraio 2021, ric. Nn. 77587/12 and 74603/12 V.C.L. e A.N. c. Regno Unito

Abstract

*L'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel proibire la schiavitù, ha l'obiettivo di proteggere le **vittime della tratta**, imponendo agli Stati di adottare misure adeguate alla loro tutela, sicché, in determinate circostanze, **può risultare in contrasto con tale dovere l'esercizio dell'azione penale nei confronti di tali persone, atteso che la condanna le renderebbe ancora più vulnerabili** e potrebbe ostacolarne l'integrazione nella società e l'accesso agli aiuti a loro destinati. Pertanto, in presenza di un fondato sospetto che l'indagato possa essere stato oggetto di tratta, il suo **status** deve essere **accertato tempestivamente** da personale specializzato, con valutazione da svolgersi in base ai criteri individuati nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione contro la tratta (secondo cui la minaccia della forza e/o della coercizione non è richiesta quando l'individuo è un bambino), e la pubblica accusa dovrebbe attenersi a tale indicazione, salva l'esistenza di chiare ragioni contrarie, pur sempre coerenti con la disciplina della tratta.*

Il mancato tempestivo accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria, dello status di vittima della tratta in capo ad un indagato, in presenza di un fondato sospetto di tale condizione, si traduce nella violazione del diritto ad un equo processo, garantito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, posto che può impedire l'acquisizione di prove che avrebbero potuto costituire un aspetto fondamentale della difesa.

Il caso

I due istanti (allora **minori**), cittadini vietnamiti riconosciuti *vittime di tratta* dall'Autorità competente designata, sono stati **condannati per reati connessi al loro lavoro in coltivazioni di cannabis**.

In particolare si riporta l'iter processuale del primo ricorrente (a cui è analogo quello del secondo).

Il minore - arrestato in flagranza, all'esito della perquisizione di una casa, ove è stato trovato solo (in possesso di un cellulare e di 100 sterline inglesi) ed ove sono state rinvenute 420 piante di cannabis (del valore di mercato di 130.000 sterline inglesi) - ha dichiarato di avere 15 anni (circostanza, poi, riconosciuta vera); di essere stato introdotto clandestinamente in Gran Bretagna dal padre adottivo; di essere stato condotto presso la coltivazione di cannabis da due cittadini vietnamiti e di non essere consapevole dell'illiceità di tale coltivazione.

AmMESSO al patrocinio a spese dello Stato, il minore si è dichiarato colpevole, su consiglio del legale, che, pur essendo stato informato da un ente di beneficenza della possibilità che il suo assistito fosse vittima di tratta, non ha preso in considerazione, né inizialmente né successivamente, la possibilità di modificare l'impostazione difensiva.

La Procura della Corona (CPS, pubblico ministero, in Inghilterra e Galles), pur avendo ricevuto una comunicazione dalla Agenzia di controllo delle frontiere (UKBA), che rappresentava la sussistenza di una serie di **indicatori della tratta** (il verosimile coinvolgimento di adulti nella produzione della cannabis; la mancata iscrizione a scuola del minore; il divieto nei suoi confronti di allontanarsi dalla casa), ha deciso di non desistere dall'esercizio dell'azione penale, senza esplicitare le ragioni di tale scelta, desumibili, tuttavia, da una lettera ad un membro del Parlamento (la gravità del reato, la mancata allegazione di alcuna forma di coercizione, l'assenza di una prova certa della tratta), ed anzi, all'esito dell'esame approfondito dei fatti emersi, ha escluso che il minore fosse stato vittima di tratta, essendo stato trovato in possesso di un telefono cellulare e di denaro, non avendo subito abusi ed avendo dichiarato che in Vietnam la sua famiglia non era minacciata e non aveva debiti.

Il procedimento penale si è, dunque, concluso con la condanna del ricorrente a 20 mesi di detenzione in un carcere minorile. Una volta divenuta definitiva la sentenza, il ricorrente, a sua richiesta, è stato restituito in termini per l'impugnazione.

La Corte, nell'accogliere la richiesta, ha evidenziato, da un lato, l'incoerenza delle diverse conclusioni raggiunte da due autorità pubbliche (il Ministero dell'Interno e la Pubblica Accusa) in ordine allo *status* del minore quale vittima di tratta e, dall'altro lato, le carenze della difesa, pur assicurata grazie all'istituto del patrocinio a spese dello Stato.

L'impugnazione è stata, tuttavia, solo parzialmente accolta, con una riduzione della pena detentiva a 12 mesi.

Nella decisione del giudice di secondo grado si è precisato che l'art. 26 della Convenzione Antitratta (...) non può interpretarsi come fonte di una condizione di immunità per le vittime della tratta coinvolte in attività criminali, sicché non può estendersi l'ambito applicativo del "costringimento fisico", idoneo ad escludere la punibilità, avendo il Regno Unito adempiuto agli obblighi derivanti dalla Convenzione anti-tratta grazie all'attribuzione al CPS del potere, rientrando nella sua valutazione discrezionale, di decidere di non esercitare o di non proseguire l'azione penale nei confronti di un imputato che, pur non potendo allegare a sua difesa la coercizione, ricade nell'ambito protettivo dell'articolo 26 della Convenzione anti-tratta.

Nel caso di specie, si è ritenuto essere stato correttamente esercitato tale potere discrezionale da parte della pubblica accusa e non sussistere, quindi, i presupposti per la sospensione del processo da parte del giudice.

Il ricorrente ha chiesto invano di sottoporre alla Corte Suprema le seguenti questioni di diritto: 1) se il potere discrezionale, attribuito al CPS, di valutare l'opportunità di esercitare l'azione penale nei confronti del minore ritenuto vittima di tratta dall'autorità competente sia sufficiente alla sua tutela alla luce del diritto interno e internazionale; 2) quale sia il livello probatorio in base al quale il CPS deve riconoscere ad un minore lo *status* di vittima della tratta.

Eguale sono stati respinti i mezzi straordinari di impugnazione proposti dal ricorrente, anche alla luce di prove nuove consistenti nelle sue patologie (sindrome di Asperger e sintomi di PTSD), tali da renderlo particolarmente ingenuo e vulnerabile.

La questione sottoposta alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Ai giudici di Strasburgo è stata, dunque, posta per la prima volta **la questione della compatibilità con l'art. 4 CEDU dell'esercizio dell'azione penale nei confronti delle vittime di tratta**. I ricorrenti hanno prospettato che lo Stato, perseguendoli per reati connessi al loro lavoro nelle coltivazioni di cannabis, abbia disatteso il suo dovere di proteggerli; potere ancora più intenso nei confronti dei minori.

I principi stabiliti dalla Corte EDU

Violazione dell'art. 4 della Convenzione Europea per i diritti umani

La Corte ha premesso che, come rilevato dal Gruppo di esperti sulla tratta di esseri umani (**Greta**) e dall'Ente internazionale contro la schiavitù (Anti-Slavery International), l'art. 4 della Convenzione va interpretato alla luce dei trattati internazionali (la convenzione contro la tratta del Consiglio d'Europa, la direttiva anti-tratta dell'UE e la convenzione sui diritti dell'infanzia), da cui derivano **obblighi speciali e rafforzati nei confronti dei bambini vittime di tratta**, il cui interesse superiore dovrebbe essere determinante in qualsiasi procedura decisionale.

Si è, poi, rilevato che dall'art. 4 CEDU deriva l'obbligo degli Stati di attivarsi non solo per prevenire la tratta degli schiavi, ma anche per proteggere le vittime, realizzando a tale scopo un adeguato quadro legislativo ed amministrativo. Si è, però, precisato che il dovere di intervento sorge soltanto laddove le autorità statali erano a conoscenza, o avrebbero dovuto esserlo, delle circostanze da cui deriva un fondato sospetto che un individuo identificato fosse stato, o fosse a rischio reale e immediato di essere, oggetto di traffico o sfruttamento ai sensi dell'articolo 3 del Protocollo di Palermo e dell'articolo 4 della Convenzione contro la tratta.

Tali **obblighi positivi**, derivanti dall'art. 4 della Convenzione, includono: 1) **il dovere (sostanziale) di adottare la disciplina legislativa e amministrativa diretta a vietare e punire la tratta**; 2) il dovere (sostanziale), in determinate circostanze, di adottare misure operative per proteggere le vittime, o potenziali vittime, della tratta; (3) l'obbligo procedurale di indagare su situazioni di potenziale tratta.

Le misure di protezione comprendono, ad ogni modo, l'agevolazione dell'identificazione delle vittime grazie all'intervento di persone qualificate e l'assistenza delle vittime nel loro recupero fisico, psicologico e sociale.

È chiaro che **nessun divieto generale di agire penalmente nei confronti delle vittime di tratta**, che abbiano commesso reati, può essere desunto dalla Convenzione contro la tratta o da qualsiasi altro strumento internazionale.

In effetti, dalle disposizioni sulla "non punibilità" di cui agli **artt. 26 della Convenzione contro la tratta**, 8 della direttiva contro la tratta e 4, paragrafo 2, del Protocollo del 2014 alla Convenzione sul lavoro forzato dell'OIL, si evince che **la vittima di tratta deve essere stata costretta** a commettere l'attività criminale, e che, in tal caso, le autorità nazionali dovrebbero essere autorizzate, ma non obbligate, a non procedere nei loro confronti.

Tuttavia, **la coercizione non sembra necessaria, laddove sia coinvolto un minore**, ai fini dell'applicazione degli artt. 26 della Convenzione contro la tratta e 8 della direttiva UE anti-tratta, che non vietano, però, in termini assoluti, l'esercizio dell'azione penale.

Nondimeno la Corte ha ritenuto che il perseguimento delle vittime, o potenziali vittime, della tratta può, in determinate circostanze, essere in contrasto con il dovere dello Stato di adottare misure operative per tutelarle, dovere che ha l'obiettivo di proteggerle da ulteriori danni e di facilitarne il recupero, mentre la sottoposizione ad un procedimento penale sarebbe dannoso per la loro integrità psico-fisica, rendendole potenzialmente più vulnerabili e, pertanto, nuovamente esposte alla tratta in futuro.

Pertanto, la condanna penale potrebbe creare un ostacolo alla loro successiva integrazione nella società e potrebbe impedire l'accesso alle misure di sostegno a loro favore.

Alla luce di tali principi la Corte ha concluso che l'esercizio dell'azione penale nei confronti di una vittima o potenziale vittima di tratta è compatibile con l'art. 4 della Convenzione soltanto là dove, in presenza di circostanze che facciano sorgere un fondato sospetto che la persona indagata versi in tali condizioni, lo Stato abbia posto in essere procedure funzionali alla tempestiva identificazione della relativa situazione, investendo persone con una formazione e qualificazione specifica di tale valutazione, che deve essere fondata sui criteri individuati nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione contro la tratta, ai sensi dei quali deve essere verificato se la persona sia stata soggetta all'atto di reclutamento, trasporto, trasferimento, ricovero o ricevimento, mediante minaccia di forza o altra forma di coercizione, tuttavia non necessarie quando l'individuo è un bambino.

In conclusione, **qualsiasi decisione sull'esercizio dell'azione penale dovrebbe essere assunta solo dopo tale valutazione da parte di personale specializzato ed il pubblico**

ministero, anche qualora non fosse vincolato ai risultati dell'indagine predetta, dovrebbe potersene discostare soltanto per ragioni chiare e coerenti con la disciplina della tratta contenuta nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione anti-tratta.

Alla luce di tali principi si è, pertanto, ravvisata una violazione dell'art. 4 della Convenzione in entrambi i casi in esame.

Violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea per i diritti umani.

La Corte ha, altresì, ritenuto che, sebbene le autorità avessero accordato alcuni benefici ai ricorrenti dopo i loro verdetti di colpevolezza, la mancanza di qualsiasi valutazione sul fatto che essi fossero stati vittime del reato di traffico di esseri umani potrebbe aver loro impedito di dedurre prove importanti in grado di aiutarli nella loro difesa.

Per tale ragione, il processo non è stato "giusto", determinando anche la violazione dell'articolo 6 § 1 CEDU.

Le domande che la Corte di Strasburgo si è posta per giungere a tale conclusione sono le seguenti:

- la mancata valutazione della condizione dei ricorrenti di essere vittime di tratta prima di essere processati e condannati può aver determinato problemi in un'ottica di tutela del diritto previsto dall'art. 6 § 1 CEDU?
- i ricorrenti hanno rinunciato al loro diritto ad un giusto processo dichiarandosi colpevoli in una simile situazione?
- nel complesso il procedimento è stato "equo"?

Ebbene, alla prima domanda la Corte risponde decisamente in modo affermativo, ed a prescindere dal grado di manchevolezze che pure ci sono state, in concreto, nella loro difesa e nella loro rappresentanza legale assicurata dallo Stato. Si è rammentato, in particolare, che i minori vittime di tratta fanno parte di un gruppo di soggetti particolarmente vulnerabili ai quali non può essere richiesto di autodefinirsi vittime di simili reati e che non possono essere penalizzati per non essere consapevoli della loro condizione.

La Corte ha rilevato, pertanto, che il mancato accertamento da parte delle Autorità interne della condizione dei ricorrenti minorenni di essere vittime di tratta ha costituito non solo una violazione degli obblighi sostanziali positivi derivanti dall'art. 4 CEDU, ma anche, dal punto di vista procedurale, una violazione dell'art. 6 CEDU, traducendosi in un ostacolo del loro diritto di ottenere prove che avrebbero potuto costituire un aspetto fondamentale della loro difesa.

Quanto alla rinuncia ad un processo realmente equo (che i ricorrenti avrebbero effettuato

aderendo al patteggiamento, all'esito del quale sono stati condannati), la Corte EDU ha ritenuto che in una simile situazione non può reputarsi resa nella piena consapevolezza dei fatti e, in ogni caso, in mancanza di un accertamento sulla condizione di vittime della tratta da parte delle Autorità interne, ogni rinuncia ai diritti dei ricorrenti risulta contraria all'importante interesse pubblico alla lotta alla tratta di esseri umani ed alla protezione delle vittime.

Pertanto, i giudici di Strasburgo, ricordando come la valutazione di equità processuale sia tendenzialmente complessiva e riguardi l'intero procedimento (pur non potendosi escludere che alcune violazioni singole particolarmente rilevanti possano determinare che l'intero processo sia ingiusto), giungono a ritenere che nel caso di specie alcuni fattori conducano a sostenere una violazione dell'art. 6 CEDU.

Anzitutto, il pubblico ministero, nonostante l'Autorità Competente avesse riconosciuto che essi fossero vittime di tratta, non ha voluto desistere dall'esercizio dell'azione penale contro i ricorrenti, senza addurre alcuna ragione adeguata per la mancata adesione alle conclusioni di tale Autorità, al contrario adducendo argomenti incoerenti con la definizione di tratta contenuta nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione Antitratta. Inoltre, il procedimento d'appello non ha sanato quelle mancanze di tutela che si erano già radicate nel processo in primo grado.

Osservazioni

La pronuncia in commento si rivela molto importante sia per i suoi contenuti in sé, sia per le possibili ricadute che i principi affermati potrebbero avere negli ordinamenti interni.

Il tema centrale, e inedito sinora nella giurisprudenza della Corte EDU⁶, riguarda la compatibilità tra l'incriminazione delle potenziali vittime di tratta, per i reati commessi

⁶ La Corte EDU, infatti, ha riscontrato una violazione dell'art. 4 della Convenzione, in relazione alla tratta di esseri umani, in pochi altri casi, soprattutto a partire dal 2016: L.E. c. Grecia del 21 gennaio 2016, Chowdury e altri c. Grecia del 9 settembre 2015, T.I. e altri c. Grecia e la più recente pronuncia della Grande Camera nel caso S.M. c. Croazia del 25 giugno 2020, in cui in termini più ampi si sono individuati gli elementi che devono sussistere per qualificare un comportamento o una situazione come tratta di esseri umani ai sensi dell'art. 4, richiamando la Convenzione di Varsavia e il Protocollo di Palermo, e riscontrando l'irrilevanza del carattere nazionale o transnazionale e della riconducibilità alla criminalità organizzata della tratta, sicché si può avere tratta "interna"; ma in nessuna di tali pronunce i giudici europei si erano occupati espressamente e direttamente della posizione giudiziaria delle vittime, sebbene nella sentenza del 2020 la Grande Camera abbia chiarito che la protezione delle potenziali vittime non deve scattare quando è stato accertato il reato di tratta ma già al momento in cui, in base alle prove allegate alla richiesta di protezione, esiste *prima facie* il sospetto di esso, poiché tanto basta a far scattare il dovere dello Stato di indagare sul caso.

Per la prima volta, invece, nel 2010, nel caso Rantsev c. Russia e Cipro del 7 gennaio 2010, la Corte EDU riscontrò la violazione dell'art. 4 CEDU in relazione alla tratta, sancendo, sostanzialmente, la possibilità di constatare una violazione di un obbligo ai sensi della Convenzione rispetto a tale fenomeno (anche se qualche anno prima, nel caso Siliadin c. Francia del 26 luglio 2005, la Corte aveva affermato la sussistenza di obblighi positivi dello Stato in relazione al divieto di riduzione in servitù, specificando altresì che l'art. 4 consacra *uno dei valori fondamentali delle società democratiche*, al pari degli artt. 2 e 3 CEDU).

in conseguenza del loro sfruttamento, e il dovere dello Stato di adottare misure operative per proteggerle, che può arrivare ad essere compromesso dall'incriminazione, comportando pertanto una violazione dell'art. 4 della Convenzione (cfr. parr. 157-161), in determinate circostanze.

Secondo la Corte - e stando alla sua declinazione concreta del rapporto tra incriminazione e dovere di protezione delle vittime di tratta nella vicenda in esame - lo Stato viola l'obbligo di adottare le misure di protezione necessarie in favore delle vittime di tratta, qualora persegua penalmente una persona, pur in presenza di fondati motivi di ritenere che sia stata vittima di tratta.

In estrema sintesi, infatti, deve rammentarsi che i ricorrenti (V.C.L. e A.N.) erano due giovani vietnamiti, giunti nel Regno Unito da adolescenti, nel 2009 (rispettivamente all'età di 15 e 17 anni) e scoperti a lavorare in coltivazioni di cannabis, condotta per cui sono stati successivamente condannati in relazione a reati di droga. Dopo la condanna, tuttavia, i due ragazzi erano stati riconosciuti come vittime della tratta dall'autorità interna competente.

Ebbene, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata, nel caso esaminato, una violazione dell'art. 4 CEDU, rilevando come le autorità nazionali non avessero adottato misure adeguate per proteggere i ricorrenti (minorenni all'epoca dei fatti contestati), entrambi potenziali vittime della tratta e rilevando, in particolare, che, nonostante i ricorrenti fossero stati scoperti in circostanze che indicavano la loro condizione di vittime, erano stati accusati di un reato, di cui si erano dichiarati colpevoli su consiglio dei loro avvocati (inopportuno o comunque avventato, sembrano suggerire i giudici di Strasburgo), senza che il loro caso fosse prima valutato dall'autorità interna preposta e competente.

E la violazione dell'art. 4 CEDU si è ancor più manifestata perché, **anche una volta che i ricorrenti sono stati successivamente riconosciuti come vittime della tratta, il pubblico ministero, senza fornire ragioni adeguate per la decisione, si era opposto alla valutazione di rilevanza della loro condizione e la Corte d'appello, basandosi sulle stesse ragioni inadeguate, aveva considerato giustificata la decisione di perseguire i ricorrenti.**

Per questo, ancor più, la Corte EDU ha ritenuto violato il dovere dello Stato, ai sensi dell'art. 4 CEDU, di adozione preventiva di misure atte a proteggere le potenziali vittime della tratta e quello di tutelare, in una fase successiva, le persone riconosciute come vittime della tratta.

La violazione dell'art. 4 ha poi determinato, a cascata, la violazione dell'art. 6 della Convenzione, poiché – giudica la Corte - il procedimento nel suo complesso non è stato equo.

Le affermazioni di principio e la risoluzione del caso concreto contenute nella pronuncia V.C.L. e

A.N. c. Regno Unito del 16 febbraio 2021 propongono questioni di non poco conto anche nel nostro ordinamento, come in quello di ciascuno degli Stati aderenti alla Convenzione.

Tra queste, anzitutto, per quel che riguarda l'Italia, l'interazione tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e gli artt. 4 CEDU e 26 della Convenzione Antitratta. Occorre, difatti, chiedersi se le disposizioni penali che escludono la punibilità di una condotta criminosa commessa in caso di costringimento fisico (art. 46 cod. pen.) ovvero in stato di necessità (art. 54 cod. pen.) siano sufficienti ad assicurare la tutela delle vittime richiesta dalla Corte EDU ai sensi dell'art. 4 in esame.

Sullo sfondo, la consapevolezza che il crimine della sottomissione delle persone, sovente le più vulnerabili, in una situazione di moderna schiavitù ed il loro sfruttamento di ogni tipo (soprattutto sessuale o lavorativo o, appunto, per fini di commissione di reati o per l'accattonaggio "professionale") deve essere arginato solo attraverso sinergie tra gli Stati.

E difatti, numerosi sono gli strumenti previsti allo scopo⁷: il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e minori del 2000 (il c.d. Protocollo di Palermo); la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 2005 (la c.d. Convenzione di Varsavia); la Convenzione ASEAN contro la tratta di persone, in particolare donne e minori del 2015 (operativa tra i Paesi asiatici).

La lotta contro la tratta degli esseri umani, specialmente donne e minori, ha assunto un'importanza centrale con il Trattato di Lisbona che, all'art. 79, par. 1, lett. d) TFUE), l'ha svincolata dal contrasto all'immigrazione ed al soggiorno irregolare (art. 63, par. 1, punto 3, lett. b), TCE), fenomeno con cui ovviamente sovente si combina nella realtà.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dedica alla tratta di esseri umani una specifica disposizione, sancendone il divieto in termini assoluti (art. 5, par. 3: proibizione della schiavitù e del lavoro forzato), mentre la Convenzione Europea dei diritti umani ha al suo interno la disposizione, appunto, dell'art. 4 (divieto di schiavitù e del lavoro forzato).

Nell'ambito dell'Unione europea, al quadro giuridico si affianca un complesso politico-operativo, con l'elaborazione di una strategia dell'Unione europea per l'eradicazione della tratta degli esseri

⁷ Nell'Unione europea si ricorda che l'art. 2, par. 1, della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che ha sostituito la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, individua gli elementi caratterizzanti la tratta di esseri umani ne «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento».

umani sorta sin dal 2012, la designazione di un coordinatore anti-tratta e l'istituzione di una rete informale di relatori nazionali o meccanismi equivalenti dell'Unione.

Tutti gli strumenti puntano verso un obiettivo comune, in ogni caso, che costituisce, poi, il nucleo centrale della pronuncia della Corte EDU: **favorire l'emersione di un principio di non incriminazione**, quanto meno tendenziale, delle vittime della tratta di matrice internazionale per eventuali illeciti commessi in connessione o come conseguenza della loro condizione.

E ciò a dispetto di prassi e legislazioni nazionali che in alcuni casi appaiono anche in aperto contrasto con tale principio⁸.

Peraltro, deve sottolinearsi come, anche con riferimento alla legislazione italiana, il gruppo di esperti sulla lotta contro la tratta di esseri umani (GRETA) del Consiglio d'Europa – adottato il 7 dicembre 2018 e pubblicato il 25 gennaio 2019 - ha esortato all'introduzione di una specifica norma attuativa dell'art. 26 della Convenzione di Varsavia, ritenendo insufficiente il ricorso alla scriminante prevista dall'art. 54 c.p. (stato di necessità)⁹ e probabilmente auspicando, anche per il suo valore simbolico, l'introduzione di una specifica causa di esclusione della punibilità.

Quanto alla capacità del nostro ordinamento di lasciar emergere con tempestività le condizioni di sfruttamento e tratta, si ricorda, anzitutto, la disposizione che l'Italia ha adottato per la tutela delle vittime sin dal 1998: l'art. 18 del d.lgs. 286 del 1998, finalizzato a garantire assistenza e protezione alle persone straniere coinvolte e a favorirne la definitiva inclusione nel contesto sociale, a prescindere anche dalla loro eventuale collaborazione con l'autorità giudiziaria.

Inoltre, nell'ambito della protezione internazionale, sono previste una Commissione Nazionale per il diritto di asilo e Commissioni Territoriali, tra i compiti delle quali rientra proprio quello di rilevare e segnalare simili condizioni, grazie anche all'individuazione di apposite Linee Guida dettate dal Presidente della Commissione Nazionale, nell'ambito del progetto della Commissione Nazionale per il diritto di asilo e dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati - UNHCR "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta", volto all'individuazione di procedure standard per una corretta identificazione delle vittime di tratta nel corso del

⁸ Si veda il Rapporto conclusivo della Relatrice speciale sulla tratta di esseri umani dell'ONU, Maria Grazia Giammarinaro, del 30 luglio 2020, consultabile al seguente indirizzo web:

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/Non-Punishment-Paper.pdf>.

⁹ Citando anche criticità applicative, il Rapporto GRETA sottolinea l'insufficienza dell'art. 54 cod. pen., evidenziando: *Italian law still lacks a specific provision prohibiting the punishment of Trafficking in Human Beings victims in accordance with Article 26 of the Convention. As noted in GRETA's first report, the Italian legal framework provides that a person is not punishable for a criminal offence committed in a "state of necessity", i.e. when the person has been forced to commit the offence under violence or threat (Article 54 of the CC). This applies to victims of THB obliged to commit an unlawful act, as long as the victim has been officially identified and when the exploitation has been proven in a criminal procedure against the traffickers.*

riconoscimento della protezione internazionale nonché per l'intervento coordinato delle Istituzioni e dei soggetti coinvolti.

Secondo l'ultima versione delle Linee Guida, le Commissioni svolgono, infatti, un ruolo davvero rilevante in quanto, attraverso le narrazioni dei richiedenti asilo, hanno la possibilità di rilevare gli indicatori che caratterizzano il fenomeno, svolgendo in tal modo la strategica funzione di "recettori". In particolare, mediante l'utilizzo di apposite tecniche di intervista, i componenti dei Collegi possono contribuire a favorire l'emersione delle più diverse fattispecie di sfruttamento e, nel contempo possono monitorarne la diffusione territoriale.

Nel 2019 la Commissione Nazionale ha redatto il primo rapporto biennale sulla tratta.

Cenni alla giurisprudenza di legittimità in materia

L'esigenza di assicurare la massima tutela alle vittime della tratta è avvertita anche dalla giurisprudenza italiana.

Risultano significativi, in tale direzione, gli orientamenti con cui, da un lato, si è ritenuta non invocabile, da parte degli autori delle condotte di riduzione in schiavitù, qualsiasi causa di giustificazione dell'esercizio del diritto con riferimento alle proprie tradizioni sociali-consuetudinarie, e, dall'altro, irrilevante, per escludere la finalità di sfruttamento, la circostanza che un margine degli introiti dell'accattonaggio vada a beneficio delle persone offese dal reato¹⁰.

Sul fronte normativo generale della tratta e della riduzione in schiavitù, l'Italia ha un arsenale di incriminazioni specifiche, che vede in prima linea anzitutto le disposizioni degli artt. 600 (*Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*) e 601 (*Tratta di persone*) del codice penale, oggi implementate dall'art. 600-octies (*Impiego dei minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio*)¹¹, introdotto con d.l. n. 113 del 2018 conv. in l. n. 132 del 2018; nonché i reati previsti dagli artt. 602 (*Acquisto e alienazione di schiavi*) e 603-bis (*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*) del codice penale.

Solo per dare l'idea del dibattito da anni in corso nella giurisprudenza di legittimità su tali fattispecie criminali, è opportuno fare brevissimi cenni, senza alcun carattere di esaustività, ad

¹⁰ Si richiamano, tra le molte, le sentenze Sez. 1, n. 23869 del 3/6/2010, Bruzzese, Rv. 247982; Sez. 1, n. 13526 del 10/3/2010, Sava, Rv.246831; Sez. 3, n. 24269 del 27/5/2010, K., Rv. 247704; Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, dep.2007, Djorgjevic, Rv.236023; per le consuetudini non scriminanti, cfr. Sez. 5, n. 2390 del 24/10/1995, dep. 1996, Senka, Rv.204369; per la finalità di sfruttamento non esclusa da margini di introiti per le vittime: Sez. 5, ord. n. 43868 del 9/11/2005, Molnar, Rv. 232834.

¹¹ Mentre numerose perplessità ha suscitato l'introduzione del reato di Esercizio molesto dell'accattonaggio (art. 669-bis cod. pen.) ad opera del d.l. n. 113 del 2018, conv. in l. n. 132 del 2018: in tema si richiama la precedente Relazione del Gruppo di Lavoro per l'attuazione dei Protocolli con la Corte europea dei diritti dell'uomo e con la Corte di Giustizia sulla sentenza Corte EDU *Lacatus c. Svizzera* del 19 gennaio 2021.

alcuni arresti interessanti della Corte di cassazione.

Si richiama, perciò, anzitutto, l'orientamento secondo cui, sulla condizione di vulnerabilità e lo stato di bisogno della vittima dei reati di riduzione in schiavitù o tratta, si è affermato che la situazione di necessità della vittima costituisce il presupposto della condotta approfittatrice dell'agente, sicché tale nozione non può essere posta a paragone con lo stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen., ma va piuttosto posta in relazione alla nozione di bisogno indicata nel delitto di usura aggravata (art. 644, comma quinto, n. 3 cod. pen.) o allo stato di bisogno utilizzato nell'istituto della rescissione del contratto (art. 1418 cod. civ.).

La situazione di necessità va, quindi, intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale: in altri termini, coincide con la definizione di "posizione di vulnerabilità" indicata nella decisione quadro dell'Unione Europea del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, alla quale la legge 11 agosto 2003, n. 228 ha voluto dare attuazione (in tal senso, cfr. Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, Djordjevic, Rv. 236022, in tema di riduzione in schiavitù; Sez. 3, n. 21630 del 6/5/2010, E., Rv. 247641).

Ed anche in tema di delitto di tratta di persone, si è ribadito di recente che la situazione di necessità di cui all'art. 601, comma primo, cod. pen. coincide con la "posizione di vulnerabilità" di cui alla direttiva comunitaria 2012/29/UE e al d.lgs. n. 24 del 2014 e deve essere intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale della persona offesa, idonea a condizionarne la volontà personale e che non consente altra scelta effettiva di vita, se non cedendo all'abuso di cui è vittima e non è, pertanto, identificabile nello stato di necessità, cui fa riferimento l'art. 54 cod. pen., ma va correlata, piuttosto, alla nozione di "stato di bisogno" di cui all'art. 644, comma quinto, n. 3 cod. pen., dettato in tema di usura aggravata (Sez. 5, n. 49148 del 28/5/2019, P., Rv. 278051).

Per la configurabilità del delitto di tratta, poi, non è richiesto che il soggetto passivo si trovi già in schiavitù o condizione analoga, con la conseguenza che il delitto in questione si ravvisa anche se una persona libera sia condotta con inganno in Italia, al fine di porla nel nostro territorio in condizione analoga alla schiavitù: il reato di tratta può essere, infatti, commesso anche con induzione mediante inganno in alternativa alla costrizione con violenza o minaccia (così Sez. 5, n. 40045 del 24/9/2010, Murmylo, Rv. 248899, che ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato la responsabilità, in ordine al delitto di cui all'art. 601 cod. pen., nei confronti degli imputati, i quali avevano pubblicato su stampa in Polonia ed altri Paesi dell'Est, nonché via internet, annunci ingannevoli di lavoro ben remunerato in Italia, assicurando trasferimento, alloggio e vitto nel luogo di destinazione dove singole cellule smistavano i lavoratori nei campi e li riducevano in schiavitù).

Quanto, al rapporto tra i reati di cui agli artt. 600 e 601 cod. pen. si è anche affermato che essi possono concorrere, difettando l'unicità naturalistica del fatto, sicchè non sussiste un rapporto di specialità ex art. 15 cod. pen. tra le due fattispecie, né le stesse contengono clausole di riserva che consentano l'applicazione delle figure dell'assorbimento, della consumazione o del "post-factum" non punibile (Sez. 5, n. 49514 del 19/9/2018, A., Rv. 274452, nella fattispecie le vittime erano state condotte in Italia con l'inganno, allettate dalla prospettiva di trovare un lavoro lecito, e, una volta varcati i confini, poste in stato di servitù, con condotte materialmente distinte, che erano seguite l'una a l'altra).

Inoltre, commette il delitto di cui all'art. 600 cod. pen. non solo colui che procede alla vendita di un essere umano ma anche chi lo acquista, trattandosi di un comportamento che, a prescindere dall'eventuale consenso della persona offesa, comporta la degradazione della persona a mera "res", su cui vengono esercitati poteri corrispondenti al diritto di proprietà (Sez. 5, n. 37315 del 8/3/2019, H., Rv. 277341, in un fattispecie relativa all'introduzione in Italia di donne dall'est Europa poi acquistate come spose e costrette a prestazioni lavorative; cfr. anche Sez. 5, n. 10784 del 11/1/2012, S., Rv. 252017)¹².

Ed ancora, ai fini della configurabilità del requisito dello stato di soggezione della persona offesa, rilevante per l'integrazione del reato, non è necessaria la totale privazione della libertà personale della medesima, ma soltanto una significativa compromissione della sua capacità di autodeterminazione (*ex multis*, Sez. 5, n. 15662 del 17/2/2020, U., Rv. 279156; Sez. 5, n. 49594 del 14/10/2014, Enache, Rv. 261345; Sez. 5, n. 44385 del 24/9/2013, I., Rv. 257564).

I delitti previsti dagli artt. 600, 601 e 602 cod. pen., poi, secondo la Cassazione, hanno un comune denominatore costituito dallo sfruttamento dell'uomo che conferisce a dette fattispecie un'omogeneità sostanziale, non solo nell'aspetto teleologico, ma anche in quello attinente alla tutela del bene giuridico (la libertà e la personalità individuale): così Sez. 1, n. 35992 del 5/3/2019, Omorodion, Rv. 276718.

Nelle molteplici sentenze in tema, permane forte l'eco interpretativa di una delle prime pronunce della giurisprudenza di legittimità sul tema della riduzione in schiavitù – Sez. U, n. 261 del 20/11/1996, dep. 1997, C., Rv. 206512 – in cui si è chiarito come la condizione analoga alla schiavitù di cui agli artt. 600 e 602 cod. pen. non si identifica necessariamente con una situazione di diritto, e cioè normativamente prevista, bensì anche con qualunque situazione di fatto con cui

¹² Ed invece, si è ritenuto che non integri il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù la condotta di chi acquisti da altri un essere umano (nella specie: un neonato) al fine di inserirlo come figlio nel proprio nucleo familiare, non essendo tale condotta funzionale alla protrazione dello stato di asservimento della vittima (Sez. 5, n. 43084 del 24/9/2015, Pmt e altri, Rv. 265229; in motivazione, la Corte ha precisato che il predetto reato si configura, viceversa, nei confronti del venditore, trattandosi di condotta espressiva di un potere corrispondente al diritto di proprietà, che finisce per ridurre l'essere umano a merce di scambio). In tema, cfr. anche Sez. 5, n. 1797 del 14/7/2015, C., Rv. 265884.

la condotta dell'agente abbia per effetto la riduzione della persona offesa nella condizione materiale dello schiavo, e cioè nella sua soggezione esclusiva ad un altrui potere di disposizione, analogo a quello che viene riconosciuto storicamente "al padrone sullo schiavo": una condizione svilente della persona, quale oggetto di possesso altrui e cioè del potere di disporre e di trarne qualsiasi utilità, in quanto le è disconosciuta soggettività e conseguente capacità di libera determinazione nella comunità in cui il fatto si verifica (Sez. 5, n. 1615 del 16/12/1997, dep. 1998, Hrustic, Rv. 209987).

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

ISTITUTI DI PREVENZIONE E PENA – ART. 3 CEDU – ART. 35-*BIS* ORD. PEN. – ART. 35-*TER* ORD. PEN. – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI RELATIVI ALLA CONDIZIONE DELLA CARCERAZIONE – GIURISPRUDENZA COSTANTE DELLA CORTE EDU, CASI “TORREGGIANI C. ITALIA” E “MURSTIC C. CROAZIA” – SPAZIO INDIVIDUALE MINIMO DEL DETENUTO INFERIORE A TRE METRI QUADRATI – SPAZIO INDIVIDUALE DEL DETENUTO COMPRESO TRA TRE E QUATTRO METRI QUADRATI – MODALITÀ DI DETENZIONE CONGIUNTA DI PIÙ SOGGETTI – CONDIZIONI DI VIVIBILITÀ NELLA STRUTTURA PENITENZIARIA OVE SONO ALLOCATI I DETENUTI – EVENTUALI FATTORI COMPENSATIVI IDONEI AD ATTENUARE LE CONSEGUENZE DI CONDIZIONI DETENTIVE INADEGUATE SOTTO IL PROFILO DELLO SPAZIO INDIVIDUALE – VERIFICA CONCRETA SULLA RICORRENZA DI TALI FATTORI – CONTEMPERAMENTO DEI FATTORI, POSITIVI E NEGATIVI, FUNZIONALI A FORMULARE UN GIUDIZIO DI COMPATIBILITÀ DELLE CONDIZIONI DETENTIVE *EX* ART. 3 CEDU – NATURA MULTIFATTORIALE DELL’ACCERTAMENTO SULLE CONDIZIONI DETENTIVE COMPIUTO DAL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

CEDU, art. 3.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNI

Cost., artt. 27, comma terzo, 32; legge 26 luglio 1975, n. 354, artt. 1, 6, 35, 35-*bis*, 35-*ter*.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

SENTENZE DELLA CORTE EDU

Corte EDU, 24/11/2020, Bardali c. Svizzera; Corte EDU, 20/10/2020, Badulescu c. Portogallo; Corte EDU, 16/07/2019, Sulejmanovic c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 12/03/2015, Murstic c. Croazia; Corte EDU, 16/09/2014, Stella c. Italia; Corte EDU, 22/07/2014, Bulatovic c. Montenegro; Corte EDU, 05/06/2014, Tereshchenko; Corte EDU, 12/12/2013, Kanakis c. Grecia; Corte EDU, 08/01/2013, Torreggiani c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 28/02/2008, Scadi c. Italia; Corte EDU, 15/7/2002, Kalachnikov c. Russia; Corte EDU, Grande Camera, 26/10/2000, Kudla c. Polan; Corte EDU, 21/02/1975, Golder c. Regno Unito.

SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Sez. U, n. 6551 del 19/02/2021, Commisso; Sez. 1, n. 30030 dell’11/09/2020, Adinolfi, Rv. 279793-01; Sez. 1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220-01; Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355-01; Sez. 1, n. 5835 del 15/11/2018, dep. 2019, Marsano, Rv. 274874-01; Sez. 5, n. 53731 del 07/06/2018, Mocanu, Rv. 275407-01; Sez. 6, n. 53031 del

09/11/2017, P., Rv. 271577-01; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514-01; Sez. 1, n. 52819 del 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268831-01; Sez. 1, n. 52992 del 09/09/2016, Gallo, Rv. 268655-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2014, Morello, Rv. 269514-01; Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, Berni, Rv. 257924-01.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. U, sent. 19 febbraio 2021 n. 6551, Commisso.

Abstract

Le Sezioni Unite penali sono state chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale insorto sui criteri cui attenersi per determinare lo spazio minimo individuale di cui deve poter usufruire il detenuto anche nelle ipotesi di allocazione con più soggetti all'interno di una stessa cella.

Dopo avere passato in rassegna la giurisprudenza sovranazionale consolidatasi a seguito delle decisioni dei noti casi "Torreggiani c. Italia" (Corte EDU, 08/01/2013, Torreggiani c. Italia) e "Murstic c. Croazia" (Corte EDU, Grande Camera, 12/03/2015, Murstic c. Croazia), il massimo Collegio ha affermato che, fermo lo spazio minimo individuale di tre metri quadrati, per la relativa valutazione si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento dei soggetti ristretti, indispensabile per assicurare un trattamento penitenziario rispettoso dei parametri stabiliti dalla previsione dell'art. 3 CEDU, in linea con la giurisprudenza di questa Corte (Sez. 1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220-01; Sez. 1, n. 5835 del 15/11/2018, dep. 2019, Marsano, Rv. 274874-01; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087-01).

Ne discende che, nella determinazione di tale spazio, allo scopo di garantire al detenuto un trattamento penitenziario rispettoso dei canoni di umanità della pena, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello.

Occorre, al contempo, fare riferimento al complesso dei fattori, positivi e negativi, che connotano l'offerta trattamentale censurata dal detenuto con il rimedio previsto dall'art. 35-ter Ord. pen., tenendo conto della necessità di tutelare, per quanto possibile, una condizione di vivibilità carceraria rispettosa dei parametri affermati dall'art. 3 CEDU.

*Ne deriva ulteriormente che il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti, rilevanti ex art. 3 CEDU, laddove sollecitato con il rimedio giurisdizionale previsto dall'art. 35-ter Ord. pen., costituisce la conseguenza di una **valutazione multifattoriale** dell'offerta trattamentale proposta dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria con riferimento al singolo detenuto reclamante, con la conseguenza che, nel caso di restrizione del condannato in una cella collettiva in cui lo spazio è superiore a tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati, occorre*

tenere conto di tutti i fattori idonei a qualificare le condizioni di detenzione e funzionali a esprimere un giudizio positivo o negativo sul trattamento carcerario patito.

La vicenda processuale

La decisione in esame veniva pronunciata nel procedimento scaturito dal ricorso per cassazione proposto dal Ministro della Giustizia avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di sorveglianza dell'Aquila il 02/04/2019. Con tale ordinanza, in particolare, veniva respinto il reclamo proposto dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria contro il provvedimento pronunciato dal Magistrato di sorveglianza dell'Aquila il 26/09/2018, con cui era stata parzialmente accolta l'istanza presentata nell'interesse del detenuto, relativamente alla detenzione patita presso una serie di Case Circondariali, per un periodo di 4.571 giorni.

Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria si doleva del fatto che l'evoluzione giurisprudenziale interna, relativamente alle modalità di determinazione dello spazio minimo individuale del detenuto, non risultava conforme alla previsione dell'art. 3 della CEDU, nell'interpretazione consolidatasi a seguito delle decisioni dei citati casi "Torreggiani c. Italia" e "Murstic c. Croazia".

Tali doglianze riguardavano due profili differenti.

Il primo profilo censorio era costituito dal criterio di calcolo dello spazio minimo individuale disponibile per il detenuto ristretto all'interno di una cella in cui era allocata una pluralità di detenuti.

Il secondo profilo riguardava la rilevanza, ai fini del computo dello spazio minimo individuale, degli arredi fissi e di quelli non facilmente rimovibili, nel cui contesto assumeva un rilievo centrale la valutazione dello spazio occupato dai "letti a castello".

In questi casi, infatti, si sarebbe trattato di arredi non detraibili nel calcolo dello spazio minimo individuale, che, nel caso di specie, includendo gli arredi, era pari a tre metri quadrati per ciascuno degli occupanti la cella collettiva, in conformità della giurisprudenza della Corte EDU consolidata.

Occorreva, pertanto, includere nello spazio disponibile anche l'area impegnata dai letti e dagli arredi fissi e tenere conto di eventuali criteri compensativi, come indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU con riguardo alle condizioni generali del singolo trattamento penitenziario.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a rispondere al seguente quesito: «Se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie calpestabile della stanza ovvero quella che assicuri il normale

movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi e, in particolare, se, tra questi ultimi, debba essere detratto il solo letto a castello ovvero anche quello singolo».

La decisione delle Sezioni Unite penali

Le Sezioni unite penali, nel rigettare il ricorso della Amministrazione penitenziaria, hanno in primo luogo precisato che, laddove lo spazio individuale di una cella collettiva sia superiore a quattro metri quadrati, l'eventuale sovraffollamento dell'unità allocativa non rileva ai fini del rimedio riparatorio di cui all'art. 35-ter Ord. pen.

Hanno poi evidenziato che la questione di diritto posta dall'ordinanza di rimessione attinge anche quella dei **rapporti tra il sovraffollamento carcerario nelle ipotesi di allocazione congiunta e gli altri fattori**, positivi e negativi, che incidono sulla condizione di detenzione del soggetto ristretto, fattori che possono rilevare sia in senso favorevole sia in senso sfavorevole rispetto alla valutazione della conformità del trattamento penitenziario ai parametri di cui all'art. 3 CEDU.

L'inquadramento di tali rapporti, a sua volta, postula il richiamo di una nozione elementare di spazio individuale minimo del detenuto, che presuppone il riferimento al passaggio della decisione commentata in cui si afferma il seguente principio di diritto: *«Nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello»*.

In questo contesto, le Sezioni unite penali hanno evidenziato che la **nozione di fattori compensativi** concerne gli elementi di carattere positivo che, in qualche modo, possono attenuare il disagio di uno spazio troppo ristretto all'interno della cella collettiva.

In questa cornice, la reiezione dell'impugnazione proposta dal Ministro della Giustizia si è fondata sull'assunto che «il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti è frutto di una **valutazione multifattoriale della complessiva offerta trattamentale** da parte dell'Amministrazione penitenziaria in caso di restrizione in una cella collettiva in cui lo spazio sia uguale o superiore al livello minimo di tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati [...]».

Occorre, pertanto, effettuare una **valutazione complessiva delle condizioni di detenzione** di volta in volta esaminate, tenendo conto di tutti i parametri che connotano il trattamento penitenziario patito dal detenuto reclamante.

Si tratta, allora, di valutare globalmente le condizioni di detenzione del soggetto ristretto, tenendo conto della ricorrenza di eventuali fattori negativi, idonei a escludere la rilevanza di

concomitanti fattori compensativi, che le Sezioni Unite, alla luce dei parametri di cui all'art. 3 CEDU, identificano sintomaticamente «nella mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, nella cattiva aereazione, in una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, nell'assenza di riservatezza nelle toilette, nelle cattive condizioni sanitarie e igieniche [...]».

Ne discende che, nella prospettiva della violazione dell'art. 3 CEDU, non è richiesta la **contestuale presenza di tutti i fattori negativi**, atteso che nell'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen. il detenuto deve porre a fondamento della domanda riparatoria, oltre alla detenzione in celle collettive con uno spazio individuale inidoneo, anche l'eventuale sussistenza di fattori negativi.

Per converso, l'Amministrazione penitenziaria può opporre la sussistenza di fattori compensativi – di natura positiva – idonei a contrastare la domanda presentata dal detenuto, dovendosi ribadire che il magistrato di sorveglianza deve effettuare una valutazione globale delle condizioni di detenzione dell'istante, operando un **bilanciamento complessivo dei fattori, positivi e negativi**, che connotano il trattamento penitenziario concretamente patito.

In altri termini, **la valutazione dei profili dell'offerta trattamentale** sottoposti a censura deve formare oggetto di una specifica motivazione, incentrata sul vaglio delle concrete opportunità di cui abbia usufruito il detenuto, non potendo essere fondata su parametri generali, astratti o potenziali, riconducibili all'istituto penitenziario.

E' stato dunque affermato l'ulteriore, seguente **principio di diritto**: «*I fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono alla valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen.*».

Considerazioni conclusive nella prospettiva dei rapporti tra le Corti.

Con la pronuncia in esame le Sezioni unite penali sono intervenute sul tema del **trattamento penitenziario inumano o degradante**, inquadrato nell'art. 3 CEDU, che, in termini generali, deve essere definito alla luce della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi sulla base delle decisioni dei noti casi "Torreggiani c. Italia" e "Murstic c. Croazia": decisioni sulle quali la pronuncia in esame si è soffermata, nel più ampio contesto ermeneutico dei parametri che consentono di ritenere (o meno) il trattamento penitenziario patito, rispettoso dei canoni di umanità (Corte EDU, 20/10/2020, Badulescu c. Portogallo; Corte EDU, 16/07/2019,

Sulejmanovic c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 28/02/2008, Scadi c. Italia; Corte EDU, 15/7/2002, Kalachnikov c. Russia; Corte EDU, Grande Camera, 26/10/2000, Kudla c. Polan; Corte EDU, 21/02/1975, Golder c. Regno Unito).

I rapporti tra la giurisprudenza nazionale e quella di Strasburgo sull'argomento, invero, costituiscono una rappresentazione esemplare del **sistema stratificato di fonti normative**, che discende dall'inserimento del nostro Paese nella comunità sovranazionale. Questa stratificazione assume un rilievo peculiare nella materia della tutela dei diritti del detenuto, che è la conseguenza dell'**impianto dogmatico flessibile del diritto penitenziario** – collocato in un ambito sistematico ancipite, che lambisce sia le scienze criminali sia il diritto amministrativo –, che lo rende, probabilmente meno lineare sul piano dei principi, ma certamente più adattabile alla soddisfazione delle istanze di garanzia provenienti da aree del continente, geografiche e culturali, anche diverse da quella italiana.

Sotto questo aspetto, tra i molteplici profili di interesse che la sentenza commentata presenta, nell'ottica del riferimento ai parametri giurisprudenziali europei, non può non rilevarsi che la decisione delle Sezioni unite penali rappresenta uno sforzo riuscito di coniugare le istanze di garanzia dei diritti del detenuto provenienti dalla Corte dei diritti umani con la **situazione di grave sovraffollamento** che il sistema penitenziario italiano presenta.

Tali questioni ermeneutiche, nel nostro ordinamento giuridico, sono state eminentemente affrontate in relazione all'applicazione del **rimedio riparatorio previsto dall'art. 35-ter Ord. pen.**, su cui la giurisprudenza di legittimità si è confrontata a partire dalla decisione dell'*affaire* "Torreggiani c. Italia", in alcuni interventi chiarificatori che costituiscono la piattaforma ermeneutica su cui inserisce la pronuncia commentata (Sez. 1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220-01; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514-01; Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, Berni, Rv. 257924-01).

Le Sezioni Unite, dunque, si sono mosse su una base interpretativa già fortemente consapevole dei richiami della Corte europea.

Nelle ipotesi in cui lo spazio individuale della cella sia inferiore alla misura di **3 metri quadri** – misura che la Corte EDU non ritiene *ex se* sufficiente a garantire adeguati livelli di vivibilità carceraria –, si è confermato anche da parte del massimo Consesso nazionale, che ci si trova di fronte a un'elevata presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, superabile solo attraverso l'accertamento di **adeguati fattori compensativi**: questi devono essere valutati attraverso una verifica concreta, di natura multifattoriale, delle condizioni detentive patite dal soggetto ristretto all'interno dell'istituto penitenziario, su cui si devono incentrare le doglianze proposte ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen. Sintomatico, da questo punto di vista, è il passaggio della decisione in

esame, in cui si afferma: «Il Collegio è consapevole che il principio di umanità della pena [...] che impone il divieto di trattamenti degradanti ha un contenuto di carattere relativo, in quanto ogni pena, come tale, ha un'intrinseca componente di inumanità [...]. Tuttavia, la rilettura di un principio che si pone l'obiettivo di quantificare lo spazio minimo vitale per ogni detenuto, al fine di assicurare il pieno rispetto della dignità della persona nell'espiazione della pena, restituisce al principio stesso un carattere di assolutezza che appartiene alla sensibilità di società e ordinamenti giuridici che hanno a cuore il pieno rispetto dei diritti della persona, anche di chi è recluso» (Sez. U, n. 65551 del 21/09/2020, Commisso).

Si è ribadito, in questo modo, che le decisioni sovranazionali intervenute nei citati casi "Torreggiani c. Italia" e "Murstic c. Croazia", nel cui solco si sono mosse le Sezioni Unite penali, rappresentano il punto di riferimento convenzionale indispensabile per inquadrare le ipotesi di trattamenti penitenziari degradanti, atteso che, prima di esse, la Corte EDU non aveva fornito indicazioni univoche per definire le violazioni dell'art. 3 CEDU, con specifico riferimento allo **spazio minimo individuale** di cui i detenuti potevano usufruire durante la loro carcerazione.

A questi parametri ermeneutici, dunque, la giurisprudenza nazionale, ulteriormente ribadita con l'intervento delle Sezioni Unite in esame, si è conformata, elaborando criteri articolati e correlando tali indici alle condizioni complessive di vivibilità della struttura penitenziaria di volta in volta esaminata, allo scopo di verificare la possibilità di applicare **fattori compensativi** che consentono di ritenere il trattamento penitenziario rispettoso della previsione dell'art. 3 CEDU.

Naturalmente, la costituzione di una piattaforma sistematica in materia di tutela dei diritti del detenuto, elaborata **coniugando i parametri** ermeneutici espressi dall'art. 3 CEDU e dall'art. 27, comma terzo, Cost., non esclude la possibilità di **ulteriori interventi chiarificatori** della giurisprudenza nazionale. Questi costituiscono la conseguenza, in qualche modo inevitabile, dell'impianto dogmatico flessibile che sorregge gli istituti di diritto penitenziario che si sono passati in rassegna nei punti precedenti.

Quanto fin qui ricordato inevitabilmente comporta che gli strumenti di tutela del detenuto, predisposti per evitare il pericolo di trattamenti carcerari inumani o degradanti, sono soggetti a un'opera di costante adeguamento ai principi affermati dalla Corte EDU, finalizzati ad assicurare condizioni detentive rispettose dell'art. 3 CEDU, che appaiano orientate a garantire **spazi di tutela carceraria sempre maggiore**, tendenzialmente superiori a quelli attualmente assicurati sul territorio nazionale.

Basti, in proposito, considerare che, a distanza di poco meno di due mesi dall'emissione della sentenza commentata, la Corte EDU ha pronunciato la decisione "**Bardali c. Svizzera**" del 24/11/2020, che, pur respingendo il ricorso, sembra allargare ulteriormente gli spazi di tutela della condizione detentiva del condannato, valorizzando i parametri elaborati dal **Comitato**

dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene trattamenti inumani o degradanti nelle sue raccomandazioni: parametri che fanno riferimento alla misura tendenziale di quattro metri per la definizione dello spazio minimo individuale del detenuto.

Si muove, del resto, in una direzione simile la sentenza, di poco precedente, pronunciata nel caso “**Badulescu c. Portogallo**” (Corte EDU, 20/10/2020), che accoglieva il ricorso proposto dal detenuto sull'assunto che questi fosse stato ristretto all'interno di celle che prevedevano uno spazio minimo individuale inferiore ai tre metri quadri, non altrimenti compensato.

Rispetto a tali condizioni di limitata vivibilità carceraria la **mancaanza di un sistema adeguato di riscaldamento delle celle** costituiva un fattore aggravante, rilevante ex art. 3 CEDU, producendo nel detenuto **uno stato di grave disagio**, capace di determinare una situazione di angoscia, idonea a concretizzare un trattamento inumano.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

ESPULSIONE DI UNO STRANIERO – ART. 35 § 1 DELLA CONVENZIONE – ESAURIMENTO DELLE VIE DI RICORSO INTERNE - GARANZIE PROCEDURALI IN CASO DI ESPULSIONE DI STRANIERI – VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 7 – DANNO NON PATRIMONIALE – RISARCIMENTO – DANNO NON PATRIMONIALE – GIUSTA SODDISFAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Art. 35 § 1 CEDU; Art. 1 del Protocollo n. 7; Art. 41 CEDU.

RIFERIMENTI NAZIONALI SUL REGIME GIURIDICO DEGLI STRANIERI IN ROMANIA

Decreto governativo urgente (OUG) n. 194/2002, art. 85 (La dichiarazione di uno straniero come persona indesiderabile: *1. La dichiarazione [che una persona è] indesiderabile è una misura presa nei confronti di uno straniero che ha svolto, sta svolgendo o [nei cui confronti] esistono forti indizi che intende svolgere attività di natura tale da minare la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico. 2. Il provvedimento di cui al paragrafo 1 è pronunciato dalla Corte d'appello di Bucarest, su richiesta del pubblico ministero ..., che si rivolge alla Corte d'appello su proposta delle istituzioni preposte al mantenimento dell'ordine pubblico e alla tutela della sicurezza nazionale che abbiano tali indicazioni ... 3. I dati e le informazioni su cui si basa la proposta di dichiarare uno straniero indesiderabile per motivi di sicurezza nazionale sono messi a disposizione della [Corte d'appello], alle condizioni previste dalla legislazione che disciplina le attività di sicurezza nazionale e la protezione delle informazioni classificate. 4. La richiesta di cui al paragrafo 2 è esaminata in camera di consiglio, con le parti convocate. La corte d'appello informa lo straniero interessato dei fatti su cui si basa la domanda, nel rispetto delle disposizioni delle leggi che regolano le attività di sicurezza nazionale e la protezione delle informazioni classificate. 5. La corte d'appello emette una sentenza motivata entro dieci giorni dalla data in cui le è stata presentata la domanda di cui al paragrafo 2. La decisione del tribunale è definitiva. Quando il tribunale dichiara uno straniero indesiderabile per motivi di sicurezza nazionale, non indica nella sua sentenza i dati e le informazioni su cui si basa la decisione. 6. La sentenza viene comunicata allo straniero e, quando la corte d'appello dichiara lo straniero persona indesiderabile, all'Ufficio romeno per l'immigrazione, per l'esecuzione. 7. Il diritto di soggiorno dello straniero cessa alla data della pronuncia della sentenza che lo dichiara indesiderabile. 8. L'esecuzione della sentenza con la quale lo straniero è stato dichiarato indesiderabile viene effettuata con l'espulsione dello straniero alla frontiera o al suo paese d'origine, dal personale specializzato dell'Ufficio Romeno per l'Immigrazione. 9. Uno straniero può essere dichiarato indesiderabile per un periodo da cinque a quindici anni ...");* **Art. 86** (Ricorsi contro la sentenza emessa ai sensi dell'articolo 85 § 5: *"1. Contro la sentenza di cui all'articolo 85 § 5 può essere presentato ricorso all'Alta Corte di Cassazione e di Giustizia entro dieci giorni dalla data in cui*

essa è stata comunicata [all'interessato]. L'Alta Corte decide sul ricorso entro cinque giorni dalla data della sua presentazione. 2. Un ricorso ai sensi del comma 1 non ha effetto sospensivo sull'esecuzione della decisione con cui lo straniero è stato dichiarato indesiderabile. In casi debitamente giustificati e per evitare un danno imminente, lo straniero può chiedere al tribunale la sospensione dell'esecuzione della decisione che lo dichiara indesiderabile, in attesa della decisione sul ricorso. Il tribunale deciderà sulla richiesta di sospensione d'emergenza, la decisione emessa in questo caso è esecutiva"); **Art. 92** (Divieto di deportazione: "1. L'allontanamento dello straniero è vietato nei seguenti casi: ... b) lo straniero è il genitore di un minore che ha la cittadinanza romena, se il minore è a suo carico o se c'è un obbligo di pagare gli alimenti, obbligo che lo straniero adempie regolarmente; c) lo straniero è sposato con un cittadino rumeno ...; ... 3 Le disposizioni del primo paragrafo ... non si applicano agli stranieri che rappresentano un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale ..."); **Art. 97** (Detenzione amministrativa di stranieri : "1. Il collocamento in detenzione amministrativa è una misura di restrizione temporanea della libertà di movimento sul territorio romeno, ordinata da un magistrato contro lo straniero che non ha potuto essere allontanato sotto scorta nei termini previsti dalla legge, in una delle seguenti situazioni: ... c) lo straniero è stato dichiarato persona indesiderabile sul territorio rumeno; ... 2. La misura della detenzione amministrativa è ordinata dal procuratore designato a tal fine [all'interno] della Procura presso la Corte d'Appello di Bucarest, per un periodo di 30 giorni, su richiesta dell'Ufficio dell'Immigrazione rumeno, al fine di compiere tutti i passi necessari per l'allontanamento sotto scorta. 3. La misura può anche essere ordinata dal tribunale contemporaneamente alla decisione con cui lo straniero è dichiarato indesiderabile o ne viene ordinata l'espulsione. In questo caso, la detenzione amministrativa è ordinata fino all'allontanamento dal territorio rumeno, per un periodo che non può superare i 18 mesi. ... (9) Gli stranieri contro i quali è stata ordinata la misura della detenzione amministrativa ai sensi del paragrafo 2 possono presentare un reclamo, entro cinque giorni dalla decisione di detenzione amministrativa, alla Corte d'appello ..., che è tenuta a decidere sul reclamo entro tre giorni dal suo ricevimento. La presentazione di una denuncia non ha alcun effetto sospensivo sulla procedura di rimozione)."

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Muhammad e Muhammad c. Romania [GC], n. 80982/12, §§ 49-51, 53, 125-127, 168 E 170, 15 ottobre 2020; Vučković e altri c. Serbia (Obiezione preliminare) [GC], nn. 17153/11 e 29 Altri, §§ 69-77, 25 marzo 2014; Gherghina c. Romania [GC], n. 42219/07, §§ 83-89, 9 luglio 2015; A.M. c. Francia, n. 56324/13, § 38, 12 luglio 2016; Georgia c. Russia (I) (Meriti) [GC], n. 13255/07, § 228, CEDU 2014 (estratti); Sejdicovic e Sulejmanovic c. Italia (dec.), n. 57575/00, 14 marzo 2002.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 4, 9 marzo 2021, ric. n. 36328/13 Hassine c. Romania.

Abstract

Nell'ambito di un procedimento volto alla espulsione di un soggetto straniero dal territorio di uno Stato per motivi di sicurezza nazionale, integra violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 (garanzie procedurali in caso di espulsione degli stranieri) la circostanza che lo straniero interessato non sia stato informato degli elementi di fatto in base ai quali l'autorità nazionale competente ha ritenuto sussistente una minaccia per la sicurezza nazionale, qualora la necessità di tale significativa limitazione dei suoi diritti di informazione non sia stata debitamente considerata e giudicata da un'autorità indipendente a livello nazionale, non rilevando il mero fatto che la decisione sulla espulsione sia stata presa da alte autorità giudiziarie indipendenti, atteso che ciò non può essere in sé in grado di compensare le restrizioni subite dall'interessato nell'esercizio dei suoi diritti procedurali.

Il caso

Il ricorrente è un cittadino tunisino entrato in Romania nel 2007. Nel 2009 ha sposato una cittadina rumena, dalla quale ha avuto un figlio, e ha ottenuto un permesso di soggiorno valido fino al 2015.

Il 6 novembre 2012, l'ufficio del pubblico ministero ha adito la Corte d'appello di Bucarest proponendo un'azione tendente a dichiarare il signor Hassine una persona indesiderabile e a proibirgli di restare in Romania per un periodo di cinque anni, sostenendo che, secondo informazioni classificate di livello segreto messe a sua disposizione dai servizi segreti rumeni, esistevano gravi indicazioni in base alle quali il sig. Hassine stava svolgendo attività suscettibili di mettere in pericolo la sicurezza nazionale.

L'8 novembre 2012 il ricorrente ha inviato alla Corte d'appello una richiesta di rinvio dell'udienza, prevista per il 9 novembre 2012, al fine di poter preparare la sua difesa e assumere un difensore.

Il 9 novembre 2012, alle ore 9, la Corte d'appello ha esaminato il caso e, in assenza del ricorrente, ha respinto la richiesta di rinvio, sottolineando l'urgenza del procedimento; pertanto, alle ore 11:00 dello stesso giorno è stata notificata al ricorrente una nuova citazione allo scopo di consentire la sua partecipazione all'udienza prevista più tardi quel giorno alle ore 13:30.

In tale orario la causa è stata esaminata in assenza del ricorrente e all'esito, con sentenza del 9 novembre 2012, la Corte d'Appello ha dichiarato il Sig. Hassine indesiderabile sul territorio rumeno per un periodo di cinque anni e ha ordinato il suo collocamento in detenzione amministrativa fino all'allontanamento dal territorio.

Il 20 novembre 2012, l'avvocato del ricorrente ha presentato dinanzi la High Court of Cassation and Justice un ricorso avverso la summenzionata sentenza della Corte d'Appello evidenziando, per un verso, che non era in possesso di certificato ORNISS (rilasciato dall'Ufficio del registro nazionale delle informazioni segrete della difesa per consentire l'accesso a documenti classificati segreti) e pertanto non poteva accedere ai documenti del fascicolo e, per altro verso, che nessuna informazione concreta sui presunti fatti era stata comunicata all'interessato durante il procedimento d'appello.

L'avvocato del ricorrente, quindi, ha chiesto l'annullamento della sentenza con rinvio alla Corte d'appello per un nuovo giudizio o, in subordine, il rigetto della domanda dell'accusa per infondatezza nel merito. In particolare, la difesa del ricorrente ha denunciato una violazione delle norme procedurali in relazione alla citazione del ricorrente a comparire all'udienza del 9 novembre 2012, in quanto notificata solo due ore prima dell'udienza stessa, nonché una violazione dei diritti di difesa, non essendo stata fornita alcuna motivazione per il rifiuto della richiesta di rinvio dell'udienza. Inoltre, ha sostenuto la violazione del principio del contraddittorio perché il ricorrente non aveva potuto prendere conoscenza delle accuse a suo carico e non aveva avuto accesso ai dati raccolti né era stato comunicato un solo indizio sui presunti fatti.

Con sentenza del 12 dicembre 2012, la High Court ha respinto il ricorso, affermando che la Corte d'Appello aveva giustamente ritenuto corretta la procedura di convocazione delle parti e che la dichiarazione del signor Hassine come persona indesiderabile per ragioni relative alla sicurezza nazionale era stata emessa dopo la verifica del rispetto delle procedure legali. L'Alta Corte ha proseguito affermando che la Corte d'appello aveva effettivamente esaminato la richiesta dell'accusa e il materiale classificato nel fascicolo, anche se il documento e le informazioni su cui si era basata la sua sentenza non erano stati trasmessi al ricorrente: in proposito ha osservato che questa limitazione del diritto all'informazione era prevista dall'articolo 83 dell'OUG n. 194/2002, così come dall'articolo 31, paragrafo 3, della Costituzione, secondo il quale il diritto di comunicare informazioni non deve pregiudicare la sicurezza nazionale. L'Alta Corte ha inoltre affermato che l'articolo 6 della Convenzione non era stato violato nella misura in cui l'interessato aveva avuto accesso a un tribunale e aveva potuto avvalersi delle garanzie procedurali.

Le risposte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

1) SULLA PRESUNTA VIOLAZIONE DELL'ART. 5 §§ 1(F) E 4 DELLA CONVENZIONE.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, rispondendo alle doglianze proposte dal ricorrente - secondo le quali il suo collocamento in detenzione amministrativa (in vista dell'allontanamento dal paese) costituiva una privazione illegale della libertà - ha preliminarmente richiamato i principi applicabili al mancato esaurimento dei rimedi interni, ricordando che gli Stati non sono responsabili nei confronti di un organismo internazionale finché non hanno avuto la possibilità di

rimediare alla situazione nel loro ordinamento giuridico interno. Ha quindi osservato che nel caso di specie la Corte d'appello aveva ordinato due misure nei confronti del ricorrente: una prima misura che lo dichiarava persona indesiderabile e una seconda misura che decideva il suo collocamento in detenzione amministrativa. Il ricorrente avrebbe potuto contestare entrambe le misure con un unico ricorso e, dunque, aveva a disposizione un rimedio per contestare anche la misura della detenzione amministrativa, ma non l'aveva utilizzato, atteso davanti all'Alta Corte aveva impugnato solo la misura che lo dichiarava persona indesiderabile.

In base a tali considerazioni la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la denuncia ai sensi dell'articolo 5 § 4 della Convenzione e ha respinto la denuncia ai sensi dell'art. 5 § 1 (f) della Convenzione per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, ai sensi dell'art. 35 §§ 1 e 4 della Convenzione.

2) SULLA PRESUNTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 7 DELLA CONVENZIONE.

In via preliminare la Corte ha ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 1 del protocollo n. 7 CEDU, in quanto il ricorrente era legalmente residente sul territorio rumeno quando il procedimento di divieto di soggiorno è stato avviato nei suoi confronti; le garanzie previste dall'art. 1 del protocollo n. 7 citato, infatti si applicano solo agli stranieri "legalmente residenti" sul territorio di uno Stato che ha ratificato tale protocollo.

Nel merito della contestazione la Corte, richiamando i principi enunciati nel caso Muhammad e Muhammad v. Romania [GC] n. 80982/12, §§ 125-157, 15 ottobre 2020, ha innanzitutto affermato che l'art. 1 del Protocollo n. 7 richiede, in linea di principio, che sia riconosciuto agli stranieri, prima di essere espulsi, il diritto di essere informati di tutti gli elementi fattuali rilevanti che hanno portato le autorità competenti a considerarli un pericolo per la sicurezza nazionale, nonché il diritto di accedere a tutti i documenti e gli atti di causa.

Ha proseguito affermando che questi diritti non sono assoluti e possono essere limitati, ma qualsiasi loro limitazione non deve annullare la protezione procedurale offerta dall'art. 1 del protocollo n. 7 CEDU, sicché, anche quando ci sono limitazioni, lo straniero deve avere la possibilità effettiva di presentare le ragioni contro la sua espulsione ed essere protetto dall'arbitrarietà.

In altre parole, la Corte EDU ha ribadito che le limitazioni non devono giungere a compromettere in maniera assoluta i diritti previsti nell'art. 1 del protocollo n. 7 CEDU e devono, perciò, essere debitamente giustificate e bilanciate dalla previsione di garanzie procedurali.

In proposito la Corte ha indicato come elementi che potrebbero compensare sufficientemente le limitazioni dei "diritti procedurali" degli stranieri interessati: – l'adeguatezza delle informazioni

fornite loro sui motivi della loro espulsione e l'accesso al contenuto dei documenti su cui le autorità si sono basate; – la fornitura di informazioni sull'andamento del procedimento e sulle disposizioni adottate a livello nazionale per compensare la limitazione dei loro diritti, nonché la rappresentanza degli stranieri e il coinvolgimento di un'autorità indipendente nel procedimento.

La Corte ha chiarito, tuttavia, che il rispetto dell'articolo 1 del protocollo n. 7 non richiede necessariamente l'attuazione cumulativa di tutti gli elementi sopra elencati e che la valutazione della natura e della portata dei fattori compensativi da introdurre può variare a seconda delle circostanze del caso particolare.

Applicando tali principi al caso di specie la Corte procedeva in primo luogo a verificare se le limitazioni subite dal ricorrente fossero giustificate e se (in concreto, limitazioni all'accesso agli atti di causa e alla pubblicazione delle motivazioni del provvedimento), fossero state controbilanciate e se fossero state accordate tutele procedurali.

Nel caso di specie, i giudici rilevavano una "*significant limitation*" dei diritti del ricorrente giustificata da previsioni legislative, in vigore all'epoca dei fatti, in base alle quali le ragioni di fatto che hanno formato il parere dei giudici non potevano essere menzionati nella sentenza né potevano essere divulgate informazioni a persone che non possedevano un certificato che le autorizzava ad avere accesso ai documenti del fascicolo, in quanto erano classificati come segreti.

Ciò aveva comportato che, sia nella citazione che nella sentenza di primo grado, era stato riportato solamente un elenco delle norme ritenute pertinenti e su cui si fondava l'accusa (vale a dire la pianificazione di atti terroristici ed il sostegno di tali atti con ogni mezzo), senza alcun riferimento a comportamenti concreti imputati al ricorrente.

Inoltre, la Corte EDU ha evidenziato come la Corte d'Appello aveva concesso un tempo molto breve per trattare la causa - ossia poche ore dopo che la richiesta di rinvio era stata respinta - ed aveva quindi proceduto in assenza del ricorrente, con l'effetto di annullare le garanzie procedurali di cui il ricorrente avrebbe potuto godere davanti a tale giudice, non essendo stato adeguatamente informato sullo svolgimento del procedimento ed essendo stato privato della effettiva possibilità di nominare un avvocato dotato delle necessarie autorizzazioni per ottenere la desecretazione.

Neppure davanti all'Alta Corte il ricorrente, che pure è stato rappresentato da un avvocato scelto da lui ma non in possesso di idonea autorizzazione, avrebbe potuto ottenere l'accesso ai documenti del fascicolo, né il suo avvocato avrebbe potuto utilmente chiedere un rinvio del procedimento d'appello al fine di ottenere la certificazione necessaria all'accesso, poiché i termini previsti dal diritto interno per ottenere tale certificato superavano quelli previsti per lo svolgimento di un procedimento per dichiarare uno straniero persona indesiderabile.

Infine, la Corte ha ritenuto di prendere in considerazione, nella valutazione delle garanzie compensative delle restrizioni procedurali subite dal ricorrente, la circostanza che la procedura prevista dalla legge rumena per dichiarare una persona indesiderabile era di natura giudiziaria e che i tribunali competenti in materia erano tribunali superiori nella gerarchia giudiziaria rumena, che godevano dell'indipendenza necessaria ai sensi della giurisprudenza della Corte.

In proposito la Corte ha osservato che l'esame del caso da parte di un'autorità giudiziaria indipendente è una salvaguardia importante per controbilanciare la restrizione dei diritti procedurali del richiedente, ma tale salvaguardia non è di per sé sufficiente a superare la restrizione dei diritti procedurali se la natura e l'intensità del controllo esercitato dalle autorità indipendenti non si riflettono, anche sommariamente, nella motivazione delle loro decisioni.

Nella fattispecie, non c'era nulla nel fascicolo che suggerisse che un controllo fosse stato effettivamente effettuato dai tribunali nazionali sulla credibilità e la realtà delle informazioni presentate dal pubblico ministero.

3) SULLA PRESUNTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

Il ricorrente lamentava anche che la misura presa nei suoi confronti aveva violato il suo diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, garantito dall'articolo 8 della Convenzione.

In proposito la Corte ha ritenuto assorbito il reclamo sul punto, alla luce delle conclusioni raggiunte ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 della Convenzione.

4) APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

A fronte della richiesta del ricorrente di 100.000 euro per il danno non patrimoniale subito, la Corte ha ritenuto che la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 della Convenzione aveva causato al ricorrente un innegabile danno non patrimoniale il quale, contrariamente a quanto sostenuto dal Governo, non poteva essere riparato con la semplice constatazione di una violazione. Ha pertanto riconosciuto al ricorrente 5.000 euro per il danno morale.

Inoltre, tenuto conto dei documenti presentati, la Corte ha ritenuto ragionevole assegnare al ricorrente la somma di 2.300 euro per tutti i costi e le spese sostenuti, più l'importo eventualmente dovuto su tale somma a titolo di imposta.

Le conclusioni della Corte

Alla luce di un esame complessivo delle restrizioni poste ai diritti processuali del ricorrente e degli elementi posti in essere nel caso di specie per compensarle, e tenendo conto del margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati a questo proposito, la Corte ha ritenuto che le limitazioni subite dal ricorrente nel godimento dei suoi diritti ai sensi dell'articolo 1 del protocollo

n. 7 CEDU non fossero state compensate nel procedimento interno in modo tale da preservare la sostanza stessa di tali diritti.

In conclusione la Corte, dichiara ricevibili i reclami ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione e dell'articolo 1 del protocollo n. 7 della Convenzione e irricevibile il ricorso per il resto, ha affermato che vi è stata una violazione dell'articolo 1 del protocollo n. 7 della Convenzione, ritenendo conseguentemente non esaminare il reclamo ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione; Ha altresì condannato lo Stato convenuto al pagamento in favore dell'istante della somma di Euro 5.000 (cinquemila euro), più l'importo eventualmente dovuto su tale somma a titolo di imposta, per i danni morali, ed Euro 2.300 euro, più l'importo eventualmente dovuto dal richiedente su tale somma a titolo di imposta, per costi e spese.

Osservazioni finali

La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che si è esaminata concerne un caso di applicazione dell'art. 1 del Protocollo n. 7 CEDU ad un provvedimento di espulsione di stranieri per motivi di sicurezza nazionale.

La peculiarità della fattispecie consiste nella intervenuta limitazione di determinate garanzie procedurali, pur garantite dalla disposizione citata, in ragione di norme interne che impongono la segretezza dei documenti su cui si fonda l'accusa per motivi di sicurezza nazionale.

La conclusione a cui è pervenuta la Corte, contempera opportunamente le opposte esigenze degli interessati dal procedimento di espulsione e delle autorità nazionali, stabilendo che determinate garanzie procedurali possano essere limitate ove ciò sia debitamente giustificato e sia comunque efficacemente controbilanciato da fattori compensativi.

Così statuendo i giudici di Strasburgo hanno valorizzato le garanzie procedurali previste dalla Convenzione, le quali vengono in rilievo quale strumento di tutela sostanziale di fronte all'arbitrio delle autorità e non solo quali mere "regole di procedura".

Nel nostro ordinamento, l'espulsione amministrativa può essere di due tipi: ministeriale o prefettizia.

In particolare, per quanto qui interessa, la decisione dell'espulsione ministeriale dello straniero è assunta dal Ministro dell'interno per "*motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato*" (art. 13, comma 1, d.lgs. 286/1998 - TUI) o per "*motivi di prevenzione del terrorismo*" (art. 3, comma 1, l. 155/2005), in quest'ultima ipotesi la decisione può essere assunta non solo dal Ministro dell'interno, ma anche dal prefetto, su delega del primo.

Il Testo Unico sull'immigrazione non riconosce allo straniero il diritto di essere informato del procedimento o di essere sentito, sicché la tutela dei diritti si sposta nella fase successiva

all'adozione del provvedimento di espulsione, in sede di contenzioso giurisdizionale. In particolare le garanzie previste a favore dello straniero soggetto a un provvedimento di espulsione si concentrano: nell'obbligo di motivare l'espulsione; nell'obbligo di notificarla all'interessato; nell'indicazione delle modalità e dei termini di impugnazione; nella traduzione del provvedimento di espulsione in una lingua conosciuta allo straniero espulso, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato.

Davanti agli organi giurisdizionali sono in via di principio riconosciute tutte le garanzie procedurali volte ad assicurare il diritto di informazione e di difesa.

In tale prospettiva, ad esempio, la Corte di cassazione ha avuto occasione di affermare che *"lo straniero ha il diritto di essere tempestivamente informato dell'udienza di convalida del decreto di espulsione, ex art. 13, comma 5-bis, della l. n. 286 del 1998, così da potervi partecipare per difendersi, nominando eventualmente un difensore di fiducia. Ne consegue che tale informazione, comprensiva della comunicazione dei provvedimenti di espulsione e di accompagnamento su cui verterà la discussione, deve necessariamente precedere l'udienza e non può essere data nel corso di essa, perché altrimenti verrebbe compromessa qualsiasi concreta possibilità di difesa, mediante produzione di documenti o altri elementi a discarico ove in possesso dell'interessato, così come verrebbe frustrata la facoltà di avvalersi di un difensore di fiducia"* (così Cass., sez. 1, 08/08/2016, n 16625).

Scorrendo la giurisprudenza nazionale non risultano tuttavia precedenti in cui, similmente al caso esaminato dai giudici di Strasburgo, si siano rese necessarie significative restrizioni procedurali, tali cioè da imporre il ricorso a fattori compensativi idonei a controbilanciare le limitazioni dei diritti garantiti dall'art. 1 del Protocollo n. 7 CEDU.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

EQUO PROCESSO – ACCESSO AD UN TRIBUNALE ISTITUITO DALLA LEGGE – **IMPOSSIBILITÀ PER UN MAGISTRATO DI OTTENERE UN CONTROLLO GIURISDIZIONALE NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI DISCIPLINARI** A SUO CARICO – NECESSITÀ DI SALVAGUARDARE L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA E LA FIDUCIA NEL SUO FUNZIONAMENTO – GARANZIA CONVENZIONALE PREVISTA DALL'**ART. 6, PAR.1, CEDU** (CIVILE) – APPLICABILITÀ – CONDIZIONI.

INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI O COMUNICAZIONI – **UTILIZZAZIONE IN ALTRI PROCEDIMENTI** – TUTELA DELLA RISERVATEZZA (**ART. 8 CEDU**) – **UTILIZZO, NELLE INDAGINI DISCIPLINARI**, NON IN CONFORMITÀ ALLA LEGGE, DI REGISTRAZIONI DI CONVERSAZIONI TELEFONICHE INTERCETTATE NELL'AMBITO DI UN'INDAGINE PENALE A CARICO DI UN MAGISTRATO – **DIVIETO – LIMITI**.

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO – DISCIPLINA DELLA MAGISTRATURA – SANZIONI DISCIPLINARI IRROGATE AD UN MAGISTRATO PER **DICHIARAZIONI RILASCIATE AI MEDIA** ANCHE NELLA QUALITÀ DI PRESIDENTE DI UN'ASSOCIAZIONE DI GIUDICI E PUBBLICI MINISTRI - PROCESSO DISCIPLINARE PRIVO DI ADEGUATE GARANZIE PER LE FUNZIONI RIVESTITE – TUTELA DELLA **LIBERTÀ DI ESPRESSIONE (ART. 10 CEDU)** – VIOLAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Cost: artt. 15, 24, 111, secondo comma; CEDU: artt. 6, par.1; 8, par. 2; 10; Cod. proc. pen: art. 270; D. Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109: artt. 16, 18.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte di Cassazione

Sez. U, n. 27292 del 23/12/2009, Rv. 610804; Sez. U, n. 15314 del 24/06/2010, Rv. 613973; Sez. U, n. 3271 del 12/02/2013, Rv. 625434; Sez. U, n. 14552 del 12/06/2017, Rv. 644570; Sez. U, n. 741 del 15/01/2020, Rv. 656792; Sez. U, n. 9390 del 06/04/2021; Sez. U, n. 9391 del 06/04/2021; Sez. U, n. 45189 del 17/11/2004, Esposito.

Corte EDU

Vilho Eskelinen ed altri c. Finlandia [GC], 19 aprile 2007; Baka c. Ungheria [GC], 23 giugno 2016; Olujić c. Croazia, 5 febbraio 2009; Karabeyoğlu c. Turchia, 7 giugno 2016; Versini-Campinchi et Crasnianski c. Francia, 16 giugno 2016; Terrazzoni c. Francia, 29 giugno 2016; *Prager e Oberschlick c. Austria*, 26 aprile 1995.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 2, 9 marzo 2021, RIC. n. 76521/12 Eminağaoğlu c. Turchia.

Abstract

Con un riferimento ad un caso concernente la condanna di un magistrato turco (all'epoca dei fatti presidente di un'associazione di magistrati) ad una sanzione disciplinare deliberata dal Consiglio superiore dei giudici e dei procuratori (l'organo di autogoverno della magistratura previsto dall'ordinamento turco), in considerazione di talune dichiarazioni critiche da lui rilasciate ai media su vicende giudiziarie di particolare risonanza mediatica, la Corte EDU ha affermato: a) che viola la garanzia del diritto di accesso ad un giudice istituito per legge, prevista dall'art. 6, par. 1, CEDU, l'irrogazione di una sanzione da parte della competente autorità disciplinare senza che il relativo provvedimento sia sottoposto al controllo di un organo giurisdizionale; b) viola il diritto alla riservatezza previsto dall'art. 8 CEDU l'utilizzo, secondo modalità non conformi alla legislazione nazionale, in un procedimento disciplinare instaurato a carico di un magistrato, di dati raccolti da intercettazioni telefoniche disposte nell'ambito di un'indagine penale; c) viola il diritto alla libertà di espressione previsto dall'art. 10 CEDU l'irrogazione di una sanzione disciplinare ad un magistrato per dichiarazioni pubbliche rilasciate anche nella qualità di presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri, quando il processo disciplinare non sia assistito da garanzie adeguate ed efficaci in considerazione delle funzioni da lui rivestite.

1. Il caso

La Corte EDU si è pronunciata in relazione ad un ricorso presentato contro la Turchia da un cittadino turco (Ömer Faruk Eminağaoğlu) che all'epoca dei fatti rivestiva le funzioni di giudice e di presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri ("Yarsav").

Nel giugno del 2012, quando svolgeva le funzioni di giudice in un tribunale di primo grado, egli era stato trasferito ad altra sede giudiziaria dalla Seconda Camera del Consiglio Superiore dei giudici e dei procuratori (Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu - "HSYK") - organo di autogoverno turco assimilabile al Consiglio Superiore della Magistratura - per effetto di una sanzione disciplinare irrogatagli a causa di una serie di dichiarazioni critiche da lui rilasciate con riferimento a vicende giudiziarie di particolare rilevanza mediatica.

L'organo di giustizia disciplinare aveva ritenuto che, attraverso le sue dichiarazioni, il ricorrente avesse leso la dignità e l'onore della professione, appannando anche il suo prestigio personale.

Proposta impugnazione avverso tale decisione, la sanzione disciplinare venne confermata dall'Assemblea plenaria del Consiglio Superiore. Trasferito nella nuova sede giudiziaria in conseguenza della definitività della sanzione disciplinare, il predetto organo di autogoverno riesaminò il provvedimento il 15 aprile 2015, a seguito della dell'entrata in vigore della legge n.

6572 del 2 dicembre 2014, sostituendo la predetta sanzione disciplinare con quella dell'ammonimento, ma senza modificare le accuse mosse nei suoi confronti.

Nel rivolgersi alla Corte di Strasburgo, il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU sostenendo che non gli era stato assicurato il diritto di accesso ad un tribunale in quanto non vi era stata alcuna possibilità di attivare un controllo giurisdizionale in merito alla sanzione inflittagli all'esito del procedimento disciplinare; ha inoltre sostenuto che il diritto tutelato dall'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) era stato violato dall'utilizzazione a suo carico di prove costituite da intercettazione telefoniche disposte nell'ambito di un procedimento penale e che il suo diritto alla libertà di espressione, tutelato dall'art. 10 CEDU, era stato violato per effetto del procedimento disciplinare e della conseguente sanzione adottata nei suoi confronti.

2. La ratio decidendi

A) In ordine al primo profilo di doglianza la Corte ha richiamato una sua precedente decisione (resa dalla Grande Camera nel caso *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, 19 aprile 2007, n. 63235/00), secondo cui le controversie tra lo Stato e i suoi dipendenti pubblici ricadono in linea di principio nell'ambito civilistico dell'art. 6 della Convenzione, a meno che non siano soddisfatte due condizioni: a) la legislazione nazionale deve aver espressamente escluso l'accesso ad un tribunale per la categoria del personale in questione; b) l'esclusione deve essere giustificata in base a motivi oggettivi nell'interesse dello Stato.

La Corte ha preliminarmente osservato, in relazione alla prima di tali condizioni, che in base all'ordinamento turco esisteva il diritto a proporre ricorso avverso la sanzione del licenziamento e, quanto alla seconda condizione, che al termine del procedimento disciplinare il ricorrente era stato sanzionato dall'HSYK per le dichiarazioni che aveva rilasciato ai *media*.

Rilevata l'assenza di qualsiasi dimostrazione in merito al fatto che l'esclusione dall'accesso ad un tribunale fosse giustificata da motivi nell'interesse dello Stato, ovvero che la questione oggetto della controversia fosse connessa con l'esercizio dell'autorità governativa, o chiamasse in causa, mettendolo in discussione, lo "speciale legame di fiducia e lealtà" tra il ricorrente e lo Stato quale suo datore di lavoro, la Corte EDU ha posto in rilievo il peculiare *status* di cui godono coloro che svolgono una funzione giudiziaria e l'importanza di un controllo giurisdizionale sui procedimenti disciplinari che riguardano i magistrati, rilevando che il solo "vincolo speciale di fiducia" tra lo Stato e il ricorrente non potesse giustificare l'esclusione dei diritti convenzionali, con la conseguente applicabilità della garanzia prevista dall'art. 6, par. 1, CEDU in relazione alla seconda delle due condizioni individuate nel suo precedente arresto.

Esaminando nel caso di specie la denunciata violazione del diritto di accesso alla giustizia, la Corte ha rilevato, in primo luogo, che l'HSYK non era un organo giudiziario e, in secondo luogo,

che se indubbiamente il ricorrente aveva subito una sanzione disciplinare assai rigorosa, era di converso difficile affermare che il procedimento svoltosi dinanzi alla Seconda Sezione dell'HSYK avesse rispettato i requisiti delle garanzie procedurali richieste dall'art. 6 CEDU: si trattava, infatti, di procedimenti per lo più scritti, che offrivano ben poche garanzie al giudice o al pubblico ministero interessato.

Dalla disamina della pertinente legislazione interna, in particolare, non risultava alcuna specifica norma sulla procedura da seguire, sulle garanzie concesse ai giudici e ai pubblici ministeri davanti all'HSYK, o sul modo in cui le prove dovessero essere ammesse e valutate. Inoltre, l'organo di giustizia disciplinare non aveva tenuto udienze, né aveva convocato o sentito testimoni. Infine, le decisioni emesse da tale organo contenevano solo motivazioni "rudimentali", senza fornire indicazioni delle ragioni che l'avevano indotto a decidere in quel modo.

Le decisioni della Seconda Sezione dell'HSYK, che aveva trattato in sede di prima istanza il procedimento disciplinare, potevano essere impugnate mediante un ricorso presentato alla sua Assemblea Plenaria. Tuttavia, non risultavano prove che attestassero che tale ultimo organo offrisse le garanzie di un controllo giurisdizionale. L'accertata mancanza di garanzie procedurali dinanzi alla Seconda Camera dell'HSYK valeva pertanto anche per l'Assemblea Plenaria, con la conseguenza che alcuna delle predette istanze potesse essere considerata come un "tribunale" ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU.

L'esito dei procedimenti disciplinari non era stato oggetto di un successivo controllo da parte di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione che garantisse le condizioni dell'art. 6 par. 1, cit., né il Governo interessato aveva addotto alcun motivo che potesse giustificare l'esclusione della sanzione disciplinare in questione dall'ambito del controllo giurisdizionale. La sanzione inflitta al ricorrente dalla competente autorità disciplinare non era stata dunque sottoposta al controllo di un altro organo titolare di funzioni giudiziarie ovvero di un tribunale ordinario, con la conseguente compromissione, da parte dello Stato convenuto, della essenza stessa del diritto di accesso ad un giudice istituito per legge.

B) Con riferimento al secondo profilo di doglianza, la Corte ha richiamato un suo precedente giurisprudenziale (*Karabeyoğlu c. Turchia*, n. 30083/10, 7 giugno 2016, §§ 39-48 e 119) in cui aveva riscontrato una violazione dell'art. 8 CEDU osservando che gli elementi acquisiti attraverso intercettazioni telefoniche disposte in un parallelo procedimento penale erano stati utilizzati nell'ambito di un'indagine disciplinare e che tale interferenza non poteva ritenersi "conforme alla legge" ai sensi del secondo comma della citata disposizione convenzionale.

Nel caso ora menzionato i Giudici di Strasburgo avevano concluso nel senso che l'intercettazione delle linee telefoniche del ricorrente costituiva un'ingerenza da parte di un'autorità pubblica ai sensi dell'art. 8, § 2, CEDU.

Nel caso di specie la Corte, dopo aver osservato che non erano stati presentati dati o argomenti idonei a supportare una diversa conclusione, ha rilevato che, mentre il pubblico ministero incaricato dell'indagine penale aveva inviato al ricorrente una nota informativa ove gli comunicava l'archiviazione del procedimento penale e la distruzione del materiale raccolto durante l'espletamento delle operazioni d'intercettazione, una copia del materiale era rimasta nella disponibilità degli ispettori giudiziari che avevano utilizzato quei dati nell'ambito dell'indagine disciplinare a carico del ricorrente (cfr. §§ 32 e 160-161).

Come già affermato nel precedente arresto giurisprudenziale, l'utilizzo di questi dati per le finalità proprie dell'indagine disciplinare, dunque al di fuori dello scopo per il quale sono stati raccolti, non è stato ritenuto conforme alla legislazione nazionale, riscontrandosi sotto tale profilo una violazione della garanzia prevista dall'art. 8 della Convenzione in relazione all'uso, nell'ambito dell'inchiesta disciplinare, di registrazioni di conversazioni telefoniche ottenute nel corso di un'indagine penale.

C) In ordine al terzo profilo di doglianza, esaminato nel dettaglio il contenuto delle dichiarazioni rilasciate in un momento in cui il ricorrente non solo svolgeva le funzioni di Pubblico Ministero presso la Corte di cassazione, ma era anche presidente di un'associazione che difendeva gli interessi della magistratura professionale e il principio dello Stato di diritto, la Corte EDU ha rilevato che il procedimento disciplinare e la conseguente sanzione inflittagli avevano rappresentato un'interferenza con il suo diritto alla libertà di espressione.

Se è vero che tale ingerenza aveva una base giuridica nell'ordinamento turco, vale a dire l'art. 68, comma 2, lett. a), della legge n. 2802, e perseguiva almeno uno degli scopi riconosciuti legittimi dall'art. 10 CEDU, vale a dire quello di preservare l'autorità e l'imparzialità della magistratura, è pur vero, osserva la Corte, che il posto ricoperto dal ricorrente all'epoca dei fatti (quello, cioè, di Pubblico Ministero presso la Corte di cassazione) ed il suo ruolo di presidente di un'associazione di magistrati, costituivano espressione di uno *status* specifico che gli attribuiva un ruolo centrale all'interno delle professioni giudiziarie nell'amministrazione della giustizia, imponendogli di agire come garante delle libertà individuali e dello Stato di diritto, attraverso il suo contributo al corretto funzionamento del sistema giudiziario, e di consolidare, quindi, la fiducia dell'opinione pubblica in tale sistema. Di conseguenza, egli aveva non solo il diritto, ma anche il dovere di esprimere un parere in merito a questioni riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario e, quand'anche tali questioni avessero presentato implicazioni di carattere politico, ciò non era di per sé sufficiente per impedirgli di rilasciare dichiarazioni sulle vicende giudiziarie esaminate.

Nel richiamare, sotto tale profilo, gli strumenti normativi del Consiglio d'Europa che riconoscono che ogni giudice è responsabile della promozione e della protezione dell'indipendenza della magistratura e che giudici e uffici giudiziari dovrebbero essere consultati e coinvolti

nell'elaborazione delle riforme legislative che interessano la loro professione e, più in generale, il funzionamento del sistema giudiziario, la Corte EDU ha sottolineato il fatto che se il ricorrente era tenuto a un dovere di discrezione connaturale alla sua posizione di magistrato, tuttavia proprio il duplice ruolo da lui ricoperto e i suoi doveri includevano anche il diritto di esprimere le proprie opinioni sulle riforme legislative che avrebbero potuto avere un impatto sui tribunali e sull'indipendenza del sistema giudiziario.

La gran parte di tali dichiarazioni attingeva questioni relative al sistema giudiziario e si inseriva all'interno di un più ampio dibattito, richiedendo un livello elevato di protezione della libertà di espressione del ricorrente, mentre alcune di esse investivano questioni di attualità non direttamente rilevanti per il sistema giudiziario (ad es., critiche verso: a) le dichiarazioni del Presidente degli affari religiosi sulle decisioni giudiziarie relative all'istruzione religiosa obbligatoria; b) la riforma costituzionale; c) la nomina dell'ex Segretario del Ministero della Giustizia come Ministro della giustizia durante il periodo elettorale).

Nel sottolineare, a tal proposito, l'importanza della partecipazione al pubblico dibattito, dal quale anche i membri della magistratura non possono essere esclusi, la Corte ha parimenti rimarcato l'importanza del fatto che essi, proprio per la funzione "arbitrale" che svolgono all'interno della società, si astengano dal rendere dichiarazioni di natura tale da comprometterne l'indipendenza e minarne l'immagine di imparzialità (cfr. *Baka c. Ungheria* [GC], 23 giugno 2016, n. 20261/12, § 164; *Olujić c. Croazia*, 5 febbraio 2009, n. 22330/05, § 59).

In talune situazioni può rivelarsi dunque necessario proteggere la fiducia di cui i magistrati devono godere da attacchi denigratori sostanzialmente infondati, soprattutto in considerazione del fatto che i giudici criticati sono soggetti a un dovere di discrezione e riserbo che impedisce loro di rispondere (*Prager e Oberschlick c. Austria*, 26 aprile 1995, n. 15974/90, § 34).

Al contempo si rimarca il fatto che, in considerazione della crescente importanza attribuita alla separazione dei poteri e dell'esigenza di salvaguardare l'indipendenza del sistema giudiziario, qualsiasi interferenza con la libertà di espressione di un giudice richiede un attento esame da parte della Corte, rientrando le questioni concernenti il funzionamento del sistema giudiziario nell'interesse pubblico di una società democratica, il cui dibattito beneficia generalmente di un alto grado di protezione ai sensi dell'art. 10.

Sulla base di tal considerazioni essa ha posto in evidenza: a) che nella decisione emessa dall'HSYK non vi era alcuna distinzione tra le dichiarazioni aventi direttamente ad oggetto il sistema giudiziario e quelle riguardanti altre questioni; b) che avrebbe dovuto essere considerato il fatto che il ricorrente parlava anche in qualità di presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri; c) che il predetto organo di giustizia disciplinare non aveva spiegato le ragioni per le quali le dichiarazioni politiche in questione fossero tali da minare "la dignità e l'onore della

professione" e far perdere al richiedente la sua "dignità e stima personale"; d) che, in effetti, solo una minima parte di tali dichiarazioni non aveva riguardato direttamente il sistema giudiziario e che esse, comunque, non contenevano attacchi gratuiti a politici o ad altri giudici.

Esclusa la presenza di motivi idonei a giustificare la conclusione che il ricorrente, con le sue dichiarazioni, avesse compromesso la dignità e il prestigio della magistratura, la Corte ha rilevato che la sanzione disciplinare inflittagli non era stata esaminata da un tribunale ordinario del sistema giudiziario dello Stato convenuto e che, in considerazione del ruolo di garanzia dell'esistenza stessa dello Stato di diritto affidato ai tribunali in un ordinamento democratico, allorquando i procedimenti disciplinari si svolgono contro un giudice è in gioco la fiducia dell'opinione pubblica nel funzionamento del sistema giudiziario, sicché a qualsiasi giudice e pubblico ministero che si trovi sottoposto ad un procedimento disciplinare devono essere offerte garanzie contro possibili arbitri, ed in particolare la possibilità che la misura in questione sia vagliata da un organo indipendente e imparziale, competente a rivedere tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto, al fine di valutare la liceità del provvedimento e la censura di possibile abuso da parte delle autorità.

Di fronte a tale organo di controllo, inoltre, la decisione in esame ha sottolineato il fatto che la persona interessata deve beneficiare di un procedimento in contraddittorio al fine di presentare le proprie argomentazioni e contrastare quelle dell'autorità titolare del potere disciplinare.

Conclusivamente, la Corte ha osservato che nel caso in esame l'HSYK si era pronunciato senza affrontare le deduzioni del ricorrente in merito all'invocata protezione dell'art. 10 CEDU e, sebbene le affermazioni del Governo circa il dovere di discrezionalità dei membri della magistratura fossero rilevanti, specie in relazione ad alcune delle dichiarazioni da lui rilasciate, tuttavia il processo decisionale seguito nella vicenda in esame era risultato particolarmente viziato e non aveva offerto le garanzie indispensabili per proteggere lo *status* del ricorrente nella sua doppia veste di giudice e di presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri, sicché le restrizioni alla libertà di espressione ai sensi della richiamata norma convenzionale non erano state accompagnate da efficaci e adeguate garanzie contro gli abusi.

3. La decisione

La Corte europea dei diritti dell'uomo, all'unanimità, ha riscontrato la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (diritto all'accesso ad un tribunale) sotto il profilo, già esaminato in un suo precedente giurisprudenziale (*Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*), che la sanzione inflitta al magistrato dalla competente autorità disciplinare dello Stato parte non è stata sottoposta al controllo di un altro organo titolare di funzioni giudiziarie o di un tribunale ordinario.

Parimenti violata è stata ritenuta, inoltre, la garanzia della riservatezza prevista dall'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare) in considerazione del fatto che gli

elementi raccolti attraverso un'intercettazione telefonica disposta nei suoi confronti nell'ambito di un procedimento penale sono stati utilizzati anche nell'ambito del procedimento disciplinare instaurato a suo carico. Al riguardo, in particolare, la Corte ha richiamato un precedente arresto giurisprudenziale (*Karabeyoğlu c. Turchia*, cit.) ove si era affermato che l'uso di tali dati al di fuori dello scopo per il quale sono stati raccolti non era conforme alla legislazione nazionale.

Con riferimento all'art. 10 CEDU (libertà di espressione) la Corte ha infine ritenuto che, in considerazione del fatto che il processo disciplinare svoltosi nel caso in esame è risultato lacunoso e non assistito dalle garanzie indispensabili per lo *status* del ricorrente (che all'epoca rivestiva le funzioni di magistrato e presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri), le restrizioni imposte al suo diritto alla libertà di espressione non sono state accompagnate dalla previsione di garanzie adeguate ed efficaci.

4. Note

L'affermazione dei Giudici di Strasburgo secondo cui la garanzia prevista dall'art. 8 CEDU è violata nell'ipotesi dell'utilizzo, nell'ambito di un procedimento disciplinare instaurato a carico di un magistrato, di dati raccolti da intercettazioni telefoniche disposte nell'ambito di un'indagine penale secondo modalità non conformi alla legislazione nazionale, suggerisce l'opportunità di un raffronto con il quadro dei principi al riguardo stabiliti nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo una linea interpretativa costante della giurisprudenza di legittimità (Sez. U, n. 27292 del 23/12/2009, Rv. 610804), i limiti all'utilizzazione in altro procedimento dei risultati delle intercettazioni telefoniche sono previsti dal codice di rito penale soltanto per i processi penali e non anche per altri processi, in particolare per quello disciplinare a carico di magistrati.

Ne discende che le intercettazioni telefoniche o ambientali, effettuate in un procedimento penale, sono pienamente utilizzabili nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati, purché siano state legittimamente disposte nel rispetto delle norme costituzionali e procedurali, non ostandovi i limiti previsti dall'art. 270 cod. proc. pen., norma quest'ultima riferibile al solo procedimento penale (Sez. U, n. 15314 del 24/06/2010, Rv. 613973).

Non ostante, al riguardo, i limiti previsti da tale disposizione normativa in quanto la stessa è riferibile ai soli procedimenti deputati all'accertamento delle responsabilità penali, nei quali si giustificano limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale (Sez. U, n. 3271 del 12/02/2013, Rv. 625434; Sez. U, n. 14552 del 12/06/2017, Rv. 644570; Sez. U, n. 741 del 15/01/2020, Rv. 656792, secondo cui nel procedimento disciplinare risulta irrilevante l'omessa trascrizione integrale delle intercettazioni suddette, essendo sufficiente anche quella riassuntiva, pur in assenza del consenso dell'incolpato, salva la specifica contestazione di quest'ultimo circa la sussistenza di qualche difformità rispetto ai supporti audio (bobine o cassette).

Muovendo dalla specialità del procedimento disciplinare e dall'ampiezza dei poteri istruttori riconosciuti al P.G. (art. 16, comma 2 e 4, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109) e alla stessa Sezione Disciplinare (la quale, ai sensi dell'art. 18, comma 3, lett. a), può assumere "tutte le prove che ritiene utili"), le Sezioni Unite civili (con la pronuncia n. 12717 del 10 marzo 2009, richiamata anche nella motivazione di Sez. U, n. 15314 del 24/06/2010, cit.) hanno evidenziato come il procedimento disciplinare «.....sia marcatamente orientato all'accertamento dell'effettiva sussistenza dell'addebito disciplinare. Quindi con tale specifica peculiarità - che viene in rilievo in ragione della clausola di compatibilità prevista nel richiamo della disciplina del processo penale - va coniugato il prescritto rispetto delle regole del codice di procedura penale; il quale, quanto al profilo specifico in esame (i.e. utilizzo esterno delle intercettazioni), si focalizza essenzialmente nell'art. 270 c.p.p. Disposizione questa che, al comma 1, prevede che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in "procedimenti" diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Naturalmente deve trattarsi di intercettazioni legittime, tali perché disposte con "atto motivato dell'autorità giudiziaria" e "con le garanzie stabilite dalla legge" (art. 15 Cost., comma 2), ossia eseguite nel rispetto del codice di rito e segnatamente delle prescrizioni di cui all'art. 266 e segg. c.p.p., che assicurano anche il rispetto del citato parametro costituzionale a tutela dell'inviolabilità delle comunicazioni. Diversa è invece l'ipotesi delle intercettazioni illegali per le quali opera il divieto di utilizzazione posto dall'art. 271 c.p.p., comma 1, e delle quali è prescritta dalla stessa disposizione (al comma 3) la distruzione, al pari della distruzione delle intercettazioni illegali prevista dall'art. 240 c.p.p.....».

Anche nell'ambito del processo penale è pacifica l'affermazione secondo cui, nel processo *ad quem*, è consentito verificare la legittimità delle intercettazioni disposte nel processo *a quo*, atteso che «Il procedimento di ammissione dell'intercettazione rimane del tutto estraneo alla disciplina dell'utilizzazione dei suoi risultati in un diverso giudizio. Ma questo non può significare affatto che nel giudizio *ad quem* sia indifferente la legalità del procedimento di autorizzazione ed esecuzione delle intercettazioni. Se la violazione della garanzia di libertà e segretezza delle comunicazioni può rendere inutilizzabile la prova nel giudizio *a quo*, a maggior ragione deve poter rendere inutilizzabile la prova nel giudizio *ad quem*, nel quale ha più ristretti limiti di ammissibilità. E del resto è evidente a quali abusi si presterebbe altrimenti la circolazione di una prova privata della memoria della sua genesi. Si renderebbero possibili proprio quelle autorizzazioni in bianco che si è inteso evitare. Non sembra discutibile perciò che l'illegalità del procedimento di ammissione dell'intercettazione renda inutilizzabile anche in altri giudizi la prova che se ne può desumere, come già affermato dalla Corte costituzionale, sia pure con implicazioni procedurali riferibili solo al codice abrogato (C. cost., 3 giugno 1987, n. 223), e come argomentabile anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, opportunamente citata dal Procuratore generale (C. eur. d.u., 24 aprile 1990 affare Huvig contro

Francia, C. eur. d.u., 24 aprile 1990 affare Kruslin contro Francia).» (cfr., in motivazione, Sez. U, n. 45189 del 17/11/2004, Esposito).

Dal rilievo della facoltà, riconosciuta all'imputato in sede penale, di eccepire nel processo *ad quem* la mancanza o l'illegalità dell'autorizzazione per opporsi all'utilizzabilità degli esiti di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in un procedimento diverso da quello nel quale esse furono disposte, muovono altresì le Sezioni Unite civili (v. Sez. U, n. 9390 del 06/04/2021 e Sez. U, n. 9391 del 06/04/2021, che si sono pronunciate su due distinti, ma paralleli, provvedimenti cautelari del C.S.M., entrambi relativi alla sospensione dell'incolpato dallo stipendio e dalle funzioni, richiamando nella motivazione Sez. U, n. 15314 del 24/06/2010, cit.) per ritenere che analoga facoltà competa all'incolpato in sede disciplinare, in ragione dei richiami al codice di procedura penale contenuti negli artt. 16 e 18 d.lgs. n. 109 del 2006.

La clausola di compatibilità contenuta in tali disposizioni, infatti, se impedisce, da un lato, che nei rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale operi il divieto (posto dall'art. 270 cit.) di utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate, non impedisce, dall'altro lato, che anche nel procedimento disciplinare debbano ritenersi inutilizzabili intercettazioni non legalmente disposte ed effettuate nel giudizio *a quo*.

Nel richiamare la disciplina del codice di procedura penale, dunque, il d.lgs. n. 109 del 2006, riconosce, come di recente affermato nelle, su menzionate, decisioni delle Sezioni Unite civili (Sez. U, n. 9390 del 06/04/2021 e Sez. U, n. 9391 del 06/04/2021), "la facoltà dell'incolpato di contestare in sede disciplinare tanto la ritualità degli atti con cui sono state disposte in sede penale le intercettazioni poste a fondamento dell'incolpazione, quanto la conformità delle trascrizioni al contenuto delle tracce sonore".

Con riferimento all'ambito di operatività e al rispetto delle garanzie stabilite nella materia in esame dall'art. 8 CEDU si sono espressamente pronunciate le decisioni dianzi richiamate (Sez. U, n. 9390 del 06/04/2021 e Sez. U, n. 9391 del 06/04/2021), confrontandosi ampiamente con gli argomenti al riguardo sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, là dove si sottolinea, in particolare, la decisiva rilevanza che assume, nella prospettiva della effettività della garanzia convenzionale, la possibilità di esercitare, nel giudizio *ad quem*, un controllo efficace sulle intercettazioni disposte nel giudizio *a quo* (cfr. Corte EDU, *Versini-Campinchi et Crasnianski c. Francia*, del 16 giugno 2016, §§ 62, 71 e *Terrazzoni c. Francia*, del 29 giugno 2016, §§ 59, 60, entrambe riferite all'utilizzo in sede disciplinare - rispettivamente, in un procedimento disciplinare nei confronti di due avvocati e in un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato - di intercettazioni acquisite nell'ambito di procedimenti penali nei confronti di terzi).

In tali decisioni, infatti, la Corte EDU ha richiamato i suoi precedenti ed ha escluso che i ricorrenti avessero patito una violazione del diritto fondamentale di cui all'art. 8 CEDU proprio in quanto, nel contesto del procedimento disciplinare, avevano potuto difendersi in maniera adeguata, non solo illustrando le loro ragioni, ma eccependo anche l'illegalità della trascrizione dell'intercettazione controversa, sino a chiederne l'esclusione dagli atti del procedimento disciplinare.

Analogo confronto le Sezioni Unite hanno svolto in relazione al quadro argomentativo delineato dalla Corte EDU nella su menzionata decisione *Karabeyoglu c. Turchia* del 7 giugno 2016, ove è stata ravvisata una violazione dell'art. 8 nell'utilizzo, nell'ambito di un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato turco, delle informazioni ottenute attraverso le intercettazioni telefoniche acquisite nel corso di un procedimento penale già archiviato.

Al riguardo le Sezioni Unite hanno osservato che in tale pronuncia la violazione del diritto convenzionale è stata collegata al rilievo che l'utilizzo delle intercettazioni nei confronti del giudice doveva ritenersi contrario al diritto interno turco.

La Corte EDU, infatti, dopo aver premesso che la situazione in cui si era ritrovato il magistrato ricorrente «*était contraire à la législation nationale sous plusieurs angles*» (§ 113), ha elencato specificamente le pertinenti disposizioni nazionali, rilevando: *a)* che l'uso delle intercettazioni nei procedimenti disciplinari non è menzionato né nella Costituzione né nel codice di procedura penale (§ 114); *b)* che l'uso delle intercettazioni è consentito solo in relazione a procedimenti come quelli di cui all'articolo 135 del codice di procedura penale di quell'ordinamento (§ 115); *c)* che, al termine dell'indagine, i dati acquisiti tramite intercettazioni devono essere distrutti (§ 116). All'esito di tale rassegna la Corte EDU ha evidenziato come nel procedimento disciplinare instaurato contro il ricorrente nessuna delle suddette disposizioni fosse stata rispettata dalle autorità nazionali e, su tale presupposto, ha concluso che l'ingerenza nella sua vita privata risultava priva di base legale (§ 119).

Analoghe argomentazioni sono da ultimo rinvenibili, come puntualizzato dalle Sezioni Unite, nella recente sentenza *Eminagaoglu c. Turchia* del 9 marzo 2021, che si richiama espressamente alla sentenza *Karabeyoglu c. Turchia*, ponendosi in totale continuità con il principio ivi affermato.

Anche nel caso del magistrato *Eminagaoglu*, infatti, l'uso del materiale ottenuto dall'intercettazione delle comunicazioni telefoniche in un procedimento penale è stato giudicato non "conforme alla legge", ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, sul rilievo che in sede disciplinare fosse stato utilizzato del materiale che già avrebbe dovuto essere distrutto (cfr. § 161).

Anche nella sentenza in esame, quindi, il fondamento della violazione del diritto convenzionale risiede – come affermano le Sezioni Unite con le richiamate decisioni – nella difformità dell'uso

delle intercettazioni rispetto alle disposizioni di diritto interno, sicché nessuna linea di discontinuità può ravvisarsi nella giurisprudenza CEDU tra le sentenze *Karabeyoglu* ed *Eminagaoglu* e le sentenze *Versini-Campinchi et Crasnianski c. Francia* e *Terrazzoni c. Francia*.

Alla luce della giurisprudenza convenzionale, concludono le Sezioni Unite (par. 38), appare quindi da escludere che nel nostro ordinamento l'utilizzo, nel procedimento disciplinare dei magistrati, delle intercettazioni telefoniche disposte in sede penale - che trova la sua base legale nel disposto degli artt. 16 e 18 d.lgs. n. 109 del 2006, là dove attribuiscono, rispettivamente, al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione il potere di acquisire gli atti dei procedimenti penali «anche coperti da segreto investigativo» ed alla Sezione disciplinare il potere di disporre «la lettura delle prove acquisite nel corso delle indagini», nonché «l'esibizione di documenti da parte del pubblico ministero dell'incolpato e del delegato del Ministro della giustizia» - si ponga in contrasto con la garanzia prevista dall'art. 8 CEDU.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

FAMIGLIA – VITA FAMILIARE – CONVIVENZA *MORE UXORIO* – TUTELA – QUESTIONE CONTROVERSA: ESTENSIONE DELL'OPERATIVITÀ DELLA DISCIPLINA DI CUI ALL'ART. 384, COMMA 1, COD. PEN. AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.

RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI

Artt. 8 e 12 Conv. EDU

artt. 9 e 33, § 1, CDFUE

art. 23, comma 2, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici

art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNI

Artt. 2 e 29 Cost.

art. 384 cod. pen.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (Corte EDU)

Corte EDU, 13/06/1979, Marckx c. Belgio; Corte EDU, 18/12/1986, Johnston c. Irlanda, § 55; Corte EDU, 26/05/1994, Keegan c. Irlanda; Corte EDU, 13/12/2007, Emonet ed altri c. Svizzera; Corte EDU, 05/01/2010, Jaremowicz c. Polonia; Corte EDU, 27/04/2010, Moretti e Benedetti c. Italia; Corte EDU, 24/06/2010, Schalk and Kopf c. Austria; Corte EDU, 03/04/2012, Van der Heijdel c. Paesi Bassi; Corte EDU, 21/07/2015, Oliari ed altri c. Italia.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. U, n. 10381 del 26 novembre 2020, dep. 17 marzo 2021, Fialova.

Abstract

Chiamate a decidere "se l'ipotesi di cui all'art. 384, primo comma, cod. pen., sia applicabile al convivente more uxorio", le Sezioni Unite hanno passato in rassegna le disposizioni della Convenzione EDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – CDFUE che contengono garanzie riguardanti la famiglia, la vita familiare ed il diritto di sposarsi, concludendo che gli artt. 8 e 12 Conv. EDU, come interpretati dalla Corte EDU, non divergono dal modello normativo disegnato dagli artt. 2 e 29 Cost., mentre gli artt. 9 e 33, § 1, CDFUE sembrano tutelare più ampiamente la molteplicità e varietà delle relazioni di tipo familiare.

Il caso

Le Sezioni Unite penali della Corte di cassazione sono state chiamate a risolvere il contrasto esistente in ordine alla possibilità di applicare al convivente *more uxorio* l'istituto di cui all'art. 384, comma primo, cod. pen. (a norma del quale, "Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-*bis*, 371-*ter*, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore"), e, con la sentenza segnalata, hanno affermato il seguente principio di diritto:

«l'art. 384, comma 1, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

In motivazione (f. 25), hanno specificamente chiarito che l'istituto non ha natura di causa di non punibilità in senso stretto (come tale, eccezionale e quindi insuscettibile di analogia *in bonam partem*) bensì di "scusante a struttura soggettiva, che investe direttamente la colpevolezza", e ciò rende, rispetto ad esso, operante l'analogia *in bonam partem*.

I diritti garantiti dalle fonti sovranazionali

Ai fini della decisione in ordine alla questione controversa, si è reso necessario verificare le garanzie eventualmente previste per le unioni di fatto dalla Convenzione EDU (riepilogando gli orientamenti della Corte EDU sul punto) e dalla CDFUE, ciò in quanto *"le decisioni della Corte di cassazione favorevoli ad un allargamento della portata applicativa dell'art. 384 cod. pen. alle coppie di fatto richiamano spesso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che invece dalle sentenze ascrivibili nell'orientamento contrario, tra cui la stessa ordinanza di rimessione, viene svalutata o, meglio, ritenuta scarsamente significativa"*.

Le garanzie previste dalla Convenzione EDU

Le Sezioni Unite hanno ricordato che anche la Corte EDU, come la Corte costituzionale, *"riconosce la discrezionalità del legislatore nel prevedere diverse soglie di tutela dei vincoli discendenti dal matrimonio e dalla convivenza di fatto in relazione alla necessità di proteggere i contro-interessi in gioco"*, poiché:

- da un lato *"riconde nella sfera applicativa dell'art. 8 Conv. EDU, nella parte in cui protegge la "vita familiare", la tutela dei vincoli affettivi discendenti dalla convivenza di fatto"*;
- dall'altro lato, tuttavia, *"considera legittima la limitazione di tale diritto in ragione dell'esigenza di tutelare gli interessi connessi all'amministrazione della giustizia penale, riconoscendo altresì"*

la possibilità di bilanciamenti differenziati per le coppie sposate e le convivenze di mero fatto, secondo la discrezionale valutazione del legislatore” (cfr. Corte EDU, 03/04/2012, Van der Heijdel c. Paesi Bassi).

La Corte EDU è ormai ferma nel ricomprendere nel concetto di “vita familiare”, costituente oggetto della garanzia di cui all’art. 8, § 1, Conv. EDU, anche la vita dei conviventi di fatto; la nozione di “vita familiare” include, infatti, secondo la giurisprudenza convenzionale (cfr. Corte EDU, 13/06/1979, Marckx c. Belgio; Corte EDU, 26/05/1994, Keegan c. Irlanda; Corte EDU, 05/01/2010, Jaremowicz c. Polonia; Corte EDU, 27/04/2010, Moretti e Benedetti c. Italia; Corte EDU, 24/06/2010, Schalk and Kopf c. Austria; Corte EDU, 21/07/2015, Oliari ed altri c. Italia):

- sia le relazioni giuridicamente istituzionalizzate (famiglia legittima);
- sia le relazioni fondate sul dato biologico (famiglia naturale);
- sia, infine, quelle che costituiscono “famiglia” in senso sociale, alla condizione che sussista l'effettività di stretti e comprovati legami affettivi.

Si addivene, nel complesso, ad una nozione di “vita familiare” ricomprensiva sia la famiglia fondata sul matrimonio, sia quella basata sulla relazione di fatto tra conviventi, riconoscendo all’art. 8 una portata applicativa più ampia rispetto all’art. 12 Conv. EDU, la cui garanzia è riferibile alla sola famiglia fondata sul matrimonio (Corte EDU, 26/05/1994, Keegan c. Irlanda; Corte EDU, 18/12/1986, Johnston c. Irlanda, § 55; Corte EDU, 13/06/1979, Marckx c. Belgio; v., inoltre, Corte EDU, 13/12/2007, Emonet ed altri c. Svizzera).

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, evidenziato che gli artt. 8 e 12 Conv. EDU, come interpretati dalla giurisprudenza convenzionale, non divergono – per quanto potrebbe assumere rilievo ai fini della risoluzione della questione controversa – dal modello normativo disegnato dagli artt. 2 e 29 Cost., poiché *«sia nel sistema convenzionale che in quello interno sono riconosciuti, e costituiscono oggetto di tutela, i diritti dei singoli che nascono, si esprimono e si sviluppano all'interno di un nucleo familiare, fatta salva la possibilità di un trattamento non omogeneo correlato alla diversità dei modelli di relazioni familiari, alla luce di un giusto bilanciamento operato, a livello nazionale, fra le legittime istanze di tutela di interessi generali (ad es., sicurezza nazionale, protezione della salute o della morale, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, ecc.) e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali della persona».*

Sia nel sistema interno che in quello convenzionale, *«le diverse tipologie di unioni familiari rappresentano fenomeni distinti l'uno dall'altro, il cui pacifico riconoscimento, fondato sulla non esclusività della specifica tutela garantita alla famiglia fondata sul matrimonio e, al contempo, sulla consapevolezza della pari dignità delle scelte legate all'avvio di una convivenza senza matrimonio, non determina l'effetto di una generale equiparazione fra modelli che restano*

comunque diversi e, come tali, non possono essere appiattiti l'uno sull'altro, né fra loro integralmente assimilati».

Le garanzie previste dalla CDFUE

Le Sezioni Unite hanno, al contrario, registrato che la CDFUE tutela più ampiamente la molteplicità e varietà delle relazioni di tipo familiare: l'art. 9 CDFUE, pur ispirandosi all'art. 12 Conv. EDU, all'art. 23, comma 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici ed all'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che enunciano in forma unitaria il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, *«presenta una formulazione letterale più ampia, poiché, nel rinviare alle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano l'esercizio, riconosce e garantisce separatamente i due diritti, isolando il diritto di fondare una famiglia dal vincolo matrimoniale stricto sensu inteso e in tal modo creando le condizioni per estenderne la tutela anche in favore di altre forme di relazione familiare»*; il dictum dell'art. 9 è, inoltre, rafforzato dall'art. 33, § 1, CDFUE, che garantisce "la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale".

In tal modo, secondo le Sezioni Unite, il "diritto di sposarsi" *«viene riconosciuto, tra le libertà fondamentali tutelate dal capo secondo, in modo disgiunto rispetto al "diritto di fondare una famiglia", così realizzando una significativa apertura nei confronti delle famiglie di fatto, in quanto la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la scelta, del tutto legittima, di convivere senza matrimonio viene riconosciuta e tutelata anche al di fuori della presenza di vincoli formali nei rapporti familiari. Al tradizionale favor per il matrimonio, (...), si sostituisce in tal modo la pari dignità di ogni forma di convivenza alla quale una legislazione nazionale decida di dare la sua regolamentazione»*.

[Indice](#)

Sentenze della Corte EDU del 18 marzo 2021, caso Petrella c. Italia e caso Gilligan c. Irlanda

Vengono contestualmente presentate le due sentenze, pronunciate in pari data, in quanto entrambe vertenti sul tema della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 CEDU, con soluzioni differenziate in base ai casi concreti.

La sentenza sul caso Petrella afferma la violazione del principio in questione rivendicata dalla persona offesa pregiudicata, dalla ingiustificata durata delle indagini preliminari, nel diritto alla costituzione di parte civile.

Nel caso Gilligan, invece, il tema della ragionevole durata del processo è affrontato in riferimento ad un comportamento processuale del ricorrente, vicino ad essere qualificato come abuso del processo, e quindi tale da far escludere la violazione del principio.

CLASSIFICAZIONE

DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO – ECCESSIVA DURATA DELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI – INERZIA COLPEVOLE DELLE AUTORITÀ INQUIRENTI – DECLARATORIA DI PRESCRIZIONE DEL REATO - OSTACOLO ALLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – SUSSISTENZA.

ACCESSO AD UN TRIBUNALE – DIRITTO DELLA PERSONA OFFESA A FAR VALERE PRETESE RISARCITORIE NEL PROCESSO PENALE – RICONOSCIMENTO DA PARTE DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE – LIMITAZIONI DERIVANTI DALLO SVILUPPO IRRAGIONEVOLE DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE – SUSSISTENZA – ESISTENZA DEL POTERE DI ATTIVARE L'AZIONE IN SEDE CIVILE DOPO LA DECLARATORIA DI PRESCRIZIONE – IRRILEVANZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 § 1 CEDU – SUSSISTENZA.

DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO – LEGGE NAZIONALE N. 89 DEL 2001 (C.D. LEGGE PINTO) – INAPPLICABILITÀ ALLA PERSONA OFFESA CHE NON SI È POTUTA COSTITUIRE PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 13 CEDU – SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU)

Cocchiarella c. Italia (GC), n. 64886/01, CEDH 2006-V; Arnoldi c. Italia, n. 35637/04, 7 dicembre 2017;

Sottani c. Italia, n. 26775/02, CEDH 2005-III; Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia, n. 10180/04, 20 aprile 2006; Sürmeli c. Germania (GC), n. 75529/01, CEDH 2006 VII; Jevremović c. Serbia, n. 3150/05, 17 luglio 2007; Lukenda c. Slovenia, n. 23032/02, CEDH 2005 X; Prince Hans Adam II de Liechtenstein c. Germania (GC), n. 42527/98, CEDH 2001-VIII; Cudak c. Lituania, (GC), n. 15869/02, 23 marzo 2010; Waite e Kennedy c. Germania, (GC), n. 26083/94,

CEDH 1999-I; Zubac c. Croazia, (GC), n. 40160/12, 5 aprile 2018; Forum Maritime S.A. c. Romania, n. 63610/00 e n. 38692/5, 4 ottobre 2007; Assenov ed altri c. Bulgaria, n. 24760/94, 1998-VIII ; Ernst ed altri c. Belgio, n. 33400/96, 15 luglio 2003 ; Moldovan ed altri c. Roumania, n. 41138/98 e n. 64320/01, 12 luglio 2005 ; Lacerda Gouveia ed altri c. Portogallo, n. 11868/07, 1 marzo 2011; Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumania, (GC), n. 41720/13, 25 giugno 2019; Anagnostopoulos c. Grecia, n. 54589/00, 3 aprile 2003; Gousis c. Grecia, n. 8863/03, 29 marzo 2007; Dinchev c. Bulgaria, n. 23057/03, 22 gennaio 2009; Boris Stojanovski c. l'ex-Répubblica iugoslava della Macedonia, n. 41916/04, 6 maggio 2010; Rokas c. Grecia, n. 55081/09, 22 settembre 2015 ; Korkolis c. Grecia, n. 63300/09, 15 gennaio 2015; Dimitras c. Grecia, n. 11946/11, 19 aprile 2018 ; Dragomir c. Croazia, n. 43045/08, 14 giugno 2016 ; De Souza Ribeiro c. Francia. (GC), n. 22689/07, 13 dicembre 2012; Xenos c. Grecia, n. 45225/09, 13 luglio 2017.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 18 marzo 2021, ric. n. 24340/07 Petrella c. Italia.

Abstract

La tutela basata sul principio di ragionevole durata del processo è applicabile anche alla persona offesa non costituita parte civile, alla luce della possibilità per la vittima del reato, secondo il diritto italiano, anche prima dell'udienza preliminare, di esercitare i diritti e le facoltà espressamente riconosciute dalla legge, e l'ordinamento interno deve predisporre mezzi effettivi di ricorso in caso di violazione di tale principio.

Il periodo da considerare sotto la visuale di un "ragionevole ritardo" decorre, per la persona, dal momento in cui abbia esercitato uno dei diritti o delle facoltà espressamente riconosciute dalla legge; esso va apprezzato alla stregua di indici quali la complessità della vicenda, il comportamento degli organi inquirenti, delle autorità competenti e la posta in gioco per la parte interessata. Sicché la carenza di svolgimento di attività, nel corso della fase delle indagini preliminari relative a vicenda priva di particolari profili di complessità, integra il concetto di "irragionevole durata" e la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione.

Il diritto di tutte le persone a che un tribunale prenda cognizione delle contestazioni relative ai loro diritti ed obbligazioni di carattere civile può essere assoggettato a limitazioni scaturenti dalla disciplina statale interna, che devono risultare legittime e proporzionali, oltre che compatibili con la Convenzione EDU, tale non essendo il mancato esercizio dell'azione penale ed il mancato esame delle pretese civilistiche dovuti a ritardi eccessivi attribuibili alla sola autorità giudiziaria che abbia causato la prescrizione del reato.

Nel caso in cui la persona offesa abbia fatto uso corretto e non dilatorio – condotta, quest’ultima, rientrando nel concetto di abuso del processo – dei diritti e delle facoltà riconosciutegli dal diritto interno, e solo in ragione del ritardo nella conduzione delle indagini preliminari non abbia potuto far valere il suo diritto al risarcimento dei danni attraverso la costituzione di parte civile nel processo penale, sussiste anche la violazione del diritto ad accedere ad un tribunale, non potendosi ritenere esigibile, da parte del ricorrente, l’introduzione di un giudizio civile agli stessi fini, dopo aver constatato la prescrizione dell’azione penale per fatti addebitabili ad organi della giurisdizione penale, posto che il trascorrere del tempo rende difficilmente realizzabile la pretesa anche in sede civile.

La carenza, nell’ordinamento interno, di una modalità effettiva di ricorso che consenta alla persona offesa, non costituita parte civile, di far valere la durata eccessiva del procedimento, come previsto dalla legge Pinto, integra la violazione dell’art. 13 CEDU, che garantisce l’esistenza nel diritto interno di un rimedio che permetta il riconoscimento dei diritti e delle libertà consacrate dalla Convenzione stessa.

Il caso Petrella contro Italia

Il caso posto all’attenzione della Corte EDU nasce dal ricorso dell’avvocato Petrella - all’epoca dei fatti presidente della squadra di calcio denominata “Casertana” - il quale, il 28 luglio 2001, aveva sporto denuncia-querela per diffamazione a mezzo stampa in relazione a vari articoli apparsi, in data 22, 23, 24, 25 luglio 2001 sul quotidiano “Il Corriere di Caserta”, aventi ad oggetto “un buco miliardario, cagionato ai danni dell’amministrazione regionale e sanitaria in seguito ai pignoramenti, emessi dal pretore, a sua volta numero due della squadra di calcio, in favore del Petrella e dei suoi amici avvocati”.

Nella querela il Petrella precisava la sua volontà di costituirsi parte civile nell’instaurando processo penale, al fine di ottenere il risarcimento dei danni, nella misura di dieci miliardi di lire (pari a circa cinque miliardi di euro), chiedendo, inoltre, di essere avvisato in caso di archiviazione.

In data 10 settembre 2001 il procedimento veniva trasmesso alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Salerno, competente *ratione loci*, che, in data 9 novembre 2006, ne chiedeva l’archiviazione essendo maturato il termine di prescrizione del reato denunciato; in data 17 gennaio 2007 il Giudice per le indagini preliminari accoglieva la richiesta di archiviazione.

Le osservazioni e le conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

I giudici di Strasburgo – dopo aver ricostruito il quadro normativo interno, illustrando le norme del codice di rito in tema di archiviazione e di avocazione delle indagini preliminari – hanno ricordato come la Corte costituzionale, con sentenza n. 249 del 2020, abbia dichiarato non

fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-bis, l. 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 cod. proc. civ., inserito dall'art. 55, comma 1, lettera a), n. 2, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della CEDU. In particolare, la Consulta ha affermato che i diritti e le facoltà riconosciuti dal codice di procedura penale alla persona offesa nel corso delle indagini preliminari, ivi inclusi quelli collegati all'interlocuzione sulla proroga delle indagini o sulla richiesta di archiviazione, risultano estranei, di norma, all'ambito del «diritto di carattere civile in causa» di cui all'art. 6 della Convenzione.

La Corte EDU ha, altresì, citato la decisione del CSM datata 12 settembre 2007, in tema di avocazione delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte di Appello, con cui l'organo di autogoverno aveva rappresentato l'impossibilità per le Procure generali di esercitare il potere di avocazione in tutti i casi previsti dall'art. 412 cod. proc. pen., richiamando una precedente delibera del 1997, con la quale aveva indicato la possibilità di limitare l'esercizio del potere di avocazione ai soli casi in cui, scaduti i termini per le indagini preliminari, non era possibile richiedere l'archiviazione né esercitare l'azione penale per la necessità di svolgere ulteriori indagini.

In riferimento alla denunciata violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, derivante dall'inattività della Procura della Repubblica, la Corte EDU ha ricordato come la propria giurisprudenza non riconosca, in sé, il diritto di perseguire o di ottenere una condanna in sede penale, ma solo a seguito dell'esercizio concreto, da parte delle vittime, del diritto di intentare un'azione di natura civile, secondo quanto previsto dal diritto interno:

La Corte di Strasburgo ha anche ricordato di aver già ritenuto applicabile l'art. 6 § 1 della Convenzione alla parte lesa non costituita parte civile, in quanto, secondo il diritto italiano, anche prima dell'udienza preliminare – sede processuale per la presentazione della costituzione di parte civile – la vittima del reato può esercitare i diritti e le facoltà espressamente riconosciuti dalla legge, come verificatosi nel caso in esame, alla luce del contenuto delle querela del ricorrente.

Quanto all'eccezione del Governo italiano – secondo cui la parte non aveva esercitato tutti i rimedi previsti dalla normativa, sollecitando i poteri di cui agli artt. 412 e 413 cod. proc. pen. – la Corte EDU ha constatato come, secondo l'art. 13 della Convenzione, il diritto interno deve offrire dei mezzi di ricorso effettivi in relazione alla violazione lamentata, dotati di un grado sufficiente di certezza, sia in teoria che in pratica. Tale prova deve essere fornita dal Governo, tenuto a dimostrare che la base del rimedio sia chiara per il diritto interno, anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale, che ne abbia individuato la portata ed il campo di

applicazione in maniera evidente ed in epoca antecedente alla data di formulazione della richiesta.

Nel caso del rimedio previsto dall'art. 413 cod. proc. pen., i giudici di Strasburgo hanno ricordato come, più volte, sia stato affermato che un ricorso gerarchico non possa essere considerato un ricorso effettivo, dato che, in linea di principio, esso non conferisce al richiedente un diritto personale di ottenere dallo Stato l'esercizio dei suoi poteri di sorveglianza, non essendo, peraltro, prevista la partecipazione del richiedente al procedimento, ma unicamente il suo diritto ad essere informato dell'esito della procedura. Infine, in assenza di un diritto di appello, il ricorso gerarchico non può svolgere alcun effetto significativo in riferimento all'accelerazione della procedura nel suo insieme.

Nel caso in esame, quindi, il Governo non aveva fornito alcuna adeguata dimostrazione circa l'effettiva sussistenza, nell'ordinamento interno, di un rimedio efficace, avendo citato un solo precedente della Corte di cassazione, unicamente ricognitivo della normativa (Sez. 6, n. 19833 del 20/03/2009, Cavallo, Rv. 243839), oltre alla delibera del CSM in precedenza ricordata, dimostrativa proprio della impossibilità concreta di rendere effettivo il rimedio previsto.

Al contrario, il ricorrente aveva evidenziato come le autorità non avrebbero affatto dovuto essere sollecitate, atteso il meccanismo propulsivo officioso di cui all'art. 127 disp. att. cod. proc.

Quanto al mancato ricorso al giudice civile da parte del ricorrente, eccepita dal Governo, tale aspetto non è stato trattato, avendo la Corte ritenuto che la relativa eccezione fosse stata non tempestivamente eccepita dal Governo italiano, ai sensi dell'art. 55 del regolamento, basato sul principio di "parità delle armi".

Sulla violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, in riferimento alla durata eccessiva del procedimento, la Corte ha sottolineato che il periodo da considerare, in riferimento ad un procedimento penale, sotto la visuale di un "ragionevole ritardo", cominci, per la persona che ritiene di essere stata lesa da una violazione, dal momento in cui viene esercitato uno dei diritti o delle facoltà espressamente riconosciuti dalla legge.

Inoltre, la Corte ha ricordato che la durata ragionevole di un procedimento si apprezza alla stregua di alcuni specifici indici: la complessità della vicenda, il comportamento degli organi inquirenti, delle autorità competenti e la posta in gioco per la parte interessata.

Alla luce di tali criteri, la Corte EDU ha valutato che la sola fase delle indagini preliminari, nel caso in esame, fosse durata cinque anni e sei mesi e che, in tale periodo, nessuna attività effettiva fosse stata posta in essere, benché la vicenda non presentasse particolari profili di complessità, non avendo, in tal senso, il Governo fornito alcuna giustificazione.

Tali elementi sono stati ritenuti sufficienti per ravvisare la sussistenza della irragionevole durata e la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione.

Quanto alla violazione del medesimo articolo sotto il profilo del mancato accesso ad un tribunale, la Corte ha ritenuto che la questione non coincidesse con quella della ragionevole durata del processo, dovendo essere separatamente analizzata.

Tale profilo va, infatti, inteso come il diritto di tutte le persone a che un tribunale prenda cognizione delle contestazioni relative ai loro diritti ed obbligazioni di carattere civile, ed il diritto di adire un tribunale civile ne rappresenta solo un aspetto.

I giudici di Strasburgo hanno precisato, inoltre, che tale diritto non è assoluto, potendo essere assoggettato a limitazioni scaturenti dalla disciplina statale interna, benché, in tal caso, la Corte EDU debba valutare se le limitazioni previste, volta per volta, siano compatibili con la Convenzione stessa e se siano legittime e proporzionali. In tal senso, è stato chiarito che tale diritto viene compromesso quando la sua regolamentazione cessa di servire le finalità della certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia, costituendo una barriera che impedisce al soggetto di veder trattata la sua controversia nel merito da un giudice competente.

La Corte ha ricordato che quando un errore procedurale impedisce al richiedente di accedere ad un tribunale, tendenzialmente si pongono le conseguenze dell'errore su colui che lo ha commesso, essendo, al contrario, del tutto sproporzionata ogni restrizione ad accedere ad un tribunale quando l'irricevibilità di un ricorso scaturisca da un errore di cui il ricorrente non è oggettivamente responsabile.

In riferimento, in particolare, alla costituzione di parte civile, la Corte di Strasburgo ha sempre ritenuto insussistente ogni violazione del diritto di accesso ad un tribunale, escludendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione, quando l'azione penale non era stata condotta in assenza di violazione penalmente rilevante, ovvero in seguito al decesso dell'accusato o per un accordo sulla dichiarazione di colpevolezza o per un privilegio di giurisdizione o, infine, quando il richiedente aveva già adito, in parallelo, il giudice civile, ottenendo un esame della sua richiesta; al contrario, allorquando il mancato esercizio dell'azione penale ed il mancato esame delle pretese civilistiche siano dovuti a ritardi eccessivi attribuibili all'autorità giudiziaria, da cui è scaturita la prescrizione del reato, è stata ravvisata la violazione dell'art. 6 CEDU.

Nel caso in esame il ricorrente aveva fatto uso dei diritti e delle facoltà riconosciutegli dal diritto interno, che gli avrebbero permesso, nel corso dell'udienza preliminare, di costituirsi parte civile, sicché solo in ragione del ritardo nella conduzione delle indagini preliminari il ricorrente non aveva potuto presentare, nell'ambito del procedimento penale, la sua domanda di risarcimento dei danni; tale comportamento colpevole delle autorità ha privato il ricorrente della possibilità di veder trattata la sua pretesa civile nel quadro procedurale da lui prescelto e messo a disposizione

dall'ordinamento interno; non potendosi, sotto altro aspetto, ritenere esigibile, da parte del ricorrente, l'introduzione di un giudizio civile agli stessi fini, dopo aver constatato la prescrizione dell'azione penale per fatti addebitabili ad organi della giurisdizione penale, posto che detta azione implicherebbe, probabilmente, la necessità per il ricorrente di raccogliere nuovamente le prove, potendo risultare, in ogni caso, per il tempo trascorso, estremamente difficile stabilire la responsabilità civile.

In tali termini è stata ritenuta sussistente la violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU anche sotto l'aspetto del mancato accesso ad un tribunale.

Quanto alla violazione dell'art. 13 CEDU sotto il profilo della carenza, nell'ordinamento interno, di una modalità effettiva di ricorso che consenta di far valere la durata eccessiva del procedimento, come previsto dalla legge Pinto, va rilevato che, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale in precedenza richiamata – secondo cui chi non si è costituito parte civile non può invocare il rimedio previsto da detta normativa –, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 13 CEDU, che garantisce l'esistenza nel diritto interno di un rimedio che permetta il riconoscimento dei diritti e delle libertà consacrate dalla Convenzione stessa. Tale disposizione, quindi, rende necessaria l'esistenza, nel diritto interno, di un ricorso che renda possibile l'esame di una rivendicazione fondata sulla Convenzione, fornendo un rimedio appropriato.

Nel caso in esame, una volta constatata la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, il ricorrente non era titolare di una pretesa esperibile a seguito di detta violazione, il che rende applicabile l'art. 13 CEDU.

Il principio secondo cui l'art. 2, comma 2-bis della legge 89 del 2001, come interpretato dalla consolidata giurisprudenza interna – che impedisce il ricorso al rimedio previsto dalla legge Pinto da parte di chi non sia costituito parte civile nel processo penale – determina la violazione dell'art. 13 CEDU per l'assenza, nel diritto interno, di un ricorso che permetta al ricorrente di ottenere la sanzione scaturente dalla violazione causata dalla durata irragionevole del processo, ai sensi dell'art. 6 § 1 CEDU.

CLASSIFICAZIONE

DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO – CONDOTTA PROCESSUALE DELLA PARTE IMPRONTATA A FINALITÀ DILATORIE INTEGRANTI ABUSO DEL PROCESSO – DURATA DEL PROCEDIMENTO DOVUTA A DIFFICOLTÀ APPLICATIVE DI UNA NUOVA DISPOSIZIONE NORMATIVA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – INSUSSISTENZA.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU): Keaney c. Irlanda, n. 72060/17, 30 aprile 2020; Brennan c. Irlanda, n. 44360/15, 2 novembre 2017; McNamara c. Regno Unito, n. 22510/13, 12 gennaio 2017.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 5, 18 marzo 2021, ric. n. 55276/17 Gilligan c. Irlanda

Abstract

Qualora la complessità procedurale e la durata del processo derivino non solo dalla novità nell'applicazione di una nuova normativa e dalle conseguenti complessità interpretative, ma anche dalla condotta processuale della parte, le cui scelte e comportamenti processuali abbiano generato lunghi ritardi, peraltro con effetti vantaggiosi per la parte stessa, quest'ultima, pur avessero il diritto di rivolgersi ad un tribunale a difesa di un proprio diritto, deve, nondimeno, sopportare le conseguenze delle strategie dilatorie adottate nel contenzioso, qualificabili come abuso del processo.

Il caso Gilligan contro Irlanda

Il caso riguarda i procedimenti avviati contro i quattro componenti della famiglia irlandese Gilligan ai sensi del Proceeds of Crime Act¹³ del 1996, la cui durata, secondo i ricorrenti, risulta in contrasto con il principio di cui all'art. 6 § 1 della CEDU.

Il 21 novembre 1996 un ufficiale del Criminal Assets Bureau aveva iniziato la procedura ai sensi di legge per il sequestro, finalizzato alla futura confisca, dei beni dei ricorrenti, presentando domanda all'Alta Corte per ottenere un provvedimento provvisorio ai sensi dell'art. 2 della legge nota come "Act for freezing". L'ordinanza provvisoria, valida per ventuno giorni, con cui si proibiva ai ricorrenti di disporre dei loro beni, era seguita da altre ordinanze e, quindi, da un provvedimento interlocutorio di sequestro dei beni, in data 16 luglio 1997, per un periodo di sei anni, avendo l'Alta Corte accertato che i beni erano stati acquistati con i proventi del traffico di stupefacenti.

La costituzionalità del Proceeds of Crime Act, dapprima innanzi all'Alta Corte nel 1997 e quindi innanzi alla Corte Suprema nel 2001, non aveva sortito alcun esito favorevole.

¹³ Il Proceeds of Crime Act è stato adottato il 04/08/1996, poco dopo l'omicidio della giornalista investigativa Veronica Guerin, nota per i suoi servizio sulla criminalità irlandese; tale legge è considerata come un elemento essenziale, nel quadro legislativo irlandese, per combattere la criminalità, con particolare riferimento al traffico di stupefacenti ed al riciclaggio di denaro, prevedendo l'adozione di strumenti di congelamento e confisca dei beni provento di crimine.

I ricorrenti hanno, inoltre, chiesto, con vari mezzi, l'annullamento del provvedimento, richieste respinte nel 2006 dall'Alta Corte e nel 2008 dalla Corte Suprema.

Nel dicembre 2004 le autorità hanno chiesto la cessione dei beni, concessa nel 2011, dopo ulteriori ricorsi della famiglia Gilligan; il provvedimento è stato, infine, confermato dalla Corte Suprema nel 2017.

Nel corso di tali procedimenti, in ogni caso, le opposizioni dei ricorrenti erano state esaminate nel dettaglio, avendo l'Alta Corte stabilito, nel 2011, che essi non avevano adempiuto all'onere di dimostrare che le proprietà non fossero state acquisite con il provento di attività criminose.

In una delle varie sentenze emesse, inoltre, l'Alta Corte aveva esaminato anche il profilo concernente la durata eccessiva dei procedimenti, non ravvisando, pertanto, alcun ritardo imputabile all'Autorità giudiziaria; in risposta al reclamo dei ricorrenti sulla durata del procedimento, la Corte Suprema ha rilevato, a sua volta, che essi avevano tardato nell'esercizio del potere di impugnazione, non prontamente esercitato, sicché le ulteriori azioni costituzionali intraprese sono state respinte come vessatorie e come costituenti abuso di processo.

Le osservazioni e le conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Al fine di valutare la sussistenza dell'irragionevole durata del procedimento, la Corte EDU ha rilevato che, nel caso in esame, il numero elevato dei procedimenti (venti), condotti in maniera né semplice né lineare, era scaturito dalle iniziative processuali dei ricorrenti, secondo una strategia di energico contrasto dei tentativi delle autorità di impossessarsi delle loro varie proprietà.

Facendo riferimento alla propria giurisprudenza nel caso *Keaney c. Irlanda*, la Corte ha osservato che i ricorrenti erano stati tra i primi ad essere raggiunti da un provvedimento emesso ai sensi della normativa del 1996, le cui procedure innovative avevano posto non pochi problemi applicativi a tutti gli operatori del diritto, in particolare con riferimento alla procedura di congelamento dei beni; non a caso, infatti, era stato necessario un intervento interpretativo della Corte Suprema sulla natura sostanziale dell'ordine di congelamento.

Tuttavia, ha proseguito la Corte di Strasburgo, la rapida concessione del provvedimento cautelare consentiva di escludere che la procedura legale avesse determinato un irragionevole ritardo, in quanto l'obiettivo dei ricorrenti avrebbe potuto, e dovuto, essere perseguito in modo più diretto, tempestivo e semplice, avendo essi, invece, optato per l'adozione di consapevoli tattiche dilatorie ed inappropriate, tali da poter essere considerate causa della durata dei procedimenti nel loro complesso.

È stato notato, inoltre, come la prova principale invocata dai ricorrenti circa l'origine dei fondi utilizzati per acquisire le proprietà, fosse stata attentamente esaminata e respinta dall'Alta Corte

e che, inoltre, i nuovi procedimenti, introdotti nel 2013, quando era pendente l'appello finale innanzi alla Corte suprema, sono stati respinti dall'Alta Corte in quanto reiterativi e costituenti manifestazioni di abuso del processo.

Nel considerare la condotta delle autorità, quindi, i Giudici di Strasburgo hanno notato come la fase iniziale del procedimento fosse stata relativamente breve, in quanto il CAB era stato diligente nel richiedere l'ordinanza finale nel luglio 1997 e, in base alle disposizioni della legge, una volta che le autorità avevano ottenuto la concessione del provvedimento di congelamento, la fase successiva avrebbe consentito di richiedere un ordine di rilascio dei beni non prima del decorso di sette anni. Inoltre, la Corte Suprema, con la sentenza del 18 ottobre 2001, aveva chiaramente fatto riferimento al modo corretto, per i ricorrenti, di chiedere la revoca del provvedimento di congelamento, cosa che essi non avevano tempestivamente fatto.

Sotto altro aspetto, i Giudici di Strasburgo hanno considerato come i tribunali nazionali avessero impiegato molto tempo per trattare uno dei tanti ricorsi presentati in questo caso, il che, tuttavia, non ha influenzato particolarmente lo svolgimento del procedimento, date le molteplici tattiche dilatorie dei ricorrenti, sicché le autorità giudiziarie non possono essere criticate per un qualsiasi ritardo irragionevole; i tribunali nazionali, anzi, hanno cercato attivamente di gestire il caso in varie fasi, in considerazione in particolare dei ritardi originati dai ricorrenti.

In conclusione, sebbene il procedimento intrapreso nel suo complesso fosse durato vent'anni, ciò era dovuto principalmente agli stessi ricorrenti, le cui scelte e comportamenti erano stati tali da aver generato inevitabilmente lunghi ritardi; ciò aveva reso un caso nuovo, non privo di una certa complessità giuridica, eccessivamente complesso sul fronte procedurale, il tutto a vantaggio dei ricorrenti, in quanto era stato rinviato di molti anni il sequestro di proprietà che erano state giudicate proventi di reato. Sebbene i ricorrenti avessero il diritto di rivolgersi ai tribunali per opporsi alla confisca delle loro proprietà, essi dovevano sopportare le conseguenze delle loro molteplici strategie di contenzioso.

In tal senso la Corte EDU ha ribadito la propria giurisprudenza, secondo cui i ricorrenti non possono lamentarsi del ritardo causato dalle loro azioni o inazioni, atteso che, nel caso in esame, per i ricorrenti la prospettiva di accelerare efficacemente il procedimento verso una conclusione aveva scarso interesse reale, dato che il loro comportamento suggeriva fortemente l'intenzione contraria, essendo state alcune azioni da loro intraprese qualificate come abuso di processo.

Pertanto è stata esclusa la violazione dell'art. 6 della Convenzione.

Conclusioni

Le sentenze della Corte EDU appena esaminate risultano estremamente rilevanti in riferimento alla problematica dei rimedi approntati dal diritto interno alla irragionevole durata del processo.

Sotto un primo profilo, infatti, l'approdo dei Giudici di Strasburgo ha riconosciuto l'insussistenza, nell'ambito dell'ordinamento italiano, di un efficace rimedio per la persona offesa che non abbia potuto costituirsi parte civile per intervenuta declaratoria di prescrizione del reato, laddove tale esito dipenda dall'inattività colpevole degli inquirenti registrata nella fase delle indagini preliminari.

Trattasi di una situazione non infrequente nel nostro sistema giudiziario, rispetto al quale l'analisi della Corte di Strasburgo va analizzata tenendo contestualmente conto anche di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 249 del 2020, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 2, comma 2-bis, della legge 24 marzo 2001, n. 89, cit. sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione EDU.

La Consulta, infatti, partendo dall'inquadramento secondo il quale non si può individuare il ruolo di "parte" se non quando sia insorto un vero e proprio rapporto processuale, ha ritenuto legittima la scelta del legislatore di scandire la tutela civilistica in vista degli scopi propri del processo penale, ferma restando la facoltà della persona offesa di esercitare l'azione di risarcimento nella sede civile (sentenza n. 192 del 1991; ordinanza n. 124 del 1999), citando, in tal senso, la sentenza EDU nel caso *Arnoldi c. Italia*, che ha già ritenuto l'art. 6, paragrafo 1, CEDU applicabile alla parte lesa che, ancor prima dell'udienza preliminare, nella quale costituirsi parte civile, abbia esercitato quei diritti e facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge.

Ciò nondimeno, i giudici delle leggi hanno escluso la possibilità di assimilare, agli effetti della eccessiva durata, il segmento del processo in cui la persona offesa si sia resa attiva durante le indagini preliminari e il segmento conseguente alla costituzione di parte civile.

In tal senso sono state evidenziate le diversità contenutistiche degli artt. 90 e 74 cod. proc. pen., rilevando come in capo alla persona offesa si concentrano, in realtà, interessi non omogenei, volti, da un lato all'affermazione della responsabilità penale dell'autore del reato - che si esercita mediante un'attività di supporto e di controllo dell'operato del pubblico ministero - e, dall'altro, al risarcimento del danno mediante la costituzione di parte civile. Sicché i poteri e le facoltà inerenti alla prima tipologia di interesse non sono funzionali alla tutela anticipata del diritto potenziale riconosciuto alla parte civile. La persona offesa, quindi, è solo titolare dell'interesse direttamente protetto dalla norma penale incriminatrice, sicché la sua individuazione è correlata alla struttura del reato, mentre l'individuazione del danneggiato riflette le conseguenze privatistiche dell'illecito penale.

Ne discende che, per la Corte costituzionale, nel sistema del codice di procedura penale italiano solo dopo che sia stata esercitata l'azione penale emerge la primarietà della parte civile

costituita, cui vengono attribuiti poteri processuali finalizzati al soddisfacimento della domanda risarcitoria.

I diritti e le facoltà riconosciuti dal codice di procedura penale alla persona offesa nel corso delle indagini preliminari, ivi inclusi quelli collegati all'interlocuzione sulla proroga delle indagini o sulla richiesta di archiviazione, risultano, pertanto, estranei, di norma, all'ambito del «diritto di carattere civile in causa» di cui all'art. 6 della Convenzione.

“Il sistema italiano vigente, giacché ispirato all'idea della separazione dei giudizi, scongiura ogni automatica incidenza determinante dell'esito delle indagini preliminari, semmai di eccessiva durata, sul «diritto di carattere civile» del danneggiato da reato, sempre tutelabile con la proposizione dell'azione restitutoria o risarcitoria innanzi al giudice civile. L'interferenza degli approdi del processo penale sulla pretesa civile di danno, ai sensi degli artt. 75 e 652 cod. proc. pen., discende, piuttosto, unicamente dalla scelta che il danneggiato compie proprio mediante la costituzione di parte civile, la quale configura l'unico modo di esercizio dell'azione civile nel processo penale stesso.

La soluzione adottata dal legislatore nazionale con la previsione legale di carattere generale dettata dall'art. 2, comma 2-bis, della legge n. 89 del 2001, secondo cui, ai fini del computo del termine ragionevole, il processo penale si considera iniziato soltanto con l'assunzione della qualità di parte civile, si rivela perciò coerente con la ricostruzione sistematica che, prima e al di fuori della formale instaurazione del rapporto processuale, nega al danneggiato la facoltà di far valere in sede penale, sia pur soltanto in senso sostanziale, il «diritto di carattere civile» al risarcimento.”

Evidentemente tali conclusioni divergono dai principi enunciati dalla Corte EDU nel caso Petrella c. Italia, nella misura in cui evidenziano come il nostro ordinamento non preveda una specifica tutela per la persona offesa che si sia vista preclusa la possibilità di esercitare l'azione civile nel processo penale per l'intervenuta prescrizione del reato a seguito di inattività del pubblico ministero, tale non essendo il rimedio disciplinato dall'art. 413 cod. proc. pen., ritenuto un reclamo gerarchico, come tale strutturalmente inadeguato ad una concreta tutela dei diritti della parte.

Vero è che – nel caso esaminato dalla Corte di Strasburgo – non è stato esaminato l'aspetto relativo al mancato esercizio dell'azione civile da parte del ricorrente, a causa della tardività della relativa eccezione formulata dal Governo italiano, ma è altrettanto vero come la pronuncia abbia evidenziato che, in ogni caso, appare indiscutibile che il passare del tempo possa esplicare effetti negativi per la persona offesa, anche in riferimento al successivo esercizio dell'azione civile.

In tal modo, quindi, sembra ineludibile che venga affrontata, soprattutto sul piano legislativo, la problematica concernente le conseguenze che la presunta parte offesa sia costretta a subire, quanto alla vanificazione della tutela dei suoi diritti, nella sede processuale prescelta conformemente alle norme giuridiche nazionali, a causa dell'inutile decorso del tempo, nelle circostanze procedimentali evidenziate.

Occorre, infatti sottolineare come la violazione dell'art. 6 CEDU è stata ritenuta integrata, nella sussistenza delle condizioni descritte in precedenza, sia sotto il profilo della irragionevole durata del processo, sia sotto l'aspetto della mancata possibilità di accesso ad un tribunale, la cui limitazione, a dette condizioni, appare del tutto sproporzionata e configgente con i principi della Convenzione EDU.

Sotto diversa angolazione, altro aspetto rilevante dell'approdo della Corte EDU nella sentenza *Gilligan c. Irlanda*, è costituito dalla individuazione delle conseguenze processualmente rilevanti per la parte sottoposta alla procedura che, approfittando delle incertezze fisiologiche derivanti dalle prime applicazioni di una nuova normativa – che possono determinare anche una dilatazione dei tempi processuali – adottò tecniche dilatorie finalizzate esclusivamente o prevalentemente ad un allungamento ulteriore dei tempi processuali, allo scopo di evitare le conseguenze applicative della normativa stessa.

In tal caso non solo non può essere ravvisata alcuna violazione del principio della ragionevole durata del processo, ma va individuato, invece, un vero e proprio "abuso del processo", come delineato dalla giurisprudenza della Corte EDU, ampiamente richiamata – per ciò che concerne il nostro ordinamento - dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 155 del 29/09/2011, dep. 10/01/2012, Rv. 251496.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

EQUO PROCESSO – RITO ABBREVIATO – *OVERTURNING* DELLA DECISIONE ASSOLUTORIA – RINNOVAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DECISIVA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 6

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011; Manolachi c. Romania, 05/03/2013; Hanu c. Romania, 04/06/2013; sentenza 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania, 9/04/2013, 04/06/2013; Hogeș c. Romania, 29/10/2013; Loreș c. Italia, 29/06/17; Lazu c. Moldavia. 5/07/2016; Ekbatani c. Svezia, 26 maggio 1988, Constantinescu c. Romania, no 28871/95, Dondarini v. San Marino, n 50545/99, § 27, 6 luglio 2004, et Igual Coll c. Spagna, no 37496/04, § 27, 10 marzo 2009; Al-Khawaja and Tahery v. Regno Unito [GC], 15 dicembre 2011, Schatschaschwili v. Germania [GC], 15 dicembre 2015); Hermi v. Italia Grande camera, 18 ottobre 2006

Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 - dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 267486. Sez. U, n. 18620 del 19/01/2017 - dep. 14/04/2017, Patalano, Rv. 269786; Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272430; Sez. U, n. 14426 del 28/01/2019 - dep. 02/04/2019, PAVAN DEVIS, Rv. 275112

C. Cost., sent. n. 124 del 20 marzo 2019

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 25 marzo 2021, ric. Nn. 15931/15 16459/15 Di Martino e Molinari c. Italia.

Abstract:

*Il diritto al contraddittorio è **rinunciabile**.*

*Se la rinuncia è **consapevole e volontaria** e non contrasta con un interesse pubblico prevalente **si estende a tutti i gradi di giudizio**.*

*Pertanto la scelta volontaria di essere giudicati su prove non assunte in contraddittorio, giustificata e bilanciata dalla concessione di un beneficio sanzionatorio, **esclude l'obbligo di rinnovare in appello testimonianze non assunte** in primo grado, anche nel caso in cui riformi radicalmente la decisione assolutoria.*

*La inesistenza di una copertura convenzionale del diritto alla rinnovazione delle testimonianze quando l'imputato ha rinunciato volontariamente al diritto al contraddittorio **non impedisce agli Stati di prevedere garanzie maggiori.***

1. Il caso

Il Di Martino e la Molinari venivano assolti dal reato di partecipazione ad associazione mafiosa all'esito del primo grado di giudizio, celebrato con il rito abbreviato.

Il giudice di primo grado, facendo ricorso ai poteri previsti dall'art. 441 comma 5 cod. proc. pen., disponeva l'audizione di un collaboratore di giustizia, le cui dichiarazioni venivano tuttavia ritenute indispensabili per l'accertamento di responsabilità di un coimputato del Di Martino e della Molinari, e non per valutare la posizione dei ricorrenti.

La Corte di appello, decidendo sull'appello del pubblico ministero, condannava gli imputati per il reato di partecipazione ad associazione mafiosa, riformando integralmente la prima sentenza, senza disporre alcuna rinnovazione istruttoria.

Il difensore degli imputati proponeva ricorso alla Corte Edu lamentando la violazione dell'art. 6 della Convenzione poiché i ricorrenti erano stati condannati per la prima volta in appello senza che fosse stata disposta la rinnovazione di alcuna testimonianza.

2. La ratio decidendi

La Corte Edu ha affermato:

-che l'art. 6 della Convenzione prevede che l'accusato sia condannato sulla base di prove assunte in contraddittorio di fronte al giudice che procede; il che implica che, se le prove sono state assunte in primo grado, l'eventuale condanna intervenuta per la prima volta in appello, ne impone la rinnovazione;

-che il diritto al contraddittorio è un diritto disponibile – sempre che l'atto di rinuncia sia volontario e consapevole – e che la rinuncia non è in contrasto con l'interesse pubblico. Secondo la Corte «né la lettera né lo spirito dell'articolo 6 della Convenzione impediscono a una persona di rinunciare volontariamente o tacitamente alle garanzie di un processo equo»; tuttavia «tale deroga deve essere stabilita in modo inequivocabile e deve essere circondata da un minimo di garanzie corrispondenti alla sua gravità, sempre che la rinuncia non contrasti con un interesse pubblico prevalente» (§ 33);

-che la rinuncia, ove volontaria e consapevole – ed il punto è decisivo – **si estende a tutti i gradi di giudizio ed esprime la accettazione ex ante di un rito fondato su prove cartolari.** Secondo la Corte, l'accesso al rito a prova contratta disposto in seguito a rinuncia libera e consapevole del diritto al contraddittorio, è **giustificato e bilanciato dai benefici**

correlati alla scelta del rito ed incardina un processo che si sviluppa in modo **radicalmente "diverso"** da quello ordinario, in quanto caratterizzato dalla mancata assunzione delle prove in contraddittorio; tale peculiarità si estende a tutti i gradi di giudizio sicché non si rinviene in capo al giudice dell'impugnazione alcun l'obbligo di audizione diretta di testimoni, non uditi in contraddittorio neanche nel corso del primo grado di giudizio (§ 37);

- che la rinuncia volontaria e consapevole al diritto al contraddittorio non integra una violazione dell'art. 6 della Convenzione: tale violazione sarebbe rinvenibile solo nei casi in cui lo Stato limitasse le garanzie convenzionali in via unilaterale, prevedendo procedure semplificate senza il consenso dell'accusato (§ 38);

- che agli Stati è comunque concesso di apprestare **garanzie ulteriori** rispetto a quelle previste dalla Convenzione (il riferimento è all'ordinamento italiano che prevede l'obbligo di rinnovazione anche nel caso in cui sia stata rinuncia al contraddittorio: § 39)

Infine si è affermato che **quando un testimone è stato sentito** nel corso del primo grado di giudizio - anche nel caso in cui tale audizione costituisca una eccezione alla cartolarizzazione del rito, come quando sia esercitato il potere previsto dall'art. 441, comma 5, cod. proc. pen. - **l'obbligo di rinnovazione** insiste sul giudice di secondo grado **solo se la testimonianza assunta in primo è rilevante** per la decisione sulla responsabilità (§ 44).

3. La decisione

Nel caso in esame la Corte di Strasburgo non rilevava alcuna violazione dell'art. 6 della Convenzione, dato che non vi erano elementi per ritenere che la rinuncia al diritto di assumere le prove in contraddittorio fosse stata compiuta in modo inconsapevole o involontario. Né si registrava alcuna arbitrio dell'autorità statale tenuto conto del fatto che la contrazione del rito era frutto della scelta degli imputati, giustificata e bilanciata dal beneficio di una significativa riduzione della pena.

La rinuncia al contraddittorio effettuata con la scelta di essere giudicati con il rito abbreviato, estendeva i suoi effetti a tutti i gradi di giudizio, sicché non gravava sul giudice di appello nessun obbligo di rinnovazione di matrice convenzionale

La Corte non rinveniva alcuna violazione dell'art. 6 della Convenzione neanche nella mancata rinnovazione della testimonianza assunta ai sensi dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen., dato che il teste escusso in contraddittorio non era decisivo per la condanna dei ricorrenti, basata su altre evidenze (peraltro l'audizione era stata disposta in quanto ritenuta rilevante per l'accertamento di responsabilità di un imputato diverso dai ricorrenti).

4. Note

La pronuncia **esclude** espressamente che esista **una copertura convenzionale del diritto alla rinnovazione delle testimonianze decisive** nel caso di *overturning* della sentenza assolutoria, emessa all'esito della celebrazione di un processo con il rito **abbreviato**.

La Corte europea ribadisce che il **diritto al contraddittorio è rinunciabile** e che tale rinuncia **estende i suoi effetti a tutti i gradi del giudizio** mentre il diritto alla rinnovazione delle prove dichiarative riguarda solo le testimonianze assunte direttamente nel corso del primo grado di giudizio (anche nell'ambito un processo celebrato con rito abbreviato, quando sottoposto a condizione o quando caratterizzato dall'esercizio dei poteri di integrazione previsti dall'art. 441, comma 5, cod. proc. pen).

Dunque, oggi è possibile, con maggiore consapevolezza affermare che la scelta di estendere anche al rito abbreviato l'obbligo di rinnovazione delle testimonianze decisive non è, nel nostro ordinamento, il frutto di una ineludibile interpretazione convenzionalmente conforme, ma è il corollario della **regola di giudizio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”** che, a sua volta trova la sua **base nell'art. 27 della Costituzione**, garanzia della presunzione di innocenza.

Vale la pena di ricordare che i Giudici del palazzo della Consulta, nella **sentenza n. 124 del 2019**, pur confermando la legittimità costituzionale dell'obbligo di rinnovazione delle testimonianze quando si procede con il rito abbreviato, hanno evidenziato che la “fioritura” del dibattimento in appello dell'imputato che ha rinunciato al contraddittorio potrebbe tradursi nella violazione del diritto di eguaglianza conducendo alla inflizione pene diverse per ipotetici dibattimenti uguali.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE ESTRADIZIONE PER L'ESTERO – CONSEGNA DISPOSTA IN ESECUZIONE DI UN MANDATO DI ARRESTO EUROPEO – RISCHIO DI TRATTAMENTO INUMANO O DEGRADANTE A CAUSA DELLE CONDIZIONI DI DETENZIONE NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI DELLO STATO DI EMISSIONE – APPLICAZIONE DELLA "PRESUNZIONE DI PROTEZIONE EQUIVALENTE" – RILEVANZA – LIMITI.

ISTITUTI DI PREVENZIONE E DI PENA (ORDINAMENTO PENITENZIARIO) – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE INTRAMURARIO – FATTORI COMPENSATIVI DEL TRATTAMENTO DETENTIVO – RILEVANZA – CONDIZIONI.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU, art. 3; CFUE, art. 4; TUE, artt. 78, 82; Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, art. 33, par. 1; Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, artt. 1, par. 3, 2, 3, 4, 4-bis; legge 22 aprile 2005, n. 69, artt. 1, co. 3 e 3-ter, 2, 18, 18-bis, 18-ter.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

A) Corte EDU, Grande Camera, *Bosphorus Hava Yollar Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, 30 giugno 2005, § 155, n. 45036/98; Corte EDU, Grande Camera, 23 maggio 2016, *Avotins c. Lettonia*, n. 17502/07; Corte EDU, 6 marzo 2013, *Michaud c. Francia*, n. 12323/11; Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, n. 7334/13.

B) Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-404/15, *Aranyosi e Căldăraru*; Corte giust. UE, 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*;

C) Sez. U, 6551 del 20 settembre 2020, dep. 2021, *Commisso*, Rv. 280433; Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, *Barbu*, Rv. 267296.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Sez. 5, 25 marzo 2021, ric. nn. 40324/16 e 12623/17 Bivolaru e Moldovan c. Francia.

Abstract

La Corte EDU si è pronunciata in relazione ad caso avente ad oggetto due mandati esecutivi di arresto europeo richiesti dalla Romania alla Francia nei confronti di due cittadini rumeni condannati in absentia, stabilendo i seguenti principi: a) nell'adempimento dei loro obblighi internazionali gli Stati contraenti restano comunque vincolati al rispetto degli obblighi stabiliti dalla CEDU; b) se l'organizzazione internazionale in questione (nel caso in esame, l'Unione europea) conferisce ai diritti fondamentali (nel caso in esame, il divieto di subire trattamenti

inumani o degradanti negli istituti di pena dello Stato di emissione) un livello equivalente o comparabile di protezione rispetto a quello ad essi garantito dalla CEDU, le misure adottate per adempiere quegli obblighi internazionali devono ritenersi giustificate; c) l'applicabilità della "presunzione di protezione equivalente" si fonda sui due presupposti dell'assenza in capo alle autorità nazionali di margini discrezionali in relazione all'adempimento dell'obbligo internazionale e della piena attuazione del potenziale del meccanismo di vigilanza e controllo sul rispetto dei diritti fondamentali all'interno dell'organizzazione; d) il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea non può essere applicato in modo automatico e meccanico a discapito dei diritti fondamentali; e) qualora la regola basata sulla presunzione di protezione equivalente sia in concreto configurabile, la CEDU verifica se le modalità di applicazione dello strumento di riconoscimento reciproco renda manifestamente carente o meno la tutela dei diritti convenzionali; f) tali principi non si applicano solo al mandato d'arresto europeo, ma anche a tutti i meccanismi euro-unitari di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

1. Il caso.

Con la sentenza in esame la Corte EDU si è pronunciata su due ricorsi aventi ad oggetto la consegna disposta a seguito della emissione di due mandati esecutivi di arresto europeo richiesti dalla Romania alla Francia nei confronti di due cittadini rumeni (Codrut Moldovan e Gregorian Bivolaru) rispettivamente condannati, il primo, alla pena di sette anni e mesi sei di reclusione per il reato di traffico di esseri umani, ed il secondo, in possesso dello *status* di rifugiato politico in Svezia, alla pena di sei anni di reclusione per reati in materia sessuale.

A fronte di m.a.e. emessi per l'esecuzione di condanne definitive emesse *in absentia*, le autorità giudiziarie francesi hanno accolto entrambe le richieste sulla base di differenti percorsi procedurali.

Per quel che attiene alla posizione del Moldovan, condannato nel 2015 per il reato di traffico di esseri umani dalla Romania alla Francia ed ivi posto in stato di arresto, era stata contestata l'esecuzione del m.a.e. allegando il fatto che in Romania egli avrebbe subito una detenzione in condizioni incompatibili con le garanzie previste dall'art. 3 CEDU: le autorità francesi, dopo aver richiesto informazioni supplementari ed assicurazioni sul punto alla Romania, avevano disposto l'esecuzione del m.a.e. respingendone il ricorso per cassazione.

Nei confronti del Bivolaru, invece, dopo il suo arresto a Parigi, il m.a.e. era stato contestato allegando in particolare la natura politica della condanna e il rischio di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU per ragioni discriminatorie di ordine politico e religioso; dal 2005, infatti, egli aveva ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte della Svezia.

Ciò nonostante, anche il suo ricorso veniva respinto dalla Corte di cassazione francese, che ne disponeva la consegna alla Romania in esecuzione del m.a.e.

Dinanzi alla Corte EDU entrambi i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 3 CEDU per effetto dell'esecuzione del m.a.e. emesso nei loro confronti, contestando il fatto che le Autorità giudiziarie francesi, nell'eseguire le rispettive "eurordinanze" rumene, non avevano tenuto conto dei rischi individuali di esposizione a trattamenti inumani e degradanti negli istituti penitenziari dello Stato richiedente, con riferimento alla prospettata violazione del parametro convenzionale stabilito dalla su indicata disposizione. Nel caso del Bivolaru, in particolare, il ricorso veniva incentrato anche, e soprattutto, sul problema legato all'apprezzamento delle conseguenze legate allo *status* di rifugiato concessogli da un altro Paese membro dell'Unione europea.

2. La *ratio decidendi*.

Richiamata preliminarmente la sua consolidata elaborazione giurisprudenziale in merito alle condizioni di applicazione della presunzione di protezione equivalente nelle questioni relative all'applicazione degli strumenti normativi propri del diritto dell'Unione europea (Corte EDU, Grande Camera, *Bosphorus Hava Yollar Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, 30 giugno 2005, § 155, n. 45036/98; Corte EDU, Grande Camera, 23 maggio 2016, *Avotins c. Lettonia*, n. 17502/07; Corte EDU, 6 marzo 2013, *Michaud c. Francia*, n. 12323/11), la Corte EDU ne ha vagliato le implicazioni con riferimento al caso in cui nell'esecuzione di un m.a.e. entrino in giuoco i profili attinenti alle condizioni di detenzione degli istituti penitenziari dello Stato di emissione.

Secondo i principi generali al riguardo enunciati nella sentenza *Bosphorus*, poi sviluppati dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze *Michaud* e *Avotiņš*, nell'applicare il diritto dell'Unione europea gli Stati contraenti rimangono soggetti agli obblighi liberamente assunti nell'aderire alla Convenzione: siffatti obblighi, tuttavia, devono essere valutati rispetto ai presupposti della presunzione di protezione cd. "equivalente", vale a dire in termini non identici ma "paragonabili" a quelli assicurati dalla Convenzione.

Entro tale prospettiva, afferma la Corte, una misura adottata con la finalità di adempiere agli obblighi giuridici internazionali (nel caso di specie quelli derivanti dall'adesione dei predetti Stati parti all'Unione europea) può ritenersi giustificata solo se l'organizzazione in questione accordi ai diritti fondamentali un livello di protezione comparabile a quello garantito dalla Convenzione europea e, se ciò accade, deve presumersi che gli Stati parti rispettino i requisiti della Convenzione quando eseguono gli obblighi giuridici derivanti dalla loro appartenenza a quell'organizzazione.

Il compito della Corte, in particolare, consiste nel verificare se le condizioni per l'applicazione della presunzione di protezione equivalente siano state soddisfatte nelle circostanze del caso concreto, accertando se in sede di esecuzione di un mandato di arresto europeo sia riscontrabile

o meno una manifesta inadeguatezza dei meccanismi di protezione dei diritti e delle garanzie convenzionali.

Ove tali condizioni non risultino integralmente soddisfatte, la Corte deve esaminare il modo in cui l'autorità giudiziaria di esecuzione ha concretamente proceduto nella trattazione del caso, al fine di accertare l'esistenza di un rischio reale e concreto di violazione dei diritti protetti dalla Convenzione in sede di esecuzione di un mandato europeo di arresto.

Nel sistema UE le condizioni per l'applicazione della presunzione di protezione equivalente sono di duplice ordine: a) l'assenza di qualunque margine di discrezionalità in capo alle autorità statali; b) la massima espansione delle potenzialità inerenti al meccanismo di controllo previsto dal diritto dell'Unione.

Ora, i principi enunciati nella giurisprudenza della Corte europea si applicano a tutti i meccanismi di mutuo riconoscimento previsti dal diritto dell'Unione europea e la presunzione di protezione equivalente è considerata senz'altro applicabile quando le autorità nazionali attuano il diritto euro-unitario senza margini di apprezzamento discrezionale, ma la stessa può essere superata all'esito di una complessiva valutazione delle circostanze rilevanti in un caso concreto: pur dovendo tener conto, infatti, delle modalità di funzionamento dei meccanismi del mutuo riconoscimento, e in particolare della loro esigenza di effettività, la Corte deve verificare che il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie non sia applicato in maniera automatica e meccanica, a discapito dei diritti fondamentali.

Solo un'adeguata protezione dei diritti tutelati dalla Convenzione conferisce a questo meccanismo la sua piena efficacia, sicché se dinanzi alle autorità nazionali viene presentata una censura seria e motivata di manifesta insufficienza della tutela di un diritto garantito dalla Convenzione e il diritto dell'UE non consenta di porvi rimedio, esse non possono rinunciare all'esame di tali doglianze per il solo motivo che sono tenute ad applicare la normativa euro-unitaria. In questo caso, dunque, spetta ad esse interpretare ed applicare tale normativa in conformità con la Convenzione.

Ove la presunzione di protezione equivalente sia applicabile nel caso sottoposto alla sua cognizione, è compito della Corte europea stabilire se la protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione risulti viziata nel caso di specie da una insufficienza "manifesta", come tale idonea a rovesciare il fondamento di tale presunzione, nel qual caso il rispetto della Convenzione come "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo" nel campo dei diritti umani dovrebbe prevalere sull'interesse della cooperazione internazionale (cfr. sent. *Bosphorus*, § 156, e *Michaud*, § 103).

3. La decisione.

Applicando tali parametri ai casi devoluti alla sua cognizione, la Corte EDU è pervenuta a soluzioni differenti, assumendo costantemente come punti fermi nelle sequenze del suo percorso argomentativo i principi affermati nella più recente elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia in merito al rapporto fra il divieto – omologo all'art. 3 CEDU - posto dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali (secondo cui *Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti*) ed il concreto funzionamento del sistema di consegna post-estradizionale fondato sulla Decisione quadro in tema di mandato di arresto europeo.

3.1. In relazione al primo ricorso, ha preliminarmente rammentato che l'obbligo giuridico per l'autorità giudiziaria che esegue il m.a.e. discende dalla decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, così come interpretata dalla Corte di giustizia UE sin dalla sua sentenza *Aranyosi e Căldăraru* del 5 aprile 2016, e che, allo stato attuale della giurisprudenza di tale Corte, all'autorità giudiziaria dell'esecuzione è consentito derogare solo in circostanze eccezionali ai principi di fiducia e riconoscimento reciproci tra gli Stati membri rinviando o addirittura rifiutando, se del caso, l'esecuzione del m.a.e.

Verificata la sussistenza nel caso di specie dei presupposti di applicabilità della presunzione di protezione equivalente, la Corte ha rilevato che, sulla base dell'esame dei fatti e delle allegazioni offerte dal primo ricorrente, l'autorità giudiziaria di esecuzione disponeva di solidi elementi fattuali per riconoscere la sussistenza di un rischio reale che egli, in caso di consegna, potesse subire trattamenti inumani e degradanti a causa delle condizioni di detenzione cui sarebbe stato sottoposto in Romania, sicché non avrebbe dovuto basarsi esclusivamente sulle dichiarazioni delle autorità rumene.

Sebbene il ricorrente avesse prodotto prove di carenze sistemiche e diffuse nelle carceri dello Stato di emissione, ivi compreso l'istituto ove le autorità di emissione intendevano collocarlo, le autorità di esecuzione hanno escluso la presenza di un rischio di violazione della garanzia prevista dall'art. 3 CEDU, senza esaminare in maniera adeguata: a) il fatto che, secondo la sua giurisprudenza (Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, n. 7334/13), il limite di 3 mq di superficie calpestabile per detenuto in una cella multipla costituisce lo *standard* minimo applicabile ai fini dell'art. 3 della Convenzione (laddove nel caso in esame la risposta delle Autorità rumene, che consideravano a tal fine anche la presenza di mobili e servizi igienici, era indicativa del fatto che quello spazio minimo non gli sarebbe stato concesso); b) il fatto che le assicurazioni fornite dalle Autorità rumene in merito agli altri aspetti delle condizioni di detenzione nel carcere ove avrebbe dovuto scontare gran parte della pena risultavano formulate in modo stereotipato e non erano state apprezzate ai fini della valutazione del rischio da parte dell'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione; c) la circostanza che, se anche le Autorità dello Stato di emissione non avevano escluso la possibilità che il ricorrente venisse trattenuto in

un carcere diverso da quello indicato, le precauzioni al riguardo assunte dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione, sotto la forma di una raccomandazione che il ricorrente doveva esser detenuto in una prigione in grado di offrire condizioni identiche, se non migliori, erano comunque insufficienti per escludere la presenza di un rischio reale di trattamenti inumani e degradanti.

Alla luce delle particolari circostanze del caso in esame, dunque, la Corte ha concluso rilevando una manifesta inadeguatezza della protezione dei diritti fondamentali, in termini tali da confutare la presunzione di protezione equivalente, con il conseguente accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu.

3.2. In relazione al secondo ricorso, invece, la Corte ha ritenuto che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, dopo aver svolto un esame approfondito e completo della situazione personale del ricorrente, non era in possesso di una base fattuale sufficientemente solida per ritenere l'esistenza di un rischio reale di violazione dell'art. 3 della Convenzione e rifiutare, sulla base di tale motivo, l'esecuzione del m.a.e.

Preliminarmente, tuttavia, la Corte di Strasburgo ha esaminato il profilo di doglianza concernente il vaglio in concreto effettuato dalle Autorità francesi circa lo *status* di rifugiato concesso, e non revocato, al ricorrente da un altro Stato membro UE (la Svezia), escludendo l'operatività del principio di protezione equivalente sul rilievo che le Autorità di esecuzione avevano respinto la domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiedere chiarimenti sul rapporto tra la disciplina del m.a.e. e lo *status* di rifugiato riconosciutogli da un Paese membro dell'Unione: questione, quella ora indicata, che la Corte di Strasburgo ha considerato rilevante sia sul versante della protezione dei diritti fondamentali da parte del sistema euro-unitario, sia su quello della interrelazione con la tutela offerta dall'art. 33, § 1, della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, trattandosi di un aspetto sul quale la Corte di giustizia non risultava essersi pronunciata.

Nel caso in esame, dunque, la Corte di cassazione francese, decidendo di non attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulle implicazioni sottese all'esecuzione di un m.a.e. emesso nei confronti di una persona in possesso dello *status* di rifugiato - *status* concesso, peraltro, da uno Stato membro al cittadino di un Paese terzo, la Romania, successivamente divenuto Stato membro dell'Unione - si era pronunciata senza utilizzare l'intero potenziale del meccanismo internazionale disponibile per le garanzie di controllo del rispetto dei diritti fondamentali.

Di qui il radicamento della competenza della Corte EDU ai fini del controllo sul modo in cui l'autorità giudiziaria di esecuzione aveva proceduto nel caso di specie, così da accertare se esistesse o meno il rischio che, in caso di esecuzione del m.a.e., il ricorrente sarebbe stato esposto a trattamenti persecutori in ragione delle proprie convinzioni politiche e religiose:

controllo che le autorità di esecuzione avevano in effetti svolto scambiando le opportune informazioni con le autorità svedesi, le quali avevano a loro volta risposto in merito allo *status* di rifugiato del ricorrente, chiarendo che intendevano mantenerlo, senza tuttavia esprimersi in merito alla persistenza, dieci anni dopo la sua concessione, del rischio di persecuzione nel suo Paese d'origine.

Alcun elemento sintomatico, tuttavia, emergeva dal *dossier* esaminato dall'autorità giudiziaria di esecuzione, ovvero dal materiale offerto dal ricorrente alla Corte, in ordine alla effettiva sussistenza di un rischio di persecuzione in conseguenza della sua consegna alla Romania.

Sotto tale profilo, pertanto, la Corte ha concluso il suo ragionamento osservando che le autorità giudiziarie di esecuzione avevano verificato l'assenza di motivi discriminatori legati alla richiesta di esecuzione del m.a.e. sulla base di un esame approfondito e completo della situazione personale del ricorrente, mostrando attenzione allo *status* derivante dalla sua posizione di rifugiato.

Con riguardo al diverso, ma connesso, profilo di doglianza inerente alla verifica delle condizioni di detenzione in Romania, il ricorrente si era invece limitato a formulare generiche doglianze, senza offrire specifici riferimenti alla situazione e alle condizioni degli istituti penitenziari nello Stato di emissione, sicché l'autorità giudiziaria di esecuzione non disponeva di sufficienti elementi di prova al riguardo.

A fronte di tale evenienza, in definitiva, la Corte ha ritenuto che la descrizione - fornita dal ricorrente all'autorità giudiziaria di esecuzione - delle condizioni di detenzione nelle carceri rumene non fosse sufficientemente dettagliata né approfondita, con il conseguente rilievo dell'assenza delle condizioni ostative necessarie per opporre il rifiuto del m.a.e., la cui esecuzione, in questo caso, non ha determinato alcuna violazione del diritto previsto dall'art. 3 CEDU.

4. Osservazioni conclusive.

Particolarmente rilevante appare il quadro dei principi affermati dalla Corte EDU con la decisione in commento, che si segnala non solo per la volontà di avviare un fruttuoso dialogo con la Corte di giustizia sulle tematiche "sensibili" dei rapporti fra l'esecuzione del m.a.e. e le condizioni di detenzione dei diversi sistemi nazionali, ma anche, e soprattutto, per un primo tentativo di razionale ed equilibrata sistemazione delle complesse relazioni fra l'applicazione delle garanzie fondamentali della CEDU e i concreti meccanismi di funzionamento degli strumenti normativi euro-unitari in materia di cooperazione giudiziaria penale.

Un catalogo di principi e di indicazioni operative, quello delineato dalla Corte, che può sinteticamente riassumersi come segue: a) nell'adempimento degli obblighi internazionali gli

Stati contraenti restano comunque vincolati al rispetto degli obblighi stabiliti dalla Convenzione; b) se l'organizzazione internazionale in questione (nel caso in esame, l'Unione europea) conferisce ai diritti fondamentali un livello equivalente o comparabile di protezione rispetto a quello ad essi garantito dalla CEDU, le misure adottate per adempiere quegli obblighi internazionali devono ritenersi giustificate; c) l'applicabilità della presunzione di protezione equivalente si fonda sui due presupposti dianzi richiamati (l'assenza in capo alle autorità nazionali di margini discrezionali in relazione all'adempimento dell'obbligo internazionale; la piena attuazione del potenziale del meccanismo di vigilanza e controllo sul rispetto dei diritti fondamentali all'interno dell'organizzazione); d) il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie nell'UE non può essere applicato in modo automatico e meccanico a discapito dei diritti fondamentali; e) qualora la regola basata sulla presunzione di protezione equivalente sia in concreto configurabile, la CEDU verifica se le modalità di applicazione dello strumento di riconoscimento reciproco renda manifestamente carente o meno la tutela dei diritti convenzionali; f) tali principi non si applicano solo al mandato d'arresto europeo, ma anche a tutti i meccanismi euro-unitari di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

4.1. Il tema dei rapporti fra il sistema dei controlli attivabili sulla base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'Unione europea rappresenta da tempo uno degli snodi più delicati nel rapporto fra l'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU e della Corte di giustizia. La CEDU, infatti, non esclude né limita la partecipazione dei propri Stati parti alle organizzazioni internazionali attraverso le quali si realizza la cooperazione internazionale, ma al contempo sottolinea il fatto che la qualità di membro di un'organizzazione internazionale non fa venir meno gli obblighi che derivano dall'adesione alla Convenzione.

In applicazione di tali principi, la Corte di Strasburgo, muovendo dal presupposto che il sistema euro-unitario offre una protezione dei diritti umani "equivalente" a quella prevista dalla CEDU, ha costruito le basi della c.d. "presunzione *Bosphorus*", secondo cui opera, per lo Stato la cui condotta costituisce adempimento di un obbligo derivante dalla propria appartenenza all'organizzazione internazionale, la presunzione che tale condotta sia anche convenzionalmente conforme.

Tale accertamento si basa sull'esistenza, nell'ambito dell'Unione europea, non solo di garanzie sostanziali ma anche di meccanismi procedurali di controllo della loro osservanza, che offrono una tutela equivalente a quella prevista dalla CEDU. Per "*equivalent*", tuttavia, la Corte ha precisato, nella sentenza *Bosphorus*, che la protezione si intende "*comparable*", not "*identical*" e la presunzione di conformità che ne consegue è suscettibile di prova contraria qualora, nelle specifiche circostanze del caso concreto, sia accertato che la protezione dei diritti è stata "*manifestly deficient*" (§156).

Nel successivo caso *Michaud*, la Corte EDU ha ulteriormente chiarito che l'operatività della presunzione è subordinata a due condizioni: l'assenza di qualunque margine di discrezionalità per lo Stato membro nell'adempimento dell'obbligo che deriva dal diritto UE (condizione che tipicamente sussiste nel caso dei regolamenti e manca invece rispetto alle direttive o ad altri strumenti come le decisioni quadro) e lo spiegamento, nella vicenda concreta, del pieno potenziale dei meccanismi di tutela giurisdizionale esistenti a livello UE (con una particolare sottolineatura, rispetto a questi ultimi, del ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia).

Con la pronuncia in esame, tuttavia, la Corte EDU sembra voler fare un passo in avanti nell'affermazione del grado di intensità del controllo sul piano della comparazione delle rispettive forme di tutela dei diritti fondamentali, poiché, da un lato, ha affermato con chiarezza che gli Stati membri UE devono rispettare le garanzie convenzionali quando applicano gli strumenti del riconoscimento reciproco, dall'altro lato ha indicato le modalità del controllo attivabile in relazione alla regola della presunzione di protezione equivalente, riconoscendo per la prima volta che la stessa può essere in concreto superata a causa di una manifesta carenza di tutela nell'applicazione del m.a.e. come strumento di riconoscimento reciproco.

4.2. Un ulteriore profilo di interesse della decisione in esame può cogliersi in relazione alle modalità di valutazione delle condizioni di detenzione riscontrabili negli istituti penitenziari dello Stato di emissione ai fini della opponibilità del correlativo motivo di rifiuto della consegna, poiché se la Corte EDU conviene con l'approccio seguito dalla Corte di Lussemburgo là dove entrambe richiedono l'accertamento di un rischio reale e individualizzato di violazione del diritto fondamentale a non subire un trattamento inumano e degradante in conseguenza della consegna, per altro verso essa non segue necessariamente l'approccio basato sul percorso bifasico inaugurato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con la menzionata decisione *Aranyosi e Căldăraru*.

Strettamente connessa a tale rilievo è la rilevante affermazione secondo cui la CEDU agisce quale punto di riferimento nelle ipotesi ritenute non coperte dall'applicazione della presunzione di protezione equivalente (nel caso di specie, a causa della mancata formulazione, da parte della Corte di cassazione francese, di una domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte UE su questioni rilevanti quali quelle relative alle implicazioni, ai fini dell'esecuzione del m.a.e., della concessione dello *status* di rifugiato ad opera di un altro Stato membro UE): in tali evenienze, infatti, il criterio basato sulla "manifesta insufficienza" di tutela viene considerato irrilevante.

Nel sistema di consegna post-estradizionale istituito dalla decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo, fondato, come è noto, sul principio del riconoscimento reciproco (considerando 6, art. 82, par. 1, TFUE), mentre l'esecuzione del m.a.e. rappresenta la norma (art. 1, par. 2), il rifiuto di darvi esecuzione rappresenta l'eccezione.

L'opposizione del rifiuto, che potrebbe aumentare il rischio di impunità e compromettere la sicurezza dei cittadini, nonché la protezione delle vittime dei reati, può essere presa in considerazione, in via di principio, solo nelle circostanze di cui agli artt. 3, 4 e 4 *bis* della decisione quadro. Sebbene non sia previsto un motivo di rifiuto legato alle violazioni dei diritti fondamentali, la decisione quadro non ha l'effetto di modificare l'obbligo degli Stati membri di rispettare i diritti e i principi fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 1, par. 3, considerando 12 e 13).

Al riguardo, infatti, una consolidata linea interpretativa della Corte di giustizia (Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-404/15, *Aranyosi e Căldăraru*; Id., 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*) ha riconosciuto che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in circostanze eccezionali e a determinate condizioni, può rifiutare di dare esecuzione ad un m.a.e. laddove sussista un rischio reale che la consegna dell'interessato possa portare a trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta, a causa delle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione.

Alle autorità giudiziarie competenti per l'esecuzione è dunque affidato il difficile compito di trovare, caso per caso, una equilibrata soluzione al conflitto tra il principio del riconoscimento reciproco e la tutela dei diritti fondamentali.

Per quel che attiene, in particolare, alla protezione da trattamenti inumani o degradanti, il divieto posto dall'art. 4 della Carta ha carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana di cui all'art. 1 della Carta, uno dei valori fondamentali dell'Unione e dei suoi Stati membri, come stabilito dall'articolo 2 TUE.

Come dianzi accennato, la valutazione, al riguardo, va effettuata in due fasi: *a)* le autorità competenti per l'esecuzione del m.a.e. devono avere accesso ad informazioni obiettive, attendibili, specifiche e debitamente aggiornate al fine di stabilire, in una prima fase, se, per quanto riguarda le condizioni di detenzione, nello Stato membro emittente sussistano carenze sistemiche o generalizzate, oppure carenze che colpiscono determinati gruppi di persone o taluni centri di detenzione; *b)* nella seconda fase della valutazione, esse, ai sensi dell'art. 15, par. 2, della decisione quadro, devono ricevere tutte le informazioni necessarie in ordine alle condizioni nelle quali è concretamente previsto che la persona interessata venga detenuta nello Stato membro emittente, così da poter verificare se sussistano motivi seri e comprovati per ritenere che, se consegnata, tale persona correrebbe un rischio reale di subire un trattamento inumano o degradante.

4.3. La giurisprudenza di legittimità si è prontamente adeguata alle indicazioni al riguardo offerte dalla Corte di Lussemburgo, stabilendo che, una volta accertata, attraverso l'acquisizione di documenti affidabili, l'esistenza di un generale rischio di trattamento inumano da parte dello Stato membro, va verificato se, in concreto, la persona oggetto del m.a.e. potrà essere

sottoposta ad un trattamento inumano: a tal fine l'autorità giudiziaria può richiedere allo Stato emittente qualsiasi informazione complementare necessaria e dovrà rinviare la propria decisione sulla consegna fino a quando non ottenga, entro un termine ragionevole, notizie che le consentano di escludere la sussistenza del rischio, pronunciando, in caso negativo, una decisione allo stato degli atti (Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, Barbu, Rv. 267296).

Nelle ipotesi in cui non emerga una situazione di pericolo "attuale", la Corte di cassazione ha ritenuto legittima la consegna senza la preventiva necessità di informazioni individualizzanti (nel caso di un m.a.e. emesso dalle autorità belghe sono state ritenute dirimenti le osservazioni avanzate dal Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa nel settembre 2016, dalle quali era emerso un miglioramento delle condizioni della situazione carceraria, tale da rendere non necessaria la verifica d'ufficio, Sez. 6, n. 9391 del 28/02/2018, Jovanovic, Rv. 272341).

Per quel che attiene alle informazioni provenienti dallo Stato di emissione circa il regime carcerario riservato al consegnando, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che lo Stato di esecuzione, in conformità con i principi del mutuo riconoscimento, deve limitarsi a "prenderne atto" (in tal senso v. Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, Barbu, in motivazione; Sez. 2, n. 3679 del 24/01/2017, Ilie, Rv. 269211; Sez. 6, n. 52541 del 09/11/2018, Moisa, in motivazione).

Più di recente si è precisato che, alla luce della evoluzione giurisprudenziale registrata nei più recenti indirizzi interpretativi della Corte di giustizia (Grande Sezione, 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C – 128/19 e Prima Sezione, 25 luglio 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, C-220/18), qualora lo Stato emittente abbia fornito assicurazioni che la persona interessata non subirà un trattamento inumano e degradante, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione può rifiutare di eseguire la richiesta solo quando, sulla base di elementi precisi, riscontri comunque il pericolo che le condizioni di detenzione siano contrarie all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali UE (Sez. 6, n. 18352 del 11 giugno 2020, C., Rv. 279301).

Si è altresì affermato che sono inammissibili critiche al sistema carcerario estero meramente esplorative, ovvero non sostenute dalla allegazione di attendibili e qualificate fonti in ordine alla sussistenza della carenza denunciata (Sez. 6, n. 24436 del 30/05/2019, Brunga, non mass. relativa ad un m.a.e. greco; Sez. 6, n. 31375 del 06/07/2018, Nwadike, non mass., relativa ad un m.a.e. maltese).

La questione delle condizioni in cui versano gli istituti penitenziari dello Stato di esecuzione non può essere in ogni caso proposta per la prima volta in sede di ricorso per cassazione, in quanto la necessità di attività istruttoria è incompatibile con la competenza attribuita alla Corte di cassazione: la previsione di legge del ricorso per cassazione "anche per il merito" attribuisce alla Corte di cassazione la possibilità di verificare gli apprezzamenti di fatto operati dal giudice della consegna, ma non le conferisce poteri di tipo sostitutivo o integrativo e tanto meno istruttorio,

a fronte di carenze documentali ed informative su aspetti determinanti ai fini della consegna e della giurisdizione dello Stato italiano (Sez. 6, n. 23130 del 21/05/2019, Vasile, non mass.; Sez. 6, n. 32404 del 18/07/2019, Hantig, non mass.). In termini generali si è infatti affermato che, a mente dell'art. 606, comma 3, cod. proc. pen., con il ricorso per cassazione è possibile dedurre violazioni di legge soltanto se le stesse siano state dedotte nel grado precedente, sicché non è possibile devolvere alla cognizione della Suprema Corte questioni mai dedotte davanti al giudice del grado precedente, ivi compreso il caso in cui, come nella specie, la Corte di cassazione sia investita di una cognizione di merito (Sez. 6, n. 43804 del 9/11/2012, Casini, Rv. 253433).

Sulla nozione di "spazio minimo detentivo", inoltre, la Corte di cassazione ha rammentato che per spazio minimo in una cella collettiva deve intendersi quello in cui il soggetto detenuto abbia la concreta possibilità di muoversi (Sez. 6, n. 1562 del 10/01/2019, Sava, non mass.). Infatti, secondo la decisione della Grande Camera, 20/10/2016, *Mursic c. Croazia*, "*L'important est de déterminer si les détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule (voir, par exemple, Ananyev et autres, précité, §§ 147-148, et Vladimir Belyayev, précité, § 342)*".

Muovendo da tale considerazione di ordine generale si è affermato, ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 CEDU, che devono essere detratte dalla superficie lorda della cella l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, ove questo assuma la forma e struttura "a castello", e gli armadi, appoggiati o infissi stabilmente alle pareti o al suolo, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente spostabili.

Resta fermo, in ogni caso, che lì dove la superficie così calcolata scenda al di sotto dei tre metri quadrati ciò non integra di per sé la violazione del parametro convenzionale, bensì la "*strong presumption*" di trattamento contrario ai contenuti dell'art. 3 CEDU, che, a determinate condizioni, viene ritenuta bilanciabile (in tal senso v. Sez. 1, n. 39294 del 03/07/2017, Marsala, non mass.; Corte EDU, Grande Camera, 15/12/2016, *Khalifa e altri c. Italia*, § 166, con la quale è stato ribadito che uno spazio personale inferiore a 3 mq. in una cella collettiva fa sorgere una "presunzione, forte ma non inconfutabile, di violazione" e che la presunzione in questione può essere confutata, in particolare, dagli effetti complessivi degli altri aspetti delle condizioni di detenzione ai sensi dell'art. 3 CEDU, tali da compensare in maniera adeguata la mancanza di spazio personale, quali, in via cumulativa, "la durata e l'ampiezza della restrizione, il grado di libertà di circolazione e l'offerta di attività all'esterno della cella, nonché del carattere generalmente decente o meno delle condizioni di detenzione nell'istituto).

In tale prospettiva è stato da ultimo affermato che la circostanza che lo spazio disponibile per ciascun detenuto in regime di detenzione cd. "chiuso" sia temporaneamente di poco inferiore al limite dei tre metri quadri (nella specie mq. 2,83) non comporta il rischio di un trattamento

carcerario inumano o degradante, in presenza della concreta operatività di fattori compensativi che rendano le condizioni della detenzione conformi agli standards convenzionali (Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355, in presenza di un m.a.e. esecutivo romeno).

4.4. Una linea interpretativa, quella dianzi citata, che **le Sezioni Unite** hanno di recente accolto ed ancor meglio precisato, affermando il principio secondo cui *«nella valutazione dello spazio individuale minimo di tre metri quadrati, da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione EDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento nella cella e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello» (Sez. U, 6551 del 20 settembre 2020, dep. 2021, Comisso, Rv. 280433).*

Al riguardo, in particolare, le Sezioni Unite hanno considerato come la Grande Camera della Corte EDU abbia optato per una valutazione multifattoriale e cumulativa delle concrete condizioni detentive in cui anche il dato temporale giuoca un ruolo rilevante, specie se il detenuto ha subito condizioni di ristrettezza per periodi non consecutivi. Mentre nel su citato caso Muršić, infatti, i giudici europei hanno rilevato la violazione per il periodo in cui il ricorrente ha trascorso ventisette giorni consecutivi in uno spazio inferiore a tre mq., nel caso trattato da Corte EDU, 17/10/2013, *Belyayev v. Russia*, la stessa Corte ha escluso che 26 giorni consecutivi espiati in uno spazio di poco inferiore ai 3 mq. (2,97 al lordo) avessero raggiunto quella soglia di gravità da integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, in presenza di altri aspetti trattamentali allevianti.

Particolarmente rilevante, ai fini della soluzione della questione rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite, è la modalità di calcolo dello spazio minimo adottata dalla Corte EDU. La Grande Camera, infatti, ha condiviso il metodo utilizzato dal Comitato di prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa, ovvero il fatto che la superficie vada considerata al netto dei servizi igienici, ma comprensiva degli arredi, senza distinzione. Ciò che è importante in tale accertamento, ha sottolineato la Corte europea, è verificare se i detenuti abbiano o meno la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella (*«detainees had a possibility to move around within the cell normally»*; *«détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule»* (§ 114).

Ebbene, l'attenzione della Corte di legittimità si è concentrata sui richiamati passaggi argomentativi, in quanto ritenuti espressione di principi consolidati a livello europeo, atteso che sono stati ribaditi anche in sentenze successive al caso *Muršić* (Corte EDU, sentenza-pilota 25/04/2017, *Rezmives e altri c. Romania*, § 77; Corte EDU, 16/05/2017, *Sylla e Nollomont c. Belgio*, § 27; Corte EDU, 30/01/2020, *J.M.B. et autres c. France*, § 147), per poi sviluppare la considerazione che il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti da parte della Corte

EDU è il frutto di una valutazione multifattoriale della complessiva offerta trattamentale, che sulla base di concreti fattori ambientali positivi, pur in presenza di uno spazio vitale inferiore a tre mq., può portare a ritenere, che le complessive condizioni di detenzione siano conformi agli standard convenzionali.

Nella citata sentenza *Muršić*, infatti, la Corte europea ha ribadito che l'attribuzione di uno spazio individuale inferiore al minimo di tre metri quadrati non comporta inevitabilmente e di per sé la violazione dell'art. 3 CEDU, ma fa sorgere soltanto una "forte presunzione", non assoluta, di violazione. Viene, inoltre, stabilito che tale presunzione può essere vinta dalla presenza congiunta di altri aspetti delle condizioni di detenzione, costituiti, ad es., dalla sufficiente libertà di movimento fuori dalla cella, dallo svolgimento di adeguate attività fuori cella e dal rilievo di dignitose condizioni della detenzione in generale (§ 132, § 138).

Ciò premesso, le Sezioni Unite hanno sottolineato che la problematica relativa all'incidenza da riconoscere ai c.d. "fattori compensativi", assume uno specifico rilievo soprattutto nell'ambito della procedura di consegna ad altri Stati di persone arrestate in forza di m.a.e. e, quindi, nei rapporti con autorità giudiziarie straniere.

A tal proposito, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto, a determinate condizioni, l'obbligo per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di sospendere o porre fine alla procedura di consegna, qualora questa rischi, in concreto, di esporre la persona colpita dal mandato ad un trattamento inumano o degradante. Quando tale rischio sia presente, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve rimandare la decisione sulla consegna della persona fino a quando non riceva informazioni che consentano di escluderlo.

Ebbene, la Corte di cassazione si è in più occasioni trovata a decidere sulla legittimità della disposta consegna in favore di Paesi membri dell'Unione in cui le condizioni detentive prevedono uno spazio vitale effettivo, al netto degli arredi fissi, inferiore al limite di tre mq. In diversi casi la violazione dell'art. 3 CEDU è stata esclusa proprio sulla base del riconoscimento di positivi fattori che compensavano l'insufficienza dello spazio (v., ad es., Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355, che ha valorizzato il congruo numero di ore da trascorrere quotidianamente all'esterno delle celle, le adeguate condizioni di igiene, e, dopo l'espiazione di un quinto della pena, la possibilità di accedere al regime di detenzione cd. aperto; Sez. 6, n. 52541 del 09/11/2018, Moisa, Rv. 274296, che ha dato importanza al ridotto lasso di tempo (solo nelle ore notturne) trascorso in cella, all'igiene personale, ai pasti, all'areazione, a condizioni di illuminazione e climatizzazione adeguate, nonché all'accesso all'acqua corrente ed ai servizi sanitari e, ancora alla possibilità di accedere a postazioni telefoniche ed informatiche, all'acquisto di generi di necessità, alle visite, alla possibilità di lavoro, allo svolgimento di attività educative, sportive, terapeutiche, con accesso agli spazi aperti).

Le Sezioni Unite hanno confermato la correttezza di tale impostazione, accedendo all'interpretazione secondo la quale, se il detenuto è sottoposto al regime c.d. "chiuso", è necessario che gli venga assicurato uno spazio minimo di tre metri quadrati, detratto quello impegnato da strutture sanitarie e arredi fissi; se, al contrario, è sottoposto al regime c.d. "semiaperto", ove gli venga riservato uno spazio inferiore ai tre metri quadrati, è necessario, al fine di escludere o di contenere il pericolo di violazione dell'art. 3 CEDU, che concorrano i seguenti fattori: 1) breve durata della detenzione; 2) sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella assicurata dallo svolgimento di adeguate attività; 3) dignitose condizioni carcerarie (Sez. 6, n. 53031 del 09/11/2017, P, Rv. 271577).

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno sviluppato tale ricostruzione esegetica, applicandola anche a situazioni diverse dalla fruizione di uno spazio minimo inferiore a tre mq. In linea con i principi espressi dalla consolidata giurisprudenza sovranazionale, hanno precisato che in caso di restrizione in una cella collettiva in cui lo spazio sia uguale o superiore al livello minimo di tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati e, quindi, pur non violando la regola "spaziale" dettata dalla Corte EDU, l'incidenza di altri fattori negativi - quali la mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, la cattiva aereazione, in una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, l'assenza di riservatezza nelle toilette, le cattive condizioni sanitarie e igieniche) - può portare a ritenere, comunque, violato l'art. 3 della Convenzione.

È dunque importante che nella presentazione dell'istanza ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen. l'interessato deduca, oltre alla sofferta detenzione in celle collettive con uno spazio individuale inferiore a quattro metri quadrati, anche l'esistenza di alcuni dei fattori negativi sopra indicati, dei quali, hanno precisato le Sezioni Unite, non è, comunque, richiesta la presenza cumulativa.

Infine, se lo spazio individuale in una cella collettiva è stato superiore a quattro metri quadrati, le Sezioni Unite non hanno escluso la possibilità di riconoscere trattamenti carcerari contrari all'art. 3 CEDU; hanno, comunque, specificato che il fattore del sovraffollamento non rileverà in una domanda proposta ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. che, pertanto, dovrà essere basata su fattori differenti.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

FAMIGLIA – MATRIMONIO RELIGIOSO – SENTENZA ECCLESIASTICA DI NULLITÀ – DELIBAZIONE
- DIVORZIO – CONSEGUENZE ECONOMICHE – GIUDICATO – ASSEGNO DIVORZILE –
UGUAGLIANZA TRA CONIUGI – SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE.

RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI: Artt. 8 e 12 CEDU; art. 5 Prot. 7 CEDU;
art. 1 Prot. 1 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNI: Artt. 2 e 29 Cost., 2909 c.c., 324 c.p.c.; L. 898/1970

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte di Cassazione: 9 dicembre 1993 n. 12144; SS.UU., 13 febbraio 1993 n. 1824; 23 marzo 2001, n. 4202; 4 marzo 2005 n. 4795; 11 febbraio 2008 n. 3186; 24 luglio 2012 n. 12989; 18 settembre 2013 n. 21331; 11 maggio 2018, n. 11553; 23 gennaio 2019, n. 1882

Corte EDU: Babiarz c. Polonia

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. U, sent. 31 marzo 2021 n. 9004.

Abstract

Chiamate a decidere a seguito dell'ordinanza del 25 febbraio 2020, n. 5078, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno confermato un pregresso orientamento, già evidenziato da Cass. 23 gennaio 2019, n. 1882. In materia di divorzio, la sentenza ecclesiastica esecutiva di nullità del matrimonio concordatario, successiva al giudicato sulla pronuncia di cessazione degli effetti civili ma intervenuta prima che sia divenuta definitiva la decisione sulle conseguenze economiche, non comporta la cessazione del giudizio civile di scioglimento del vincolo coniugale. Questo può dunque proseguire, sia ai fini della fase attributiva di accertamento della spettanza, sia ai fini della quantificazione e liquidazione dell'assegno divorzile.

Il caso

La vicenda ha origine da una pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, che viene impugnata dal marito solo relativamente al capo concernente l'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile in favore dell'ex moglie, con conseguente passaggio in giudicato della pronuncia sullo *status*. Durante la pendenza del giudizio d'appello, interviene la sentenza ecclesiastica di nullità del vincolo matrimoniale, successivamente deliberata nell'ordinamento civile. A fronte del riconoscimento, il marito ricorre in Cassazione censurando la sentenza d'appello per non aver dichiarato cessata la materia del contendere, sostenendo che il venir meno della validità del matrimonio con *efficacia ex tunc* avrebbe comportato la

sopravvenuta carenza di interesse della moglie a resistere nel giudizio avente ad oggetto la liquidazione dell'assegno di divorzio.

Le Sezioni Unite hanno così puntualizzato che la delibazione della sentenza ecclesiastica non solo non incide sul capo della sentenza divorzile relativo allo *status* (intangibile in quanto *res iudicata* ai sensi degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.), ma non è idonea ad esplicitare effetti neanche in ordine alla determinazione delle conseguenze economiche derivanti dalla pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

L'evoluzione giurisprudenziale

L'affermazione di questo principio segna un'ulteriore tappa nel cammino che la giurisprudenza da decenni ha intrapreso al fine di individuare i rapporti tra giudizio di nullità del matrimonio religioso e giudizio di divorzio. Nel vigore del Concordato lateranense e sino a Cass. 9 dicembre 1993 n. 12144, era stato affermato che l'esistenza della pronuncia di divorzio non impedisse il successivo riconoscimento in sede civile della sentenza canonica di nullità del vincolo (Cass., 3 novembre 1988 n. 5923, 21 marzo 1980 n. 1905) la quale, una volta delibata, travolgeva il provvedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio eventualmente presente, con tutte le relative statuizioni, comprese quelle di natura economica. A sostegno di tale interpretazione si adduceva che la pronuncia di divorzio, incidendo unicamente sul matrimonio-rapporto, in difetto di specifica eccezione sul punto, non fa stato in ordine alla validità originaria del vincolo. Il menzionato rilievo acquistava ulteriore efficacia in presenza della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale, ora venuta meno secondo quanto stabilito da Cass. SS.UU. 13 febbraio 1993 n. 1824 - che ha posto il criterio della prevenzione a fondamento del tema del concorso tra la giurisdizione ecclesiastica e quella civile -, in quanto il difetto di giurisdizione precludeva al giudice statale il potere di sindacare la validità originaria del vincolo, sicché *a fortiori* la pronuncia di divorzio non poteva far stato, neppure implicitamente, su tale aspetto.

Un diverso orientamento si fa strada nella giurisprudenza di legittimità a partire da Cass., 23 marzo 2001, n. 4202 ove, pur ribadendo che giudizio di divorzio e giudizio di nullità presentano differenti *petitum* e *causa petendi* e che dunque la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio non impedisce la successiva delibazione della sentenza canonica di invalidità del vincolo, si ritiene comunque che, relativamente ai capi del provvedimento di divorzio contenenti statuizioni di natura economica, debba essere applicata la regola secondo cui, una volta accertata con sentenza passata in cosa giudicata la spettanza di un diritto, stanti gli effetti sostanziali del giudicato ex art. 2909 c.c. questa non è suscettibile di formare oggetto di un nuovo giudizio "al di fuori degli eccezionali e tassativi casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c." (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331). Da ciò deriva, stando a questa ricostruzione, l'intangibilità della pronuncia che attribuisce l'assegno di divorzio, una volta che sulla stessa si sia formato il

giudicato, nonostante il sopravvenire della dichiarazione di invalidità originaria del vincolo. A simile conclusione non osta il rilievo che le sentenze che operano la cessazione degli effetti civili del matrimonio siano soggette al principio *rebus sic stantibus*, in quanto suscettibili di modifica ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970 n. 898 in presenza di mutamenti delle condizioni originarie: tale modifica presuppone invero la presenza di giustificati motivi sopravvenuti, da intendere "come circostanze che abbiano alterato l'assetto economico fra le parti, o di relazione con i figli, e non come circostanze che sarebbero state impeditive della emanazione della sentenza di divorzio e dell'attribuzione dell'assegno, le quali non sono idonee ad incidere sul giudicato se non nei limiti in cui sono utilizzabili attraverso il rimedio della revocazione" (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331, *cit.*). Nel senso della sopravvivenza delle statuizioni economiche contenute nel giudicato di divorzio nonostante l'intervenuto riconoscimento civile della nullità ecclesiastica si esprime di recente Cass., 11 maggio 2018, n. 11553, richiamando numerosi precedenti (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331, 24 luglio 2012 n. 12989, 11 febbraio 2008 n. 3186, 4 marzo 2005 n. 4795, 23 marzo 2001 n. 4202).

La soluzione delle Sezioni Unite

La sentenza delle Sezioni Unite, in contrasto con la tesi propugnata nell'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 5078) e confermando quanto statuito da Cass., Sez. I, 23 gennaio 2019, n. 1882, ha chiarito che in tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile scaturito dalla domanda di scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.

Secondo la Corte, inoltre, questa conclusione troverebbe un'ulteriore ed indiretta conferma nello stesso testo dell'Accordo del 1984. In base all'art. 8, infatti, lo Stato italiano si è impegnato, per un verso, a riconoscere effetti civili ai «matrimoni contratti secondo le norme di diritto canonico», per altro verso a dichiarare efficaci «le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici» alle condizioni previste, restando invece rimessa alla competenza dello Stato italiano la disciplina dei rapporti patrimoniali fra i coniugi derivanti dai conseguiti effetti civili dei matrimoni concordatari, come si evince dal disposto dell'art. 8, comma primo, che sostanzialmente rimanda in proposito alle disposizioni del codice civile. Diversamente, "ogni statuizione riguardo al venire meno di tali effetti, con riferimento alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni concordatari, è rimessa dall'art. 8, comma secondo, ultima parte, esplicitamente alla giurisdizione ed implicitamente alla normativa dello Stato italiano" (si veda Cass., 4202/2001 *cit.*).

In motivazione, dopo aver ribadito la diversità di *petitum* e *causa petendi* tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario - volto ad ottenere l'accertamento dell'invalidità originaria del vincolo coniugale - e quello di cessazione degli effetti civili, avente piuttosto ad oggetto il matrimonio-rapporto, le Sezioni Unite hanno chiarito che il fondamento dell'assegno divorzile non va ricercato nell'esistenza di un matrimonio valido, ma nella constatazione dell'intervenuta dissoluzione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla nonché nella necessità di riequilibrio delle condizioni economico-patrimoniali dei coniugi.

Tale affermazione si pone in linea di continuità con l'evoluzione giurisprudenziale in materia di assegno divorzile, il cui definitivo approdo è stato raggiunto da SS.UU. n. 18287 dell'11 luglio 2018. In quell'occasione, i giudici di legittimità hanno avuto modo di precisare che, accanto all'aspetto assistenziale, l'assegno post-matrimoniale svolge altresì una funzione perequativa e compensativa, fondata sui canoni di solidarietà e uguaglianza di cui agli artt. 2 e 29 Cost.

I suddetti parametri permeano la vita matrimoniale non solo nella sua fase fisiologica ma soprattutto in caso di dissoluzione del vincolo. E' proprio il verificarsi della crisi che va innegabilmente ad incidere sulla regolazione dei profili economico-patrimoniali, imponendo al giudice un rigoroso accertamento circa la mancanza di mezzi adeguati da parte del coniuge richiedente (art. 5, comma 6, L. divorzio) che dia particolare rilievo, tra gli altri elementi, al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale. In definitiva, le statuizioni economiche pronunciate nel giudizio di divorzio rinviengono la loro essenziale giustificazione in quel dovere inderogabile di solidarietà economica, il cui adempimento non postula, quale necessario ed attuale suo presupposto, lo *status* di coniuge, ma è richiesto ad entrambi gli ex coniugi, quali 'persone singole', a tutela della persona economicamente più debole (c.d. 'solidarietà post-coniugale').

Anche negli ordinamenti europei continentali l'assegno divorzile assolve una funzione composita; ai sensi del codice francese esso è destinato «à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives» (art. 270). Analogamente si esprime il codice civile spagnolo, che attribuisce all'assegno divorzile la funzione di compensazione del «desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» (art. 97). Anche la legge divorzile austriaca prevede il riferimento al rapporto matrimoniale per la determinazione dell'assegno dovuto dall'ex coniuge per colpa esclusiva o prevalente del quale il divorzio sia stato pronunciato (§ 69). Puntuale è il riferimento del codice tedesco al livello di vita matrimoniale: «Das Mass des Unterhalts bestimmt sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen» (la misura del mantenimento si determina secondo il rapporto di vita matrimoniale).^[1]

Il principio di solidarietà post-coniugale, che innerva l'intera disciplina del diritto di famiglia, trova una sua declinazione anche nella decisione in rassegna la quale, nell'indagare il rapporto

tra il giudizio di divorzio e la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio non può non tenere conto della perdurante coesistenza di diritti e doveri inderogabili che accompagnano la coppia anche nella fase successiva allo scioglimento del vincolo.

Le garanzie previste dalla CEDU

La definizione dell'assegno divorzile alla stregua di uno strumento funzionale a presidiare una concezione di matrimonio ispirata al principio della pari dignità dei ruoli trova pieno riscontro nella prospettiva sovranazionale e, in specie, nell'art. 5 del Protocollo addizionale n.7 alla CEDU, rubricato "Eguaglianza dei coniugi"¹⁴: *"I coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civilistico tra loro, nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso. Questo articolo non impedirà allo Stato di adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi dei figli"*. Alla luce di tale disposizione risulta evidente l'esigenza di garantire pari diritti e responsabilità tra i coniugi non solo durante il matrimonio ma anche in caso di scioglimento.

Come si legge nell'*Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 22.XI.1984*¹⁵, non sussiste alcun obbligo per lo Stato di prevedere lo scioglimento del matrimonio ma, laddove ciò avvenga, è necessario che il fondamentale canone di uguaglianza e solidarietà non venga escluso o paralizzato¹⁶. L'attuazione di tali canoni, infatti, non può essere compromessa, paradossalmente, proprio nella fase patologica della vita familiare, sovente caratterizzata da conflitti anche aspri, e in cui gli effetti negativi della asimmetrica divisione dei pesi nella vita familiare si manifestano con maggiore durezza, proprio con riferimento al coniuge più debole.

Pertanto, se come sostiene la Corte nella citata ordinanza interlocutoria, la solidarietà post-coniugale assurge a *"fonte genetica delle obbligazioni patrimoniali tra ex-coniugi, a prescindere dalla esistenza e validità dell'atto costitutivo"*, allora inevitabilmente da detta obbligazione sorge lo speculare diritto di credito vantato dal coniuge più debole. In una prospettiva di stampo sovranazionale, tale diritto trova piena tutela nell'alveo dell'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla CEDU, rubricato: "Protezione della proprietà"¹⁷: *"Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al*

¹⁴ Nella versione in lingua inglese il testo è il seguente: **"Article 5 – Equality between spouses.**

Spouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a private law character between them, and in their relations with their children, as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution. This article shall not prevent States from taking such measures as are necessary in the interests of the children".

¹⁵Reperibile all'indirizzo

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96fd>)

¹⁶ Affermazioni di tenore analogo sono rinvenibili nella giurisprudenza della Corte EDU, che richiama gli artt. 8 e 12 della Convenzione EDU. V. *Babiarz v. Poland application no. 1955-10* "The Court has already held that neither Article 12 nor 8 of the Convention can be interpreted as conferring on individuals a right to divorce").

¹⁷ Nella versione in lingua inglese il testo è il seguente: **"Article 1 of Protocol No. 1 – Right to property** Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions

rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”.

Questa disposizione assicura, invero, una tutela ampia del diritto di proprietà, che non si arresta ai soli diritti reali, come accade nel sistema italiano; si tratta di un concetto di proprietà autonomo, indipendente dalle formali classificazioni degli Stati membri e non limitato alla tutela di beni materiali e dei diritti reali, ma che estende il proprio ambito applicativo anche ai diritti di credito¹⁸. Ne deriva che, qualora una legislazione nazionale non riconosca un particolare interesse come “diritto” o anche come “diritto di proprietà”, ciò non preclude che detto interesse sia da ricomprendersi a pieno titolo nel significato autonomo dell’art.1 del Protocollo addizionale n. 1. Se dunque tale diritto di credito, che discende dal matrimonio-rapporto e, in specie, dal dovere di cd. solidarietà post-coniugale, deve ritenersi ormai acquisito nel patrimonio dell’ex coniuge debole, non sarebbe ammissibile in alcun modo l’intervento di una successiva sentenza che ne spogli il legittimo proprietario. La fine di un matrimonio, consacrata da una sentenza irrevocabile sullo *status*, cristallizza un nuovo diritto del coniuge più debole, a prescindere che il giudizio non sia ancora terminato per la spettanza e la liquidazione dell’assegno divorzile, poiché la fonte genetica dell’assegno non è il matrimonio-atto, bensì quella “solidarietà post-coniugale” che trova una sua declinazione sia nel diritto interno che a livello sovranazionale.

[Indice](#)

except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”.

¹⁸ Il significato autonomo di proprietà si desume dalla *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*: “The concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 is an autonomous one, covering both “existing possessions” and assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation”. “Possessions” include rights “in rem” and “in personam”. The term encompasses immovable and movable property and other proprietary interests” (p. 7, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf):

CLASSIFICAZIONE

FAMIGLIA – ADOZIONE – COPPIE DELLO STESSO SESSO – RICONOSCIMENTO DEGLI EFFETTI DI UN PROVVEDIMENTO STRANIERO DI ADOZIONE – ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE – VITA FAMILIARE – SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE – NECESSARIA ESCLUSIONE DI VICENDE DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.

RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI

Artt. 8 e 14 Cedu;

Art. 24 Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea;

Artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo;

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

Artt. 2, 3, 29, 31 Cost.;

L. n. 184 del 1983, art. 6, 25, 35;

L. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65;

L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20;

D. Lgs. n. 153 del 2013;

D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18

D.P.R. n. 445 del 2000, art. 47

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI:

Corte EDU: Corte Edu 19/2/2013, *X ed altri c. Austria*; Corte Edu 26/06/2014 *Labassee c. Francia e Mennesson c. Francia*; Corte EDU 21/4/2014, *Zhou c. Italia*; Corte Edu 13/10/2015, *S.H. c. Italia*; Grand Chambre della Corte Edu 24/1/2017, *caso Paradiso e Campanelli*; Avis consultatif del 9/4/2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese in applicazione del Protocollo 16.

Corte costituzionale: Corte Cost. n. 536 del 1989; Corte Cost. n. 138 del 2010; Corte Cost. 170 del 2014; Corte Cost. n. 221 del 2019; Corte Cost. n. 230 del 2020; Corte Cost. n. 237 del 2020; Corte Cost. n. 32 e 33 del 2021.

Corte di cassazione: Cass. n. 9912 del 1991; Cass. n. 601 del 2013; Cass., n. 12962 del 2016; Cass. n. 19599 del 2016; Cass. n. 14007 del 2017; Sez. U. n. 12193 del 2019; Cass. n. 3643

del 2020; Cass., n. 7668 del 2020; Cass., n. 8029 del 2020; Cass n. 1476 del 2021; Sez. U. n. 9006 del 2021.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass, civ., Sez. U, sent. 31 marzo 2021 n. 9006.

Abstract

Chiamate a decidere "se possa costituire espressione di principi fondamentali ed irrinunciabili dell'ordinamento il disfavore dell'ordinamento interno per l'accesso all'adozione legittimante da parte delle coppie dello stesso sesso" e "se il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico che l'autorità giudiziaria italiana deve compiere, ai sensi della l. n. 218 del 1995, artt. 41, 64, 65, 66 ai fini del riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario straniero di adozione c.d. legittimante, debba o non includere la valutazione estera di adottabilità del minore", le Sezioni Unite hanno affermato che il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale. Secondo la Corte, infatti, non costituisce elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale, ove sia esclusa la sussistenza di una ipotesi di gestazione per altri a fondamento della filiazione. La Suprema Corte ha, inoltre, escluso che il consenso prestato dai genitori biologici all'adozione si ponga in contrasto con i principi dell'ordine pubblico internazionale salvo il caso in cui le parti provino ed emerga con obiettività probatoria che la determinazione di privarsi del figlio minore da parte dei genitori biologici discenda da un intervento di carattere oneroso degli adottanti o che il consenso prestato sia stato la conseguenza di un accordo vietato e sanzionato penalmente nel nostro diritto interno perché incidente sui diritti inviolabili della persona.

Il caso

La pronuncia delle Sezioni Unite origina dalla richiesta da parte di un cittadino italiano naturalizzato statunitense e di un cittadino americano, coniugati secondo la legge dello stato di New York, di ottenere la trascrizione nell'ordinamento italiano del provvedimento di adozione legittimante del figlio minore. *L'adoption order* era stato emesso dalla *Surrogate Court* dello Stato di New York sulla base del consenso preventivo dei genitori biologici e dopo un'indagine, effettuata da agenzia pubblica equiparabile ai Servizi Sociali, sull'idoneità della coppia adottante.

A fronte del rifiuto opposto dall'ufficiale dello Stato Civile di procedere alla trascrizione, l'adita Corte d'Appello di Milano dichiarava l'efficacia del provvedimento di adozione ordinando all'Ufficiale dello Stato Civile di procedere alla sua trascrizione.

Avverso tale pronuncia propone ricorso per cassazione il Sindaco di S., in qualità di ufficiale di Governo, lamentando la contrarietà del provvedimento giurisdizionale straniero ai principi desumibili dalla Costituzione italiana (art. 29) ed all'ordine pubblico internazionale.

Con ordinanza interlocutoria viene, dunque, richiesto alle Sezioni Unite di chiarire:

1. se il combinato disposto di cui agli artt. 6 della legge n. 184 del 1983 e 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016, che consente l'adozione c.d. legittimante soltanto alla coppia eterosessuale coniugata e non anche a quella omoaffettiva, ancorché unita civilmente, sia di ostacolo al riconoscimento nell'ordinamento italiano del provvedimento estero di adozione legittimante di minore da parte di coppia omoaffettiva, perché in contrasto con l'ordine pubblico internazionale;
2. se la valutazione straniera sullo stato di adottabilità del minore possa comporre lo scrutinio di compatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale, tenuto conto che il controllo giurisdizionale eseguito era stato fondato sull'accertamento del consenso preventivo da parte dei genitori biologici.

I principi stabiliti dalle Sezioni Unite

Quanto alla prima questione sollevata dall'ordinanza interlocutoria, il problema si è posto in quanto la parte ricorrente contestava la nozione di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte d'Appello di Milano, la quale aveva ammesso il riconoscimento della sentenza straniera di adozione legittimante richiamando l'arresto della Cassazione n. 19599 del 2016, in cui era stata accolta una nozione di ordine pubblico composta esclusivamente dai principi fondamentali *"desumibili dalla Carta Costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo"*.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 9006 del 2021 - dopo aver chiarito che la valutazione della conformità dell'atto alla nozione di ordine pubblico internazionale è limitata agli effetti che esso è destinato a produrre nel nostro ordinamento (e non al suo contenuto, né alla conformità della legge estera a quella interna regolativa dei medesimi istituti) – dichiarano, a chiare lettere, di voler prestare adesione alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 (nello stesso senso: Cass, Sez. Un., n. 11601/2017), secondo cui la nozione di ordine pubblico internazionale non ha soltanto una funzione di limite al riconoscimento degli atti stranieri ma anche di promozione (S.U. 16601 del 2017) e di tutela dei diritti fondamentali della persona (Cass. n. 19405 del 2013), attraverso i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, dalle Convenzioni sui diritti della persona, cui l'Italia ha prestato adesione, e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, oltre a quelli derivanti dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione. La nozione di ordine pubblico internazionale include, dunque, i valori condivisi dalla comunità internazionale e i principi fondamentali previsti dalla Costituzione

e dalle leggi che ad essa si ispirano, così come interpretate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità cui non può prescindere nella ricostruzione dell'ordine pubblico in un determinato momento storico.

La Suprema Corte ha dovuto verificare se il limite di accesso all'adozione piena alle coppie coniugate e la non equiparazione unione civile/matrimonio stabilita dalla legge ordinaria n. 76 del 2016, art. 1, comma 20, siano espressione dei principi fondamentali che disegnano la trama dell'ordine pubblico internazionale attuale, così da impedire il riconoscimento nel nostro ordinamento dell'atto straniero di adozione.

Secondo la Suprema Corte l'esame dei più recenti interventi della giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., n. 221 del 2019; Corte Cost., n. 237 del 2020; Corte Cost., n. 230 del 2020) e di legittimità (Corte Cass., n. 7668 del 2020; Corte Cass., n. 8029 del 2020) non permette di includere tra i principi di ordine pubblico internazionale, che possono costituire il limite al riconoscimento dell'atto estero di adozione, le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva legittimante contenute nella L. n. 184 del 1983, art. 6 e dalla L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20 ove, tuttavia, sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. Nel caso di specie, infatti, alla base della costituzione dello *status* genitoriale adottivo della coppia richiedente non risulta essere un accordo di surrogazione di maternità, realizzato mediante una forma di fecondazione eterologa penalmente vietata nel nostro ordinamento. Dunque, oggetto del sindacato giurisdizionale è la compatibilità dello *status* genitoriale, di natura intrinsecamente adottiva.

Nella sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019, invero, il limite, per contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale, al riconoscimento di provvedimenti esteri, richiesto da coppie omoaffettive, è stato individuato esclusivamente nel ricorso alla gestazione per altri, ma senza ricondurre a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a *status* filiali. La caratteristica della omoaffettività e del genere maschile della coppia ha costituito, infatti, un mero presupposto di fatto ma non l'oggetto della contrarietà ai principi di ordine pubblico, incentrata esclusivamente sul divieto di surrogazione di maternità. La valutazione di compatibilità è stata compiuta, in quell'occasione, assumendo come principi cardine il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare (Cass. 14007 del 2017) ed il *favor* verso la continuità degli *status filiali* da bilanciare, tuttavia, con il limite incompressibile della dignità dei soggetti coinvolti senza includere, però, nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale il limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio. La differenza di genere per le coppie omogenitoriali maschili, dunque, costituisce un discrimine soltanto se il progetto genitoriale comune si fonda sul ricorso alla gestazione per altri.

A tal riguardo, la Suprema Corte osserva come ormai sia un punto fermo nella giurisprudenza l'ininfluenza dell'orientamento sessuale nelle controversie riguardanti l'affidamento dei minori e la responsabilità genitoriale all'interno del conflitto familiare (Cass. 601 del 2013), dal momento che non sussistono riscontri scientifici sulla inidoneità genitoriale di una coppia formata da persone dello stesso sesso (Corte Cass., n. 601 del 2013; Corte Cass., n. 12962 del 2016; Corte Cost., n. 32 e 33 del 2021).

Le Sezioni Unite hanno precisato, infatti, che i principi di derivazione costituzionale e convenzionale, come il principio dell'autodeterminazione nelle scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost.; art. 8 Cedu), il principio del preminente interesse del minore alla stabilità affettiva, relazionale e familiare di origine convenzionale (24 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea; art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo; art. 8 CEDU), il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno e fuori del matrimonio o adottivi (artt. 3 e 31 Cost. e l. n. 219 del 2012; d. lgs. n. 154 del 2013), si pongono in condizione di evidente sovraordinazione e preminenza rispetto al divieto di adozione legittimante per le coppie dello stesso sesso.

D'altro canto, si osserva che sia la legge interna (l. n. 184 del 1983 così come modificata dalla l. n. 149 del 2001 e dalla recente legge sulla continuità affettiva n. 173 del 2015) che il diritto vivente (CEDU caso Zhou contro Italia sentenza 21/4/2014 e S.H. contro Italia sentenza 13/10/2015; Cass. 3643 del 2020 e 1476 del 2021) hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall'obiettivo di conservare la continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella relazione familiare.

La Suprema Corte sottolinea, peraltro, come l'unione matrimoniale, così come prevista nell'art. 29 Cost., sebbene rappresenti il modello di relazione familiare cui la normativa interna assicura, allo stato attuale, il massimo grado di tutela giuridica, non costituisce più, specialmente dopo la riforma della filiazione, il modello unico (o quello ritenuto esclusivamente adeguato) per la nascita e la crescita dei figli minori, alla luce, soprattutto, della continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, realizzata mediante un'interpretazione aperta dell'art. 2 Cost. (Corte Cost. n. 138 del 2010 e 170 del 2014) e dell'art. 8 Cedu (Caso X ed altri contro Austria sentenza del 19/2/2013, Labassee contro Francia e Mennesson contro Francia sentenze del 26 giugno 2014; Avis consultatif del 9 aprile 2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese in applicazione del Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018, cui l'Italia non ha ancora aderito).

Simili considerazioni hanno condotto la Corte ad affermare il principio di diritto secondo cui *"Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o*

legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione”.

Quanto alla seconda questione di massima di particolare importanza, la Corte premette che non può escludersi, in astratto, la comparazione delle condizioni di adottabilità poste a base del provvedimento estero, di cui si chiede il riconoscimento, con i principi di ordine pubblico internazionale. È consapevole, la Corte, che l'adozione consensuale può in concreto mascherare pratiche illecite, tuttavia, sottolinea che, affinché alla valutazione degli effetti "formali" dell'atto si colleghi quella sulle modalità di produzione degli effetti predetti, deve emergere con obiettività probatoria che alla base del consenso da parte dei genitori biologici vi sia un intervento di carattere oneroso con gli adottanti, o che lo stesso fosse la conseguenza di un accordo sanzionato penalmente nel nostro diritto interno, come l'accordo di surrogazione di minore; altrimenti, si giungerebbe a confondere il limite costituito dall'ordine pubblico internazionale con la regolamentazione giuridica interna dell'adozione legittimante.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza, sia di legittimità (Cass. n. 9912 del 1991) che costituzionale (Corte Cost. n. 536 del 1989), il fondamento consensuale dei procedimenti adottivo non può, di per sé, ritenersi incompatibile con i principi di ordine pubblico. Non può cioè ravvisarsi un'aprioristica contrarietà all'ordine pubblico internazionale del modello di adozione consensuale, ove vi sia stato il "rispetto d'irrinunciabili garanzie" e "in presenza di provvedimenti a contenuto effettivamente adottivo" (Corte Cost. n. 536 del 1989).

Peraltro, nel caso di specie *l'adoption order* non si era fondato solo sul consenso dei genitori biologici del minore, ma anche sul risultato di un'indagine, svolta secondo le prescrizioni normative della legge interna, relativa all'idoneità genitoriale della coppia adottante, così da assicurare il *best interest of the child*.

In base a queste osservazioni, la Suprema Corte afferma il principio di diritto secondo cui *"con l'esame del provvedimento giurisdizionale, alla luce delle deduzioni ed allegazioni delle parti, porta nel caso di specie ad escludere il rilievo della condizione di adottabilità, sulla valutazione di compatibilità del provvedimento estero di adozione legittimante con i principi di ordine pubblico internazionale"*.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

TRIBUTI ARMONIZZATI – INDEDUCIBILITÀ IVA PER ATTIVITÀ STRUMENTALE O CONNESSA A REATO – FONDAMENTO.

IMPOSTE DIRETTE ED IRAP – ACCERTAMENTO INDUTTIVO DEL REDDITO PER ATTIVITÀ STRUMENTALE O CONNESSA A REATO – NON DEDUCIBILITÀ DEI COSTI – FONDAMENTO.

ATTIVITÀ SANITARIA ESERCITATA IN ASSENZA DI TITOLO – ACCERTAMENTO INDUTTIVO DEL REDDITO – INDEDUCIBILITÀ DEI COSTI: PRESCINDE DALLA MODALITÀ DELL'ACCERTAMENTO E DERIVA DIRETTAMENTE DALLA LEGGE.

ATTIVITÀ SANITARIA ESERCITATA IN ASSENZA DI TITOLO – IRROGAZIONE SANZIONI TRIBUTARIE – VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM* IN RAPPORTO ALLA CONDANNA PENALE – NON SUSSISTE – RAGIONI.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 132 dir. 2006/112 del 28 novembre 2006 e dell'art. 10 n. 18 d.P.R. n. 633/1972; art. 12, comma settimo, l. n. 212/2000, art. 5 ter del d. lgs. n. 218 del 1997, come modificato dal d.l. n. 34 del 30/04/2019 n. 34; art. 14, comma quarto *bis*, l. n. 537/1993 nel testo anteriore e successivo alla riforma di cui all'art. 8, primo comma, d. l. n. 16/2012; principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, come interpretato dalla sentenza CEDU del 4 marzo 2014, in relazione all'art. 117 Cost., nonché all'art. 50 CDFUE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI: CGUE 3 luglio 2014, C-129 e 130/13, Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV contro Staatssecretaris van Financiën, § 75; CGUE il 18 dicembre 2008, nella causa C-349/07, Sopropé - Organizagtes de Calgado Lda contro Fazenda Pública; CGUE 8 marzo 2017, C-14/16, Euro Park Service, § 36, in materia di rimborsi; CGUE 20 dicembre 2017, C- 276/16, Prequì Italia srl, § 45; Corte EDU, nella sentenza A. e B. c. Norvegia, 15 novembre 2016, n. 24130/11 and 29758/11.

PRONUNCE SEGNALATE:

Cass. civ., Sez. 5, ord. 1° aprile 2021, n. 9076 e n. 9077.

I principi affermati: Non contrasta con la disciplina comunitaria della neutralità IVA l'esenzione nazionale per le sole prestazioni sanitarie svolte da personale abilitato – ai fini IVA non sono prestazioni sanitarie quelle svolte da chi è sfornito dell'abilitazione specifica richiesta per legge.

In tema di tributi armonizzati è necessario il contraddittorio endoprocedimentale, preventivo all'adozione del provvedimento impositivo – il contraddittorio endoprocedimentale può esplicarsi in due modalità alternative e fungibili, a seconda della vicenda sostanziale sottesa: tramite invito a rendere chiarimenti all'Autorità fiscale oppure con la concessione di uno *spatium deliberandi* tra la comunicazione delle attività istruttorie svolte e l'adozione del provvedimento impositivo,

in cui il contribuente ha facoltà, ma non l'obbligo, di proporre osservazioni che l'Amministrazione deve tenere in considerazione nella motivazione dell'atto finale;

Non viola il principio del *ne bis in idem* la previsione nazionale di un recupero di imposta evasa in esecuzione di attività illecita già sanzionata penalmente, né la sanzione amministrativa connessa alla violazione fiscale, trattandosi di conseguenze afflittive a tutela di distinti valori protetti dall'ordinamento.

Il fatto: Semplice, in sé, il caso che ha dato scaturigine alla controversia esaminata dalla Suprema Corte, ma che ha fornito l'occasione per richiamare plurimi principi di rango nazionale ed europeo, sia noti, sia meno noti e su cui le ordinanze in commento hanno affrontato anche il rapporto fra norme di diversa fonte, proponendo una soluzione innovativa su uno dei temi più difficili, quello del *ne bis in idem*.

Il contribuente esercitava l'attività di odontoiatra, in assenza di iscrizione all'albo, donde subiva decreto penale di condanna per esercizio abusivo della professione sanitaria. Sotto il profilo fiscale, seguiva la ripresa a tassazione per l'IVA non esposta, nonché la relativa sanzione amministrativa connessa all'irregolarità fiscale. Parzialmente soccombente nei gradi di merito, il contribuente ha investito la Suprema Corte di numerosi profili di legittimità interna, eurocomunitaria nonché afferente ai diritti fondamentali dell'Uomo.

Il giudizio: Il contribuente ha lamentato la violazione dell'art. 132 dir. 2006/112 del 28 novembre 2006 e dell'art. 10 n. 18 d.P.R. n. 633/1972 per essersi visto recuperare a tassazione l'IVA che ritiene esente per le prestazioni sanitarie, anche se svolte in difetto dei requisiti di abilitazione. Con le pronunce in rassegna, la Suprema Corte nazionale rammenta che l'esercizio in assenza dei requisiti voluti dalla legge integra il reato di esercizio abusivo della professione e, per tale capo di imputazione, il contribuente è stato condannato in sede penale. Donde, viene operata una distinzione utile anche per affrontare i profili ulteriori trattati in ordinanza: la carenza dei requisiti non integra un mero vizio formale irrilevante ai fini sostanziali della prestazione che sarebbe e rimarrebbe sanitaria, con diritto all'affrancamento dell'IVA; al contrario, ove svolta in assenza dei requisiti e, perciò, abusivamente, la prestazione cessa di essere sanitaria. In altri termini, è sanitaria la prestazione resa da un professionista abilitato nel campo per cui ha avuto l'abilitazione, mentre non lo è se la stessa prestazione viene svolta da soggetto non abilitato: per cui si deve guardare al carattere soggettivo e non oggettivo della prestazione, atteso che è il medico a rendere sanitaria una prestazione. Ciò discende dal monopolio esclusivo dello Stato nel rilasciare titoli ed abilitazioni, previo accertamento delle competenze specifiche raggiunte, a tutta garanzia dei consociati –in questo caso, i pazienti– che non debbono dover verificare le capacità di ciascuno, ma fanno affidamento sul titolo conseguito e sulla vigilanza continua assicurata dagli ordini professionali sui propri iscritti. È quindi un interesse pubblico (con tale intendendosi quello che è "proprio di ciascuno, ma non esclusivo di alcuno") a guidare la

distinzione, dato dall'affidamento del privato sulla competenza rappresentata dal titolo. Ed a tutela di quest'interesse si pone la sanzione penale, sia con l'effetto deterrente della minaccia ed afflittivo della pena, sia e –diremmo- soprattutto per quell'effetto ulteriore e comune a tutte le norme penali cioè la frustrazione degli obbiettivi perseguiti con il comportamento illecito, colpendo con la nullità nell'ambito civile ed il disconoscimento per il profilo fiscale. Detto diversamente, la prima sanzione è la nullità o l'irrilevanza giuridica degli effetti ricercati con la condotta non dovuta: quelle prestazioni non sono considerate sanitarie, a tutti gli effetti.

Ne consegue che non può applicarsi la citata norma speciale di regime agevolato IVA, sia perché non si tratta a fini legislativi di prestazioni sanitarie, sia perché –anche volendo agire in via interpretativa, come pare intendesse il contribuente- qualora accertate come prestazioni non sanitarie, non è possibile applicar loro in via analogica o (*recte*) estensiva una disposizione eccezionale che, proprio in quanto tale, sconta l'esegesi secondo l'art. 14 (e non il 12) delle preleggi. Ed infatti, chiudendo il cerchio ermeneutico, il quadro generale europeo dettato in materia di IVA lascia libertà minima agli Stati per andare in deroga al principio di neutralità dell'IVA, proprio per assicurare la prevalenza giuridica su quella meramente economica.

Le ordinanze in rassegna affrontano poi il tema del contraddittorio endoprocedimentale, cioè una partecipazione attiva del contribuente nel corso o all'esito dell'attività istruttoria e prima dell'adozione dell'atto finale, cioè del provvedimento impositivo. Dopo aver ricordato la derivazione eurounitaria dell'istituto, ne viene circoscritta la doverosità solo per i tributi c.d. armonizzati, tra cui in primo luogo l'IVA. Non di meno, alla doglianza di parte privata di non aver ricevuto invito a rendere chiarimenti, il Collegio interpreta la fonte comunitaria e la giurisprudenza del Lussemburgo distinguendo due forme di adempimento del dovere del contraddittorio: 1) l'invito a rendere chiarimenti su irregolarità rilevate o su circostanze significative riscontrate; 2) la concessione di un termine a difesa, uno *spatium deliberandi*, entro il quale la parte privata può proporre proprie osservazioni che l'Amministrazione è tenuta a considerare, dimostrandolo in motivazione. Il profilo interessante e, spesso, sottaciuto insiste nell'onere di attivazione del contraddittorio che è in capo alla P.A. o al contribuente a seconda di come si espliciti l'attività istruttoria. Può essere quindi l'Ufficio a chiamare il privato per avere dei chiarimenti prima di procedere con l'atto impositivo, ma spetta anche al privato –in altri casi- attivarsi in un termine che gli è assicurato per far valere le proprie ragioni, in assenza delle quali l'Ufficio è legittimato a considerare il silenzio significativo. In estrema sintesi, se vi è un diritto al contraddittorio procedimentale, non vi è un'aspettativa qualificata a vedersi convocati, ma piuttosto un onere di diligenza e di vigilanza nell'intervenire nel momento opportuno, quando le risultanze istruttorie siano state manifestate e formalmente portate a conoscenza del privato. Al diritto al contraddittorio fa speculare onere la vigilanza del privato nell'intervenire nel procedimento, secondo gli strumenti previsti dai singoli ordinamenti nazionali, coerenti con la

fonte sovraordinata ove non comprimano le facoltà del privato fino ad escluderne ogni reale significato.

In terzo luogo, le ordinanze in esame affrontano il tema del *ne bis in idem*, interpretando la giurisprudenza della CEDU in coerenza con le fonti eurocomunitarie e offrendo un criterio distintivo utile per la tradizione giuridica nazionale.

Infatti, il contribuente ha lamentato la violazione del noto principio per essere stato soggetto prima a decreto penale di condanna per esercizio abusivo della professione, poi alla ripresa a tassazione per l'indebito scomputo dell'IVA applicato a prestazioni sconosciute come sanitarie, infine alle sanzioni amministrative tributarie conseguenti all'irregolarità dell'esposizione IVA. Afferma che il medesimo fatto –l'aver esercitato attività odontoiatrica in assenza di abilitazione– lo avesse esposto a sanzione penale e a sanzione amministrativa-afflittiva a distanza di qualche anno, oltre al recupero dell'IVA, indirettamente inquadrato come ulteriore forma di sanzione. In ogni caso, profilo penale e profilo tributario venivano a colpire per lo stesso fatto a distanza di un quinquennio l'uno dall'altro.

Richiamando il dato testuale della Convenzione EDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul delicato problema, la Suprema Corte nazionale compie un passo ulteriore quando afferma: "i due procedimenti ai quali lo stesso è stato sottoposto (quello penale e quello tributario) perseguono finalità diverse nella politica dello Stato diretta a reprimere condotte non consentite; il primo tutela l'interesse pubblico allo svolgimento delle professioni da parte di soggetti adeguatamente formati, il secondo l'interesse pubblico alla corretta apprensione dei tributi dovuti". Applicando il canone teleologico del bene protetto dalla norma, viene individuato un criterio discrezionale per cogliere l'*idem* giuridico, al di là del fatto compiuto. In altri termini, non si deve guardare a cosa sia successo nei fatti, cioè che una persona abbia svolto attività medica senza averne i titoli, quanto piuttosto alla protezione di quale bene/valore si dirigano le norme che quella stessa condotta ha violato: se le norme violate attengono alla protezione di diversi interessi, le procedure sanzionatorie si possono cumulare. L'*idem* che non dev'essere ripetuto in un *bis* insiste quando si procede contro una stessa persona in ragione del medesimo bene/valore violato, mentre non ricorre quando il medesimo fatto leda più beni tutelati da norme diverse o da plessi di norme diverse, qual è stato nel caso in esame, come ben mette in evidenza il Collegio: tutela delle professioni (e dell'affidamento del privato che si rivolge al professionista qualificato per esigenze primarie, come le cure sanitarie, la tutela dei suoi diritti, la progettazione della sua casa etc.) e tutela fiscale della correttezza e regolarità della contribuzione come obbligo personale e dovere sociale. Certo, è un criterio che funziona unicamente dove l'ordinamento preveda distinzione di reati, contro la persona, contro il patrimonio, contro l'onore, contro la fede pubblica ...; non funziona dove le differenze sono quantitative e patteggiabili senza limiti. Ed è per questo che il criterio elaborato in sede di Corte EDU dev'essere applicabile a tutti gli

ordinamenti afferenti al Consiglio d'Europa che comprende tradizioni diversissime, dall'Atlantico al Mar Nero.

Non di meno, le ordinanze in rassegna, richiamano e rafforzano il loro dire con un'interpretazione armonica della giurisprudenza CEDU, richiamando la sentenza A. e B. c. Norvegia, 15 novembre 2016, ove si chiarisce che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, Prot. 7 non impedisce, di per sé, agli Stati contraenti di configurare un "doppio binario sanzionatorio" (amministrativo e penale) con riferimento agli illeciti fiscali: l'art. 4, Prot. n. 7 ha lo scopo di prevenire l'ingiustizia che una persona sia perseguita o punita due volte per la stessa condotta penalmente rilevante. Esso non vieta tuttavia i sistemi giuridici che adottano un approccio "integrato" all'illecito sociale in questione, e in particolare un approccio che prevede fasi parallele di risposta giuridica all'illecito da parte di autorità diverse e per scopi diversi" (par. 123). In particolare –secondo la Suprema Corte nazionale, a giudizio della Corte EDU, al fine di escludere la violazione del *ne bis in idem* occorre verificare se i due procedimenti – quello amministrativo e quello penale - siano sufficientemente connessi nella sostanza e nel tempo ("*sufficiently connected in substance and in time*" par. 131). A tal proposito, la pronuncia di Strasburgo fornisce un elenco esemplificativo di criteri, tra i quali quello degli scopi in concreto perseguiti dai due procedimenti, della prevedibilità dello sdoppiamento delle procedure, della presenza di meccanismi di coordinamento procedurale e sostanziale tra le autorità intervenienti (par. 132). Quanto a tale ultimo - fondamentale - aspetto, la Corte di Strasburgo sottolinea la necessità che, sul piano procedurale, si eviti una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove, e che, sul piano sostanziale, la sanzione imposta dal primo giudice sia presa in debita considerazione dal secondo giudice "in modo da prevenire che l'individuo interessato sia infine costretto a sopportare un onere eccessivo, rischio quest'ultimo che è meno probabile qualora sussista un meccanismo di compensazione destinato a garantire che l'importo globale delle sanzioni imposte sia proporzionato" (par. 132).

Non siamo ancora alla distinzione sul criterio del bene tutelato dalla norma, che forse resta poco esportabile in tutti i Paesi, ma è sicuramente una declinazione italiana dei criteri CEDU che costituisce un utile strumento per i giudici nazionali chiamati ad agire in conformità alle convezioni internazionali.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – PROTEZIONE DELLE **FONTI GIORNALISTICHE** – INTERFERENZA CON I DIRITTI DELLA RICORRENTE DOVUTA **ALL'ACCESSO GIUDIZIARIO AUTORIZZATO AI DATI** DELLE COMUNICAZIONI DI **TELEFONIA MOBILE**, RITENUTA NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA, GROSSOLANAMENTE SPROPORZIONATA E NON GIUSTIFICATA DA UN REQUISITO IMPERATIVO DI INTERESSE PUBBLICO - VIOLAZIONE DELL'**ART. 10** CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI – SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Art. 10 CEDU

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNAZIONALI

Conferenza Ministeriale Europea sulla Politica dei Mass Media- Praga, 7.8. dicembre 1994.

Risoluzione del Parlamento Europeo sulla Riservatezza delle fonti giornalistiche – 18 gennaio 1994, Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea n. C44/34. Raccomandazione n. R (2000) 7 sul diritto dei giornalisti di non svelare le loro fonti di informazione, adottata dal Comitato di Ministri del Consiglio d'Europa l'8 marzo 200.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Goodwin c. Regno Unito (GC), 27 marzo 1996; Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi (GC), 14 settembre 2010; Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. ed altri c. Paesi Bassi, 22 novembre 2012; Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Lussemburgo, 18 aprile 2013; Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia [GC], no. 931/13, 27 giugno 2017; Becker c. Norvegia, 5 ottobre 2017; Nagla c. Lettonia, 16 luglio 2013; Roemen e Schmit c. Lussemburgo, 25 febbraio 2003; Voskuil c. Paesi Bassi, 22 novembre 2007; Martin ed altri c. Francia, 12 aprile 2012; Ressiot ed altri c. Francia, 28 giugno 2012 Ernst ed altri c. Belgio, 15 luglio 2003; Görmüş ed altri c. Turchia, 19 January 2016

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 5, 1° aprile 2021, ric. n. 42634/18 Sedletska c. Ucraina.

Abstract

Considerata l'importanza che riveste la protezione delle fonti giornalistiche per la libertà di stampa in una società democratica, l'acquisizione di dati sensibili di un giornalista - quali i dati

telefonici e le localizzazioni da ciò enucleabili, che rappresentano altrettante potenziali limitazioni alla riservatezza delle fonti giornalistiche - si concilia con l'art. 10 della Convenzione EDU **solo** se possa ritenersi che tali **interferenze** siano **necessarie** a causa di un imperativo interesse pubblico; il che non è ravvisabile per il solo fatto che una parte richieda l'esibizione dei dati sensibili, lamentando la violazione di un proprio diritto per la cui tutela la conoscenza dei dati appaia necessaria, né nel caso in cui il pubblico ministero ritenga necessaria tale acquisizione in funzione investigativa.

Per accertare l'esistenza di un **"requisito imperativo"**, in particolare, potrebbe non essere sufficiente la dimostrazione, per colui che richiede la divulgazione di una fonte, lo scopo di esercitare un diritto o evitare un danno; così come nei casi riguardanti **perquisizioni a domicilio di giornalisti e luoghi di lavoro**, nonché il sequestro di materiale giornalistico, anche nell'ipotesi di acquisizione di **dati sensibili**, come quelli forniti da un **gestore di telefonia mobile**, tali misure, anche se improduttive di effetti immediati, possono costituire un tipo più drastico di interferenza rispetto ad un ordine mirato di divulgare l'identità della fonte, poiché tali misure consentono all'autorità competente di ottenere l'accesso ad un'ampia gamma di materiale utilizzato dai giornalisti nel disbrigo delle loro funzioni professionali.

Il caso

Il caso posto all'attenzione della sentenza della Corte EDU riguarda una giornalista ucraina di Radio Free Europe/Radio Liberty, nonché caporedattrice di un programma televisivo i cui servizi, in molti casi, hanno riguardato vicende coinvolgenti pubblici ministeri e politici.

Nel 2015 l'Ufficio nazionale anticorruzione dell'Ucraina (NABU) aveva avviato un procedimento penale contro un pubblico ministero, K., nell'ambito del quale, nel 2016, era stato intercettato il telefono della partner di K., sig.ra N.; nel novembre 2017 il sito web dei media Obozrevatel pubblicava un articolo in cui si affermava che nella precedente estate il capo della NABU, S., aveva tenuto una riunione a porte chiuse con alcuni rappresentanti dei media, durante la quale aveva divulgato informazioni riservate su alcune indagini penali in corso, tra cui quello contro K.; tra l'altro, nel corso dell'incontro, i rappresentanti dei media avevano ascoltato la registrazione di una conversazione telefonica tra la partner di K. ed un suo conoscente, concernente la vita privata della donna.

A seguito di due denunce, da parte di un deputato al Parlamento e della stessa sig.ra N., intercettata, che avevano denunciato S. per aver violato le regole di riservatezza relative ai procedimenti penali in corso, nonché il diritto della sig.ra N. al rispetto della sua vita privata, venivano individuati i giornalisti presenti all'incontro, tra cui la Sedletska, la quale, convocata dalle autorità inquirenti, sosteneva di non poter essere sentita come testimone, in quanto ciò avrebbe portato all'identificazione delle sue fonti giornalistiche, rifiutandosi, pertanto, di rispondere alle domande relative al presunto incontro con S.

L'autorità inquirente, quindi, **presentava una richiesta al Tribunale distrettuale di Kiev per l'accesso ai dati delle comunicazioni della ricorrente, detenuti dal gestore di telefonia mobile**, che includevano date, orari, durata delle chiamate, numeri di telefono, messaggi di testo inviati e ricevuti (SMS, MMS) e la posizione della richiedente al momento di ogni chiamata o messaggio; ciò al fine di stabilire l'ora ed il luogo esatti dell'incontro con S.

Il Tribunale distrettuale autorizzava la raccolta dei dati richiesti, con ordinanza non impugnabile e valida per un mese, rilevando come, in base al diritto interno, fosse possibile esaminare la questione senza che la ricorrente fosse chiamata in causa, in quanto sussistevano sufficienti motivi per ritenere che esistesse una minaccia reale che le informazioni potessero essere alterate o distrutte.

A seguito di notizie apparse su di un sito web dei media, che riferiva dei controlli delle telefonate nei confronti di giornalisti, la ricorrente e il suo avvocato richiedevano al Tribunale distrettuale una copia dell'ordinanza, ma la richiesta veniva respinta; nonostante l'ordinanza fosse inappellabile, inoltre, la giornalista l'ha ugualmente impugnata, chiedendone la sospensione.

Nel settembre 2018 la **Corte d'Appello ha ritenuto di accogliere il ricorso**, osservando che, nel caso di specie, l'ordinanza poteva ritenersi impugnabile in quanto ricadeva nei casi previsti dalla legge, in cui il provvedimento avrebbe comportato il sequestro di oggetti o documenti, senza i quali un imprenditore individuale o una persona giuridica non sarebbe in grado di svolgere la propria attività; riferendosi, in particolare, all'importanza delle fonti giornalistiche per l'attività professionale della ricorrente, la Corte d'appello ha deciso che questa eccezione poteva essere applicata nel suo caso, ritenendo, in ogni caso, non adeguatamente motivata l'ordinanza impugnata, e sostituendola con una diversa, che autorizzava l'accesso ai dati sulle date e gli orari di presenza del telefono cellulare della ricorrente in sei strade e luoghi specifici a Kiev durante un periodo specifico, nel corso del quale sarebbe avvenuto l'incontro; ciò al fine di garantire una rapida indagine penale e, nel contempo, tutelare i diritti della giornalista.

Le osservazioni e le conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La Corte di Strasburgo, ribadendo la propria giurisprudenza – secondo cui la **tutela delle fonti giornalistiche è uno dei cardini della libertà di stampa**, poiché, senza tale protezione, le fonti potrebbero essere dissuase dall'aiutare la stampa a informare su questioni di interesse pubblico, con la conseguenza che il ruolo vitale di vigilanza pubblica della stampa potrebbe essere compromesso, così come la sua capacità di fornire informazioni accurate e affidabili – ha osservato che “fonte” giornalistica comprende “qualsiasi persona che fornisce informazioni a un giornalista” e le “informazioni che identificano una fonte” includono qualsiasi informazione che possa condurre all'identificazione di una fonte, nonché “le circostanze di fatto dell'acquisizione di informazioni da una fonte da parte di un giornalista” ed “il contenuto non pubblicato delle informazioni fornite da una fonte a un giornalista”.

La Corte rileva che, **nel caso di specie, l'autorizzazione all'acquisizione dei dati risultava funzionale ad approfondire l'indagine** sulla fuga di informazioni riservate relative ad un procedimento penale in corso ed alla vita privata della sig.ra N., sicché l'ingerenza in questione perseguiva alcuni degli "scopi legittimi" elencati nell'art. 10 § 2, in particolare, "la prevenzione di ... reato" e la "tutela della reputazione o dei diritti altrui"; inoltre, l'accesso ai dati delle comunicazioni della ricorrente era stato autorizzato dalle autorità giudiziarie nazionali ai sensi del codice di rito nazionale, sicché aveva fondamento nel diritto interno.

La ricorrente si è lamentata della lesione delle garanzie procedurali, in quanto la decisione del Tribunale era stata presa in un'udienza a cui ella non era stata ammessa a partecipare, come previsto dal medesimo codice di rito interno, in casi eccezionali; in particolare, ciò è possibile quando la parte richiedente deposita una richiesta di accesso ad oggetti e documenti, dimostrando che esistono motivi sufficienti per ritenere sussistente una minaccia reale di alterazione o distruzione di tali beni; in tutti gli altri casi, invece, i giudici nazionali sono tenuti a citare il le persone interessate da tali richieste di accesso.

Nel caso della ricorrente detta salvaguardia non era stata attuata per la particolare interpretazione della disposizione del codice di rito da parte dell'A.G. che, senza enunciare ragioni specifiche, aveva operato un riferimento alla "minaccia dell'informazione", laddove sarebbe stato necessario fornire ragioni più ampie per giustificare il provvedimento, perché i dati in questione, conservati dall'operatore di telefonia mobile della ricorrente, non erano in suo possesso personale.

In conseguenza di tale decisione **la richiedente non era stata informata dell'autorizzazione ottenuta dalle autorità inquirenti ad accedere ai dati delle sue comunicazioni e, una volta venutane a conoscenza, non era stata messa nelle condizioni di far valere eventuali garanzie procedurali esistenti nel diritto interno, in quanto non le era stata fornita neanche una copia dell'autorizzazione.**

Rispetto a tale situazione la Corte di Strasburgo ha manifestato profonda preoccupazione che ciò possa risolversi in atti arbitrari; tuttavia, nel caso particolare, la ricorrente era comunque venuta a conoscenza dell'esistenza dell'ordinanza impugnata, tanto è vero che la Corte d'Appello ne aveva disposto l'annullamento.

La Corte EDU rileva che il punto cruciale è, in ogni caso, quello di verificare se l'interferenza fosse necessaria in una società democratica, vista l'importanza della tutela del giornalismo e delle fonti per la libertà di stampa, laddove le limitazioni alla riservatezza delle fonti giornalistiche richiedono un esame che sia il più attento possibile.

La Corte ha già affermato che per accertare l'esistenza di un "requisito imperativo" potrebbe non essere sufficiente la dimostrazione, per colui che richiede la divulgazione di una fonte, lo scopo di esercitare un diritto o evitare un danno; in una serie di casi riguardanti perquisizioni a domicilio di giornalisti e luoghi di lavoro e il sequestro di materiale giornalistico, la Corte, infatti, ha riconosciuto che tali misure, anche se improduttive, costituivano un tipo più drastico di

interferenza rispetto ad un ordine mirato di divulgare l'identità della fonte, poiché tale misure avevano consentito all'autorità competente di ottenere l'accesso ad un'ampia gamma di materiale utilizzato dai giornalisti nel disbrigo delle loro funzioni professionali.

Nel caso di specie **la Corte EDU ha ritenuto che le ragioni addotte dall'A.G. non fossero sufficienti a dimostrare che l'interferenza era stata proporzionata e corrispondente ad una pressante esigenza sociale.**

A questo proposito, i giudici di Strasburgo osservano in primo luogo che la Corte distrettuale aveva autorizzato il pubblico ministero a raccogliere un'ampia gamma di dati di comunicazioni protette della richiedente, riguardanti la sua persona ed i suoi contatti professionali per un periodo di sedici mesi, suscettibili di includere informazioni riguardanti fonti riservate che non avevano alcuna rilevanza per il procedimento penale relativo ad S., e l'ordinanza, inoltre, non conteneva garanzie che escludessero tale possibilità; sicché la Corte EDU ha concluso che la portata dei dati per i quali era stato autorizzato l'accesso fosse grossolanamente sproporzionata rispetto agli obiettivi legittimi di indagare su una presunta fuga di informazioni e di proteggere la vita privata della signora N.

Basandosi sulle specifiche vicende del caso, la Corte di Strasburgo ha ritenuto come non fosse possibile trarre una conclusione definitiva sul fatto che non era stata preservata l'integrità dei dati delle comunicazioni della richiedente durante il periodo di validità dell'ordinanza del Tribunale distrettuale; la nuova autorizzazione all'accesso ai dati rilasciata dalla Corte d'Appello, che avrebbe potuto rimuovere la minaccia di identificazione delle fonti della richiedente non correlate al procedimento contro S., non aveva raggiunto tale scopo, in quanto neanche la Corte d'Appello aveva assolto all'onere di dimostrare che l'acquisizione dei dati di geolocalizzazione fosse giustificata dal requisito imperativo del pubblico interesse, indicando, cioè, la funzione di contrastare gravi fenomeni di criminalità grave, accertando, altresì, che non ci fossero misure alternative ragionevoli per ottenere le informazioni richieste dal pubblico ministero; in altri termini, avrebbe dovuto essere dimostrato chiaramente il legittimo interesse alla divulgazione nel senso della prevalenza sulla tutela finalizzata alla non divulgazione dei dati protetti.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, **la Corte ha ritenuto come l'autorizzazione all'accesso ai dati non fosse giustificata da una "esigenza imperativa di interesse pubblico" e, quindi, necessaria in una società democratica, con conseguente violazione dell'articolo 10 della Convenzione.**

Considerazioni conclusive

La pronuncia in esame si colloca nel solco della giurisprudenza di Strasburgo che individua nella concreta e dimostrata sussistenza di un interesse pubblico prevalente la possibilità di limitare in qualsiasi modo la libertà di stampa in riferimento all'aspetto della divulgazioni delle fonti giornalistiche.

In tal senso, infatti, si è pronunciata la recente sentenza della Corte E.D.U., Terza sezione, emessa il 6 ottobre 2020, nel caso Jecker contro Svizzera.

Il concetto di “divulgazione delle fonti giornalistiche” risulta interpretato dai giudici di Strasburgo con particolare ampiezza, nella misura in cui si è affermato come tale divulgazione possa scaturire anche attraverso l’acquisizione di dati sensibili (quali quelli costituiti dalla geolocalizzazione dei contatti telefonici del giornalista), come effetto indiretto discendente da un’attività investigativa il cui oggetto sia ben più circoscritto rispetto all’ampiezza dei dati potenzialmente acquisibili.

In tal senso, quindi – così come in precedenza affermato in riferimento ad altri tipi di attività intrusiva, quali le perquisizioni - sono stati ribaditi i limiti inderogabili che devono essere rispettati in tali forme di limitazione, anche indirette: la concreta sussistenza di un **rilevante interesse pubblico che, nel caso di un’indagine penale, deve essere circoscritta a “gravi forme di criminalità”**, ed un’accurata motivazione dei provvedimenti da cui possano discendere limiti anche potenziali alla tutela della riservatezza delle fonti giornalistiche, in coerenza con i principi di cui all’art. 10 della Convenzione.

Significativi, inoltre, appaiono ulteriori due profili individuati dalla Corte EDU: 1) l’insufficienza di una pretesa violazione di diritti altrui, alla cui tutela appaia funzionale l’acquisizione di dati riservati di un giornalista, per poter adottare provvedimenti che ne dispongano l’acquisizione; 2) la necessità che sia sempre garantita la possibilità di far valere le garanzie procedurali previste dal diritto interno, qualora sia in discussione la possibilità di accedere a dati riservati che possano, anche come effetto secondario, svelare le fonti riservate di un giornalista.

Sotto altro profilo la pronuncia va ricollegata anche all’orientamento manifestato dalla CGUE con la sentenza emessa dalla Grande Sezione in data 2 marzo 2021, H.K., C-746/18, nel giudizio penale incidentale promosso dall’Autorità giurisdizionale dell’Estonia, laddove è stato affermato che *“Soltanto gli obiettivi della lotta contro le forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica sono atti a giustificare l’accesso delle autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all’ubicazione, suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull’ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate da quest’ultimo e tali da permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone interessate (v., in tal senso, sentenza del 2 ottobre 2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, punto 54), senza che altri fattori attinenti alla proporzionalità di una domanda di accesso, come la durata del periodo per il quale viene richiesto l’accesso a tali dati, possano avere come effetto che l’obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati in generale sia idoneo a giustificare tale accesso (par. 35)”*.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – **ESPULSIONE** A SEGUITO DELLA **REVOCA DELLO STATUS DI RIFUGIATO** COME CONSEGUENZA DI UNA **CONDANNA PER TERRORISMO** – MANCATA CONSIDERAZIONE, DA PARTE DELLE AUTORITÀ, DELLA PERMANENZA DELLA QUALITÀ DI RIFUGIATO E DEI BENEFICI DEL PRINCIPIO DI NON RESPINGIMENTO – CARENZA DI COMPLETA **VALUTAZIONE DEI RISCHI** IN CASO DI ESPULSIONE ANCHE SULLA BASE DI CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE – SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

CEDU, art. 3 Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, art. 1; Direttiva 2011/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio, art. 14; Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art. 78; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01), art. 18

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

(CEDU):

Mamatkoulov et Askarov c. Turchiaque [GC], n. 46827/99 e 46591/99, CEDH 2005; Paladi c. Moldova [GC], n. 39806/05, 10 marzo 2009; Savriddin Dzhurayev c. Russia, n. 71386/10; M.A. c. Francia, n. 9373/15, 1 febbraio 2018; F.G. c. Svezia [GC], n. 43611/11, 23 marzo 2016; A.M. c. Francia, n. 12148/18, 29 aprile 2019; Chahal c. Regno Unito, 15 novembre 1996; Saadi c. Italia [GC], n. 37201/06; Daoudi c. Francia, n. 19576/08, 3 dicembre 2009; Boutagni c. Francia, n. 42360/08, 18 novembre 2010; Auad c. Bulgaria, n. 46390/10, 11 ottobre 2011; OD c. Bulgaria, n. 34016/18, 10 ottobre 2019; Ismoïlov e altri c. Russia, n. 2947/06, 24 aprile 2008; Selmouni c. Francia [GC], n. 25803/94; JK e altri c. Svezia [GC], n. 59166/12, 23 agosto 2016; D ed altri c. Romania, n. 75953, 14 gennaio 2020; X. c. Paesi Bassi, n. 14319/17, 10 luglio 2018; I c. Svezia, n. 61204/09, 5 settembre 2013; RM e altri c. Francia, n. 33201/11, 12 luglio 2016; Abdolkhani e Karimnia c. Turchia, n. 30471/08, 22 settembre 2009; e, MG c. Bulgaria, n. 59297/12, 25 marzo 2014; MSS c. Belgio e Grecia [GC], n. 30696/09; Ilias e Ahmed c. Ungheria, [GC], n. 47287/15, 21 novembre 2019; Shiksaitov c. Slovacchia, n. 56751/16 e 33762/17, 10 dicembre 2020; Bivolaru e Moldovan c. Francia, n. 40324/16 e 12623/17, 25 marzo 2021.

(CGUE):

N.S. ed altri, 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10 ; Alo ed Osso, 1 marzo 2016, C-443/14 e C-444/14; Ahmed, 13 settembre 2018, C-369/17; Grande Chambre, M. c. Ministero e X e X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, 14 mai 2019, C-391/16, C-77/17, C-78/17.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 5, 15 aprile 2021, ric. n. 5560/19 K.I. contro Francia.

Abstract

La protezione offerta dall'art. 3 CEDU è assoluta, per cui la condizione sufficiente per ritenere contrario alla Convenzione un allontanamento forzato è il rischio che la persona interessata sia sottoposta nel Paese di destinazione a trattamenti vietati dall'art. 3, rischio che deve essere fondato su motivi seri e comprovati, anche quando si ritiene che la persona rappresenti una minaccia alla sicurezza nazionale per lo Stato contraente.

***Il diritto della UE**, infatti, considera come **primario il diritto di asilo** ed il **diritto alla protezione internazionale** ed il beneficio del principio di non respingimento **è concesso a chiunque**, trovandosi nel territorio di uno Stato membro, versi nelle condizioni materiali per essere considerato un rifugiato, **anche se** non ha ottenuto formalmente lo status di rifugiato o se tale status sia stato **revocato**.*

La condizione di rifugiato non dipende dal riconoscimento formale di questa qualità e gli Stati membri non possono rimuovere, espellere o estradare un rifugiato che ha perso il suo status sulla base dell'art. 14, § 4 della direttiva 2011/95, quando vi siano motivi seri e comprovati per ritenere sussistente il rischio che sia sottoposto, nel Paese di destinazione, a trattamenti vietati.

Dai punti 4 e 5 dell'articolo 14 della predetta direttiva, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, deriva che la revoca dello status di rifugiato o il rifiuto di concedere tale status non possono avere l'effetto di privare il cittadino di un paese terzo, o l'apolide interessato, del medesimo status, allorquando sussistano le condizioni perché sia riconosciuta tale qualità in base all'articolo 1 della Convenzione di Ginevra.

*Al fine di stabilire se vi siano motivi seri e comprovati per ritenere che l'interessato corra un rischio reale, occorre esaminare la situazione nel Paese di destinazione alla luce dei requisiti dell'art. 3 della Convenzione, nel senso che, per rientrare nell'ambito di applicazione della detta disposizione, il trattamento a cui il ricorrente afferma di poter essere esposto in caso di allontanamento, deve raggiungere **un minimo di gravità**. Tale valutazione è di carattere relativo, dipendendo da tutti i fattori del caso, ivi incluse le questioni di pubblica sicurezza, e in ogni caso, **spetta al ricorrente produrre prove** idonee. Si tratta di una prova che non deve fornire elementi di certezza assoluti, bensì elementi seri e comprovati.*

*Per i richiedenti asilo può essere difficile, se non impossibile, produrre prove con breve preavviso, soprattutto se queste devono essere ottenute nel Paese in cui dichiarano di essere fuggiti, per cui è spesso necessario concedere loro **il beneficio del dubbio** quando viene valutata la credibilità delle rispettive dichiarazioni e dei documenti a sostegno.*

Il caso

K.I., cittadino russo di origine cecena, era arrivato in Francia nel 2011, all'età di 17 anni, ottenendo lo stato di rifugiato nel gennaio 2013, in quanto alcuni suoi parenti avevano preso posizione in favore della guerriglia cecena ed egli stesso aveva rifiutato di collaborare con le autorità russe; tale *status* era stato successivamente revocato nel 2016, a seguito della sua condanna penale, pronunciata nel 2015, per atti commessi sul territorio nazionale nonché in Germania, Polonia, Ucraina, Turchia e Siria tra il 1 settembre 2012 e il 19 novembre 2013; in particolare, egli aveva trascorso quasi due mesi in Siria nella zona di combattimento, poco dopo l'ottenimento dello *status* di rifugiato, quale componente di un gruppo jihadista.

Pertanto, il 18 novembre 2015 il ricorrente era stato raggiunto da un ordine di espulsione del Prefetto, in considerazione della minaccia grave rappresentata per l'ordine pubblico, sicché l'OFPPRA (Ufficio francese per la protezione dei rifugiati e degli apolidi) gli aveva revocato lo *status* di rifugiato in seguito alla condanna.

Contro tale revoca K.I. aveva adito la Corte nazionale del diritto di asilo (CNDA); nel corso di tale giudizio, l'OFPPRA aveva sostenuto che fosse applicabile **la causa di esclusione** prevista dall'art. 1, F, lett. a) della Convenzione di Ginevra, in quanto la condotta del gruppo armato che il ricorrente aveva raggiunto in Siria era assimilabile ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra, e che gli atti terroristici per i quali egli era stato condannato in Francia erano contrari alle finalità ed ai principi delle Nazioni Unite. Nel gennaio 2019 la Corte nazionale confermava la decisione dell'OFPPRA.

K.I., pertanto, aveva adito la Corte di Strasburgo, rappresentando che il suo allontanamento dal territorio francese verso la Russia lo avrebbe esposto a trattamenti contrari ai principi di cui all'art. 3 della Convenzione.

Le osservazioni e le conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Preliminarmente la Corte ha chiarito la natura delle **misure provvisorie di cui all'art. 39 del regolamento della Corte**, nel caso di specie applicate al richiedente nel marzo 2019, durante l'esame della sua richiesta. Tale misura ha la finalità di preservare e proteggere i diritti e gli interessi delle parti nel caso in cui il richiedente allegghi in maniera plausibile un rischio di danno irreparabile ad uno dei diritti protetti dalla Convenzione, (nella specie quelli di cui all'art. 3). Se lo Stato procede all'espulsione del richiedente nonostante l'applicazione di una misura provvisoria, la Corte può ritenere che lo Stato abbia violato le obbligazioni derivanti dall'art. 34 della Convenzione in tema di ricorsi individuali.

La Corte ha poi ricordato che **gli Stati contraenti hanno il diritto**, in virtù di un principio di diritto internazionale, **di controllare l'ingresso**, la permanenza e l'allontanamento dei cittadini di altra nazionalità; l'espulsione di uno straniero, quindi, può sollevare problemi in riferimento

all'art. 3 CEDU qualora vi siano motivi seri e fondati di ritenere che l'interessato, un volta **espulso** verso i paesi di destinazione, **corra un rischio reale** di essere sottoposto a trattamenti contrari al predetto art. 3, sicché, in tali casi, proprio la disposizione citata implica l'obbligo di non espellere la persona.

La Corte di Strasburgo sottolinea di aver chiara consapevolezza del pericolo rappresentato dal terrorismo e dell'importanza delle sfide implicate dalla lotta contro il terrorismo, ivi incluse le enormi difficoltà che gli Stati affrontano per proteggere le popolazioni dalla violenza terroristica, per cui è legittimo che gli Stati contraenti mostrino grande fermezza nei confronti di coloro che contribuiscono ad atti di terrorismo, ma va, altresì, evidenziato che **la protezione offerta dall'art. 3 CEDU è assoluta**, per cui la condizione sufficiente per ritenere contrario alla Convenzione un allontanamento forzato è il rischio che la persona interessata sia sottoposta nel paese di destinazione a trattamenti vietati dall'art. 3, rischio che deve essere fondato su motivi seri e comprovati, anche quando si ritiene che la persona rappresenti una minaccia alla sicurezza nazionale per lo Stato contraente. In altre parole, **non è necessario che la Corte esamini le affermazioni secondo cui un ricorrente è coinvolto in attività terroristiche**, poiché questo **aspetto non è rilevante** nel contesto dell'analisi dell'art. 3, che non prevede alcuna restrizione e **non subisce alcuna deroga**, anche se, come nel caso di specie, il ricorrente abbia avuto legami con un'organizzazione terroristica.

La Corte ha osservato che il diritto dell'UE considera come primario il diritto di asilo ed il diritto alla protezione internazionale (art. 78 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea); inoltre, ai sensi dell'articolo 14 §§ 4 e 5 della Direttiva 2011/95, il beneficio del principio di non respingimento è concesso a chiunque, trovandosi nel territorio di uno Stato membro, **si trovi nelle condizioni materiali per essere considerato un rifugiato, anche se non ha ottenuto formalmente lo status di rifugiato** o se gli sia stato revocato. In sostanza, l'art. 3 CEDU costituisce applicazione del divieto di respingimento sancito dalla Convenzione di Ginevra.

Al fine di stabilire se vi siano motivi seri e comprovati per ritenere che l'interessato corra un rischio reale, compito della Corte è quello di esaminare la situazione nel Paese di destinazione alla luce dei requisiti dell'art. 3 della Convenzione, nel senso che, per rientrare nell'ambito di applicazione della detta disposizione, il trattamento a cui il ricorrente afferma di essere esposto in caso di allontanamento deve raggiungere un minimo di gravità.

Tale valutazione è di carattere relativo, dipendendo da tutti i fattori del caso, ivi incluse le questioni di pubblica sicurezza, e in ogni caso, spetta al ricorrente produrre prove idonee a dimostrare che esistono seri motivi per ritenere che, se la misura contestata fosse attuata, egli sarebbe esposto a un rischio concreto di essere sottoposto a un trattamento contrario alle norme della Convenzione.

Tale prova non deve fornire elementi di certezza assoluti, ma elementi seri e comprovati, dovendo il Governo, a sua volta, dissipare ogni dubbio al riguardo.

Per quanto riguarda la situazione generale nella regione del Caucaso settentrionale, la Corte ha ritenuto che, sebbene in Cecenia siano state segnalate gravi violazioni dei diritti umani, la situazione non è tale che qualsiasi ritorno nella Federazione Russa costituirebbe una violazione dell'art. 3 della Convenzione, tanto alla luce dei rapporti internazionali esaminati.

Questi ultimi dimostrano che alcune categorie della popolazione del Caucaso settentrionale, in particolare della Cecenia, dell'Inguscezia e del Daghestan, possono essere particolarmente a rischio, e tra esse quelle dei membri della lotta armata della resistenza cecena o considerati tali dalle autorità, i loro parenti, le persone che li hanno comunque assistiti, i civili costretti dalle autorità a collaborare con loro, nonché le persone sospettate o condannate per atti di terrorismo.

Nel caso in esame i timori del ricorrente risultavano basati su due elementi. Anzitutto la circostanza secondo cui egli era stato già detenuto e torturato in Russia, a causa dei suoi legami familiari con persone che si erano schierate a favore della guerriglia cecena e del suo rifiuto di collaborare con le autorità, sicché sarebbe comunque ricercato per questi fatti, vicende poste a base della concessione dello *status* di rifugiato. Il secondo elemento si riferiva alla conoscenza, da parte delle autorità russe e cecene, della sua condanna penale in Francia ed al fatto che egli è ricercato a causa dei suoi legami con un gruppo jihadista in Siria.

Per quanto riguarda il primo elemento dedotto, la Corte ha ritenuto che al momento in cui gli era stato concesso lo *status* di rifugiato, le autorità francesi avevano valutato che vi fossero prove sufficienti del rischio di essere perseguitato nel suo paese di origine, il che, tuttavia, rappresenta solo un punto di partenza per quanto riguarda la situazione attuale, in quanto è trascorso un certo periodo di tempo da tali eventi; peraltro, lo stesso ricorrente sostiene che solo due dei suoi parenti risiedono ancora in Cecenia e che i membri maschi della sua famiglia sono deceduti o beneficiari di protezione internazionale in Europa. Inoltre, il ricorrente ha organizzato la sua partenza dalla Francia per la Siria nel marzo 2013, cioè poco dopo la concessione dello *status* di rifugiato, attraversando la Germania, la Polonia - dove recuperò il suo "passaporto esterno" russo -, l'Ucraina e la Turchia.

La Corte nota, inoltre, che al fine di provare il perdurante interesse delle autorità per lui, il ricorrente ha prodotto, una testimonianza non datata, da parte di una persona con cui egli non aveva alcun legame familiare. Inoltre, nulla indica che le autorità russe o cecene lo stiano ancora cercando a causa degli eventi verificatisi nel 2011.

La Corte rileva, altresì, che al ricorrente è stato rilasciato un "passaporto esterno" russo, utilizzato sia per lasciare la Russia che, poi, per viaggiare nel 2013 dalla Polonia alla Turchia e alla Siria, non avendo il ricorrente fornito alcuna spiegazione sul come, nelle circostanze da lui

descritte, egli, nel 2011, sia riuscito ad ottenere un tale documento, circostanza che stride fortemente con il fatto che sarebbe stato nel mirino delle autorità russe, prima del suo espatrio.

Né, hanno osservato i giudici di Strasburgo, può escludersi completamente l'ipotesi secondo la quale le autorità russe fossero a conoscenza della sentenza resa il 16 aprile 2015 dal Tribunale penale di Parigi, ma nulla certifica che le stesse mostrino un interesse particolare per il ricorrente, di cui non ha mai chiesto alla Francia l'extradizione e neanche copia della sentenza che lo condanna per atti legati al terrorismo; né, infine, risulta che il ricorrente sia oggetto di ricerca da parte delle autorità russe per reati commessi in territorio russo o altrove.

In ogni caso, la natura della condanna del ricorrente in Francia, nonché i contesti nazionali e internazionali, profondamente e durevolmente segnati dalla lotta al terrorismo, non escludono che il ricorrente possa essere oggetto di misure di controllo e sorveglianza al suo ritorno in Russia, il che, tuttavia, non può essere considerato un trattamento vietato dall'art. 3 della Convenzione.

In particolare, la Corte rileva che, nel caso in esame, si tratta di stabilire se, alla luce dei fatti che hanno indotto l'OFPRA a concedere lo *status* di rifugiato al ricorrente, il procedimento dinanzi alle autorità francesi abbia consentito un esame completo della sua situazione personale. Ciò, in particolare, significa tenere conto del fatto che – in riferimento all'onere della prova – per i richiedenti asilo può essere difficile, se non impossibile, produrre prove con breve preavviso, soprattutto se queste devono essere ottenute nel Paese da cui dichiarano di essere fuggiti. In considerazione della particolare situazione in cui si trovano spesso i richiedenti asilo, può essere necessario concedere loro il beneficio del dubbio quando viene valutata la credibilità delle loro dichiarazioni e dei documenti a sostegno.

Alla luce dei fatti della causa, la Corte ha rilevato che **la situazione del richiedente non è quella di un richiedente asilo che è appena fuggito dal suo Paese e che può, quindi, essere considerato vulnerabile a causa del suo percorso migratorio, in quanto – come evidenziato dalla pronuncia della CNDA – la sua partenza per la Siria era intervenuta dopo attenti e prolungati preparativi, sicché non appare possibile concedergli il beneficio del dubbio nel senso in precedenza chiarito.**

Ciò nondimeno, e ferma restando la ripartizione dell'onere della prova, la Corte ha ribadito che è, in ogni caso, richiesta una valutazione completa ed "allo stato", che prenda in considerazione anche gli elementi che sono emersi dopo l'adozione da parte delle autorità nazionali della decisione finale.

Nel caso di specie, quale fatto sopravvenuto, la Corte di Strasburgo ha richiamato **le pronunce della CGUE** che – proprio contestualmente allo svolgimento della vicenda processuale del ricorrente innanzi alle autorità giurisdizionali francesi – ha stabilito che la revoca dello *status* di

rifugiato, anche in caso di minaccia alla sicurezza o alla società dello Stato membro ospitante, non comporta automaticamente il venir meno della condizione di rifugiato. Ciò in quanto, ai sensi della **Direttiva 2011/95, il sistema europeo comune di asilo si basa sulla piena e globale applicazione della Convenzione di Ginevra e del protocollo, e sulla garanzia che nessuno possa essere espulso verso un paese dove rischia di essere nuovamente perseguitato.**

Sicché la condizione di rifugiato non dipende dal riconoscimento formale di questa qualità mediante la concessione dello “*status* di rifugiato”, e gli Stati membri non possono rimuovere, espellere o estradare un rifugiato che ha perso il suo *status* sulla base dell’art. 14, § 4 della Direttiva 2011/95, quando vi siano motivi seri e comprovati per ritenere sussistente il rischio di essere sottoposto, nel paese di destinazione, a trattamenti vietati.¹⁹

Dai punti 4 e 5 dell’art. 14 della Direttiva citata, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, discende che la revoca dello *status* di rifugiato o il rifiuto di concedere tale *status* non possono avere l’effetto di privare il cittadino di un Paese terzo, o l’apolide interessato, della qualità di rifugiato, qualora siano soddisfatte le condizioni per il riconoscimento di tale qualità ai sensi dell’art. 1 della Convenzione di Ginevra. Inoltre, il paragrafo 6 dell’articolo 14 della stessa Direttiva deve essere interpretato nel senso che lo Stato membro che si avvale delle opzioni previste dall'articolo 14, paragrafi 4 e 5, deve considerare che i soggetti ivi indicati, che si trovano nel territorio di tale Stato membro, beneficiano dei diritti e delle tutele sanciti dalla Convenzione di Ginevra a cui il presente articolo 14, paragrafo 6, fa espressamente riferimento, in particolare la protezione contro il respingimento nei confronti di un Paese in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate, nonché dei diritti previsti da detta convenzione, il cui godimento non richiede la residenza legale.

Quindi, **la Corte ha ritenuto che il ricorrente abbia mantenuto** - nonostante la revoca del suo *status*, sulla base dell'applicazione della normativa interna francese - **la condizione di rifugiato**, non avendo la CNDA accettato le conclusioni dell’OFPRA tendenti all'applicazione della clausola di esclusione.

La Corte rileva, inoltre, che il ricorrente non aveva presentato ricorso contro la sentenza del Tribunale amministrativo di Lille che respingeva il suo ricorso per annullamento diretto contro il decreto prefettizio del 25 febbraio 2019, sicché questa sentenza è diventata definitiva, con la

¹⁹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento e del Consiglio di Europa, art. 14 § 4: Gli Stati membri hanno la facoltà di revocare, di cessare o di rifiutare di rinnovare lo status riconosciuto a un rifugiato da un organismo statale, amministrativo, giudiziario o quasi giudiziario quando: a) vi sono fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova; b) la persona in questione, essendo stata condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro.

§ 5. Nelle situazioni previste al paragrafo 4, gli Stati membri possono decidere di non riconoscere lo status a un rifugiato quando la decisione non è ancora stata presa.

§ 6. Le persone cui si applicano i paragrafi 4 o 5 godono dei diritti analoghi conferiti dagli articoli 3, 4, 16, 22, 31 e 32 e 33 della convenzione di Ginevra, o di diritti analoghi, purché siano presenti nello Stato membro.

conseguenza che, fatta salva la misura provvisoria adottata ai sensi dell'articolo 39 del Regolamento della Corte, il ricorrente potrebbe essere trasferito nella Federazione Russa.

Ne consegue che la revoca dello *status* di rifugiato del ricorrente non ha alcuna incidenza sul fatto che egli mantenga o meno la sua condizione di rifugiato, il che non era stato preso in considerazione dalle autorità francesi nel contesto della promulgazione e quindi del controllo del provvedimento di espulsione verso la Federazione Russa.

La Corte, conclusivamente, ne deduce che le autorità francesi non abbiano valutato i rischi che il ricorrente asseriva di correre nel caso in cui il provvedimento di espulsione fosse stato attuato, alla luce delle circostanze sopravvenute e del fatto che, almeno al suo arrivo in Francia nel 2011, egli era stato identificato come allora appartenente a un gruppo che rientrava tra quelli presi di mira dalle autorità governative della Federazione Russa.

Sicché la Corte non ha escluso che, dopo un esame approfondito e completo della situazione personale del ricorrente e la verifica della permanenza della condizione di rifugiato, le autorità francesi potrebbero giungere alla stessa conclusione già affermata - vale a dire l'assenza di rischio per il ricorrente in relazione all'art. 3 della Convenzione, in caso di espulsione in Russia - notando che, tuttavia, la stessa CNDA abbia emesso, applicando la stessa normativa interna a casi simili, pareri sfavorevoli all'espulsione di persone verso il Paese di cui hanno la cittadinanza, sulla base del fatto che, seppure avevano perso lo *status* di rifugiato, ne avevano mantenuto la condizione.

In conclusione, e alla luce delle considerazioni che precedono, **la Corte ha affermato che, nel caso di specie, vi sarebbe una violazione dell'art. 3 della Convenzione nel suo aspetto procedurale se il ricorrente fosse rimpatriato in Russia in assenza di una valutazione,** anche alla luce delle attuali condizioni, da parte delle autorità francesi, del rischio che egli sostiene di correre in caso di esecuzione del provvedimento di allontanamento.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO ALLA VITA – TUTELA DELLA SALUTE – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, artt. 2-8.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Gard e altri c. Regno Unito (dec.), n. 39793/17, §§ 40-50, 27/6/2017); *Lambert e altri c. Francia* [GC], n. 46043/14, § 124, ECHR 2015; *Glass c. Regno Unito*, n. 61827/00, (dec.), 18/3/2003; *Vavříčka e altri c. Repubblica ceca* [GC], nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 e 43883/15, § 288, 8/4/2021.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 4, 20 aprile 2021, ric. n. 18533/21 Parfitt c. Regno Unito.

Abstract

- *La quarta sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato inammissibile, per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 35 § 3 della Convenzione, il ricorso proposto dalla madre di una bambina degente in ospedale in stato vegetativo, avverso l'ordine giudiziale di interruzione del mantenimento in vita della stessa mediante ventilazione meccanica.*
- *Ha escluso la violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione, affermando la compatibilità tra il diritto nazionale e il diritto convenzionale, sulla base del riconoscimento di un margine di discrezionalità degli Stati nell'individuazione delle soluzioni migliori per la cura degli interessi e per la tutela della salute dei pazienti.*
- *Per le medesime ragioni, ha negato vi sia stata violazione della tutela della vita privata e familiare della ricorrente, per avere i giudici nazionali garantito il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti, consentendo la piena partecipazione al processo della famiglia della minore e di numerosi esperti, al fine di pervenire a decisione conforme al preminente interesse della minore.*

Il caso

La ricorrente è la madre di una bambina, nata nel 2015, alla quale, all'età di venti mesi, è stata diagnosticata una rara condizione definita Encefalopatia Acuta Necrotizzante (ANE), dalla quale sono derivati gravi danni cerebrali che hanno comportato nei mesi successivi il peggioramento delle sue condizioni di salute (riassunte sulla scorta delle prove scientifiche).

Nel marzo del 2020, il *National Health Service Trust* (NHS), responsabile dell'ospedale in cui la minore è in cura, si è rivolto al Tribunale per ottenere l'autorizzazione alla interruzione del trattamento di mantenimento in vita.

Gli interessi della minore sono stati rappresentati da un tutore, soggetto indipendente appositamente nominato dal Tribunale che, con l'assistenza di propri avvocati incaricati per conto della minore, ha aderito alla domanda presentata dal *Trust*, mentre la madre della bambina si è opposta, chiedendo che il trattamento terapeutico prosegua in ambiente domestico.

Nei vari gradi di giudizio, la ricorrente e il *Trust* si sono avvalsi del patrocinio di avvocati esperti e sono stati acquisiti pareri da parte di dodici specialisti di fama.

Mentre l'opinione dei medici curanti è stata unanime nel considerare la proposta della madre contraria all'interesse della figlia (ritenendo che vi fossero limitate possibilità di sopravvivenza per la bambina ove fosse stata dimessa, in quanto la sua condizione richiede trattamenti specifici disponibili solo in ospedale), alcuni specialisti indipendenti hanno riconosciuto la praticabilità di una gestione in ambiente esterno, pur affermando che la transizione richiederebbe almeno sei mesi per approntare i macchinari necessari (quali un ventilatore portatile) e praticare interventi di tracheotomia (per assicurare la ventilazione, operazione che, tuttavia, i medici curanti si sono dichiarati contrari a effettuare a tale scopo) e di gastrostomia (per sostituire il tubo nasogastrico per l'alimentazione); la bambina, inoltre, avrebbe bisogno di assistenza giornaliera continua. Tutti gli esperti hanno dichiarato che le aspettative di vita a casa sarebbero più basse rispetto alla sua permanenza in terapia intensiva ospedaliera.

Il giudice, tra le tre opzioni in campo (supporto ventilatorio meccanico in terapia intensiva; avviamento di un processo inteso a trasferire la paziente in ambiente domestico con un macchinario di ventilazione portatile; interruzione del trattamento di mantenimento in vita con supporto ventilatorio) ha affermato che il mantenimento tramite il supporto ventilatorio meccanico non garantisce il migliore interesse della minore, in quanto, a causa del permanente stato vegetativo, non apporta alcun beneficio medico alla sua condizione; quanto alla possibilità di trasferimento in ambiente domestico, che vi sono remote possibilità, sulla base delle prove a disposizione, che il periodo di transizione si concluda positivamente e, in ogni caso, che si arrecherebbe un danno alle già precarie condizioni della minore, senza che la bambina possa godere dell'ambiente domestico e relazionarsi con gli altri, rigettando l'argomento difensivo della madre, basato sullo stato di incoscienza della bambina, atteso che la valutazione deve essere condotta dal punto di vista del minore, senza considerare il benessere arrecato agli altri.

Pertanto, accogliendo la domanda del *Trust*, ha ritenuto nel migliore interesse della bambina che non le sia praticata la tracheotomia e che sia interrotta la ventilazione meccanica, stabilendosi delle limitazioni ai trattamenti successivi, al fine di assicurarle la possibilità di morire.

La madre della bambina ha interposto appello, contestando la valutazione del giudice sotto plurimi profili: con riferimento alla ritenuta dannosità del trattamento volto a prolungare la vita della minore, stante il suo stato di incoscienza; all'assenza di benefici di una cura domiciliare; alla valutazione della prospettiva della ricorrente, supportata da pareri di esperti, sempre considerato il difetto di sofferenze fisiche in caso di prolungamento della vita della bambina; alla conclusione che non sia nel suo migliore interesse intraprendere il processo per giungere alla ventilazione portatile.

La Corte d'Appello ha dichiarato inammissibili il primo, il terzo e il quarto motivo, esaminando il secondo, rispetto al quale è giunta alla conclusione secondo cui, in base alle circostanze del caso concreto, gli eventuali benefici di un trattamento domiciliare sarebbero vanificati da altri fattori che danneggerebbero l'interesse della minore.

In data 1 aprile 2021, la Corte Suprema ha dichiarato inammissibile il ricorso.

Sempre nell'aprile 2021, la ricorrente ha ottenuto, a norma dell'art. 39 del Regolamento della Corte EDU, la sospensione dell'ordine di interruzione del mantenimento in vita.

Nel ricorso alla Corte EDU, la ricorrente ha lamentato:

- violazione dell'art. 2 della Convenzione, quanto ai diritti della minore;
- violazione dell'art. 8, per essere stata la decisione presa dallo Stato e non dalla madre e per non avere i giudici nazionali tutelato l'interesse alla vita familiare;
- violazione dell'art. 3, in quanto la somministrazione di farmaci oppiacei sarebbe stata inumana e degradante;
- violazione dell'art. 6, poiché i tribunali nazionali non sono stati indipendenti e la decisione avrebbe dovuto esser presa da una giuria di suoi pari;
- violazione dell'art. 1 Protocollo 12, per discriminazione della famiglia sulla base delle sue origini sociali e nazionali;
- violazione dell'art. 1 Protocollo 13, avendo un giudice imposto di fatto una condanna a morte;
- violazione dell'art. 13 CEDU, per essere stato negato il diritto a un ricorso effettivo;
- violazione dell'art. 14 CEDU, in combinato disposto con gli artt. 2 e 8, per trattamento discriminatorio della minore per motivi di salute.

La Corte EDU ha dichiarato manifestamente infondato il ricorso ritenendo insussistenti le violazioni dedotte e soffermandosi essenzialmente su quelle inerenti agli artt. 2 e 8 della Convenzione.

Il merito

La violazione dell'art. 2 CEDU

La Corte ha operato il vaglio del caso concreto prendendo le mosse dai precedenti *Lambert e altri c. Francia* [GC], n. 46043/14, § 124, 2015 e *Gard e altri c. Regno Unito* (dec.), n. 39793/17, § 80, 27 giugno 2017. Nel primo precedente citato, peraltro, la Corte aveva esaminato la questione dell'interruzione del trattamento artificiale di mantenimento in vita, dal punto di vista degli obblighi positivi dello Stato, tenuti distinti nelle due ipotesi di interruzione terapeutica e di volontaria soppressione della vita e ha ritenuto di utilizzare il medesimo approccio anche nel caso in esame. Ha, dunque, individuato i parametri cui è solita attenersi allorché è chiamata al controllo di coerenza degli obblighi dello Stato rispetto all'art. 2 (i. se, nel diritto e nella prassi nazionali, esista un quadro normativo compatibile con i requisiti di cui all'articolo citato; ii. se siano stati presi in considerazione i desideri precedentemente espressi dal paziente e dalle persone più prossime e il parere di personale medico esterno; iii. se sia stata assicurata la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria in caso di incertezze circa la decisione migliore nell'interesse del paziente).

Ricorda la Corte, proprio con riferimento al fine vita (ma anche all'inizio vita), di avere già riconosciuto agli Stati un margine di discrezionalità, non solo in merito alla possibilità di interrompere il mantenimento in vita artificiale, ma anche in relazione agli strumenti funzionali a garantire un bilanciamento tra la tutela della vita dei pazienti e la garanzia del rispetto della loro vita privata e familiare.

In merito al primo dei tre parametri suindicati, ha affermato la piena compatibilità tra la legislazione interna del Regno Unito a tutela del diritto alla vita e l'art. 2 della Convenzione [richiamando, oltre a *Gard e altri c. Regno Unito* cit., § 81, anche *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, (dec.), 18 marzo 2003].

Ha, poi, ritenuto pienamente soddisfatto anche il secondo criterio.

I giudici nazionali hanno avuto a disposizione le opinioni di ben dodici, stimati esperti che si sono espressi sulla trattabilità della paziente in ambiente domestico (anche gli esperti indipendenti hanno evidenziato le minori aspettative di vita a casa, rispetto alla terapia intensiva e le scarse possibilità di realizzare la transizione a un sistema di ventilazione a lungo termine in ambiente domestico). Alla luce del margine di discrezionalità riconosciuto in tali situazioni, i giudici nazionali hanno attentamente vagliato non solo le opinioni e i desideri espressi dalla madre della bambina, ma anche le dichiarazioni dei medici, concordi nel ritenere che la prosecuzione del trattamento di ventilazione meccanica non costituisce la migliore opzione nell'interesse della minore. La Corte d'appello ha dato conto dell'attenzione riservata dal primo giudice alle prospettazioni della ricorrente, rigettate sulla scorta delle evidenze raccolte. Gli interessi della

minore sono stati rappresentati in maniera separata dal tutore nominato dal Tribunale e da avvocati esperti che hanno aderito alla domanda del *Trust*. Lo stato vegetativo della bambina non ha consentito di prendere in considerazione i benefici derivanti da un ambiente domestico. I giudici, che pure si sono chiesti se ci fosse “qualcosa da perdere” in un trasferimento della bambina in ambiente domestico, dal momento che nessun esperto ha affermato che restare attaccata al respiratore in terapia intensiva sia nel suo migliore interesse, hanno però concluso che le terapie invasive cui è sottoposta costituiscono un peso continuo che non le assicura alcun beneficio.

Quanto al terzo parametro, la Corte ha riconosciuto che il *Trust* si è correttamente rivolto al Tribunale per ottenere l'autorizzazione e gli ordini necessari a procedere alla interruzione del trattamento.

La violazione dell'art. 8

Quanto a tale parametro, la Corte, ammessa l'interferenza dei giudici nazionali rispetto alla vita familiare della ricorrente, ha affermato che è opportuno valutarne la proporzionalità rispetto al legittimo scopo perseguito, ovvero la protezione dei diritti e delle libertà della bambina.

Ancora una volta, ha richiamato *Gard e altri c. Regno Unito* cit. (§§ 114-125, 27), per confermare la legittimità dell'intervento dei tribunali in caso di divergenza di opinioni tra i genitori e i medici circa le scelte terapeutiche più opportune per i pazienti. I giudici nazionali, nella specie, non hanno adottato decisioni arbitrarie; in entrambi i gradi di giudizio, il loro vaglio è stato meticoloso e approfondito; tutte le parti sono state separatamente rappresentate; sono stati acquisiti pareri specialistici altamente qualificati; le motivazioni delle decisioni sono state chiare e complete.

L'applicazione, da parte del giudice nazionale, del criterio del migliore interesse del bambino rientra nell'ambito della discrezionalità concessa agli Stati nel tentativo di trovare un equilibrio tra la tutela della vita dei pazienti e quella della vita privata e dell'autonomia personale (sul punto richiamando *Vavříčka e altri c. Repubblica ceca* [GC], nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 e 43883/15, § 288, 8 Aprile 2021, in cui si è, per l'appunto, sancito l'obbligo degli Stati di porre l'interesse dei bambini al centro delle decisioni aventi a oggetto la loro salute e il loro sviluppo).

I restanti reclami della ricorrente

La Corte ha rilevato che le violazioni degli artt. 3 e 6 della CEDU, dell'art. 1 del protocollo 13 e dell'art. 14 della Convenzione non erano state sollevate dinanzi ai giudici nazionali e le ha, pertanto, dichiarate manifestamente infondate.

Alle medesime conclusioni è giunta quanto alla violazione dell'art. 13 della Convenzione, poiché le argomentazioni della ricorrente sono state analiticamente esaminate in primo grado ed è stato garantito un giudizio di appello.

Infine, la Corte ha dichiarato *ratione personae* incompatibile il ricorso, quanto alla violazione dell'art. 1 del Protocollo 12 della Convenzione (dedotta in relazione all'allegata discriminazione della famiglia sulla base delle sue origini sociali e nazionali), per mancanza di ratifica di esso da parte del Regno Unito e ha revocato il provvedimento interinale di sospensione dell'ordine di interruzione, adottato a norma dell'art. 39 del Regolamento della Corte EDU.

[Indice](#)

CLASSIFICAZIONE

ART. 8 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – ART. 10 CEDU – LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – **INTERCETTAZIONI DI MASSA DI COMUNICAZIONI O CONVERSAZIONI** – INQUADRAMENTO GIURIDICO DELLE FORME DI *INTELLIGENCE* ELETTRROMAGNETICA (ROEM) – MINACCE POSTE AGLI STATI DALLE RETI INTERNAZIONALI CHE UTILIZZANO INTERNET PER COMUNICARE – CONFORMITÀ CONVENZIONALE – CONDIZIONI.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

CEDU, art. 8, 10, 41.

Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano

Cost. artt. 3, 15; artt. 266, 267 cod. proc. pen; art. 132, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU

Breyer c. Germania, 30 gennaio 2020, n. 50001/12; Zakharov c. Russia, 4 dicembre 2015, n. 47143/06; Liberty e altri c. Regno Unito, 1/7/2008; Weber e Saravia c. Germania, dec. n. 54934/00 del 29/6/2006; Pantano c. Italia, 6 novembre 2003, n. 60851/00; Huvig c. Francia, 24 aprile 1990; Kruslin c. Francia, 24/4/1990.

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Grande Sez., 2 marzo 2021, C-746/18, U.K. c. Prokuratuur; Grande Sez., 6 ottobre 2020, La Quadrature du net e aa. (C-511/18, C-512/18, C-520/18); Grande Sez., 6 ottobre 2020, Privacy International (C-623/17); Grande Sez., 2 ottobre 2018, Ministerio Fiscal (C-207/16); Grande Sez., 21 dicembre 2016, Tele 2 Sverige AB e a. (C-203/15 e C-698/15); Grande Sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland Ltd e a. (C-293/12 e C-594/12).

Sentenza della Corte di cassazione

Sez. 2, n. 5741 del 10/12/2019, Dedej, Rv. 278568-01; Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, R., Rv. 277353-01; Sez. 5, n. 33851 del 24/04/2018, M., Rv. 273892-01.

PRONUNCE SEGNALATE

Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, ric. n. 35252/08 Centrum för rättvisa c. Svezia.

Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, ricorsi n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15 Big Brothers Watch e altri c. Regno Unito.

Abstract

*La Corte Edu, Grande Camera, ha ritenuto sussistente la violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione in relazione ad **un sistema di intercettazioni di massa concernente sia il contenuto delle conversazioni che i dati ad esse relativi, allorché la legislazione nazionale non preveda:** a) la necessità di un' **autorizzazione** preventiva di tali intercettazioni da parte di un **giudice o di un organo indipendente dall'esecutivo**; b) la possibilità di un **controllo successivo** da parte di un organo parimenti indipendente, non necessariamente giudiziario, dei dati acquisiti, soprattutto in caso di acquisizioni "accidentali" di dati concernenti le comunicazioni dei giornalisti; c) le parole chiave in base alle quali le comunicazioni intercettate verranno poi selezionate ed esaminate.*

I) Il caso Centrum för rättvisa c. Svezia

Con la pronuncia in esame la Corte EDU si pronunciava sul ricorso proposto dal "Centrum för rättvisa", una fondazione senza scopo di lucro che ha sede a Stoccolma, costituita nel 2002; essa rappresenta i suoi assistiti nelle controversie sui diritti, soprattutto nei confronti dello Stato.

La parte ricorrente, in particolare, prospettava il rischio che le sue comunicazioni fossero state intercettate per mezzo di strumenti di intelligence elettromagnetica, che avevano consentito la captazione sistematica delle comunicazioni su base giornaliera tra soggetti privati, organizzazioni e aziende, svedesi ed estere, tramite e-mail, telefono e fax. Tali forme di intercettazione erano intervenute per ragioni di sicurezza, interna ed estera, senza che fossero preventivamente chiari i presupposti e i limiti entro cui i dati telematici potevano essere acquisiti e conservati presso appositi archivi informatici.

Occorre precisare ulteriormente che la parte ricorrente non aveva avviato alcun procedimento interno, sostenendo che non vi era rimedio effettivo per le sue denunce alla Convenzione.

Il ricorso, pertanto, pone il problema dell'inquadramento delle forme di intelligence elettromagnetica, definite con l'acronimo di **ROEM**, che viene definita dalla Corte EDU come **l'attività finalizzata a intercettare, elaborare, analizzare e riportare informazioni trasmesse da segnali elettronici, che possono essere convertiti in testo, immagine o suono.**

La risoluzione di tale questione ermeneutica veniva affrontata dalla Corte EDU sulla base di un'accurata ricognizione del sistema normativo svedese, nel quale la raccolta di segnali elettronici convertibili è una forma di intelligence disciplinata dalle leggi interne, che ne attribuiscono il controllo istituzionale all'Istituto Nazionale di Difesa Radio, che è un'agenzia governativa operante sotto la vigilanza del Ministero della Difesa, autorizzata allo svolgimento

di forme di intelligence elettromagnetica, realizzate attraverso strumenti di intercettazione di massa.

Tale Istituto è composto da un giudice e da altri membri nominati per un quadriennio e svolge la sua attività in assoluta segretezza.

La decisione della Corte EDU

La Corte EDU accoglieva il ricorso proposto dal "Centrum för rättvisa", ritenendo, che, sulla base della prospettazione della parte ricorrente, doveva ritenersi violata la norma dell'art. 8, par. 2, CEDU, a tenore del quale non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla riservatezza «a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

L'assunto ermeneutico da cui muoveva la Corte EDU traeva origine dalla constatazione della proliferazione delle minacce poste agli Stati membri dagli utenti della rete telematica, pubblici e privati: esse comportano il pericolo di intercettazioni illegali realizzate attraverso sofisticate tecnologie, fermo restando che l'uso di forme preventive di massa, in quanto tali, soprattutto laddove effettuate per ragioni di sicurezza, non può essere ritenuto contrario alla disposizione dell'art. 8 CEDU.

In questa cornice, la Corte EDU riteneva che, in considerazione del costante sviluppo delle tecnologie comunicative, le forme di intercettazione di massa comportano il rischio potenziali di abusi telematici seriali, idonei a determinare la lesione dei diritti individuali delle persone e degli enti giuridici; ne deriva la necessità di bilanciare le esigenze di sicurezza collettiva – a garanzia delle quali viene ribadita la legittimità di forme di intercettazione di massa, realizzata con meccanismi di intelligence elettromagnetica – con le prerogative di libertà individuale, mediante un giudizio che deve essere eseguito, caso per caso, sulla base della preliminare ricognizione dei sistemi giuridici di riferimento.

Occorre, pertanto, valutare in concreto la **proporzionalità** delle misure adottate per assicurare la realizzazione di forme di intelligence elettromagnetica rispettose dell'art. 4, che postulano una verifica sulla legittimità di ogni fase del percorso applicativo degli strumenti di intercettazione di massa; le relative operazioni devono essere sottoposte a un controllo adeguato, eseguito da autorità indipendenti, sia all'inizio sia alla fine di ciascun segmento del procedimento captativo, sul modello dell'Istituto Nazionale di Difesa Radio, che, sul piano dei principi, appare idoneo a soddisfare le esigenze che si sono richiamate.

Tuttavia, tale verifica, secondo la Corte EDU, deve essere eseguita nel rispetto di alcuni parametri essenziali, che devono essere definiti dal diritto nazionale in modo che il regime in questione possa essere considerato conforme ai principi della Convenzione EDU e dare luogo al bilanciamento delle esigenze che si sono richiamate nel rispetto della giurisprudenza convenzionale (Breyer c. Germania, 30 gennaio 2020, n. 50001/12).

Applicando questi parametri ermeneutici al regime svedese di intercettazione di massa, la Corte EDU rilevava che i servizi di *intelligence* del Paese scandinavo hanno compiuto un grande sforzo di contemperare le esigenze di sicurezza e individuale richiamate, pur essendosi create talune disarmonie applicative che meritavano di essere segnalate.

Tali disarmonie applicative, che imponevano una rimeditazione complessiva del sistema di intercettazione di massa svedese, in particolare, riguardavano 1) l'assenza di una norma chiara in materia di distruzione dei dati intercettati, laddove non contenenti dati personali; 2) il fatto che la legge svedese non precisava quali fossero i meccanismi di tutela dei diritti individuali quando le informazioni acquisite venivano condivise con *partners* stranieri; 3) quali erano i parametri applicabili per massimizzare le forme di controllo *a posteriori* delle informazioni acquisite.

II) Il caso Big Brother Watch e altri c. Regno Unito

Con tre separati ricorsi, le organizzazioni impegnate nella promozione delle libertà civili e dei diritti dei giornalisti e i singoli soggetti (tutti indicati nell'elenco allegato alla sentenza in commento) hanno dedotto che, a causa delle loro attività, era probabile che le loro comunicazioni elettroniche di carattere trans-nazionale fossero state intercettate dal servizio segreto del Regno Unito o da questo ricevute da altri governi stranieri o, infine, ottenute dal Regno Unito dai fornitori dei relativi servizi.

Al momento della domanda il regime delle intercettazioni di massa era disciplinato all'interno del sistema britannico dal c.d. **RIPA** (Regulation of Investigatory Powers Act) del 2000 e consentiva al Segretario di Stato di autorizzare, nell'interesse della sicurezza nazionale, un mandato relativo a tali intercettazioni – concernenti le comunicazioni "esterne" in quanto inviate o ricevute al di fuori del territorio del Regno Unito, a condizione che fossero necessarie per prevenire o investigare su gravi reati, o per la salvaguardia del benessere economico del Regno Unito, e proporzionate allo scopo perseguito.

Inoltre, in base ad un accordo del 5 marzo 1946 tra Regno Unito e Stati Uniti di America, è consentito lo scambio tra i due Paesi delle informazioni relative a tali comunicazioni "esterne".

La decisione della Corte EDU

a) Le garanzie necessarie nel sistema di intercettazioni di massa

La Corte ha accolto parzialmente i ricorsi sulla base di considerazioni analoghe a quelle esaminate nel caso che precede.

Tenuto conto della legislazione internazionale in materia (in particolare, la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 68/167 del 18/12/2013 e la Convenzione del Consiglio di Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale del 28 gennaio 1981), del diritto dell'Unione (artt. 7, 8 e 11 della Carta di Nizza e le Direttive sulla protezione dei dati personali) nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia, la Corte EDU ha affermato che, **in linea generale, l'art. 8 della Convenzione non vieta l'uso del sistema delle intercettazioni di massa** (ad oggi ammesso da Finlandia, Francia, Germania, Olanda, Svezia, Svizzera e Regno Unito) **per proteggere la sicurezza nazionale o altri interessi nazionali contro serie minacce esterne**. A tal riguardo, precisa la Corte, gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere quale sistema di intercettazione adottare a tale scopo, ma tale margine di discrezionalità va poi a restringersi nella fase operativa in cui è necessaria l'adozione di numerose garanzie a tutela da forme di arbitrio e di abuso.

Nel procedere alla valutazione della qualità della "base legale" legittimante un siffatto sistema, la Corte, ribadendo precedenti arresti in tema di intercettazioni (tra le altre, con particolare riferimento alle intercettazioni di massa, Corte EDU, Weber e Saravia c. Germania, dec. n. 54934/00 del 29/6/2006), ha individuato, oltre ai requisiti della **accessibilità e prevedibilità**, sei garanzie minime (**c.d. garanzie "Weber"**) che la legge dovrebbe prevedere per evitare detti abusi in materia di intercettazioni: 1) **la natura dei reati** che possono giustificare un provvedimento di intercettazione; 2) **la predeterminazione dei soggetti che possono essere intercettati**; 3) **il limite di durata** delle intercettazioni; 4) **la procedura da seguire** per esaminare, utilizzare e conservare i dati ottenuti; 5) **le precauzioni da adottare quando tali dati vengono comunicati a terzi**; 6) le circostanze in presenza delle quali i dati intercettati devono essere **cancellati o distrutti**.

Tali garanzie minime, precisa la Corte, rilevano non solo con riferimento alle intercettazioni del contenuto delle comunicazioni, ma anche nel caso, come quello in esame, in cui sia consentita anche l'acquisizione di massa dei dati relativi a dette comunicazioni, in quanto idonee a rivelare informazioni sulla vita privata, come l'identità o la posizione geografica di chi invia o riceve la comunicazione.

Tenuto conto della **natura "preventiva" delle intercettazioni di massa rispetto a quelle con destinatario predeterminato**, la Corte ha rilevato che le prime due garanzie, tra le sei sopra specificate, non sono direttamente applicabili al sistema delle intercettazioni di massa. Tuttavia, ha ritenuto indispensabile che, allorché uno Stato decida di adottare tale sistema, la

legge contenga delle norme dettagliate sulle condizioni in presenza delle quali le autorità possono ricorrere a tali misure.

Ciò premesso, la Corte ha rilevato che il sistema delle intercettazioni di massa si sviluppa in **quattro diverse fasi** cui consegue una crescente interferenza nella vita privata.

Nella prima fase si procede alle intercettazioni di massa delle comunicazioni e dei dati ad esse relativi.

Nella fase successiva si procede alla individuazione delle comunicazioni di possibile interesse investigativo – e, dunque, anche dei soggetti che ne sono protagonisti – sulla base di parole chiave, “selettori”, che possono anche avere una connotazione particolarmente “forte” (come, ad esempio, ove si utilizzi l’indirizzo di posta elettronica di un determinato soggetto per selezionare il materiale intercettato).

Le fasi successive attengono, infine, all’analisi ad opera di specialisti del contenuto delle comunicazioni selezionate ed al loro utilizzo, divulgazione o trasmissione a servizi segreti stranieri.

Al fine di ridurre al minimo il rischio di abusi di potere e di assicurare **che ogni interferenza risponda al requisito della “necessità in una società democratica”**, la Corte ha affermato che l’intero processo deve essere soggetto ad un costante controllo, dal principio alla fine (“*end to end safeguards*”), in merito alla necessità e proporzionalità delle misure adottate. Ciò comporta che ogni fase del processo relativo alle intercettazioni di massa – inclusa **l’autorizzazione iniziale**, l’individuazione dei “selettori” delle comunicazioni, l’utilizzo, conservazione e distruzione delle stesse – deve essere oggetto di controllo **da parte di un giudice o, comunque, di un organo terzo, indipendente dall’esecutivo**.

Tale controllo dovrà essere assicurato **anche ex post**. Infatti, chiunque sospetti che le proprie comunicazioni siano intercettate dai servizi segreti deve poter accedere ad un rimedio effettivo attraverso **la possibilità di un ricorso** dinanzi ad un organo indipendente, non necessariamente giudiziario, le cui decisioni dovranno essere legalmente vincolanti.

Analogamente garanzie dovranno essere assicurate anche nella condivisione con i servizi segreti di altri Stati (anche non contraenti) del materiale così intercettato. Tale condivisione potrà riguardare solo il materiale ottenuto attraverso un sistema conforme alla Convenzione e dovrà rispettare le seguenti ulteriori garanzie: 1) fondamento legale dello scambio, con la specifica previsione delle circostanze in presenza delle quali è possibile tale condivisione; 2) lo Stato “trasferente” dovrà assicurarsi che lo Stato ricevente abbia adottato misure idonee a prevenire abusi; 3) adozione di garanzie maggiori quando si tratta di informazioni “confidenziali”, ad

esempio relative all'attività dei giornalisti; 4) necessità che il trasferimento sia sottoposto ad un controllo da parte di un organo indipendente.

Analoghe garanzie, sia pure attraverso previsioni legali che non siano necessariamente identiche a quelle adottate per le intercettazioni, dovranno essere assicurate anche nell'ipotesi di acquisizione di massa dei dati relativi alle comunicazioni che, ad avviso della Corte EDU, non possono considerarsi di per sé meno intrusive dell'intercettazione del relativo contenuto.

b) La decisione del caso concreto

Con riferimento al caso concreto, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione rilevando che la disciplina britannica non contiene sufficienti garanzie idonee a prevenire il rischio di abusi dall'inizio alla fine del procedimento avuto riguardo, tra l'altro ai seguenti fattori: mancanza di una previsione relativa all'iniziale autorizzazione da parte di un organo indipendente; mancata preventiva identificazione dei "selettori" delle comunicazioni; mancanza di prevedibilità delle circostanze in cui le comunicazioni possono essere esaminate.

Sulla base di analoghe considerazioni la Corte ha ravvisato, inoltre, una violazione dell'art. 10 della Convenzione. Pur distinguendo tra intercettazioni dirette e intercettazioni accidentali, la Corte ha rilevato che l'uso dei selettori, siano essi generici o di carattere "forte" (in quanto, ad esempio, correlati all'attività di un giornalista ed idonei a selezionare materiale confidenziale o ad individuarne le fonti), deve, comunque, essere soggetto ad un controllo da parte di un giudice o di un organo indipendente, di carattere preventivo ovvero, in caso di intercettazioni accidentali, di carattere successivo (quest'ultima in relazione all'analisi, uso, conservazione, trasmissione e distruzione del relativo materiale).

Quanto allo scambio di informazioni con i servizi segreti americani, la Corte ha ritenuto che, alla luce delle garanzie adottate, non vi sia stata, invece, alcuna violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione.

Infine, quanto al regime di acquisizione diretta dei dati presso i fornitori dei servizi, la Corte ha ravvisato una violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione rilevando che un siffatto regime dovrebbe essere circoscritto alla lotta contro crimini gravi ("*serious crime*") e dovrebbe essere soggetto al preventivo esame di un giudice o di un organo indipendente.

Considerazioni finali

Le **due sentenze in commento, sebbene relative ad un sistema estraneo al nostro ordinamento giuridico**, rappresentano un ulteriore tassello attraverso il quale le Corti sovranazionali stanno delineando il **paradigma "europeo" degli istituti delle intercettazioni delle conversazioni e comunicazioni e dell'acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni**.

La Corte EDU, infatti, ponendosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, ha affermato che l'esigenza di assicurare un costante equilibrio tra gli interessi pubblici sottesi all'impiego di tali strumenti e la tutela della riservatezza delle comunicazioni e della vita privata e familiare può essere assicurata solo dall'intervento di un **organo terzo e imparziale** che ne autorizzi l'impiego ovvero ne verifichi *ex post* la legittimità.

Di particolare rilievo, alla luce di quanto recentemente affermato dalla **Corte di Giustizia con la sentenza del 2 marzo 2021, C-746/18**, sono anche le affermazioni relative all'acquisizione diretta dei dati relativi alle comunicazioni presso i fornitori dei relativi servizi.

La lettura sinottica di tali pronunce potrebbe, dunque, essere di ausilio nella soluzione della questione ermeneutica nata proprio dalla citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito alla **disapplicazione o meno dell'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196**, quale immediata ricaduta di tale pronuncia, e, in caso positivo, alla procedura da applicare, sia pure in via analogica, in attesa dell'intervento del legislatore.

Al riguardo, infatti, sono affiorate nella giurisprudenza di merito diverse interpretazioni, ora a favore dell'immediata disapplicazione dell'art. 132 e dell'applicabilità in via analogica degli artt. 266 e 267 cod. proc. pen. (come prospettato anche nel report sulla sentenza della Corte di Giustizia), ora, invece, contro tale disapplicazione, in considerazione del contenuto poco specifico della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sono state, infine, sottoposte ulteriori questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia in ordine alla efficacia *ex nunc* o *ex tunc* della pronuncia del 2 marzo scorso ed alla sua riferibilità anche all'ufficio del pubblico ministero che nell'ordinamento giuridico italiano si connota per l'autonomia e l'indipendenza dal potere esecutivo.

In attesa di una nuova pronuncia della Corte di Giustizia, nonché del probabile intervento del legislatore, anche questa Corte di cassazione potrebbe essere chiamata ad esaminare le ricadute della citata pronuncia della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021 sul proprio – precedente orientamento ermeneutico in cui aveva ritenuto la compatibilità della disciplina italiana di conservazione dei dati di traffico – c.d. "*data retention*" – di cui all'art. 132, d.lgs 30 giugno 2003, n. 196, con le direttive n. 2002/58/CE e 2006/24/CE in tema di tutela della "*privacy*", come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 aprile 2014, Digital Rights, C-293/12 e C-594/12; CGUE 21 dicembre 2016, Tele 2, C-203/15 e C-698/15) (Sez. 2, n. 5741 del 10/12/2019, dep. 2020, Dedej, Rv. 278568; Sez. 5, n. 33851 del 24/04/2018, Rv. 273892; Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, Rv. 277353).

[**Indice**](#)

CLASSIFICAZIONE

ART 8 CEDU – OBBLIGHI POSITIVI - DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – INTEGRITÀ FISICA E MORALE – **“VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA”** DI UNA VITTIMA DI VIOLENZA SESSUALE A SEGUITO DI COLPEVOLI **RILIEVI MORALIZZANTI** E **VEICOLAZIONE DI STEREOTIPI SESSISTI** NELLA **MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA** – INDAGINE EFFICACE – RISARCIMENTO DEL DANNO MORALE

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 8 CEDU

Norme rilevanti dell’ordinamento italiano: artt. 2, 111 Cost.; artt. 392, 472, 572 cod. proc. pen.; artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*octies* cod. pen.; artt. 90-*bis*, 90-*ter*, 90-*quater*, 392, 398, 472, 498, 499 cod. proc. pen.; d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; legge 15 ottobre 2013, n. 119; legge 19 luglio 2019, n. 69.

Norme di diritto internazionale: Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul) del 7 aprile 2011, ratificata dall’Italia il 10 settembre 2013 ed entrata in vigore il 1 agosto 2014; Parere n. 11 (2008) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) sulla qualità delle decisioni giudiziarie; Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, adottata il 25 ottobre 2012, che stabilisce norme minime in materia di diritti, sostegno e protezione delle vittime di reato e sostituisce la Decisione Quadro 2001/220/GAI del Consiglio, recepita nell’ordinamento italiano dal d.lgs. n. 212 del 15 dicembre 2015; Settimo rapporto sull’Italia del Comitato delle Nazioni Unite per l’eliminazione della discriminazione contro le donne, pubblicato il 4 luglio 2017 (CEDAW/C/ITA/7); Primo **rapporto** di valutazione sull’Italia del Gruppo di esperti del **Consiglio d’Europa** sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (**“GREVIO”**) pubblicato il 13 gennaio 2020.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU richiamate: *M.C. c. Bulgaria* n. 39272/98 §§ 153, 166 e 168; *M.N. c. Bulgaria*, n. 3832/06, §§ 49 40, 177 27 novembre 2012; *N.Ç. c. Turchia*, n. 40591/11, §§ 95 9-97, 9 febbraio 2021; *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, § 23, serie A n. 91; *Doorson c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1996, § 70; *S.N. v. Svezia*, no. 34209/96, § 47, CEDU 2002 V; *Aigner v. Austria*, no. 28328/03, § 35, 10 maggio 2012; *Y. c. Slovenia* n. 41107/10 §§ 97 e 101, 108,109; *A e B c. Croazia*, n. 7144/15, § 121, 20 giugno 2019; *M. c. Croazia* [GC], n. 60561/14, §§ 312-320, 25 giugno 2020; *B. c. Romania*, n. 42390/07, §§ 50 e 57, 10 gennaio 2012; *Sanchez Cardenas c. Norvegia*, n. 12148/03, §§ 33-39, 4 ottobre 2007; *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, n. 17484/15, §§ 33-36 e 54, 25 luglio 2017.

Corte di cassazione: Sez. 5, n. 21030 del 08/06/2020; Sez. 3, n. 16614, del 04/03/2020; Sez. 3, n. 15683 del 05/03/2019; Sez. 3, n. 58318 del 09/11/2018, Rv. 274739; Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017; Sez. 3, n. 46464 del 09/06/2017; Sez. 4, n. 23093 del 02/02/2017, Rv. 269998; Sez. 3, n. 38496 del 19/05/2016; Sez. 2, n. 43278 del 24/09/2015, Rv. 265104; Sez. 6, n. 27185 del 27/03/2014, Rv. 260064; Sez. 4, n. 6777 del 24/01/2013, Rv. 255104; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214; Sez. 3, nn. 45700 e 45699 del 26/10/2011; Sez. 3, n. 28913 del 03/05/2011, Rv. 251075; Sez. 4, n. 35984 del 10/10/2006, Rv. 234830; Sez. 6, n. 7180 del 12/12/2003, Rv. 228013.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 27 maggio 2021, ric. n. 5671/16 J.L. c. Italia.

Abstract

La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione dell'art 8 CEDU nei confronti della ricorrente, persona offesa in un procedimento penale riguardante una violenza sessuale di gruppo, conclusosi in appello con l'assoluzione degli imputati, con sentenza divenuta definitiva per la mancata impugnazione del Procuratore generale e delle parti civili.

Benché l'indagine e il procedimento giudiziario siano stati condotti in modo compatibile con gli obblighi positivi imposti dall'articolo 8 CEDU, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali abbiano omesso di tutelare la ricorrente dalla vittimizzazione secondaria alla luce del contenuto della sentenza di appello, che è parte integrante del procedimento penale, e di notevole rilievo, soprattutto in considerazione della sua natura di atto pubblico. In particolare, la Corte EDU ha giudicato ingiustificati i riferimenti: all'abbigliamento intimo indossato dalla ricorrente, al suo orientamento sessuale, alle sue relazioni sentimentali, alla sua "attitudine ambivalente rispetto al sesso" desunta, peraltro, dalle sue scelte in ambito artistico-professionale, ai motivi che l'avrebbero indotta a denunciare i fatti. Per la Corte, si tratta di elementi che attengono alla vita privata della presunta vittima e che sono non rilevanti ai fini della valutazione della sua credibilità o dell'accertamento circa la sussistenza o meno del consenso, né giustificati dalla necessità di garantire un pieno esercizio di difesa agli imputati. E non vale ad escludere la vittimizzazione secondaria la circostanza che gli imputati siano stati assolti in ragione della scarsa credibilità della versione accusatoria della persona offesa.

Fatto

Nel luglio del 2008, la ricorrente, nata nel 1986, all'epoca dei fatti ventiduenne studentessa di storia dell'arte e teatro, ha denunciato di essere stata vittima, sotto l'effetto di alcol, di uno stupro di gruppo perpetrato da sette giovani di età compresa tra i venti e i venticinque anni.

Si apriva così il procedimento penale in cui si sono costituiti parti civili la ricorrente e il Comune di Firenze. Con sentenza del 14 gennaio 2013 il Tribunale di Firenze ha condannato sei dei setti imputati ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 609-*bis*, secondo comma, n. 1), e 609-*octies* cod. pen., per avere indotto una persona in stato di inferiorità psico-fisica a compiere o subire atti di natura sessuale; gli imputati sono stati invece assolti dall'accusa di violenza sessuale di gruppo connotata da violenza o minaccia di cui al 1° comma dell'art. 609-*bis* cod. pen. ed è stata esclusa la aggravante relativa all'uso di bevande alcoliche per commettere il reato.

Il giudice di primo grado ha riscontrato incongruenze in alcune parti della versione dei fatti fornita dalla ricorrente; ha ritenuto, tuttavia, alla luce di un orientamento della giurisprudenza di legittimità, che la sua credibilità potesse essere valutata attraverso una "valutazione frammentaria" delle sue dichiarazioni dal momento che non era emersa contraddizione fattuale e logica tra le varie parti del suo racconto.

Con sentenza del 4 marzo 2015 la Corte d'appello di Firenze, in riforma della sentenza di primo grado, ha pronunciato l'assoluzione di tutti gli imputati dal reato di cui all'art. 609-*bis*, secondo comma, n. 1), cod. pen., perché "il fatto non sussiste".

La Corte d'Appello ha osservato come la credibilità della persona offesa non potesse subire alcun frazionamento idoneo a supportare una parte delle accuse, trattandosi di un singolo episodio di presunta violenza sessuale. Ha ritenuto che le diverse contraddizioni nella versione dei fatti della ragazza, nonché una serie di elementi oggettivi (i risultati degli esami forensi effettuati nell'auto in cui si era consumato il fatto e sugli indumenti dei soggetti coinvolti, il referto dell'esame ginecologico, l'esame dei tabulati telefonici) fossero idonei a minarne l'attendibilità complessiva.

Il giudice di secondo grado ha escluso altresì la sussistenza di uno stato di inferiorità fisica e psichica anche latente della ragazza o che vi fosse stata una revoca del consenso agli atti sessuali inizialmente espresso. Sotto tali profili, la Corte d'Appello ha descritto la ragazza come un "soggetto fragile ma al tempo stesso creativo, disinibito, in grado di gestire la propria bisessualità e di avere rapporti occasionali di cui nel contempo non era convinta"; ha richiamato, inoltre, alcune testimonianze che avevano delineato un atteggiamento provocatorio della ragazza allorché "aveva mostrato gli slip rossi mentre cavalcava un toro meccanico". Secondo il convincimento dei giudici di appello la ricorrente, denunciando l'episodio al centro antiviolenza, aveva cercato di "stigmatizzare" il fatto di non aver ostacolato l'esperienza di gruppo, allo scopo di reprimere un "discutibile momento di fragilità e debolezza che una vita non lineare come la sua avrebbe voluto censurare". Riteneva che la condotta tenuta della presunta vittima prima e dopo i fatti (come la partecipazione dopo il fatto ad un "workshop" estivo denominato "Sex in Transition") dimostrassero un atteggiamento "ambivalente nei confronti del sesso" che l'aveva portata a compiere scelte vissute in maniera contraddittoria e traumatica.

La sentenza della Corte d'Appello di Firenze è divenuta definitiva il 20 luglio 2015 in quanto né la Procura generale di Firenze né le parti civili hanno proposto ricorso per Cassazione.

Il 5 agosto 2015 è stata presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro della Giustizia un'interrogazione parlamentare sulle motivazioni della sentenza della Corte d'Appello di Firenze e sulla loro compatibilità con le disposizioni delle leggi nazionali e internazionali in materia di tutela dei diritti delle vittime di abusi sessuali e di contrasto alla violenza sulle donne, ma la questione non è stata esaminata.

La questione sottoposta alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Invocando **la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU**, la ricorrente afferma d'aver subito una discriminazione per la mancata adozione di misure volte a tutelare la sua integrità personale nel corso di un processo penale di violenza sessuale in cui la stessa è parte offesa, rimproverando le autorità nazionali di non aver protetto il suo diritto al rispetto della vita privata e dell'integrità personale nell'ambito del procedimento penale. La ricorrente lamenta altresì d'aver subito una discriminazione a causa del suo sesso, in violazione dell'art. 14 CEDU, sostenendo che l'assoluzione dei presunti aggressori, insieme all'atteggiamento ostile delle autorità giudiziarie durante il procedimento penale, siano il frutto di pregiudizi sessisti.

La Corte ha ritenuto **ammissibile** il ricorso con riguardo **all'art. 8** (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) **CEDU**.

Le risposte della CORTE EDU

La Corte EDU osserva, innanzitutto, come l'art. 8 imponga un obbligo positivo in capo allo Stato di proteggere l'integrità fisica dell'individuo, che si sostanzia nel dovere di prevedere disposizioni di diritto penale che puniscano efficacemente ogni atto sessuale non consensuale. In questioni di gravità efferata come lo stupro, tale obbligo può estendersi fino ai profili inerenti all'effettività dell'indagine penale funzionale all'attuazione di tali disposizioni.

Analizzando le circostanze specifiche del caso in esame, la Corte riconosce che la legge italiana punisce la violenza sessuale, sia essa commessa con violenza, minaccia, abuso di autorità, sfruttamento dell'inferiorità psico-fisica della vittima o inganno (art. 609-*bis* cod. pen.); inoltre il codice penale prevede il reato autonomo – e più severamente punito – della violenza di gruppo, ex art. 609-*octies*. Pertanto, a parere della Corte di Strasburgo, **lo Stato italiano ha predisposto un quadro normativo idoneo a tutelare i diritti delle vittime di violenza sessuale** ed è, sotto questo profilo, esente da critiche. Inoltre, per quanto concerne il profilo dell'efficacia dell'inchiesta, la Corte osserva che **le autorità**, a seguito di una segnalazione del centro antiviolenza a cui la ricorrente si era rivolta, **hanno aperto un'inchiesta d'ufficio quattro giorni dopo i fatti**. In considerazione di questo e di tutti gli altri elementi del

procedimento, la Corte non può ritenere che le autorità nazionali siano state passive, o che siano venute meno al loro dovere di diligenza o, ancora, all'obbligo di celerità nella valutazione di tutte le circostanze del caso. Ciò che rileva quindi è comprendere se, da un lato, alla ricorrente è stata garantita una tutela effettiva dei suoi diritti, in quanto **presunta vittima**, e se, dall'altro, il meccanismo giudiziario previsto dal diritto penale italiano è stato carente al punto da comportare una violazione degli obblighi positivi di cui all'art. 8 CEDU.

La Corte EDU premette che, per ciò che riguarda le decisioni giudiziarie, non può sostituirsi alle autorità nazionali nella valutazione dei fatti di causa, il cui apprezzamento esula dalla sua competenza, né può pronunciarsi sulla responsabilità penale dei presunti aggressori. Tuttavia, rileva come **numerosi passaggi della sentenza** della Corte d'Appello di Firenze **che menzionano la vita personale e intima della ricorrente abbiano arrecato un danno** ai suoi diritti derivanti dall'art. 8 CEDU. La Corte EDU considera **del tutto ingiustificati** i riferimenti della Corte d'Appello alla lingerie rossa "mostrata" dalla ricorrente durante la serata, così come i commenti riguardanti la sua bisessualità, **le sue relazioni sentimentali e i rapporti sessuali occasionali avvenuti prima dei fatti**.

Parimenti, la Corte EDU considera inappropriate le considerazioni relative all'"atteggiamento ambivalente della ricorrente nei confronti del sesso", che la Corte d'Appello ha dedotto, tra l'altro, dalle sue decisioni in materia artistica, come quella di partecipare al workshop "Sex in Transition". Inoltre, la Corte EDU ritiene che **la valutazione della decisione della ricorrente di denunciare i fatti** – che secondo la Corte d'Appello rappresentava la volontà di "stigmatizzare" e sopprimere un "discutibile momento di fragilità e debolezza" – così come il riferimento alla sua "vita non lineare", siano **deplorevoli e irrilevanti**. La Corte EDU ritiene che i suddetti argomenti e le considerazioni della Corte d'Appello **non siano stati utili per valutare la credibilità del ricorrente**, né siano risultati decisivi per la risoluzione del caso, **ma** riconosce che nel caso di specie la questione della credibilità della ricorrente fosse cruciale, e **ammette che il riferimento alle sue relazioni passate con i singoli imputati, o a certi suoi comportamenti durante la serata, possano considerarsi giustificati**. Tuttavia, la situazione familiare della ricorrente, le sue relazioni sentimentali, il suo orientamento sessuale o anche la sua scelta di abbigliamento, così come le sue attività artistiche e culturali, non possono essere considerate rilevanti per la valutazione della sua credibilità e della responsabilità penale degli imputati. Pertanto, ad avviso della Corte EDU, le violazioni della vita privata e dell'immagine della ricorrente non possono essere ritenute giustificate dalla necessità di salvaguardare il diritto di difesa degli imputati.

La Corte EDU ritiene che gli obblighi positivi di tutelare le presunte vittime della violenza di genere impongano anche il **dovere di proteggere la loro immagine, la dignità e la privacy**, anche attraverso la non divulgazione di informazioni e dati personali non correlati ai fatti. Questo

obbligo è del resto inerente alla funzione giudiziaria, e deriva sia dal diritto nazionale che da vari strumenti internazionali. In questo senso, il potere dei giudici di esprimersi liberamente nelle loro decisioni, che è manifestazione del loro potere discrezionale e del principio di indipendenza della magistratura, è limitato dall'obbligo di tutelare l'immagine e la vita privata degli individui da interferenze ingiustificate.

A tal riguardo la Corte EDU considera che **il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'appello sono idonei a trasmettere pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana** e, sono suscettibili di impedire l'effettiva tutela dei diritti delle vittime di violenza di genere, nonostante un quadro legislativo considerato, come detto in precedenza, soddisfacente. Infatti, l'utilizzo di un **linguaggio colpevolizzante e moraleggiante potrebbe comportare una sfiducia delle vittime di violenza di genere nel sistema giudiziario**: è essenziale che l'autorità giudiziaria **eviti di riprodurre stereotipi** nelle sentenze, e di esporre dunque le donne a una **vittimizzazione secondaria**. La Corte osserva, sul punto, che il settimo rapporto sull'Italia del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne e il rapporto GREVIO hanno notato una **resistenza della società Italiana rispetto all'obiettivo dell'uguaglianza di genere**. Ne consegue che, nonostante nel caso in esame le autorità nazionali abbiano garantito il rispetto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU sotto il profilo sia dell'indagine che del procedimento, i diritti della ricorrente ai sensi dello stesso articolo non sono stati adeguatamente tutelati alla luce del contenuto della sentenza di appello. La redazione della **sentenza** costituisce parte integrante del procedimento penale e riveste massima importanza, soprattutto in considerazione del suo **carattere pubblico**, cosicché il suo contenuto è idoneo a ledere i diritti e gli interessi della ricorrente, divenendo strumento di vittimizzazione secondaria.

La Corte conclude affermando la violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU, accordando alla ricorrente un risarcimento per danni non patrimoniali di euro 12.000,00.

Per quanto concerne la violazione dell'art. 14 CEDU lamentata dalla ricorrente, osserva che questa denuncia è assorbita dalla precedente.

Opinione dissenziente del giudice Wojtyczek

Il giudice polacco dissente dalla valutazione della maggioranza, ritenendo non sussistente nel caso di specie la violazione dell'art. 8 CEDU, sulla base dei seguenti rilievi:

- contraddizione logica della sentenza tra la parte in cui afferma che le autorità nazionali non hanno adeguatamente tutelato la ricorrente dalla vittimizzazione secondaria nel corso del procedimento e quella in cui si riconosce che l'indagine e il procedimento fossero stati condotti nel rispetto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU;

- **in considerazione della natura del caso di specie, era inevitabile che venissero toccati aspetti intimi e privati della ricorrente così come degli imputati**, in quanto necessari all'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del reato: nell'esercizio del suo potere discrezionale, la Corte di appello di Firenze ha ritenuto essenziale esaminare **anche i fatti precedenti e successivi all'episodio oggetto del processo**;
- le osservazioni contenute nella sentenza di appello, giudicate come lesive dei diritti della ricorrente, **vanno lette nel contesto delle argomentazioni** su cui si fonda la motivazione della sentenza di assoluzione;
- l'approccio adottato dalla maggioranza del collegio può compromettere **il diritto di difesa degli imputati**, i quali possono avere un legittimo interesse a che vengano valutati nel corso del procedimento alcuni elementi di fatto sensibili relativi alla vita privata della presunta vittima e che gli stessi emergano anche nella sentenza di assoluzione;
- **la Corte EDU non chiarisce quali siano i pregiudizi sul ruolo delle donne veicolati dalla sentenza di appello** né perché le affermazioni in questione siano moraleggianti o colpevolizzanti, trattandosi peraltro di **proposizioni di fatto e non di giudizi di valore**;
- in una democrazia liberale il diritto penale costituisce *extrema ratio*: se è vero che il diritto penale è uno strumento essenziale per combattere la violenza, il suo ruolo nella lotta contro la disuguaglianza di genere non dovrebbe essere comunque sopravvalutato.

Osservazioni finali: la rilevanza della pronuncia per l'ordinamento italiano

Vittimizzazione secondaria e statuto della vittima

Il **codice di procedura penale**, allo scopo di evitare che la persona offesa sia esposta ad un'ipotesi di vittimizzazione secondaria, prevede regole e garanzie a tutela dell'offeso, e da una lettura sistematica del codice emerge un vero e proprio **statuto della vittima**, implementato con nuovi diritti e facoltà partecipative dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (artt. 90-*bis* –che, tra le altre informazioni da fornire alla persona offesa da parte dell'autorità procedente, prevede quella sulle eventuali **misure di protezione** che possono essere attivate dalla persona offesa, nonché sui **centri antiviolenza e i servizi di assistenza** alle vittime di reato – 90-*ter*, 90-*quater*, cod. proc. pen.), che ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE. Va ricordato che quest'ultima ha introdotto il metodo dell'**individual assessment**, al fine di modulare le tecniche di tutela in funzione della specifica vulnerabilità della persona offesa o del testimone e della particolare esposizione a vittimizzazione secondaria o ripetuta (v. art. 90-*quater* cod. proc. pen., che fa riferimento non solo all'età della vittima, ma anche al tipo di reato e alle modalità e circostanze del fatto). Consapevole del fatto che la vittimizzazione secondaria possa rappresentare una "maledizione" endemica nel processo penale, il legislatore italiano ha previsto

diverse misure finalizzate a ridurne al minimo la portata lesiva, pur nell'ottica di un bilanciamento con il **principio di completezza delle indagini** che si ricava dagli artt. 326 e 358 cod. proc. pen.

Soffermando l'attenzione sugli aspetti di maggiore rilievo nel caso in esame, devono essere richiamati: l'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., che introduce una particolare forma di incidente probatorio "liberalizzato" – nel senso che non è condizionato alla grave e particolare urgenza ovvero irripetibilità della testimonianza – quando debba assumersi la testimonianza di un minore ovvero della persona offesa maggiorenne, nel caso di delitti contro la libertà individuale, e, in ogni caso, quando la testimonianza venga resa da persona offesa particolarmente vulnerabile, con l'evidente finalità di tutelarne la dignità e l'integrità morale (con riferimento alla norma specularmente prevista per la fase dibattimentale, art. 498, commi 4-*ter* e 4-*quater*, cod. proc. pen., v. *ex multis*, Sez. 3, n. 58318 del 09/11/2018, Rv. 274739); l'art. 398, commi 5-*bis*, 5-*ter*, 5-*quater*, cod. proc. pen. – cui corrisponde, per la fase dibattimentale, l'art. 498, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. – che stabilisce **particolari modalità di svolgimento dell'udienza di assunzione della prova dichiarativa** nei casi sopra menzionati, assicurando la documentazione integrale delle dichiarazioni mediante **riproduzione fonografica o audiovisiva**, anche al fine di ridurre al minimo la necessità di una futura rinnovazione, preservando al contempo i c.d. elementi cinetici della comunicazione e, dunque, la stessa genuinità e attendibilità della prova; l'art. 472, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., che, derogando alla regola della pubblicità dell'udienza dibattimentale, stabilisce che la persona offesa di un **delitto contro la libertà individuale** possa chiedere che si proceda **a porte chiuse**, anche solo per una parte di esso, e che in un procedimento di tale natura, non siano ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa, neanche entro i limiti di cui all'art. 194, comma 2, cod. proc. pen., a meno che non siano necessarie alla ricostruzione del fatto.

Infine, in ambito d'istruzione dibattimentale, l'art. 498, comma 4-*quater*, cod. proc. pen., prevede particolari accorgimenti in sede di esame della vittima di reati che coinvolgono la sfera della sessualità, attraverso l'adozione di modalità protette per l'esame della persona offesa, qualora questi o il suo difensore ne faccia richiesta. Il giudice che presiede l'udienza è investito del potere-dovere di curare che "l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona" (art. 499, comma 4, cod. proc. pen.) e di intervenire, anche d'ufficio, durante l'esame, "per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni" (art. 499, comma 6, cod. proc. pen.).

Ancora, sempre nell'ottica di garantire tutela alle vittime di reati sessuali, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (**Codice in materia di protezione dei dati personali**, così come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 che ha recepito il Regolamento UE 2016/679), all'art. 52 prevede che l'interessato possa chiedere, per motivi legittimi, che venga apposta sull'originale della

sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento. La disposizione distingue tra le ipotesi in cui l'oscuramento dei dati personali di un soggetto processuale deve essere eseguito sulla base delle emergenze del caso concreto (comma 2) da quelle in cui **l'oscuramento** deve essere eseguito **obbligatoriamente** (comma 5). Rientrano nel secondo ambito, connotato da obbligatorietà, soggetti coinvolti in procedimenti penali concernenti reati contro la famiglia (artt. da 556 a 574-*bis* cod. pen.), reati di cui agli artt. 414-*bis* e 416, settimo comma, cod. pen., reati di cui all'art. 591 cod. pen., reati di cui agli artt. da 600-*bis* a 600-*octies* e da **609-*bis* a 609-*undecies* cod. pen.**, reati di cui all'art. 643 cod. pen., reati di cui all'art. 734-*bis* cod. pen., reati in tema di prostituzione, reati in materia di interruzione volontaria della gravidanza, reati in materia di procreazione medicalmente assistita, e reati commessi da o in danno di minorenni. In queste ipotesi, secondo quanto previsto dal decreto in questione, l'oscuramento deve riguardare non solo i dati identificativi dell'interessato, ma ogni altro dato, anche relativo a terzi, tramite il quale si possa risalire anche direttamente alla sua identità.

Si tratta di una serie di istituti che la Corte Edu ha ritenuto adeguati a fronteggiare, sul piano normativo, i rischi di vittimizzazione secondaria, nell'ambito dei quali assume particolare rilevanza – quanto al caso di specie – l'oscuramento nella sentenza dei dati personali di tutti i soggetti coinvolti, che limita all'ambito dei diretti protagonisti della vicenda la vittimizzazione secondaria eventualmente derivante dal testo della sentenza.

Statuto probatorio delle dichiarazioni accusatorie della vittima di reati sessuali (nella giurisprudenza di legittimità).

La giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare il principio secondo cui alle dichiarazioni della persona offesa **non si applicano le regole dettate dall'art. 192, commi 2 e 3, cod. proc. pen., potendo esse essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di responsabilità dell'imputato**, previa **verifica della credibilità** soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto che deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone (*ex plurimis*, Sez. 5, n. 21030 del 08/06/2020; Sez. 2, n. 43278 del 24/09/2015, Rv. 265104; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214; Sez. 3, nn. 45700 e 45699 del 26/10/2011; Sez. 3, n. 28913 del 03/05/2011, Rv. 251075).

Pertanto, la deposizione della persona offesa si configura, nel vigente ordinamento processuale, come **prova piena**, come tale **non necessitante di alcun elemento di riscontro**, salva la necessità di **vagliarne scrupolosamente la credibilità soggettiva e l'attendibilità** del narrato (Sez. 3, n. 16614, del 04/03/2020; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214). Al pari di qualsiasi altra testimonianza, è **sorretta da una presunzione di veridicità** e dunque il

giudice, pur essendo tenuto a valutarne criticamente il contenuto, verificandone l'attendibilità, non può assumere come base del proprio convincimento l'ipotesi che il teste riferisca scientemente il falso salvo che sussistano specifici e riconoscibili elementi atti a rendere fondato un sospetto di tal genere, in assenza dei quali egli deve presumere che il dichiarante, fino a prova contraria, riferisca correttamente quanto a sua effettiva conoscenza (Sez. 3, n. 38496 del 19/05/2016; Sez. 6, n. 27185 del 27/03/2014, Rv. 260064; Sez. 4, n. 6777 del 24/01/2013, Rv. 255104; cfr. anche Sez. 6, n. 7180 del 12/12/2003, Rv. 228013 e Sez. 4, n. 35984 del 10/10/2006, Rv. 234830).

Inoltre, in tema di reati sessuali, è considerata **legittima** una **valutazione frazionata delle dichiarazioni** della parte offesa quando questi siano **riferite** ad una **molteplicità e diversità di episodi succedutesi** nel tempo, in quanto un eventuale giudizio di inattendibilità su alcune dichiarazioni non inficia le credibilità delle altre parti del racconto, non essendo sempre e necessariamente ravvisabile in tale ipotesi, un'interferenza fattuale e logica tra le parti del discorso (*ex multis*, Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017).

Valutazioni sullo "stile di vita" della vittima di reati sessuali (nella giurisprudenza di legittimità).

La Corte di Strasburgo, con la sentenza in commento, ha ritenuto talune espressioni e argomentazioni utilizzate dalla Corte di appello di Firenze quali fattori determinanti un caso di **vittimizzazione secondaria**, in quanto **ultronee** rispetto all'oggetto del giudizio e allo scopo della sentenza.

A tale riguardo, può osservarsi come un analogo giudizio negativo circa l'uso di espressioni moralizzanti o colpevolizzanti che espongono la persona offesa di reati contro la libertà sessuale ad una vittimizzazione secondaria (trasferendole parte della responsabilità per il reato subito) sia stato più volte espresso anche dalla giurisprudenza di legittimità. La Corte di Cassazione – valorizzando in tal senso il quadro normativo rilevante in materia – ha, in particolare, sottolineato come, **in tema di reati sessuali**, elementi quali le abitudini sessuali della persona offesa, il suo modo di vivere la propria corporeità, di concepire il sesso e la vita sessuale in generale, in sintesi, i suoi **costumi sessuali**, siano del tutto **ininfluenti** ai fini della **valutazione** della sua **credibilità** e inidonei a rendere fondato il sospetto che la stessa dichiari il falso (Sez. 3, n. 46464 del 09/06/2017). Né, aggiunge la Cassazione, i costumi sessuali della persona offesa possono costituire argomento di prova circa la **sussistenza**, reale o putativa, del suo **consenso**, potendo rilevare solo se e nella misura in cui siano necessari alla ricostruzione del fatto (art. 472, comma 3-bis, cod. proc. pen.).

Ancora, con la sentenza Sez. 3, n. 15683 del 05/03/2019, è stata annullata con rinvio, la sentenza d'appello che aveva assolto due imputati condannati in primo grado per aver concorso

nel delitto di violenza sessuale di gruppo ai danni di una giovane donna, sottolineando come, ai fini della valutazione della credibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa che denuncia atti di violenza, il giudice non può dar rilievo al suo **aspetto fisico**, trattandosi di elemento del tutto **irrilevante** e non decisivo per vagliarne **l'attendibilità**. In relazione al vizio di motivazione per l'uso di argomenti (l'aspetto della vittima) irrilevanti in quanto eccentrici rispetto al dato di comune esperienza, la sentenza richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Sez. 4, n. 23093 del 02/02/2017, Rv. 269998) secondo cui è affetta da **vizio di motivazione** la decisione del giudice di merito che, **fondandosi apparentemente su una massima di esperienza**, in realtà **valorizza** un mero **convincimento soggettivo**.

[Indice](#)

La ratifica del Protocollo n. 15 alla Convenzione EDU.

SOMMARIO: 1. La legge di ratifica. – 2. Il Protocollo n. 15 in sintesi. – 3. Obiettivi del processo di riforma della Corte EDU: riduzione del carico di lavoro; corretta applicazione del principio di sussidiarietà e della dottrina del “margine di apprezzamento”. – 4. Sussidiarietà e margine di apprezzamento nel Protocollo n. 15: i lavori preparatori... – 4.1. ...e l’esito del negoziato. 4.2. Questioni emerse nel corso dell’iter di approvazione della legge di ratifica. – 4.3. Natura casistica della giurisprudenza della Corte EDU e suoi riflessi sull’applicazione del margine di apprezzamento. – 4.4. La mancata ratifica del Protocollo n. 16 e i suoi effetti sulle giurisdizioni degli Stati non ratificanti. – 5. Le nuove condizioni di età per l’esercizio delle funzioni di giudice della Corte EDU. – 6. L’eliminazione del diritto di veto delle parti alla rimessione del procedimento alla Grande Camera. – 7. La riduzione del termine per la presentazione del ricorso individuale alla Corte EDU. – 8. La modifica del criterio di ricevibilità del “pregiudizio importante”. – 9. Disposizioni transitorie e finali.

1. Con legge 15 gennaio 2021, n. 11, pubblicata sulla G.U. n. 34 del 10 febbraio 2021 ed entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione, il Parlamento italiano ha autorizzato la ratifica del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013. La stessa legge reca inoltre l’ordine di esecuzione del Protocollo. Esso richiede per la sua entrata in vigore la ratifica di tutti gli Stati parte della Convenzione, poiché contiene norme direttamente emendative di regole convenzionali preesistenti.

L’Italia era l’unico Stato parte a non avere ancora ratificato il Protocollo. Con il prossimo completamento delle procedure di ratifica e deposito da parte dell’Italia tale strumento entrerà dunque in vigore.

L’originario progetto di legge²⁰ e l’abbinato disegno di legge del governo²¹ prevedevano anche la ratifica del Protocollo n. 16 alla Convenzione EDU, che abilita le più alte giurisdizioni nazionali degli Stati parte firmatari²² a richiedere alla Corte europea, nell’ambito di un procedimento nazionale pendente, pareri consultivi non vincolanti in ordine a questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. Questo profilo delle originarie iniziative legislative è stato però espunto nel corso

²⁰ Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Proposta di legge n. 35, d’iniziativa dei Deputati Schullian, Gebhard e Plangger, presentata il 23 marzo 2018.

²¹ Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Disegno di legge n. 1124, presentato dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e dal Ministro della giustizia il 10 agosto 2018.

²² 22 su 47, tra i quali l’Italia.

dell'esame parlamentare in sede referente. Per l'Italia si è dunque interrotto il processo di ratifica del Protocollo n. 16.

2. Il Protocollo n. 15 apporta alla Convenzione EDU le seguenti modifiche:

- 1) aggiunge al preambolo della Convenzione un riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento;
- 2) sostituisce il limite massimo di età per i giudici della Corte EDU, prima fissato a 70 anni, con il requisito che i candidati alla carica di giudice abbiano meno di 65 anni di età alla data in cui l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha richiesto allo Stato parte la lista dei suoi candidati, sicché detti giudici potranno rimanere in carica per l'intero periodo di nove anni e fino all'età massima di 74 anni;
- 3) elimina il diritto delle parti di opporsi alla rimessione del procedimento alla Grande Camera;
- 4) riduce da 6 a 4 mesi dalla sentenza definitiva nazionale il termine di presentazione del ricorso alla Corte EDU;
- 5) modifica il criterio di ricevibilità del ricorso costituito dal "pregiudizio importante" dei propri diritti patito dal ricorrente, rimuovendo la condizione che il caso sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno.

3. Il Protocollo n. 15 - insieme al Protocollo n. 16, relativo alla richiesta facoltativa di parere consultivo non vincolante alla Corte EDU da parte delle più alte giurisdizioni nazionali, la cui ratifica, come si è visto, è stata stralciata dalla legge in esame - rappresenta l'epilogo di un processo unitario di riforma della Corte europea dei diritti dell'uomo scandito, da ultimo, dalle Conferenze di alto livello sul futuro della Corte tenutesi a Interlaken nel 2010, a Smirne nel 2011 e a Brighton nel 2012.

L'obiettivo di tale processo riformatore era duplice.

In primo luogo, pur riconoscendo il contributo straordinario della Corte EDU alla tutela dei diritti umani in Europa, gli Stati parte avevano rilevato che la Corte avrebbe potuto essere "vittima del suo successo". L'entrata in vigore, il 1° novembre 1998, del Protocollo n. 11 - che ha previsto il ricorso degli individui alla Corte EDU e l'allargamento a est del Consiglio d'Europa, con conseguente ratifica della Convenzione EDU da parte di molti Stati di nuova accessione - aveva infatti determinato la moltiplicazione esponenziale dei ricorsi individuali, il prodursi di un consistente arretrato e il dilatarsi dei tempi di trattazione dei procedimenti. La Corte europea veniva pertanto a trovarsi nella condizione di poter essa stessa realizzare una violazione del diritto alla ragionevole durata del processo previsto dall'art. 6, par. 1, CEDU, poiché nemmeno

le misure di razionalizzazione adottate col Protocollo n. 14, destinate ad incidere sui ricorsi individuali irricevibili e su quelli ripetitivi, si erano rivelate decisive.

Inoltre, il processo di riforma era ispirato alla più corretta applicazione del principio di sussidiarietà. Pur non menzionato espressamente nel testo della Convenzione, esso è stato definito dalla Corte EDU fin dalle sue prime sentenze²³ sulla base del combinato disposto degli artt. 1, 13 e 35, par. 1, CEDU, secondo i quali è dovere degli Stati parte assicurare il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e garantire all'individuo l'accesso ad un ricorso effettivo in caso di loro violazione, mentre la funzione della Corte consiste nel controllare che gli Stati rispettino gli obblighi convenzionalmente assunti (artt. 19 e 32 CEDU) ed il ricorso alla Corte è ammissibile solo previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35, par. 1, CEDU)²⁴. Così inteso, il principio di sussidiarietà garantisce il pieno rispetto delle prerogative sovrane degli Stati parte della Convenzione EDU, trovandosi essi nella migliore posizione per giudicare, nell'ambito della propria giurisdizione, sulle eventuali violazioni dei diritti convenzionalmente riconosciuti e per porvi rimedio. Al contempo, esso assicura, attraverso l'intervento della Corte, la tutela effettiva di quei diritti allorché gli Stati falliscano nell'esercizio delle loro prerogative.

In questa prospettiva, il "margine di apprezzamento" rappresenta una sorta di corollario del principio di sussidiarietà²⁵ e indica lo spazio di manovra che la Corte europea riconosce a ciascuno degli Stati contraenti nell'adottare misure derogatorie o limitative di diritti riconosciuti dalla Convenzione, in presenza di peculiarità locali che le giustifichino²⁶ e a condizione che nella materia oggetto di intervento manchi un "European consensus", cioè "un'ampia e condivisa interpretazione della precisa estensione dell'area operativa della norma convenzionale in

²³ Si veda, ad esempio, Corte EDU, sentenza del 23 luglio 1968, caso relativo al regime linguistico dell'insegnamento in Belgio, par. 10, dove, tra l'altro, si afferma: *"En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention"*. Si vedano, più di recente, le sentenze del 23 marzo 2006, Scordino c. Italia, par. 140, e del 18 settembre 2009, Varnava e altri c. Turchia, par. 164.

²⁴ E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Studi sull'integrazione europea, IX (2014), p. 120.

²⁵ Descrive il margine di apprezzamento come corollario del principio di sussidiarietà, P. Gallagher, The European Convention on Human Rights and the margin of appreciation, in UCD Working Papers in Law, Criminology and Sociological studies, Research Paper n. 52/2011, p. 7. La Corte EDU ha riconosciuto agli Stati un "margine di apprezzamento" facendolo derivare dal principio di sussidiarietà a partire dalla sentenza 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito.

²⁶ La dottrina del margine di apprezzamento trova le sue radici nell'esigenza di rendere compatibile l'uniforme interpretazione della Convenzione con la considerazione delle diversità culturali, sociali, religiose, economiche e giuridiche, talvolta assai marcate, che connotano le realtà nazionali degli Stati parte.

questione²⁷. Consenso europeo e margine di apprezzamento sono dunque tra loro legati da un rapporto di proporzionalità inversa, poiché più ampio e radicato è il consenso circa la conformazione di un diritto o di una libertà convenzionalmente riconosciuti, più limitato sarà lo spazio lasciato agli Stati nel determinare casi di deroga o interferenza²⁸.

4. In realtà, nel corso del lungo e articolato processo negoziale che ha portato alla definizione dei Protocolli n. 15 e 16 il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento hanno rappresentato la leva sulla quale si sono appoggiate le proposte di riforma della Convenzione EDU volte a ridimensionare il ruolo della Corte europea in rapporto agli ordinamenti giuridici e ai sistemi giudiziari nazionali. Sul principio di sussidiarietà e sul margine di apprezzamento si fondavano, in particolare, le proposte avanzate dal Regno Unito in vista della Conferenza di Brighton, sostanzialmente convergenti verso l'ampliamento della discrezionalità degli Stati nell'attuazione della Convenzione e l'allentamento del vincolo derivante per le giurisdizioni nazionali dalla *res interpretata* dalla Corte europea²⁹. Pur se le proposte britanniche trovano una forte eco nella dichiarazione finale di Brighton e nel testo dei Protocolli n. 15 e 16, successivamente elaborati a partire da quella dichiarazione, non v'è dubbio che in tali documenti

²⁷ Per una significativa applicazione del margine di apprezzamento in materia ritenuta al tempo ancora esterna al consenso europeo, pur se interessata in molti Stati parte da importanti evoluzioni legislative, cfr. Corte EDU, 3 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, par. 80, 93-97, 105-109. Per un'introduzione al tema dell'"European consensus", si veda A. Kovler, V. Zagrebelski, L. Garlicky, D. Spielmann, R. Jaeger, R. Liddel, The role of consensus in the system of the European Convention on human rights, in *Dialogue between judges*, 2008, Strasbourg, European Court of human rights, Council of Europe, p. 15 e ss.; nonché, P. Gallagher, The European Convention on Human Rights and the margin of appreciation, cit.; M. Delas-Marty, M.L. Izorche, Marge nationale d'appréciation et internalization du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste, in *Re. Int. Dr. Comp.*, 2000, p. 753-780.

²⁸ I fattori che secondo la giurisprudenza della Corte EDU concorrono a determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento sono molteplici. Tra essi, oltre all'eventuale esistenza di un consenso nella materia in questione - verificabile anche attraverso le opportune analisi di diritto comparato e della giurisprudenza delle alte corti nazionali - rientrano pure la natura della previsione convenzionale invocata, gli interessi in gioco, la finalità perseguita con la deroga o la limitazione ai diritti e libertà convenzionalmente riconosciuti, il grado di proporzionalità dell'interferenza: in termini, Corte EDU, sentenza del 27 marzo 1998, Petrovic c. l'Austria, § 38.

Restano salve le limitazioni alle deroghe di specifici diritti e libertà previsti da talune disposizioni convenzionali con riferimento alla necessità che le misure derogatorie siano necessarie, in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, della salute o di altri interessi pubblici o privati specificamente indicati (artt. 6, 8, 9, 10, 11 Convenzione EDU; art. 1 del Protocollo n. 1). Di diversa natura è la deroga agli obblighi convenzionali prevista dall'art. 15 della Convenzione in caso di guerra o altre pubbliche calamità, che consente una vera e propria eccezione al sistema di protezione europeo e non già una semplice limitazione dei diritti e delle libertà convenzionalmente riconosciuti.

²⁹ La Bozza di dichiarazione di Brighton presentata dal Regno Unito il 23 febbraio 2012 al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ai paragrafi 17 e 19, lett. b), riconosceva tra l'altro agli Stati "a considerable margin of appreciation", proponeva di inserire il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento nel testo della Convenzione e limitava il controllo della Corte europea sulle decisioni adottate dalle autorità nazionali "to ensure that they are within the margin of appreciation". Per una dettagliata analisi dell'origine e delle finalità delle proposte negoziali del Regno Unito, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 124 ss.

esse risultano emendate dagli elementi che avrebbero maggiormente inciso sul posizionamento della Corte EDU all'interno del sistema di garanzia stabilito dalla Convenzione. Ciò rappresenta il risultato delle forti resistenze esercitate durante i negoziati dall'Assemblea parlamentare e dal Segretariato del Consiglio d'Europa, da numerose ONG e dalla stessa Corte europea, le cui posizioni erano volte a confermare l'autorità della Corte nell'interpretare la Convenzione e a riaffermare il diritto al ricorso individuale quale pietra miliare del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani³⁰.

Già in un documento sul principio di sussidiarietà elaborato a seguito della Conferenza di Interlaken la Corte aveva affermato che tale principio trova limite in quelli di effettività della tutela dei diritti convenzionalmente tutelati e di interpretazione evolutiva della Convenzione EDU, i quali, ad esempio, condizionano l'applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni - che vale in quanto questi esistano e siano effettivi - e la corretta individuazione del margine di apprezzamento - che pur rappresentando principio interpretativo fondamentale richiede alla Corte una valutazione particolarmente complessa, tale da giustificare un'applicazione differenziata caso per caso, rimanendo prerogativa della stessa Corte decidere se nella vicenda *sub iudice* vi sia stata violazione della Convenzione³¹.

Sulla scorta di tali considerazioni la Corte europea aveva espresso parere contrario sulle proposte volte ad introdurre un richiamo al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, tanto nel testo della Convenzione che nel suo Preambolo. Tale posizione, rimasta minoritaria tra gli Stati partecipanti alla Conferenza di Brighton, aveva tuttavia favorito il raggiungimento di un positivo compromesso sul testo della Dichiarazione finale.

Così, la Dichiarazione di Brighton sottolinea l'importanza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nell'attuazione della Convenzione, indica che esso deve orientare il controllo esercitato dalla Corte allorché è chiamata a valutare se le decisioni prese dalle autorità nazionali sono compatibili con la Convenzione³² e incoraggia la Corte a dare coerente applicazione e grande rilievo al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento degli Stati nelle sue decisioni³³. Al contempo, essa riconosce lo straordinario contributo della Corte alla protezione dei diritti umani in Europa, conferma l'autorità di quest'ultima nell'interpretare la Convenzione EDU e riafferma la fondamentale importanza del diritto al ricorso individuale per

³⁰ Per una dettagliata analisi dell'origine e dell'esito negoziale delle proposte del Regno Unito, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 124 ss.

³¹ Corte EDU, Interlaken Follow-up- Principle of subsidiarity. Note by the Jurisconsult dell'8 luglio 2010, par. 51 e s.; cfr. anche, Corte EDU, sentenza 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danimarca, par. 40; sentenza 3 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, par. 62 e 109.

³² Dichiarazione di Brighton, paragrafo 11.

³³ Ivi, paragrafo 12, lett. a).

l'effettivo funzionamento del sistema di protezione convenzionale³⁴. Su tali premesse di principio, la Dichiarazione di Brighton propone dunque l'inserimento del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento, "*as developed in the Court's case law*", nel Preambolo della Convenzione³⁵. Sicché lo stesso Presidente *pro tempore* della Corte Europea ha potuto a ragione affermare durante l'udienza solenne di inaugurazione dell'anno giudiziario del 25 gennaio 2013 che la Conferenza di Brighton ha realizzato un potenziamento del ruolo della Corte³⁶.

4.1. Tutti i principi affermati nella Dichiarazione di Brighton hanno trovato un'effettiva traduzione normativa durante i lavori che, su quella base, hanno portato alla redazione del Protocollo n. 15³⁷.

Così, accogliendo la conforme proposta formulata nella dichiarazione finale di Brighton, l'articolo 1 del Protocollo n. 15 dispone l'inserimento nel Preambolo della Convenzione di un nuovo considerando, il quale afferma "che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi Protocolli e che, nel fare ciò, essi godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione". Pertanto, l'espresso riferimento operato nella parte preambolare della Convenzione al ruolo riconosciuto agli Stati in base al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento si accompagna alla riaffermazione delle prerogative della Corte europea nell'interpretazione della Convenzione e nella decisione dei ricorsi individuali.

Il ruolo della Corte europea è ulteriormente precisato nel Rapporto esplicativo del Protocollo n. 15, secondo il quale il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento vanno intesi secondo il significato e la portata che la Corte ha loro attribuito nella sua casistica giurisprudenziale e il margine di apprezzamento "va mano nella mano" con i poteri di controllo attribuiti alla Corte dalla Convenzione. Il Rapporto evidenzia inoltre che "il ruolo della Corte è di valutare se le decisioni prese dalle autorità nazionali sono compatibili con la Convenzione, avendo dovuta considerazione del margine di apprezzamento proprio allo Stato", ma ribadisce anche che "[l]a Corte interpreta autoritativamente la Convenzione" ed "opera altresì a difesa degli individui i cui diritti e libertà non sono assicurati a livello nazionale"³⁸.

³⁴ Ivi, paragrafi 1-4, 10, 26-29.

³⁵ Ivi, paragrafo 12, lett. b).

³⁶ Un giudizio positivo sugli esiti della Conferenza di Brighton è stato espresso anche da G. Raimondi, La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012, n. 3, www.rivistaaic.it.

³⁷ Affidati allo *Steering Committee for Human Rights* (CDDH), incaricato di redigere la bozza dei Protocolli n. 15 e n. 16.

³⁸ Valorizza le disposizioni del Progetto esplicativo a fini dell'interpretazione del Protocollo, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 129.

In definitiva, il Preambolo della Convenzione emendato dal Protocollo n. 15 "normativizza" il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento come definiti dalla giurisprudenza della Corte europea³⁹, nel mentre ne assoggetta l'applicazione al controllo e al potere di interpretazione attribuito alla Corte nell'ambito del sistema convenzionale⁴⁰.

Sicché il Protocollo in esame sembra confermare che, come già in precedenza autorevolmente sostenuto, "[d]al principio di sussidiarietà non si può [...] trarre una restrizione del controllo effettuato dalla Corte europea, che è pienamente titolata ad interpretare la Convenzione (art. 32 CEDU) con una giurisprudenza che si impone alle autorità nazionali. Nel sistema gli Stati sono certo in prima fila nell'applicazione della Convenzione, ma nel senso che sono obbligati a non violarla e a riparare le violazioni che si siano verificate, non nel senso che la Corte europea si debba mettere al traino di ciò che le autorità interne producono ed elaborano circa gli obblighi convenzionali"⁴¹.

Tale interpretazione del riferimento operato dal Protocollo alla sussidiarietà e al margine di apprezzamento sembra del resto trovare conferma nelle norme sull'interpretazione degli accordi contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, ritenute generalmente corrispondenti al diritto consuetudinario. In particolare, l'art. 31 della Convenzione di Vienna prevede che i termini di un trattato devono essere interpretati nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato stesso. Quindi, poiché oggetto e scopo della Convenzione EDU è la piena ed effettiva tutela dei diritti umani da essa contemplati e strumento essenziale di tale tutela è il ricorso individuale alla Corte europea, l'interpretazione proposta sembra quella che tiene conto in massima misura tanto della specifica conformazione del sistema di tutela convenzionale che della finalità di massimizzarne l'efficacia⁴².

4.2. Nel corso dell'esame parlamentare in sede referente del disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16, è stato notato con accenti critici che "la formulazione del nuovo preambolo della Convenzione lascia spazio alla Corte EDU per una giurisprudenza maggiormente penetrante nei confronti degli ordinamenti nazionali, prestandosi a indurre la Corte a ridurre il *self-restraint*

³⁹ Vedi *supra*, paragrafo 3.

⁴⁰ Ritengono che il preambolo della Convenzione abbia efficacia vincolante, G. Conso, Preambolo, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, p. 3 e ss.; R. Pisillo Mazzeschi, Preambolo, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelski (a cura di), Commentario breve alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 2012, p. 3 e ss., ove pure un'analisi delle decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo e delle sentenze della Corte EDU che si riferiscono al preambolo della Convenzione.

⁴¹ V. Zagrebelski, La Conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani. La crisi è più seria dei rimedi che i governi ipotizzano, in Diritti umani e diritto internazionale, 2010, p. 312.

⁴² Così, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 131.

al quale essa deve ispirare le proprie decisioni⁴³. A conferma di tale interpretazione è stato acutamente sottolineato come il principio di sussidiarietà è “a doppio taglio, nel senso che non si limita ad attrarre le competenze decisionali verso il basso e la periferia, ma le attira anche verso l’alto e il centro tutte le volte in cui ciò è richiesto dalle esigenze di miglior funzionamento del sistema” e “siccome a decidere del concreto “verso” della sussidiarietà è chi sta in alto e al centro, va da sé che nel caso della CEDU a decidere è la stessa Corte di Strasburgo⁴⁴, al cui controllo è espressamente assoggettato, secondo il testo del preambolo risultante dall’entrata in vigore del Protocollo 15, il margine di apprezzamento degli Stati parte.

Si tratta in verità di un controllo che, come si è visto⁴⁵, la Corte ha esercitato fin dal momento in cui essa stessa ha tratteggiato i contorni del margine di apprezzamento, sicché sembra legittimo ritenere che, come pure autorevolmente sostenuto, “il Protocollo 15 si limita a codificare l’esistente⁴⁶.

Resta aperta la questione relativa agli effetti che l’introduzione di un fondamento convenzionale testuale a supporto del principio di sussidiarietà e del criterio interpretativo del margine di apprezzamento produrrà sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Alle opinioni sopra richiamate, secondo le quali la Corte EDU sarà d’ora in avanti propensa ad esprimere posizioni più assertive nei suoi rapporti con gli ordinamenti e le giurisdizioni nazionali⁴⁷, corrispondono infatti pronostici di segno opposto, che ritengono l’innovazione testuale operata dal Protocollo 15 foriera di un uso responsabile del margine di apprezzamento e di approcci interpretativi più rispettosi del principio di sussidiarietà⁴⁸. Del resto, proprio in quest’ultima prospettiva la Dichiarazione di Interlaken aveva affermato che il principio di sussidiarietà “*implies a shared responsibility between the State Parties and the Court*”⁴⁹.

⁴³ F. Farri, testo dell’audizione innanzi la Commissione affari esteri della Camera dei Deputati tenutasi il 12 febbraio 2019.

⁴⁴ M. Luciani, Note critiche sui disegni di legge per l’autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU – Appunti per l’audizione innanzi la 2a Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati (26 novembre 2019, p. 4, in Sistema Penale on-line.

⁴⁵ Vedi *supra*, paragrafi 3. e 4.1.

⁴⁶ G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – Testo dell’audizione resa il 12 febbraio 2019 innanzi alla Commissione Affari Esteri e Giustizia riunite della Camera dei Deputati, p. 11, in *Federalismi.it* on-line.

⁴⁷ Sul punto, cfr. anche F. Vari, Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo.

⁴⁸ G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge, cit. p. 11.

⁴⁹ Dichiarazione di Interlaken del 19 febbraio 2010, punto 3. R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU, Testo dell’audizione informale in data 19 novembre 2019 innanzi alle Commissioni riunite II (Giustizia) e III (Affari esteri e comunitari) della Camera dei Deputati, in *Sistema Penale on-line*, ha osservato che i Protocolli 15 e 16 “sono inseriti in un unico disegno riformatore, tendente ad accrescere (e non certo a diminuire) il ruolo delle autorità nazionali, in ottica di “sussidiarietà” rispetto al ruolo della Corte”.

4.3. A questo proposito, sembra opportuno ricordare che la natura essenzialmente casistica della giurisprudenza della Corte europea – la quale ha costantemente ribadito che nei procedimenti derivanti da un ricorso individuale essa si deve limitare, per quanto possibile, a un esame del caso concreto che ha davanti a sé⁵⁰ – ha determinato una “minore coerenza sistemica delle decisioni della Corte di Strasburgo”⁵¹, sicché da esse non è sempre agevole trarre precedenti utili per chiarire in modo generalmente valido *pro futuro* il significato delle norme della Convenzione⁵². Tale fisiologica conformazione delle sentenze della Corte EDU⁵³ si è naturalmente riverberata sull’applicazione che la Corte europea ha dato alla dottrina del margine di apprezzamento, da taluni ritenuta intrinsecamente incoerente, in quanto per sua natura influenzata dalle specificità dei singoli casi sottoposti a giudizio⁵⁴, se non, addirittura, da

⁵⁰ In termini, Corte EDU, 3 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 103, e decisioni ivi richiamate.

⁵¹ Così, testualmente, G. Cerrina Ferroni, *Il disegno di legge*, cit. p. 8.

⁵² F. Gallo, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Rivista AIC*, 1, 2013, p. 2, qualifica le sentenze della Corte di Strasburgo come “frutto di sincretismo pragmatico”, nelle quali “[l]a singolarità del caso non si dissolve nell’universalità della pronuncia, ma, al contrario, delimita le possibilità di generalizzazione della decisione”. Per taluni, il ruolo prioritario degli Stati nell’assicurare piena attuazione alla Convenzione EDU richiederebbe una Corte europea destinata a occuparsi solo dei casi concernenti seri problemi interpretativi o gravi violazioni della Convenzione, assecondando così una funzione definita spesso di “giustizia costituzionale”; S. Greer, *Constitutionalizing adjudication under the European Convention on human rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, pp. 405 e ss.. Altri si sono opposti a questa prospettiva, esprimendosi a favore di una Corte europea che resti anzitutto il giudice del ricorso individuale; E. Nalin, *I Protocolli n. 15 e 16*, cit., p. 123. Peraltro, la riforma attuata attraverso l’adozione dei Protocolli n. 15 e 16 ha senz’altro mantenuto alla Corte il suo ruolo fondamentale di giudice del ricorso individuale. G. Cerrina Ferroni, *Il disegno di legge*, cit. p. 8, segnala che la previsione, nell’art. 1 del Protocollo n. 16, di richieste di parere consultivo su “questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli”, potrebbe fare di tali pareri, pure resi a partire da un caso concreto pendente dinanzi al giudice nazionale, un “prodotto” caratterizzato da meno accentuata concretezza e attenzione al caso di specie rispetto alle sentenze della Corte EDU, operando per tal via una tendenziale assimilazione di quei pareri alle decisioni delle Corti costituzionali quanto a portata generale e a grado di coerenza sistemica.

⁵³ Peculiarità tenuta debitamente in conto dalla Corte cost., sentenza n. 48 del 2015, allorché – muovendo dalla premessa dell’inesistenza di due ordinamenti separati, essendo la Convenzione EDU stata immessa nel nostro ordinamento nazionale da una legge italiana (l. 4 agosto 1955, n. 848) – ha affermato che l’interpretazione della Convenzione data dalla Corte EDU va seguita solo quando si è cristallizzata in indirizzi “consolidati”. Per una recente e rilevante applicazione di questo principio, si veda, Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054.

⁵⁴ L’ex Presidente della Corte EDU, Dean Spielmann, ha testualmente affermato che “il margine di apprezzamento è senza dubbio la dottrina più commentata negli scritti accademici. Una dottrina che ha certamente dei punti deboli: un grado di vaghezza, o persino di incoerenza nell’affidamento della Corte sul margine di apprezzamento, un rischio di manipolazione dei parametri e fattori identificati e la conseguente – sebbene inevitabile – mancanza di certezza giuridica. Questa incertezza può essere imputata alla ricchezza dei parametri e alla loro selezione, alla tentazione di “giocare coi margini” (una tentazione sia per le Corti domestiche che per la Corte europea) e all’adeguamento dell’ampiezza del margine alle circostanze del caso concreto”; D. Spielmann, *Allowing the right margin: the European Court of human rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?* In 15 *Camb. YB. Eur. Leg. St.*, University of Cambridge, CELS Working Paper Series, 29 February 2012, p. 417.

considerazioni extra-giuridiche o comunque attinenti al grado di solidità democratica dello Stato contraente⁵⁵.

L'esigenza di declinare l'uniforme interpretazione della Convenzione secondo parametri che tengano conto, in attuazione del principio di sussidiarietà, delle differenze giuridiche, culturali, sociali, economiche e politiche tra gli Stati parte, rende del resto ineliminabile il ricorso a criteri che consentano alla Corte di Strasburgo e agli operatori nazionali (legislatori e giudici) di ricomporre quelle differenze - ed il fisiologico "disordine" che da esse deriva - in un quadro credibile e coerente⁵⁶. Nel funzionamento del sistema convenzionale non mancano del resto, anche prima dell'entrata in vigore del Protocollo 15, gli esempi di tensioni e sforzi siffatti⁵⁷.

⁵⁵ G. Cerrina Ferroni, *Il disegno di legge*, cit., p. 9, ove richiamo alle sentenze del 15 dicembre 2000, *Py c. Francia*, e del 19 ottobre 2004, *Melnychenko c. Ucraina*, che l'Autrice ritiene essere giunte a soluzioni opposte in casi analoghi.

⁵⁶ Così, M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, 2006. Il principio di sussidiarietà è stato nel tempo invocato a fondamento di proposte di riforma del sistema di segno opposto.

⁵⁷ La Corte EDU ha, ad esempio, costantemente chiarito che, fermo restando che situazioni di "fine pena mai" realizzano trattamenti inumani e degradanti inderogabilmente vietati dall'art. 3 della Convenzione, agli Stati è riconosciuto un ampio margine di apprezzamento in materia di individuazione delle condizioni alle quali subordinare il positivo superamento del percorso di riabilitazione del detenuto condannato alla pena dell'ergastolo e, quindi, la sua liberazione, poiché le autorità nazionali sono chiamate in questo campo a un bilanciamento cruciale tra interessi contrapposti (tra molte, *Grande Camera*, 9 gennaio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, par. 108; *Grande Camera*, *Mastromatteo c. Italia*, par. 72; Corte EDU, *Maiorano e altri c. Italia*, par. 108). La giurisprudenza della Corte europea registra l'esistenza di un ampio dibattito e di sostanziali divergenze in sede internazionale in ordine alla funzione, all'equità e alla proporzionalità della pena, con conseguente mancanza di un "consenso europeo" sul punto. Essa giunge pertanto ad ammettere forme non giurisdizionali di controllo della riabilitazione del condannato all'ergastolo e l'eventualità che un meccanismo di riesame della pericolosità sociale del detenuto abbia luogo soltanto a partire da un numero minimo di anni di espiazione della pena. La condizione di legittimità dell'ergastolo, rappresentata dalla possibilità *de facto et de iure* di una sua riduzione, è stata generalmente individuata nel fatto che presupposti e requisiti della liberazione siano determinati dallo Stato con sufficiente margine di chiarezza e precisione, in modo da consentire al condannato a "pena perpetua" di percepire immediatamente ove si colloca il proprio orizzonte temporale e comportamentale di liberazione. La possibilità - e la speranza - di liberazione deve dunque essere per il condannato concreta e seria fin dall'inizio del suo percorso carcerario, poiché legata a presupposti chiari e prevedibili. L'esistenza di un consolidato quadro interpretativo circa il margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati non ha peraltro impedito che la Corte giungesse ad esiti opposti in casi recenti e assai controversi: sentenza *Grande Camera*, 17 gennaio 2017, n. 57592/08, *Hutchinson c. Regno Unito*; sentenza, 13 giugno 2019, n. 77633/16, *Viola c. Italia* (n. 2). Quest'ultima pronuncia ha trovato seguito nella sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019, che pure formalmente non ha attinto alle conclusioni della decisione della Corte EDU, e in Sez. 1, ord. 3/6/2020, n. 18518, *Pizzino*, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, degli artt. 4-*bis* comma 1 e 58-*ter* della legge n. 354 del 1975, e dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale. Per una compiuta analisi dell'applicazione da parte della Corte EDU della dottrina del margine di apprezzamento in materia di "ergastolo ostativo", si veda, A. Tarallo, *Il "fine pena mai" di fronte al controllo CEDU: un "margine di apprezzamento" sempre più fluttuante e aleatorio*, *Dirittifondamentali.it*, 1/2020. Evidenzia il valore

4.4. L'intervenuta espunzione del Protocollo 16 dal testo della legge di ratifica ha di fatto – almeno per il momento – accantonato le questioni poste in relazione alle possibili interferenze tra richiesta pregiudiziale di parere consultivo alla Corte EDU e giudizio di costituzionalità delle leggi⁵⁸.

Non è peraltro contestabile, per usare le parole di Raffaele Sabato, giudice italiano presso la Corte europea, da un lato, che i Protocolli 15 e 16 rappresentano il “frutto inscindibile della Conferenza di Brighton”, e, dall'altro, “che a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 16, avvenuta nel 2018 per gli Stati che lo hanno ratificato, le procedure di consultazione e i pareri resi dalla Corte europea a richiesta delle alte giurisdizioni degli Stati membri sono destinati a moltiplicarsi, insieme agli sforzi quasi contestuali di “compatibilizzazione” dei giudici nazionali”⁵⁹. Dunque, solo le giurisdizioni dei Paesi che hanno ratificato il Protocollo n. 16 potranno partecipare attivamente alla nuova forma di dialogo prevista dal Protocollo, in attuazione del principio di sussidiarietà. Le giurisdizioni dei Paesi non ratificanti – come, allo stato, l'Italia – parteciperanno comunque a tale esperienza, senza però esserne direttamente protagoniste. Esse non potranno, infatti, ignorare né i pareri, pur non vincolanti, resi dalla Corte europea su iniziativa di altri paesi, né le vicende e le elaborazioni giurisprudenziali a quei pareri collegate. Ma saranno mute, allorché avrebbero avuto la possibilità di proporre soluzioni più vicine all'ordinamento giuridico nazionale.

Sicché, nel nuovo contesto determinatosi a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 16, la mancata contestuale ratifica dei due Protocolli ha per effetto di affidare le possibilità di interlocuzione delle Corti italiane ai meccanismi di *soft-law* messi in opera al fine di favorire il dialogo tra le Corti. Esperienze queste che, per rispondere ad un bisogno reale di pragmatica composizione di diversità ineliminabili e anticipando l'operatività dello strumento formale previsto dal Protocollo 16, hanno intensificato le forme di scambio e cooperazione tra Corti nazionali e giudice di Strasburgo proprio al fine di assicurare l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze, anche attraverso un uso informato e temperato del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento⁶⁰.

paradigmatico della vicenda del cosiddetto “ergastolo ostativo” richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019, R. Conti, Chi ha paura del Protocollo 16, e perché? Sistema Penale, 2020.

⁵⁸ M. Luciani, Note critiche, cit.; F. Vari, Le prospettive di riforma, cit.; G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge, cit.; S. Bartole, Le opinabili paure di autorevole dottrina a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare, Giustizia Insieme on-line, 2020; E. Lamarque, La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa, ivi, 2020; C. Pinelli, Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale, ivi, 2020; A. Ruggeri, Protocollo 16: funere mersit acerbo, ivi, 2020.

⁵⁹ Così, testualmente, R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU, cit.

⁶⁰ Sui “protocolli di dialogo”, G. de Vergottini, Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione, 2010; R. Conti, Protocolli d'intesa tra la Corte di Cassazione e la Corte dei diritti dell'uomo. Introduzione, in Rivista italiana di

5. L'articolo 2 del Protocollo n. 15 aggiunge un paragrafo dopo il paragrafo 1 dell'articolo 21 della Convenzione, dedicato alle condizioni per l'esercizio delle funzioni di giudice della Corte europea dei diritti umani: in base alla nuova formulazione, i candidati dovranno avere meno di 65 anni di età alla data in cui la lista dei tre candidati di ciascuna Parte contraente deve pervenire all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, come previsto dal successivo articolo 22 della Convenzione. La relazione al Protocollo rileva come la nuova formulazione dell'articolo 21 miri a consentire a giudici altamente qualificati di rimanere in carica per l'intero periodo di durata del loro mandato, pari a nove anni, cosa che nella formulazione vigente (art. 23, par. 2, del quale l'articolo 2 del Protocollo n. 15 prevede la soppressione) è preclusa ai giudici al compimento dei 70 anni. È stato osservato che il limite di età fisso a 70 anni si giustificava allorché, prima del 2010, il mandato del giudice era rinnovabile. Ora sarà possibile, con beneficio per la continuità delle funzioni giurisdizionali della Corte, che restino in servizio, per un solo mandato, giudici sessantacinquenni al momento della loro candidatura, i quali compirebbero il 74° anno di età prima del loro esodo, a fronte del requisito convenzionale di elevata esperienza per la loro nomina. L'art. 8, par. 1, del Protocollo prevede che le nuove norme "si applicano unicamente ai candidati presenti nelle liste sottoposte all'Assemblea parlamentare dalle Alte Parti contraenti, in virtù dell'art. 22 della Convenzione, dopo l'entrata in vigore del presente Protocollo".

6. L'articolo 3 del Protocollo n. 15 prevede la **soppressione** della parte finale dell'articolo 30 della Convenzione, e segnatamente **della possibilità che una delle Parti si opponga alla rimessione alla Grande Camera** di una questione, pendente innanzi a una Camera della Corte europea, che sollevi gravi problemi interpretativi o la cui soluzione rischi di andare in contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte. La disposizione, che attribuisce alla Camera della Corte cui è affidato l'esame del ricorso il potere d'ufficio di deferirne la cognizione alla Grande Camera, è volta a favorire la coerenza della giurisprudenza della Corte e a velocizzare i tempi di decisione nei casi che richiedano l'affermazione di orientamenti interpretativi di particolare rilievo ovvero il superamento di contrasti giurisprudenziali interni alla Corte europea⁶¹.

diritto del lavoro, 2, 2016, 103; M. Barnabò, L'Italia si unisce alla rete delle corti supreme a Strasburgo, *in* I diritti dell'uomo, 3, 2015, 525. Sul rapporto tra "protocolli di dialogo" e Protocollo n. 16, R.Conti, Il protocollo di dialogo fra le Alte corti italiane, Csm e Corte EDU a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU. Due prospettive forse inscindibili, in *Questione Giustizia*, 29 gennaio 2019.

⁶¹ Si tratta di disposizione che traduce una proposta di emendamento della Convenzione EDU contenuta nella Dichiarazione di Brighton, nella quale l'esigenza di assicurare maggiore coerenza alla giurisprudenza della Corte era ritenuta funzionale a consentire agli Stati parte "*an appropriate margin of appreciation*". Così, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Studi sull'integrazione europea*, IX (2014), p. 127.

È stato rilevato che il potere di deferimento del ricorso alla Grande Camera è così rimesso alla decisione della Camera semplice, la quale, in tal modo, viene a disporre del diritto delle parti al doppio grado di giurisdizione⁶².

L'art. 8, par. 2, del Protocollo prevede che l'emendamento di cui all'art. 3 non si applichi alle cause pendenti in cui una delle parti si sia opposta, prima dell'entrata in vigore del Protocollo, alla proposta di una camera della Corte di dichiararsi incompetente a favore della Grande Camera.

7. L'articolo 4 del Protocollo n. 15 modifica l'art. 35 della Convenzione e **riduce da 6 mesi a 4 mesi** dalla sentenza definitiva nazionale **il termine di presentazione del ricorso alla Corte europea**⁶³.

Si tratta di disposizione di carattere deflattivo, finalizzata a velocizzare i tempi di decisione, anche nella prospettiva del giudizio di inammissibilità dei ricorsi.

Nel corso dei lavori preparatori del Protocollo si è notato che in molti Stati parte analoghi termini processuali sono stati ridotti a seguito degli intervenuti progressi tecnologici e della digitalizzazione degli atti processuali, che tra l'altro consentono il taglio dei tempi di trasmissione dei documenti⁶⁴.

Si è osservato inoltre che la procedura innanzi alla Corte impone soltanto che entro questo termine sia compilato – anche senza l'assistenza di un avvocato – il questionario introduttivo, ben potendo il ricorso essere articolato successivamente con l'ausilio della difesa tecnica⁶⁵. In occasione dell'esame parlamentare della legge di ratifica è stato peraltro rimarcato che si tratta di un termine assai breve, anche tenuto conto del formalismo della Corte EDU in sede di vaglio preliminare di ammissibilità⁶⁶.

Per assicurare la piena informazione degli interessati e la certezza del diritto al ricorso individuale, il nuovo termine sarà applicabile, come previsto dall'art. 8, par. 3, del Protocollo, solo dopo 6 mesi dall'entrata in vigore del medesimo Protocollo. Inoltre, lo stesso art. 8, par. 3, del Protocollo prevede che il termine ridotto non si applica "ai ricorsi in merito ai quali la decisione definitiva ai sensi dell'art. 35, par. 1, della Convenzione sia stata presa prima della data di

⁶² M. Luciani, Note critiche, cit., p. 3.

⁶³ La bozza della Dichiarazione di Brighton predisposta dal Regno Unito prospettava invece l'introduzione di nuovi requisiti di ricevibilità dei ricorsi individuali, (par. 23, lett. c).

⁶⁴ R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della Convenzione EDU, cit., ha evidenziato che in Italia una riduzione analoga ha interessato i termini per la riassunzione e il passaggio in giudicato relativi al giudizio amministrativo.

⁶⁵ R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della Convenzione EDU, cit.

⁶⁶ M. Luciani, Note critiche, cit., p. 3, condivide al riguardo le osservazioni formulate dalle Camere Penali nel corso della audizione innanzi alla 2a Commissione - Giustizia - della Camera dei Deputati.

entrata in vigore dell'art. 4 del Protocollo". Risulta così espressamente esclusa ogni possibilità di applicazione retroattiva della nuova norma.

8. Lo stesso scopo deflattivo ha l'**articolo 5** del Protocollo 15, volto a rendere più semplice la dichiarazione di irricevibilità di un ricorso individuale e a consentire alla Corte di non occuparsi dei ricorsi bagatellari. Tale disposizione stabilisce l'abrogazione della regola fissata nell'articolo 35, par. 3, lettera b), della Convenzione, secondo il quale la Corte può dichiarare irricevibile il ricorso in assenza di un effettivo pregiudizio del ricorrente soltanto qualora esso sia già "stato debitamente esaminato da un tribunale interno". In definitiva, dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 15, la Corte EDU potrà evitare di occuparsi dei ricorsi individuali che non evidenzino la produzione di un pregiudizio importante in danno del ricorrente anche qualora sulla vicenda non si sia espresso alcun giudice nazionale. A tal riguardo, si è evidenziato che l'eliminazione della citata clausola di salvaguardia, destinata a contenere l'operatività del principio *de minimis non curat praetor*, potrebbe comportare un indebolimento del fondamentale diritto al ricorso individuale⁶⁷.

9. Infine, gli **articoli 6-9** del Protocollo n. 15 contengono le disposizioni finali e transitorie: depositario del Protocollo sarà il Segretario generale del Consiglio d'Europa, presso il quale verranno depositati gli strumenti di ratifica, accettazione o approvazione delle Parti contraenti. L'entrata in vigore del Protocollo avverrà il primo giorno del mese successivo alla scadenza di tre mesi dalla data in cui tutte le Parti contraenti della Convenzione europea sui diritti umani avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo n. 15. Sono previste altresì le già descritte disposizioni speciali di carattere transitorio riguardanti i candidati alla carica di giudice, le cause già pendenti per le quali si sia proposta la rimessione alla Grande Camera e la finestra temporale entro la quale poter presentare ricorsi alla Corte europea.

[Indice](#)

⁶⁷ E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit., p. 128. B. Conforti, Osservazioni sulla Dichiarazione di Brighton, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 650 s., sostiene che la disposizione in esame potrebbe ridurre il carico di lavoro della Corte senza incidere sul diritto al ricorso individuale, laddove rendesse operativo, nei rapporti tra ordinamento interno e Corte EDU il principio della tutela equivalente, già applicato dalla Corte nei rapporti con l'Unione Europea.

COORDINATORI: Maria Vessichelli, Giacinto Bisogni

COMPONENTI DEL GRUPPO DI LAVORO:

*Alessandro Maria Andronio, Sergio Beltrani, Elena Boghetich,
Matilde Brancaccio, Francesco Buffa, Dario Cavallari,
Gabriella Cappello, Rossella Catena, Alessandro Centonze,
Paola D'Ovidio, Gaetano De Amicis, Giuseppe De Marzo,
Anna Maria Fasano, Francesca Fiecconi, Marcello Maria Fracanzani,
Emanuela Gai, Rossana Giannaccari,
Stefano Giaime Guizzi, Stefano Mogini, Angelo Napolitano,
Giuseppe Nicastro, Francesca Picardi, Valeria Piccone,
Sandra Recchione, Gianni Filippo Reynaud,
Giuseppe Santalucia, Debora Tripiczione*

TIROCINANTI CHE HANNO COLLABORATO AL PRESENTE NUMERO:

Iole Di Ciommo, Francesca Figoli, Sofia Grillo, Carlotta Paton

*Realizzazione editoriale
a cura di*



