GRUPPO DI LAVORO
PER L'ATTUAZIONE DEI PROTOCOLLI
CON LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CON LA CORTE DI GIUSTIZIA.

RASSEGNA 2021-2022

Raccolta tematica dei report
in materia di diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, dalla CDFUE
e dalle Direttive Europee
(GIUGNO 2021-AGOSTO 2022)

AREA CIVILE

GRUPPO DI LAVORO

PER L'ATTUAZIONE DEI PROTOCOLLI

CON LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CON LA CORTE DI GIUSTIZIA.

RASSEGNA 2021-2022

Raccolta tematica dei report

in materia di diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, dalla CDFUE

e dalle Direttive Europee

(GIUGNO 2021-AGOSTO 2022)

AREA CIVILE

AREA CIVILE

REPORT RELATIVI ALLA

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CEDU)

INDICE

ART. 3 CEDU

ART. 3 CEDU E ART. 14 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI - INCITAMENTO ALL'ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI UN'ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE - NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE - ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Oganezova c. Armenia del 17 maggio 2022……..pag. 10

ART. 6 CEDU

ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA – RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO – NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI - MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, Advance Pharma c. Polonia, 3 febbraio 2022…….pag. 17

◇

ART. 6, § 1, CEDU - DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE - RIMOZIONE DI UN COMPONENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - MANCANZA DI UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - INTERFERENZA "NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA", NEI CONFRONTI DI UN SOGGETTO CHE SI ERA ESPRESSO CONTRO LE RIFORME GOVERNATIVE DEL SETTORE GIUDIZIARIO - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 DELLA CONVENZIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia, 16 giugno 2022……pag. 24

◇

ARTT. 8 E 6 CEDU - RIFIUTO DEI GIUDICI NAZIONALI DI ACCERTARE LEGALMENTE LA PATERNITÀ PER IL FIGLIO BIOLOGICO - MATERNITÀ SURROGATA – AFFIDAMENTO - INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE – ART. 6 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 - DURATA DEL PROCEDIMENTO INCOMPATIBILE CON IL DOVERE DI DILIGENZA.

Corte EDU, Quinta Sezione, A. L. contro Francia del 7 aprile 2022……..pag. 31

ART. 8 CEDU

ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ – PROVVEDIMENTI DI ALLONTANAMENTO DI MINORE DAL NUCLEO FAMILIARE – BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO – INTERESSI SUPERIORI DEL BAMBINO – NESSUNA CONSIDERAZIONE DELLLA NECESSITÀ DI PRESERVARE, PER QUANTO POSSIBILE, IL LEGAME TRA MADRE E FIGLIA – ASSENZA DI PROPORZIONALITÀ.

Corte EDU, Prima Sezione, D. M. e N. c. Italia del 20 gennaio 2022……..pag. 35

◇

ART. 8 CEDU - VITA FAMILIARE – RESPONSABILITÀ GENITORIALE – SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI – FISSAZIONE RESIDENZA DEL MINORE PRESSO LA MADRE – GIUDIZIO DI EQUITÀ DEL BILANCIAMENTO OPERATO DALLA CORTE NAZIONALE.

Corte EDU, Terza Sezione, Spinelli c. Russia del 19 ottobre 2021……pag. 40

◇

ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima sezione, MESIĆ c. Croazia del 5 maggio 2022……..pag. 48

ART. 9 CEDU

CROCIFISSO – ESPOSIZIONE NELLE AULE SCOLASTICHE – LAICITÀ DELLO STATO – SIMBOLO PASSIVO – LIBERTÀ DI RELIGIONE – LEGALITÀ AZIONE AMMINISTRATIVA – AUTOTUTELA DEL LAVORATORE – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE.

Cass. civile, Sez. Un., n. 24414 del 06/07/2021, dep. 09/09/2021……..pag. 53

ART. 14 CEDU

ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 CEDU - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – POTESTÀ GENITORIALE ED AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI – ESCLUSIONE DI UN GENITORE IN RAGIONE DEL SUO ORIENTAMENTO SESSUALE - VIOLAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ART. 8 E 14 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, X. c. Polonia del 16 settembre 2021- 28 febbraio 2022…..pag. 63

AREA CIVILE

REPORT RELATIVI ALLA
CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (CDFUE)
ED AL TFUE

INDICE

ARTT. 50 e 52 CDFUE

NE BIS IN IDEM E CONDIZIONI DI POSSIBILI LIMITAZONI - RINVIO PREGIUDIZIALE – CONCORRENZA – ART. 101 TFUE - CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA – ART. 50 – ART. 52, PARAGRAFO 1 - PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM – PROPORZIONALITÀ – CUMULO DI PROCEDIMENTI E SANZIONI – PERSEGUIMENTO DI UN OBIETTIVO D'INTERESSE GENERALE.

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 22 marzo 2022, cause C-117/2020 bpost e C-151/2020 Nordzucker e.a ……pag. 71

ART. 267 TFUE

ART. 267 TFUE - RINVIO PREGIUDIZIALE – GIUDICE NAZIONALE AVVERSO LE CUI DECISIONI NON POSSA PROPORSI RICORSO GIURISDIZIONALE DI DIRITTO INTERNO – ECCEZIONI ALL'OBBLIGO DI EFFETTUARE IL RINVIO PREGIUDIZIALE.

Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (Caso C-561/19)……pag. 79

Art. 102 TFUE

ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE - DISPARITÀ DI TRATTAMENTO CHE GOOGLE LLC RISERVAVA AI SERVIZI DI SHOPPING COMPARATIVO SUL PROPRIO MOTORE DI RICERCA.
Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Tribunale, 10 novembre 2021, Google c. Commissione (Caso T-612/17)…….pag. 88

AREA CIVILE

REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE

INDICE

DIRETTIVA 2002/58/CE

TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – DIRETTIVA 2002/58/CE – RISERVATEZZA DELLE COMUNICAZIONI - CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI DATI RELATIVI AL TRAFFICO ED ALL'UBICAZIONE FINALIZZATA ALLA PREVENZIONE, RICERCA, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DEI REATI – CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE – CONSERVAZIONE MIRATA NON DISCRIMINATORIA IN FUNZIONE DI CATEGORIE DI PERSONE O MEDIANTE CRITERIO GEOGRAFICO – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE RAPIDA DI DATI – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI SOLI INDIRIZZI IP E DEI DATI RELATIVI ALL'IDENTITÀ DEGLI UTENTI – AMMISSIBILITÀ.

ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER IL PERSEGUIMENTO DI REATI GRAVI – NECESSITÀ DI CONTROLLO PREVENTIVO EFFETTUATO DA AUTORITÀ IN POSIZIONE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA.

NORMATIVA NAZIONALE SULLA CONSERVAZIONE GENERALIZZATA ED INDIFFERENZIATA DEI DATI INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE - UTILIZZAZIONE COME ELEMENTI DI PROVA DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE CONSERVATI – VALUTAZIONE RISERVATA AL DIRITTO NAZIONALE NEL RISPETTO DEI PRINCIPI DI EQUIVALENZA ED EFFETTIVITÀ.

Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 5 aprile 2022 – C-140/20 – G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General……..pag. 94

◇

TUTELA DELLE PERSONE FISICHE CON RIGUARDO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI – REGOLAMENTO (UE) 2016/679 – ARTICOLO 80 – RAPPRESENTANZA DEGLI INTERESSATI – LEGITTIMAZIONE AD AGIRE – ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI – AZIONE RAPPRESENTATIVA INTENTATA DA UN'ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI IN ASSENZA DI UN MANDATO E INDIPENDENTEMENTE DALLA VIOLAZIONE DI SPECIFICI DIRITTI DI UN INTERESSATO – AZIONE FONDATA SUL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI, SULLA VIOLAZIONE DI UNA LEGGE IN MATERIA DI TUTELA DEI CONSUMATORI O SUL DIVIETO DI UTILIZZO DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO NULLE – AMMISSIBILITÀ – PRESUPPOSTO.

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 aprile 2022 – C-319/20 Facebook Ireland c. Unione federale consumatori Germania…….pag. 115

◇

DIRETTIVA 2004/38/CE

RINVIO PREGIUDIZIALE –DIRETTIVA 2004/38/CE - LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO – TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA FORMATO ALL'ESTERO DA PARTE DI COPPIA OMOSESSUALE – RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE – RILASCIO DI UN DOCUMENTO DI IDENTITÀ – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DIRITTI DEL MINORE.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/2020, V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"……..pag. 121

◇

DIRETTIVA 89/665/CEE

ART. 19 TUE - ART. 47 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA - DIRETTIVA 89/665/CEE - PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ ED EQUIVALENZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE PER LE VIOLAZIONI DEL DIRITTO EUROPEO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, Randstad Italia SpA c. Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA et al. (Caso C-497/20)…….pag. 126

◇

DIRETTIVA 2011/95/UE

RINVIO PREGIUDIZIALE – POLITICA COMUNE IN MATERIA DI ASILO E DI PROTEZIONE SUSSIDIARIA – NORME SULL'ATTRIBUZIONE, A CITTADINI DI PAESI TERZI O APOLIDI, DELLA QUALIFICA DI BENEFICIARIO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE – DIRETTIVA 2011/95/UE – ARTICOLI 3 E 23 – RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO DI UN GENITORE AL FIGLIO MINORE A TITOLO DERIVATO – MANTENIMENTO DELL'UNITÀ DEL NUCLEO FAMILIARE – INTERESSE SUPERIORE DEL BAMBINO.

Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, 9 novembre 2021, Causa C-91/20……..pag. 133

◇

DIRETTIVE N. 2011/96 E 2014/52 UE

DIRETTIVA "VIA" N. 2011/96/UE - AMBIENTE – VALUTAZIONE DELL'IMPATTO AMBIENTALE – MINIERA DI TURÒW (POLONIA) – ESTRAZIONE DI LIGNITE – AUTORIZZAZIONE - ART. 259 TFUE – DOMANDA DI PROVVEDIMENTI PROVVISORI – BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 21 maggio 2021, causa C-121/21 ……pag. 139

◇

DIRETTIVA 2006/112/CE

RINVIO PREGIUDIZIALE - DIRETTIVA 2006/112/CE - IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO (IVA) - ESENZIONI - ARTICOLO 135, PARAGRAFO 1, LETTERA A) - OPERAZIONI DI ASSICURAZIONE, NONCHÉ PRESTAZIONI DI SERVIZI RELATIVE A TALI OPERAZIONI, EFFETTUATE DAI MEDIATORI E DAGLI INTERMEDIARI DI ASSICURAZIONE - PRESTAZIONE FORNITA PER UN ASSICURATORE, COMPOSTA DA VARI SERVIZI - QUALIFICAZIONE COME PRESTAZIONE UNICA.

Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z ……pag. 142

AREA CIVILE

REPORT RELATIVI ALLA
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CEDU)

ART. 3 CEDU

ART. 3 CEDU E ART. 14 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI - INCITAMENTO ALL'ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI UN'ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE - NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE - ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Oganezova c. Armenia del 17 maggio 2022, n. 72961/2012.
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217250

CLASSIFICAZIONE

Art. 3 CEDU e art. 14 CEDU – Trattamenti inumani e degradanti - Incitamento all'odio per ragioni di discriminazione sessuale – Attività persecutorie poste in essere nei confronti di **un'attivista della comunità omosessuale e *transgender* armena** con una massiccia campagna stampa, realizzata anche attraverso la rete telematica e l'utilizzo dei *social network Facebook* e *Youtube*, nonché con attacchi fisici ed un incendio doloso – Atteggiamento di **inerzia delle autorità giudiziarie armene** di fronte alle azioni persecutorie subite da un'attivista della comunità omosessuale e *transgender* – Individuazione degli strumenti di diritto penale attivabili nei confronti dei soggetti destinatari di comportamenti, fisici e morali, di natura discriminatoria sessuale – **Rimedi giuridici esperibili a tutela del soggetto vittima di una "campagna d'odio" omofobica** – Necessità di enucleare il **movente** dei delitti connotati da **spinte omofobiche**, rilevante sia sotto il profilo della configurazione del reato sia sotto il profilo degli strumenti sanzionatori – **Assenza di efficaci meccanismi di diritto penale interno per investigare su denunce per condotte discriminatorie** - **Violazione dell'art. 3 CEDU, collegato all'art. 14 CEDU**.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Oganezova c. Armenia, 17 maggio 2022, n. 72961/2012.

Riferimenti normativi convenzionali

CEDU, artt. 3, 8, 14.

Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano

Cost., art. 2, 21 Cost.

Riferimenti giurisprudenziali

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, Association ACCEPT e altri c. Romania, 1 giugno 2021, n. 19237/16; Corte EDU, X. e altri c. Bulgaria, 2 febbraio 2021, n. 22457/16; Corte EDU, Sabalić c. Croazia, 14 gennaio 2021, n. 50231/13; Corte EDU, Aghdgomelashvili e Japaridze c. Georgia, 8 ottobre 2020, n. 7224/11; Corte EDU, Abu Zubaydah c. Lituania, 31 maggio 2018, n. 46454/11; Corte EDU, M.C. e A.C. c. Romania, 12 aprile 2016, n. 12060/12; Corte EDU, Identoba e altri c. Georgia, 12 maggio 2015, n. 73235/12; Corte EDU, Begheluri e altri c. Georgia, 7 ottobre 2014, n. 28490/02; Corte EDU, Costello-Roberts c. Regno Unito, 25 marzo 1993, serie A n. 247-C.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 4534 del 6/12/2021, dep. 2012, Governatori, Rv. 282504-01; Sez. 5, n. 30545 del 25/5/2021, G., Rv. 281604-01; Sez. 5, n. 17950 del 1/3/2019, Giovanazzi, non mass.; Sez. 5, n. 26745 del 26/2/2016, Rao, non mass.; Sez. 6, n. 5400 del 23/1/2009, Vintur, Rv. 242698-01; Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546-01; Sez. 6, n. 39709 del 15/11/2002, Toomassian Pour, Rv. 223198-01.

ABSTRACT

Con la pronuncia in esame la Corte EDU, pur premettendo che le sanzioni penali nei confronti dei soggetti responsabili di manifestazioni di discriminazione fondate sull'identità sessuale delle vittime possono essere invocate solo come misure da adottare extrema ratio, ha affermato che, ***qualora l'azione di incitamento discriminatorio si concretizzi in reati gravi diretti contro l'integrità fisica o psichica di una persona, solo l'attivazione di strumenti penalistici efficienti può garantire un'adeguata protezione e fungere da fattore deterrente****.*

In questa cornice, la Corte EDU ha affermato che, nel caso di specie, riguardante un'attivista dei diritti della comunità omosessuale e transgender armena conosciuta a livello internazionale, erano necessarie misure di diritto penale per contrastare le aggressioni verbali e le intimidazioni motivate da atteggiamenti discriminatori poste in essere nei confronti della ricorrente, nel corso di ***una campagna omofobica*** *che si è protratta per tutto il 2011,* ***sia a mezzo stampa che con condotte di aggressione fisica****.*

La Corte EDU ha affermato che i commenti odiosi posti in essere nei confronti della ricorrente contenevano richiami espliciti alla violenza nei suoi confronti, che richiedevano un'adeguata protezione con gli strumenti del diritto penale, la cui assenza, riscontrabile nell'ordinamento giuridico armeno, ha comportato che ***il movente omofobico dell'attentato incendiario***

***verificatosi nel locale pubblico gestito da Armine Oganezova**, il bar "Diy Club" di Yerevan, **pur incontroverso, era rimasto sprovvisto di sanzione penale**.*

La Corte EDU, infine, ha affermato che, alla luce degli atti di violenza posti in essere nei confronti della ricorrente, le autorità giudiziarie armene avrebbero dovuto valutare i commenti odiosi pubblicati sulle piattaforme dei social media più seriamente di quanto non avvenuto nel caso di specie, atteso che, all'esito delle indagini sviluppate in relazione all'attentato incendiario patito dalla vittima la notte dell'8 maggio 2011, gli autori dell'azione criminosa sono stati condannati esclusivamente per il reato di incendio doloso, senza alcuna considerazione del movente omofobico sotteso all'attività intimidatoria.

IL CASO

Il procedimento è stato instaurato su ricorso di Armine Oganezova, nota all'opinione pubblica con il soprannome di "Tsomak", membro della comunità omosessuale e *transgender* armena, conosciuta a livello internazionale, tanto da partecipare a importanti manifestazioni svoltesi in diversi Paesi europei finalizzate a tutelare i diritti di queste categorie soggettive.

La ricorrente era anche comproprietaria di un bar, denominato "Diy Club", ubicato nel centro urbano di Yerevan, la capitale armena, dove i membri della comunità omosessuale e *transgender* locale si incontravano abitualmente e dove periodicamente si svolgevano delle manifestazioni pubbliche, riguardanti la tutela dei diritti di tale comunità.

Nel corso del 2011, Armine Oganezova, dopo avere partecipato a una marcia del *gay pride* a Istanbul, rilasciava due interviste sulla situazione dei diritti umani nel suo Paese, che avevano una vasta eco mediatica in Armenia, nelle quali utilizzava toni fortemente critici verso lo stato di stagnazione del dibattito, culturale e politico, su tali questioni. Dopo tali interventi giornalistici, l'**attivista armena** diventava oggetto di una campagna di stampa dai toni aspramente persecutori, sviluppata anche sulla rete telematica e sui *social network Facebook* e *Youtube*, accompagnata da **intimidazioni e minacce fisiche incentrate sul suo orientamento sessuale**.

In questo contesto, si è inserito l'**attentato incendiario** verificatosi **all'interno del bar "Diy Club" di Yerevan, gestito dalla ricorrente**, nella notte dell'8 maggio 2011, incendio sviluppatosi dopo che il locale in questione era stato visitato da **due soggetti appartenenti alla comunità neonazista armena**, con i quali si erano verificate delle scaramucce con alcuni frequentatori dell'esercizio pubblico, anche a causa del loro atteggiamento provocatorio. **Uno di costoro è stato successivamente identificato per essere tra gli autori dell'attentato incendiario**, grazie alle telecamere di sicurezza installate nel locale, anche se le Forze dell'Ordine armene, nonostante l'intervenuto riconoscimento, non attivavano alcuna attività investigativa nella direzione palesemente omofobica che caratterizzava l'azione criminosa commessa in danno di Armine Oganezova, limitandosi a considerare l'intimidazione come un semplice incendio doloso.

Nel frattempo, proseguiva la **massiccia campagna stampa di matrice omofobica nei confronti di Armine Oganezova, accompagnata da costanti minacce di morte e dall'incitamento all'odio nei suoi riguardi**, alla quale, tra l'altro, prendevano parte anche parlamentari di alto rango ed esponenti del mondo politico armeno, che accentuavano ulteriormente lo **stato di isolamento patito dalla ricorrente, emarginandola nel suo stesso ambiente**.

La dilagante campagna persecutoria attivata contro la ricorrente, dunque, ha ottenuto il risultato di pregiudicare gravemente le sue relazioni sociali e personali, limitandone l'impegno nelle attività legate alla tutela dei diritti della comunità omosessuale e *transgender* armena. In conseguenza di questa persistente attività vessatoria l'attivista, dapprima, si isolava dal suo ambiente di riferimento e, successivamente, lasciava l'Armenia.

In questo modo, **Armine Oganezova è stata privata dell'opportunità di continuare il suo impegno nella tutela dei diritti della comunità omosessuale e *transgender***, venendo **costretta ad allontanarsi dal suo Paese**, e **privata**, altresì, **delle sue relazioni sociali**, **emarginata dal suo ambiente lavorativo**, patendo un **isolamento che ha danneggiato gravemente la sua salute psichica**.

IL RICORSO

Con il ricorso in esame Armine Oganezova sosteneva che l'attentato doloso di matrice omofobica subito l'8 maggio 2011 e la contestuale campagna di stampa di natura discriminatoria che aveva patito per un lungo periodo, nel corso del 2011 – che si sviluppava attraverso minacce verbali e fisiche, attacchi individuali e collettivi, incitamento all'odio da parte di esponenti politici di primo piano – costituivano un trattamento disumano, che concretizzava una violazione dell'art. 3 CEDU. Questa violazione, a sua volta, andava correlata a quella dell'art. 14 dello stesso testo normativo, che assicura il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti convenzionalmente senza nessuna discriminazione, fondata «sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

La ricorrente inquadrava in questo contesto anche l'attentato incendiario dell'8 maggio 2011, che aveva danneggiato il suo locale, denominato "Diy Club", ubicato nel centro urbano di Yerevan, dove i membri della comunità omosessuale e *transgender* armena si incontravano abitualmente. Infatti, l'attentato incendiario perseguiva lo scopo, incontroverso, di intimidire la ricorrente, sottoponendola a vessazioni psicologiche insostenibili, che avevano come obiettivo ultimo quello di emarginarla dall'ambiente sociale nel quale viveva e di impedirle di svolgere la sua funzione di attivista dei diritti della comunità omosessuale e *transgender* armena.

In conseguenza di questa lunga attività persecutoria, Armine Oganezova aveva vissuto una situazione di grave disagio fisio-psichico, sociale e professionale, che aveva determinato sia una condizione di grave prostrazione psicologica sia la perdita delle sue abituali fonti di reddito.

L'attività persecutoria posta in essere nei suoi confronti, quindi, aveva sortito i suoi effetti, emarginando la ricorrente e privando, al contempo, la comunità omosessuale e *transgender* armena di un luogo di incontro e di uno spazio di confronto, sociale e culturale.
La ricorrente sosteneva ulteriormente che le autorità armene non avevano predisposto alcuna attività d'indagine finalizzata a consacrare processualmente il movente omofobico dell'incendio doloso dell'8 maggio 2011, limitandosi a punire i responsabili dell'azione incendiaria, senza impedire il protrarsi della campagna persecutoria posta in essere nei suoi confronti.
L'inerzia delle autorità armene doveva ritenersi ancora più ingiustificata alla luce del fatto che le indagini penali erano state minate dal comportamento delle Forze dell'Ordine, che, nella sostanza, avevano mostrato un atteggiamento di connivente disinteresse verso le reiterate azioni persecutorie poste in essere in danno di Armine Oganezova.

LA DECISIONE

La Corte EDU, decidendo il ricorso proposto da Armine Oganezova, muove dalla premessa sistematica secondo cui le sanzioni penali nei confronti dei soggetti responsabili di manifestazioni di odio, caratterizzate da intenti discriminatori e finalizzate a incitare alla violenza nei confronti di soggetti per il loro orientamento sessuale, possono essere invocate solo come misura estrema, laddove non sia possibile perseguire obiettivi di tutela della vittima con altri strumenti normativi.
La Corte EDU, tuttavia, precisa subito che **nelle ipotesi in cui le "campagne d'odio" si concretizzano in condotte illecite di elevato disvalore, che minano l'integrità fisica o psichica di una persona**, come nel caso degli attacchi omofobici patiti da Armine Oganezova, **soltanto l'attivazione di strumenti di diritto penale efficienti può garantire un'adeguata protezione delle vittime e fungere da fattore deterrente, impedendo il protrarsi di comportamenti lesivi dei diritti riconosciuti all'individuo dal combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU, violati nel caso di specie**.
In questa cornice, la Corte di Strasburgo ha accertato che, nel caso in esame, era necessaria l'attivazione di strumenti di diritto penale per contrastare le aggressioni verbali e le minacce fisiche rivolte ad Armine Oganezova, motivate da atteggiamenti discriminatori nei suoi confronti.
L'improcrastinabilità di tali misure, a ben vedere, era resa evidente dall'attentato incendiario verificatosi la notte dell'8 maggio 2011 presso il locale della ricorrente, che attestava la gravità delle azioni persecutorie poste in essere in suo danno.
La Corte EDU, inoltre, ha ritenuto che gli attacchi omofobici espressi nei confronti di Armine Oganezova nel corso della campagna stampa ordita nei suoi confronti, oltre a possedere un contenuto univocamente discriminatorio, contenessero invocazioni esplicite alla violenza fisica contro la ricorrente, che avrebbero imposto un'adeguata protezione con gli strumenti del diritto penale, che non solo non erano stati attivati nel caso di specie, ma non erano nemmeno previsti dall'ordinamento giuridico armeno.

Da tale situazione è conseguito che, nonostante l'attentato in danno del locale di Armine Oganezova fosse stato commesso per **ragioni palesemente omofobiche**, collegate all'impegno di attivista dei diritti umani della comunità omosessuale e *transgender* armena svolto dall'istante, le **autorità giudiziarie armene hanno affrontato le condotte illecite poste in essere in danno della ricorrente come un incendio doloso, ignorando il movente discriminatorio dell'azione criminosa**.

In altri termini, sebbene gli autori dell'attentato incendiario commesso in danno del locale della ricorrente siano stati individuati e condannati, nel formulare il giudizio di colpevolezza nei loro confronti le autorità giudiziarie armene non hanno tenuto conto del **movente discriminatorio, incentrato sull'orientamento sessuale della vittima**, rendendo prive di rilievo penale queste, pur decisive, connotazioni della vicenda processuale, pretermettendo le quali la risposta giudiziaria agli accadimenti criminosi si era rivelata insufficiente e inadeguata.

Senza considerare che la mancata enucleazione del movente omofobico sotteso all'attentato incendiario verificatosi nel locale di Armine Oganezova, ritenuto decisivo per la configurazione dell'ipotesi di reato oggetto di vaglio, ha portato all'assimilazione di condotte illecite eterogenee, che a sua volta ha determinato un **trattamento sanzionatorio inconciliabile con l'art. 14 CEDU**.

Le autorità giudiziarie armene, dunque, non potevano omettere di adempiere all'obbligo di accertare se l'incendio doloso del locale di Armine Oganezova, evidentemente motivato dall'orientamento sessuale della ricorrente, costituisse un reato commesso per ragioni omofobiche (Corte EDU, *Begheluri e altri c. Georgia*, 7 ottobre 2014, cit.).

Ne discende che, tenuto conto delle modalità con cui si è concretizzata la campagna stampa omofobica nei confronti di Armine Oganezova e della notevole diffusione che questa vicenda ha avuto in Armenia, le autorità giudiziarie avrebbero dovuto contrastare con modalità più incisive l'azione persecutoria subita dalla ricorrente, impedendo che si realizzassero le condizioni per effetto delle quali l'istante era stata costretta a lasciare il suo Paese (Corte EDU, *Association ACCEPT e altri c. Romania*, 1 giugno 2021, cit.).

D'altra parte, è incontroverso – a giudizio della Corte EDU - che **nei confronti di Armine Oganezova si sia concretizzata una violazione dei suoi diritti, tutelati dal combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU**, rispetto alla quale non assume rilievo decisivo **la mancanza di una legislazione dedicata alla repressione delle condotte persecutorie fondate su ragioni omofobiche**, che, al contrario, **rivela un comportamento di ingiustificabile inerzia normativa**, **reso ancora più grave, sul piano sistematico, dall'assenza di una definizione giuridica delle condotte discriminatorie**.

Queste disfunzioni, istituzionali e normative, hanno comportato che i reati caratterizzati da un movente omofobico, pur incontroverso, siano stati trattati alla stessa stregua dei casi che non presentano tali connotazioni, provocando un atteggiamento inammissibile di indifferenza, che poteva sfociare in atteggiamenti di acquiescenza o addirittura di connivenza alle condotte

discriminatorie sessuali che si stanno considerando (Corte EDU, *Identoba e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, cit.).

OSSERVAZIONI FINALI

La decisione della Corte EDU che si commenta si inserisce in un dibattito molto sentito a livello internazionale, che è quello dell'individuazione degli strumenti di diritto penale utilizzabili in funzione di contrasto ai comportamenti criminosi connotati da un movente omofobico. Gli echi di questo dibattito, del resto, si sono avvertiti anche nel nostro Paese, a seguito della presentazione di un disegno di legge sulla trans-omofobia, molto commentato dalla pubblica opinione, che ha avuto un andamento tormentato.

Questa pronuncia giurisdizionale deve essere salutata con estremo favore, atteso che **la repressione delle condotte illecite connotate da una matrice omofobica impone la predisposizione di adeguati strumenti di contrasto penalistici**, la cui eventuale assenza non può giustificare l'assimilazione di comportamenti criminosi discriminatori a condotte illecite sprovviste di tale, peculiare, caratterizzazione causale, a maggior ragione quando ci si trova di fronte a "campagne d'odio" alimentate dagli organi di stampa e dall'utilizzo di *social network*.

Ne deriva ulteriormente che, a seguito della pronuncia che si commenta, **non è più possibile assimilare i reati caratterizzati da un movente omofobico certo alle condotte illecite prive di tale *connotazione* discriminatoria**, non potendosi stabilire alcuna equivalenza strutturale tra fattispecie differenti sul piano della causale criminosa. Di più, l'assimilazione di tali reati, in termini analoghi a quanto si è verificato nella vicenda processuale di Armine Oganezova, determina un'ingiustificata inerzia delle autorità giudiziarie, che può comportare il rischio di atteggiamenti istituzionali di acquiescenza o di connivenza rispetto alle condotte discriminatorie che si stanno considerando, lasciando prive di tutela le vittime di gravi condotte illecite.

In altri termini, **l'emersione di un movente omofobico del reato impone l'attivazione di adeguati strumenti di diritto penale**, idonei a chiarire **il movente discriminatorio** e a **sanzionare i responsabili** di tali condotte illecite, che devono essere contrastate **alla luce delle loro peculiari connotazioni causali**.

Il movente omofobico, quindi, diventa indispensabile sia sotto il profilo strutturale, assumendo un rilievo decisivo ai fini della configurazione della fattispecie, semplice o circostanziata, contestata all'imputato, sia sotto il profilo sanzionatorio, dovendo essere repressa la commissione di reati caratterizzati da una causale discriminatoria sessuale con una pena adeguata all'elevato disvalore di tali comportamenti criminosi.

ART. 6 CEDU

ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA – RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO – NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI - MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, Advance Pharma c. Polonia, 3 febbraio 2022.
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388

CLASSIFICAZIONE

ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA – RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO – NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI **- MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA –** VIOLAZIONI MANIFESTE DEL DIRITTO INTERNO **- CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIZIO FONDAMENTALE DEL PROCESSO DE QUO - VIOLAZIONE DELL'ART. 6-1 CONVENZIONE EDU – SUSSISTENZA -**

Corte EDU, Prima Sezione, 3 febbraio 2022, Advance Pharma c. Polonia.
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 6 § 1

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sulla nozione di Tribunale istituito per legge di cui all'art. 6 della Convenzione europea: *Corte Edu, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda, 1 dicembre 2020.*

Sulla mancanza di indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura polacco dal legislatore e dall'esecutivo: *Corte Edu Reczkowicz c. Polonia, 22 luglio 2021; Corte EDU, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonia*.

Sulla mancanza di indipendenza della Corte Suprema polacca in seguito alla riforma legislativa concernente la nomina dei giudici: *Corte Edu Reczkowicz c. Polonia, 22 luglio 2021; Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia, 8 novembre 2021*.

Sulla violazione dello Stato di diritto in conseguenza delle recenti riforme legislative del sistema giudiziario in Polonia: *CGUE, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, AK e altri (Indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte Suprema), EU:C:2019:982; cause riunite C-558/18 e C-563/18, Miasto Lowicz (Riforma del sistema disciplinare dei magistrati), EU:C:202034; causa C-824/18, A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura), EU:C:2021:153); causa C-192/18, Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari), EU:C:2019:924; causa C-619/18, Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema), EU:C:2019:531; causa C-791/19, Commissione c. Polonia (Regime disciplinare applicabile ai giudici), EU:C:2021:596).*

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, 3 febbraio 2022, Advance Pharma c. Polonia.

ABSTRACT

La ricorrente è una società distributrice di integratori alimentari che ha dato avvio ad una causa di risarcimento-danni contro l'Erario dello Stato, decisa in sede di legittimità da una Sezione civile della Corte Suprema polacca. Dopo aver visto definitivamente respinta la sua domanda, la ricorrente ha denunciato dinanzi alla Corte Edu la violazione del ***diritto a essere giudicata da un tribunale indipendente ed imparziale istituito per legge****, riconosciuto dall'****art. 6-1 della Convenzione EDU****. A tale riguardo, ha dedotto che i* ***componenti della Sezione civile della Corte Suprema polacca*** *chiamata a decidere in sede di legittimità la causa da lei promossa erano stati* ***nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura (CNM****) dopo l'entrata in vigore della legge di* ***riforma del 2017*** *in base alla quale i* ***membri togati del CNM non sono più eletti dai giudici ma dalla Camera bassa del Parlamento*** *(Sejm). Ha inoltre lamentato che il Presidente della Repubblica avesse proceduto alla nomina di quei giudici senza che il bando di concorso fosse stato controfirmato dal Primo Ministro e nonostante un provvedimento della Corte Suprema Amministrativa avesse sospeso gli effetti della delibera del CNM recante la proposta, sicché il procedimento di nomina doveva ritenersi affetto da* ***violazioni manifeste del diritto interno****. La Corte Edu ha fatto applicazione del* ***"test-soglia"*** *elaborato nella sentenza Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda e ha affermato che* ***il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema*** *che hanno deciso il caso è stato* ***indebitamente influenzato dai poteri legislativo ed esecutivo,*** *a mezzo di* ***manifeste violazioni del diritto interno****. Al riguardo, ha in primo luogo rilevato che, per effetto del vigente sistema di nomina dei suoi componenti,* ***il CNM polacco non fornisce sufficienti garanzie di indipendenza della magistratura dai poteri legislativo ed esecutivo.*** *Ha poi ritenuto che la nomina di quei giudici alla Corte Suprema da parte del Presidente della Repubblica, nonostante la Corte Suprema Amministrativa avesse sospeso*

l'efficacia della proposta del CNM, costituiva un'ulteriore, manifesta violazione del diritto interno. Ha pertanto concluso che nel caso in esame si è prodotto un ***vizio fondamentale del processo*** *civile promosso dalla ricorrente, derivante dall'avvenuta* ***compromissione della legittimità della Corte Suprema****, la quale perciò* ***non può essere considerata "giudice indipendente e imparziale, istituito per legge"****, con conseguente* ***violazione dell'art. 6-1 della Convenzione EDU****.*

IL CASO

La società *Advance Pharma* ha dedotto dinanzi alla Corte EDU che la Sezione Civile della Corte Suprema che aveva deciso il suo caso non rappresentava un "tribunale imparziale ed indipendente, istituito per legge", ai sensi dell'art. 6 § 1 della Convenzione, in quanto i tre componenti del collegio erano stati nominati all'esito di un procedimento caratterizzato da varie irregolarità.

Tali irregolarità trovavano origine nell'approvazione, avvenuta nel 2017 nell'ambito di una più ampia riorganizzazione del sistema giudiziario polacco, della legge di modifica del Consiglio Nazionale della Magistratura (CND). Tale legge, contrariamente al passato, affida alla Camera bassa del Parlamento (*Sejm*) il compito di nominare i membri togati del CNJ, privando così i magistrati del diritto di voto loro in precedenza riconosciuto nel rispetto dei pertinenti *standard* internazionali.

A seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del bando di concorso relativo a sette posti vacanti presso la Sezione Civile della Suprema Corte, il nuovo CNM, i cui membri togati erano stati nominati dalla Camera Bassa, aveva adottato la delibera con cui ha proposto al Capo dello Stato la nomina di un pari numero di candidati, tra i quali i tre componenti del collegio al quale era stata in seguito affidata la decisione della causa che vedeva la società ricorrente come parte attrice.

Uno dei candidati pretermessi aveva tempestivamente presentato ricorso alla Corte Suprema Amministrativa, che aveva sospeso l'efficacia della delibera consiliare. Ciononostante, il Presidente della Repubblica aveva proceduto alla nomina dei giudici proposti dal CNM. Lo stesso giorno erano state consegnate agli interessati le lettere di nomina e i sette giudici avevano prestato giuramento.

A seguito di rinvio pregiudiziale alla CGUE, che si è pronunciata con sentenza del 2 marzo 2021 (causa C-824/18, A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura), EU:C:2021:153), la Corte Suprema Amministrativa (CSA) ha annullato la delibera consiliare. La CSA ha ritenuto, in particolare, che il CNM avesse intenzionalmente cercato di rendere impossibile il controllo giudiziario della delibera impugnata, poiché aveva tardato più di un mese nella trasmissione del ricorso, mentre nel frattempo aveva immediatamente sottoposto la proposta di nomina al Capo dello Stato. La CSA ha osservato,

inoltre, che il bando relativo ai posti vacanti presso la Corte Suprema, per essere valido, avrebbe per legge necessitato la controfirma del Primo Ministro, che, al contrario, risultava mancante.

LA DECISIONE DELLA CORTE: violazione del diritto ad un giudice imparziale e indipendente, istituito per legge.

Innanzitutto, la Corte EDU ha valutato se, nel caso in esame, fosse stato violato il diritto ad un "tribunale imparziale ed indipendente, istituito per legge". A tale scopo, ha fatto espressa applicazione del ***"test-soglia"*** *(threshold test)* elaborato nella sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, scandito da tre consecutivi passaggi.

Il primo passaggio impone di verificare la sussistenza di una violazione manifesta (testualmente, "flagrante"), del diritto interno sulle nomine giudiziarie.

L'esito positivo di tale verifica è, di per sé, sufficiente a far ritenere violato il diritto ad un tribunale istituito per legge e dotato delle richieste connotazioni di imparzialità e indipendenza, tanto che l'esame va proseguito solo in caso di esito negativo del primo passaggio.

Il secondo passaggio mira a verificare se il giudice che ha deciso un certo caso, sia pure nominato in assenza di violazioni manifeste della normativa interna, sia stato effettivamente in grado di svolgere i suoi compiti libero da interferenze, preservando così lo Stato di diritto e la separazione dei poteri.

Il terzo passaggio, infine, consiste nel prendere in considerazione la valutazione svolta dai giudici nazionali sulle conseguenze che la violazione di norme interne ha avuto sul diritto a un giudice rispondente ai criteri richiesti dalla Convenzione EDU. Qualora risultasse che i giudici nazionali hanno debitamente valutato i fatti e le denunce alla luce delle norme della Convenzione EDU, adeguatamente ponderato gli interessi concorrenti in gioco e tratto le necessarie conclusioni, infatti, la Corte EDU potrebbe ritenere avverata la violazione del diritto al giusto processo - *sub specie* di diritto al tribunale imparziale e indipendente, istituito per legge - solo in presenza di elementi concludenti.

Nel caso di specie la Corte Edu ha, già nel primo passaggio del test, accertato **due violazioni manifeste** della normativa interna sulle nomine giudiziarie (cfr. paragrafi 313-334).

In primo luogo, la Corte ha stabilito che una violazione del diritto interno era stata causata dalla **partecipazione del nuovo CNM al procedimento di nomina dei giudici della Sezione Civile della Corte Suprema** che avevano deciso la causa della ricorrente.

Riprendendo alcuni rilievi già contenuti nella sentenza *Reczkowicz* c. Polonia - relativa alla composizione della Sezione Disciplinare della Corte Suprema polacca, di nuova istituzione - la Corte ha osservato che la Costituzione polacca affida al CNM il compito di garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, e a tal fine prevede l'intervento del Consiglio nel procedimento di nomina dei giudici (art. 186 Cost. polacca). La possibilità riconosciuta all'organo di presentare una rosa di nomi al Presidente della Repubblica rappresenta pertanto uno strumento di limitazione oggettiva alla discrezionalità presidenziale. Tuttavia, tale scopo può

essere raggiunto solo se il CNM è un organo sufficientemente indipendente non solo dall'organo del potere esecutivo a cui consegna la propria proposta, ma anche dal potere legislativo. Secondo la Corte EDU, al contrario, **a seguito della riforma del 2017 il CNM non può essere più considerato indipendente dal potere legislativo e da quello esecutivo, dato che ad essi è direttamente affidata la scelta di ben ventitré membri su venticinque**, con la sola eccezione del Presidente della Corte Suprema e del Presidente della Corte Suprema Amministrativa, membri di diritto.

La Corte EDU ha inoltre osservato che la sentenza della Corte costituzionale polacca del 24 novembre 2021, ritenendo incompatibile l'articolo 6 § 1 della Convenzione e il diritto a un equo processo ivi sancito con varie disposizioni della Costituzione polacca, era stata pronunciata in un apparente tentativo di impedire l'esecuzione della sentenza della Corte Xero Flor w Polsce sp. z.o.o ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione e di limitare la competenza riconosciuta alla Corte EDU ai sensi degli articoli 19 e 32 della Convenzione nei confronti della Polonia.

La Corte ha poi ritenuto che un'altra manifesta violazione del diritto interno si fosse verificata mediante la **nomina da parte del Presidente della Repubblica** dei giudici proposti dal CNM, **nonostante la Corte Suprema Amministrativa avesse già sospeso la relativa delibera consiliare**. Secondo la Corte EDU, infatti, il comportamento della più alta carica dello Stato che intenzionalmente ignori una decisione giudiziaria al fine di rendere privo di significato il controllo esercitato dagli altri poteri dello Stato sulle nomine dei giudici, non può che essere considerato come una **palese sfida ai principi cardine dello Stato di diritto**.

La società ricorrente aveva dedotto che il procedimento di nomina dei giudici che avevano deciso il proprio caso era affetto anche da un'ulteriore violazione manifesta del diritto interno, derivante dal fatto che il bando con cui il Presidente della Repubblica aveva reso noti i posti vacanti alla Corte Suprema non era stato controfirmato dal Primo Ministro.

La Corte Edu non ha però ritenuto necessario esprimersi al riguardo, reputando esplicitamente che la sussistenza delle prime due violazioni bastasse già a rendere intrinsecamente difettoso il processo di nomina dei giudici della Sezione Civile della Corte Suprema che si erano occupati del caso in esame.

Ha inoltre rilevato che la pertinente delibera del CNM era stata sottoposta a sindacato giurisdizionale da parte della Corte Suprema Amministrativa, la quale aveva pronunciato l'annullamento di tale delibera. Tuttavia, le azioni delle autorità polacche, intraprese in manifesta violazione del diritto interno, avevano reso tale controllo giurisdizionale privo di effetto, sicché doveva essere respinta l'eccezione di non esaurimento dei ricorsi interni proposta dal Governo polacco, in quanto nel caso di specie il previsto ricorso alla Corte costituzionale contro le regole che disciplinano il procedimento di nomina dei giudici mancava di concrete prospettive di successo.

Ha pertanto concluso, all'unanimità, che nel caso in esame si è prodotto un **vizio fondamentale del processo civile**, derivante dall'avvenuta **compromissione della legittimità della**

composizione della Corte Suprema decidente, la quale perciò non può essere considerata "giudice indipendente e imparziale, istituito per legge" ai sensi della Convenzione EDU, con conseguente **violazione dell'art. 6-1 della Convenzione EDU**.

La Corte EDU ha pertanto sollecitato la Polonia, nell'interesse dello Stato di diritto e dei principi della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura, ad intraprendere un'azione rapida per porre rimedio alla rilevata violazione. La Corte si è astenuta dal fornire indicazioni specifiche circa il tipo di intervento necessario, ma ha chiaramente indicato che la prosecuzione dell'attività del CNM nella composizione prevista dalla legge di modifica del 2017 e il suo coinvolgimento nelle nomine giudiziarie comporterebbe una **disfunzione sistemica** idonea a produrre in futuro plurime violazioni del diritto a un "tribunale indipendente e imparziale, istituito per legge", causando in tal modo un ulteriore aggravamento della **crisi dello Stato di diritto in Polonia**.

OSSERVAZIONI FINALI

Negli ultimi anni diverse istituzioni europee hanno censurato il fatto che, per effetto delle **recenti riforme**, l'influenza del potere esecutivo e del potere legislativo sul sistema giudiziario polacco sia andata aumentando, a scapito dell'**indipendenza della magistratura** e, quindi, del **rispetto dei principi-cardine dello Stato di diritto**.

Tra queste, ad esempio, la **Rete europea dei Consigli di Giustizia (ENCJ)**, organo del Consiglio d'Europa, che a seguito della riforma delle modalità di elezione dei membri del CNM, ha dapprima (il 17 settembre 2018) sospeso e poi (il 28 ottobre 2018) espulso il Consiglio polacco. Sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, il **Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE)**, ha risposto alle riforme riguardanti il sistema giudiziario polacco adottando aggiornate raccomandazioni sui Consigli di giustizia (*Opinion n. 24 (2021) "Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems"*) e sull'indipendenza dei giudici (*2019 edition of the Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States*).

Un ruolo di primaria importanza è stato svolto dalla **Corte di Giustizia dell'UE**. Con una serie di pronunce emesse tanto in sede di rinvio pregiudiziale (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *AK e altri (Indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte Suprema)*, EU:C:2019:982; cause riunite C-558/18 e C-563/18, Miasto Lowicz (Riforma del sistema disciplinare dei magistrati), EU:C:202034; causa C-824/18, A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura), cit.), che nell'ambito di procedure di infrazione (causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari),* EU:C:2019:924; causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema),* EU:C:2019:531; causa C-791/19, Commissione c. Polonia (Regime disciplinare applicabile ai giudici), EU:C:2021:596), infatti, la Corte ha più volte

messo in evidenza che le riforme del sistema giudiziario adottate in Polonia minano i valori fondamentali dell'Unione europea.

Merita poi di essere richiamato l'ultimo episodio del contenzioso dinanzi alla CGUE che ha interessato la Polonia con riferimento alle recenti riforme del sistema giudiziario. Il regolamento europeo 2020/2092 del 16 dicembre 2020 ha introdotto il c.d. "meccanismo di condizionalità", secondo cui il Consiglio dell'UE, su proposta della Commissione, può sospendere i pagamenti a carico del bilancio dell'Unione o l'approvazione di uno o più programmi, quando uno Stato membro commette una violazione dei principi dello Stato di diritto. Dopo che la Corte costituzionale polacca aveva dichiarato incompatibile il primato del diritto dell'Unione con la propria Costituzione (sentenze P 7/20 del 14 luglio 2021 e K 3/21 del 7 ottobre 2021), la Commissione ha ventilato l'ipotesi di attivare il meccanismo.

La Polonia e l'Ungheria sono dunque ricorse alla Corte di Giustizia per l'annullamento del regolamento. La Corte, data l'importanza della questione, ha deciso con procedura accelerata e ha sancito la legittimità del richiamato regime di condizionalità (Sent. 16 febbraio 2022 C-156/21 e C-157/21), scrivendo così un nuovo importante capitolo nella **difesa dello Stato di diritto all'interno dell'UE**.

La sentenza in commento conferma il ***rapporto****, definito* ***"simbiotico"*** *dal Presidente della Corte EDU Robert Spano,* ***intercorrente in materia di indipendenza della magistratura tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.*** Se, infatti, la decisione del caso non autorizzava la Corte EDU a compiere valutazioni sulla legittimità della riorganizzazione del sistema giudiziario polacco nel suo complesso, come la stessa Corte ha espressamente riconosciuto nella sentenza, si tratta ormai della terza pronuncia, dopo quelle emesse nel caso Reczkowicz e in quello Dolińska-Ficek e Ozimek, con cui viene affermato che **l'indipendenza della Corte Suprema polacca è gravemente compromessa dalle recenti riforme del diritto interno**.

ART. 6 CEDU

ART. 6, § 1, CEDU - DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE - RIMOZIONE DI UN COMPONENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - MANCANZA DI UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - INTERFERENZA "NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA", NEI CONFRONTI DI UN SOGGETTO CHE SI ERA ESPRESSO CONTRO LE RIFORME GOVERNATIVE DEL SETTORE GIUDIZIARIO - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 DELLA CONVENZIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia, 16 giugno 2022.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217705

CLASSIFICAZIONE

Art. 6, § 1, CEDU - Diritto alla tutela giurisdizionale - **Rimozione di un componente del Consiglio nazionale della magistratura** - **Mancanza di un rimedio giurisdizionale** – **Violazione dell'art. 6 CEDU** - **Art. 10 CEDU** - Libertà di espressione - **Interferenza "non necessaria in una società democratica", nei confronti di un soggetto che si era espresso contro le riforme governative del settore giudiziario** - Cumulo di misure intimidatorie, quali la cessazione dall'incarico di coordinatore di una Corte regionale, il controllo delle dichiarazioni dei redditi, l'ispezione del lavoro giudiziario - **Violazione dell'art. 10 della Convenzione**.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Artt. 6, § 1, e 10 CEDU

RIFERIMENTI NORMATIVI COSTITUZIONALI

artt. 13, 24, 101, 104, 107, 111, 113 Cost.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU.

Advance Pharma sp. z o.o c. Polonia, no. 1469/20, 3 Febbraio 2022; *Grzęda c. Polonia* [GC], no. 43572/18, 15 Marzo 2022; *Bilgen c. Turchia*, no. 1571/07, 9 Marzo 2021; *Miroslava Todorova c. Bulgaria*, n. 40072/13, 19 Ottobre 2021; *Goryaynova c. Ucraina*, no. 41752/09, 8 Ottobre 2020; *Cimperšek c. Slovenia*, n. 58512/16, 30 Giugno 2020; *Kövesi c. Romania*, no. 3594/19, 5 Maggio 2020; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], 6 Novembre 2018; *Köseoğlu c. Turchia* (dec.), no. 24067/05, 10 Aprile 2018; *Döner e altri c. Turchia*, no. 29994/02, 7 Marzo 2017; *Simić c. Bosnia-Herzegovina* (dec.), no. 75255/10, 15 Novembre 2016; *Baka c. Ungheria* [GC], no. 20261/12, 23 Giugno 2016; *Harabin c. Slovacchia*, n. 58688/11, 20 Novembre 2012; *Nenkova-Lalova c. Bulgaria*, no. 35745/05, 11 Dicembre 2012; *Poyraz c. Turchia*, no. 15966/06,

7 Dicembre 2010; *Kudeshkina c. Russia*, no. 29492/05, 26 Febbraio 2009; *Guja c. Moldavia* [GC], no. 14277/04, 12 Febbraio 2008; *Kayasu c. Turchia*, 13 November 2008; *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia* [GC], no. 63235/00, 19 aprile 2007; *Kudła c. Polonia* [GC], no. 30210/96, 26 ottobre 2000; *Wille c. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, 28 Ottobre 1999; *Vogt c. Germania*, 26 Settembre 1995.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia del 16 giugno 2022 (ricorso n. 39650/18).

ABSTRACT

La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione degli artt., 6, § 1, e 10 CEDU nei confronti del ***ricorrente, giudice e portavoce del Consiglio nazionale della magistratura polacco****, il quale, in tale veste, era stato* ***uno dei principali critici delle riforme dell'ordinamento giudiziario*** *poste in essere dal parlamento e dal nuovo governo polacco, in carica dal 2015.*

Il caso concerne la sua rimozione dal Consiglio nazionale della magistratura, prima della scadenza naturale del suo mandato e la sua denuncia relativa alla mancanza di rimedi legali per contestare la perdita della carica ed alla campagna attivata per metterlo a tacere.

Seguendo un iter motivazionale analogo a quello della sentenza Grzęda c. Polonia, del 15 marzo 2022, la Corte afferma che la mancanza di un rimedio giudiziario avverso la rimozione dal Consiglio nazionale della magistratura viola il diritto di accesso ad un tribunale.

La Corte rileva, inoltre, che è stata messa in campo una ***pluralità di misure contro il ricorrente*** *– che comprendono la sua cessazione da portavoce di un ufficio giudiziario regionale, la verifica delle sue dichiarazioni dei redditi, l'ispezione del suo lavoro giudiziario –* ***realizzate allo scopo di intimidirlo*** *a causa delle posizioni che aveva espresso in difesa dello stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura.*

*Nel ritenere sussistenti le violazioni del diritto alla tutela giurisdizionale ed alla libertà di espressione, la Corte enfatizza il complessivo contesto di riforme del settore giudiziario che ha portato all'****indebolimento dell'indipendenza dei giudici****, in una generalizzata* ***crisi dello stato di diritto in Polonia****.*

IL CASO

Waldemar Żurek, cittadino polacco, è stato **giudice del tribunale regionale di Cracovia**, ufficio per il quale ha svolto funzioni di portavoce, e **membro del Consiglio nazionale della magistratura**, eletto per la prima volta nel 2010, poi rieletto nel 2014, per un secondo mandato di quattro anni.

Nel 2014 è stato nominato **portavoce del Consiglio nazionale della magistratura** e, in tale veste, è diventato **uno dei principali critici delle riforme del settore giudiziario** avviate dai rami legislativo ed esecutivo **della nuova amministrazione, salita al potere nel 2015,** sottolineando, in particolare, la minaccia all'indipendenza della magistratura derivante dalle proposte del Governo.

Il suo mandato come membro del Consiglio nazionale della magistratura, tuttavia, si è prematuramente concluso nel 2018, a seguito dell'entrata in vigore di una nuova legislazione nel contesto di una riforma più ampia della magistratura. In particolare, gli emendamenti alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura del 2017 prevedevano che i membri giudiziari del Consiglio non fossero più eletti dai giudici ma dalla Camera bassa del Parlamento, e che i membri neoeletti sostituissero immediatamente quelli eletti ai sensi della precedente normativa. Pertanto, quando La Camera ha eletto 15 giudici come nuovi membri del Consiglio, il 6 marzo 2018, il mandato del ricorrente è stato revocato, senza che egli ricevesse alcuna notifica ufficiale; di conseguenza, è anche cessato dalla carica di portavoce. All'inizio del 2018 il ricorrente era stato anche rimosso dalla sua posizione di portavoce del tribunale regionale di Cracovia.

Nel suo caso dinanzi alla Corte europea, il ricorrente ha presentato documentazione su una serie di altre misure adottate nei suoi confronti dalle autorità, evidenziando che: l'Ufficio centrale per la lotta alla corruzione ha svolto un controllo delle sue dichiarazioni dei redditi tra novembre 2016 e aprile 2018; il Ministero della Giustizia ha ordinato un'ispezione del suo lavoro presso il tribunale regionale di Cracovia nell'aprile 2017, nonché la declassificazione della sua dichiarazione finanziaria nel giugno 2018. Nel frattempo, almeno cinque procedimenti disciplinari sono stati avviati contro di lui e sono ancora in corso.

LA DECISIONE

Il ricorrente ha denunciato: a) che gli era stato negato l'accesso ad un tribunale (art. 6 CEDU) e che non vi era alcuna procedura, giudiziale o non, per contestare la prematura cessazione del suo mandato; b) che le misure adottate nei suoi confronti avevano lo scopo di punirlo, per avere espresso critiche alle modifiche legislative del governo, e di mettere in guardia gli altri giudici dal fare altrettanto, minando così il diritto alla libertà di espressione.

Sono stati ammessi ad intervenire nel procedimento: la Rete europea dei consigli della magistratura; il Commissario per i diritti umani della Repubblica di Polonia; Amnesty International in collaborazione con la Commissione internazionale dei giuristi; la Fondazione "Judges for Judges" (Paesi Bassi) in collaborazione con il professor Pech; la Fondazione di Helsinki per i diritti umani (Polonia); l'Associazione dei giudici Themis e l'Associazione dei giudici polacchi Iustitia.

La Corte EDU **ha riconosciuto la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU,** osservando che il governo non aveva fornito alcuna motivazione per giustificare il **grave pregiudizio al diritto del ricorrente di accedere ad un tribunale** dovuto all'**assenza di controllo giurisdizionale**

sulla decisione di porre fine prematuramente al suo mandato presso il Consiglio nazionale della magistratura. Come nel recente caso della Grande Camera *Grzęda c. Polonia* del 15 marzo 2022, la Corte ha ritenuto che il "diritto" del ricorrente a restare in carica per l'intera durata del suo mandato era stato effettivamente posto in discussione ai sensi del diritto interno e che tale "diritto" ha attivato la protezione dell'articolo 6.

I giudici di Strasburgo hanno sottolineato il contesto generale delle **varie riforme giudiziarie** intraprese dal governo polacco, inclusa quella del Consiglio nazionale della magistratura che ha colpito il ricorrente ed ha portato all'**indebolimento dell'indipendenza della magistratura**, determinando ciò che è stata già definita una vera e propria **crisi dello stato di diritto in Polonia**.

In relazione alla violazione dell'art. 10 CEDU, il Governo ha sostenuto che le misure adottate nei confronti del ricorrente erano state neutrali, poiché applicate a tutti i giudici, e non avevano quindi interferito con il suo personale diritto alla libertà di espressione.

La Corte ha ritenuto, tuttavia, che dette **misure** andassero **inquadrate nel contesto generale delle varie riforme** del Governo **volte a indebolire l'indipendenza della magistratura**, così da verificare che erano state tutte **successive alle dichiarazioni pubbliche del ricorrente** – in interviste, articoli *online* e sul canale YouTube del Consiglio nazionale della magistratura – rese tra il 2015 e il 2018, **con le quali si criticavano le proposte di legge e politiche** del Governo **nei confronti della magistratura**; erano state tutte prese da organi controllati o nominati dal potere esecutivo **e non erano state innescate da alcuna comprovata irregolarità da parte sua**, in particolare per quanto riguardava il controllo delle sue finanze e il controllo del suo operato come giudice.

La Corte ha sottolineato che il ricorrente, in quanto giudice e membro/portavoce del Consiglio nazionale della magistratura, non solo aveva il **diritto**, ma anche il **dovere di esprimersi in difesa dello stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura**, riconoscendogli di aver rappresentato una delle figure più importanti della comunità giudiziaria polacca che ha difeso con fermezza quei valori fondamentali, esprimendo le sue dichiarazioni in un'ottica strettamente professionale.

Per tali ragioni, **nei confronti del ricorrente**, la Corte di Strasburgo ha ritenuto **applicabile un elevato grado di protezione della libertà di espressione**, **nonché un controllo rigoroso di qualsiasi interferenza con i suoi diritti**.

Nell'esaminare le misure a carico del ricorrente, la Corte ha osservato che il controllo sulle dichiarazioni dei redditi era stato innescato da irregolarità non specificate ed era durato 17 mesi senza alcun risultato concreto, mentre l'ispezione del lavoro del ricorrente presso il tribunale regionale di Cracovia era stata avviata solo un giorno dopo la ricezione di una lettera anonima, che aveva essenzialmente riguardato la sua critica alla riforma della magistratura, piuttosto che una presunta cattiva condotta o incapacità di esercitare le sue funzioni giudiziarie. Infine, la

decisione di licenziarlo dalla carica di portavoce di detto tribunale era stata presa senza il parere del Collegio, come previsto dalla normativa di riferimento.
In base agli atti a sua disposizione, la Corte ha ritenuto che il **cumulo di tali misure** può essere letto come una **strategia volta a intimidire (o addirittura a mettere a tacere) il ricorrente a causa delle sue opinioni**.
I provvedimenti adottati nei confronti del ricorrente, inoltre, **hanno avuto indubbiamente un *chilling effect***, in quanto **diretti a dissuadere non solo il ricorrente ma anche altri giudici dalla partecipazione al dibattito pubblico sulle riforme legislative** che interessano la magistratura e, più in generale, **su questioni riguardanti l'indipendenza della magistratura**.
Tenendo presente l'importanza fondamentale della libertà di espressione in materie di interesse pubblico e collettivo, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione del ricorrente e che tale ingerenza non fosse "necessaria in una società democratica", con violazione dell'articolo 10 della Convenzione.
Il giudice Wojtyczek ha espresso un parere separato che è allegato alla sentenza.

L'OPINIONE IN PARTE DISSENZIENTE DEL GIUDICE WOJTICZEK

Il componente polacco della Corte EDU ha dissentito sulla violazione dell'art. 6 CEDU, secondo le linee direttrici dell'opinione già espressa nella sentenza *Grzeda c. Polonia* del 15 marzo 2022, cui si è riportato, sottolineando che non sarebbe stata raggiunta la soglia di azionabilità dell'art. 6 ed evocando le peculiarità del sistema ordinamentale polacco.
Il giudice ha, altresì, espresso riserve relativamente al ragionamento utilizzato per giungere ad affermare la violazione del diritto alla libertà di espressione tutelato dall'art. 10 CEDU, violazione sulla quale, tuttavia, comunque concorda.
L'opinione dissenziente verte, quindi, relativamente all'art. 10 CEDU, sulla constatazione di alcuni punti critici che riguardano: l'ambito di applicazione dell'art. 10 CEDU; la natura dell'ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente; il modo in cui la sentenza da cui si dissente articola i concetti di "scopo legittimo" e "proporzionalità" dell'ingerenza nel diritto tutelato dall'art. 10; la differenziazione del livello di protezione concessa basata sulla peculiarità di alcune categorie di persone.
In sintesi, pur concordando che nel caso di specie vi sia stata una violazione del diritto alla libertà di espressione del ricorrente – configurata, a giudizio della *dissenting opinion*, solo da alcune delle misure adottate, e cioè l'aver preso di mira le dichiarazioni dei redditi del ricorrente e l'aver disposto un'ispezione del suo lavoro professionale – il giudice Wojticzek esprime perplessità sull'estensione del campo di applicazione dell'art. 10 CEDU ai discorsi ufficiali di detentori di pubblici poteri, nonché sulla necessità, che sembra suggerita in sentenza, di garantire una protezione speciale del diritto in esame per i giudici e, più ancora, per i giudici appartenenti ad

organismi ordinamentali rappresentativi o ad associazioni di categoria, differenziazione che può determinare una crisi del principio di eguaglianza.

OSSERVAZIONI FINALI: LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA.

La Corte EDU, nella sentenza in commento, propone **importanti affermazioni sull'indipendenza e l'autonomia della magistratura nel sistema di legalità convenzionale**, con un ampio richiamo anche ad atti di diritto europeo ed internazionale, tra i più rilevanti sul tema [i *Principi base sull'indipendenza della magistratura* -Settimo congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine, Milano, 1985, attuati dalle risoluzioni dell'Assemblea Generale 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985, punto 8; il *Rapporto speciale sull'indipendenza di giudici e procuratori* (24 giugno 2019); l'*Appendice alla raccomandazione CM/Rec (2010)12 su "Giudici, indipendenza, efficienza e responsabilità"* (17 novembre 2010), cap. II (Indipendenza esterna), punti 19 e 21, del Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri; il *Rapporto 6 gennaio 2020 sul funzionamento delle istituzioni democratiche in Polonia* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; la relazione "*I giudici in Polonia e Repubblica di Moldavia devono rimanere indipendenti*" (punti 4., 4.5., 4.7.) del Comitato degli affari legali dei diritti dell'uomo dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (5 gennaio 2021); il *Report del commissario per i diritti umani in visita in Polonia* (28 giugno 2019), punto 1.5; il *Report della commissione di Venezia sulla libertà di espressione dei giudici* (19-20 giugno 2015), punto 80; l'*Opinione n. 3 (19 novembre 2002)* della CCJE; la *Magna Charta dei giudici* (novembre 2010), punti 3, 9; l'*Opinione n. 18 (16 ottobre 2015)*, cap. VII, punti 41 e 42, della CCJE; la *Dichiarazione di Sofia (7 giugno 2013)*, punto VII)].

Particolarmente rilevanti sono le osservazioni della Corte in merito al diritto alla libertà di espressione, in presenza di riforme legislative che aggrediscano i valori di indipendenza ed autonomia della magistratura e mettano così in crisi le stesse fondamenta dello stato di diritto.

La Corte conferisce alle misure vessatorie di vario genere adottate nei confronti del ricorrente una valenza "dissuasiva" all'espressione delle sue opinioni critiche nei confronti delle riforme in atto: tali misure configurano, cioè, una reazione alla sua voce di opposizione alle scelte governative che minano l'indipendenza della magistratura e sono in grado di influenzare anche il comportamento di altri giudici, sterilizzando altre eventuali opinioni critiche ed il dibattito pubblico in generale.

Sul versante della giurisprudenza interna, **il dibattito relativo all'ambito di espansione della libertà di espressione per i magistrati trova eco soprattutto, disegnandone i confini negativi, nelle pronunce della Cassazione civile in merito agli illeciti disciplinari**.

Interessante è una recente sentenza – Sez. U, n. 6965 del 17/3/2017, Rv. 643285 - che sembra rispondere alle perplessità dell'opinione dissenziente nel caso *Zurek* e, al tempo stesso, confermare che sono proprio le manifestazioni del pensiero espresse su temi di interesse pubblico

attinenti alla giustizia a costituire il nucleo centrale del diritto garantito dall'art. 10 CEDU al magistrato, portatore di opinioni critiche.

Le Sezioni Unite hanno chiarito che, in tema di responsabilità disciplinare del magistrato, le espressioni sconvenienti rivolte "in incertam pesonam", in occasione di un intervento ad un forum di discussione su un **blog internet attinente ai temi della giustizia**, non integrano l'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, il quale postula che la condotta disciplinarmente rilevante sia posta in essere nell'esercizio delle funzioni, atteso che la manifestazione del pensiero di un magistrato costituisce espressione di una libertà costituzionale che rimane tale, e non diventa esercizio di funzione giurisdizionale, anche allorquando abbia ad oggetto opinioni relative a temi inerenti l'organizzazione di un ufficio giudiziario ed il suo funzionamento, e sempre che non si espliciti attraverso riferimenti individualizzati (nel qual caso, ricorrendo la natura ingiuriosa delle espressioni utilizzate, potrebbe configurarsi il delitto di cui all'art. 595 c.p. e l'illecito di cui all'art. 4, lettera d), del d.lgs. n. 109 del 2006).

In un caso limite, in cui si trattava di una conversazione privata e confidenziale, intercettata tra un magistrato ed un giornalista, dal tenore di critica nei confronti del capo dell'ufficio, si è affermato anche che la critica non integra gli estremi della grave scorrettezza, ex art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, se ed in quanto si sia manifestata con toni oggettivamente non offensivi, né derisori, rientrando essa nella libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita anche al magistrato, sia pure temperata in relazione agli specifici doveri incombenti sullo stesso (Sez. U, n. 24969 del 23/10/2017, Rv. 645915).

Anche la critica interna alla magistratura, su temi di interesse pubblico, ha trovato spazio, sotto il profilo dell'esimente dell'esercizio del diritto di critica: sul punto, si segnala Sez. 5, n. 30877 del 7/7/2006, Nanetti, Rv. 235222.

ARTT. 6 e 8 CEDU

ARTT. 8 E 6 CEDU - RIFIUTO DEI GIUDICI NAZIONALI DI ACCERTARE LEGALMENTE LA PATERNITÀ PER IL FIGLIO BIOLOGICO - MATERNITÀ SURROGATA – AFFIDAMENTO - INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE – ART. 6 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 - DURATA DEL PROCEDIMENTO INCOMPATIBILE CON IL DOVERE DI DILIGENZA.

Corte EDU, Quinta Sezione, A. L. contro Francia del 15 marzo-7 aprile 2022

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216632

CLASSIFICAZIONE

ARTT. 8 E 6 CEDU – Rifiuto dei giudici nazionali di accertare legalmente la paternità per il figlio biologico – Maternità surrogata – Affidamento – Interesse superiore del minore.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 8, 34, 35, 41 CEDU, art. 3 della Convenzione internazionale sui diritti del bambino, artt. 6, 16-7, 16-9, 337, 371-4, 372 Code civil.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze richiamate

Zaunegger c. Germania, n. 22028/04, 3 dicembre 2009, Anayo c. Germania, n. 20578/07, 21 dicembre 2010, Schneider c. Germania, n. 17080/07, 15 settembre 2011, Ahrens, citato, Kautzor c. Germania, n. 23338/09, 22 marzo 2012, e Krisztián Barnabás Tóth c. Ungheria, n. 48494/06, 12 febbraio 2013, Strand Lobben e altri c. Norvegia [GC], n. 37283/13, 10 settembre 2019, Soares de Melo contro Portogallo, n. 72850/14, 16 febbraio 2016, Mennesson c. Francia n. 65192/11, 2014

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 15 marzo/7 aprile 2022, A. L. contro Francia (ricorso n. 13344/20).

ABSTRACT

I procedimenti per stabilire o contestare la paternità di un individuo riguardano la vita privata, pertanto, spetta ad ogni Stato contraente dotarsi di un quadro giuridico adeguato e sufficiente per garantire il rispetto del dovere di diligenza eccezionale richiesto quando è in gioco la relazione di una persona con il proprio figlio.

In un'ottica di bilanciamento degli interessi, quando si verifica una situazione di conflitto o di non coincidenza degli interessi in gioco, e quando la decisione incide sulla relazione di una persona con il proprio figlio, è necessario mettere al primo posto l'interesse superiore del minore.

Neppure la complessità del caso giustifica l'eccessiva durata del procedimento che con il passare

del tempo rischia di portare la questione al fatto compiuto con conseguente violazione del diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU.

FATTO

La pronuncia riguarda un caso molto controverso, in cui tutti i protagonisti sono stati dichiarati penalmente responsabili dal Tribunale penale di Blois. In sede civile il ricorrente AL ha agito per il riconoscimento di paternità sulla base dei seguenti fatti. Egli, insieme al proprio compagno MA, aveva concluso un contratto oneroso di gestazione per altri con una donna che, dopo la nascita, avvenuta l'8 marzo 2013, aveva fatto credere alla coppia committente che il bambino era deceduto mentre in realtà lo aveva affidato ad una coppia eterosessuale – i signori R - in cambio di un compenso di 15.000 euro.

Il bambino veniva riconosciuto dai sig.ri R ma il ricorrente promuoveva il 19 luglio 2013 il giudizio per ottenere il riconoscimento della paternità.

Mentre il Tribunale adito, con provvedimento emesso il 23 marzo 2017, riconosceva che il bambino era stato fecondato dai gameti del ricorrente, dichiarava la paternità di quest'ultimo, attribuendogli l'esercizio esclusivo dell'autorità genitoriale e fissando presso di lui la residenza del minore, la Corte d'Appello di Rouen, dopo aver sospeso l'esecuzione provvisoria del provvedimento, in ragione del rischio che esso potesse creare al bambino gravi danni, con sentenza del 31 marzo 2018, dichiarava irricevibile la domanda. Rilevava infatti, sulla base della consulenza resa da uno psichiatra infantile, che l'esecuzione della sentenza del Tribunale avrebbe provocato una grave sofferenza e gravi conseguenze psicologiche al minore e pertanto ha ritenuto che il riconoscimento fosse contrario all'interesse del minore da ritenere preminente ai fini della decisione. La Corte di Cassazione con sentenza del 12 settembre 2019 ha respinto il ricorso del sig. AL.

LA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso considerando, in primo luogo che, ai sensi dell'articolo 16-7 del codice civile, "*qualsiasi accordo relativo alla procreazione o alla gestazione a favore di un'altra persona è nullo".* La domanda del ricorrente - volta a contestare il riconoscimento della paternità da parte dei signori R. e a permettergli di stabilire la propria filiazione nei confronti del figlio biologico, doveva comunque essere dichiarata irricevibile perché basata sull'accordo di maternità surrogata concluso con la signora B e cioè su un contratto vietato dalla legge.

In secondo luogo la Corte suprema francese ha constatato, avvalorando quanto già ritenuto dalla Corte di Appello di Rouen, che la realtà biologica non è una ragione sufficiente per accogliere la domanda del ricorrente, tenuto conto dell'esperienza di vita del bambino, il quale, sin dalla nascita vive in ottime condizioni con i signori R. e delle sue esigenze attuali e future. Fermo il diritto del bambino a conoscere la verità sulle sue origini - non è nel suo interesse che il rapporto

genitori-figli attualmente in essere sia messo in discussione in quanto ciò pregiudicherebbe il diritto del minore.

LA DECISIONE DELLA CORTE EDU

La Corte con sentenza del 7 aprile 2022 ha statuito che nel contesto di un conflitto triangolare tra il padre sociale e legale, il padre biologico e la madre di un bambino, le richieste del padre biologico per il riconoscimento dello status e anche per il riconoscimento del diritto di informazione o di contatto con il bambino devono essere valutate alla luce dell'interesse superiore del bambino.

La Corte rileva che la giurisdizione francese, se per un verso ha dichiarato irricevibili le domande del ricorrente in quanto riguardavano una situazione derivante da un contratto di maternità surrogata viziato da nullità perché vietato e contrario all'ordine pubblico interno, per altro verso, si è anche sforzata di attribuire un peso preminente all'interesse del minore e a operare comunque un bilanciamento degli interessi in gioco. Così facendo, ha ritenuto che, alla luce della esperienza di vita del minore, il suo miglior interesse non coincideva con l'accertamento legale della sua effettiva filiazione e di stabilirla con il padre biologico, ma piuttosto nel continuare a vivere con il signor e la signora R. E' stato attribuito così valore decisivo all'interesse del minore alla conservazione di uno status acquisito e che consentiva la prosecuzione di una vita familiare positivamente realizzata. Per altro verso non è stato negato il diritto alla conoscenza delle proprie origini da parte del minore.

Secondo la Corte EDU la Corte di Appello e la Corte di Cassazione hanno correttamente tenuto conto dell'interesse del minore sulla base di una considerazione in concreto della complessità del caso in esame senza disconoscere la realtà biologica invocata dal ricorrente che tuttavia deve recedere di fronte a un interesse chiaramente contrastante del minore al suo riconoscimento legale. Infatti la motivazione basata sull'attribuzione del ruolo preminente dell'interesse superiore del minore, non solo è in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ma ha costituito anche l'unico modo per risolvere la situazione confusa e delicata in cui si è trovato il minore, una situazione di cui ciascuno dei protagonisti adulti portava una parte di responsabilità.

Per quanto riguarda la qualità del processo decisionale nel caso di specie, la Corte osserva che il ricorrente ha beneficiato di un procedimento in contraddittorio in cui ha potuto discutere gli argomenti delle altre parti, compresi quelli del bambino rappresentato da un amministratore *ad hoc*, e sottoporre i propri argomenti all'esame di giudici la cui indipendenza e imparzialità non erano in discussione e che hanno emesso decisioni motivate.

Tuttavia, resta il fatto che il procedimento è durato circa sei anni e un mese in totale, il che non è compatibile con il dovere di diligenza eccezionale che era richiesto alle autorità in relazione alla sensibilità della materia del contendere. Non si può negare In effetti che, quando è in gioco, in una situazione altamente conflittuale come quella in esame, la relazione di un genitore con il proprio figlio, il passare del tempo rischia di attribuire una importanza decisiva al fatto compiuto.

Secondo la Corte, non si può contestare che il passare del tempo abbia avuto un impatto sulla valutazione concreta dei fatti. Pertanto, c'è stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione a causa del mancato rispetto da parte dello Stato convenuto del suo dovere di diligenza eccezionale nelle circostanze del caso, seppur, questa constatazione di violazione non può essere interpretata come una rimessa in discussione della valutazione della Corte d'appello di Rouen, confermata dalla Corte di cassazione, tuttavia essa legittima il riconoscimento in favore del ricorrente dei danni morali subiti.

ART. 8 CEDU

ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ – PROVVEDIMENTI DI ALLONTANAMENTO DI MINORE DAL NUCLEO FAMILIARE – BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO – INTERESSI SUPERIORI DEL BAMBINO – NESSUNA CONSIDERAZIONE DELLLA NECESSITÀ DI PRESERVARE, PER QUANTO POSSIBILE, IL LEGAME TRA MADRE E FIGLIA – ASSENZA DI PROPORZIONALITÀ.

Corte EDU, Prima Sezione, D. M. e N. c. Italia del 20 gennaio 2022

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU369185&previsiousPage=mg_1_20

CLASSIFICAZIONE

Art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – Dichiarazione di adottabilità – Provvedimenti di allontanamento di minore dal nucleo familiare – Bilanciamento degli interessi in gioco – Interessi superiori del bambino e necessità di preservare il legame tra madre e figlia – Assenza di proporzionalità.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), Art. 46 CEDU (Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze)

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze richiamate:

Covezzi e Morselli v. Italia, n. 52763/99, 9 maggio 2003; Scozzari e Giunta c. Italia [GC], nn. 39221/98 e 41963/98, CEDU 2000 VIII; Roda e Bonfatti c. Italia, n. 10427/02, 21 novembre 2006; Clemeno e altri c. Italia, n. 19537/03, 21 ottobre 2008; Todorova c. Italia, n. 33932/06, 13 gennaio 2009; Moretti e Benedetti c. Italia, n. 16318/07, 27 aprile 2010; Zhou c. Italia, n. 33773/11, 21 gennaio 2014; Akinnibosun c. Italia, no. 9056/14, 16 luglio 2015; S.H. c. Italia, no. 52557/14, 13 ottobre 2015; R.V. e altri c. Italia, no. 37748/13, 18 luglio 2019; e A.I. c. Italia, n. 70896/17, 1° aprile 2021.

Bove v. Italia, n. 30595/02, 30 giugno 2005; Errico c. Italia, n. 29768/05, 24 febbraio 2009; Piazzi c. Italia, n. 36168/09, 2 novembre 2010; Lombardo c. Italia, n. 25704/11, 29 gennaio 2013; Nicolò Santilli c. Italia, n. 51930/10, 17 dicembre 2013; Manuello e Nevi c. Italia, n. 107/10, 20 gennaio 2015; Bondavalli c. Italia, n. 35532/12, 17 novembre 2015; Cincimino c. Italia, n. 68884/13, 28 aprile 2016; Giorgioni c. Italia, n. 43299/12, 15 settembre 2016; Strumia c. Italia, n. 53377/13, 23 giugno 2016; Solarino c. Italia, n. 76171/13, 9 febbraio 2017;

D'Alconzo c. Italia, n. 64297/12, 23 febbraio 2017; Endrizzi c. Italia, n. 71660/14, 23 marzo 2017; Improta c. Italia, n. 66396/14, 4 maggio 2017; Beccarini e Ridolfi c. Italia [comitato], n. 63190/16, 7 dicembre 2017; D'acunto e Pignataro c. Italia [comitato] n. 6360/13 12 luglio 2018; Luzi c. Italia, n. 48322/17, §, 5 dicembre 2019; Terna c. Italia, n. 21052/18, 14 gennaio 2021; A.V. c. Italia, n. 36936/18, 10 dicembre 2020; R.B. e M. c. Italia, n. 41382/1922 aprile 2021; A.T. c. Italia, n. 40910/19, 24 giugno 2021; e T.M. c. Italia, n. 29786/19, 7 ottobre 2021.

PRONUNCIA SEGNALATA

CORTE EDU, D.M. e N. c. Italia del 20 gennaio 2022 (Ricorso n. 60083 del 7 novembre 2019)

ABSTRACT

L'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare e, pertanto, non ammette alcuna ingerenza da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che, tale ingerenza sia prevista dalla legge o costituisca una misura necessaria alla sicurezza nazionale […]. Tale diritto deve essere interpretato nel senso che la decisione di recidere i legami familiari deve essere preceduta da una corretta valutazione, anche psicologica, delle capacità genitoriali, poiché, è necessario preservare il più possibile il nucleo familiare. La Corte ha precisato che, quando via sia l'esistenza di soluzioni meno radicali, il trasferimento del minore in un ambiente più favorevole per la sua educazione non giustifica di per sé la sottrazione ai suoi genitori biologici dal momento che la procedura di adozione deve essere accompagnata da garanzie proporzionate alla gravità dell'ingerenza e agli interessi in gioco.

IL CASO

La sig.ra D.M. (ricorrente principale), nata a Cuba nel 1982 e residente a Brescia, è madre di due figli, nati rispettivamente nel 2002 e nel 2007 dal primo matrimonio e con i quali, seppur vivano con i nonni, ha contatti regolari. La ricorrente agisce per conto di sua figlia (seconda ricorrente) nata nel 2012 da un secondo matrimonio, poi finito nel 2014.

Nel febbraio del 2013 la ricorrente ha presentato una domanda di assistenza ai servizi sociali per gli abusi subiti dal padre di sua figlia. Pertanto, il 22 febbraio 2013 la Procura ha avviato un procedimento nell'interesse della bambina e il Tribunale ha ordinato il collocamento per circa un anno della ricorrente e di sua figlia presso un centro di accoglienza di Brescia.

Il 14 gennaio 2014 il Tribunale ha autorizzato le due ricorrenti a tornare a casa e ha ordinato ai servizi sociali di fornire sostegno e assistenza ai genitori per la crescita educativa della bambina.

Il 30 agosto 2014 il PM ha invitato il Tribunale a valutare la capacità genitoriale dei due genitori e poco dopo la signora e la bambina sono state affidate ad un altro centro accoglienza.

A tal punto, i servizi sociali hanno chiesto al Tribunale il collocamento della bambina ad una famiglia affidataria e con decisione immediatamente esecutiva del 15 dicembre 2015, il Tribunale

– dopo l'apertura della procedura di adozione chiesta dal PM e considerando la situazione irreversibile, a causa dello stile di vita della signora – ha dichiarato la bambina disponibile per l'adozione, sospendendo l'autorità parentale di entrambe i genitori. Il 30 dicembre 2015 la ricorrente e la figlia venivano separate.

Il 10 marzo 2016 la ricorrente ha presentato ricorso avverso la suddetta sentenza e il 1° luglio 2016 la Corte d'Appello di Brescia ha confermato la sentenza di primo grado, ritenendo che "*anche se la coppia avrebbe potuto recuperare le proprie capacità genitoriali era comunque preferibile nell'interesse della bambina dichiararla disponibile per l'adozione*".

La ricorrente, di conseguenza, ha presentato ricorso in cassazione conclusosi con sentenza del 12 febbraio 2019 e con la quale la Corte ha respinto il ricorso per motivi di diritto in quanto "*seppur la dichiarazione di disponibilità per l'adozione non aveva tenuto conto della richiesta di una valutazione peritale delle capacità genitoriali della coppia, tale dichiarazione non era stata illegittima in quanto non vi era stato un difetto assoluto di motivazione*".

LA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE (n. 12013/2019)

La Suprema Corte ha ritenuto che in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ove i genitori facciano richiesta di una consulenza tecnica per contestare elementi, dati e valutazioni dei servizi sociali, il giudice, che non intenda disporre tale consulenza, deve fornire specifica motivazione che dia conto delle ragioni che la facciano ritenere superflua. Nel caso di specie, la Corte d'Appello avrebbe motivato sul diniego della richiesta di un espletamento della c.t.u. sulla base di una completa istruttoria (lungo periodo di osservazione delle condotte dei genitori, dichiarazioni della ricorrente e della responsabile della struttura di accoglienza dove era stata collocata con la figlia), non riscontrando, pertanto, una mancanza assoluta di motivazione, tale, da integrare la violazione di legge fatta valere nel ricorso.

Inoltre, le relazioni degli assistenti sociali e degli psicologi nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore costituiscono, secondo la Corte di legittimità, indizi sui quali il giudice può fondare il proprio convincimento e la cui valutazione non comporta violazione del diritto di difesa dei genitori, atteso che questi ultimi, nel successivo giudizio di impugnazione della adottabilità hanno diritto di prendere cognizione delle relazioni, nonché di controdedurre e di offrire prova contraria.

Pertanto, la Suprema Corte, ha ritenuto che dalle evidenze emerse, quali, la irrecuperabilità della idoneità genitoriale della madre e lo stato di abbandono della minore, fossero sussistenti i presupposti per la dichiarazione di adottabilità della minore.

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

I ricorrenti hanno presentato ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sostenendo che le Autorità italiane non avevano attuato tutte le misure per preservare i legami familiari e per

trovare un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, tenendo conto, oltretutto, che non vi era stata alcuna valutazione psicologica dei ricorrenti.

LA DECISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo osserva anzitutto come nel dichiarare la figlia della ricorrente disponibile per l'adozione, i giudici nazionali si fossero basati sulle relazioni dei servizi sociali e del personale del centro accoglienza, nonché su colloqui avvenuti con le parti ritenendo, così, di aver condotto un'indagine completa e approfondita.

Il Tribunale aveva stabilito che la ricorrente fosse priva della capacità genitoriale a causa del suo comportamento, della sua vita instabile e della sua incapacità di badare a sua figlia mentre la Corte d'Appello aveva stabilito che, sebbene fosse possibile per la coppia recuperare le proprie capacità genitoriali, era tuttavia preferibile, nell'interesse della bambina, dichiararla disponibile per l'adozione.

La Corte ha osservato che:

- nel caso in questione non era dimostrato che la bambina fosse stata esposta a situazioni di violenza o abuso né tantomeno i tribunali avevano notato alcuna mancanza di sviluppo emotivo, uno stato di salute preoccupante o uno squilibrio psicologico da parte dei genitori;
- la decisione di recidere i legami familiari non era stata preceduta da una corretta valutazione circa le capacità della ricorrente di adempiere al suo ruolo di genitore né tantomeno era stata sottoposta ad alcuna valutazione psicologica;
- nessun tentativo era stato preso in considerazione per preservare i legami famigliari;
- nessun esperto era stato incaricato di valutare le competenze genitoriali della ricorrente o il suo profilo psicologico.

Pertanto, la Corte ha analizzato come i tribunali nazionali avevano deciso di dichiarare l'adottabilità della minore nonostante l'esistenza di altre misure meno radicali, più appropriate e in linea con gli interessi superiori della bambina. Quindi, ha ritenuto che per l'assoluta necessità di tutelare il più possibile i legami familiari, le argomentazioni adottate per giustificare la dichiarazione di adottabilità erano insufficienti.

Di conseguenza, a causa della violazione dell'articolo 8 della Convenzione, la Corte ha invitato le autorità nazionali a riconsiderare, il più presto possibile, la situazione delle due ricorrenti alla luce della presente sentenza e a prevedere l'organizzazione di contatti tra di loro e ogni altra azione appropriata, tenendo conto della situazione della bambina e del suo superiore interesse.

Si tratta di un'ulteriore constatazione contro l'Italia di una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e ai sensi dell'art. 41 La Corte ha ritenuto che l'Italia dovesse pagare alla ricorrente 42.000 euro (EUR) per il danno non patrimoniale e 10.000 euro per i costi e le spese.

Ai sensi degli articoli 43 e 44 della Convenzione, questa sentenza della Camera non è definitiva. Durante il periodo di tre mesi successivo alla sua pronuncia, ogni parte può chiedere il rinvio del caso alla Grande Camera della Corte.

ART. 8 CEDU

ART. 8 CEDU - VITA FAMILIARE – RESPONSABILITÀ GENITORIALE – SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI – FISSAZIONE RESIDENZA DEL MINORE PRESSO LA MADRE – GIUDIZIO DI EQUITÀ DEL BILANCIAMENTO OPERATO DALLA CORTE NAZIONALE.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, Spinelli c. Russia del 19 ottobre 2021

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-212368

CLASSIFICAZIONE

Art. 8 Cedu - Vita familiare – Responsabilità genitoriale – Sottrazione internazionale di minori – Fissazione residenza del minore presso la madre – Giudizio di equità del bilanciamento operato dalla Corte nazionale.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNAZIONALI

Convenzione tra l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e la Repubblica Italiana sull'assistenza giudiziaria in materia civile, 1979; Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori; Convenzione dell'Aia del 1996 su giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e misure per la protezione dei minori; Dichiarazione dei diritti del fanciullo, 1959; Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia;

RIFERIMENTI NORMATIVI CEDU

Artt. 8 e 13 CEDU.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU: *McIlwrath c. Russia,* 18 luglio *2017; X c. Lettonia*, 26 novembre 2013; *Hromadka e Hromadkova c. Russia*, 11 dicembre 2014; *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, 26 ottobre 2000; *Kudła c. Polonia*, 26 ottobre 2000.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, Spinelli c. Russia del 19 ottobre 2021 (ricorso n. 57777/17)

ABSTRACT

1) Con riferimento all'ipotesi in cui un figlio minore, condotto all'estero (nella specie in Russia) con il consenso di entrambi i genitori, non rientri nello Stato di residenza abituale (nella specie l'Italia) per decisione di uno solo di essi, esula dalla competenza della Corte EDU occuparsi di errori di fatto o di diritto, ivi incluse le questioni di giurisdizione, ipoteticamente commessi da un giudice nazionale, salvo che tali errori possano aver violato diritti e libertà tutelati dalla Convenzione.

2) La statuizione del Tribunale nazionale in ordine alla residenza del minore deve realizzare un giusto bilanciamento tra gli interessi del bambino e quelli dei genitori, attribuendo rilevanza preminente all'interesse del minore.

3) In applicazione del principio, la Corte EDU ha ritenuto corrispondente a tale margine di apprezzamento la decisione dei Tribunali nazionali russi che - avendo accertato che il luogo di residenza abituale del minore era la Russia, che il bambino era sempre rimasto con la madre, alla quale era profondamente legato ed era da quest'ultima stato curato – aveva ritenuto rispondente all'interesse superiore del minore fissare la sua residenza presso la madre in Russia.

Conseguentemente la Corte Edu, pur riconoscendo al padre ricorrente la possibilità di richiedere ai tribunali russi un ordine di contatto per ristabilire gradualmente il legame con il figlio, ha escluso nella specie la violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione.

IL CASO

Il ricorrente, Carlo Spinelli, è un cittadino italiano, residente a Vimercate. Nel 2009 sposava una cittadina russa, la Signora A.Sh.; la coppia si stabiliva in Italia e, nel gennaio 2012, nasceva in Russia A., primo e unico figlio della coppia; dopo un breve periodo, la famiglia rientrava in Italia. Il 28 dicembre 2014 i tre si recavano in visita a Mosca, per incontrare i genitori di A.Sh., e pochi giorni dopo, il primo di gennaio, il Signor Spinelli rientrava in Italia, convenendo con la moglie che lei e il bambino lo avrebbero raggiunto il 4 gennaio. Tuttavia, il 2 gennaio 2015 A.Sh. informava il marito d'aver deciso di rimanere in Russia. Il ricorrente tornava a Mosca in tre occasioni nel gennaio 2015 nel tentativo di persuadere A.Sh. a tornare in Italia, invano, e ormai non vedeva suo figlio dall'aprile 2015.

Nel gennaio 2015 il ricorrente avviava, presso il Tribunale di Monza, il procedimento di separazione giudiziale nei confronti di A.Sh., chiedendo la custodia esclusiva del figlio A. e l'addebito di responsabilità nei confronti della moglie. Il Tribunale accoglieva le ragioni del ricorrente, disponendo che il Signor Spinelli avrebbe assunto tutte le decisioni riguardanti il bambino, compresa la determinazione del luogo di residenza, e accordando ad A.Sh. il diritto di visita del figlio minore, in presenza del Signor Spinelli o dei nonni paterni, e comunque in conformità ad un accordo tra i due ex coniugi. La sentenza, successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Milano, passava poi in giudicato. Inoltre, con sentenza del 24 gennaio 2017, il Tribunale di Monza condannava A.Sh., in contumacia, per il rapimento del figlio a 4 anni di

reclusione, e le revocava i diritti genitoriali.
Parallelamente, il 26 febbraio 2015, A.Sh. avviava il procedimento di divorzio in Russia presso il Tribunale distrettuale di Gagarinskiy di Mosca, che, tuttavia, non esaminava le richieste avanzate, rilevando la litispendenza dinanzi al Tribunale di Monza.
Nel dicembre 2015, il Tribunale della città di Mosca annullava la suddetta decisione e rinviava il caso al tribunale distrettuale per l'esame nel merito, osservando che i tribunali italiani non avevano competenza per esaminare le rivendicazioni del ricorrente, in quanto il bambino era di nazionalità russa, era stato registrato presso il luogo di residenza materno a Mosca e viveva con la madre nella regione di Mosca.
In data 17 febbraio 2016, il Tribunale distrettuale scioglieva il matrimonio tra il Signor Spinelli e A. Sh. e, sulla base degli articoli 21, 65, 80 e 81 del Codice della famiglia della Federazione Russa, nell'interesse superiore del bambino, determinava il luogo di residenza del piccolo A. presso la madre; condannava inoltre il ricorrente al pagamento degli alimenti per il figlio.
Il ricorrente proponeva dunque ricorso, e domandava altresì la chiusura del procedimento in Russia, richiamando, da un lato, la sentenza del Tribunale di Monza sul medesimo oggetto, nonché, dall'altro lato, l'illegittimità dell'allontanamento del minore dall'Italia, sull'assunto che la sentenza della Corte distrettuale avrebbe dovuto basarsi sulla Convenzione bilaterale, sulla Convenzione dell'Aia e sulla Convenzione internazionale del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo.
Il Tribunale cittadino confermava in appello la sentenza e, inoltre, sulla base della Dichiarazione dei diritti del fanciullo delle Nazioni Unite del 1959, tenendo conto del fatto che il bambino conviveva sin dalla nascita con la madre, alla quale era profondamente legato, e che ella aveva creato condizioni favorevoli per la vita, l'educazione e lo sviluppo del bambino, conveniva con il Tribunale distrettuale che preservare l'ambiente abituale del bambino corrispondeva al suo interesse superiore.
L'8 dicembre 2016 e il 3 febbraio 2017 i ricorsi per cassazione del ricorrente venivano respinti rispettivamente da un giudice del Tribunale cittadino e da un giudice della Corte suprema. La richiesta del ricorrente di riconoscimento ed esecuzione della sentenza del Tribunale di Monza da parte del Tribunale cittadino veniva rigettata.
Avendo quindi esaurito le vie dei ricorsi interni, il ricorrente adiva la Corte EDU, per far valere l'asserita violazione degli artt. 8 e 13 CEDU, lamentando, da un lato, un'indebita ingerenza nella sua vita familiare e, dall'altro lato, l'assenza di strumenti effettivi che gli consentissero di ottenere il rientro del figlio in Italia.

LA DECISIONE DELLA CORTE EDU

La Corte, premesso che il rapporto tra il ricorrente e suo figlio rientrava pacificamente nella sfera della vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, ha conseguentemente ritenuto di

essere chiamata a valutare se lo Stato convenuto avesse agito in modo corretto per consentire a questi legami di svilupparsi normalmente.

Ha quindi rilevato, da un lato, che l'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto della propria vita familiare non poteva essere attribuita ad un'azione od omissione dello Stato convenuto, quanto piuttosto all'operato di un privato (cioè la decisione dell'allora moglie del ricorrente di non fare rientro in Italia dalla Russia, insieme al figlio minore, ad inizio gennaio 2015), dall'altro lato, che quella condotta imponeva allo Stato convenuto obblighi positivi volti a garantire il pronto ricongiungimento del minore con il padre.

La Corte ha osservato, altresì, che i casi con circostanze di fatto analoghe sono generalmente esaminati con riferimento alla Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, la quale stabilisce i criteri per definire se l'allontanamento o il mantenimento di un minore da parte di un genitore sia stato "illecito" e se richieda l'adozione di misure appropriate da parte delle autorità dello Stato in cui il minore è stato trattenuto: con riferimento al caso in esame, però, nel gennaio 2015, quando è avvenuto il trattenimento in oggetto, la Convenzione dell'Aia non era ancora in vigore tra Russia e Italia e, pertanto, non poteva trovare applicazione.

Proprio in ragione di ciò, la Corte ha rilevato che, a differenza di quanto sostenuto dal Governo russo, al ricorrente era impedito di chiedere assistenza alle autorità russe per ottenere il ritorno del bambino in Italia.

Di conseguenza, in assenza di un quadro normativo per determinare la questione del ritorno del minore nel momento in cui si è verificato il trattenimento asseritamente illegittimo, è sorto un conflitto tra l'ordinamento giuridico russo e quello italiano rispetto a quale dei due Stati fosse competente, così che i procedimenti per la determinazione della residenza del minore sono stati avviati in entrambi gli Stati.

In ordine al presunto difetto di giurisdizione della Russia sostenuto dal ricorrente, tuttavia, la Corte ha ribadito che esula dalla sua competenza occuparsi di errori di fatto o di diritto (ivi incluse le questioni di giurisdizione) ipoteticamente commessi da un giudice nazionale, a meno che, e nella misura in cui, tali errori possano aver violato diritti e libertà tutelati dalla Convenzione.

La Corte, quindi, si è limitata a valutare se la sentenza della Corte distrettuale di Gagarinskiy, che ha statuito che la residenza del bambino sia con A.Sh., abbia realizzato un giusto bilanciamento tra gli interessi del bambino e quelli dei genitori, attribuendo rilevanza preminente all'interesse del minore.

Sul punto, la Corte osserva che, sulla base delle prove in loro possesso, i tribunali nazionali hanno stabilito, all'esito di un procedimento celebrato in pieno contraddittorio tra le parti, che il luogo di residenza abituale del minore è la Russia, che il bambino è sempre rimasto con la madre, è stato curato da A.Sh., è a lei profondamente legato e che, quindi, risponde all'interesse superiore del minore che la sua residenza sia fissata presso sua madre A.Sh.

Ebbene, a parere della Corte, non c'è nulla che indichi che le conclusioni raggiunte dai tribunali nazionali abbiano superato il limite del loro margine di apprezzamento, ferma restando la possibilità per il ricorrente di richiedere ai tribunali russi un ordine di contatto e, attraverso contatti regolari, di ristabilire gradualmente il legame con il figlio.
Alla luce delle riportate considerazioni, la Corte conclude che non vi è stata violazione dell'Articolo 8 della Convenzione nella presente causa.
Quanto, poi, all'asserita violazione dell'art. 13 CEDU, la Corte premette che non è contestato tra le parti che il ricorrente avesse una pretesa rilevante ai sensi dell'articolo 8 e avesse, quindi, diritto a un ricorso che soddisfi i requisiti dell'articolo 13.
Come già detto, se, da un lato, il ricorrente non poteva valersi delle tutele garantite dalla Convenzione dell'Aia del 1980, in quanto non ancora entrata in vigore quando ha avuto luogo il trattenimento del minore in Russia, dall'altro lato, la Corte osserva che il ricorrente ha partecipato attivamente al procedimento di soggiorno del minore avviato dalla madre del minore in Russia e successivamente, quando si è concluso a favore di quest'ultima, ha chiesto il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza del Tribunale di Monza, pronunciatosi invece in suo favore. In entrambi i procedimenti il ricorrente ha potuto presentare le sue argomentazioni, e le autorità giudiziarie le hanno esaminate. In tali circostanze la Corte ritiene che quei procedimenti combinati soddisfino i requisiti di un ricorso effettivo: il fatto che l'esito di tali procedimenti sia stato sfavorevole al ricorrente non indica, in quanto tale, che il ricorso in questione fosse inefficace.
In considerazione di quanto finora riportato, la Corte rileva che questa doglianza è manifestamente infondata e deve essere respinta.

OSSERVAZIONI

La decisione della CEDU qui segnalata pone in luce due problematiche distinte, entrambe attinenti alle domande relative alla responsabilità ed all'affidamento genitoriale nei casi in cui un figlio minore, condotto all'estero con il consenso di entrambi i genitori, non rientri nello Stato di residenza abituale per decisione di uno solo di essi.

La prima questione, di natura processuale, attiene alla individuazione dello Stato avente la giurisdizione; la seconda questione, di natura sostanziale, riguarda il margine di apprezzamento entro il quale la decisione dei tribunali nazionali può ritenersi rispettosa del diritto alla vita familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione.

La Corte EDU, nella decisione di cui si discorre, non ha affrontato la questione, controversa in causa, della giurisdizione, osservando che esula dalla sua competenza occuparsi di errori di fatto o di diritto (ivi incluse le questioni di giurisdizione) ipoteticamente commessi da un giudice nazionale, a meno che, e nella misura in cui, tali errori possano aver violato diritti e libertà tutelati dalla Convenzione.

Nella specie, pertanto, la Corte di Strasburgo si è limitata a constatare che, in assenza di un quadro normativo per determinare la questione del ritorno del minore nel momento in cui si è verificato il trattenimento asseritamente illegittimo, è sorto un conflitto tra l'ordinamento giuridico russo e quello italiano rispetto a quale dei due Stati fosse competente, così che i procedimenti per la determinazione della residenza del minore sono stati avviati in entrambi gli Stati.

In realtà, analoghi casi sono generalmente esaminati con riferimento alla Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, la quale stabilisce i criteri per definire se l'allontanamento o il mantenimento di un minore da parte di un genitore sia stato "illecito" e se richieda l'adozione di misure appropriate da parte delle autorità dello Stato in cui il minore è stato trattenuto; nella specie, tuttavia, nel gennaio 2015, quando è avvenuto il trattenimento oggetto della specifica controversia, la Convenzione dell'Aia non era ancora in vigore tra Russia e Italia e, pertanto, non poteva trovare applicazione.

Per quanto riguarda lo Stato italiano, invece, la normativa convenzionale *de qua*, ratificata con legge 15 gennaio 1994, n. 64, deve ritenersi entrata in vigore in Italia a far tempo dal primo maggio 1995, atteso l'avvenuto deposito dello strumento di ratifica alla data del febbraio 1995, essendo previsto dall'art. 2 della citata legge di ratifica che la decorrenza dell'entrata in vigore della normativa convenzionale nell'ordinamento nazionale deve coincidere con quella prevista dall'art. 43 della Convenzione, ossia con il primo giorno del terzo mese successivo al deposito del terzo strumento di ratifica da parte del terzo Stato aderente (v. Cass. 22/11/1997 n. 11696).

Ai fini della giurisdizione, l'art. 1 della Convenzione dell'Aja dà rilievo unicamente al **criterio della residenza abituale del minore**, quale determinata in base alla situazione di fatto esistente all'atto dell'introduzione del giudizio, non consentendo, quindi il mutamento della competenza, in ossequio al diverso principio di "prossimità" (da intendere con riferimento alla nuova residenza abituale del minore), poiché questo è evocabile solo in tema di competenza interna; pertanto, in caso di trasferimento di un minore permane la giurisdizione del giudice di residenza abituale, ancorché l'autorità giudiziaria adita a seguito del trasferimento abbia emesso provvedimenti interinali per ragioni d'urgenza (V. Cass. SU, 02/08/2011, n. 16864).

Più in generale, sia la normativa della Comunità Europea (art. 8 Regolamento CE 27.11.2003, n. 2201) che le diverse convenzioni internazionali rilevanti in questi casi (Convenzione dell'Aja del 5.10.61, Convenzione dell'Aja del 25.10.1980, Convenzione di New York del 20.11.1989**)** individuano, salve alcune peculiarità, l'autorità giurisdizionale competente in ragione della residenza abituale del minore.

E tale residenza coincide, sia secondo l'ordinamento interno (art. 5 c.p.c.) che secondo le norme sovranazionali, con quella di fatto esistente al momento della domanda, in applicazione del **principio della *perpetuatio jurisdictionis.***

Così anche in ambito UE, in riferimento al quale la Suprema Corte (Cass. SU, 5/11/2019, n. 28329) ha recentemente ribadito che sussiste la giurisdizione dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del mancato rientro, sempre che non sussistano le condizioni indicate nell'art. 10 del Regolamento (CE) n. 2201 del 2003, fermo restando che, ai fini dell'applicazione della lett. b) di tale articolo (il quale, a determinate condizioni, attribuisce rilievo al soggiorno del minore per almeno un anno nello Stato in cui è trattenuto) non si può tenere conto della permanenza successiva alla data della proposizione della domanda, dovendosi dare applicazione al principio della *perpetuatio jurisdictionis*, contemplato (oltre che dal nostro ordinamento, anche) dal menzionato Regolamento, come si evince dalla disciplina generale, contenuta all'art. 8, comma 1, dello stesso.

Quanto all'aspetto sostanziale della compatibilità delle decisioni dei Tribunali nazionali con l'art. 8 della Convenzione, la corte di Strasburgo ha evidenziato che la valutazione deve essere effettuata realizzando **un giusto bilanciamento tra gli interessi del bambino e quelli dei genitori, attribuendo rilevanza preminente all'interesse del minore.**

A tale principio si ispirano tutte le decisioni della giurisprudenza interna, in conformità anche a quanto sottolineato dalla Convenzione di New York, secondo la quale la normativa vigente deve essere interpretata ed applicata tenendo conto dell'interesse superiore del fanciullo, da considerare preminente (art. 3).

In casi analoghi a quello esaminato nella sentenza della Corte EDU in commento, la Corte di cassazione italiana ha altresì precisato, proprio in un'ottica di bilanciamento tra gli interessi dei genitori e quelli, preminenti, del bambino, che costituisce presupposto indispensabile perché possa essere disposto il rimpatrio del minore, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, la circostanza che, al momento del trasferimento, il diritto di affidamento sia effettivamente esercitato dal richiedente il rimpatrio, non rilevando, ai fini dell'accoglimento della domanda, le cause e le ragioni di tale mancato esercizio (cfr. Cass. 19/05/2010, n. 12293).

A tal fine, si deve verificare, per il caso di titolarità congiunta dei diritti di custodia del minore, se il genitore che ne lamenta la violazione li abbia in concreto esercitati e cioè se l'iniziativa del trasferimento all'estero non solo abbia arbitrariamente variato il luogo di residenza del minore prima concordato con l'altro genitore, ma abbia anche pregiudicato il rapporto di effettiva cura del minore da parte del genitore coaffidatario, impedendogli di continuare a soddisfare le

molteplici esigenze fondamentali del figlio e, a quest'ultimo, di mantenere consuetudini e comunanza di vita, ancorché in misura inferiore rispetto all'altro genitore.
Altrimenti, l'ordine di ristabilimento della custodia verrebbe indebitamente ad integrare tutela del solo diritto del genitore di stabilire o concordare la residenza del minore, violato a seguito del trasferimento illegittimo, e si risolverebbe in un non consentito ampliamento delle modalità concrete di esercizio del diritto di custodia, con sostanziale modifica ampliativa del regime di affidamento e delle precedenti condizioni di vita quotidiana del minore stesso (cfr. Cass. 26/06/2014, n. 14561).

ART. 8 CEDU

ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.

Corte E.D.U., Prima sezione, MESIĆ c. Croazia, 5 maggio 2022

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217119

CLASSIFICAZIONE

ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - DICHIARAZIONE DELL'EX PRESIDENTE DELLO STATO DELLA CROAZIA CON CUI SI PROSPETTAVA CHE UN AVVOCATO AVESSE BISOGNO DI CURE PSICHIATRICHE PER AVERLO COINVOLTO IN UNA DENUNCIA PENALE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE - DICHIARAZIONE AMPIAMENTE DIFFUSA – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Artt. 6, 8 e 10 CEDU

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Rujak c. Croazia, n. 57942/10, 2 ottobre 2012; Stojanović c. Croazia, n. 23160/09, § 56, 19 settembre 2013; Perinçek v. Switzerland [GC], n. 27510/08, 2015; Europapress Holding d.o.o. v. Croatia, n. 25333/06, 22 ottobre 2009; Axel Springer AG v. Germany [GC], n. 39954/08, 7 febbraio 2012; Couderc e Hachette Filipacchi Associés c. Francia [GC], n. 40454/07, 10 novembre 2015; Egeland e Hanseid c. Norvegia, n. 34438/04, 16 aprile 2009.

ABSTRACT

La necessità che l'ingerenza nella libertà di espressione, in una società democratica, si fondi sulla tutela della reputazione altrui, implica che l'Autorità giudiziaria nazionale verifichi la sussistenza di un giusto equilibrio nel proteggere due valori garantiti dalla Convenzione, posto che essi in alcuni casi possono entrare in conflitto tra loro: da un lato la libertà di espressione, come tutelata dall'articolo 10, e dall'altro il diritto al rispetto vita privata sancita dall'art. 8.

Tuttavia, affinché l'art. 8 della Convenzione entri in gioco, un attacco alla reputazione di una persona deve raggiungere un certo grado di gravità, e le sue modalità devono pregiudicare il godimento personale del diritto al rispetto della vita privata.

Nella specie, non è stata rilevata una violazione dell'art. 10 CEDU.

La Corte ha concluso, invece, nel senso che il procedimento era stato eccessivamente lungo, non soddisfacendo il requisito della ragionevole durata, con conseguente violazione dell'art. 6 CEDU.

IL CASO

La Corte EDU si è occupata di un procedimento civile per diffamazione, in cui il ricorrente – un ex Presidente della Croazia – era stato condannato dai tribunali croati a pagare l'equivalente di 6.660 euro ad un avvocato di origine croata, Jurašinović, che esercitava la professione in Francia, per aver offeso la sua reputazione.

Contro la sentenza, il ricorrente Mesić adiva la Corte di Strasburgo, invocando l'art. 10 della Convenzione e deducendo la violazione della sua libertà di espressione.

Il ricorrente era stato presidente della Croazia dal 2000 al 2010; nel 2006 Ivan Jurašinović, avvocato croato che all'epoca esercitava ad Angers (Francia), aveva depositato, per conto di uno dei suoi clienti, una denuncia penale contro alcuni cittadini croati, tra cui Mesić, in relazione a vicende di tentato omicidio e tentata estorsione da parte di una organizzazione criminale, con la quale si sosteneva che Mesić fosse coinvolto. Uno dei soggetti al centro della denuncia, infatti, era un presunto noto boss mafioso, che, secondo il cliente dell'avvocato diffamato, aveva finanziato la campagna elettorale di Mesić nel 2000.

Dopo la denuncia, apparivano sui siti web di due quotidiani croati alcuni articoli che collegavano il nome dell'allora Presidente alla denuncia penale definendolo una "sorta di protettore politico della persona che ha ordinato l'omicidio".

L'esatto contenuto della denuncia penale non era noto ai media, ma in entrambi gli articoli si affermava che i giornalisti avevano contattato telefonicamente Jurašinović, il quale aveva confermato che la denuncia era stata effettivamente presentata, ma che non gli era permesso di fornire ulteriori dettagli, in base alle disposizioni del diritto francese.

In risposta agli articoli giornalistici, il presidente Mesić, nel corso di una conferenza stampa televisiva, aveva affermato che l'avvocato Jurašinović avrebbe dovuto essere ricoverato in un ospedale psichiatrico, dove avrebbe potuto ricevere cure efficaci; tale

dichiarazione era stata riportata sul sito ufficiale del presidente della Croazia ed era stata ripresa da vari media.

Dato che, ai sensi del diritto croato, il Presidente della Repubblica gode dell'immunità dall'azione penale ma non dalla responsabilità civile, in data 22 gennaio 2007, Jurašinović aveva intentato un'azione civile per diffamazione presso il Tribunale municipale di Zagabria, denunciando che Mesić aveva usato la sua posizione istituzionale e la relativa attenzione dei media per offendere il suo onore e la sua reputazione e danneggiare la sua credibilità professionale e morale.

Mesić, a sua volta, ha sostenuto in sua difesa che la dichiarazione ritenuta offensiva non era tale, poiché si risolveva in una figura retorica (una "metafora personificata"), con cui egli ha tentato di rispondere con ironia alle infondate e gravi accuse mosse contro di lui.

La decisione del giudice civile croato era stata nel senso del riconoscimento della diffamazione a carico del Mesic, non prevalendo, nel caso di specie, il diritto alla libertà di espressione.

LA DECISIONE

Anche la Corte EDU ha escluso che nei confronti del ricorrente fosse stata emessa una condanna in violazione dell'art. 10 CEDU poichè ha ritenuto che la dichiarazione resa da Mesić non fosse stata soltanto pregiudizievole per la reputazione dell'avvocato, ma era stata anche in grado di avere un effetto "di congelamento", dissuasivo dell'esercizio delle sue funzioni professionali. Pertanto, la condanna alla liquidazione del danno da diffamazione in sede civile è stata ritenuta adeguata alla neutralizzazione di tale effetto e proporzionata alla finalità di tutela della reputazione dell'avvocato.

La Corte ha riconosciuto, da un lato, che la dichiarazione del ricorrente aveva inteso negare le gravi affermazioni mosse contro di lui nella denuncia penale preparata e presentata da Jurašinović per conto del suo cliente, ritenendo, pertanto, che egli abbia legittimamente cercato di fornire informazioni o idee, senza avere come unico intento quello di insultare Jurašinović: la sua condanna al risarcimento del danno da diffamazione, decisa dai giudici interni, costituirebbe, pertanto, in astratto, sotto tale profilo, un'**ingerenza nel diritto del ricorrente alla libertà di espressione, garantito dall'art. 10 § 1 della Convenzione**.

Tuttavia, la Corte ha valutato **la legittimità di tale ingerenza**, che ha una base giuridica nel diritto interno che soddisfa i requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità.

Si è ritenuto, quindi, che l'**ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente** fosse **"prescritta dalla legge", come richiesto dall'articolo 10 § 2 della Convenzione** e perseguisse uno **scopo legittimo**, poiché era intesa a **proteggere la reputazione dei diritti di altri**, nel caso di specie di Jurašinović.

La Corte, poi, segnalando la **necessità prioritaria di bilanciare** i diritti previsti dagli artt. 8 e 10 CEDU, ha ricordato che bisogna accertare se le autorità abbiano trovato un giusto equilibrio nel proteggere i due valori garantiti dalla Convenzione, posto che essi in alcuni casi possono

entrare in conflitto tra loro: da un lato la libertà di espressione e dall'altro il diritto al rispetto vita privata.

Ebbene, secondo la Corte, affinché l'art. 8 della Convenzione entri in gioco, un attacco alla reputazione di una persona deve raggiungere un certo grado di gravità e le sue modalità devono pregiudicare il godimento personale del diritto al rispetto della vita privata.

Nel caso di specie – in cui il ricorrente, mentre era Presidente della Repubblica, ha affermato che Jurašinović aveva bisogno di "cure psichiatriche", con una dichiarazione ampiamente diffusa da vari organi di stampa - la Corte ha ritenuto che la frase fosse non solo in grado di offuscare la reputazione di Jurašinović, ma anche di fomentare un pregiudizio nei suoi confronti, sia nel suo ambiente professionale che sociale, indipendentemente dal fatto che tale affermazione avrebbe dovuto essere intesa alla lettera o metaforicamente, come ha sostenuto il ricorrente.

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che la dichiarazione del ricorrente avesse raggiunto un livello di gravità tale da far entrare in gioco i diritti di Jurašinović ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.

Inoltre, **i giudici di Strasburgo hanno osservato che il riferimento alla necessità di un trattamento psichiatrico ed il suo utilizzo alla stregua di "insulto" sia irrispettoso nei confronti delle persone con problemi di salute mentale.**

La Corte ha ribadito che, **nei casi concernenti un conflitto tra il diritto alla reputazione e il diritto alla libertà di espressione**, ci si aspetta che i tribunali nazionali, che esaminano le richieste di diffamazione, eseguano detto **bilanciamento tra i due diritti**, in linea con i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte in merito a tale tipologia di fattispecie, tenendo in conto i seguenti fattori valutativi: se sia stato fornito un contributo ad un dibattito di interesse pubblico; la notorietà dell'interessato; la sua condotta precedente; il contenuto, la forma e le conseguenze della dichiarazione in questione; la gravità della sanzione irrogata.

Proprio con riferimento a tali "indicatori", nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che Jurašinović non fosse un personaggio pubblico, prima che le informazioni riguardanti la denuncia penale proposta per conto del suo cliente fossero riportate dai media croati; né la persona offesa aveva rilasciato alcuna dichiarazione pubblica in merito al ricorrente (quando è stato contattato dai giornalisti, infatti, egli aveva solo confermato di aver presentato la denuncia penale in qualità di avvocato e si era astenuto dal fare ulteriori commenti, né tantomeno aveva divulgato in altro modo informazioni al riguardo, come da lui sostenuto).

La Corte ha ritenuto, quindi, che l'accusa che ha provocato la dichiarazione del ricorrente non fosse stata resa "pubblicamente", né fosse destinata ad un pubblico di lettori.

La posizione di Jurašinović non può, quindi, essere paragonata a quella di soggetti che si espongono volontariamente allo scrutinio pubblico, in virtù del loro **ruolo di politici, personaggi pubblici o partecipanti a un dibattito pubblico su una questione di interesse pubblico,** e che **sono, quindi, tenuti a manifestare un livello di tolleranza superiore** a

quello che ci si aspetterebbe da personaggi non pubblici, rispetto ai quali sono accettabili limiti più ampi di critica.

I tribunali civili nazionali hanno classificato la dichiarazione diffamatoria del ricorrente come espressiva di un fatto, piuttosto che di un giudizio di valore o metaforico, mentre la Corte EDU ha concluso nel senso che l'affermazione *de qua* fosse effettivamente una metafora e, come tale, costituisse un giudizio di puro valore e non fosse, quindi, suscettibile di prova.

Secondo la Corte, peraltro, il presunto coinvolgimento di un Presidente della Repubblica in un tentato omicidio e/o i suoi possibili legami con la criminalità organizzata costituiscono indubbiamente una questione di interesse pubblico, sicchè il ricorrente aveva il diritto di replicare a tale accusa e di difendersi, cosa che aveva fatto, in primo luogo, rilasciando alcune affermazioni fattuali che negavano qualsiasi collegamento con la persona associata alla criminalità organizzata.

Tuttavia, il ricorrente non solo aveva espresso la sua opinione – secondo cui l'idea che egli fosse dietro un tentato omicidio e che avesse legami con la criminalità organizzata era del tutto assurda - ma aveva anche tentato di screditare Jurašinović.

Secondo la Corte di Strasburgo, il ricorrente avrebbe potuto negare le gravi accuse mosse contro di lui senza utilizzare il linguaggio impugnato e senza insultare personalmente Jurašinović; **il ricorrente, quindi, in tal modo, non ha contribuito a un dibattito su una questione di interesse pubblico ma è andato oltre i limiti di una critica accettabile**: per questo l'ingerenza nella sua libertà di espressione non viola l'art. 10 CEDU.

ART. 9 CEDU

CROCIFISSO – ESPOSIZIONE NELLE AULE SCOLASTICHE – LAICITÀ DELLO STATO – SIMBOLO PASSIVO – LIBERTÀ DI RELIGIONE – LEGALITÀ AZIONE AMMINISTRATIVA – AUTOTUTELA DEL LAVORATORE – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE.

Cass. civile, Sez. Un., n. 24414 del 06/07/2021, dep. 09/09/2021

HTTP://WWW.ITALGIURE.GIUSTIZIA.IT/XWAY/APPLICATION/NIF/ISAPI/HC.DLL?VERBO=ATTACH&DB=SNCIV&ID=./20210909/SNCIV@SU0@A2021@N24414@TS.PDF&HOST=&PORT=-1&_SID={3C4D106F}&_HCA=&_HCF=

CLASSIFICAZIONE

Crocifisso – Aule scolastiche – Laicità dello Stato – Simbolo passivo – Libertà di religione – Legalità azione amministrativa – Autotutela del lavoratore

RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI

Artt. 9, 14, 53 e art. 2 del Protocollo n.1 Cedu;

Art. 10 Carta dei diritti fondamentali UE

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

Artt. 2, 3, 7, 19, 20, 21, 23, 33, 97, 113 Cost.;

Art. 118 R.D. n. 965 del 1924;

Art. 119 R.D. n. 1297 del 1928;

D. Lgs. n. 297 del 1994, artt.1, 2 494;

D. Lgs. n. 216 del 2003, art. 2;

D. Lgs. n. 150 del 2011, art. 28;

D.P.R. n. 275 del 1999, art. 1, comma 2;

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI:

Sentenze della Corte EDU: *Dahlab c. Svizzera*, 15 Febbraio 2001; *Lautsi contro Italia*, Seconda Sezione del 3 Novembre 2009; *Lautsi c. Italia* (GC) del 18 Marzo 2011.

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: Grande Sezione del 15 Luglio 2021, nelle cc. riunite C- 804/18 e C-341/19, *IX c. Wabe* e *MH Müller Handels* GmbH c. MJ; Grande Sezione del 14 Marzo 2017, C- 157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions NV*; Grande Sezione del 14 Marzo 2017, C- 188/15, *Bougnaoui c. Micropole SA*.

Sentenze della Corte costituzionale: Corte Cost. n. 117 del 1979; Corte Cost. n. 189 del 1987; Corte Cost. n. 440 del 1995; Corte Cost. n. 334 del 1996; Corte Cost. n. 329 del 1997; Corte Cost. n. 264 del 2012; Corte Cost. n. 85 del 2013; Corte Cost. n. 10 del 2015; Corte Cost. n. 63 del 2016; Corte Cost. n. 20 del 2017; Corte Cost. n.67 del 2017; Corte Cost. n. 58 del 2018; Corte Cost. 183 del 2018.

Sentenze della Corte di cassazione: Cass. pen., Sez.IV, n. 4273 del 2000; Cass. n. 15614 del 2006; Cass. Sez. U. n. 5924 del 2011; Cass. Sez. I, n. 7893 del 2020.

Sentenze del Consiglio di Stato: Sez. VI n. 556 de 2006

Altre sentenze: Tribunale federale svizzero del 26 settembre 1990; Tribunale costituzionale federale tedesco del 16 maggio 1995; Corte suprema canadese del 2 Marzo 2006, caso *Multani c. Commision scolaire Marguerite – Bourgeoys*.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civile, Sez. Un., n. 24414 del 06/07/2021, dep. 09/09/2021

ABSTRACT

La Corte di cassazione, chiamata a decidere a Sezioni Unite, alla luce della normativa regolamentare (r.d. n. 965/1924 e r.d. n. 1297/1928) e della giurisprudenza interna ed Europea in materia, da un lato, "se sia legittimo, oppure sia discriminatorio l'ordine di servizio del dirigente scolastico che ratifica la volontà espressa, in sede di assemblea di classe, dalla maggioranza degli alunni che in classe sia affisso il crocifisso" e, dall'altro lato, "se sia legittimo il provvedimento dell'Ufficio scolastico con cui è stata irrogata la sanzione disciplinare della sospensione dall'insegnamento per il periodo di trenta giorni al docente che, sentendosi leso dalla presenza in aula del simbolo religioso, era solito rimuoverlo dalla parete al suo ingresso in aula e riappenderlo al termine della lezione", ha affermato che "l'ordine di servizio è illegittimo, perché, a fronte del dissenso manifestato dal docente, l'amministrazione scolastica non ha ricercato né promosso un accomodamento da tutti sostenibile, sollecitando i protagonisti a valutare le molte possibilità praticabili sulle modalità di esposizione del crocifisso, e neppure ha adottato la soluzione maggiormente armonica con i principi. L'illegittimità della circolare dirigenziale travolge la sanzione disciplinare applicata per la reiterata inosservanza dell'ordine di servizio con essa impartito".

IL CASO

La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione origina dall'impugnazione proposta da un docente di un istituto professionale di Terni dell'ordine di servizio del dirigente scolastico che ha ratificato la volontà espressa dagli alunni che in classe fosse affisso il crocifisso, nonché del

provvedimento dell'Ufficio scolastico con cui è stato sanzionato il docente che, sentendosi leso dalla presenza in aula del simbolo religioso, contravvenendo al sopra menzionato ordine di servizio, era solito rimuoverlo sistematicamente, in "autotutela", dalla parete al suo ingresso in aula, per poi riappenderlo al termine della lezione.

Nell'aula della classe il crocifisso era stato affisso, inizialmente, su richiesta di due alunne e, in un secondo momento, la presenza del simbolo in aula era stata confermata con decisione assunta a maggioranza dall'assemblea di classe, alla quale aveva fatto seguito una circolare del dirigente che richiamava i docenti al dovere di rispettare la volontà espressa dagli studenti.

Dal canto suo, il docente aveva manifestato la sua disapprovazione sia agli studenti e colleghi, sia al dirigente scolastico, fin dal momento della prima affissione del crocifisso ed aveva continuato a rimuoverlo dalla parete durante ogni ora di lezione anche a seguito della menzionata circolare e del successivo ordine di servizio impugnato: da ciò era conseguita l'emanazione del provvedimento dell'Ufficio scolastico, pure impugnato, che, tenendo conto del parere espresso dal Consiglio di disciplina per il personale docente, lo aveva sanzionato per avere reiteratamente disatteso l'ordine di servizio.

Il docente, quindi, ha impugnato, da un lato, l'ordine di servizio, in quanto discriminatorio nei confronti dei docenti che non si riconoscevano nel crocifisso in quanto simbolo religioso; dall'altro lato, il provvedimento dell'Ufficio scolastico, poiché volto a sanzionare una condotta che, ad avviso del ricorrente, costituiva legittimo esercizio del potere di autotutela in relazione ai diritti fondamentali di libertà di insegnamento e di libertà in materia religiosa.

Il Giudice del lavoro, nel respingere la domanda del docente, ha richiamato la sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 marzo 2011, nel caso *Lautsi e altri c. Italia*, nella quale si legge che la presenza del simbolo nella scuola pubblica, di per sé neutro, non pregiudica il diritto degli alunni all'istruzione, la libertà educativa dei genitori nei confronti dei figli e quella di coscienza e religione, e non pone in essere discriminazioni su base religiosa: dall'applicazione di tale principio di diritto il primo giudice ha fatto discendere la legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati ed ha, quindi, respinto la domanda del docente.

Approdata la questione al vaglio della Corte d'Appello, l'impugnazione è stata nuovamente respinta, da un lato, poiché è stata negata la natura discriminatoria dell'ordine di servizio, in quanto rivolto all'intero corpo docente~~,~~ e non al solo appellante; dall'altro lato, ha ribadito la liceità dell'affissione del crocifisso in aula, in forza del medesimo principio di diritto a suo tempo richiamato dal tribunale.

Avverso tale pronuncia, il docente ha proposto ricorso per Cassazione e la Sezione lavoro della Corte di legittimità, con ordinanza interlocutoria del 18 settembre 2020, n. 19618, ha rimesso gli atti al Primo Presidente perché valutasse la rimessione alle Sezioni Unite della seguente questione di massima di particolare rilevanza: quali siano i modi di risoluzione di un eventuale conflitto e la possibilità di far prevalere la libertà di insegnamento o la libertà religiosa, nei casi

in cui le stesse si pongano in contrasto tra loro. Secondo l'ordinanza di rimessione, tra l'altro, vengono in rilievo temi più generali, perché la vicenda è stata innescata dalla richiesta, formulata dagli alunni, di affissione nell'aula scolastica del crocifisso, sicché occorre confrontarsi, tenendo conto delle posizioni espresse dalla giurisprudenza, con il significato del simbolo, con il principio di laicità dello Stato e con la tutela della libertà religiosa, e interrogarsi sul carattere discriminatorio di atti o comportamenti del datore di lavoro che, in ragione del credo, pongano un lavoratore in posizione di svantaggio rispetto agli altri.
In prossimità dell'udienza, il Pubblico Ministero ha depositato le proprie conclusioni, rilevando la mancata conformità della determinazione prescrittiva adottata dall'amministrazione scolastica al modello, o metodo, della ricerca di un ragionevole accomodamento mediante l'instaurazione di una dialettica tra le parti, in vista della composizione di un conflitto tra diritti di pari dignità.

I PRINCIPI STABILITI DALLE SEZIONI UNITE

Nel risolvere la questione rimessa dalla citata ordinanza interlocutoria, la Corte di cassazione osserva, in premessa, che la vicenda in esame si presenta come parzialmente nuova rispetto ai precedenti giurisprudenziali, non ricavandosi elementi risolutivi da altre pronunce, tanto del giudice nazionale, quanto del giudice sovranazionale.
Gli elementi di novità sono rappresentati dal fatto che, innanzitutto, il crocifisso è stato esposto non in ossequio a una qualche normativa, ma a seguito di una delibera di assemblea studentesca. Inoltre, a differenza del caso *Lautsi c.Italia* deciso nel 2011, la simbologia del crocifisso involge la sfera dell'insegnante e non lo studente.
Il noto precedente della Corte EDU, infatti, riguarda due studenti italiani di origine finlandese che frequentavano una scuola pubblica nelle cui aule era affisso il crocifisso. La prima sentenza della Corte, emanata dalla Seconda Sezione, aveva inizialmente ravvisato nell'affissione di questo simbolo la violazione dell'art.2 del Protocollo n.1 – in lettura congiunta con l'art. 9 CEDU –, norma che prescrive un obbligo di neutralità per lo Stato nell'esercizio del diritto pubblico, e aveva di conseguenza condannato l'Italia. La sentenza della Grande Camera ha invece ribaltato la decisione precedente, stabilendo che il crocifisso è un simbolo essenzialmente passivo, dal significato certamente religioso, ma inidoneo a interferire sulla libertà educativa.
Sul piano dell'ordinamento interno, anche i precedenti riportati dalle Sezioni Unite differiscono dalla vicenda in esame: si passa da un primo procedimento penale in cui la presenza del crocifisso in aula è stata considerata causa di giustificazione per il rifiuto di assumere l'incarico di scrutatore in un seggio elettorale situato in una scuola (Cass. pen., Sez. IV, n. 4273 del 2000), al rigetto dell'impugnazione di una sanzione disciplinare irrogata a un giudice rifiutatosi di amministrare la giustizia innanzi a tale simbolo religioso (Cass. Sez. Un., n. 5924 del 2011), fino al regolamento preventivo di giurisdizione in cui, sempre le Sezioni Unite della Suprema Corte, hanno sancito la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie aventi ad

oggetto la contestazione circa la legittimità dell'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche (Cass. Sez. Un., n.15614 del 2006).

Proseguono le Sezioni Unite sottolineando la presenza di un quadro normativo fragile, retto da fonti regolamentari e non primarie, emanate in periodo pre-costituzionale, riflettenti un'epoca segnata dal confessionalismo di Stato e da una struttura statale fortemente accentrata e autoritaria. L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è prevista dall'art.118 del regio decreto n.965 del 1924 il cui ambito applicativo si riferisce anche alle scuole superiori, risolvendo in tal senso il dubbio di applicabilità proposto dal ricorrente. L'art. 118, ancora formalmente in vigore, tuttavia va interpretato in senso conforme alla Costituzione e, dunque, va riportato in un contesto sociale e culturale profondamente mutato, in cui *"l'esposizione autoritativa del crocifisso nelle aule scolastiche non è compatibile con il principio supremo della laicità dello Stato."*

Una solida giurisprudenza costituzionale, inoltre, esclude decisamente la strumentalizzazione della religione a vantaggio dello Stato per il raggiungimento di qualsivoglia utilità (Corte cost. nn. 334/1996 e 329/1997), e, di conseguenza, l'esposizione del crocifisso non è da considerare più come un atto dovuto.

Cionondimeno, la caducazione dell'obbligo di esposizione non si traduce in un divieto di affissione del simbolo in aula, ben potendosi configurare la possibilità di scelta, rimessa alla comunità scolastica, di decidere in libertà e autonomia, adottando una soluzione cd. mite. Già il Consiglio di Stato aveva in passato escluso che l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche potesse essere lesiva delle norme fondamentali del nostro ordinamento e che potesse violare il principio di laicità dello Stato (Sez. VI, n.556 del 2006).

Una soluzione spesso promossa per gli edifici pubblici è quella della c.d. "parete bianca" come luogo di assoluta neutralità ed equidistanza, alla quale spesso si contrappone l'idea della c.d. "parete barocca", pronta ad accogliere una pluralità di simboli. La presenza del crocifisso, come di altri simboli delle fedi religiose presenti all'interno della comunità scolastica, rientra infatti nell'alveo di autonomia delle istituzioni scolastiche, in maniera coerente con il principio di sussidiarietà orizzontale previsto in Costituzione dopo la riforma del Titolo V della Parte II.

La Corte continua sulla linea tracciata dalla sentenza della Grande Camera della Corte Edu nel caso Lautsi, rimarcando la natura passiva del simbolo in questione, che non rappresenta uno strumento di proselitismo ed è in sé inidoneo a svolgere un'opera di indottrinamento interferendo sulla libertà educativa.

Nel contrasto tra diritti fondamentali di pari dignità occorre comunque indirizzarsi verso una tutela sistemica, non frazionata, basata su un continuo bilanciamento, improntato ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, così da evitare l'espansione illimitata di un diritto con sacrificio totale dell'altro di pari rango.

Il principio da seguire è quello del cd. accomodamento ragionevole, o meglio della ricerca di un consenso condiviso, di un approccio dialogante, figlio di una cultura democratica, in cui il processo di costruzione si basa sulla mediazione e sul dialogo. Nel caso in esame, la circolare

del dirigente non è certamente indice di una società dialogante o accomodante, tendendo invece ad ossequiare una logica maggioritaria, in cui non è stato dato ascolto alla voce dissenziente del professore.

Seguendo, invece, il principio della *reasonable accomodation*, di derivazione angloamericana, potevano essere trovate strade alternative di risoluzione del conflitto, come l'affissione accanto al crocifisso di un simbolo laico, la diversa collocazione dello stesso, ovvero financo prevedere la sua eventuale rimozione durante l'orario di lezione dell'insegnante.

La Corte Suprema non manca di sottolineare come l'**accomodamento ragionevole rappresenti un criterio guida** anche nelle esperienze giuridiche di altre Corti, come nel caso *Multani c. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeois*. In questo caso la Corte Suprema del Canada ha fatto uso della dottrina della *reasonable accomodation* per risolvere un contrasto tra il diritto alla sicurezza nella scuola e il diritto alla salvaguardia della propria identità personale. Il fatto riguardava un episodio di espressione di libertà religiosa: la famiglia di un ragazzo di origini indiane reclamava la possibilità per il figlio di indossare il *kirpan*, il pugnale rituale, avverso il divieto di portare armi negli ambienti scolastici; la questione è stata risolta utilizzando un approccio mite di bilanciamento e ponderazione dei diritti coinvolti consentendo all'allievo di portare il pugnale previa apposizione di un sigillo che ne neutralizza la capacità offensiva.

Un secondo aspetto della questione di massima affrontato dalle Sezioni Unite riguarda la legittimità del provvedimento dell'Ufficio scolastico con cui è stata irrogata all'insegnante la sanzione disciplinare della sospensione dalle funzioni e se, nello specifico, detta sanzione configuri una discriminazione indiretta a carico del docente ex. art. 2, comma 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 216 del 2003.

La Corte ritiene che **la circolare del preside, disponendo il rigido rispetto della volontà studentesca di veder affisso il crocifisso, senza il tentativo di trovare un ragionevole accomodamento con la posizione discorde del ricorrente,** sia **invalida perché frutto di un comportamento illegittimo**.

L'illegittimità di detto provvedimento si riflette direttamente sulla sanzione disciplinare irrogata al docente per il fatto di avere rimosso il crocifisso dall'aula all'inizio delle lezioni, ricollocandolo alla fine delle stesse.

Pur nella sua illegittimità, è stato ritenuto che la circolare non integri una forma di discriminazione indiretta, poiché il diritto dell'insegnante di lavorare secondo scienza e coscienza non è stato inciso, né influenzato da un simbolo ritenuto "passivo", e l'affissione del crocifisso non ostacola il docente nell'esercizio delle proprie libertà, proprio in ragione del suo carattere passivo.

Di conseguenza, non vi è nemmeno spazio per forme di risarcimento a favore del docente dato che, nel recepire la volontà degli studenti di veder affisso il crocifisso, il dirigente scolastico non ha dimostrato di volere improntare in senso religioso la funzione pubblica dell'insegnamento.

NOTA A MARGINE DEL PRINCIPIO DI "*REASONABLE ACCOMODATION*" APPLICATO DALLA CORTE SUPREMA.

La sentenza delle Sezioni Unite dimostra una notevole conoscenza della dimensione universale del problema inerente alla relazione tra Chiesa / Religione e Stato, la quale rappresenta un antico problema, se non una ossessione, in molte parti del mondo, e conduce, in casi estremi, a vere e proprie guerre di religione o a infiniti dibattiti e divisioni sociali. Allo stesso modo, fa piena applicazione della dottrina della "*reasonable accomodation*" che si è sviluppata al fine di regolamentare tale tormentata materia.

Nel contesto attuale la questione dei conflitti tra diversi credo e politiche aziendali o sociali è spesso vista nella logica di facilitare il raggiungimento di un compromesso o, meglio, un accomodamento tra il diritto di manifestare il proprio credo religioso e gli altrui diritti, incluso quello dello Stato o di coloro che aderiscono a diverse religioni o sottospecie della medesima religione.

Tutto questo impatta direttamente sui diritti umani e sul dovere di trovare un ragionevole equilibrio all'interno di gruppi di diversa appartenenza.

Il requisito della proporzionalità, che è tratteggiato in quasi tutti i trattati sui diritti umani (anche solo per giustificare velate forme di discriminazione indiretta), in effetti, richiede tolleranza e tutela di tutti i diritti fondamentali in gioco con riguardo a ogni singolo caso. Tuttavia tale operazione di adattamento rischia di scivolare su di un terreno di difficile definizione dell'equilibrio da raggiungere, soprattutto allorché competono diritti di pari rango, ma in contrasto tra loro, come nel caso esaminato dalle Sezioni Unite.

Inoltre, ciascuna comunità praticante un credo religioso potrebbe non vedere di buon occhio la necessità di trovare un accomodamento con altre religioni o altre visioni dell'esistenza, specialmente quando queste ultime seguono o manifestano pratiche che rappresentano un anatema per quelli che le percepiscono come un peccato, come, in molti casi sin qui visti, è accaduto per l'omosessualità (v. caso Bull v. Hall [2013] UKSC 73, trattato nel Regno Unito in relazione al rifiuto, incentrato su motivi religiosi, di un gestore di hotel di ospitare una coppia omosessuale).

Proprio per i toni aspri che in tale contesto possono manifestarsi le diversità di vedute c'è da chiedersi se il criterio del ragionevole componimento (*reasonable accomodation*) possa facilmente governare situazioni di estremo contrasto.

Una importante questione riguarda anche il limite entro il quale il sentimento religioso possa ricevere una particolare protezione rispetto ad altri diritti. Gli Stati che si pongono questo problema non riconoscono il diritto di manifestare il proprio credo religioso in maniera tale da confliggere con le finalità e i valori di rilievo sociale che hanno raggiunto un livello di priorità: tale atteggiamento ha anch'esso, come presupposto, la dottrina della "*reasonable accomodation*", ed è dunque vero che essa può non essere applicata uniformemente e coerentemente in ogni situazione od ordinamento.

La tensione, dunque, si sposta sul come rispondere alla diversità religiosa in uno Stato democratico e alle varie questioni che si pongono nella prospettiva di necessario accomodamento multiculturale, in cui anche l'ateismo o l'agnosticismo trovano uguale spazio e dignità.
Sicché, come si è visto, il criterio della discriminazione indiretta può rivelarsi inadeguato per risolvere le difficoltà che incontrano le persone religiose o atee in un posto di lavoro, perché occorre dimostrare la discriminazione di un intero gruppo che è stato discriminato. E, in questa operazione, anche il criterio della proporzionalità si dimostra di non facile applicazione nelle ipotesi, come quella in esame, in cui un credo di una comunità si deve confrontare con quello – l'ateismo - di una singola persona.
Nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo la libertà di pensiero, coscienza e religione sono previste come diritti assoluti, ed è ugualmente prevista la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui (art. 9). Pertanto inevitabilmente si affaccia il problema di determinare fino a che punto il proprio credo è manifestabile in determinati contesti.
In Sahin c. Turchia , n.44774/98 paragrafi 104 – 111, dove la Corte Edu ha scrutinato le basi su cui si fonda il principio di proporzionalità qui in discussione, si è indicato che il giudice può riconoscere la necessità di restringere la libertà di manifestare il proprio credo religioso, enfatizzando i valori dell'armonia sociale, della tolleranza, del pluralismo e dell'apertura mentale quando diversi gruppi si oppongono e competono tra loro; il bisogno di cercare un compromesso e di bilanciare la tutela di diritti in conflitto; il ruolo dello Stato nell'indicare cosa sia o non sia necessario proteggere, per esempio allorquando si tratti di limitare l'uso di determinati abiti religiosi.
L'insieme di questi doveri e facoltà, dunque, rappresenta il cuore del principio di "*reasonable accomodation*" che si è ritenuto abbia avuto la sua prima affermazione nella lettera che George Washington, nel settembre 1789, indirizzò al congresso annuale dei Quaccheri, dove scrisse: "Io vi assicuro che per me gli scrupoli di coscienza di ogni uomo debbono essere trattati con grande delicatezza e sensibilità; ed è mio primo auspicio e desiderio che le leggi possano adattarsi ad essi in maniera estesa ("*extensively accommodated to them*"), nella misura in cui gli interessi della nazione possano giustificare e permettere detta protezione".
Non c'è da stupirsi, quindi, se i due ordinamenti dove la dottrina della *reasonable accomodation* ha preso una definita forma giuridica sono gli Stati Uniti d'America e il Canada. Nel titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 (emendato nel 1972), si richiede al datore di lavoro di svolgere una "*reasonable accommodation*" delle pratiche religiose del lavoratore, se ciò non comporta un eccessivo disagio nella conduzione dell'impresa ("*undue hardship on the conduct of business*").

Un simile principio si trova espresso anche in Canada ed è stato applicato nei precedenti richiamati dalle Sezioni Unite. Nell'ordinamento canadese, il concetto è visto come un derivato del principio di equità (Central Alberta Dairy Pool v. Alberta Human Rights Commission [1990]), ove si pone il problema dei limiti di tollerabilità e accomodamento con riguardo ad alcune manifestazioni religiose.

Il principio regolatore è stato meglio indicato nel caso "British Columbia (Public Service Employee Relations Comm.) v. BCGEU [1999] 3 SCR 3, al paragrafo 54, dove si afferma che deve essere dimostrato se sia impossibile "accomodare" gli interessi di un gruppo di lavoratori dipendenti con quelli di un unico dipendente, senza imporre sacrifici eccessivi al datore di lavoro. Allo stesso modo i lavoratori dipendenti appartenenti allo stesso gruppo devono dimostrare di avere fatto il possibile per venire incontro ai bisogni contrastanti del singolo e che sarebbe impossibile modificare o eliminare un atteggiamento senza incorrere in un eccessivo sacrificio (v. anche Central Okanagan School District No 23 v Renaud [1992] 2 SCR 970, che impone uno stringente onere della prova in capo al datore di lavoro circa la sostanziale ingerenza sui diritti degli altri dipendenti).

Come il principio di "*reasonable accomodation*" possa operare all'interno del nostro ordinamento è ancor meglio esplicitato nelle cause riunite "Eweida, Ladele & Chaplin contro il Regno Unito [2013] trattate nel 2013 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, là dove si è sancito il criterio di un equo bilanciamento tra gli interessi individuali e della comunità in gioco, fatto salvo il margine di apprezzamento di ogni Stato,

Sicché nei casi riuniti Chaplin v. Royal Devon and Exeter Hospitals NHS Foundation del 12 gennaio 2013, una infermiera di religione cristiana ha dovuto rimuovere la croce che portava al collo per questioni di sicurezza sanitaria dei pazienti anziani che assisteva e che potevano subire lesioni a contatto con essa.

Volendo trarre sommarie conclusioni riguardo all'approccio seguito in questa spinosa materia, **la dottrina della "*reasonable accomodation*"**, ben tratteggiata nella decisione in esame, si caratterizza perché:

a. Favorisce un approccio individuale capace di garantire l'accomodamento di un sistema ai bisogni individuali, mentre il principio di proporzionalità richiede una lente sociale più ampia.

b. E' in grado di porre maggiori limiti alla partecipazione del singolo ad alcuni gruppi, imponendo di confrontare il suo bisogno con quello altrui.

c. Non richiede necessariamente uno scrutinio sulla sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta;

d. Induce a volgere lo sguardo sulle tematiche di identificazione di gruppo, come sviluppate nei casi Eweida e Chaplin, senza la necessità di provare la sussistenza di uno svantaggio di gruppo.

e. Induce le parti a costruire una regola su misura, in modo che il lavoratore dipendente possa chiedere uno specifico accomodamento e il datore di lavoro possa rispondere che non sia possibile ma solo a certe condizioni

f. Libera da ogni onere di prova il lavoratore dipendente e fornisce un quadro di tutela più trasparente.
g. Induce il lavoratore e il datore di lavoro a intraprendere un dialogo più aperto e mette entrambe le parti nella condizione di comprendere più chiaramente quale atteggiamento assumere. Può anche condurre a soluzioni asimmetriche, come ad es. in favore di lavoratori disabili.
Applicando il suddetto principio, pertanto, risulta altrettanto evidente che la "passività" assegnata al simbolo religioso rappresentato nel crocefisso, ugualmente indicata dalla Corte Suprema di cassazione con riferimento al caso *Lautsi,* acquista una valenza minore e potenzialmente recessiva ai fini del bilanciamento da operarsi riguardo alla manifestazione di ogni altro credo religioso o visione laica della esistenza.

ART. 14 CEDU

ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 CEDU - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – POTESTÀ GENITORIALE ED AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI – ESCLUSIONE DI UN GENITORE IN RAGIONE DEL SUO ORIENTAMENTO SESSUALE - VIOLAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ART. 8 E 14 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, X. c. Polonia del 16 settembre 2021- 28 febbraio 2022

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-211799

CLASSIFICAZIONE:

ARTT. 8 E 14 CEDU - Divieto di discriminazione e rispetto della vita privata – Potestà genitoriale ed affidamento dei figli minori – Esclusione di un genitore in ragione del suo orientamento sessuale - Violazione del combinato disposto degli art. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo –Sussistenza.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Art. 14 CEDU

Art. 8 CEDU

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU

E.B. c. Francia [GC], n. 43546/02, § 47, 22 January 2008; Vallianatos e altri C. Grecia [GC], nn. 29381/09 e 32684/09, § 72, 2013; Molla Sali c. Grecia [GC], n. 20452/14, § 133, 19 December 2018; Fábián c. Ungheria [GC], n. 78117/13, § 113, 5 September 2017; Carson e altri c. Regno Unito [GC], no. 42184/05, § 70, 2010; Clift c. Regno Unito, n. 7205/07, §§ 56-59, 2010; Guberina c. Croazia, n. 23682/13, § 78, 2016; Škorjanec c. Croazia, n. 25536/14, § 55, 2017; Weller c. Ungheria, n. 44399/05, § 37, 2009; Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, n. 33290/96, § 28, 1999; Alekseyev c. Russia, nn. 4916/07 e altri due, § 108, 2010; P.V. c. Spagna, n. 35159/09, § 30, 2010; Pajić c. Croazia, n. 68453/13, § 84, 2016; Ratzenböck e Seydl c. Austria, n. 28475/12, § 32, 2017; Beizaras e Levickas c. Lituania, n. 41288/15, §§ 106-116, 2020; K. e T. c. Finland [GC], n. 25702/94, § 151, 2001; Strand Lobben e altri c. Norvegia, n. 37283/13, §§ 202-213, 2017.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, X. c. Polonia del 16 settembre 2021 – 28 febbraio 2022

ABSTRACT

L'esclusione della madre dalla potestà genitoriale o dall'affidamento dei figli, fondata esclusivamente sul suo eccessivo coinvolgimento in una relazione omosessuale con una nuova compagna e sulla necessità di un chiaro modello maschile nella fase di sviluppo del minore, senza un adeguata valutazione delle circostanze del caso in esame (in particolare senza la verifica di un effettivo disagio del minore e senza alcuna indagine relativamente ai rapporti tra il nuovo partner convivente ed il minore), non può ritenersi giustificata dal superiore interesse del bambino, che deve essere valutato in concreto e non in astratto, sicché integra una discriminazione, collegata all'orientamento sessuale, riguardo al diritto al rispetto della vita familiare e ricade nel divieto di cui all'art. 14 della Convenzione dei diritti dell'uomo.

IL CASO

La ricorrente, X, nata in Polonia e ivi residente, ha sposato nel 1993 il marito, Y, da cui ha avuto quattro figli e da cui ha divorziato, dopo aver instaurato una relazione con un'altra donna, Z.

In sede di divorzio sono stati riconosciuti i pieni diritti genitoriali a X, a cui sono stati affidati i quattro figli.

Tuttavia, nell'ottobre 2006, su domanda di Y, dopo una valutazione delle rispettive capacità genitoriali, durante la quale è stato direttamente domandato alla ricorrente se fosse omosessuale e se avesse rapporti sessuali con Z, i figli sono stati affidati a Y, mentre la potestà genitoriale di X è stata limitata.

L'appello di X avverso tale decisione è stato rigettato, nonostante il marito Y avesse proposto che il più piccolo dei figli D, che aveva un legame più forte con la mamma, fosse affidato alla ricorrente. Parimenti sono state rigettate tutte le successive richieste di modifica, da parte di X, dirette ad ottenere l'affidamento di D, e le relative impugnazioni, in base alle perizie espletate nei primi procedimenti, in cui la ricorrente era stata descritta come «concentrata in maniera eccessiva su se stessa e sulla relazione con la sua fidanzata», ed in considerazione dell'interesse primario del minore a vivere con i fratelli, le sorelle ed il padre, tenuto conto del ruolo fondamentale di quest'ultimo nella creazione di un modello maschile per il figlio maschio.

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

La ricorrente si è rivolta alla Corte EDU denunciando, oltre ad un difetto di imparzialità del giudice, la violazione del combinato disposto degli artt. 14 (Principio di non discriminazione) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo,

essendole stato negato l'affidamento del figlio più piccolo in ragione del suo orientamento sessuale.

I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE EDU

La Corte ha ribadito che l'art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo rileva solo con riferimento ai diritti e alle libertà oggetto della Convenzione stessa e dei suoi protocolli, pur potendo configurarsi una discriminazione vietata anche in assenza della diretta violazione di un'altra disposizione.

Nel caso di specie, il diritto che viene in rilievo è quello alla vita familiare, riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione, che include il godimento, da parte dei genitori e dei figli, della reciproca compagnia e delle rispettive relazioni, sicché ogni misura interna che ostacoli tali rapporti costituisce un'ingerenza non consentita, a meno che non sia prevista dalla legge e non sia necessaria, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine, alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La discriminazione è configurabile tra persone che si trovino in posizione identica o anche semplicemente analoga o simile, le quali siano assoggettate ad una disciplina diversa in ragione di una specifica caratteristica o di uno *status*, non necessariamente dipendente da qualità innate, senza che sussista una giustificazione obiettiva e ragionevole e, cioè, in assenza di uno scopo legittimo e di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo legittimo.

La Corte ha già affermato in passato che l'art. 14 copre anche le questioni relative all'orientamento sessuale ed all'identità di genere (ad es., Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, n. 33290/96; Alekseyev c. Russia, nn. 4916/07 e altri due) e che le differenze fondate sull'orientamento sessuale possono essere giustificate solo da ragioni particolarmente convincenti e gravi, atteso che il margine di discrezionalità degli Stati, in tale materia, è molto ristretto e varia a seconda delle circostanze, dell'oggetto e del contesto, potendo essere determinante in proposito l'esistenza o l'inesistenza di principi comuni nelle legislazioni nazionali.

Ad ogni modo, le differenze basate solo o prevalentemente sull'orientamento sessuale di una persona ricadono sempre nel divieto di cui all'art. 14 della Convenzione (Pajić c. Croazia, n. 68453/13, § 84, 23 febbraio 2016; Ratzenböck e Seydl c. Austria, n. 28475/12, § 32 , 26 ottobre 2017, Beizaras e Levickas c. Lituania, n.41288/15, §§ 106-116, 14 gennaio 2020, con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della corte, Salgueiro da Silva Mouta, sopra citata, § 36; e Eb c. Francia, sopra citata, §§ 93-96).

LA DECISIONE DELLA CORTE

La Corte ha ravvisato, nel caso di specie, una violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione, constatando che il riferimento ad un modello stereotipato educativo,

incentrato sulla figura maschile, e quello all'omosessualità della ricorrente e alla sua storia con Z sono stati predominanti nelle decisioni dei giudici polacchi - decisioni che sono state fondate su due perizie, in cui si è concluso che la ricorrente avrebbe potuto conservare l'affidamento dei figli solo se avesse corretto il suo atteggiamento ed escluso dalla vita familiare la compagna Z ed in cui X è stata interrogata esplicitamente sul suo orientamento sessuale, sicchè solo apparentemente sono state giustificate dall'interesse del minore (in particolare dall'esigenza di assicurare la sua crescita con i fratelli e il suo sano sviluppo).

Invero, la Corte ha ribadito che l'interesse primario del minore può giustificare una ingerenza nella vita familiare ed una conseguente limitazione della potestà genitoriale o del regime di affidamento, così come ha riconosciuto che, laddove un genitore conviva con un altro *partner*, le questioni relative a quest'ultimo rilevano ai fini delle decisioni in materia di affidamento, in quanto è necessario, nell'interesse superiore del bambino, valutare l'atteggiamento di tale *partner* e il ruolo che lo stesso svolgerà quotidianamente nella vita del figlio.

Tuttavia, nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno escluso che le decisioni dei giudici nazionali fossero effettivamente giustificate dalla necessità di tutelare il minore, le cui esigenze sono state valutate in astratto, secondo una visione stereotipata, in base alla quale "per ogni ragazzo proveniente da una famiglia disgregata, un modello maschile è importante e la sua importanza aumenta man mano che il bambino cresce": impostazione che ha indotto a ritenere un elemento negativo la relazione omosessuale della madre con Z, a prescindere da una effettiva indagine sul ruolo di quest'ultima nella vita familiare e sul suo rapporto con D.

In particolare la Corte ha sottolineato che non è stato verificato un effettivo disturbo o disagio di D, né l'impossibilità per lo stesso di conservare un adeguato rapporto con il padre, pur se affidato alla madre, come richiesto, del resto, pure da Y, e che non vi è stata alcuna indagine sui rapporti di Z con D e sul suo possibile ruolo nella vita familiare, valutato, in modo aprioristico, come negativo, a differenza di quello del padre con la nuova compagna, madre del quinto figlio. Inoltre, i giudici polacchi non hanno tenuto conto che ad entrambi i genitori erano state riconosciute pari capacità genitoriali, che la ricorrente era stata, in sede di divorzio, l'affidataria principale dei figli, che lo stesso padre aveva riconosciuto il rapporto privilegiato della madre con D.

La Corte ha, dunque, ritenuto che l'omesso affidamento del minore alla madre non fosse giustificato dal superiore interesse del minore, essendo stata adottata la decisione senza un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, in considerazione di un astratto modello educativo, in cui è centrale la figura maschile, e della affermata necessità dell'interruzione della relazione omosessuale della madre. Hanno, pertanto, ravvisato una violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione, essendovi stata una discriminazione della ricorrente nel rispetto della sua genitorialità in considerazione del suo orientamento sessuale.

OPINIONI DISSENZIENTI

Uno dei giudici del collegio di Strasburgo ha espresso la sua opinione dissenziente, escludendo la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione.

In particolare, ha rilevato come, da un punto di vista procedurale, il giudizio di fronte alla Corte Edu si sia svolto, da un lato, senza assumere le dichiarazioni della controparte nonché del figlio minore e, dall'altro, fondandosi esclusivamente sulle dichiarazioni della ricorrente ed omettendo di considerare alcuni passaggi chiave della vicenda che pure emergono dalle risultanze probatorie.

Ad esempio, la Corte ha omesso di considerare l'atteggiamento di ostruzionismo della compagna della ricorrente (Z) verso il padre del bambino, nonché più in generale il fatto che Z, a differenza della nuova compagna del padre, non fosse accettata dai figli della coppia.

Inoltre, la Corte ha fondato il proprio giudizio su alcuni pareri scientifici di esperti psicologi, che escludono che lo sviluppo psicofisico di un ragazzo sia compromesso dalla mancanza di una figura maschile di riferimento (in particolare le ricerche menzionate dall'Istituto di psicologia dell'Accademia Polacca e dalle altre associazioni che hanno partecipato al giudizio, secondo cui i bambini non subiscono ripercussioni dall'essere cresciuti da persone dello stesso sesso), senza preoccuparsi di confutare nella propria motivazione quella parte di letteratura scientifica che sostiene l'esatto opposto.

In conclusione, secondo il giudice dissenziente, le decisioni dei giudici nazionali non si sarebbero fondate su una discriminazione, ma su diversi elementi di fatto che riguardavano principalmente la persona della ricorrente, la sua attitudine e la sua capacità genitoriale, e che l'esito sarebbe stato lo stesso anche laddove la ricorrente fosse stata coinvolta in una relazione eterosessuale.

OSSERVAZIONI FINALI.

La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in esame concerne un caso di violazione dell'art. 8 della CEDU, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata, in combinato disposto con l'art. 14 della stessa Convenzione che, sancendo il principio di non discriminazione, copre anche le questioni relative all'orientamento sessuale ed all'identità di genere, e consente differenze fondate sull'orientamento sessuale solo in presenza di ragioni particolarmente "convincenti e gravi", come affermato in numerose pronunce dalla stessa Corte EDU.

Nel caso in esame, in sede di divorzio, la madre si era vista limitare la sua potestà genitoriale ed esclusa dall'affidamento dei figli minori, in ragione della relazione omosessuale che aveva avviato.

La Corte non è entrata nel merito della specifica vicenda, ma ha ritenuto che l'omesso affidamento del minore alla madre, alla luce della motivazione assunta dai giudici polacchi, non fosse giustificato dal superiore interesse del minore, poiché non erano state adeguatamente valutate a tal fine le circostanze del caso concreto, ma si era solo data rilevanza in astratto ad un modello educativo, fondato sulla centralità della figura maschile e sulla relazione omosessuale

instaurata dalla madre.

In materia, **nel nostro ordinamento vige la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori** - prevista dall'art. 155 c.c. con riferimento alla separazione personale dei coniugi, ed applicabile anche nei casi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio in virtù del richiamo operato dall'art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, nonché nelle ipotesi di cessazione della convivenza tra genitori non coniugati -, la quale è **derogabile solo ove la sua applicazione risulti "*pregiudizievole per l'interesse del minore*"** (cfr., *ex multis*, Cass. n. 16593 del 18/6/2008; Cass. 24526 del 1/12/2010; Cass. n. 26587 del 25/6/2009; Cass. n. 977 del 17/1/2017; Cass. n. 6535 del 6/3/2019).

L'individuazione del pregiudizio per l'interesse del minore, secondo la nostra giurisprudenza ed in conformità con la giurisprudenza CEDU, deve avvenire attraverso una valutazione *in concreto*, con riferimento alle specifiche circostanze che connotano i rapporti della famiglia in relazione alla quale si deve statuire.

In questa prospettiva, il pregiudizio in discorso è stato ravvisato, ad esempio, *nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita, in quanto tali comportamenti sono sintomatici della sua inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabiti stabilmente (v.* Cass. n. 26587 del 25/6/2009 cit.)

Ancora, si è affermato che la mera conflittualità riscontrata tra i genitori non coniugati, che vivono separati, non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso dei figli ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse. (V. Cass. n. 6535 del 6/3/2019 cit.; v. anche Cass. n. 5108 del 29/3/2012).

Per le stesse ragioni, si è ritenuto che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla oggettiva distanza esistente tra i luoghi di residenza dei genitori, potendo detta distanza incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore (cfr. Cass. 24526 del 1/12/2010 cit.).

La necessità di condurre una valutazione *in concreto* comporta che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo deve essere sorretta da una motivazione non solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore (cfr., *ex multis*, Cass. n. 16593 del 18/6/2008 cit.; Cass. n. 6535 del 6/3/2019 cit.): nella nostra giurisprudenza di legittimità, dunque, è consolidato proprio quello stesso principio che è posto a fondamento della decisione della Corte qui esaminata, ossia la imprescindibile necessità di un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto che possano giustificare, nell'interesse del minore, l'esclusione di un genitore dall'affidamento condiviso, senza che siano ammissibili soluzioni precostituite in astratto.

In particolare, e per quanto qui interessa più direttamente, tale principio è stato enunciato dalla Corte di cassazione italiana anche in una ipotesi perfettamente sovrapponibile a quella affrontata dalla decisione della Corte EDU in esame.

Si trattava di un caso in cui un padre si doleva dell'affidamento esclusivo, disposto dal Tribunale, del figlio minore alla madre, la quale aveva instaurato una relazione omosessuale: nella specie, Cass. n. 601 dell'11/1/2013 ha ritenuto inammissibile il motivo di ricorso (ed il precedente motivo di appello) che, nel censurare la decisione circa l'affidamento, non aveva indicato certezze scientifiche, dati di esperienza o specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, atteso che ***"l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio"***.

Dunque, già da tempo la giurisprudenza domestica, in tema di affidamento dei figli minori, è pervenuta alle conclusioni della Corte EDU, respingendo ogni discriminazione fra genitori basata sul mero orientamento sessuale, posto che, si legge nella motivazione della citata decisione del 2013, la valutazione sull'affidamento non può fondarsi sul "*mero pre-giudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino*".

AREA CIVILE

REPORT RELATIVI ALLA
CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (CDFUE)
ED AL TFUE

ARTT. 50 e 52 CDFUE

NE BIS IN IDEM E CONDIZIONI DI POSSIBILI LIMITAZONI - RINVIO PREGIUDIZIALE – CONCORRENZA – ART. 101 TFUE - CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA – ART. 50 – ART. 52, PARAGRAFO 1 - PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM – PROPORZIONALITÀ – CUMULO DI PROCEDIMENTI E SANZIONI – PERSEGUIMENTO DI UN OBIETTIVO D'INTERESSE GENERALE.

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 22 marzo 2022, cause C-117/2020 e C-151/2020

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=256247&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1183087

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=256248&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1183816

CLASSIFICAZIONE

Rinvio pregiudiziale – **Concorrenza** – Art. 101 TFUE - **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea** – **Art. 50** – Art. 52, paragrafo 1 - Principio del ne bis in idem – Proporzionalità – Cumulo di procedimenti e sanzioni – Perseguimento di un obiettivo d'interesse generale

PRONUNCE SEGNALATE

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 22 marzo 2022, cause C-117/2020 bpost e C-151/2020 Nordzucker e.a.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Diritto dell'Unione

Artt. 101; 102 TFUE. Artt. 50; 51, paragrafo 1; 52, paragrafi 1 e 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; Artt. 3, paragrafo 1; 12, paragrafo 1; considerando 8 regolamento n. 1/2003

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE

Sentenza del 15 ottobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582; Sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197; Sentenza del

5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319; sentenza del 5 giugno 2014, M, C-398/12, EU:C:2014; Garlsson Real Estate e a., C-537/16, EU:C:2018:193; Sentenza del 27 maggio 2014, Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586; Sentenza del 13 luglio 2006, Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:46; Sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83; Sentenza del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a. C-17/10, EU:C:2012:72; Sentenza del 9 marzo 2006, Van Esbroeck C-436/04, EU:C:2006:165; Sentenza del 18 maggio 2006, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione C-397/03 P, EU:C:2006:328; Sentenza del 29 giugno 2006, Showa Denko/Commissione C-289/04 P, EU:C:2006:431; Sentenza del 18 giugno 2013, Schenker & Co. e a. C-681/11, EU:C:2013:404; Sentenza del 3 aprile 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, C-617/17, EU:C:2019:283; Sentenza del 25 febbraio 2021, Slovak Telekom, C-857/19, EU:C:2021:139; Sentenza del 1° giugno 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269; sentenza del 13 dicembre 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795.

Sentenze Corte EDU

Sentenza del 10 febbraio 2009 Sergueï Zolotoukhine c. Russia, CE:ECHR:2009:0210JUD001493903; Sentenza del 20 maggio 2014 Pirttimäki c. Finlandia, CE:ECHR:2014:0520JUD003523211; Sentenza del 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, CE:ECHR:2016:1115JUD002413011.

ABSTRACT

In relazione al caso bpost, la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha statuito che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letto in combinato disposto con l'articolo 52, paragrafo 1, di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che una persona giuridica sia sanzionata con un'ammenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, quando, per gli stessi fatti, tale persona sia già stata oggetto di una decisione definitiva all'esito di un procedimento relativo a un'infrazione a una normativa settoriale avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato interessato, a condizione che esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire l'oggetto di un cumulo di procedimenti e di sanzioni così come il coordinamento tra le due autorità competenti, che i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato in un intervallo di tempo ravvicinato e che l'insieme delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse.

Per quanto concerne il caso Nordzucker, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'impresa sia perseguita, dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, e le sia inflitta, se del caso, un'ammenda per un'infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto nazionale in materia di concorrenza, a causa di un comportamento che ha avuto un oggetto o un effetto anticoncorrenziale sul territorio di tale

Stato membro, quando tale comportamento sia già stato menzionato, da un'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro, in una decisione definitiva adottata da quest'ultima, nei confronti di tale impresa, al termine di un procedimento di infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto in materia di concorrenza di tale altro Stato membro, purché tale decisione non sia fondata sulla constatazione di un oggetto o di un effetto anticoncorrenziale nel territorio del primo Stato membro. Con riferimento alle ulteriori questioni pregiudiziali poste all'attenzione della Grande Sezione, la Corte afferma che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che un procedimento di attuazione del diritto in materia di concorrenza, in cui, a causa della partecipazione della parte interessata al programma nazionale di clemenza, può soltanto essere accertata la sua infrazione a tale diritto, è idoneo a essere soggetto al principio del *ne bis in idem*.

IL CASO

La bpost, storica impresa di servizi postali in Belgio, veniva **condannata nel 2011** dall'Autorità di regolamentazione del settore postale al pagamento di un'ammenda di euro 2,3 milioni **per aver violato la normativa antidiscriminatoria interna in materia tariffaria**. Nel 2010, infatti, la bpost aveva adottato un diverso sistema di tariffazione che realizzava, secondo l'autorità belga, una disparità di trattamento priva di giustificazione tra i clienti diretti e gli intermediari che realizzano il servizio finale di distribuzione postale. Con sentenza del 10 marzo 2016, la Corte d'Appello di Bruxelles annullava la decisione emessa dall'Autorità di regolamentazione del settore postale, ritenendo la pratica tariffaria non discriminatoria.

La pronuncia si inserisce in una vicenda giudiziaria che aveva condotto la Corte d'Appello a formulare una prima domanda di rinvio pregiudiziale, sfociata nella sentenza dell'11 febbraio 2015, bpost (C-340/13, EU:C:2015:77).

Al contempo, l'autorità garante della concorrenza condannava il 12 dicembre 2012 la bpost al pagamento di un'ammenda di euro 37 399 786 per un abuso di posizione dominante costituito dall'adozione e dall'attuazione del nuovo piano tariffario, che rendeva meno agevole per intermediari e potenziali concorrenti l'ingresso nel mercato. Con sentenza del 10 novembre 2016 la Corte d'Appello di Bruxelles annullava la decisione dell'autorità garante della concorrenza, ritenendo la decisione in contrasto con il principio del ne bis in idem, dal momento che i medesimi fatti controversi erano già stati oggetto di una decisione definitiva innanzi all'autorità di regolamentazione del settore postale.

Con sentenza del 22 novembre 2018 la Corte di cassazione del Belgio cassava tale decisione, rimettendo la questione innanzi alla Corte d'Appello.

Investito nuovamente della decisione, il giudice del rinvio si interroga se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea osti all'avvio di due procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative aventi carattere penale quando tali procedimenti, ancorché riferiti ai

medesimi fatti, siano funzionali alla tutela di interessi differenti, ovvero sia la tutela della concorrenza e la tutela della trasparenza e del principio di non discriminazione in materia tariffaria.

Le vicende del caso Nordzucker, invece, concernono delle intese lesive della concorrenza realizzate da imprese inserite nel settore della produzione e distribuzione dello zucchero in Germania ed Austria.

La Nordzucker e la Südzucker, insieme ad un terzo produttore, assumono una posizione dominante in tale settore del mercato, secondo una suddivisione del territorio tedesco per aree geografiche di rispettiva competenza.

Tali intese non prevedevano il coinvolgimento del territorio austriaco in cui è la Agrana, società figlia della Südzucker, ad essere la principale produttrice di zucchero.

A partire dal 2004, in concomitanza con l'adesione all'Unione Europea di nuovi Stati membri, si svolgevano numerosi incontri tra i dirigenti della Nordzucker e della Südzucker per confermare il contenuto dei precedenti accordi e respingere congiuntamente eventuali pressioni concorrenziali provenienti dalle imprese produttrici degli Stati membri di nuova adesione. Intorno la fine del 2005, la società Agrana riscontrava la presenza di forniture di zucchero nel territorio austriaco provenienti da una società figlia della Nordzucker.

Dopo aver segnalato tale circostanza, il dirigente commerciale della Südzucker contattava i responsabili della Nordzucker onde verificare l'effettiva ingerenza di quest'ultima nel mercato austriaco in cui l'Agrana era stata fino ad allora l'esclusiva fornitrice. Dopo la presentazione da parte della Nordzucker di una domanda di clemenza al Bundeskartellamt (Autorità federale garante della concorrenza, Germania), quest'ultima avviava delle indagini. Al contempo, nel settembre 2010, l'autorità austriaca garante della concorrenza adiva l'Oberlandesgericht Wien (Tribunale superiore del Land, Vienna, Austria), onde accertare da parte della Nordzucker la violazione dell'art. 101 TFUE e le corrispondenti disposizioni del diritto austriaco, chiedendo altresì la condanna della Südzucker al pagamento di due ammende, una delle quali a carico anche della Agrana in qualità di responsabile in solido.

Con decisione del 18 febbraio 2014, l'autorità tedesca ha accertato da parte della Nordzucker, della Südzucker e del terzo produttore tedesco, una violazione dell'art. 101 TFUE e delle corrispondenti disposizioni del diritto tedesco.

Tra gli elementi di fatto posti a fondamento della decisione in esame si collocava la conversazione telefonica intervenuta tra i dirigenti della Nordzucker e della Südzucker con cui si confermavano le aree di competenza nel mercato tedesco e si discuteva, nello specifico, delle rispettive influenze sul mercato austriaco. Con ordinanza del 15 maggio 2019 l'Oberlandesgericht Wien respingeva il ricorso promosso dall'autorità austriaca, sostenendo che i medesimi fatti controversi, ed in particolare l'accordo telefonico sopracitato, fossero stati già oggetto di sanzioni inflitte dall'autorità tedesca, sicché la condanna al pagamento di un'ammenda si sarebbe posta in contrasto con il principio del ne bis in idem. L'autorità austriaca proponeva ricorso avverso

tale ordinanza, adendo l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), che è giudice del rinvio. Tale giudice si interroga, in particolare, se la telefonata controversa possa essere oggetto di sanzione, posta la decisione divenuta definitiva dell'autorità tedesca, alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Nella pronuncia relativa al caso bpost, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che esso osta a che una persona giuridica sia sanzionata con un'ammenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, qualora, per gli stessi fatti, tale persona sia già stata oggetto di una decisione definitiva al termine di un procedimento relativo a un'infrazione ad una normativa settoriale avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato interessato.

In occasione del caso Nordzucker, il giudice del rinvio si interroga se l'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un'impresa sia perseguita, dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, e le sia inflitta, se del caso, un'ammenda per un'infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto nazionale in materia di concorrenza, a causa di un comportamento che ha avuto un oggetto o un effetto anticoncorrenziale nel territorio di tale Stato membro, quando tale comportamento sia già stato menzionato, da un'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro, in una decisione definitiva adottata da quest'ultima nei confronti di tale impresa al termine di un procedimento di infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto della concorrenza di tale altro Stato membro. Infine, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che un procedimento di attuazione del diritto in materia di concorrenza, in cui, a causa della partecipazione della parte interessata al programma nazionale di clemenza, può soltanto essere accertata la sua infrazione al diritto della concorrenza, sia idoneo a essere soggetto al principio del ne bis in idem.

LA DECISIONE DELLA CORTE

La Grande Sezione ricorda, in primo luogo, che il ne bis in idem costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione (sentenza del 15 ottobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, punto 59), il cui scopo è quello di garantire la certezza del diritto e l'equità, onde prevenire che un soggetto venga perseguito o condannato due volte per la medesima infrazione (v., in tal senso, sentenza del 3 aprile 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, C-617/17, EU:C:2019:283, punti 29 e 33). Tale diritto trova riscontro anche nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La Corte a tal proposito osserva che ove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contenga diritti corrispondenti a quelli sanciti dalla

Convenzione, l'art. 52, paragrafo 3, prevede che la portata e l'interpretazione di tali diritti siano corrispondenti a quelli della Convenzione. L'art. 50 si applica non solo a quei procedimenti che siano qualificati come penali dal diritto nazionale, ma anche ai procedimenti formalmente amministrativi in cui sia ravvisabile una natura sostanzialmente penale. Spetta al giudice nazionale valutare la natura penale di un procedimento e di una sanzione, alla luce dei criteri formulati dalla giurisprudenza di questa Corte, come la qualificazione dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'infrazione, il grado di severità delle sanzioni previste (sentenze del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, punto 37, nonché del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punti 26 e 27). In più occasioni la Corte ha sostenuto l'applicabilità del principio del ne bis in idem a quei procedimenti volti all'irrogazione di ammende per comportamenti anticoncorrenziali. Nello specifico, l'applicazione del suddetto principio è subordinata ad una duplice condizione: l'esistenza di una decisione definitiva anteriore (condizione «bis») e l'identità dei comportamenti oggetto dei due procedimenti o decisioni (condizione «idem»). Per quanto concerne la prima di tali condizioni, affinché si possa verificare se un fatto oggetto di un procedimento sia già stato esaminato nel corso di un altro procedimento, occorre valutare in primis se la decisione emessa abbia acquisito il carattere della definitività e, in secondo luogo, se nel corso del primo procedimento si sia giunti ad una decisione che ha esaminato il merito della questione (sentenza del 5 giugno 2014, M, C-398/12, EU:C:2014:1057, punti 28 e 30). Per quanto concerne la seconda condizione, la Grande Sezione osserva come in base alla giurisprudenza consolidata della Corte, l'identità dei fatti di reato va valutata in relazione alla corrispondenza dei fatti materiali per i quali si procede, che devono essere imputati ai medesimi soggetti giuridici. La qualificazione giuridica della fattispecie e l'interesse tutelato dalla norma non rappresentano, secondo la giurisprudenza della Corte, degli elementi determinanti per la sussistenza di un medesimo reato (sentenze del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 36, e del 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate e a., C-537/16, EU:C:2018:193, punto 38). La valutazione dell'identità dei fatti contestati dev'essere rapportata alle circostanze concrete, superando il piano della mera astrattezza (v., per analogia, sentenze del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a., C-17/10, EU:C:2012:72, punto 99, nonché del 25 febbraio 2021, Slovak Telekom, C-857/19, EU:C:2021:139, punto 45). Nel caso Nordzucker, pertanto, il giudice del rinvio deve valutare se gli accordi limitativi della concorrenza in relazione ai quali è stato adito siano i medesimi di quelli sottoposti all'esame dell'autorità tedesca, tenuto conto della durata di tali accordi, delle caratteristiche dei prodotti commercializzati e dell'area geografica di operatività. Dai procedimenti avviati rispettivamente dall'autorità tedesca e dall'autorità austriaca, che è giudice del rinvio, si evince che in ambo i casi il presupposto fattuale considerato al fine di riscontrare la sussistenza di un'intesa limitativa della concorrenza è la telefonata intercorsa tra i dirigenti della Nordzucker e della Südzucker. Orbene, spetta al giudice del rinvio valutare se, alla luce dei criteri sopracitati, i presupposti fattuali considerati delle due autorità abbiano ad oggetto, nella prima decisione, delle intese

anticoncorrenziali limitate al solo territorio tedesco o se, al contrario, l'autorità tedesca abbia considerato l'incidenza di tali accordi anche sul mercato austriaco. Risulta altresì rilevante verificare se l'autorità tedesca abbia valutato ai fini della determinazione dell'ammenda inflitta il solo fatturato realizzato in Germania, traendo beneficio della condotta anticoncorrenziale ivi realizzata (v., per analogia, sentenza del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a., C-17/10, EU:C:2012:72, punto 101). In sintesi, qualora il giudice del rinvio ritenga che la decisione definitiva dell'autorità tedesca abbia valutato nel merito o sanzionato la condotta incriminata alla luce dei suoi effetti anticoncorrenziali sul mercato austriaco, il cumulo di procedimenti o di sanzioni si porrebbe in contrasto con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Con riferimento ad eventuali deroghe all'art. 50 della Carta fondate sull'art. 52, paragrafo 1, la giurisprudenza della Corte precisa che le deroghe ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta possono essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale garantite dal diritto dell'Unione. A tal proposito, l'art. 101 TFUE è considerata una disposizione di ordine pubblico e che persegue l'obiettivo, indispensabile per la tutela del mercato interno, di garantire che la concorrenza non venga falsata (v., in tal senso, sentenze del 1° giugno 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punto 36, nonché del 13 luglio 2006, Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punto 31). Un cumulo di procedimenti e sanzioni di natura penale, pertanto, può essere ammesso se giustificato dall'esigenza di tutela di un interesse generale e se i procedimenti sanzionatori perseguono scopi complementari, vertenti, eventualmente, su aspetti diversi della medesima condotta criminosa (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 44). Infine, la Grande Sezione rileva, nel solco della giurisprudenza costante della Corte, che qualora venga riscontrata una violazione dell'art. 101 TFUE, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono limitarsi a constatare tale infrazione, esonerando l'impresa dall'inflizione di un'ammenda nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia partecipato ad un programma nazionale di clemenza. Si tratta, tuttavia, di ipotesi eccezionali, dal momento che la mera constatazione della violazione senza l'irrogazione di un'ammenda potrebbe compromettere l'efficace ed uniforme applicazione negli ordinamenti degli Stati membri dell'art. 101 TFUE (sentenza del 18 giugno 2013, Schenker & Co. e a., C-681/11, EU:C:2013:404, punti 47 e 49). Anche in occasione del caso bpost la Grande Sezione ha osservato che una limitazione del principio del ne bis in idem, operata ai sensi dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta, può essere ammessa, dal momento che anche l'art. 102 TFUE, che sanziona l'abuso di posizione dominante e che è stato posto a fondamento della decisione dell'autorità garante della concorrenza del Belgio, costituisce una disposizione di ordine pubblico e che tutela interessi fondamentali quali la liberalizzazione del mercato interessato. Può dunque ritenersi legittimo il cumulo di procedimenti e di sanzioni, derivante dall'applicazione della normativa settoriale a tutela della liberalizzazione del mercato postale da un lato, e dall'applicazione delle norme sulla concorrenza dall'altro. Il cumulo dei procedimenti, tuttavia, oltre a dover essere strettamente necessario in relazione ai fini perseguiti, deve fondarsi su

norme sufficientemente chiare e precise che consentano al cittadino di comprendere quali condotte possano essere eventualmente oggetto del cumulo di procedimenti e sanzioni.

ART. 267 TFUE

ART. 267 TFUE - RINVIO PREGIUDIZIALE – GIUDICE NAZIONALE AVVERSO LE CUI DECISIONI NON POSSA PROPORSI RICORSO GIURISDIZIONALE DI DIRITTO INTERNO – ECCEZIONI ALL'OBBLIGO DI EFFETTUARE IL RINVIO PREGIUDIZIALE.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (Caso C-561/19).

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=247052&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1189058

CLASSIFICAZIONE

Art. 267 TFUE - Rinvio pregiudiziale – Giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno – Eccezioni all'obbligo di effettuare il rinvio pregiudiziale.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 267 TFUE • artt. 2 e 3 TUE • Art. 4, par. 2 TUE • Artt. 9, 26, 34 TUE • art. 101, par. 1, lettera e) TUE • artt. 106, da 151 a 153 e 156 TFUE

Norme rilevanti dell'ordinamento italiano: artt. 101 e 104 cod. proc. amm.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della CGUE

Aquino, C-3/16; *Cilfit e a.*, 283/81; *Intermodal Transports*, C-495/03; *Commissione/Francia (Anticipo d'imposta)*, C-416/17; *Ferreira da Silva e Brito e a., C-160/14; Association France Nature Environnement, C-379/15; Mattheus, 93/78; van Schijndel e van Veen, C-430/93 e C-431/93*.

Sentenze della Corte costituzionale: sentenza n.170 del 1984; ordinanza n. 103 del 2008: La Corte riconosce esplicitamente che ritenendosi non legittimata al rinvio nei giudizi in via d'azione provocherebbe "un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario quale interpretato dalla Corte di giustizia CE; sentenza Granital di cui Corte cost. 4 luglio 2007 n. 284, in ordine alla priorità della questione pregiudiziale comunitaria su quella costituzionale; Corte Cost. n. 269 del 14 dicembre 2017 in tema di capovolgimento dell'ordine logico delle questioni in materia di diritti fondamentali; sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019 in tema di equo bilanciamento dei due strumenti da parte del giudice comune.

Sentenze della Corte di cassazione

Cass.Sez. L - , *Sentenza n.* 14828 *del* 07/06/2018:<<Non sussiste alcun diritto della parte all'automatico rinvio pregiudiziale alla CGUE ai sensi dell'art. 267 TFUE ogni qualvolta la Corte di Cassazione non ne condivida le tesi difensive, bastando che le ragioni del diniego siano espresse, ovvero implicite laddove la questione pregiudiziale sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondata>>; cfr. anche Cass.Sez. U, Ordinanza n. 20701 del 10/09/2013; Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 6862 del 24/03/2014.

Cass. Sez. L, Sentenza n. 12032 del 06/11/1992 <<Il rinvio pregiudiziale della causa alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, non costituisce un obbligo per i giudici nazionali di ultima istanza quando la disposizione comunitaria di cui è causa abbia già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte medesima (nella specie, con riferimento al contrasto della disciplina dell'art. 28 del d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382, in tema di assunzione presso le università di lettori di lingua straniera, con l'art. 48, n. 2 del trattato CEE, su cui si è pronunciata la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con sentenza 30 maggio 1989)>>.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (Caso C-561/19).

ABSTRACT

L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che non constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi. Tale giudice non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

FATTO

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. («RFI») ha aggiudicato un appalto per servizi di pulizia da svolgersi nei locali di pertinenza dell'infrastruttura della rete ferroviaria. Ad aggiudicarsi la gara è stata l'a.t.i. composta da Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA (d'ora in

poi solo la «a.t.i.»). La procedura si è svolta sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 («vecchio Codice dei contratti pubblici»).

Durante l'esecuzione dell'appalto, l'a.t.i. ha chiesto alla stazione appaltante la revisione dei prezzi del contratto, invocando l'art. 115 del vecchio Codice o, in subordine, l'art. 1664 cod.civ. La revisione sarebbe stata giustificata dall'aumento dei costi per il personale. La richiesta ha però ricevuto riscontro negativo e, conseguentemente, il diniego opposto dalla committente è stato impugnato dinnanzi al giudice amministrativo.

Il T.A.R. Sardegna, in primo grado, ha rigettato le doglianze dei ricorrenti, ritenendo che l'attività oggetto dell'appalto in questione rientrasse tra i «settori speciali» di cui alla parte III del vecchio Codice dei contratti pubblici e che, quindi, il d.lgs. n. 163 del 2006 non fosse applicabile.

Avverso la decisione del giudice di prime cure ha proposto appello l'a.t.i. soccombente, lamentando – fra le altre cose – il contrasto fra la normativa italiana e la corrispondente direttiva 2004/17/CE. Il Consiglio di Stato adito, ritenendo plausibile la tesi delle impugnanti, ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *ex* art. 267 TFUE.

Quest'ultima, con sentenza C-152/17 del 19 aprile 2018, ha ritenuto in parte irricevibili ed in parte infondati i dubbi sui possibili contrasti prospettati dal giudice nazionale.

Con successiva memoria del 28 ottobre 2018, in vista dell'udienza pubblica di discussione della medesima causa dinnanzi al Consiglio di Stato, l'a.t.i. ha prospettato nuovi e ulteriori profili di illegittimità della normativa nazionale per contrasto con la direttiva comunitaria. Segnatamente, secondo gli appellanti, le pertinenti disposizioni contenute nel vecchio Codice dei contratti pubblici sarebbero in contrasto (i) con l'art. 28 della Carta di Nizza nonché (ii) con gli artt. 4, co. 2, lett. b) e c); 9 e 151-156 TFUE.

L'ORDINANZA DI RINVIO DEL CONSIGLIO DI STATO

Il Consiglio di Stato ha rilevato innanzitutto che una parte delle questioni prospettate dall'a.t.i. nella memoria del 28 ottobre 2018 erano già state risolte dalla sentenza della CGUE, nel caso C-152/17, oggetto del precedente rinvio pregiudiziale.

Differentemente, le altre «nuove» questioni prospettate dagli appellanti presentavano diversi profili di frizione con il diritto europeo. Nello specifico, «la normativa che impedisce (solo per i settori speciali) l'applicazione della revisione prezzi - laddove quest'ultima è determinata dall'aumento del costo del lavoro a seguito di contrattazione collettiva intervenuta durante il rapporto contrattuale, in un settore quale quello delle pulizie, dove il costo del lavoro è la voce prevalente e determinante – si risolve in una violazione delle norme del diritto europeo che tutelano sia il diritto delle parti (imprese e associazioni dei lavoratori) alla libera contrattazione, sia i diritti stessi dei lavoratori».

Benché si trattasse di una *quaestio iuris* introdotta tardivamente in giudizio dall'a.t.i, con l'ordinanza 15 luglio 2019, n. 4949, il Consiglio di Stato ha comunque interpellato nuovamente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, rinviandole le seguenti questioni:

«se, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, il giudice nazionale, le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale, è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, anche nei casi in cui tale questione gli venga proposta da una delle parti del processo dopo il suo primo atto di instaurazione del giudizio o di costituzione nel medesimo, ovvero dopo che la causa sia stata trattenuta per la prima volta in decisione, ovvero anche dopo che vi sia già stato un primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea»;
«se (...) siano conformi al diritto dell'Unione europea (in particolare agli articoli 4, paragrafo 2, 9,101, paragrafo 1, lettera e), 106, 151 – ed alla Carta sociale europea ed alla Carta dei diritti sociali da esso richiamate – 152, 153, 156 TFUE; agli articoli 2 e 3 TUE; nonché all'articolo 28[della Carta]) gli articoli 115, 206 e 217 [del] d. lgs. 163/2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai (…) settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la direttiva [2004/17], ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità»;
«se (...) siano conformi al diritto dell'Unione europea (in particolare all'articolo 28 della Carta, al principio di parità di trattamento sancito dagli articoli 26 e 34 TFUE, nonché al principio di libertà di impresa riconosciuto anche dall'articolo 16 [della Carta]) gli articoli 115, 206 e 217[del] d. lgs. 163/2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai (…) settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la direttiva [2004/17], ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità».

LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MERITO AL PRIMO QUESITO

Fra i tre quesiti formulati alla Corte di Lussemburgo, quello più rilevante è indubbiamente il primo. Difatti, con la sentenza C-561/19 del 6 ottobre 2021, qui in esame, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che «[l]*'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che non constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.*
La configurabilità di siffatta eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione.
Tale giudice non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti

al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività».

La decisione si articola in tre passaggi argomentativi.

Nella prima parte della decisione, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha circoscritto con maggiore precisione la portata dell'obbligo per i giudici nazionali di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE. La Corte ha infatti ricordato che, di regola, «*qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione*» (punto 32).

Tuttavia, è anche noto e consolidato l'orientamento della Corte per cui esisterebbero alcune eccezioni. Segnatamente, un giudice di ultima istanza «*può essere esonerato da tale obbligo solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte* [*acte éclairé*], *oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi* [*acte clair*]» (punto 33). Quest'elenco è frutto della giurisprudenza *Cilfit*, costantemente ribadita dagli anni '80 sino ad oggi (*ex multis*, *Intermodal Transports*, C-495/03, punto 33; *Commissione/Francia (Anticipo d'imposta)*, C-416/17, punto 110).

La Corte di Lussemburgo si è peraltro soffermata sulle peculiarità che connotano l'eccezione dell'*acte clair* alla luce delle caratteristiche del diritto europeo. Poiché infatti la normativa europea è scritta in ventiquattro lingue ufficiali, è necessario che l'interpretazione «evidente» sia tale per tutte le lingue e non soltanto per quella del giudice nazionale. In altri termini, proprio perché la finalità del rinvio pregiudiziale è quella di garantire l'uniforme applicazione del diritto europeo, il giudice nazionale «*deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte*» (punto 40). Altrimenti, è tenuto a rinviare la questione alla CGUE.

Chiarito tale aspetto, nella seconda parte della decisione la Corte ha limitato il ruolo giocato dalle parti davanti al giudice nazionale. In proposito, la regola è che «*il sistema di cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, instaurato dall'articolo 267 TFUE, è estraneo ad ogni iniziativa delle parti*» e che, di conseguenza, «[q]*ueste ultime non possono privare i giudici nazionali della loro indipendenza nell'esercizio del potere* […] *segnatamente obbligandoli a presentare una domanda di pronunzia pregiudiziale*» (punto 53).

Il corollario di tale impostazione è che, se ricorre una o più delle eccezioni individuate dalla giurisprudenza *Cilfit*, il giudice nazionale non è tenuto ad attivare lo strumento contemplato all'art. 267 TFUE, nemmeno qualora sia pervenuta una richiesta in questo senso dalle parti (punto 57), ma tuttavia deve motivare sul punto. Al contrario, quando invece tali eccezioni non ricorrono, il giudice nazionale deve rinviare alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la

questione proposta dalle parti (punto 58).
Nel terzo ed ultimo snodo argomentativo della decisione, la Corte di Lussemburgo ha analizzato la rilevanza della tardività della domanda di parte nel processo dinnanzi al giudice nazionale. Senza sconfessare quanto detto, la Corte ha precisato che «*un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza può astenersi dal sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale per motivi di irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a tale giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività*» (punto 61).
Se con riguardo all'equivalenza non si pongono particolari problemi, rispetto all'effettività di tutela la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ribadito che «*norme processuali nazionali in forza delle quali l'oggetto della controversia è determinato dai motivi di ricorso sollevati al momento della sua proposizione sono compatibili con il principio di effettività dal momento che esse garantiscono il regolare svolgimento del procedimento, in particolare preservandolo dai ritardi dovuti alla valutazione dei motivi nuovi*» (punto 64). Di conseguenza, «*nell'ipotesi in cui, in forza delle norme processuali dello Stato membro interessato che rispettino i principi di equivalenza e di effettività, i motivi sollevati dinanzi a un giudice di cui all'articolo 267, terzo comma, TFUE, debbano essere dichiarati irricevibili, una domanda di pronuncia pregiudiziale non può essere considerata necessaria e rilevante affinché tale giudice possa decidere*» (punto 65).

LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA PER L'ORDINAMENTO INTERNO ED EUROPEO

La risposta a tale questione era, come ammesso dalla medesima Corte, scontata, stante la giurisprudenza della Corte per la quale limitazioni di carattere processuale alla potestà (e quindi all'obbligo) di effettuare il rinvio da parte dei giudici nazionali sono legittime, alla luce del principio di autonomia processuale, purché esse rispettino il principio di equivalenza e di effettività (v., da ultimo, CGUE, Sentenza della Corte del 15 marzo 2017, C-3/16, Aquino).
Vale a dire che le limitazioni processuali indicate da ciascun ordinamento sono legittime purché esse non siano previste esclusivamente con riferimento al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ma si applichino anche a simili ricorsi fondati su violazioni del diritto interno (ad esempio, in Italia, in tema di questione incidentale di costituzionalità) e purché non siano tali da rendere in pratica eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo (v. punti 60-64 della sentenza).
D'altro canto, come osservato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni (punto 28), l'ammissibilità di siffatte limitazioni, ove previste, non comporta certo la loro necessità, rimanendo, invece, i giudici nazionali pienamente liberi di rimettere alla Corte qualunque questione, in qualsiasi fase del processo (purché prima della sua definizione), che gli stessi ritengano rilevante ai fini della risoluzione del caso.
La sottoposizione alla Corte di tale questione permette, tuttavia, all'Avvocato Generale Bobek prima e, successivamente, alla Corte stessa di tornare sulla dottrina CILFIT, secondo cui un giudice nazionale di ultima istanza <<può essere esonerato da tale obbligo solo quando abbia

constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi>> (punto 33 ; v. sentenza CILFIT nel caso C-283/81 del 6 ottobre 1982).
Quanto alla distinzione tra interpretazione e applicazione delle norme dell'Unione europea, è utile richiamare alcuni esempi, ripresi dalle conclusioni dell'AG Bobek - punto 141- al fine di chiarirne la dimensione concreta, là dove aveva avanzato una proposta di revisione complessiva e meno rigida della giurisprudenza CILFIT.
Si consideri, ad esempio, la nozione di circolazione dei veicoli rilevante con riferimento all'obbligo di assicurazione di cui all'art. 3 della direttiva 2009/103/CE: la Corte, inizialmente chiamata a interpretare tale nozione, la definiva come <<qualunque uso di un veicolo che sia conforme alla funzione abituale dello stesso>> (CGUE, Sentenza del 4 settembre 2014, C-162/13, Vnuk, punto 59). In seguito, la Corte veniva chiamata a statuire se a tale nozione potessero essere ricondotte le seguenti (e altre simili) circostanze: <<la manovra di un trattore nel cortile di una casa colonica per immettere in un fienile il rimorchio di cui è munito>> (in Vnuk C-162/13, punto 59); <<una situazione in cui il passeggero di un veicolo fermo in un parcheggio, nell'aprire la portiera del suddetto veicolo, ha urtato e danneggiato il veicolo parcheggiato accanto ad esso>> (in Rodrigues de Andrade, C-514/16, p. 42); o ancora, una <<situazione (...) nella quale un veicolo parcheggiato in un garage privato di un immobile, utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto, abbia preso fuoco (…), malgrado il fatto che detto veicolo non fosse stato spostato da più di 24 ore prima del verificarsi dell'incendio>> (in BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, p. 48).
La prima operazione concettuale – che prevede di elaborare una norma a partire da un testo, la disposizione normativa– è quella dell'interpretazione, mentre la seconda – di verifica della riconducibilità di un fatto a uno schema normativo – è quella propria dell'applicazione (sussunzione). L'AG Bobek, nelle sue conclusioni suggeriva di delegare, di regola, tale seconda operazione alle Corti nazionali, senza più dovere investire la Corte, a parte ipotesi peculiari.
A tal riguardo, la Corte, pur non prendendo posizione rispetto al suggerimento dato dall'Avvocato Generale, mantiene l'impostazione della giurisprudenza CILFIT, confermando la duplice funzione dell'(obbligo di) rinvio pregiudiziale di assicurare <<al diritto dell'Unione la stessa efficacia in tutti gli Stati membri e prevenire così divergenze interpretative>> e di fornire <<ai giudici nazionali, in quanto incaricati dell'applicazione del diritto dell'Unione, gli elementi d'interpretazione di tale diritto loro necessari per risolvere la controversia che essi sono chiamati a dirimere>> (punti 28 e 30).
Peraltro, la scelta di non prendere in considerazione la proposta dell'Avvocato Generale di limitare l'obbligo di rinvio alle sole questioni interpretative, e non anche applicative, del diritto europeo e, tra queste, solo a quelle di natura generale o generalizzabile, appare coerente con la volontà di mantenere l'accesso alla giurisdizione della Corte il più ampio possibile. Riferire tale

duplice funzione - di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea- allo strumento del rinvio pregiudiziale comporta, però, con ogni evidenza, l'aumento delle questioni riferite alla Corte e, con esse, il carico di lavoro della stessa, finora affrontato mediante innovazioni organizzative e non già attinenti alle modalità di accesso alla giurisdizione della Corte, tendenza che sembrerebbe confermata dalla Corte nella sentenza in commento.

Una seconda statuizione, di carattere non meno rilevante, attiene alla necessità, per il giudice nazionale che non operi il rinvio pregiudiziale, di motivare adeguatamente sul punto. Ciò deriva dalla lettura, operata dalla Corte, e suggeritale dall'AG, dell'art. 267 TFUE alla luce dell'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale onere si deve ritenere soddisfatto solo ove il giudice nazionale indichi specificatamente la ragione per la quale ha ritenuto sussistente una delle eccezioni all'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Ciò al fine di porre un argine alla prassi delle Corti nazionali, di recente evidenziata dalla direzione per le ricerche bibliografiche della Corte, e nota anche in dottrina, di escludere l'obbligo di procedere al rinvio adducendo a supporto affermazioni alquanto apodittiche, ad esempio limitandosi a ravvisare l'assenza di ogni ragionevole dubbio in ordine all'interpretazione da darsi.

Sotto tale profilo la Corte si allinea, pur non citandola, alla giurisprudenza della Corte EDU (v. *Dhaby c. Italia*, sentenza del 8 aprile 2014, ricorso n. 17120/09, p. 33 e 34), che rinviene nell'omessa motivazione sulla questione pregiudiziale una violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU. A tale riguardo, la Corte europea di Strasburgo, in questa pronuncia che attiene propriamente al diritto dell'Unione europea ricorda che già una giurisprudenza precedente (nella causa *Vergauwen c. Belgio* dd. 10 aprile 2012, n. 4832/04, punti 89-90) aveva riconosciuto la sussistenza di un obbligo, per le giurisdizioni interne, ed in particolare per quelle di ultima istanza, di motivare le decisioni in base alle quali viene rifiutata la richiesta di porre una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia europea; obbligo che discende anche dall'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per cui dall'assenza di giustificazioni o motivazioni per detto rifiuto discende una violazione del principio dell'equo processo di cui all'art. 6 c. 1 della CEDU.

Infine, la Corte fonda la necessità di un rinvio pregiudiziale, al punto 49, sulla circostanza della sussistenza di divergenti orientamenti giurisprudenziali in Stati membri diversi (specie se portati all'attenzione del giudice ad opera delle parti in causa), sussistendo in tal caso una forte presunzione in ordine all'impossibilità, per il giudice nazionale, di raggiungere quel convincimento oltre ogni ragionevole dubbio che gli si richiede al fine di sollevarlo dall'obbligo di rinvio pregiudiziale. Questo al netto della considerazione, svolta al punto 48, per la quale la mera esistenza di varie possibili interpretazioni di una disposizione non obblighi il giudice ad operare il rinvio: ciò nella misura in cui solo una di esse risulti, secondo il convincimento - soggettivo - del giudice nazionale, tuttavia sufficientemente plausibile.

Sul piano del diritto interno, relativamente a un profilo del tutto estraneo alla questione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale qui in discussione, gravante sul giudice del diritto, ma cionondimeno incidente sulla pregnanza di tale obbligo, si segnala l'importanza del pronunciamento n. 108/2008 della Corte Costituzionale che, discostandosi da precedenti orientamenti di segno contrario, ha ritenuto che anche il giudice delle leggi sia tenuto a ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale poiché, qualora non si ritenesse legittimato al rinvio nei giudizi in via d'azione provocherebbe <<un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario quale interpretato dalla Corte di giustizia CE >>, inaugurando così un nuovo corso nell'interpretazione dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea (cfr. da ultimo, anche Ordinanze 18 novembre 2021, nn. 216 e 217 della Corte costituzionale in tema di esecuzione di mandato di arresto europeo).

Quanto alla possibile sussistenza di una doppia pregiudiziale – costituzionale e comunitaria – ove sia coinvolta l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Cdfue), nella sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019 la Corte costituzionale chiarisce che «Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (§ 2.3. del Considerato in diritto), in ciò spazzando ogni incertezza nata nel contesto dell'*obiter dictum* della precedente sentenza n. 269/17 della Corte costituzionale che stabiliva la priorità della questione costituzionale e interna su quella pregiudiziale europea.

Tuttavia, va rammentato che fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 14 dicembre 2017 l'ordine di trattazione delle questioni di legittimità costituzionale e di legittimità comunitaria era assolutamente chiaro. Una giurisprudenza granitica – onomatopeica alla sentenza Granital di cui a Corte cost. 4 luglio 2007 n. 284, dalla quale prende origine – offriva un meccanismo semplice e lineare di regolazione dell'ordine di trattazione delle questioni di legittimità costituzionale e delle questioni di conformità al diritto dell'Unione europea dotato di effetto diretto. Quando una norma nazionale destava dubbi di compatibilità sia con la Costituzione sia con il diritto dell'Unione europea, il treno per Lussemburgo aveva sempre la precedenza sul treno per Roma. Poi, la sentenza n. 20/2019, ribaltando l'impostazione della sentenza n. 269/17 che intendeva assegnare la precedenza al treno per Roma, ha lasciato ampio margine di apprezzamento al giudice comune nel decidere su quale treno far partire per primo in caso di doppia pregiudiziale.

La sentenza della Corte di Giustizia qui in esame, peraltro, rafforzando la dottrina CILFIT in tema di obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune, rischia di capovolgere ancora questo equilibrio interno nel rapporto tra giudice del diritto e giudice delle leggi, riportando il sistema alla sentenza Granital, soprattutto per quanto riguarda il giudice di ultima istanza.

Art. 102 TFUE

ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE - DISPARITÀ DI TRATTAMENTO CHE GOOGLE LLC RISERVAVA AI SERVIZI DI SHOPPING COMPARATIVO SUL PROPRIO MOTORE DI RICERCA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Tribunale, 10 novembre 2021, Google c. Commissione (Caso T-612/17).

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250881&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=221146

CLASSIFICAZIONE

Art. 102 TFUE - Abuso di posizione dominante – Disparità di trattamento su motore di ricerca Google - Rigetto del ricorso proposto da Google LLC avverso il provvedimento con cui la Commissione europea aveva irrogato nei suoi confronti una sanzione per abuso di posizione dominante.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art.102 TFUE; Art. 31 REGOLAMENTO (CE) N. 1/2003.

Norme rilevanti dell'ordinamento italiano: artt. 41 e 117, co. 2, lett. e) Cost.; artt. 1 e 3, legge 10 ottobre 1990 , n. 287.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE richiamate

Europemballage and Continental Can v Commission, C-6/72; *Hoffmann-La Roche v Commission*, C-85/76; *AKZO v Commission*, C-62/86; *Bronner* C-7/97; *AstraZeneca v Commission*, T-321/05; *Deutsche Telekom v Commission*, C-280/08; *TeliaSonera Sverige*, C-52/09; *Post Danmark*, C-209/10; *Tomra Systems and Others v Commission*, C-549/10; *Intel v Commission*, C-413/14; *Infineon Technologies v Commission*, C-99/17.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Tribunale, 10 novembre 2021*, Google c. Commissione* (Caso T-612/17).

Abstract

Il Tribunale dell'Unione Europea ha rigettato il ricorso presentato da Google LLC avverso il

provvedimento con cui la Commissione europea aveva irrogato nei suoi confronti una sanzione per abuso di posizione dominante. Il Tribunale, una volta rilevata la posizione dominante di Google all'interno del mercato di riferimento (quello dei servizi di shopping comparativo), ha confermato le valutazioni effettuate dalla Commissione relativamente all'accertamento e alla sanzione dell'illecito concorrenziale. Nello specifico, la condotta abusiva contestata – ritenuta dannosa per la concorrenza – si sostanziava in una disparità di trattamento che Google LLC riservava ai servizi di shopping comparativo sul proprio motore di ricerca. Sulle pagine di ricerca "generiche", difatti, Google collocava in posizione preferenziale il proprio servizio comparativo ("Google shopping"), per il solo fatto di essere proprietario di detto servizio, operando quindi una illecita disparità di trattamento. Il Tribunale, nell'esercizio della propria giurisdizione estesa al merito, ha confermato anche la quantificazione della sanzione fatta dalla Commissione.

FATTO

Il 30 novembre 2010, a seguito di diverse segnalazioni da parte di altri operatori, la Commissione europea ha avviato un procedimento di accertamento e di contestazione di un illecito anticoncorrenziale nei confronti di Google LLC. Con la contestazione, la Commissione sosteneva che Google LLC avesse riservato una disparità di trattamento agli operatori attivi nell'ambito del mercato dei servizi di shopping comparativo (SSC). Secondo la Commissione, una volta avviata una ricerca generica su un prodotto, gli annunci pubblicitari di SSC degli altri operatori venivano mostrati dal motore di ricerca in modo meno "attraente" sulle pagine dei risultati. Oltretutto, gli ultimi annunci venivano persino restituiti da Google in modo generico, senza riportare le icone ma riducendoli soltanto ad un collegamento link. Al contrario, il trattamento riservato da Google al proprio SSC (denominato *Google shopping*) era ben più favorevole, dal momento che gli annunci comparivano sempre prima degli altri e constavano di un *layout* più "attraente". A seguito del contraddittorio aperto con l'interessata, il 27 giugno 2017, la Commissione ha concluso la procedura e ha adottato una decisione con cui ha accertato un abuso di posizione dominante da parte di Google e l'ha condannata a pagare una sanzione pecuniaria di 2.424.495.000 €.

L'IMPUGNAZIONE DI GOOGLE LLC

Google LLC ha impugnato, ai sensi dell'art. 263 TFUE, la decisione della Commissione, formulando sei motivi di censura, essenzialmente incentrati sulla violazione dell'art. **102 TFUE** per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Con i primi due motivi di ricorso, Google sostiene di non aver riservato un trattamento illecitamente preferenziale al proprio SSC. Con il terzo motivo, Google sostiene che la propria condotta sia stata ininfluente nell'orientare il traffico dell'utenza verso il proprio SSC. Con il quarto motivo, Google contesta gli effetti dannosi per la concorrenza che le sono stati addebitati dalla Commissione, sostenendo invece di aver prodotto effetti pro-concorrenziali. Con il quinto

motivo, Google sostiene che il proprio algoritmo incentivava una concorrenza basata sui meriti e, quindi, non poteva essere abusivo. Con il sesto motivo, Google contesta l'*an* e il *quantum* della sanzione irrogata dalla Commissione.

LA DECISIONE DEL TRIBUNALE

Il Tribunale adito ha preliminarmente chiarito di esercitare in questa materia una giurisdizione piena estesa al merito, grazie al combinato disposto dell'art. 261 TFUE e dell'art. art. 31 del Regolamento (CE) N. 1/2003, il quale dispone che, riguardo agli illeciti anti-concorrenziali, "[l]*a Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora*".

La decisione del Tribunale si articola poi in quattro snodi argomentativi.

In primo luogo, il Tribunale ha concentrato il proprio sindacato sulla **natura anticoncorrenziale** della condotta tenuta da Google. Essendo pacifico che quest'ultima riveste una posizione dominante nel mercato degli SSC (per pacifica ammissione della stessa, come rilevato al punto 119), il Tribunale ha tratto le necessarie conseguenze del caso. Difatti, per giurisprudenza costante, un'impresa dominante ha la responsabilità speciale di evitare che con il proprio comportamento essa alteri il genuino andamento concorrenziale del mercato di riferimento (*Intel v Commission*, C-413/14 punto 135).

D'altra parte, però, tale responsabilità speciale può sorgere in corrispondenza di condotte che, alla luce del diritto dei Trattati (ma anche nazionale), sono atipiche. L'elenco stilato all'art. 102, par. 2, TFUE, riveste infatti carattere esemplificativo e non esaustivo (*Europemballage and Continental Can v Commission*, C-6/72, punto 26). Per tale ragione, è necessario valutare la natura abusiva della condotta nel caso concreto, fermo restando che la nozione di "abuso" riveste nell'ordinamento europeo un carattere oggettivo (*Hoffmann-La Roche v Commission*, C-85/76, punto 91), essendo associata a tutte quelle condotte "escludenti" che *de facto* riducono il grado di concorrenza in un determinato mercato o ne limitano l'espansione. Peraltro, non ogni effetto escludente è dannoso per la concorrenza, giacché la concorrenza fisiologica ha come ovvio corollario proprio l'uscita da un mercato delle imprese meno competitive. La condotta punita ai sensi dell'art. 102 TFUE è dunque soltanto quella che produce un effetto restrittivo adottando metodi che si allontanano da quelli del normale gioco concorrenziale (*Post Danmark*, C-209/10, punto 24). Sulla base di questi principi, il Tribunale ha stabilito che la condotta tenuta da Google fosse anti-concorrenziale, perché produceva un effetto escludente per ragioni avulse dalle dinamiche del normale mercato concorrenziale.

Nello specifico, il Tribunale ha rilevato come il motore di ricerca di Google costituisca oggi una sorta di ***essential facility***, dal momento che il servizio offerto non pare pienamente sostituibile. Tuttavia, nel caso di specie, non viene in rilievo la giurisprudenza in materia di obbligo a contrarre, tipicamente riferibile agli operatori che godono di monopoli naturali (*Bronner* C-7/97).

In questo caso, la condotta abusiva è di tipo attivo (non omissivo, come nel rifiuto a contrarre) e consiste in una disparità di trattamento nei confronti degli SSC diversi da Google shopping.
Nel secondo snodo argomentativo, il Tribunale ha esaminato gli **effetti dannosi** per il mercato prodotti dalla condotta abusiva tenuta da Google. Tale esame è necessario perché, in base alla giurisprudenza della CGUE, per l'impresa in posizione dominante è sempre possibile offrire la prova contraria rispetto all'effettiva lesività della propria condotta escludente (*TeliaSonera Sverige*, C-52/09, punto 68). Nel caso di specie, il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione, la quale aveva accertato come il traffico verso gli SSC derivasse per la maggior parte dal motore di ricerca di Google e come quindi la disparità di trattamento avesse inciso su tale traffico. In altri termini, tale assunto riflette proprio la natura simil-monopolistica del motore di ricerca Google.
Al terzo punto, il Tribunale ha escluso che, nel caso di specie, potessero esservi **cause di giustificazione** per la condotta abusiva tenuta da Google. Difatti, in base alla giurisprudenza della CGUE (*Post Danmark*, C-209/10, punti 40 e 41), un'impresa in posizione dominante può sempre dimostrare che la propria condotta sia stata determinata dallo stato di necessità (per ragioni tecniche o commerciali) oppure che abbia prodotto benefici per i consumatori ultimi.
Il Tribunale, tuttavia, ha chiarito che tali circostanze non ricorrono nel caso di specie. Anche ammettendo che fosse tecnicamente impossibile per Google creare un algoritmo "neutro", - circostanza in ogni caso contestata dalla Commissione – comunque non si capisce per quale motivo fosse impossibile adottare meccanismi "correttivi" in caso di disparità di trattamento. Sarebbe stato onere di Google allegare e provare tale impossibilità oggettiva, cosa che è mancata nel caso di specie (*AstraZeneca v Commission*, T-321/05, punto 686). Inoltre, il Tribunale ha escluso altresì che siano stati dimostrati effetti benefici per i consumatori.
Infine, nell'esercizio della propria giurisdizione piena di merito, il Tribunale ha altresì affrontato il problema dell'ammontare della **sanzione pecuniaria** irrogata.
In primo luogo, Google sostiene che la sanzione non dovesse essere irrogata, dal momento che la condotta censurata era inedita nel panorama giurisprudenziale e nella prassi della Commissione. In altri termini, non essendo prevedibile la violazione, mancava l'elemento psicologico per configurare l'illecito in capo alla società. Sul punto, il Tribunale ha risposto che, conformemente alla giurisprudenza della CGUE, la novità di una questione può essere presa in considerazione ai fini della quantificazione di una sanzione, ma non costituisce un elemento impeditivo all'irrogazione della stessa (*AKZO v Commission*, C-62/86, punto 163).
In secondo luogo, relativamente alla quantificazione del danno, il Tribunale ha ritenuto corretto il calcolo effettuato dalla Commissione, giudicandolo proporzionato alla gravità dell'illecito contestato. La sanzione, infatti, dev'essere commisurata alle circostanze del caso concreto, vagliando l'effetto dissuasivo della stessa sulla condotta contestata e seguendo altri criteri indicati in modo esemplificativo dalla giurisprudenza della CGUE (*Deutsche Telekom v Commission*, C-280/08 punto 273; *Tomra Systems and Others v Commission*, C-549/10 punto

107; *Infineon Technologies v Commission*, C-99/17 punto 198). Nel caso specifico, il Tribunale ha ritenuto determinante il fatto che, in base a precisi indici sintomatici, la condotta tenuta da Google fosse risultata dolosamente preordinata ad escludere dal mercato gli altri SSC.
Per tali ragioni, il ricorso formulato da Google è stato respinto.

AREA CIVILE

REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE

DIRETTIVA 2002/58/CE

TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – DIRETTIVA 2002/58/CE – RISERVATEZZA DELLE COMUNICAZIONI - CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI DATI RELATIVI AL TRAFFICO ED ALL'UBICAZIONE FINALIZZATA ALLA PREVENZIONE, RICERCA, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DEI REATI – CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE – CONSERVAZIONE MIRATA NON DISCRIMINATORIA IN FUNZIONE DI CATEGORIE DI PERSONE O MEDIANTE CRITERIO GEOGRAFICO – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE RAPIDA DI DATI – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI SOLI INDIRIZZI IP E DEI DATI RELATIVI ALL'IDENTITÀ DEGLI UTENTI – AMMISSIBILITÀ.

ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER IL PERSEGUIMENTO DI REATI GRAVI – NECESSITÀ DI CONTROLLO PREVENTIVO EFFETTUATO DA AUTORITÀ IN POSIZIONE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA.

NORMATIVA NAZIONALE SULLA CONSERVAZIONE GENERALIZZATA ED INDIFFERENZIATA DEI DATI INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE - UTILIZZAZIONE COME ELEMENTI DI PROVA DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE CONSERVATI – VALUTAZIONE RISERVATA AL DIRITTO NAZIONALE NEL RISPETTO DEI PRINCIPI DI EQUIVALENZA ED EFFETTIVITÀ.

Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 5 aprile 2022 – C-140/20 – G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General.

HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT_PRINT.JSF?DOCID=257242&TEXT=&DIR=&DOCLANG=IT&PART=1&OCC=FIRST&MODE=REQ&PAGEINDEX=0&CID=2311512

CLASSIFICAZIONE

Trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche – Direttiva 2002/58/CE – Riservatezza delle comunicazioni - Forniture di servizi di comunicazione elettronica – **Conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati** relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione finalizzata alla **prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati** – **Contrasto con il diritto dell'Unione – Conservazione mirata** non discriminatoria in funzione di categorie di persone o mediante criterio geografico – **Ammissibilità** – **Conservazione rapida** di dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione trattati e memorizzati dai fornitori – **Ammissibilità** – **Conservazione generalizzata e indifferenziata dei soli indirizzi IP e dei dati relativi all'identità degli utenti** – **Ammissibilità.**

Accesso delle autorità nazionali ai dati conservati per il perseguimento di reati gravi – Necessità di controllo preventivo effettuato da autorità in posizione di terzietà ed indipendenza

– **Autorizzazione concessa da funzionario di polizia** che gode di una certa autonomia – **Controllo giurisdizionale a posteriori** – **Contrasto** con il diritto dell'Unione.

Normativa nazionale sulla conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati incompatibile con il diritto dell'Unione – **Possibilità per un giudice nazionale di limitare gli effetti nel tempo di una declaratoria di invalidità** della stessa – **Esclusione** – **Utilizzazione come elementi di prova** dei dati illegittimamente conservati – **Valutazione riservata al diritto nazionale** nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

RIFERIMENTI NORMATIVI ORDINAMENTO EUROUNITARIO

Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002 (come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009) relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche: **art. 15, par. 1**

Direttiva 2006/24/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, di modifica della dir. 2002/58/CE (poi annullata dalla Corte di giustizia con sent. Grande Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*)

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: **artt. 7, 8, 11, 52, par. 1**

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

Art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice della privacy)

Art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 30 settembre 2021, n. 132, conv., con modiff., dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI.

Sentenze della Corte di Giustizia.

Grande Sez., 2 marzo 2021, ***U.K. c. Prokuratuur*** (C-746/18); 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 Swerige AB e a.* (C-203/15 e C-698/15); Grande Sez., 8 aprile 2014, ***Digital Rights Ireland Ldt e a.*** (C-293/12 e C-594/12).

Riferimenti giurisprudenziali Corte di cassazione penale.

Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.; Sez. 3, n. 11991 del 31/01/2022, Novellino, n.m.; Sez. 6, n. 9204 del 01/03/2022, Cannata e aa., n.m.; Sez. 5, n. 8968 del 24/02/2022, Fusco, n.m.; Sez. 6, n. 6618 del 03/12/2021, dep. 2022, Voci, n.m.; Sez. 2, n. 3750 del 12/11/2021, dep. 2022, PmT c/ignoti, n.m.; Sez. 5, n. 1054 del 06/10/2021, dep. 2022, Valea Stefan Petru, Rv. 282532; Sez. 5, n. 45275 del 26/10/2021, PMT c/ignoti, Rv. 282287; Sez. 2, n. 5741 del

10/12/2019, dep. 2020, Dedej, Rv. 278568; Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, R., Rv. 277353; Sez. 5, n. 33851 del 24/04/2018, M., Rv. 273892; Sez. 3, n. 36380 del 19/04/2019, D'Addiego, n.m.; Sez. 5, n. 7265 del 25/01/2016, Nucera, Rv. 267144; Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, dep. 2015, Geronzi e aa., Rv. 263805; Sez. 1, n. 37212 del 28/04/2014, Liuzzi e aa., Rv. 260589.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20, G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General.

ABSTRACT

In tema di conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale la quale consenta, a titolo preventivo, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce alla sicurezza pubblica. Nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali dettate da norme chiare e precise, idonee ad apprestare garanzie effettive contro il rischio di abusi, la disciplina eurounitaria non impedisce: la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione che sia delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile; la conservazione generalizzata e indifferenziata dei soli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, e dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica; il ricorso ad un'ingiunzione rivolta ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mediante una decisione dell'autorità competente soggetta a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, per un periodo determinato, alla conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui dispongono tali fornitori di servizi.

Richiedendosi il controllo preventivo di un'autorità terza ed indipendente, il diritto dell'Unione osta altresì ad una normativa nazionale che, nell'ambito della ricerca e del perseguimento di reati gravi, attribuisca ad un funzionario di polizia, pur dotato di sufficiente grado di autonomia, la potestà di autorizzare l'accesso ai dati medesimi, anche se sia previsto un controllo giurisdizionale a posteriori.

Rispetto ad una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati, il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti della declaratoria di invalidità per contrasto con il diritto dell'Unione.

Spetta tuttavia al diritto nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, stabilire le regole relative all'ammissibilità ed alla valutazione processuale degli elementi di prova eventualmente ottenuti mediante l'accesso a tali dati.

1. IL CASO.

La **domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte Suprema dell'Irlanda** - verte sull'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11, nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza). Tale domanda è stata presentata **nell'ambito di una controversia che oppone G.D. – condannato in primo grado alla pena dell'ergastolo per omicidio volontario, anche in forza di prove tratte dall'analisi dei dati relativi al suo traffico telefonico ed all'ubicazione degli apparecchi utilizzati – alle autorità irlandesi** (il Capo della polizia nazionale; il Ministro delle comunicazioni, dell'energia e delle risorse naturali; il Consulente giuridico del Governo).

In pendenza del giudizio penale d'appello, G.D. ha intentato presso la Alta Corte dell'Irlanda un **procedimento volto a far dichiarare l'invalidità della legge nazionale del 2011, attuativa della dir. 2002/58/CE, nella parte in cui consente la conservazione generalizzata ed indifferenziata di dati di traffico telefonico e l'accesso agli stessi per finalità di giustizia penale in forza di un provvedimento adottato da un funzionario di polizia**, dotato di una certa autonomia, con possibilità di controllo giurisdizionale solo a posteriori.

A fronte dell'accoglimento della domanda di invalidità di talune disposizioni della legge nazionale da parte dell'Alta Corte, le citate Autorità irlandesi hanno proposto appello alla Corte Suprema, giudice del rinvio.

2. LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI SOTTOPOSTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Il giudice del rinvio rileva che solo una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione consente di lottare, in maniera efficace, contro la criminalità grave, cosa che una conservazione mirata e una conservazione rapida (*quick freeze*) non consentirebbero di fare. Quanto all'accesso ai dati, si sottolineano le garanzie assicurate nel diritto nazionale dal sistema di richiesta gestito da un'autonoma unità della polizia, tenuta a valutare la necessità e la proporzionalità delle domande e la cui decisione può essere sottoposta ad un successivo controllo giurisdizionale. Infine, il giudice del rinvio si interroga sulla portata e sugli effetti nel tempo di un'eventuale dichiarazione di non conformità della legge del 2011 al diritto dell'Unione e reputa che una siffatta dichiarazione potrebbe valere solo per il

futuro, posto che, altrimenti, la ricerca e il perseguimento dei reati gravi in Irlanda, nonché la situazione di persone già giudicate e condannate, potrebbero risultare seriamente compromessi. Vengono quindi proposte **sei questioni pregiudiziali**:

1) se un regime generale o universale di conservazione dei dati, anche soggetto a rigorose restrizioni in materia di conservazione e accesso, sia di per sé contrario alle disposizioni dell'articolo 15 dir. 2002/58, per come interpretate alla luce della Carta di Nizza;

2) se, nel valutare la concessione di una declaratoria di incompatibilità di una misura nazionale attuata ai sensi della dir. 2006/24 e che prevede un regime generale di conservazione dei dati (soggetto ai necessari rigorosi controlli in materia di conservazione e/o di accesso) e, in particolare, nel valutare la proporzionalità di tale regime, un giudice nazionale possa tener conto della circostanza che i dati possono essere legalmente conservati da prestatori di servizi per fini commerciali propri e potrebbe essere richiesta una loro conservazione per motivi di sicurezza nazionale esclusi dalle disposizioni della dir. 2002/58;

3) nel valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione e, in particolare, con i diritti della Carta, di una misura nazionale di accesso ai dati conservati, quali criteri dovrebbe applicare un giudice nazionale per stabilire se un siffatto regime di accesso preveda il necessario controllo preventivo indipendente e se, nell'ambito di tale valutazione, si possa tener conto dell'esistenza di un controllo *ex post* di natura giurisdizionale o indipendente;

4) in ogni caso, se un giudice nazionale sia tenuto a dichiarare l'incompatibilità di una misura nazionale con le disposizioni dell'art. 15 dir. 2002/58, qualora tale misura nazionale preveda un regime generale di conservazione dei dati ai fini della lotta contro reati gravi e laddove il giudice nazionale abbia concluso, sulla base di tutti gli elementi di prova disponibili, che tale conservazione sia al contempo indispensabile e strettamente necessaria al raggiungimento dell'obiettivo della lotta contro reati gravi;

5) qualora un giudice nazionale sia tenuto a dichiarare l'incompatibilità di una misura nazionale rispetto alle disposizioni dell'art. 15 dir. 2002/58, come interpretate alla luce della Carta, se tale giudice abbia il diritto di limitare gli effetti nel tempo di tale declaratoria, ove ritenga che, in caso contrario, ciò comporterebbe un "conseguente grave disordine e un danno all'interesse pubblico";

6) se un giudice nazionale, chiamato a dichiarare l'incompatibilità della legislazione nazionale con l'articolo 15 dir. 2002/58, e/o a disapplicare tale legislazione e/o a dichiarare che l'applicazione di tale legislazione ha violato i diritti di un singolo, sia nell'ambito di un procedimento avviato al fine di agevolare un dibattito sull'ammissibilità delle prove nell'ambito di un procedimento penale che in altro ambito, possa essere autorizzato a rifiutare l'emissione di tale provvedimento in relazione ai dati conservati in applicazione della disposizione nazionale adottata nel rispetto dell'obbligo di cui all'articolo 288 TFUE di introdurre fedelmente nel diritto nazionale le disposizioni di una direttiva, o a limitare l'efficacia di tale declaratoria al periodo

successivo alla dichiarazione di invalidità della dir. 2006/24 da parte della Corte di giustizia con sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland e a*.

3. LE *RATIONES DECIDENDI.*

3.1. Nell'esaminare congiuntamente **le questioni prima, seconda e quarta**, la Corte, confermando un orientamento giurisprudenziale già consolidato, riafferma la sussistenza di una chiara frizione tra il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 – letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta – e una normativa nazionale che preveda, a titolo preventivo, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione afferenti alle comunicazioni elettroniche, per finalità di lotta alla criminalità grave.

Adottando la direttiva 2002/58, il legislatore dell'Unione: da un lato, ha ricordato agli Stati membri che essi sono tenuti a garantire, mediante la loro legislazione nazionale, la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite una rete pubblica di comunicazione e di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché la riservatezza dei relativi dati sul traffico; dall'altro lato, ha riconosciuto agli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica il diritto di attendersi, in linea di principio, che le loro comunicazioni e i dati a queste correlati, in mancanza del loro consenso, rimangano anonimi e non possano essere registrati in ossequio al principio del **divieto della memorizzazione da parte dei terzi**.

Tuttavia, tale aspettativa di riservatezza non è, e non può essere, assoluta, in quanto sussistono degli obiettivi idonei a giustificare una limitazione di detti diritti e obblighi previsti dagli artt. 5, 6 e 9 dir. 2002/58: la Corte ha già dichiarato che l'**elenco degli obiettivi** di cui all'art. 15, par. 1, prima frase, ha **carattere tassativo**, di modo che una misura legislativa adottata ai sensi di detta disposizione debba rispondere in modo effettivo e rigoroso ad uno di questi. Inoltre, dall'art. 15, par. 1, terza frase, dir. 2002/58 risulta che le misure adottate dagli Stati membri ai sensi di tale disposizione debbano essere **conformi ai principi generali del diritto dell'Unione**, ove figura il **principio di proporzionalità**, e assicurare il **rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta**. A tal riguardo la Corte ha già affermato che la conservazione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione costituisce, di per sé, da un lato, una deroga al divieto, previsto dall'arti. 5, par. 1, dir. 2002/58, per qualsiasi persona diversa dagli utenti di memorizzare tali dati e, dall'altro, un'ingerenza nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta, a prescindere dalla circostanza che le informazioni relative alla vita privata di cui trattasi abbiano o meno un carattere sensibile, che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a siffatta ingerenza o che i dati conservati siano o meno utilizzati successivamente (sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*).

A riguardo si precisa che **la conservazione di tali dati e l'accesso ad essi costituiscono ingerenze distinte nei diritti fondamentali** garantiti dagli artt. 7 e 11 della Carta, che richiedono una **giustificazione altrettanto distinta**, ai sensi dell'articolo 52, par. 1, della stessa.

Tali diritti non appaiono quali prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro **funzione sociale**: le limitazioni al loro esercizio potranno realizzarsi solo se previste dalla legge, purché si rispetti il loro contenuto essenziale e, in ossequio al principio di proporzionalità, sempre che tali limitazioni siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Di fronte a questi diversi obblighi positivi, occorre quindi procedere al **contemperamento dei diversi interessi legittimi e diritti in gioco**.

In tale contesto, dalla formulazione stessa dell'art. 15, par. 1, prima frase, dir. 2002/58 discende che gli Stati membri possono adottare una misura che deroga al principio di riservatezza qualora tale misura sia strettamente «**necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica**». La necessità di disporre di siffatte garanzie è tanto più importante allorché i dati personali sono soggetti a **trattamento automatizzato**, in particolare quando esiste un rischio considerevole di accesso illecito ai dati stessi.

Richiamando la giurisprudenza pregressa la Corte ammette che, secondo il principio di proporzionalità, esiste una **gerarchia tra tali obiettivi di interesse generale** in funzione della loro rispettiva importanza e che l'importanza stessa dell'obiettivo perseguito da una simile misura debba essere rapportata alla gravità dell'ingerenza che ne risulta.

In quest'ottica ha affermato che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, non osta a misure legislative che consentano, a fini di **salvaguardia della sicurezza nazionale**, il ricorso a un'ingiunzione che imponga ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere a una **conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione**, in situazioni nelle quali lo Stato membro interessato affronti una **minaccia grave per la sicurezza nazionale che risulti reale e attuale o prevedibile**, ove il provvedimento che prevede tale ingiunzione possa essere oggetto di un controllo effettivo, da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente, la cui decisione sia dotata di effetto vincolante, diretto ad accertare l'esistenza di una di tali situazioni nonché il rispetto delle condizioni e delle garanzie che devono essere previste, e detta ingiunzione possa essere emessa solo per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma sia rinnovabile in caso di persistenza di tale minaccia.

Mentre, per quanto riguarda l'**obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati**, la Corte ha rilevato che, conformemente al principio di proporzionalità, solo la lotta alle forme gravi di criminalità e la prevenzione di minacce gravi alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti agli arttt. 7 e 8 della Carta.

È sulla base di questo sostrato che viene respinto l'argomento secondo cui la criminalità particolarmente grave potrebbe essere assimilata a una minaccia per la sicurezza nazionale che si riveli reale e attuale o prevedibile e che sia in grado di giustificare, per un periodo limitato, una misura di conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Infatti, l'obiettivo di preservare la sicurezza nazionale corrisponde all'interesse primario di tutelare le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società mediante la prevenzione e la repressione delle attività tali da destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese, e in particolare da minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale. Una minaccia del genere si distingue per natura, gravità e specificità delle circostanze che la costituiscono, dal rischio generale e permanente rappresentato dal verificarsi di tensioni o di perturbazioni, anche gravi, della pubblica sicurezza o da quello di reati gravi.

Da questo logicamente discende che, **per quanto riguarda l'obiettivo della lotta alle forme gravi di criminalità**, la Corte ha statuito che una normativa nazionale che prevede, a tal fine, **la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione travalica i limiti dello stretto necessario e non può essere considerata giustificata in una società democratica.**

Per contro, la Corte stabilisce, in secondo luogo e confermando la propria giurisprudenza precedente, che il diritto dell'Unione non osta a misure legislative che prevedano, alle condizioni elencate nella sentenza, **ai fini della lotta alle forme gravi di criminalità e della prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica**:

- **la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione** in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico;
- **la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione**;
- **la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica**;
- la **conservazione rapida** (*quick freeze*) **dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui tali fornitori di servizi dispongono**.

La Corte fornisce, quindi, varie precisazioni riguardanti tali differenti categorie di misure.

In primis chiarisce che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, consente agli Stati membri di adottare, ai fini della lotta alle forme gravi di criminalità e della prevenzione di minacce gravi alla sicurezza pubblica, non solo misure che istituiscono una conservazione mirata e una conservazione rapida, ma anche misure che prevedano una **conservazione generalizzata e indifferenziata**, da un lato, dei **dati relativi all'identità civile degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica** e, dall'altro, degli **indirizzi IP attribuiti alla fonte di una connessione**.

In secondo luogo, per quanto riguarda le misure legislative che prevedono una **conservazione mirata** e una **conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione**, l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 non osta a una normativa nazionale fondata su elementi oggettivi e non discriminatori che permettano di prendere in considerazione **le persone i cui dati relativi al traffico e all'ubicazione sono idonei a rivelare una connessione, almeno indiretta, con atti di criminalità grave o a prevenire un grave rischio per la sicurezza pubblica o, ancora, un rischio per la sicurezza nazionale**.

In terzo luogo, le autorità nazionali competenti possono adottare una misura di **conservazione mirata** basata, invece, su un **criterio geografico**, qualora ritengano, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, che sussista, in una o più zone geografiche, una situazione caratterizzata da un rischio elevato di preparazione o di commissione di atti di criminalità grave, oppure lì dove il tasso medio di criminalità è particolarmente elevato, pur senza necessariamente disporre di indizi concreti relativi alla preparazione o alla commissione, nelle zone interessate, di atti di criminalità grave. Occorre poi rilevare che le zone geografiche interessate da siffatta conservazione mirata possono e, se del caso devono, essere modificate in funzione dell'evoluzione delle condizioni che ne hanno giustificato la selezione, consentendo così di reagire alle evoluzioni della lotta contro le forme gravi di criminalità; non a caso, la Corte ha già dichiarato che la durata delle misure di conservazione mirata non può eccedere quella strettamente necessaria alla luce dell'obiettivo perseguito e delle circostanze che le giustificano, fatto salvo un eventuale rinnovo a motivo della persistenza della necessità di procedere a una siffatta conservazione.

La Corte non esclude poi la possibilità di prevedere **criteri distintivi, oggettivi e non discriminatori, diversi** da quello personale o geografico per attuare una conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, ma, poiché l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 riguarda misure legislative degli Stati membri, è a questi ultimi e non alla Corte che spetta il compito di identificare siffatti criteri, fermo restando che non può trattarsi di reintrodurre, in tal modo surrettiziamente, una conservazione generalizzata e indifferenziata di tali dati.

Per quanto attiene, invece, alla **conservazione rapida di dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione** trattati e memorizzati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica sulla base degli articoli 5, 6 e 9 dir. 2002/58 o su quella di misure legislative adottate in forza dell'art. 15, par. 1, della direttiva medesima, occorre ricordare che simili dati devono, in linea di principio, essere cancellati o resi anonimi, a seconda dei casi, alla scadenza dei termini legali entro i quali devono intervenire, conformemente alle disposizioni nazionali che recepiscono detta direttiva, il loro trattamento e la loro memorizzazione. Tuttavia, la Corte ha stabilito che, durante il trattamento o la memorizzazione, possono presentarsi situazioni nelle quali si pone la necessità di conservare tali dati oltre i suddetti termini al fine di indagare su reati gravi o attentati alla sicurezza nazionale, e ciò sia quando tali reati o attentati abbiano già potuto essere accertati,

sia quando la loro esistenza possa essere ragionevolmente sospettata in esito ad un esame obiettivo di tutte le circostanze pertinenti. Conseguentemente gli Stati membri possono prevedere, in una normativa adottata sulla base dell'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, che specifichi il fine perseguito, la possibilità di ordinare ai fornitori di comunicazione elettronica, mediante un provvedimento dell'autorità competente soggetto a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, **per un periodo determinato**, alla conservazione rapida dei dati dei quali dispongono. Una misura del genere può, a scelta del legislatore e nel rispetto dei limiti dello stretto necessario, essere estesa ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione afferenti **a persone diverse da quelle sospettate di avere progettato o commesso un reato grave o un attentato alla sicurezza nazionale, purché tali dati possano contribuire, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, al suo accertamento**, quali i dati della vittima o del suo ambiente sociale o professionale, potendo essere estesa anche a **zone geografiche determinate, quali i luoghi della commissione e della preparazione del reato o dell'attentato alla sicurezza nazionale di cui trattasi.**

Esattamente sulla stessa lunghezza d'onda si colloca l'affermazione secondo cui l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 non osta a che le autorità nazionali competenti dispongano una misura di **conservazione rapida fin dalla prima fase dell'indagine** relativa a una minaccia grave per la sicurezza pubblica o a un eventuale atto di criminalità grave.

Tali diverse misure possono, a scelta del legislatore nazionale e nel rispetto dei limiti dello stretto necessario, essere applicate congiuntamente.

In ultimo luogo la Corte ha ribadito che, **l'accesso** a dati relativi al traffico e a dati relativi all'ubicazione conservati da fornitori in applicazione di una misura adottata ai sensi dell'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, **può in linea di principio essere giustificato solo dall'obiettivo di interesse generale per il quale tale conservazione è stata imposta ai fornitori**. La situazione è diversa solo se l'importanza dell'obiettivo perseguito dall'accesso supera quella dell'obiettivo che ha giustificato la conservazione. Orbene, qualora tali dati siano stati eccezionalmente conservati in maniera generalizzata e indifferenziata a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale da una minaccia che si riveli reale e attuale o prevedibile, le autorità nazionali competenti in materia di indagini penali non possono accedere a detti dati, salvo **privare di ogni effetto utile il divieto di procedere a una siffatta conservazione ai fini della lotta alla criminalità grave** nonché determinare un'**indubbia violazione di quella gerarchia degli obiettivi di interesse generale** nel cui ambito deve essere valutata la proporzionalità di una misura di conservazione, giustificando l'accesso sulla base di un obbiettivo di importanza minore rispetto a quello che ha giustificato la conservazione.

3.2. Nell'esaminare la **terza questione pregiudiziale**, la Corte ribadisce la propria consolidata giurisprudenza (da ultimo affermata nella decisione Grande Sez., 2 marzo 2021, *U.K. c. Prokuratuur*) secondo cui spetta al diritto nazionale stabilire le condizioni alle quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche devono accordare alle autorità nazionali competenti

l'accesso ai dati di cui essi dispongono. Tuttavia, **per soddisfare il requisito di proporzionalità**, tale normativa deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura in questione e fissino dei requisiti minimi, di modo che le persone i cui dati personali vengono in discussione dispongano di **garanzie sufficienti che consentano di proteggere efficacemente tali dati contro i rischi di abusi** in modo da assicurare che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario. La normativa nazionale in questione deve fondarsi su **criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni** in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati. In linea di principio, in relazione all'obiettivo della lotta alla criminalità, **l'accesso può essere consentito soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un reato grave, o anche di essere implicate** in una maniera o in un'altra in un illecito del genere. Tuttavia, in **situazioni particolari**, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l'accesso ai dati di altre persone può essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo. È poi essenziale garantire un **controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente** a seguito di una richiesta motivata delle autorità competenti per le procedure di prevenzione o di accertamento di reati. Soltanto in caso di urgenza debitamente giustificata, il controllo può avvenire a posteriori entro termini brevi. Quanto ai dati necessari ai fini di un'indagine penale, poiché il controllo sull'accesso deve garantire un giusto equilibrio tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità, da un lato, e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone dall'altro lato, **l'autorità che adotta la decisione deve avere la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati**. Essa, dunque, non deve essere coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e deve rivestire una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale.

Queste condizioni – osserva la Corte – **non si verificano nel caso di un funzionario di polizia, pur dotato di autonomia**, trattandosi di organo che non è terzo rispetto ai servizi di polizia investigativa che avanzano le richieste, mentre **un controllo giurisdizionale successivo non è sufficiente** a raggiungere gli obiettivi della Direttiva.

3.3. Nell'esaminare congiuntamente le **ultime due questioni pregiudiziali,** la Corte ha ribadito che, ove non sia possibile procedere ad un'interpretazione della normativa nazionale conforme, il **principio del primato del diritto dell'Unione** impone al giudice nazionale di garantire la piena efficacia del medesimo, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. **Solo la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di**

certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione e questo può avvenire soltanto nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta, ciò che non è accaduto nelle precedenti pronunce rese con riguardo all'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta. Il mantenimento degli effetti di una normativa nazionale, come la legge irlandese del 2011, incompatibile con tale disciplina implicherebbe che detta normativa continui ad imporre ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica obblighi che risultano contrari al diritto dell'Unione e comportano ingerenze gravi nei diritti fondamentali delle persone i cui dati sono stati conservati, sicché **il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti di una declaratoria di illegittimità ad esso spettante**. Né rileva che la normativa nazionale sia stata adottata al fine di recepire la dir. 2006/24 dal momento che gli effetti dell'invalidazione di tale direttiva da parte della Corte retroagiscono alla data della sua entrata in vigore e la validità della normativa nazionale deve essere valutata dal giudice del rinvio alla luce della dir. 2002/58 e della Carta, quali interpretate dalla Corte. L'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata di tale norma, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore con conseguente **obbligo per il giudice nazionale di farne applicazione anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione**. Con riguardo all'impatto della dichiarazione dell'eventuale incompatibilità della legge del 2011 con la dir. 2002/58, letta alla luce della Carta, sull'**ammissibilità delle prove dedotte contro G.D. nell'ambito del procedimento penale** nei confronti del medesimo pendente in grado d'appello, la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza (punti da 41 a 44 della sentenza del 2 marzo 2021, *U.K. c. Prokuratuur*), da cui discende che, conformemente al **principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri**, la valutazione di tale ammissibilità rientra nel diritto nazionale, sempreché nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività.

4. LA DECISIONE.

Trattando unitariamente la **prima, la seconda e la quarta questione**, la Corte ha quindi concluso che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE, come modificata dalla dir. 2009/136/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza, deve essere interpretato nel senso che «*esso osta a misure legislative che prevedano, a titolo preventivo, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Il predetto articolo 15, paragrafo 1, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, non osta, invece, a misure*

legislative che prevedano, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica,

- la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione che sia delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile;

- la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario;

- la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica, e

- il ricorso a un'ingiunzione rivolta ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mediante una decisione dell'autorità competente soggetta a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, per un periodo determinato, alla conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui dispongono tali fornitori di servizi,

se tali misure garantiscono, mediante norme chiare e precise, che la conservazione dei dati di cui trattasi sia subordinata al rispetto delle relative condizioni sostanziali e procedurali e che le persone interessate dispongano di garanzie effettive contro il rischio di abusi».

Sulla **terza questione** si è stabilito che la disciplina di cui sopra deve essere interpretata nel senso che essa «*osta a una normativa nazionale in forza della quale il trattamento centralizzato delle domande di accesso a dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, provenienti dalla polizia nell'ambito della ricerca e del perseguimento di reati gravi, è affidato a un funzionario di polizia, assistito da un'unità istituita all'interno della polizia che gode di una certa autonomia nell'esercizio della sua missione e le cui decisioni possono essere successivamente sottoposte a controllo giurisdizionale*».

Sulla **quinta e sulla sesta questione** si è deciso che «*il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un giudice nazionale limiti nel tempo gli effetti di una declaratoria di invalidità ad esso spettante, in forza del diritto nazionale, nei confronti di una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, a causa dell'incompatibilità di tale normativa con l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, come modificata dalla dir. 2009/136, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali. L'ammissibilità degli elementi di prova ottenuti mediante una siffatta conservazione rientra, conformemente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, nell'ambito del diritto nazionale, sempreché nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività*».

5. OSSERVAZIONI.

A distanza di poco più di un anno dalla sentenza della Grande Sezione, 2 marzo 2021, ***U.K. c. Prokuratuur***, la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione

concernente la conservazione e l'accesso ai dati delle telecomunicazioni elettroniche anche per finalità di indagine penale. Con riguardo al riepilogo del quadro normativo di riferimento del diritto dell'Unione, delle precedenti pronunce rese sul tema dalla Corte di giustizia e dalla Corte di cassazione, **si richiama il *Report* predisposto su quella decisione**, di cui si era sottolineato il forte impatto sull'ordinamento nazionale italiano, con prevedibile necessità di un intervento normativo di adeguamento in effetti poi intervenuto.

Con i limiti di un'analisi "a prima lettura", si proverà di seguito a valutare se e come la recentissima sentenza possa incidere sulla disciplina domestica quale da ultimo modificata e ad individuare le questioni che nell'immediato si porranno all'attenzione dell'interprete penale.

5.1. Il nuovo quadro normativo nazionale.

Nella versione vigente – per quanto qui interessa (non ci occupa in questa sede degli accessi ai dati giustificati da esigenze di sicurezza nazionale e dalle indagini preventive di cui all'art. 226 disp. att. cod. proc. pen., che trovano specifica disciplina nell'art. 132, commi 4-*ter*, 4-*quater*, 4-*quinquies* cod. pr.) – la disposizione nazionale attuativa della dir. 2002/58/CE statuisce che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione» (art. 132, comma 1, cod. pr.). I dati relativi alle chiamate senza risposta, «trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per soli trenta giorni» (art. 132, comma 1-*bis*, cod. pr.). Per le finalità di accertamento e di repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera *a*), cod. proc. pen., il periodo di conservazione è stato poi esteso a settantadue mesi dall'art. 24, comma 1, l. 20 novembre 2017, n. 167, dettata in attuazione dell'art. 20 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017 (sempre in relazione agli stessi reati già il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 e succ. modiff. conv., con modiff., dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, aveva esteso il periodo di detenzione di tutti i dati fino al 30 giugno 2017).

Com'è noto, al fine di conformare l'ordinamento domestico al diritto dell'Unione, quale interpretato dalla citata sentenza *U.K. c. Prokuratuur*, con un intervento d'urgenza attuato con d.l. 30 settembre 2021, n. 132, recante, tra l'altro, misure urgenti in materia di giustizia, conv., con modiff., dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178, il legislatore ha novellato l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. cod. pr. (per i commenti ai citati testi normativi, anche per richiami ed ampi riferimenti, si rimanda alle **Rel. Uff. Mass. nn. 55/2021 e 67/2021).** In particolare, si è innanzitutto precisato che, entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della

reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 cod. proc. pen., e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, i dati di traffico telefonico e telematico, ove rilevanti per l'accertamento dei fatti, sono acquisiti presso il fornitore dei servizi, su richiesta del pubblico ministero o del difensore, previa autorizzazione data con decreto motivato del giudice (art. 132, comma 3, cod. pr.). Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, quei dati possono essere acquisiti con decreto motivato del pubblico ministero da comunicarsi non oltre quarantotto ore al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione, il quale deve convalidarlo, con decreto motivato, nelle successive quarantotto ore (art. 132, comma 3-*bis* , cod. pr.). I dati acquisiti in violazione di tali disposizioni non possono essere utilizzati (art. 132, comma 4-*bis* , cod. pr.). In secondo luogo, dettando una norma transitoria inserita, in sede di conversione, nell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132 del 2021, si è stabilito che «i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi».

5.2. I più recenti orientamenti della Corte legittimità.

Con riferimento ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nel caso *U.K. c. Prokuratuur* (per la giurisprudenza del periodo precedente si rimanda al precedente *Report* ed alle *Rel. Uff. Massimario* già richiamati), la Corte di cassazione è in particolare intervenuta su due questioni.

In primo luogo, si è ritenuto che, in tema di acquisizione dei tabulati di comunicazioni telefoniche o telematiche, richiesta dal pubblico ministero prima all'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021, **non è abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dichiari non luogo a provvedere per essere competente il pubblico ministero ai sensi dell'art. 132, d.lgs n. 196 del 30 giugno 2003**, evidenziandosi che non sussiste contrasto con la citata decisione *U.K. c. Prokuratuur*, poiché il legislatore, con riferimento al momento in cui è stato adottato il provvedimento, non aveva ancora trasfuso in legge i principi delineati dal giudice eurounitario (Sez. 5, n. 45275 del 26/10/2021, PmT c/ignoti Rv. 282287; Sez. 2, n. 3750 del 12/11/2021, dep. 2022, PmT c/ignoti, n.m.).

In secondo luogo, successivamente all'approvazione del d.l. n. 132 del 2021 - che limita la possibilità di acquisizione dei dati telefonici, ai fini di indagine penale, ai reati più gravi, o comunque commessi col mezzo del telefono, attraverso il filtro del provvedimento motivato del giudice – si è ritenuto che **la nuova disciplina non è applicabile ai dati già acquisiti nei**

procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, trattandosi di disciplina di natura processuale (Sez. 5, n. 1054 del 06/10/2021, dep. 2022, Valea Stefan Petru, Rv. 282532, la cui *ratio decidendi* non considera la norma transitoria introdotta dalla legge di conversione successivamente all'udienza in cui il ricorso è stato deciso). In altre successive pronunce, che valutano invece la disposizione di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021 quale introdotto in sede di conversione del decreto-legge ad opera della l. 178/2021, la medesima conclusione è stata appunto affermata in base alla **disposizione transitoria** che consente l'utilizzo dei dati acquisiti in conformità alla previgente disciplina, a carico di chi sia imputato nei reati dalla stessa indicati, solo unitamente ad altri elementi di prova, trattandosi di disposizione conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia e che, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, opera un ragionevole bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco (Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.; Sez. 3, n. 11991 del 31/01/2022, Novellino, n.m.; Sez. 6, n. 9204 del 01/03/2022, Cannata e aa., n.m.; Sez. 5, n. 8968 del 24/02/2022, Fusco, n.m.; Sez. 6, n. 6618 del 03/12/2021, dep. 2022, Voci, n.m.).

5.3. L'impatto della sentenza in esame sull'applicazione della disciplina nazionale.

La decisione in esame, se da un lato conferma orientamenti già espressi e chiari, d'altro lato affronta nodi interpretativi in precedenza rimasti in penombra e afferma principi che nuovamente sollecitano, sotto inediti profili, la valutazione di conformità delle discipline nazionali al diritto dell'Unione. Con particolare riguardo alla legislazione italiana, come di recente modificata per adeguarla alla pronuncia *U.K. c. Prokuratuur*, le ricadute dei nuovi principi sono tutt'altro che scontate.

5.3.1. Gli stringenti limiti della legittima conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico a fini di giustizia penale: il diritto interno è conforme a quello dell'Unione?

Sebbene riprenda, in parte, principi già enunciati dalla stessa Corte di Giustizia, **la decisione in commento ha una portata innovativa**, e spinge l'interprete ad interrogarsi sulla compatibilità della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione, proprio con riguardo al profilo della legittima conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico.

Il problema trae origine dal fatto che la disciplina nazionale prevede, all'art. **132, comma 1, cod. pr.**, che i dati relativi al traffico telefonico debbano essere conservati dal fornitore per un periodo di 24 mesi decorrenti dalla data della comunicazione e per finalità di accertamento e di repressione dei reati. Essa sembra porsi, perciò, in **contrasto con i principi enunciati dalla Corte UE**, la quale consente ingerenze nei diritti fondamentali esclusivamente nelle ipotesi di lotta contro le forme gravi di criminalità e per la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica. Dunque, l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina europea risulta essere più ristretto rispetto a quello delineato dalla normativa nazionale, la quale prevede l'applicazione di criteri selettivi soltanto al momento dell'acquisizione dei dati contenuti nei tabulati telefonici

conservati. Al contrario, i giudici europei valorizzano l'esigenza di rendere selettiva la conservazione dei dati di traffico, indicando specifici presupposti di ammissibilità che la rendano consentita solo se mirata o rapida.

Nella sentenza si afferma, infatti, anche con riferimento alla lotta alle forme gravi di criminalità, l'**inammissibilità di una conservazione indistinta** di tale materiale, che sia funzionale ad una acquisizione solo eventuale, in quanto ciò comporterebbe una eccessiva ingerenza nei diritti fondamentali, che può essere ammessa solo quando strettamente necessaria (così ponendosi in contrasto con i principi enunciati agli artt. 7, 8 e 11 dalla Carta). Al contrario, la giurisprudenza interna ritiene sufficiente, considerata la natura emergente o periferica del diritto inciso dalla disciplina, un modello di tutela più tenue, reputando conforme ai principi di adeguatezza e proporzionalità una lesione dei diritti fondamentali che si connota per una compressione solo marginale dell'individuo. Nell'ottica nazionale, la compressione risulta giustificabile in quanto risponde ad esigenze di indagine legate al compito primario dell'autorità giudiziaria, quale la repressione dei reati, così da garantire la tutela dei concorrenti interessi, individuali o collettivi, che sono altrettanto meritevoli di tutela.

Le affermazioni della Corte di Giustizia non appaiono dunque superabili, *prima facie*, in via interpretativa, ponendosi il *dictum* enunciato dai giudici europei radicalmente in contrasto non solo con quanto sancito a livello nazionale dal codice della privacy, ma anche con quanto affermato in via giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione.

Dunque, nella misura in cui la disciplina interna si pone in contrasto con i principi europei, occorre interrogarsi – in particolare quanto al futuro – su quali siano le conseguenze di tale contrasto: se la disapplicazione della disciplina interna da parte del giudice nazionale (qualora il diritto europeo fosse ritenuto dotato di effetti diretti) o il promovimento di questione di legittimità costituzionale (qualora il diritto europeo non fosse ritenuto dotato di effetti diretti).

Così come interpretata dalla Corte di Giustizia, la normativa eurounitaria subordina la conservazione dei tabulati telefonici ad una serie di criteri oggettivi, quali un'area geografica determinata o una cerchia di persone determinate che possono risultare coinvolte, anche mediante un collegamento indiretto, nella realizzazione di un reato grave. Si tratta di **criteri che**, da un lato, appaiono sicuramente limitativi in quanto finiscono per restringere il campo di applicazione della disciplina di cui alla dir. 2002/58 e, dall'altro, **potrebbero apparire discriminatori**, nella parte in cui subordinano la conservazione e, di conseguenza, anche l'acquisizione dei dati, al possesso di determinate "qualifiche", rischiando di delineare un "diritto penale del tipo d'autore"; formula che evoca il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo, in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza. La Corte di Giustizia, infatti, all'interno della sentenza in esame, prevede la facoltà di adottare la conservazione dei dati nei confronti di persone che sono sottoposte ad indagine o ad altre misure di sorveglianza o sono iscritte nel casellario giudiziario nazionale per atti di criminalità grave, in quanto ritiene che ciò può far presumere un elevato rischio di recidiva. In tale ottica, si

delineerebbe uno schema teorico in cui vi è la contrapposizione tra l'esigenza di garantire livelli elevati di tutela a coloro che sono considerati "cittadini onesti" e quella di estromettere dal sistema di garanzie chi si ritiene aver informato la propria vita al crimine. Quanto appena evidenziato non solo può comportare che l'intero impianto di cui alla disciplina nazionale debba essere riformulato alla luce dei principi enunciati dai giudici europei, ma può porre **dubbi in ordine alla conformità con i principi di uguaglianza e di colpevolezza**.

Da un lato, dunque, risultando complesso per la giurisprudenza interna garantire un adeguamento in via pretoria a quanto statuito dalla Corte di Giustizia, potrebbe essere **necessario un intervento del legislatore**, volto a ridefinire i presupposti e le modalità in presenza dei quali è possibile procedere alla conservazione, ad esempio operando una distinzione fondata sulla tipologia dei dati, con un regime differenziato e meno rigido per quelli relativi all'identità civile degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica e agli indirizzi IP attribuiti alla fonte di una connessione.

Dall'altro lato, qualora il legislatore decidesse di non intervenire e la giurisprudenza interna dovesse ritenere insuperabile l'interpretazione data alla normativa nazionale, si potrebbe anche configurare l'attivazione dei "controlimiti" attraverso l'intervento della Corte Costituzionale, in relazione alla possibile natura discriminatoria del criterio selettivo basato sulla personalità dei potenziali autori di reati.

5.3.2. Le condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso alla *data retention* ai fini di indagine penale: conformità della disciplina domestica a quella eurounitaria.

Nella versione novellata dal d.l. 132/2021, **l'art. 132 cod. pr. appare invece in linea con i principi affermati dalla decisione in commento quanto all'accesso ai dati conservati** dai fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche per finalità d'indagine penale.

Per un verso, **sul piano sostanziale**, si prevede chiaramente che l'accesso può avvenire per i dati telefonici o telematici che siano "rilevanti per l'accertamento dei fatti" e che riguardino persone a carico delle quali "sussistono sufficienti indizi" in ordine a reati puniti con "la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni…e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi". In conformità a quanto statuito nella decisione in commento, vengono pertanto delineate norme chiare e precise, idonee ad apprestare garanzie sufficienti che consentono di proteggere efficacemente i dati personali da rischi di abuso (§. 103), limitandosi l'accesso ai dati di persone sospettate di aver commesso reati gravi (§. 105).

Quanto alle **condizioni procedurali**, non v'è dubbio che la preventiva autorizzazione del giudice, emessa con decreto motivato sulla base di una richiesta avanzata dal pubblico ministero o dal difensore di una delle parti private, risponda alle garanzie richieste dal diritto dell'Unione (§. 106), come pure l'eccezionale possibilità di provvedere, in casi di urgenza, con decreto motivato del pubblico ministero soggetto a convalida giurisdizionale in tempi brevi (§. 110).

5.3.3. L'obbligatoria disapplicazione della legge nazionale difforme e l'autonomia procedurale degli Stati membri sull'ammissibilità delle prove nel giudizio penale: quale soluzione in attesa di un eventuale nuovo intervento legislativo?

Con specifico riguardo alle previsioni di cui all'art. 15, par. 1, dir. 2002/59, lette alla luce della Carta di Nizza – evidentemente ritenute *self-executing* – la decisione in commento (§. 118) conferma l'obbligo del giudice nazionale, discendente dal c.d. **primato del diritto dell'Unione**, di disapplicare, all'occorrenza, le disposizioni interne con il primo contrastanti, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante un procedimento di legittimità costituzionale. Si tratta, com'è noto, di principi da tempo consolidati nel nostro ordinamento (cfr., *ex multis:* Corte cost., sent. n. 170/1984, *Granital*; Corte cost., sent. n. 168/1991; Corte cost., sent. n. 284/2007) e sovente applicati anche dal giudice penale (cfr. Sez. 3, n. 21281 del 16/03/2018, Ragusi, Rv. 273222; Sez. 3, n. 2262 del 16/11/2016, dep. 2017, Viozzi e a., Rv. 269054; Sez. 3, n. 43955 del 15/09/2016, Policastro, Rv. 267936). Si è ulteriormente precisato (§. 125) che le disposizioni eurounitarie debbono essere applicate dagli Stati membri nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia resa a seguito di rinvio pregiudiziale. Con particolare riguardo all'**utilizzo processuale penale dei dati conservati o acquisiti in violazione della direttiva** 2002/58, come interpretata alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza, anche nella sentenza *G.D. c. Commissioner* la Corte di giustizia ha tuttavia ribadito che si tratta di materia rientrante nel diritto nazionale, in base al principio dell'**autonomia procedurale degli Stati membri**, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza ed effettività.

Proprio alla luce di quest'ultima precisazione, la giurisprudenza penale di legittimità (v. *supra, sub* §. 5.2) ha argomentato l'utilizzabilità processuale dei dati acquisiti sulla base della disciplina normativa vigente prima che il diritto nazionale recepisse i principi affermati con l'innovativa pronuncia *U.K. c. Prokuratuur*, facendo applicazione, inizialmente, del principio del *tempus regit actum* e, in seguito, riconoscendo la conformità a quei principi, della norma transitoria contenuta nell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021 conv., con modiff., dalla l. 178/2021.

Con riguardo al tema della conservazione dei dati di traffico sui cui sono intervenuti i nuovi chiarimenti interpretativi dettati dalla decisione in commento, in assenza – e, in ogni caso, prima – di una eventuale modifica della disciplina nazionale, occorrerà dunque verificare, in via interpretativa, se per i dati acquisiti a fini processuali penali possa farsi applicazione del principio del *tempus regit actum* o, comunque, delle disposizioni che nell'ordinamento processuale penale interno regolano l'utilizzabilità degli elementi di prova, con l'unico limite, imposto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, del rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

A quest'ultimo proposito, nella sentenza *U.K. c. Prokuratuur,* richiamandosi la precedente sent. Corte Giust. 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*, si richiede (§. 43) che dette regole «*non siano meno favorevoli di quelle disciplinanti situazioni analoghe assoggettate al diritto interno*

(principio di equivalenza) e che non rendano impossibile in pratica o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)». A sua volta, la richiamata decisione *La Quadrature du Net* (§§. 224-227) precisa che «*per quanto concerne il* ***principio di equivalenza****, spetta al giudice nazionale investito di un procedimento penale fondato su informazioni o elementi di prova ottenuti in violazione dei requisiti risultanti dalla direttiva 2002/58 verificare se il diritto nazionale che disciplina tale procedimento preveda norme meno favorevoli riguardo all'ammissibilità e all'uso di tali informazioni ed elementi di prova rispetto a quelle che disciplinano le informazioni e gli elementi di prova ottenuti in violazione del diritto interno. Quanto al* ***principio di effettività****, occorre rilevare che lo scopo delle norme nazionali relative all'ammissibilità e all'uso delle informazioni e degli elementi di prova consiste, in base alle scelte operate dal diritto nazionale, nell'evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati. Orbene, tale obiettivo può, secondo il diritto nazionale, essere raggiunto non solo con un divieto di utilizzare tali informazioni ed elementi di prova, ma altresì mediante norme e prassi nazionali che disciplinano la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova, o prendendo in considerazione il loro carattere illegittimo nell'ambito della determinazione della pena. Ciò premesso, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione deve essere valutata alla luce, in particolare, del rischio che l'ammissibilità di tali informazioni ed elementi di prova comporta per il rispetto del principio del contraddittorio e, pertanto, del diritto a un processo equo (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, punti 76 e 77). Orbene, un giudice che ritenga che una parte non sia in grado di dedurre efficacemente in merito a un mezzo di prova che rientra in un settore che esula dalla competenza dei giudici e può influenzare in modo preponderante la valutazione dei fatti deve constatare una violazione del diritto a un processo equo ed escludere tale mezzo di prova al fine di evitare una violazione del genere (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, punti 78 e 79). Pertanto, il principio di effettività impone al giudice penale nazionale di non tenere conto degli elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di persone sospettate di avere commesso atti di criminalità, qualora dette persone non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e possono influenzare in maniera preponderante la valutazione dei fatti*».

Il **criterio di valutazione stabilito dall'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021** per consentire l'utilizzo dei dati acquisiti al processo in violazione del diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di Giustizia prima che lo Stato italiano ne recepisse i principi nell'ordinamento interno – vale a dire la necessità della *corroboration* laddove si tratti di elementi di prova a carico

dell'imputato – è stato ritenuto rispettoso dei principi di equivalenza ed effettività dalla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata (§ 5.2.). Considerato che l'analogia non è vietata in campo processuale, ci si potrà dunque **chiedere se, e, eventualmente, in che limiti (pure temporali), lo stesso possa trovare applicazione anche con riguardo all'acquisizione di dati relativi al traffico ed all'ubicazione fatti oggetto di una conservazione generalizzata e indifferenziata** (il problema invece non si pone per gli indirizzi IP e i dati relativi all'identità degli utenti). Questo – almeno – **sino ad un nuovo intervento legislativo**, che la decisione in commento sembra, ancora una volta, sollecitare.

REGOLAMENTO (UE) 2016/679

TUTELA DELLE PERSONE FISICHE CON RIGUARDO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI – REGOLAMENTO (UE) 2016/679 – ARTICOLO 80 – RAPPRESENTANZA DEGLI INTERESSATI – LEGITTIMAZIONE AD AGIRE – ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI – AZIONE RAPPRESENTATIVA INTENTATA DA UN'ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI IN ASSENZA DI UN MANDATO E INDIPENDENTEMENTE DALLA VIOLAZIONE DI SPECIFICI DIRITTI DI UN INTERESSATO – AZIONE FONDATA SUL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI, SULLA VIOLAZIONE DI UNA LEGGE IN MATERIA DI TUTELA DEI CONSUMATORI O SUL DIVIETO DI UTILIZZO DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO NULLE – AMMISSIBILITÀ – PRESUPPOSTO.

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 aprile 2022 – C-319/20 Facebook Ireland c. Unione federale consumatori Germania

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258485&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11594995

CLASSIFICAZIONE

Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – Regolamento (UE) 2016/679 – Articolo 80 – Rappresentanza degli interessati – Legittimazione ad agire – Associazione di tutela degli interessi dei consumatori – Azione rappresentativa intentata da un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori in assenza di un mandato e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di un interessato – Azione fondata sul divieto delle pratiche commerciali sleali, sulla violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o sul divieto di utilizzo di condizioni generali di contratto nulle – Ammissibilità – Presupposto.

RIFERIMENTI NORMATIVI ORDINAMENTO EUROUNITARIO

Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati): art. 80, par. 1 e 2 e art. 84 par. 1.

Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ed il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI CORTE GIUSTIZIA

Grande Sezione, 15 giugno 2021, Facebook Ireland e a., (C-645/19); Seconda Sez., 29 luglio 2019, Fashion ID GmbH & Co.KG contro Verbraucherzentrale NRW e V., (C-40/17).

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di giustizia UE (Grande Sezione) – 28 aprile 2022 – C-319/20 – Meta Platforms Ireland Limited, già Facebook Ireland Limited c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e V.

ABSTRACT

In tema di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, la Corte di giustizia ha affermato che il regolamento generale sulla protezione dati (RGPD) non osta ad una normativa nazionale, la quale permetta ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a questo scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto delle pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle. Tale azione è esperibile qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti che persone fisiche identificate o identificabili si vedono riconosciuti dal RGPD.

1. IL CASO

La domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte federale di giustizia della Germania – verte sull'interpretazione dell'articolo 80, paragrafi 1 e 2, e dell'articolo 84, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU 2016, L 119, pag. 1; in prosieguo: l'«RGPD»).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone Meta Platforms Ireland Limited, già Facebook Ireland Limited, la cui sede sociale si trova in Irlanda, contro Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Unione federale delle centrali e delle associazioni di consumatori, Germania) (in prosieguo: l'«Unione federale») in merito alla violazione, da parte della Meta Platforms Ireland, della normativa tedesca in materia di protezione dei dati personali, costituente

al tempo stesso una pratica commerciale sleale, una violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori e una violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle.

La controversia trae origine dall'azione inibitoria proposta dall'Unione federale dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land di Berlino, Germania) contro Meta Platforms Ireland per la violazione della legge tedesca contro la concorrenza sleale.

Il Landgericht Berlin ha condannato, conformemente alle conclusioni presentate dall'Unione federale, la società in questione, la quale ha proposto appello dinanzi al Kammergericht Berlin (Tribunale superiore del Land di Berlino, Germania).

Contro la decisione di rigetto adottata dal giudice d'appello, la Meta Platforms Ireland ha allora proposto ricorso per cassazione.

2. LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI SOTTOPOSTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DALLA CORTE FEDERALE DI GIUSTIZIA DELLA GERMANIA.

Il giudice del rinvio pregiudiziale ritiene che l'azione inibitoria sia fondata, nella misura in cui la Meta Platforms Ireland ha violato la legge tedesca sulla concorrenza sleale, ma nutre dei dubbi in merito alla ricevibilità dell'azione dell'Unione federale, la quale ha agito indipendentemente dalla violazione concreta del diritto alla tutela dei dati di un interessato e senza il conferimento di un mandato apposito.

In particolare, si interroga sul fatto se l'Unione federale, effettivamente legittimata ad agire in base al diritto nazionale, abbia perduto tale legittimazione in corso di giudizio, a seguito dell'entrata in vigore dell'RGPD e, segnatamente, dell'articolo 80, paragrafi 1 e 2, nonché dell'articolo 84, paragrafo 1, di tale regolamento.

Sul punto, il giudice del rinvio rileva, infatti, che, secondo il tenore letterale delle disposizioni dell'RGPD, l'esistenza della legittimazione ad agire degli organismi, delle organizzazioni o delle associazioni senza scopo di lucro, che siano state validamente costituite in conformità del diritto di uno Stato membro, presuppone che l'interessato abbia dato mandato ad un organismo, ad un'organizzazione o ad un'associazione affinché eserciti in suo nome i diritti contemplati dagli articoli da 77 a 79 dell'RGPD nonché il diritto di ottenere un risarcimento.

Viene quindi proposta la seguente questione pregiudiziale: Se le disposizioni del capo VIII dell'RGPD, e in particolare l'articolo 80, paragrafi 1 e 2, nonché l'articolo 84, paragrafo 1, di tale regolamento, ostino a norme nazionali, le quali – oltre ai poteri di intervento delle autorità di controllo preposte alla sorveglianza e all'attuazione di detto regolamento, e in aggiunta ai mezzi di ricorso a disposizione degli interessati – conferiscano ad associazioni di tutela degli interessi dei consumatori, organismi ed organi camerali legittimati in base alla normativa nazionale, il potere di agire in caso di violazioni dell'RGPD, contro l'autore della violazione, indipendentemente dalla lesione di diritti specifici di singoli interessati e in assenza di un mandato dell'interessato, proponendo un ricorso dinanzi ai giudici civili fondato sul divieto di pratiche commerciali sleali,

o sulla violazione di una legge di tutela dei consumatori, o sul divieto di applicare condizioni generali di contratto nulle.

3. LE *RATIONES DECIDENDI.*

In via preliminare, la Corte rileva come il regolamento generale sulla protezione dei dati miri ad assicurare un'applicazione coerente e omogenea delle norme a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione e a rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno di quest'ultima. Il regolamento, come risulta dal suo articolo 1, paragrafo 1, letto alla luce, segnatamente, dei suoi considerando 9, 10 e 13, mira ad assicurare un'armonizzazione delle normative nazionali relative alla protezione dei dati personali che sia, in linea di principio, completa.

Tuttavia, talune disposizioni di detto regolamento – tra cui, segnatamente, l'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD – offrono la possibilità agli Stati membri di prevedere norme nazionali supplementari, più rigorose ovvero a carattere derogatorio, che lasciano a questi ultimi un margine di discrezionalità circa il modo in cui tali disposizioni possono essere attuate («clausole di apertura»), a condizione che le norme nazionali adottate non pregiudichino il contenuto e gli obiettivi del regolamento summenzionato.

In proposito, essi hanno la possibilità di prevedere un meccanismo di azione rappresentativa contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, purché rispettoso dei limiti di applicazione ratione personae e ratione materiae del regolamento.

Per quanto riguarda, in primo luogo, l'ambito di applicazione ratione personae di un siffatto meccanismo, la Corte osserva che l'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD riconosce legittimazione ad «un organismo, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro, che siano debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro, i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali».

A giudizio della Corte, un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori, come l'Unione federale, rientra in tale nozione in quanto persegue un obiettivo di interesse pubblico consistente nell'assicurare i diritti e le libertà degli interessati nella loro qualità di consumatori, posto che la realizzazione di un tale obiettivo può essere correlata alla protezione dei dati personali di questi ultimi. Infatti, la violazione delle norme aventi per scopo la tutela dei consumatori o la lotta contro le pratiche commerciali sleali può essere correlata, come nel caso di specie, alla violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali di tali consumatori.

Per quanto concerne, in secondo luogo, l'ambito di applicazione ratione materiae di detto meccanismo, l'esercizio dell'azione rappresentativa prevista dall'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD da parte di un ente rispondente ai requisiti menzionati al paragrafo 1 di questo stesso articolo presuppone che tale ente, indipendentemente da qualsiasi mandato che gli sia stato conferito, «ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma di tale regolamento siano stati

violati in seguito al trattamento» dei suoi dati personali. Valorizzando il tenore letterale della citata disposizione e la nozione di interessato rilevante ai sensi dell'articolo 4, punto 1, dell'RGPD, la quale ricomprende non soltanto una «persona fisica identificata», ma anche una «persona fisica identificabile», la Corte giunge a riconoscere la legittimazione ad agire dell'ente che presenti i requisiti soggettivi appena menzionati, senza che sia necessario identificare, individualmente e preliminarmente, la persona specificamente interessata dal suddetto trattamento di dati ed allegare l'esistenza di una specifica violazione dei diritti riconosciuti dalle norme in materia di protezione dei dati. Un'interpretazione siffatta risulta infatti conforme agli obblighi derivanti dall'articolo 16 TFUE e dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, dunque, all'obiettivo perseguito dall'RGPD che consiste nell'assicurare un'efficace protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, nonché, segnatamente, nel garantire un elevato livello di protezione del diritto di qualsiasi persona alla tutela dei dati personali che la riguardano.

4. LA DECISIONE.

Alla luce delle predette considerazioni, la Corte chiarisce quindi che l'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle, qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili.

Ciò in quanto il fatto di legittimare delle associazioni di tutela degli interessi dei consumatori, come l'Unione federale, a instaurare, mediante un meccanismo di ricorso rappresentativo, azioni intese a far cessare trattamenti di dati contrari alle disposizioni del regolamento summenzionato, indipendentemente dalla violazione dei diritti di una persona individualmente e concretamente pregiudicata da tale violazione, contribuisce incontestabilmente a rafforzare i diritti degli interessati e ad assicurare loro un elevato livello di protezione.

Del resto, conclude la Corte, l'esercizio di una siffatta azione rappresentativa, consentendo di prevenire un gran numero di violazioni dei diritti degli interessati a seguito del trattamento dei loro dati personali, potrebbe rivelarsi più efficace del ricorso che un'unica persona individualmente e concretamente pregiudicata da una violazione del suo diritto alla protezione dei suoi dati personali può esperire contro l'autore di tale violazione.

In altre parole, la Corte rileva come la funzione preventiva delle azioni instaurate da associazioni di tutela degli interessi dei consumatori, come l'Unione federale, non potrebbe essere garantita

nel caso in cui l'azione rappresentativa prevista dall'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD permettesse di far valere soltanto la violazione dei diritti di una persona individualmente e concretamente pregiudicata da tale violazione

DIRETTIVA 2004/38/CE

RINVIO PREGIUDIZIALE –DIRETTIVA 2004/38/CE - LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO – TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA FORMATO ALL'ESTERO DA PARTE DI COPPIA OMOSESSUALE – RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE – RILASCIO DI UN DOCUMENTO DI IDENTITÀ – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DIRITTI DEL MINORE.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/2020, V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo".

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251201&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932

CLASSIFICAZIONE:

Rinvio pregiudiziale –**Direttiva 2004/38/CE** - Libertà di circolazione e soggiorno – Trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero da parte di coppia omosessuale – Riconoscimento del rapporto di filiazione – **Rilascio di un documento di identità** – Rispetto della vita privata e familiare – **Diritti del minore**

RIFERIMENTI NORMATIVI:

Diritto dell'Unione:

Art. 4, paragrafo 2, TUE; Artt. 20 e 21, paragrafo 1, TFUE; Artt. 7, 9, 24, 45 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; Artt. 2, 4, 5 Direttiva 2004/38/CE.

Diritto internazionale:

Artt. 2 e 7 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo.

Diritto bulgaro:

Art. 25, paragrafo 1, della Konstitutsia na Republika Bulgaria (Costituzione della Repubblica di Bulgaria); Art. 8 della Zakon za balgarskoto grazhdanstvo (legge bulgara sulla cittadinanza), del 5 novembre 1998; Art. 60 Semeen kodeks (codice di famiglia), del 12 giugno 2009.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

Sentenza del 2 marzo 2010, Rottmann, C-135/08, EU:C:2010:104; sentenza del 12 marzo 2019, Tjebbes e altri, C-221/17, EU:C:2019:189; sentenza del 20 settembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458; sentenza del 15 luglio 2021, A (Assistenza sanitaria pubblica), C-535/19, EU:C:2021:595; sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385; sentenza del 2 ottobre 2019, Bajratari, C-93/18, EU:C:2019:809; sentenza del 14 ottobre 2008,

Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559; sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675; sentenza del 14 febbraio 2008, Dynamic Medien, C-244/06, EU:C:2008:85; sentenza dell'11 marzo 2021, État belge (Rimpatrio del genitore di un minore), C-112/20, EU:C:2021:197.

Sentenze Corte EDU:

Sentenza del 12 luglio 2001, K. e T. c. Finlandia, CE:ECHR:2001:0712JUD002570294.

PRONUNCIA SEGNALATA

Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/2020, V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"

ABSTRACT

L'articolo 4, paragrafo 2, TUE, gli articoli 20 e 21 TFUE nonché gli articoli 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro, di cui tale minore è cittadino, è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

IL CASO

V.M.A. e K.D.K., rispettivamente cittadine di Bulgaria e Regno Unito, hanno avuto, mediante ricorso a P.M.A. eterologa, una figlia, S.D.K.A., nata nel dicembre 2019 nel dicembre 2019 e residente in Spagna con entrambe. L'atto di nascita della figlia rilasciato dalle autorità spagnole reca menzione di ambedue le donne come madri della bambina. Il 29 gennaio 2020 V.M.A. richiedeva al Comune di Sofia il rilascio di un atto di nascita per la figlia, necessario ai sensi della legge bulgara per l'ottenimento di una carta di identità, che consentirebbe alla figlia di soggiornare e circolare liberamente tra gli Stati membri dell'Unione. Il 5 marzo 2020 il Comune di Sofia rigettava l'istanza e osservava che la menzione di due genitori di sesso femminile in un atto di nascita si ponesse in contrasto con l'ordine pubblico e le leggi della Repubblica di Bulgaria,

in cui peraltro è fatto divieto di contrarre matrimonio tra due persone dello stesso sesso. V.M.A. presentava ricorso avverso il suddetto provvedimento all'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria), che è giudice del rinvio. Il Tribunale rilevava che, sebbene il rilascio di un atto di nascita sia precondizione per l'emissione di una carta di identità, ai sensi della legislazione vigente in Bulgaria, S.D.K.A. dovesse ritenersi cittadina bulgara, e quindi cittadina europea. Tuttavia alla bambina, in virtù di tali statuizioni ostative al rilascio dell'atto di nascita e del documento di identità, viene ad essere precluso l'esercizio delle libertà riconosciute ai cittadini dell'Unione, tra cui quelle di circolazione e soggiorno nel territorio dell'Unione insieme ai propri familiari. La questione pregiudiziale verte, pertanto, sul contemperamento tra l'interesse del minore al rispetto della vita privata e al pieno godimento del suo status di cittadino dell'Unione e la tutela dell'identità costituzionale e nazionale della Repubblica di Bulgaria.

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE

L'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria) ha promosso un rinvio pregiudiziale sottoponendo alla Corte di Giustizia le seguenti questioni: 1) Se gli articoli 20 e 21 TFUE nonché gli articoli 7,24, e 45 della Carta debbano essere interpretati nel senso che non consentono alle autorità amministrative bulgare, presso le quali è stata presentata una domanda di certificazione della nascita di un bambino, cittadino bulgaro, avvenuta in un altro Stato membro dell'Unione, e attestata da un atto di nascita spagnolo, nel quale due persone di sesso femminile sono state registrate come madri, senza precisare ulteriormente se una di esse, e in caso affermativo quale, sia la madre biologica del bambino, di rifiutare il rilascio di un atto di nascita bulgaro con la motivazione che la ricorrente si rifiuta di indicare chi è la madre biologica del bambino; 2) se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE e l'articolo 9 della Carta debbano essere interpretati nel senso che la salvaguardia dell'identità nazionale e dell'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione significa che questi ultimi dispongono di un'ampia discrezionalità con riferimento alle disposizioni per l'accertamento della filiazione. In particolare: se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE debba essere interpretato nel senso di consentire agli Stati membri di richiedere informazioni sulla discendenza biologica del bambino; se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, in combinato disposto con l'articolo 7 e l'articolo 24, paragrafo 2, della Carta, debba essere interpretato nel senso che è imprescindibile ponderare, da una parte, l'identità nazionale e l'identità costituzionale di uno Stato membro e, dall'altra, dell'Unione, se si considera in particolare che il rifiuto di rilasciare un atto di nascita bulgaro del bambino rappresenta un ostacolo per il rilascio di un certificato di identità da parte di uno Stato membro e, di conseguenza, impedisce o rende eventualmente più difficile il pieno esercizio dei suoi diritti come cittadino dell'Unione; se, in caso di risposta affermativa alla prima questione, il diritto dell'Unione, in particolare il principio di effettività, obblighi le competenti autorità nazionali a

discostarsi dal modello per la redazione di un atto di nascita, che è parte costitutiva del diritto nazionale vigente.

LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Con la domanda di rinvio pregiudiziale il Tribunale Amministrativo di Sofia si interroga se il diritto dell'Unione comporti l'obbligo in capo ad uno Stato membro di emissione di un atto di nascita, quando ciò sia necessario per l'ottenimento di un documento di identità ai sensi della legislazione di tale Stato, anche quando ciò comporti il recepimento del contenuto di un altro atto di nascita, formatosi in un altro Stato membro, che individui in qualità di genitori due donne, senza recare l'indicazione di quale delle due sia la madre biologica del minore. Ed inoltre, in caso di risposta affermativa al primo quesito, se l'atto di nascita al cui rilascio è tenuto lo Stato membro debba recare indicazione dei nominativi di entrambe le donne in qualità di madri. Il giudice del rinvio, infine, chiede alla Corte di Giustizia dell'U.E. di conoscere se la cittadinanza del Regno Unito, che non è più uno Stato membro, di una delle madri abbia qualche rilevanza ai fini della questione pregiudiziale. La Corte osserva in via preliminare che la determinazione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza rientra nella competenza di ciascuno Stato membro, fermo il rispetto del diritto eurounitario quando le questioni inerenti alla cittadinanza interessino materie di competenza dell'Unione. Alla luce di tale premessa, occorre rilevare che in base all'art. 25, paragrafo 1, della Costituzione bulgara, S.D.K.A. è cittadina bulgara per nascita e di conseguenza cittadina dell'Unione, ai sensi dell'art. 20, paragrafo 1, TUE. La titolarità della cittadinanza europea comporta in capo agli Stati membri l'obbligo di rilasciare, in conformità alla propria legislazione, una carta di identità o un passaporto, allo scopo di consentire l'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli altri Stati dell'Unione, in base a quanto disposto dall'art. 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38/CE. Il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, riconosciuto dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE comporta altresì il diritto al mantenimento dell'unità familiare sia nel territorio dello Stato membro ospitante che in quello di cui si possiede la cittadinanza (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 32 e giurisprudenza citata). Pertanto, affinché S.D.K.A. possa esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri con entrambi i genitori, è necessario che le autorità bulgare rilascino un documento di identità che indichi la cittadinanza e il cognome del minore in conformità al contenuto dell'atto di nascita formato in Spagna, indipendentemente da ciò che il diritto della Repubblica di Bulgaria disponga in tal senso. Inoltre, affinché sia preservata l'unità familiare e reso effettivo il diritto dei genitori di circolare con la figlia, è necessario che le autorità bulgare rilascino un documento che attesti il rapporto di filiazione già certificato in Spagna e consenta a V.M.A. e K.D.K. di accompagnare il minore nell'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (Sentenza del 13 settembre 2016, Rendòn Marìn, C-165/14, EU:C:2016:675, punti da 50 a 52 e giurisprudenza ivi citata). Con riferimento alla

questione se un eventuale obbligo per le autorità bulgare di emettere un atto di nascita che indichi come genitore di un minore due persone di sesso femminile si ponga in contrasto con l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, la Corte di Giustizia ha richiamato quella giurisprudenza che tende a interpretare in senso restrittivo la nozione di ordine pubblico quando si tratti di apporre una deroga ad una libertà fondamentale riconosciuta dai Trattati, cosicché la violazione dell'ordine pubblico può essere invocata in casi analoghi solo quando vi sia una concreta e reale minaccia ai valori fondamentali della società (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 44 e giurisprudenza ivi citata). Consentire al minore la circolazione all'interno degli Stati dell'Unione insieme ai genitori risponde ad una fondamentale esigenza di tutela della vita familiare, garantita dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, senza che la titolarità della genitorialità in capo a una coppia composta da persone dello stesso sesso osti al riconoscimento delle tutele poste a presidio della vita privata e della vita familiare, come riconosciute anche dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'art. 7 in esame va interpretato, anche in base a quanto disposto dall'art. 24 della Carta, che impone di tener conto del superiore interesse del minore quando vengano compiuti atti che lo riguardano. L'art. 24 costituisce lo strumento attraverso il quale il diritto dell'Unione recepisce i principi contenuti nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, ed è in questa prospettiva che assume una particolare rilevanza quindi l'art. 2 della Convenzione ove è sancito il principio di non discriminazione del minore anche con riferimento alle persone dei propri genitori, e in particolare, per quanto riguarda la materia in esame, anche con riguardo alle convinzioni e all'orientamento sessuale dei genitori. La Corte di Giustizia ritiene, pertanto, che impedire o rendere eccessivamente oneroso l'esercizio della libertà di circolazione del minore tra gli Stati membri con entrambi i genitori, anche se uniti in una coppia dello stesso sesso, costituisca una violazione degli artt. 7 e 24 della Carta. Al contempo, deve considerarsi irrilevante la circostanza, sottoposta all'attenzione della Corte dal giudice del rinvio, per cui uno dei genitori del minore sia cittadino del Regno Unito, e quindi di uno Stato che non è più membro dell'Unione. In conclusione, la Corte ritiene che, nonostante appartenga agli Stati membri la competenza in materia di status delle persone, entro cui vanno ricomprese le norme sul matrimonio e sulla filiazione, le leggi nazionali non possono ostacolare l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione. Per quanto, quindi, sia legittima la scelta della Bulgaria di vietare il matrimonio tra persone dello stesso sesso, questo non può tradursi nella violazione dei diritti del bambino. Lo Stato membro di cui tale minore possiede la cittadinanza è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta di identità o passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ambedue i genitori, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Sati membri.

DIRETTIVA 89/665/CEE

ART. 19 TUE - ART. 47 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA - DIRETTIVA 89/665/CEE - PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ ED EQUIVALENZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE PER LE VIOLAZIONI DEL DIRITTO EUROPEO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, Randstad Italia SpA c. Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA et al. (Caso C-497/20).

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251515&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932

CLASSIFICAZIONE

Art. 19 TUE • Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea • Direttiva 89/665/CEE • Principi di effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale per le violazioni del diritto europeo.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 19, par. 1, TUE; Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea • Art. 1, par. 1 e 3, direttiva 89/665/CEE.

Norme rilevanti dell'ordinamento italiano: art. 111, ottavo comma, Cost.; art. 362 cod.proc.civ., art. 110 cod.proc.amm.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE.

The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/2; *Asociapa «Forumul Judecàtorilor din Romania» e a.,* C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19; *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.,* C-949/19; Bensada *Benallal,* C-161/15; *Orszàgos Idegenrendészeti Fòigazgatósàg Dél-alfoldi Regionàlis Igazgatósàg,* C-924/19PPU e C-925/19PPU; *Lombardi,* C-333/18; *Kòbler,* C-224/01*; XC e a.*, C-234/17*; Telecom Italia,* C-34/19.

Sentenze della Corte costituzionale.

Sentenza 18 gennaio 2018, n. 6.

Sentenze della Corte di cassazione.

Cass. Civile, Sez. Un., ord. 18 settembre 2020 n. 19598.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2021*, Randstad Italia SpA c. Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA et al.* (Caso C-497/20).

ABSTRACT

L'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro.

FATTO

L'Azienda USL Valle d'Aosta ha bandito una gara sopra-soglia per l'affidamento di un contratto di somministrazione di manodopera per la durata di tre anni. L'appalto doveva essere aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, all'interno della *lex specialis*, era stata fissata una "soglia di sbarramento" di 48 punti per l'offerta tecnica. Il mancato superamento di tale soglia avrebbe comportato l'esclusione dalla gara.

In fase di valutazione delle offerte tecniche, quella di Randstad riceveva un punteggio inferiore alla predetta soglia e, di conseguenza, l'operatore economico veniva escluso dalla gara. Gli altri partecipanti, vale a dire il RTI Synergie-Umana (d'ora innanzi solo "Synergie") e la Gi Group, venivano ammessi alla fase successiva della procedura. Al termine di questa, la stazione appaltante aggiudicava l'appalto alla Synergie.

La Randstad, precedentemente esclusa, aveva nel frattempo impugnato la propria esclusione e, con motivi aggiunti, il successivo provvedimento di aggiudicazione in favore di Synergie, deducendo vali profili di illegittimità. La stazione appaltante e le controinteressate, ritualmente costituitesi, eccepivano preliminarmente la carenza di legittimazione attiva della Randstad, atteso che quest'ultima era stata esclusa dalla gara e che dunque non godeva di alcuna posizione giuridica differenziata nei confronti della medesima procedura.

Il T.A.R. Valle d'Aosta adito, respinte le eccezioni in rito, rigettava il ricorso nel merito.

A questo punto, le parti impugnavano la decisione del giudice di prime cure dinnanzi al Consiglio di Stato, dolendosi tanto delle statuizioni in rito (imperniate sulla carenza di legittimazione attiva della Randstad) quanto di quelle in merito. Il Consiglio di Stato, in parziale riforma della sentenza gravata, accoglieva l'eccezione in rito sollevata dall'amministrazione resistente e dalle

controinteressate e, per l'effetto, dichiarava inammissibili i restanti motivi di ricorso proposti dalla Randstad, senza esaminarli nel merito.
Quest'ultima proponeva allora ricorso per cassazione *ex* art. 111, ottavo comma, Cost.

L'ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

La Corte di cassazione rilevava innanzitutto che, stando all'indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale, da ultimo ribadito con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, "[l]*'«eccesso di potere giudiziario», denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito* […] *alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici*".
Partendo da tale rilievo ostativo, la Corte di cassazione, con l' ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598, rinviava *ex* art. 267 TFUE le seguenti questioni pregiudiziali all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:
1) "*se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo — nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» — quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia,*

tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali";

2) "*se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione*";

3) "*se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e I 'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile*

con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare".

LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza C-497/20 del 21 dicembre 2021, ha stabilito che "*L'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro*".

La decisione si articola in tre passaggi argomentativi.

Nella prima parte della decisione, la CGUE ha innanzitutto esercitato il proprio potere di "riformulazione" delle questioni che le sono state sottoposte, in base ad una prerogativa costantemente ribadita dalla propria giurisprudenza (da ultimo, sentenza del 15 luglio 2021, *The Department for Communities in Northern Ireland*, C-709/20, § 61 e la giurisprudenza ivi citata). In forza di tale potere, la CGUE ha escluso che nei quesiti sollevati dalla Corte di cassazione venisse in rilievo una violazione dell'art. 267 TFUE. Infatti, per chiarire in che misura, per garantire la tutela giurisdizionale effettiva richiesta dal diritto dell'Unione, la Cassazione debba essere riconosciuta competente ad esercitare un controllo giurisdizionale sulle sentenze pronunciate dal Consiglio di Stato, non è necessario richiamare l'art. 267 TFUE.

Nella seconda parte della decisione, la CGUE, dopo aver ricordato che i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto UE, anche qualora siano di rango costituzionale (n tal senso, sentenza del 18 maggio 2021, *Asociapa «Forumul Judecàtorilor din Romania» e a.*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, § 250 e 251, e giurisprudenza ivi citata), ha esaminato la compatibilità dell'art. 111, ottavo comma, Cost, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, con i principi di equivalenza ed

effettività che devono ispirare la tutela giurisdizionale per le violazioni del diritto UE. In proposito, la CGUE ha innanzitutto ribadito che "*spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali*" in questione.

Ciò posto, tuttavia, l'autonomia procedurale incontra il duplice limite del principio di equivalenza e del principio di effettività (in tal senso, sentenza del 10 marzo 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, C-949/19, § 43 e giurisprudenza ivi citata). Quindi, il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, a patto che detti principi vengano rispettati (sentenza del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, § 27). È necessario comprendere quindi se, nel caso di specie, l'interpretazione invalsa dell'art. 111, ottavo comma, Cost., violi l'uno o l'altro dei predetti canoni.

Quanto al principio di equivalenza, secondo la CGUE "*risulta* […] *che l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, limita, con le medesime modalità, la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell'Unione*" (§60). Di conseguenza, il primo canone preso in considerazione può ritenersi rispettato.

Per quanto riguarda poi il principio di effettività, occorre ricordare che il diritto dell'Unione non obbliga in linea teorica gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno. Tuttavia, tale obbligo può sorgere qualora "*dalla struttura dell'ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, o che l'unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo sia quello di commettere violazioni del diritto*" (v, in tal senso, sentenza del 14 maggio 2020, *Orszàgos Idegenrendészeti Fòigazgatósàg Dél-alfoldi Regionàlis Igazgatósàg*, C-924/19PPU e C-925/19PPU, § 143 e giurisprudenza ivi citata).

Al contrario, quando tale rimedio esiste, è ammissibile che lo Stato membro interessato conferisca al Consiglio di Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, e di impedire, di conseguenza, che la questione sottopostagli venga esaminata ancora nel merito dalla Corte di Cassazione (§ 64).

Nella terza ed ultima parte della decisione, la CGUE ha esaminato la compatibilità della sentenza del Consiglio di Stato con la giurisprudenza europea susseguitasi in applicazione della direttiva 89/665/CEE. Effettivamente, stando ai precedenti ormai consolidati della CGUE, il fatto che il Consiglio di Stato non abbia esaminato nel merito i motivi di ricorso formulati da Randstad ha concretizzato una violazione della direttiva 89/665/CEE (v., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18, § 29).

In realtà, però, ciò non giustifica l'ammissibilità del ricorso per cassazione per emendare tale

vizio. Secondo la CGUE, infatti, i rimedi contemplati dall'ordinamento UE sono due:

i) da un lato, la possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro uno Stato membro qualora i giudici di quest'ultimo non disapplichino la normativa e/o la giurisprudenza in contrasto con il diritto UE;

ii) dall'altro lato, i singoli che siano stati eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, possono far valere la responsabilità dello Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso (in tal senso, in particolare, sentenze del 30 settembre 2003, Kòbler, C-224/01, § 59; del 24 ottobre 2018, XC e a., C-234/17 § 58, nonché del 4 marzo 2020, Telecom Italia, C-34/19, § da 67 a 69).

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, i principi di effettività ed equivalenza non comportano la necessità che l'art. 111, ottavo comma, Cost., venga interpretato nel senso di ammettere il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato anche nel caso in cui venga soltanto contestata una violazione del diritto UE.

DIRETTIVA 2011/95/UE

RINVIO PREGIUDIZIALE – POLITICA COMUNE IN MATERIA DI ASILO E DI PROTEZIONE SUSSIDIARIA – NORME SULL'ATTRIBUZIONE, A CITTADINI DI PAESI TERZI O APOLIDI, DELLA QUALIFICA DI BENEFICIARIO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE – DIRETTIVA 2011/95/UE – ARTICOLI 3 E 23 – RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO DI UN GENITORE AL FIGLIO MINORE A TITOLO DERIVATO – MANTENIMENTO DELL'UNITÀ DEL NUCLEO FAMILIARE – INTERESSE SUPERIORE DEL BAMBINO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 9 novembre 2021, Causa C-91/20

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=248901&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932

CLASSIFICAZIONE

Rinvio pregiudiziale – Politica comune in materia di asilo e di protezione sussidiaria – Norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale – Direttiva 2011/95/UE – Articoli 3 e 23 – Disposizioni più favorevoli che possono essere mantenute o adottate dagli Stati membri al fine di estendere il diritto di asilo o di protezione sussidiaria ai familiari del beneficiario di protezione internazionale – Riconoscimento dello status di rifugiato di un genitore al figlio minore a titolo derivato – Mantenimento dell'unità del nucleo familiare – Interesse superiore del bambino

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 9 novembre 2021, Causa C-91/20

RIFERIMENTI NORMATIVI

Diritto dell'Unione.

Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (che ha provveduto alla «rifusione» della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004), recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta:

Art. 2 lettera d) j) k) n) ; art. 3; art. 4 par.3, lettera e); art. 12; art. 23 par. 1 e 2 Considerando 4, 12, 14, 16, 18, 19, 36 e 38.

Norme di diritto internazionale.

Articolo 1, sezione A, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra Diritto tedesco: Articolo 3, paragrafo 1 e articolo 26, paragrafo 2,4,5 dell'Asylgesetz (l'«AsylG»- Legge relativa al diritto di asilo), del 26 giugno 1992 (BGBl. °1992 I, pag. 1126), nella versione pubblicata il 2 settembre 2008 (BGBl°2008 I, pag. 1798)

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE.

Sentenza del 13 gennaio 2021, Bundesrepublik Deutschland (Status di rifugiato di un apolide di origine palestinese), C507/19, EU:C:2021:3, punto 39; sentenza del 20 gennaio 2021, Secretary of State for the Home Department, C-255/19, EU:C:2021:36, punto 56 (definizione di status di rifugiato); sentenza del 4 ottobre 2018, Ahmedbekova, C-652/16, EU:C:2018:801, punto 50,68 e 70,71, 72; sentenza del 9 novembre 2010, B e D, C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, punto 115; sentenza del 9 settembre 2021, Bundesrepublik Deutschland (Familiare), C-768/19, EU:C:2021:709, punti da 36 a 38; sentenza del 23 maggio 2019, Bilali, C-720/17, EU:C:2019:448, punto 57

ABSTRACT

L'articolo 3 e l'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i 2 rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, devono essere interpretati nel senso che non ostano a che uno Stato membro, in base a disposizioni nazionali più favorevoli, riconosca, a titolo derivato e ai fini del mantenimento dell'unità nucleo familiare, lo status di rifugiato al figlio minore di un cittadino di un paese terzo al quale tale status è stato riconosciuto ai sensi della disciplina stabilita dalla succitata direttiva, anche nel caso in cui detto figlio sia nato nel territorio di detto Stato membro e possegga, tramite l'altro genitore, la cittadinanza di un altro paese terzo nel quale non sarebbe esposto al rischio di persecuzioni, purché al suddetto figlio non sia applicabile un motivo di esclusione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della succitata direttiva e questi non abbia diritto, a motivo della sua cittadinanza o di altri elementi che caratterizzano il suo status giuridico personale, in detto Stato membro a un trattamento migliore rispetto a quello derivante dal riconoscimento dello status di rifugiato.

Non è rilevante a questo proposito se sia possibile e ragionevolmente accettabile per tale minore e i suoi genitori stabilirsi nell'anzidetto altro paese terzo.

IL CASO

La ricorrente di cui al procedimento principale è nata in Germania nel 2017 da madre tunisina e padre siriano. Nell'ottobre del 2015 l'Ufficio federale per la migrazione e i rifugiati aveva

riconosciuto lo status di rifugiato al padre della ricorrente, diversamente dalla madre, che aveva presentato domanda di protezione internazionale, ricevendo esito negativo. Non solo.

Con decisione del 15 settembre 2017, l'Ufficio ha altresì respinto la domanda di asilo presentata a nome della ricorrente, dopo la sua nascita, nel procedimento principale, in quanto, «manifestamente infondata».

Pertanto, non avendo visto soddisfatte le sue ragioni dinanzi al giudice adito la ricorrente ha presentato ricorso avverso la suddetta decisione.

Con sentenza del 17 gennaio 2019, il Tribunale amministrativo di Cottbus ha annullato tale decisione nella parte in cui aveva respinto la domanda di asilo della ricorrente nel procedimento principale in quanto «manifestamente infondata», anziché «infondata», e ha respinto il ricorso quanto al resto. Tale giudice ha ritenuto che la ricorrente nel procedimento principale non avesse diritto al riconoscimento dello status di rifugiato, poiché non aveva alcun motivo di temere persecuzioni in Tunisia, uno dei paesi di cui è cittadina. Inoltre, il suddetto giudice ha dichiarato che la ricorrente non poteva neppure far discendere un diritto, a titolo di protezione dei familiari, dallo status di rifugiato riconosciuto in Germania a suo padre. Infatti, il giudicante ha ritenuto che sarebbe stato contrario al principio di sussidiarietà della protezione internazionale estendere il beneficio della protezione a soggetti che, in quanto cittadini di uno Stato idoneo ad offrire loro protezione, sono esclusi dalla categoria delle persone bisognose di protezione.

La ricorrente, di conseguenza, ha proposto ricorso in cassazione contro tale sentenza dinanzi alla Corte amministrativa federale, sostenendo che ai figli minori di genitori di diversa nazionalità deve essere riconosciuto lo status di rifugiato a titolo di protezione dei familiari, anche nel caso 3 in cui tale status sia stato riconosciuto soltanto ad uno dei suddetti genitori e che, quindi, il principio di sussidiarietà della protezione internazionale dei rifugiati non osterebbe a tale conclusione (art. 3 della direttiva 2011/95).

In questa sede, il giudice del rinvio ha affermato che la ricorrente nel procedimento principale non ha diritto al riconoscimento dello status di rifugiato in base ad un diritto a lei proprio.

Infatti, dall'articolo 1, sezione A, paragrafo 2, secondo comma, della Convenzione di Ginevra, che esprime il principio di sussidiarietà della protezione internazionale dei rifugiati, risulterebbe che le persone che posseggono due o più cittadinanze non possono ottenere lo status di rifugiato nel caso in cui possano domandare la protezione di uno degli Stati di cui sono cittadini.

Orbene, la ricorrente nel procedimento principale potrebbe beneficiare di una protezione effettiva in Tunisia, paese di cui è cittadina.

Cionondimeno, la ricorrente nel procedimento principale soddisferebbe i requisiti previsti dal diritto tedesco per ottenere lo status di rifugiato, in quanto, figlia minore non coniugata di un genitore a cui è stato riconosciuto tale status, che dovrebbe essere concesso, a titolo derivato e ai fini della protezione dei familiari del rifugiato, anche al figlio che è nato in Germania e che, tramite l'altro genitore, possiede la cittadinanza di un paese terzo, in cui non subirebbe persecuzioni.

Tuttavia, il giudice del rinvio si è chiesto se un'interpretazione siffatta del diritto tedesco sia conforme alla direttiva 2011/95.

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA.

Con la domanda di rinvio pregiudiziale promossa dal Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Germania), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'articolo 3 e dell'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/95.

In particolare, il giudice del rinvio si interroga se le suddette disposizioni della direttiva ostino a che uno Stato membro, in base a disposizioni nazionali più favorevoli, riconosca, a titolo derivato e ai fini del mantenimento dell'unità del nucleo familiare, lo status di rifugiato al figlio minore non coniugato di un cittadino di un paese terzo al quale tale status è stato riconosciuto ai sensi della disciplina stabilita da tale direttiva, anche nel caso in cui tale figlio sia nato nel territorio del suddetto stato membro e possegga, tramite l'altro genitore, la cittadinanza di un altro paese terzo, nel cui territorio non rischierebbe persecuzioni.

LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea osserva anzitutto come la ricorrente nel procedimento principale non possegga, in base all'articolo 2, lettera d), della direttiva 2011/95, i requisiti per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato su base individuale.

La presente decisione, infatti, ribadisce il principio secondo cui una domanda di protezione internazionale non può fondarsi esclusivamente sull'accertamento, in favore di un familiare del minore, del fondato timore di persecuzioni o di rischi effettivi di danni gravi, se tali rischi non sussistono anche in 4 relazione alla figura del richiedente.

Nonostante il considerando 36 della direttiva riconosca come i familiari di un rifugiato siano generalmente più esposti al rischio di persecuzioni per il sol fatto di presentare legami di parentela con quest'ultimo, occorre verificare se il richiedente possa ottenere protezione da almeno uno dei paesi di cui possiede la cittadinanza, ognuno dei quali è da considerarsi "paese d'origine" ai sensi dell'articolo 2, lettera n) della presente direttiva. Nel caso di specie, la ricorrente nel procedimento principale, di cittadinanza siriana e tunisina, nata in Germania, avrebbe ragionevolmente potuto beneficiare della protezione della Tunisia, paese d'origine della madre, e in relazione al quale non vi sono fondati motivi di ritenere sussistenti pericoli per l'incolumità.

La direttiva, quindi, non prevede l'estensione a titolo derivato dello status di rifugiato o dello status di protezione sussidiaria ai familiari di una persona a cui è stato riconosciuto il diritto di asilo, se individualmente quest'ultimi non presentano i requisiti per accedere alla protezione internazionale.

Sebbene sia da escludersi un riconoscimento automatico, l'articolo 3 della direttiva 2011/95 consente agli Stati membri di introdurre o mantenere in vigore "disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della direttiva". Affinché una disposizione interna più favorevole possa dilatare i presupposti per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato o per beneficiare della protezione sussidiaria, è necessario che quest'ultima sia compatibile col contenuto della direttiva e, complessivamente, con i principi generali della protezione internazionale (sentenza del 4 ottobre 2018, Ahmedbekova, C-652/16, EU:C:2018:801, punto 71 e giurisprudenza ivi citata).

Con la decisione in commento la Corte di Giustizia ha escluso che esigenze di tutela dell'unità familiare possano giustificare, a priori, l'estensione della protezione internazionale in favore di soggetti che individualmente non avrebbero titolo per beneficiarne.

Invero, la decisione in esame sottolinea altresì come la tutela del nucleo familiare costituisca un valore connesso alle logiche della protezione internazionale, richiamando la Convenzione di Ginevra che classifica l'unità familiare quale diritto essenziale del rifugiato, raccomandando agli Stati firmatari di predisporre adeguati strumenti di tutela a tal fine. Le esigenze di protezione del nucleo familiare non possono, tuttavia, tradursi in un abuso della riserva contenuta nell'articolo 3 della presente direttiva.

In primo luogo, occorre verificare che il diritto nazionale non consenta l'estensione della protezione internazionale nei confronti di soggetti che rientrano nelle ipotesi di esclusione contemplate dall'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 (sentenza del 9 novembre 2010, B e D, C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, punto 115).

Al contempo, la Corte di Giustizia richiama l'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva, ai sensi del quale l'estensione dei vantaggi accordati al beneficiario della protezione internazionale a un familiare del medesimo è esclusa allorquando ciò sia incompatibile con lo status giuridico personale del familiare interessato. Si tratta di una riserva volta a salvaguardare l'unità familiare senza eludere la ratio della disciplina in tema di protezione internazionale.

Come si legge dalle motivazioni della decisione, sarebbe incompatibile con il contenuto della direttiva il riconoscimento delle tutele previste dall'articolo 23 in favore del figlio di un soggetto beneficiario di protezione internazionale, allorché il minore abbia la cittadinanza dello Stato membro ospitante o un'altra cittadinanza che, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano il suo status giuridico personale, gli dia diritto ad un trattamento migliore in tale Stato membro rispetto a quello risultante da una siffatta estensione.

Si tratta di un'interpretazione che fornisce assoluta centralità all'interesse del minore, in ossequio al considerando 16 della suddetta direttiva, che richiama, tra le altre, quelle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che tutelano il diritto al rispetto della vita familiare e l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore [v., in tal

senso, sentenza del 9 settembre 2021, Bundesrepublik Deutschland (Familiare), C-768/19, EU:C:2021:709,punti da 36 a 38].

In altre parole, benché le esigenze di tutela dell'unità familiare possano consentire l'ottenimento di uno status derivato, ovvero sia dipendente da quello del richiedente principale, tale estensione è da escludersi ogni qualvolta il riconoscimento dello status derivato sarebbe incompatibile con lo status personale, ad esempio perché i figli minori sono cittadini del paese ospitante o perché la loro cittadinanza dà loro diritto a un trattamento migliore. Nel caso in esame, non sembra potersi sostenere che la ricorrente nel procedimento principale godrebbe in Tunisia, paese di cui è titolare della cittadinanza, di maggiori garanzie rispetto a quelle offerte in Germania, Stato membro nel quale è nata e nel quale il padre è beneficiario di protezione internazionale. Come si evince dal testo della decisione, il diniego dello status derivato nei confronti del minore obbligherebbe il genitore, richiedente principale, a scegliere tra il mantenimento dell'unità familiare in un paese diverso da quello in cui ha ottenuto la protezione ovvero l'esercizio del diritto di asilo senza che i familiari possano godere delle medesime tutele a lui riconosciute, il che appare evidentemente in contrasto con lo spirito che informa il contenuto della direttiva e, in particolare, l'articolo 23 della medesima.

DIRETTIVE N. 2011/96 E 2014/52 UE

DIRETTIVA "VIA" N. 2011/96/UE - AMBIENTE – VALUTAZIONE DELL'IMPATTO AMBIENTALE – MINIERA DI TURÒW (POLONIA) – ESTRAZIONE DI LIGNITE – AUTORIZZAZIONE - ART. 259 TFUE – DOMANDA DI PROVVEDIMENTI PROVVISORI – BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Ordinanza 21 maggio 2021, Repubblica Ceca/ Polonia (Caso C-121/21).

HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF?TEXT=&DOCID=241541&PAGEINDEX=0&DOCLANG=IT&MODE=LST&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=45932

CLASSIFICAZIONE

Direttiva "VIA" n. 2011/96/UE - Ambiente – Valutazione dell'impatto ambientale – miniera di Turòw (Polonia) – Estrazione di lignite – Autorizzazione - Art. 259 TFUE – Domanda di provvedimenti provvisori – Bilanciamento degli interessi.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Ordinanza 21 maggio 2021, Repubblica Ceca/ Polonia (Caso C-121/21).

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 8 bis, 9, 11 direttiva 2011/92/UE mod. dalla direttiva 2014/52/UE (cd. "Direttiva VIA"), art. 7 direttiva n. 2003/4/CE, art. 4 par. 3 TUE

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE richiamate

Inter-Environnement Wallonie e Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, C-411/17; Commission-Bulgaria, C-141/14

ABSTRACT

La direttiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, come modificata dalla direttiva 2014/52/UE del 16 aprile dispone, all'art. 2, par. I, che gli Stati Membri, ai fini del rilascio dell'autorizzazione per i progetti per i quali si prevede un significativo impatto ambientale – in particolare per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione - devono adottare le disposizioni necessarie affinché sia prevista una valutazione del loro impatto

ambientale mediante un esame del progetto caso per caso o soglie e criteri fissati dallo stesso Stato membro.

FATTO

La miniera di lignite a cielo aperto di Turòw è situata nel territorio polacco, in prossimità delle frontiere della Repubblica Ceca e della Repubblica federale di Germania. Nel 1994 le autorità polacche hanno rilasciato alla PGE Elektrownia Belchatòw S.A. (di seguito "l'operatore") una concessione per l'attività estrattiva per un periodo di 26 anni, fino al 2020. Nel 2019, l'operatore ha presentato domanda di proroga di tale concessione per un ulteriore periodo di sei anni ai sensi della legge polacca relativa alle informazioni sull'ambiente in forza della quale, "*la concessione per l'estrazione di lignite può essere prorogata solo una volta per un periodo di sei anni senza alcuna valutazione dell'impatto ambientale allorché tale proroga sia motivata*".

Contestualmente il 21 gennaio 2020, il direttore regionale della tutela dell'ambiente della Polonia ha adottato la decisione "VIA", vertente sulle condizioni ambientali per il progetto di prosecuzione dello sfruttamento del giacimento di lignite di Turòw fino all'anno 2044, dichiarandola immediatamente esecutiva. Il 24 gennaio 2020 l'operatore ha allegato la decisione "VIA" alla domanda di proroga per l'attività estrattiva presentata nel 2019.

Con decisione del 20 marzo 2020, il Ministro per il Clima della Repubblica di Polonia, ha concesso l'autorizzazione all'estrazione di lignite fino al 2026 sulla base della precedente legge polacca.

La Repubblica Ceca, ritenendo che con tale autorizzazione la Polonia avesse violato il diritto dell'Unione, il 30 settembre 2020, ha adito la Commissione Europea ai sensi dell'art. 259 TFUE.

LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE

Il 17 dicembre 2020, la Commissione ha emesso un parere motivato addebitando alla Repubblica di Polonia molteplici inadempimenti del diritto dell'Unione. In particolare, la Commissione ha ritenuto che, avendo adottato una disposizione che consentiva di prorogare fino a sei anni l'autorizzazione all'estrazione di lignite, senza procedere ad una valutazione dell'impatto ambientale, tale Stato membro avesse violato la direttiva concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (cd. Direttiva "VIA").

IL PROCEDIMENTO DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Pertanto, il 26 febbraio 2021, la Repubblica Ceca, ritenendo che la Polonia avesse violato il diritto dell'Unione, ha proposto ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di Giustizia. Nell'ambito del procedimento sommario la Repubblica Ceca ha chiesto alla Corte, di ordinare alla Polonia di cessare immediatamente le attività di estrazione di lignite nella miniera di Turòw.

Con ordinanza del 21 maggio 2021 la vicepresidente della Corte ha accolto la domanda della Repubblica Ceca, ordinando la cessazione delle attività fino alla pronuncia della sentenza definitiva.

A causa del mancato adempimento da parte della Polonia agli obblighi ad essa incombenti ai sensi della suddetta ordinanza, il 7 giugno 2021, la Repubblica Ceca ha presentato domanda diretta alla condanna della Polonia al pagamento di una penalità per ogni giorno di inadempimento.
La Polonia ha presentato domanda di revoca dell'ordinanza emessa nel procedimento sommario.
Con ordinanza del 20 settembre 2021 la vicepresidente della Corte ha respinto la domanda della Polonia e ha ordinato a tale Stato membro di versare alla Commissione una penalità per l'importo di Euro 500.000 al giorno, a decorrere dalla data della notifica dell'ordinanza e fino all'adeguamento di quanto in essa stabilito.
Si è in attesa della sentenza che concluderà la causa C.121/12.

LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con ordinanza del 21 maggio 2021 emessa nella causa C-121/21 ha stabilito che i progetti che rientrano nell'allegato I della direttiva VIA (art. 4 par. 1), presentano per loro natura un rischio di un significativo impatto ambientale e devono essere tassativamente oggetto di una valutazione.
Per quanto riguarda i progetti che rientrano nell'allegato II della direttiva VIA (art. 4, par. 2), gli Stati Membri determinano sulla base di un esame caso per caso, o sulla base delle soglie o dei criteri che essi stabiliscono o su entrambe le procedure, se tali progetti devono essere sottoposti a una valutazione del loro impatto ambientale. Tra i progetti rientranti nell'allegato II rientrano altresì le attività minerarie a cielo aperte diverse da quelle a cui all'allegato I.
La Corte ha statuito che le autorità nazionali competenti, investite di una domanda di autorizzazione di un progetto rientrante nell'allegato II della direttiva VIA devono procedere ad una valutazione di impatto ambientale.
In tale contesto, la Corte, ha ritenuto che il pregiudizio lamentato dalla Repubblica Ceca risultante dal danno sorto dalle attività estrattive, che potrebbe comportare un sensibile aumento del livello delle acque sotterranee situate nel territorio ceco mettendo così a repentaglio la fornitura di acqua potabile, integra un danno grave e irreparabile per l'ambiente e la salute umana. Infatti tali attività comportano un flusso ininterrotto di acqua dal territorio ceco verso quello polacco che provoca il deterioramento del livello delle acque sotterranee tale da minacciare l'approvvigionamento di acqua potabile di circa 10.000 persone.
Ne consegue che, anche se l'improvvisa indisponibilità dell'estrazione di lignite nella miniera potrebbe avere effetti negativi, il bilanciamento degli interessi in gioco deve propendere per la concessione dei provvedimenti provvisori ed urgenti richiesti dalla Repubblica Ceca.
Per tali motivi, la vicepresidente della Corte ha statuito l'immediata cessazione dell'estrazione di lignite nella miniera di Turòw sino alla pronuncia della sentenza definitiva.

DIRETTIVA 2006/112/CE

RINVIO PREGIUDIZIALE - DIRETTIVA 2006/112/CE - IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO (IVA) - ESENZIONI - ARTICOLO 135, PARAGRAFO 1, LETTERA A) - OPERAZIONI DI ASSICURAZIONE, NONCHÉ PRESTAZIONI DI SERVIZI RELATIVE A TALI OPERAZIONI, EFFETTUATE DAI MEDIATORI E DAGLI INTERMEDIARI DI ASSICURAZIONE - PRESTAZIONE FORNITA PER UN ASSICURATORE, COMPOSTA DA VARI SERVIZI - QUALIFICAZIONE COME PRESTAZIONE UNICA.

Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z

https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=239288&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932

CLASSIFICAZIONE.

Rinvio pregiudiziale - Direttiva 2006/112/CE - Imposta sul valore aggiunto (IVA) - Esenzioni - Articolo 135, paragrafo 1, lettera a) - Operazioni di assicurazione, nonché prestazioni di servizi relative a tali operazioni, effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione - Prestazione fornita per un assicuratore, composta da vari servizi - Qualificazione come prestazione unica.

RIFERIMENTI NORMATIVI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

Articolo 1, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2006/112; Articolo 135, paragrafo 1, lettera a).

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della CGUE.

Stadion Amsterdam,C-463/16,EU:C:2018:22; Arthur Andersen,C-472/03,EU:C:2005:135; Aspiro, C-40/15, EU:C:2016:172;Blackrock Investment Management(UK),C-231/19,EU:C:2020:513;Everything Everywhere, C-276/09, EU:C:2010:730; Stock '94, C-208/15, EU:C:2016:936; United Biscuits (Pensions Trustees) e United Biscuits Pension Investments, C-235/19, EU:C:2020:801.

Sentenze della Corte di Cassazione:

Cass. n. 22429/2016; Cass. 5885/2017; Cass. 11442/2018; Cass. n. 25649/2018; Cass. n. 25648/ 2018; Cass. n. 21820/ 2018, Cass. n. 21303/ 2018; Cass. n. 21302/ 2018*;Cass. 24713/2020.*

PRONUNCIA SEGNALATA

Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z

Abstract

Il Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale) *ha proposto alla Corte di Giustizia di chiarire se l'art. 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112, debba essere interpretato nel senso che l'esenzione dall'IVA, da esso prevista, si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, laddove tali prestazioni debbano essere qualificate come prestazione unica in riferimento all'IVA. La Corte di giustizia, a tale riguardo, ha affermato che, in tema di esenzione dall'imposta sul valore aggiunto (IVA), l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, disciplinante il sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che l'esenzione IVA, da esso prevista, non si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, nel caso in cui il giudice del rinvio qualificasse tali prestazioni come prestazione unica in rifermento all'IVA.*

IL CASO

La società Q, nell'ambito della sua attività di commercializzazione e collocamento di prodotti assicurativi, concludeva un contratto con l'assicuratore *F,* con cui si obbligava a fornire tre tipi di servizi. In primo luogo, metteva a disposizione di F un prodotto assicurativo concepito per la copertura dei rischi speciali, mediante una licenza di utilizzazione non esclusiva, inoltre collocava per questo assicuratore dei contratti assicurativi, provvedendo a adattare le polizze in caso di bisogno, e valutando i rischi. Infine, la società Q provvedeva alla gestione di tali contratti ed alla liquidazione dei sinistri.

Per le prestazioni di detti servizi la Q riceveva una remunerazione sotto forma di provvigione di brokeraggio e presentava, nell'agosto del 2012, alle autorità tributarie tedesche, una dichiarazione relativa all'imposta sul volume d'affari per l'esercizio 2011 chiedendo l'esenzione dall'Iva per l'insieme delle sue prestazioni a norma dell'art. 4, punto 11, dell'UStG (legge relativa all'imposta sul volume d'affari; BGBl 2005 I, pag. 386).

L'ufficio dei tributi tedesco non accoglieva la domanda della società contribuente, notificando un avviso di accertamento, atteso che, tra le prestazioni svolte dalla società contribuente, solo

l'attività di intermediazione assicurativa era esente da Iva ai sensi dell'art. 4, punto 11, dell'UStG. Q impugnava l'avviso di accertamento dinanzi al giudice tributario di primo grado competente in materia tributaria, e contestava la decisione emessa da tale giudice dinanzi alla Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania). La Corte federale riteneva, in applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di giustizia, (Stadion Amsterdam, C-463/16, EU:C:2018:22), che i servizi svolti dalla società contribuente dovessero, in linea di principio, essere considerati come prestazione unica. Il regime fiscale di una prestazione unica era determinato in funzione dell'elemento principale di quest'ultima, rappresentato, nella fattispecie, dalla concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo.

Secondo il giudice del rinvio, gli altri elementi, quali l'intermediazione assicurativa e le prestazioni finalizzate all'esecuzione dei contratti di assicurazione, ivi compresa la liquidazione dei sinistri, rappresentavano soltanto prestazioni accessorie.

Si precisava che le attività di intermediazione assicurativa esercitate da Q erano connesse alla fornitura del suo prodotto assicurativo all'assicuratore. Inoltre, la remunerazione di Q era dovuta anche nel caso in cui altri intermediari avessero proceduto al collocamento del prodotto assicurativo per conto dell'assicuratore. Come risultava dalla giurisprudenza della Corte, l'esenzione prevista dall'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112 non trovava applicazione ad un'attività consistente nella concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo.

Veniva citata la sentenza Arthur Andersen (C-472/03 EU: C: 2005: 135) secondo cui nell'ipotesi in cui un assicuratore esternalizzava dei servizi di fornitura dei prodotti assicurativi per affidarli ad un terzo, tali servizi non rientravano nell'esenzione.

Mentre, secondo la sentenza Aspiro (C-40/15, EU: C: 2016: 172), la liquidazione dei sinistri da parte di un imprenditore per conto di un assicuratore non poteva essere qualificata come prestazione effettuata da un intermediario di assicurazione, mancando il nesso con gli aspetti essenziali dell'attività di intermediario di assicurazione, vale a dire la ricerca di clienti e la messa in relazione di costoro con l'assicuratore.

Il Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale) non escludeva che la sentenza Aspiro potesse essere interpretata in maniera diversa, in modo tale che una prestazione unica fosse esente da Iva anche quando soltanto una prestazione accessoria soddisfava i requisiti stabiliti all'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112. Sulla base dei rilievi espressi, per risolvere la controversia, il giudice del rinvio riteneva necessario determinare l'esatta portata della sentenza del 17 marzo 2016, Aspiro (C-40/15, EU: C: 2016: 172), al fine di stabilire se la prestazione unica fornita da Q dovesse essere esentata da IVA[1]. Quindi, sospendeva il

[1] La sentenza della CGUE, emessa in data 17.3.2016, nella causa C-40/15 (Aspiro SA) in tema di "esenzione in materia di assicurazioni, nozioni di operazioni di "assicurazione " e di "prestazioni di servizi relative a dette operazioni, effettuate da mediatori e dagli intermediari di assicurazione "-servizi di liquidazione dei sinistri forniti in nome e per conto di un assicuratore", ha ribadito alcuni principi già affermati, principalmente sul solco della sentenza emessa in data 3.3.2005 nella causa C-472/03 (Arthur Andersen). La società Aspiro, senza essere impresa assicuratrice, né mediatore né

procedimento, sottoponendo alla Corte la seguente questione pregiudiziale: " Se sussista una prestazioni di servizi relativa a operazioni di assicurazione e riassicurazione, fornita da mediatori e intermediari di assicurazione in esenzione da imposta ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva (2006/112), nel caso in cui un soggetto passivo che svolge un'attività di intermediazione per una compagnia di assicurazioni metta a disposizione di tale compagnia, in aggiunta, anche il prodotto assicurativo oggetto di intermediazione".

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se **l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112** debba essere interpretato nel senso che l'esenzione dall'IVA, da esso prevista, si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, laddove tali prestazioni debbano essere qualificate come prestazione unica in riferimento all'IVA.

I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

La Corte evidenzia che, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza unionale, quando un'operazione è costituita da un complesso di elementi e di atti, si devono prendere in considerazione tutte le circostanze nelle quali si svolge l'operazione in questione, al fine di stabilire se questa dia luogo, ai fini dell'IVA, a due o più prestazioni distinte oppure ad una

intermediario di assicurazione, e senza essere responsabile nei confronti degli assicurati, effettuava l'insieme dei servizi relativi alla liquidazione dei sinistri in nome e per conto di un'impresa assicuratrice (sulla base di un mandato con rappresentanza) e riceveva un corrispettivo forfetario, in funzione dello specifico tipo di sinistro. La Corte unionale, chiamata a stabilire se tale attività ricadesse nell'esenzione prevista dall'art. 135, par. 1, lett. a) della direttiva IVA è pervenuta alla conclusione che detta norma deve essere interpretata "nel senso che servizi di liquidazione di sinistri, come quelli di cui al procedimento principale, forniti da un terzo in norme e per conto di un'impresa di assicurazione, non rientrano nell'esenzione prevista da tale disposizione". In particolare è stato precisato che l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/113/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che i servizi di gestione di investimenti forniti in base a un regime pensionistico professionale, con esclusione di qualsiasi indennizzo del rischio, non possono essere qualificati come "operazioni di assicurazione" ai sensi di tale disposizione e, pertanto, non possono rientrare nell'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto (IVA) prevista da detta disposizione a favore di siffatte operazioni. La sentenza ASPIRO costituisce la coerente evoluzione di quanto già affermato nella sentenza emessa in data 3.3.2005, in causa C-472/03, Arthur Andersen, ove era stato escluso che le attività di back offices, consistenti "nel trattare domanda di assicurazione, valutare i rischi di assicurare, valutare la necessità di un accertamento medico, decidere l'accettazione del rischio qualora un siffatto esame non si renda necessario, procedere all'emissione, alla gestione e alla cessazione delle polizze assicurative nonché a modifiche tariffarie e contrattuali, incassare i premi, gestire i sinistri, fissare e pagare le commissioni degli intermediari di assicurazione e assicurare il seguito dei contatti con questi ultimi, trattare aspetti relativi alla riassicurazione e fornire informazioni ai contraenti come pure agli intermediari di assicurazione nonché ad altri soggetti interessati come le autorità tributarie" (punto 33), svolte dalla società ACMC in base ad un contratto di collaborazione con la società assicuratrice UL, potessero costituire operazioni di assicurazione perché, pur contribuente al contenuto essenziale delle attività di una impresa di assicurazioni, non costituivano operazioni di assicurazione in quanto la ACMC non intratteneva alcun rapporto contrattuale con gli assicurati, poiché i contratti di assicurazione venivano sottoscritti a nome della UL (punti 33, 34).

prestazioni unica (sentenza del 18 gennaio 2018, Stadion Amsterdam, C-463/16, EU: C: 2018: 22, punto 21 e la giurisprudenza citata).

Si è in presenza di una prestazione unica quando due o più elementi o atti forniti dal soggetto passivo al cliente sono così strettamente connessi da formare, oggettivamente, una sola prestazione economica indissolubile, la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale (sentenza del 2 luglio 2020, BlackrocK Insestment Management (UK), C-231/19, EU: C: 2020: 513, punto 23 e la giurisprudenza ivi citata).

Tale situazione si verifica nel caso in cui uno o più elementi debbano essere considerati come costituenti la prestazione principale, mentre altri elementi, al contrario, debbano essere considerati alla stregua di una o più prestazioni accessorie, che condividono il medesimo trattamento fiscale riservato alla prestazione principale. Secondo la Corte, una prestazione deve essere considerata accessoria rispetto ad una prestazione principale, qualora essa costituisca per la clientela non un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire nelle migliori condizioni del servizio principale offerto dal prestatore (sentenza del 2 dicembre 2010, Eyerything Eyerywhwere, C-276/09, EU: C: 2010: 730, punti 24 e 25 nonché la giurisprudenza citata).

Esclusione dell'unicità della prestazione nel caso di specie.

Nel caso di specie, la CGUE accerta che risulta dalla decisione di rinvio che i servizi di intermediazione forniti dalla società contribuente non sono indispensabili per la distribuzione del prodotto assicurativo ai futuri assicurati, bensì costituiscono, piuttosto, un'attività distinta e indipendente, circostanza questa la cui verifica è riservata al giudice del rinvio.

In aggiunta, le informazioni contenute nella decisione di rinvio non permettono di stabilire se i servizi di intermediazione forniti da Q si distinguano rispetto agli stessi servizi forniti da altri intermediari. In particolare, fatte salve le verifiche che incombono al giudice del rinvio, non consta che l'intermediazione di cui Q si fa carico permetta ad un assicuratore di utilizzare meglio la licenza concessa da tale società o che essa sola possa garantire, mediante i suoi servizi di intermediazione, che detto assicuratore fruisca di tale licenza nelle migliori condizioni.

Da tali circostanze consegue, secondo la Corte, che **la concessione di una licenza di utilizzazione del prodotto assicurativo ad un assicuratore, da un lato, e i servizi di intermediazione forniti da Q, dall'altro, non sembrano dover essere qualificati come prestazione unica ai fini dell'IVA**.

Si precisa, inoltre, che non spetta alla Corte, adita ai sensi dell'articolo 267 TFUE, qualificare i fatti in discussione nel procedimento principale, dato che tale qualificazione rientra nella competenza esclusiva del giudice nazionale, il quale è tenuto a verificare se i servizi di gestione dei contratti di assicurazione parimenti forniti da Q, nonché la concessione di una licenza di utilizzazione del prodotto assicurativo costituiscano una prestazione unica.

Interpretazione dei presupposti per l'esenzione dall'IVA ex art. 135, paragrafo 1 della direttiva 2006/112.

La CGUE chiarisce che, poiché le prestazioni accessorie condividono il medesimo trattamento riservato alla prestazione principale in materia di IVA, nell'ipotesi in cui tale prestazione principale ricadesse sotto l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 2006/112, l'operazione dovrebbe essere integralmente esentata dall'IVA, in applicazione di tale disposizione.

La Corte afferma che "le operazioni di assicurazione e di riassicurazione" implicano per natura l'esistenza di un rapporto contrattuale tra il prestatore del servizio assicurativo e il soggetto i cui rischi sono coperti dall'assicurazione, ossia l'assicurato.

Con riguardo alle "prestazioni di servizi relative a (…) operazioni [di assicurazione], effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione", invece, come risulta dai termini stessi dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112, la loro esenzione è assoggettata al rispetto di due condizioni cumulative. Infatti, dette prestazioni devono essere "relative" ad operazioni di assicurazione ed essere "effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione".

In riferimento alla prima di queste condizioni, si afferma che il termine "relative" è sufficientemente ampio per comprendere diverse prestazioni concorrenti alla realizzazione di operazioni di assicurazione e, segnatamente, la liquidazione dei sinistri, la quale costituisce una delle parti essenziali di queste operazioni.

Al fine di stabilire se le prestazioni per le quali viene richiesta l'esenzione a titolo dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112 vengano effettuate da un mediatore assicurativo o da un intermediario di assicurazione, occorre non già basarsi sulla veste formale del prestatore, bensì esaminare il contenuto stesso di queste prestazioni.

Nell'ambito di tale esame, occorre verificare se siano soddisfatti due criteri. In primo luogo, il prestatore deve essere in rapporto con l'assicuratore e con l'assicurato. In secondo luogo, la sua attività deve comprendere aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione.

A seguito di siffatta analisi, la Corte conclude che occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che: "***l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112 deve essere interpretato nel senso che l'esenzione dall'IVA da esso prevista non si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, nel caso in cui il giudice del rinvio qualificasse tali prestazioni come prestazione unica in riferimento all'IVA"***.

Con specifico riferimento al caso in esame, risulta dalla decisione di rinvio che la licenza di utilizzazione del prodotto assicurativo permette ad un assicuratore di offrire tale prodotto a

potenziali clienti in vista della conclusione di contratti di assicurazione. Per contro, non consta che sia richiesto il concorso di futuri potenziali clienti. Soltanto quando l'assicuratore decide di ricorrere a servizi di intermediazione e sceglie, in tale contesto, i servizi offerti da Q, quest'ultima può entrare in contatto con gli assicurati.

Essendo, dunque, manifesta la mancata sussistenza dei presupposti di cui all'art. 135 paragrafo 1 cit., come interpretati dalla Corte nella ricostruzione che precede, la concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo non è un'attività che comprenda aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazioni.

Invero, anche supponendo che il prodotto sia stato concepito specificamente per una cerchia ristretta di soggetti in funzione delle loro particolari esigenze, incombe all'assicuratore assumere le iniziative necessarie al fine di contattare tali soggetti per il collocamento del prodotto suddetto, segnatamente facendo ricorso ad un intermediario di assicurazioni.

Ne consegue che l'attività esercitata da Q, consistente nella concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo, non può essere qualificata come prestazione effettuata dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione, ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112.

Pertanto, se anche i servizi forniti da Q dovessero essere considerati come costituenti una prestazione unica, questa non può, comunque, essere esentata dall'IVA in applicazione della disposizione sopra citata, in quanto la prestazione principale non rientra nell'ambito di applicazione di quest'ultima.

OSSERVAZIONI

Si evince chiaramente dalla pronuncia in commento che appare fondamentale comprendere se le prestazioni di cui trattasi costituiscano, ai fini IVA, un *unicum* indissolubile (quindi potendosi individuare una prestazione principale e altre prestazioni accessorie), ovvero prestazioni distinte le une dalle altre. Tale valutazione, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza unionale, è rimessa al giudice nazionale, che dovrà compierla caso per caso, ma applicando l'*acquis communautaire* sul punto.

Ai fini Iva, ciascuna prestazione deve essere considerata, di regola, come autonoma e indipendente (articolo 1, § 2, Direttiva 2006/112/CE). Tuttavia, quando un'operazione comprende più elementi, si pone la questione se la stessa deve essere considerata come costituita da una prestazione unica o da diverse prestazioni distinte e indipendenti da valutare separatamente dal punto di vista dell'Iva.

In via generale, una prestazione deve essere considerata unica in due ipotesi alternative:

-quando le prestazioni effettuate dal prestatore sono così strettamente collegati da formare, oggettivamente, un'unica prestazione economica la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale;

- quando una prestazione costituisce la prestazione principale, mentre l'altra o le altre prestazioni costituiscono una prestazione accessoria, cui si applica la stessa disciplina Iva prevista per la prestazione principale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è ormai concorde nell'affermare che l'art. 78 della Direttiva n. 2006/112/CE (norma che ha ad oggetto il concetto di "accessorietà" delle prestazioni ai fini delle esenzioni da IVA) **richiede** che le operazioni accessorie siano addebitate dal fornitore al cliente, mentre **non richiede** che le operazioni accessorie siano eseguite direttamente dal fornitore, ovvero per suo conto e a sue spese (Causa C-392/11 del 22.9.2012; **Causa C-453/05 del 21.7.2007**; **Causa C-76/99 del 11.1.2001)**.

In particolare, dopo aver superato un iniziale orientamento, secondo cui, ai fini dell'accessorietà, si richiede l'identità soggettiva del soggetto che effettua l'operazione principale e quella secondaria, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che il carattere di accessorietà non viene meno quando la prestazione secondaria sia realizzata da un soggetto diverso da quello che esegue la prestazione principale.

Una prestazione si considera accessoria in base ad un requisito di carattere oggettivo, ossia quando non costituisce per la clientela un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire al meglio del servizio principale fornito dal prestatore del servizio.

Come si è sopra illustrato, con riferimento alla questione specifica, nella causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z, la CGUE è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità del regime delle esenzioni da IVA alla materia dei contratti assicurativi e, in particolare, di coassicurazione.

La CGUE ha ribadito alcuni principi di diritto che aveva avuto già occasione di affermare in precedenza, riassumibili nell'assunto secondo cui ai fini dell'esenzione "occorre verificare se siano soddisfatti due criteri. In primo luogo, il prestatore deve essere in rapporto con l'assicuratore e con l'assicurato. In secondo luogo, la sua attività deve comprendere aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione", pur concludendo che, nella fattispecie, tali criteri non erano soddisfatti nel caso di specie.

Già nel 1999 (Corte di giustizia, 25 febbraio 1999, C-349/96), la CGUE aveva affermato che l'espressione «operazioni di assicurazione» era in linea di principio sufficientemente ampia per comprendere la copertura assicurativa fornita da un soggetto passivo che non ha la qualità di assicuratore, ma che, nell'ambito di un'assicurazione collettiva di cui è il titolare, procura ai suoi clienti, che sono gli assicurati, una copertura assicurativa avvalendosi di un assicuratore che si assume l'onere del rischio coperto. Successivamente ha poi chiarito che il concetto di attività assicurativa non può essere interpretato estensivamente, nel senso di ricomprendere tutti i servizi forniti tra società di assicurazioni. Infatti, se così fosse, l'esenzione prevista per i mediatori e gli intermediari di assicurazione sarebbe priva di utilità (applicazione pratica), sicchè non costituisce un'attività assicurativa esente una forma di cooperazione in base alla quale una società di assicurazioni gestisce, dietro corrispettivo ma senza assumerne i rischi, l'attività di

un'altra società di assicurazioni, la quale continua a sottoscrivere i contratti di assicurazione in proprio nome (Corte di giustizia, 8 marzo 2001, C-240/99, *Regeringsrätten (Svezia) contro Försäkringsaktiebolaget Skandia*).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana

Sulla questione se le attività svolte dalla coassicuratrice delegataria siano esenti da IVA, la giurisprudenza di merito e di legittimità italiana hanno inizialmente espresso indirizzi non uniformi.

Un orientamento ha ritenuto tali operazioni esenti in quanto la coassicurazione troverebbe la propria fonte normativa in un unico contratto stipulato dall'assicurato con tutti gli assicuratori, i quali possono, a loro volta, intervenire direttamente e personalmente alla stipula, ovvero affidare ad uno di essi il potere di concluderlo in nome e per conto degli altri, attraverso l'attribuzione di un potere rappresentativo che, attese le modalità con cui concretamente opera, è sicuramente da ricondurre nel mandato con rappresentanza, a sua volta esente IVA ai sensi del n. 9, dell'art. 10 del d.P.R. n. 633/72. Inoltre, i servizi di *front office* effettuati dalla compagnia delegataria sono da ricondurre nell'alveo dell'unico contratto assicurativo sottoscritto con l'assicurato e non costituiscono un'autonoma prestazione effettuata da una compagnia di assicurazione nei confronti delle altre. Un secondo indirizzo, invece, ha ritenuto che i corrispettivi in oggetto siano imponibili in quanto l'attività di coassicurazione esercitata dalla delegataria, sebbene sia avvinta da nesso teleologico a quella di assicurazione, è ontologicamente distinta da quella d'assicurazione che intercorre direttamente fra assicurazione e assicurato. Nonostante il contratto di assicurazione e la correlata attività di coassicurazione siano accomunati a risarcire l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto, ad esempio da un sinistro ex art. 1832 c.c., tali due contratti sarebbero caratterizzati da una distinta causa negoziale.

Ciò troverebbe conferma nel fatto che la convenzione di delega costituisce un rapporto le cui parti sono le imprese deleganti, da una parte, e l'impresa delegataria dall'altra, avente ad oggetto la gestione e l'esecuzione del differente e distinto contratto stipulato con l'assicurato dai diversi coassicuratori per l'accertamento e la liquidazione del sinistro.

La Corte Suprema di Cassazione ha inizialmente ritenuto che i servizi resi dalle coassicuratrici delegataria potessero risultare esenti da IVA, pur non essendo di per sé configurabili come operazioni di assicurazione, laddove integrino sul piano economico la prestazione del servizio di coassicurazione.

Tra le pronunce espressione di tale indirizzo si segnala la sentenza n. 22429 del 2016 (conf. Cass. n. 5885 del 2017; Cass. n. 23785 del 2017; Cass. n. 18427 del 2018), con cui si è affermato – interpretando estensivamente i principi espressi dalla sentenza della CGUE nella causa C-40/15 (Aspiro SA) (in quanto non si pretende che vi sia necessariamente, come invece la CGUE in commento dice, *la ricerca di potenziali clienti* da parte della coassicuratrice

delegataria) secondo cui le esenzioni dall'IVA vanno interpretate restrittivamente poiché derogano al principio generale secondo il quale l'IVA è riscossa per ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo (v. sentenza BG2 Leasing, C-224/11, EU: C: 2013:15, punto 56)- che il regime di esenzione previsto dall'art. 10, comma 1, n. 2, del d.P.R. n. 633 del 1972 per le 'operazioni di assicurazione' si estende alla pluralità di prestazioni idonee ad integrare il servizio assicurativo sotto il profilo economico, per cui occorre individuare gli elementi caratteristici dell'operazione di cui trattasi per stabilire se il soggetto passivo fornisca all'assicurato, considerato come consumatore medio, attraverso la pluralità di attività poste in essere, più prestazioni principali distinte o un'unica prestazione, sempre che il prestatore di servizi si sia impegnato esso stesso nei confronti dell'assicurato a garantire a quest'ultimo la copertura di un rischio e sia vincolato all'assicurato da un rapporto contrattuale. Secondo questo indirizzo della giurisprudenza di legittimità, spetta al giudice della controversia accertare, alla luce di tali elementi se l'operazione controversa debba considerarsi, ai fini IVA, unitariamente come 'operazione di assicurazione', ovvero come costituita da prestazioni indipendenti, ovvero se nella specie ricorrano prestazioni accessorie. Tale principio trova applicazione quando il contratto assicurativo sia stato concluso in coassicurazione con più soggetti obbligati pro-quota alla copertura del rischio dell'assicurato e uno dei coassicuratori sia stato delegato dagli altri alla gestione ed all'esecuzione del rapporto assicurativo.

In motivazione, la Corte di Cassazione richiama i principi della CGUE espressi nella sentenza del 16.4.2015, causa C-42/14 (WoJskowa Agencja Mieskaniowa w Warszawie) (punti 31 e 32), anche se riferiti in campo non assicurativo, ove è ribadito che, secondo l'indirizzo unionale, in tali casi, più prestazioni formalmente distinte, che potrebbero essere fornite separatamente e dare così luogo, separatamente, a imposizione o a esenzione, devono essere considerate come un'unica operazione quando sono indipendenti: "Si tratta di un'operazione unica, in particolare, quando due o più elementi o atti forniti dal soggetto passivo sono strettamente connessi a tal punto da formare, oggettivamente, una sola prestazione economica indissociabile, la cui scomposizione avrebbe carattere artificioso. Ciò accade anche nel caso in cui una o più prestazioni costituiscano una prestazione principale, mentre la o le altre prestazioni costituiscono una o più prestazioni accessorie cui si applica la stessa disciplina tributaria della prestazione principale. In particolare, una prestazione deve essere considerata accessoria e non principale quando non costituisce per la clientela un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire al meglio del servizio principale offerto dal prestatore*".*

La Corte evidenzia che la CGUE ha rimarcato la duplice circostanza secondo cui, da un lato, dall'art. 2, n. 1, della sesta direttiva, discende che ciascuna prestazione di servizio dev'essere considerata di regola come autonoma e indipendente e che, dall'altro, la prestazione costituita da un unico servizio sotto il profilo economico non dev'essere artificialmente divisa in più parti per non alterare la funzionalità del sistema dell'IVA, per cui occorre individuare gli elementi caratteristici dell'operazione di cui trattasi per stabilire, in concreto, se il soggetto passivo

fornisca al consumatore, considerato come consumatore medio, più prestazioni principali distinte o un'unica prestazione. Sul piano interpretativo, tale orientamento ha sottolineato che si configura una prestazione unica nel caso in cui uno o più elementi confluiscono nella prestazione principale, mentre una prestazione dev'essere considerato accessoria ad una prestazione principale quando essa non costituisce per la clientela un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire nelle migliori condizioni del servizio principale offerto dal prestatore, di guisa che anche la fatturazione di un unico prezzo non potrebbe escludere la autonomia delle prestazioni.

Nella fattispecie la "coassicuratrice, con la c.d.'clausola di delega', era stata autorizzata a effettuare attività nell'interesse comune delle altre società coassicuratrici… consistenti, tra l'altro, nella stipula del contratto, nella riscossione del premio e nella determinazione di eventuale liquidazione del danno", pertanto, secondo i giudici di legittimità, sulla base dell'indirizzo espresso dalla giurisprudenza unionale, "l'esenzione si estende… alla pluralità di prestazioni idonee ad integrare il servizio assicurativo sotto il profilo economico, per cui occorre individuare gli elementi caratteristici dell'operazione di cui trattasi per stabilire, se il soggetto passivo fornisca all'assicurato, considerato come consumatore medio, attraverso la pluralità di attività poste in essere, più prestazioni principali distinte o un'unica prestazione, sempre che il prestatore di servizi si sia impegnato esso stesso nei confronti dell'assicurato a garantire a quest'ultimo la copertura del rischio e sia vincolato all'assicurato da un rapporto contrattuale", demandando al giudice del merito l'accertamento se "l'operazione controversa debba essere considerata esente ai fini dell'IVA, unitariamente come 'operazione di assicurazione', ovvero come costituita da prestazioni indipendenti ovvero se ricorrano prestazioni accessorie" (Cass. n. 22429 del 2016).

Ciò in quanto nel contratto di coassicurazione sussistono più separati rapporti assicurativi, ciascuno generato da un distinto contratto, e ciascun assicuratore è titolare delle sole posizioni soggettive, sostanziali e processuali, relative al proprio rapporto. E in tale ambito possono realizzarsi una pluralità di contratti di assicurazione stipulati fra gli assicurati e i diversi coassicuratori, i quali sottoscrivono una convenzione di delega che ha ad oggetto un'attività diversa dalla operazione di assicurazione. I compensi liquidati concernono i rapporti tra mandante e mandatario e compenso di prestazioni di servizi svolte, senza la spendita del nome delle deleganti, dalla mandataria nell'interesse delle mandanti per evitare una duplicazione delle attività gestorie, funzionali ed accessorie al rapporto principale tra assicuratore e assicurato. La clausola di delega conferisce alla delegataria soltanto il potere di gestire stragiudizialmente la polizza per tutte le coassicuratrici per consentire lo sviluppo unitario del distinto rapporto assicurativo.

A pochi mesi di distanza, la Suprema Corte è tornata ad occuparsi della medesima questione relativa ai contratti di coassicurazione con la sentenza Cass. n. 5885 del 2017, ampliando la portata dei i principi espressi. I giudici di legittimità, dopo aver precisato che: "occorre certamente considerare che, per costante orientamento della Corte di giustizia (sent. 17 gennaio 2003, causa C-244/11, BGZ Leasing, punto 56), i termini utilizzati per designare le esenzioni di

cui all'articolo 135, paragrafo 1, della direttiva IVA devono essere interpretati restrittivamente, in quanto integranti deroghe al principio generale secondo cui l'IVA è riscossa per ogni prestazione di servizio effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo (….) hanno poi chiarito che: "La decisività, ai fini che ne occupano, dell'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'assicurato ed il soggetto che gli procuri (anche indirettamente) la copertura del rischio, è dunque tale che, in mancanza, nemmeno il 'servizio di liquidazione di sinistri' – che pure costituisce sicuramente una 'componente essenziale dell'operazione di assicurazione', ove comprenda ' la determinazione della responsabilità e dell'importo del danno nonché la decisione di versare o di rifiutare un indennizzo all'assicurato' – potrebbe configurare, specie se fornito all'assicuratore da un terzo che non sia (a sua volta) assicuratore, un'operazione di assicurazione ai sensi del menzionato articolo 135, paragrafo 1, lettera a), direttiva n. 2006/112/CE (conf., da ultimo, sent. Aspiro cit., punti 23-25)"*, concludendo, questa volta, per l'applicabilità dell'esenzione, ogniqualvolta la società, nell'espletamento delle attività delegatele dalle altre imprese coassicuratrici, sia vincolata contrattualmente verso l'assicurato* (perciò si amplia, perché basta che vi sia un vincolo con l'assicurato, che si ritiene basti, indipendentemente, quindi, dalle indagini richieste dal precedente del 2016*),* assumendo, ad esempio, su di sé precise obbligazioni sotto il profilo della garanzia della copertura del rischio, sia pure secondo le caratteristiche proprie della coassicurazione.

Questo indirizzo è stato successivamente superato dalla sentenza 11 maggio 2018, n. 11442 che ha avuto il pregio di dare il giusto rilievo ai principi unionali, già anticipati da Corte giust. causa 40/15, e confermati successivamente proprio dalla sentenza CGUE, Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro FinanzamtZ, in commento, contribuendo a fare chiarezza ed eliminando gli esposti dubbi interpretativi**.**

Generalmente secondo la prassi italiana, con riferimento alle "commissioni di delega" le compagnie assicuratrici riconoscono all'impresa delegataria, a titolo di corrispettivo, delle commissioni in esenzione IVA, contrapponendosi alla diversa posizione dell'Agenzia delle Entrate che ritiene, invece, l'imponibilità delle stesse. Va precisato che sia la disciplina IVA europea che quella domestica di cui al d.P.R. n. 633 del 1972 non individuano espressamente il trattamento fiscale applicabile. Ne consegue che il trattamento IVA è stato dalla giurisprudenza di legittimità valutato in relazione alle disposizioni che disciplinano le prestazioni di assicurazione lato sensu, nonché in relazione ai chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Con la pronuncia n. 11442 del 2018 la Corte di Cassazione ha illustrato le ragioni che hanno indotto al superamento dell'indirizzo espresso precedentemente dalla giurisprudenza di legittimità, giungendo ad affermare che: *"in tema di IVA, l'attività oggetto della clausola di delega al coassicuratore non è esente ai sensi dell'art. 10, comma 1, n. 2, del d.P.R. n. 633 del 1972, poiché la coassicurazione non modifica la ripartizione "*pro quota*" del rischio tra i coassicuratori, né concerne aspetti essenziali dell'attività d'intermediario o di*

mediatore di assicurazione, con particolare riguardo alla ricerca di potenziali clienti, e, pertanto, la stessa non ha natura assicurativa, neppure in via accessoria".

Il merito della suddetta decisione, seguita anche da successive pronunce (conf. Cass. n. 25649 del 2018; Cass. n. 25648 del 2018; Cass. n. 21820 del 2018, Cass. n. 21303 del 2018; Cass. n. 21302 del 2018; Cass. n. 24713 del 2020) è stato quello di condividere quanto asserito dalla Corte di giustizia, ossia che, ai fini dell'esenzione dall'IVA, l'attività assicurativa è soltanto quella in senso stretto, con esclusione delle operazioni ad essa accessorie.

Alle attività svolte dalla coassicuratrice delegataria che - secondo quanto accertato nelle sentenze oggetto di impugnazione con i ricorsi per cassazione (v. anche Cass. n. 20249 del 2018)- sarebbero consistite nella "gestione di riscossione del premio, e nella liquidazione di indennità all'assicurato, nello svolgimento dell'attività di gestione integrale del sinistro, nella gestione "del rapporto con l'assicurato", e "nel compimento di determinati atti nell'interesse comune" comprendenti "la ricerca del cliente, la conclusione del contratto, la riscossione del premio e se del caso… l'accertamento e determinazione del danno", non si può riconoscere natura assicurativa. Il coassicuratore delegato assicura il rischio e resta conseguentemente obbligato a rivalere l'assicurato soltanto entro i limiti del proprio rapporto con lui, che scaturisce, pro quota, dal contratto di assicurazione e non già dalla clausola di delega e quindi "la coassicurazione non modifica, anzi, postula la ripartizione pro quota del rischio e di per sé esclude che la quota del coassicuratore delegato in virtù della stipulazione della clausola abbia ad aumentare (Cass. n. 111442 del 2018). Del resto, secondo la Corte, difetterebbe anche "il requisito della corrispondenza del destinatario della prestazione con il soggetto i cui rischi sono coperti dall'assicurazione, ossia l'assicurato", poiché, "nel caso in esame, le prestazioni sono rese a seguito di mandato conferito dagli altri coassicurati e, dunque, sono loro a beneficiarne, nel senso della perseguita ripartizione degli oneri amministrativi derivanti dalla gestione del rapporto assicurativo ed è a fronte di tale utilità che si impegnano a remunerare il delegatario" (v. anche Cass. n. 13111 del 2018 e Cass. n. 13112 del 2018).

I giudici di legittimità, infatti, hanno escluso che tali attività possano integrare sul piano economico il servizio di coassicurazione esente da IVA in quanto ad esso accessorie. In primo luogo, perché il principio di accessorietà sarebbe invocabile anche per le operazioni di assicurazione, ma postulando che "entrambe le prestazioni siano indirizzate in favore del medesimo destinatario al fine di consentirgli di fruire nelle migliori condizioni del servizio principale offerto dal prestatore" non troverebbe "applicazione al caso in esame in cui la prestazione principale ha quale diretto beneficiario un soggetto (l'assicurato), mentre quella ritenuta accessoria uno diverso (i coassicuratori), in relazione al (diverso e ulteriore) fine perseguito, esclusivo dei coassicuratori, di ridurre gli oneri amministrativi derivanti dalla garanzia prestata "(Cass. nn. 13111 del 2018, 13112 del 2018 e 21302 del 2018). Inoltre, sarebbe "incongruo… il richiamo alla disciplina generale dell'accessorietà, contenuta nel d.P.R. n. 633 ..art. 12… perché, in tema di assicurazioni, il diritto unionale" avrebbe "fissato una regola

speciale di accessorietà" che sarebbe operante ai sensi della lett. a) dell'art. 135, par.1 della Direttiva 2006/112/CE per le "sole prestazioni di servizi relative a quelle di assicurazione.. rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione". Pertanto, "nella materia dell'assicurazione… il nesso utile di accessorietà è identificato in relazione a due presupposti concorrenti: a) la 'relatività' delle operazioni, ossia la loro correlazione a quelle di assicurazione e riassicurazione; b) la circostanza che esse siano rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione (Cass. n. 11442 del 2018; in conformità anche Cass. n. 11443 del 2018; Cass. n. 20249 del 2018; Cass. n. 20250 del 2018; Cass. n. 20151 del 2018).

Le attività della coassicuratrice delegataria, pur essendo relative ad operazioni di assicurazione, non sarebbero rese da un intermediario di assicurazione. E, infatti, "sebbene nella chiave della rilevanza della sostanza economica dell'operazione, non è necessario che le operazioni delle quali si discute siano rese da soggetto che abbia la qualifica formale di mediatore di assicurazioni (sentenza Aspiro SA in causa C-40/15)", è comunque necessario non solo che tale soggetto sia in rapporto con l'assicuratore e l'assicurato, ma anche che l'attività in questione comprenda "aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione, come ricercare i potenziali clienti e metterli in relazione con l'assicuratore "(Cass. n. 11442 del 2018).

Tuttavia sarebbe indubbio che "le attività delegate delle quali si discute non erano mirate alla ricerca di potenziali clienti "posto che "l'attività delegata al coassicuratore in virtù della clausola in questione ", come si è visto, sarebbe consistita "nella riscossione del premio e nella liquidazione dell'indennizzo" e, "queste attività sono sì necessarie, ma non già ai fini del perfezionamento dell'operazione di assicurazione, bensì al fine dell'adempimento degli obblighi dell'assicuratore scaturenti dall'operazione già definita" (Cass. n. 11442 del 2018).

Secondo la Corte, le attività svolte dalla coassicuratrice delegataria non sarebbero configurabili neppure come servizi di mandato relativi ad operazioni di assicurazione esenti da IVA ai sensi del n. 9 dell'art. 10 del d.P.R. n. 633, posto che "in relazione al mandato si potrà applicare l'esenzione soltanto qualora il mandatario svolga attività oggettivamente assicurativa, nell'accezione dinanzi indicata, oppure svolga quella propria dell'intermediario o del mediatore in relazione alle prestazioni assicurative", quest'ultimo presupposto non sarebbe soddisfatto in quanto "l'attività svolta dall'impresa assicuratrice delegataria non è tale da ricomprendere gli aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione, sostanziandosi in prestazioni di servizi non già finalizzate alla ricerca di potenziali clienti da mettere in relazione (anche) con le altre imprese assicuratrici mandanti in vista della conclusione di contratti di assicurazione ma costituenti frazioni delle attività cui (anche) le altre imprese coassicuratrici sono tenute" (Cass. n. 13111 del 2018, Cass. n. 13112 del 2018 e 21302 del 2018).

Si legge nella motivazione della sentenza n. 11442 del 2018 che: "Il nesso di accessorietà rilevante è difatti circoscritto, con dizione più ristretta di quella prescelta per altri comparti, alle sole prestazioni di servizi relative a quelle di assicurazione e di riassicurazione, rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione. La stessa

Corte di giustizia ha evidenziato la specialità di questo nesso, in rapporto a quello concernente la prestazione di servizi finanziari, in relazione ai quali aveva stabilito (Corte giust. 5 giugno 1997, causa C-2/95, Sparekassernes Datacenter) che la mera circostanza che la fatturazione di un servizio sia svolta da un terzo non osta a che l'operazione alla quale essa fa riferimento possa beneficiare dell'esenzione ai sensi dell'art. 13 B, lett.d), punti 3 e 5 della sesta direttiva n. 77/388. **L'esenzione delle operazioni di assicurazione concerne difatti soltanto quelle propriamente dette, mentre l'esenzione riguardante i servizi finanziari si riferisce, con dizione più ampia, alle operazioni "relative a determinate operazioni bancarie" (Corte giust.17 marzo 2016, causa C-40/15, Aspiro SA, punto 29)". Nella materia dell'assicurazione il nesso di accessorietà è identificato in relazione a due presupposti concorrenti: a) la 'relatività' delle operazioni, ossia la loro correlazione a quelle di assicurazione e riassicurazione; b)la circostanza che esse siano rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione.**

Con la sentenza n. 11442 del 2018 (i cui principi sono stati seguiti dalle altre richiamate pronunce), in linea con l'indirizzo espresso dalla Corte di giustizia, i giudici di legittimità ritengono che la stipulazione della clausola di delega non vale a modificare natura ed effetti dei distinti rapporti, con la creazione di un'obbligazione solidale tra i rispettivi titolari: la clausola ha la funzione di conferire a uno degli assicuratori l'incarico di gestire il contratto e di compiere gli atti relativi allo svolgimento del rapporto assicurativo, ma non elimina – nemmeno nel caso di mala gestio del coassicuratore delegato – la caratteristica essenziale della coassicurazione, ossia l'assunzione pro quota dell'obbligo di pagare l'indennità al verificarsi dell'evento previsto.

Ne consegue che le attività svolte dal coassicuratore delegato in esecuzione della clausola in questione non sono attività assicurativa, perché il coassicuratore delegato assicura il rischio e resta conseguentemente obbligato a rivalere l'assicurato soltanto entro i limiti del proprio rapporto con lui, che scaturisce, pro quota, dal contratto di assicurazione e non già dalla clausola in questione. La clausola di delega non incide sul rapporto tra coassicuratore delegato ed assicurato, non è quindi possibile riconoscere l'esenzione dall'IVA alle operazioni svolte in esecuzione della clausola di delega affermandone l'assimilabilità a quelle assicurative: in sintesi il coassicuratore non svolge attività assicurativa perché non v'è la ricerca di potenziali clienti per il collocamento del prodotto.

GRUPPO DI LAVORO
PER L'ATTUAZIONE DEI PROTOCOLLI
CON LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CON LA CORTE DI GIUSTIZIA.

RASSEGNA 2021-2022

Raccolta tematica dei report
in materia di diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, dalla CDFUE
e dalle Direttive Europee
(GIUGNO 2021-AGOSTO 2022)

AREA PENALE

GRUPPO DI LAVORO
PER L'ATTUAZIONE DEI PROTOCOLLI
CON LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CON LA CORTE DI GIUSTIZIA.

RASSEGNA 2021-2022

Raccolta tematica dei report
in materia di diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, dalla CDFUE
e dalle Direttive Europee
(GIUGNO 2021-AGOSTO 2022)

AREA PENALE

AREA PENALE

REPORT RELATIVI ALLA
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CEDU)

INDICE

ART. 2 CEDU

ART. 2 CEDU – DIRITTO ALLA VITA – ART. 14 CEDU – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – CONDOTTE ILLECITE CAUSATE DA RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE OMOFOBICA – OMICIDIO COMMESSO PER GLI ATTEGGIAMENTI OMOSESSUALI DELLA VITTIMA – INDIVIDUAZIONE DEGLI STRUMENTI DI DIRITTO PENALE ATTIVABILI NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI IMPUTATI DI CONDOTTE ILLECITE CONNOTATE DA UN MOVENTE OMOFOBICO – ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER SANZIONARE LE CONDOTTE ILLECITE CONNOTATE DA CAUSALI OMOFOBICHE – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Stoyanova c. Bulgaria, 14 giugno 2022……. pag. 11

ART. 3 CEDU

ART. 3 CEDU E ART. 14 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI - INCITAMENTO ALL'ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI UN'ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE - NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE - ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Oganezova c. Armenia del 17 maggio 2022……pag. 16

◇

ART. 3 CEDU - MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA E VIOLENZA NEI CONFRONTI DELLE DONNE – OBBLIGO DI CONDURRE INCHIESTE "EFFETTIVE" – RITARDI NELLA CELEBRAZIONE DEI PROCESSI E PRESCRIZIONE

Corte EDU, Prima Sezione, M. S. v. Italia del 7 luglio 2022……..pag. 24

◇

ART. 3 CEDU – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI – MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA E VIOLENZA NEI CONFRONTI DELLE DONNE – OBBLIGHI POSITIVI DELLO STATO – INADEMPIMENTO A TALI OBBLIGHI DA PARTE DELLO STATO – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU.

Corte EDU, Prima Sezione, De Giorgi c. Italia del 16 luglio 2022 …….pag. 30

◇

ART. 3 CEDU - RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE - ESTRADIZIONE – RISCHIO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI NELLO STATO RICHIEDENTE – CRITERI DI ACCERTAMENTO – INDICAZIONE – VIOLAZIONE DEL DIVIETO – ESCLUSIONE.

Corte EDU, GC, 29 aprile 2022, Khasanov e Rakhmanov c. Russia ……pag. 37

ART. 6 CEDU

ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA – RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO – NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI - MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, Advance Pharma c. Polonia, 3 febbraio 2022……..pag. 44

◇

ART. 6, § 1, CEDU - DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE - RIMOZIONE DI UN COMPONENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - MANCANZA DI UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - INTERFERENZA "NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA", NEI CONFRONTI DI UN SOGGETTO CHE SI ERA ESPRESSO CONTRO LE RIFORME GOVERNATIVE DEL SETTORE GIUDIZIARIO - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 DELLA CONVENZIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia, 16 giugno 2022…….pag. 51

◇

GIUDIZIO - ASSENZA DELL'IMPUTATO – LEGITTIMO IMPEDIMENTO - RESTRIZIONE AGLI ARRESTI DOMICILIARI PER ALTRA CAUSA - ONERI DELL'IMPUTATO - COMUNICAZIONE TEMPESTIVA AL GIUDICE COMPETENTE - NECESSITÀ - ESCLUSIONE.

Cass. pen., Sez. U, 30 settembre 2021, dep. 2022, n. 7635, Costantino…….pag. 58

◇

ART. 6 IN RELAZIONE ALL'ART. 37 CEDU - DICHIARAZIONE UNILATERALE DEL GOVERNO DI RICONOSCIMENTO DELLA LESIONE DI UN DIRITTO TUTELATO DALLA CONVENZIONE – DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE - DECISIONE DI CESSATA MATERIA DEL CONTENDERE DA PARTE DELLA CORTE EDU - RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE INTERNA.

Corte EDU, Terza Sezione, Willems e Gorjon c. Belgio del 21 settembre 2021……pag. 62

◇

ART. 6 - GIUSTO PROCESSO - RIFORMA SENTENZA ASSOLUTORIA – MANCATA RIASSUNZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA - ASSENZA DI UN DIVERSO APPREZZAMENTO DELLA PROVA DICHIARATIVA – ESCLUSIONE DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Ignat c. Romania del 9 novembre 2021……..pag. 74

◇

ART. 6, PAR. 2, CEDU - LE PRONUNCE DELLA CORTE D'APPELLO E DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN RELAZIONE AGLI ASPETTI CIVILI DEL REATO NON VIOLANO LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELLA QUALE L'INTERESSATO BENEFICIA A SEGUITO DELLA SUA ASSOLUZIONE PENALE - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - CONDANNA DI UNO SCRITTORE AL RISARCIMENTO DEI DANNI E DEGLI INTERESSI PER L'USO DI ESPRESSIONI DIFFAMATORIE – PROPORZIONALITÀ.

Corte EDU, Prima Sezione, Marinoni c. Italia del 18 novembre 2021……..pag. 80

◇

ART. 6 CEDU - DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE – REQUISITO DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO IN CASSAZIONE - INAMMISSIBILITA' – INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO IN VIOLAZIONE DELL'ART. 6.

Corte EDU, Prima Sezione, Succi ed altri c. Italia del 5-28 ottobre 2021…….pag. 90

◇

ART. 6 – PROCESSO EQUO - DIRITTO DI DISPORRE DEL TEMPO E DELLE FACILITAZIONI NECESSARIE PER PREPARARE LA PROPRIA DIFESA PRIMA DEL GIUDIZIO DI APPELLO – DIRITTO ALL'ASSISTENZA LEGALE IN APPELLO – ASSENZA DELL'IMPUTATO NEL GIUDIZIO DI APPELLO – ART. 4 PROT.7 CEDU - DIVIETO DI *BIS IN IDEM* – DIRITTO DI NON ESSERE GIUDICATI O PUNITI DUE VOLTE – VIOLAZIONE – ESCLUSIONE – FATTISPECIE: PLURALITÀ DI PROCEDIMENTI PENALI (ED IRROGAZIONE DI PENE) PER DIVERSI REATI COLLEGATI ALLA STESSA CONDOTTA IN TEMA DI VIOLENZE DOMESTICHE.

Corte EDU, Prima Sezione, Galovic c. Croazia del 31 agosto 2021……pag. 102

◇

ART. 6 - DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO - IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE – PARTECIPAZIONE DI QUESTI AD UN INCONTRO CON LA MADRE DELLE VITTIME DI UN OMICIDIO.

Corte EDU, Terza Sezione, Karrar c. Belgio del 31 agosto 2021…….pag. 114

ART. 7 CEDU

ART. 7 – *NULLUM CRIMEN SINE LEGE* – RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE – MANCATA APPLICAZIONE RETROATTIVA DI DISPOSIZIONI PIÙ FAVOREVOLI DA PARTE DEI GIUDIZI NAZIONALI – CONDANNA PRIVA DI BASE GIURIDICA.

Corte EDU, Sinan Çetinkaya e Agyar Çetinkaya c. Turchia del 24 maggio 2022….pag. 119

◇

ART. 7 - DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA - LEGITTIMITÀ DELLA DETENZIONE.

Corte EDU, GC, Denis e Irvine c. Belgio del 1 giugno 2021 ……..pag. 124

◇

ART. 7 - ELETTORATO PASSIVO – DIVIETO PER EFFETTO DI CONDANNA PENALE – ASSIMILAZIONE DEL DIVIETO A PENA – ESCLUSIONE - APPLICAZIONE RETROATTIVA DEL DIVIETO – ILLEGITTIMITA' – ESCLUSIONE - DIRITTO A LIBERE ELEZIONI - VIOLAZIONE - ESCLUSIONE - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE - VIOLAZIONE- ESCLUSIONE - DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO - VIOLAZIONE- ESCLUSIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Galan c. Italia del 17 giugno 2021……..pag. 131

ART. 7 - ELETTORATO PASSIVO – DIVIETO PER EFFETTO DI CONDANNA PENALE – ASSIMILAZIONE DEL DIVIETO A PENA – ESCLUSIONE - APPLICAZIONE RETROATTIVA DEL DIVIETO – ILLEGITTIMITA' – ESCLUSIONE – DIRITTO A LIBERE ELEZIONI – VIOLAZIONE- ESCLUSIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Miniscalco c. Italia del 17 giugno 2021…….pag. 140

ART. 8 CEDU

VITA PRIVATA E FAMILIARE – SEGRETO DELLA CORRISPONDENZA – MESSAGGI SCAMBIATI DA DONNA CONIUGATA SU UN SITO DI INCONTRI – PRODUZIONE DA PARTE DEL MARITO NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI DI DIVORZIO E

AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI – DENUNCIA DELL'INTERESSATA PER IL REATO DI VIOLAZIONE DI CORRISPONDENZA – INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, M.P. c. Portogallo del 7 settembre 2021……..pag. 146

◇

ART. 8 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DETENUTO CONDANNATO ALLA PENA DELL'ERGASTOLO – DETENZIONE IN CELLA DI MATERIALE PORNOGRAFICO – SEQUESTRO E SANZIONE DISCIPLINARE - SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Chocolac c. Slovacchia del 7 luglio 2022……pag. 151

◇

ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, MESIĆ c. Croazia del 5 maggio 2022…….pag. 154

◇

ART. 8 - VITA PRIVATA E FAMILIARE – NOZIONE CONVENZIONALE – INTEGRITA' FISICA E PSICHICA DELLA PERSONA UMANA – DIRITTO AL RISPETTO – SOGGETTI PARTICOLAMENTE VULNERABILI – PERICOLI DERIVANTI DA TERZI – CYBERVIOLENZA E REVENGE PORN – OBBLIGHI POSITIVI DELLO STATO – PROTEZIONE – SISTEMI NORMATIVI DI PROTEZIONE DELLA VITTIMA – EFFETTIVITA' DELLE MISURE.

Corte EDU, Terza Sezione, Volodina c. Russia del 14 settembre 2021……..pag. 159

ART. 10 CEDU

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – SERVIZIO PUBBLICO RADIOTELEVISIVO - PRESENZA NON EQUILIBRATA DI UN SOGGETTO POLITICO ALL'INTERNO DELLE TRASMISSIONI TELEVISIVO "D'INFORMAZIONE" - SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE - SOPPRESSIONE DI UNA TRASMISSIONE DI INFORMAZIONE POLITICA - INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

Corte EDU, Associazione politica lista Marco Pannella e Radicali Italiani c. Italia….pag. 164

◇

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE SU INTERNET E DIRITTO ALL'OBLIO – OBBLIGO DI DEINDICIZZAZIONE DEI *TAG* - ARTICOLO RELATIVO AD UN PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DI UN PRIVATO FACILMENTE ACCESSIBILE NEL MOTORE DI RICERCA INTERNET TRAMITE I NOMI DELLE PERSONE COINVOLTE – ESTENSIONE DELL'OBBLIGO DI DEINDICIZZAZIONE ANCHE A CARICO DEGLI AMMINISTRATORI DI TESTATE GIORNALISTICHE O ARCHIVI GIORNALISTICI ACCESSIBILI VIA INTERNET – RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'EDITORE PER IL PERDURANTE RIFIUTO DI DEINDICIZZAZIONE – AMMISSIBILITÀ – ESIGENZA DI SALVAGUARDARE LA REPUTAZIONE DI UN PRIVATO CITTADINO E DEI SUOI FAMILIARI – VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 10 § 2 DELLA CONVENZIONE - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, 25 novembre 2021, Biancardi c. Italia …….pag. 168

◇

ART. 10 CEDU – LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – POLITICO CONDANNATO AD UNA PENA PECUNIARIA IN UN PROCEDIMENTO PENALE PER NON AVER TEMPESTIVAMENTE CANCELLATO DAL SUO ACCOUNT FACEBOOK PUBBLICO COMMENTI CHE INCITANO ALL'ODIO PER RAGIONI DI FEDE RELIGIOSA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LIBERTÀ DI ESPRESSIONE GARANTITO DALLA CONVENZIONE – ESCLUSIONE.

Corte EDU, Quinta Sezione, Sanchez c. Francia del 2 settembre 2021……..pag. 182

ART. 14 CEDU

ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL' ART. 2 CEDU – DIRITTO ALLA VITA – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – CONDOTTE ILLECITE CAUSATE DA RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE OMOFOBICA – OMICIDIO COMMESSO PER GLI ATTEGGIAMENTI OMOSESSUALI DELLA VITTIMA – INDIVIDUAZIONE DEGLI STRUMENTI DI DIRITTO PENALE ATTIVABILI NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI IMPUTATI DI CONDOTTE ILLECITE CONNOTATE DA UN MOVENTE OMOFOBICO – ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER SANZIONARE LE CONDOTTE ILLECITE CONNOTATE DA CAUSALI OMOFOBICHE – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Stoyanova c. Bulgaria, 14 giugno 2022…….pag. 190 (vedi pag. 11)

◇

ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI - INCITAMENTO ALL'ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI

UN'ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE - NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE - ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Oganezova c. Armenia del 17 maggio 2022……pag. 191

ART. 37

ART. 37 COLLEGATO ALL' ART. 6 - DICHIARAZIONE UNILATERALE DEL GOVERNO DI RICONOSCIMENTO DELLA LESIONE DI UN DIRITTO TUTELATO DALLA CONVENZIONE – DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE - DECISIONE DI CESSATA MATERIA DEL CONTENDERE DA PARTE DELLA CORTE EDU - RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE INTERNA.

Corte EDU Terza Sezione, Willems e Gorjon c. Belgio del 21 settembre 2021..pag. 192

ART. 1, PROT. 1 CEDU

ART. 1, PROT. 1, CEDU - PROPRIETÀ – PROTEZIONE – MISURE CAUTELARI REALI – SEQUESTRO – DURATA ECCESSIVA DEL VINCOLO – PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ - VIOLAZIONE.

Cass. pen., Sez. 2, n. 1740 del 22/10/2021, dep. 2022, Parisi……pag. 193

REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE

INDICE

DIRETTIVA 2002/58/CE

TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – DIRETTIVA 2002/58/CE – RISERVATEZZA DELLE COMUNICAZIONI - CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI DATI RELATIVI AL TRAFFICO ED ALL'UBICAZIONE FINALIZZATA ALLA PREVENZIONE, RICERCA, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DEI REATI – CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE – CONSERVAZIONE MIRATA NON DISCRIMINATORIA IN FUNZIONE DI CATEGORIE DI PERSONE O MEDIANTE CRITERIO GEOGRAFICO – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE RAPIDA DI DATI – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI SOLI INDIRIZZI IP E DEI DATI RELATIVI ALL'IDENTITÀ DEGLI UTENTI – AMMISSIBILITÀ.

ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER IL PERSEGUIMENTO DI REATI GRAVI – NECESSITÀ DI CONTROLLO PREVENTIVO EFFETTUATO DA AUTORITÀ IN POSIZIONE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA.

NORMATIVA NAZIONALE SULLA CONSERVAZIONE GENERALIZZATA ED INDIFFERENZIATA DEI DATI INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE - UTILIZZAZIONE COME ELEMENTI DI PROVA DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE CONSERVATI – VALUTAZIONE RISERVATA AL DIRITTO NAZIONALE NEL RISPETTO DEI PRINCIPI DI EQUIVALENZA ED EFFETTIVITÀ.

Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 5 aprile 2022 – C-140/20 – G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General……pag. 198

AREA PENALE

REPORT RELATIVI ALLA
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CEDU)

ART. 2 CEDU – DIRITTO ALLA VITA – ART. 14 CEDU – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – CONDOTTE ILLECITE CAUSATE DA RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE OMOFOBICA – OMICIDIO COMMESSO PER GLI ATTEGGIAMENTI OMOSESSUALI DELLA VITTIMA – ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER SANZIONARE LE CONDOTTE ILLECITE CONNOTATE DA CAUSALI OMOFOBICHE – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Stoyanova c. Bulgaria, 14 giugno 2022, n. 56070/2018.
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217701

CLASSIFICAZIONE

ART. 2 CEDU – DIRITTO ALLA VITA – ART. 14 CEDU – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – **Condotte illecite causate da ragioni di discriminazione sessuale omofobica** – Omicidio commesso per gli atteggiamenti omosessuali della vittima – Individuazione degli strumenti di diritto penale attivabili nei confronti dei soggetti imputati di condotte illecite connotate da un movente omofobico – Necessità di enucleare sul piano giurisdizionale il movente dei delitti connotati da moventi omofobici, rilevante sia sotto il profilo della configurazione del reato sia sotto il profilo degli strumenti sanzionatori – **Assenza di efficaci meccanismi di diritto penale interno per sanzionare le condotte illecite connotate da causali omofobiche – Violazione dell'art. 2 CEDU, collegato all'art. 14 CEDU**.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

CEDU, artt. 2, 3, 14.

RIFERIMENTI NORMATIVI PER L'ORDINAMENTO ITALIANO

Cost., artt. 2, 3 Cost.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, Oganezova c. Armenia, 17 maggio 2022, n. 72961/2012; Corte EDU, Handzhiyski c. Bulgaria, 6 April 2021, n. 10783/14; Corte EDU, Sabalić c. Croazia, 14 gennaio 2021, n. 50231/13; Corte EDU, Aghdgomelashvili e Japaridze c. Georgia, 8 ottobre 2020, n. 7224/11; Corte EDU, S.M. c. Croazia, 25 giugno 2020, n. 60561/11; Corte EDU, Abu Zubaydah c. Lituania, 31 maggio 2018, n. 46454/11; Corte EDU, Cirino e Renne c.

Italia, 26 ottobre 2017, nn. 2539/13 e 4705/13; Corte EDU, M.C. e A.C. c. Romania, 12 aprile 2016, n. 12060/12; Corte EDU, Identoba e altri c. Georgia, 12 maggio 2015, n. 73235/12; Corte EDU, Begheluri e altri c. Georgia, 7 ottobre 2014, n. 28490/02; Corte EDU, Myumyun c. Bulgaria, 3 novembre 2015, n. 67258/13.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 4534 del 6/12/2021, dep. 2012, Governatori, Rv. 282504-01; Sez. 5, n. 30545 del 25/5/2021, G., Rv. 281604-01; Sez. 5, n. 33250 del 02/02/2017, Barone, Rv. 271214-01; Sez. 5, n. 41052 del 19/06/2014, Barnaba, Rv. 260360-01; Sez. 5, n. 38377 dell'01/02/2010, Plazio, Rv. 271115-01; Sez. 6, n. 5400 del 23/1/2009, Vintur, Rv. 242698-01; Sez. 1, n. 5448 del 23/11/2005, Calì, Rv. 235093-01; Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546-01.

PRONUNCIA SEGNALATA

***Corte EDU, Stoyanova c. Bulgaria, 14 giugno 2022, n. 56070/2018*.**

ABSTRACT

Con la pronuncia in esame la Corte EDU ha affermato la violazione degli artt. 2 e 14 CEDU, che tutelano il diritto alla vita e vietano ***le condotte discriminatorie sessuali, individuali e collettive, con specifico riferimento alle condotte illecite connotate da una causale omofobica****.*

Il caso riguarda una vicenda processuale esaminata dalle Autorità giudiziarie bulgare e relativa all'omicidio causato da ragioni omofobiche del figlio ventiseienne della ricorrente, che i suoi aggressori – alcuni ragazzi, studenti di scuole superiori - avevano scelto come obiettivo, perché pensavano che avesse atteggiamenti omosessuali.

All'esito del processo penale instaurato davanti alle Autorità giudiziarie bulgare, gli aggressori erano giudicati colpevoli del delitto di omicidio aggravato, ma ***venivano condannati a pene inferiori al minimo edittale previsto per la fattispecie di reato contestata, in ragione di un'ampia applicazione delle circostanze attenuanti (la giovane età e l'assenza di precedenti penali degli imputati)****.*

In questa cornice, la Corte EDU ha rilevato che, sebbene le Autorità giudiziarie bulgare avessero chiaramente stabilito che l'aggressione dei tre imputati era stata determinata dal loro atteggiamento omofobico nei confronti della vittima, tali incontroverse connotazioni causali non avevano prodotto conseguenze giuridiche sfavorevoli per gli aggressori in termini sanzionatori.

Queste discrasie dosimetriche erano state determinate dal fatto che il Codice penale bulgaro non prevede l'omofobia come circostanza aggravante specifica del reato di omicidio*.*

Secondo la Corte, lo Stato aveva il dovere di assicurare che gli attacchi violenti motivati dall'ostilità nei confronti dell'effettivo – o presunto – orientamento sessuale della vittima fossero trattati come circostanze aggravanti sul piano degli strumenti di diritto penale applicabili.

La Corte EDU, pertanto, ha affermato che le condotte illecite poste in essere nei confronti della vittima richiedevano un'adeguata repressione con strumenti di diritto penale, la cui assenza, riscontrabile a causa dei vuoti normativi nell'ordinamento giuridico bulgaro, ***ha comportato che il movente omofobico dell'omicidio del figlio del ricorrente, pur incontroverso, fosse rimasto sprovvisto di adeguata sanzione penale****.*

IL CASO.

Il 30 settembre 2008 tre uomini provocavano la morte del figlio della ricorrente, soffocandolo in un parco pubblico di Sofia.

La vittima, allora ventiseienne, era stata aggredita per i suoi atteggiamenti omosessuali.

Gli imputati - come si è accertato nel processo penale - anche in passato avevano aggredito alcuni soggetti che frequentavano la stessa area pubblica per analoghe ragioni omofobiche: i tre aggressori facevano parte di un gruppo di sei studenti, che all'epoca frequentavano le scuole secondarie, i quali erano soliti riunirsi in un parco pubblico di Sofia e lì aggredire i soggetti individuati come omosessuali e frequentatori del parco, convinti di compiere operazioni di "pulizia".

In questo contesto, la sera dell'omicidio, cinque membri del gruppo si erano incontrati nel parco, decisi a compiere una di tali aggressioni omofobiche; dopo essersi divisi in due gruppi, in modo da individuare più agevolmente una vittima, tre di loro si imbattevano casualmente nel figlio della ricorrente, contro il quale si scagliavano, colpendolo in faccia e facendolo cadere a terra. Dopo avere tentato di fuggire, la vittima veniva raggiunta dagli aggressori, che la prendevano a calci e pugni e la immobilizzavano con il busto e la faccia rivolti verso terra, provocandone la morte per asfissia.

Dopo la loro individuazione, sottoposti a processo, i tre autori dei fatti sono stati riconosciuti colpevoli dell'omicidio del figlio del ricorrente e condannati a pene comprese tra dieci anni e quattro anni e sei mesi, beneficiando delle circostanze attenuanti, previste dal sistema penale bulgaro, della giovane età e della loro condizione di soggetti incensurati.

LA DECISIONE

La Corte EDU, investita del ricorso dalla madre della vittima, ha ritenuto che rientrasse nella sua competenza **la valutazione della violazione degli artt. 2 e 14 della Convenzione** ed ha rilevato anzitutto che, **secondo quanto previsto dal Codice penale bulgaro, l'omicidio motivato dall'ostilità nei confronti della vittima determinata del suo orientamento sessuale, effettivo o presunto, non è, in quanto tale,**

aggravato o altrimenti trattato come un reato più grave in considerazione dell'atteggiamento discriminatorio omofobico che vi è sotteso; il movente discriminatorio non assume conseguentemente rilievo normativo ai fini della configurazione della fattispecie (cfr. Corte EDU, *Myumyun c. Bulgaria*, 3 novembre 2015, cit.).

Tale vuoto di tutela penalistica non è controverso nella procedura e corrisponde alla circostanza che, sia la Corte di appello di Sofia, sia la Corte di Cassazione bulgara hanno ritenuto che le motivazioni omofobiche dell'aggressione non potessero essere lette come condotte passibili di un aggravamento sanzionatorio. Di conseguenza, i motivi omofobici sottostanti all'aggressione del giovane ventiseienne non erano stati trattati come una circostanza aggravante applicabile agli imputati.

I giudici di Strasburgo hanno rilevato come, nel caso di specie, sia indubbio che l'assenza di disposizioni normative idonee a valorizzare il movente omofobico fondato sull'ostilità nei confronti dell'orientamento sessuale, effettivo o presunto, della vittima abbia costituito un fattore decisivo nel giudizio dosimetrico effettuato dalle Autorità giudiziarie bulgare, che hanno **escluso che le motivazioni omofobiche dell'aggressione potessero costituire un comportamento passibile di aggravamento sanzionatorio.**

Di conseguenza, la Corte EDU ha stigmatizzato l'**incidenza di tale mancata valorizzazione del fattore omofobico sulle pene finali inflitte agli imputati**, stabilite in una **misura inferiore al minimo edittale del reato di omicidio, alla luce delle circostanze attenuanti concesse agli aggressori**: in tal modo, i motivi omofobici dell'aggressione mortale non erano stati valutati in termini congrui, essendo stato trascurato l'elevato disvalore delle condotte illecite, pur incontestabilmente gravi, e non essendosi irrogato **un trattamento sanzionatorio adeguato nei confronti degli imputati** (Corte EDU, *Oganezova c. Armenia*, 17 maggio 2022, cit.).

Tale assenza di proporzionate conseguenze sanzionatorie era principalmente dovuta al fatto che il sistema penale bulgaro non aveva predisposto strumenti sanzionatori idonei a reprimere le condotte illecite connotate da una causale omofobica (Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017, cit.).

Queste disfunzioni normative, quindi, comportavano che i reati caratterizzati da un movente omofobico, pur incontroverso, venivano trattati alla stessa stregua dei reati che non presentavano tali connotazioni, provocando un atteggiamento inammissibile di indifferenza, che poteva sfociare **in atteggiamenti di acquiescenza o addirittura di connivenza rispetto alle condotte discriminatorie sessuali** (Corte EDU, *Identoba e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, cit.).

Sulla scorta di questa ricostruzione della vicenda processuale, la Corte EDU ha affermato che, nel caso in esame, **vi era stata una violazione del combinato disposto degli articoli 2 e 14 della Convenzione**.

OSSERVAZIONI FINALI

La pronuncia si inscrive **nel solco della recente sentenza Corte EDU, *Oganezova c. Armenia*, 17 maggio 2022, cit.**, già oggetto di Report, e viene segnalata proprio per mettere in risalto la **particolare attenzione che i giudici di Strasburgo stanno dedicando** all'individuazione degli strumenti di diritto penale utilizzabili in funzione di contrasto ai comportamenti criminosi connotati da un **movente omofobico**.

Non è un caso che il comunicato stampa che riassume la pronuncia si apra con lo slogan: *Inadequate legal response to homophobic murder: Bulgarian law must change*.

Per più specifiche osservazioni si rimanda al citato Report, già diffuso, segnalando soltanto, nuovamente, come, ancora una volta, emerge la volontà della Corte EDU di indicare agli ordinamenti penali degli Stati aderenti alla Convenzione **il rischio di atteggiamenti istituzionali, sia pure indirettamente, acquiescenti o conniventi** rispetto alle condotte discriminatorie omofobiche, che possono alimentare una spirale negativa, lasciando prive di adeguata tutela le vittime di gravissime condotte illecite, sicchè si impone **l'attivazione di adeguati strumenti di diritto penale, indispensabili per determinare l'esatto disvalore e sanzionare proporzionatamente i reati determinati da un movente discriminatorio sessuale.**

ART. 3

ART. 3 CEDU E ART. 14 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI - INCITAMENTO ALL'ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI UN'ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE - NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE - ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Oganezova c. Armenia del 17 maggio 2022, n. 72961/2012.
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217250

CLASSIFICAZIONE

Art. 3 CEDU e art. 14 CEDU – Trattamenti inumani e degradanti - Incitamento all'odio per ragioni di discriminazione sessuale – Attività persecutorie poste in essere nei confronti di **un'attivista della comunità omosessuale e *transgender* armena** con una massiccia campagna stampa, realizzata anche attraverso la rete telematica e l'utilizzo dei *social network Facebook* e *Youtube*, nonché con attacchi fisici ed un incendio doloso – Atteggiamento di **inerzia delle autorità giudiziarie armene** di fronte alle azioni persecutorie subite da un'attivista della comunità omosessuale e *transgender* – Individuazione degli strumenti di diritto penale attivabili nei confronti dei soggetti destinatari di comportamenti, fisici e morali, di natura discriminatoria sessuale – **Rimedi giuridici esperibili a tutela del soggetto vittima di una "campagna d'odio" omofobica** – Necessità di enucleare il **movente** dei delitti connotati da **spinte omofobiche**, rilevante sia sotto il profilo della configurazione del reato sia sotto il profilo degli strumenti sanzionatori – **Assenza di efficaci meccanismi di diritto penale interno per investigare su denunce per condotte discriminatorie** - **Violazione dell'art. 3 CEDU, collegato all'art. 14 CEDU**.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, *Oganezova c. Armenia*, 17 maggio 2022, n. 72961/2012.

Riferimenti normativi convenzionali

CEDU, artt. 3, 8, 14.

Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano

Cost., art. 2, 21 Cost.

Riferimenti giurisprudenziali

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, Association ACCEPT e altri c. Romania, 1 giugno 2021, n. 19237/16; Corte EDU, X. e altri c. Bulgaria, 2 febbraio 2021, n. 22457/16; Corte EDU, Sabalić c. Croazia, 14 gennaio 2021, n. 50231/13; Corte EDU, Aghdgomelashvili e Japaridze c. Georgia, 8 ottobre 2020, n. 7224/11; Corte EDU, Abu Zubaydah c. Lituania, 31 maggio 2018, n. 46454/11; Corte EDU, M.C. e A.C. c. Romania, 12 aprile 2016, n. 12060/12; Corte EDU, Identoba e altri c. Georgia, 12 maggio 2015, n. 73235/12; Corte EDU, Begheluri e altri c. Georgia, 7 ottobre 2014, n. 28490/02; Corte EDU, Costello-Roberts c. Regno Unito, 25 marzo 1993, serie A n. 247-C.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 4534 del 6/12/2021, dep. 2012, Governatori, Rv. 282504-01; Sez. 5, n. 30545 del 25/5/2021, G., Rv. 281604-01; Sez. 5, n. 17950 del 1/3/2019, Giovanazzi, non mass.; Sez. 5, n. 26745 del 26/2/2016, Rao, non mass.; Sez. 6, n. 5400 del 23/1/2009, Vintur, Rv. 242698-01; Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546-01; Sez. 6, n. 39709 del 15/11/2002, Toomassian Pour, Rv. 223198-01.

ABSTRACT

Con la pronuncia in esame la Corte EDU, pur premettendo che le sanzioni penali nei confronti dei soggetti responsabili di manifestazioni di discriminazione fondate sull'identità sessuale delle vittime possono essere invocate solo come misure da adottare extrema ratio, ha affermato che, ***qualora l'azione di incitamento discriminatorio si concretizzi in reati gravi diretti contro l'integrità fisica o psichica di una persona, solo l'attivazione di strumenti penalistici efficienti può garantire un'adeguata protezione e fungere da fattore deterrente****.*

In questa cornice, la Corte EDU ha affermato che, nel caso di specie, riguardante un'attivista dei diritti della comunità omosessuale e transgender armena conosciuta a livello internazionale, erano necessarie misure di diritto penale per contrastare le aggressioni verbali e le intimidazioni motivate da atteggiamenti discriminatori poste in essere nei confronti della ricorrente, nel corso di ***una campagna omofobica*** *che si è protratta per tutto il 2011,* ***sia a mezzo stampa che con condotte di aggressione fisica****.*

La Corte EDU ha affermato che i commenti odiosi posti in essere nei confronti della ricorrente contenevano richiami espliciti alla violenza nei suoi confronti, che richiedevano

un'adeguata protezione con gli strumenti del diritto penale, la cui assenza, riscontrabile nell'ordinamento giuridico armeno, ha comportato che ***il movente omofobico dell'attentato incendiario verificatosi nel locale pubblico gestito da Armine Oganezova****, il bar "Diy Club" di Yerevan,* ***pur incontroverso, era rimasto sprovvisto di sanzione penale****.*

La Corte EDU, infine, ha affermato che, alla luce degli atti di violenza posti in essere nei confronti della ricorrente, le autorità giudiziarie armene avrebbero dovuto valutare i commenti odiosi pubblicati sulle piattaforme dei social media più seriamente di quanto non avvenuto nel caso di specie, atteso che, all'esito delle indagini sviluppate in relazione all'attentato incendiario patito dalla vittima la notte dell'8 maggio 2011, gli autori dell'azione criminosa sono stati condannati esclusivamente per il reato di incendio doloso, senza alcuna considerazione del movente omofobico sotteso all'attività intimidatoria.

IL CASO

Il procedimento è stato instaurato su ricorso di Armine Oganezova, nota all'opinione pubblica con il soprannome di "Tsomak", membro della comunità omosessuale e *transgender* armena, conosciuta a livello internazionale, tanto da partecipare a importanti manifestazioni svoltesi in diversi Paesi europei finalizzate a tutelare i diritti di queste categorie soggettive.

La ricorrente era anche comproprietaria di un bar, denominato "Diy Club", ubicato nel centro urbano di Yerevan, la capitale armena, dove i membri della comunità omosessuale e *transgender* locale si incontravano abitualmente e dove periodicamente si svolgevano delle manifestazioni pubbliche, riguardanti la tutela dei diritti di tale comunità.

Nel corso del 2011, Armine Oganezova, dopo avere partecipato a una marcia del *gay pride* a Istanbul, rilasciava due interviste sulla situazione dei diritti umani nel suo Paese, che avevano una vasta eco mediatica in Armenia, nelle quali utilizzava toni fortemente critici verso lo stato di stagnazione del dibattito, culturale e politico, su tali questioni. Dopo tali interventi giornalistici, l'**attivista armena** diventava oggetto di una campagna di stampa dai toni aspramente persecutori, sviluppata anche sulla rete telematica e sui *social network Facebook* e *Youtube*, accompagnata da **intimidazioni e minacce fisiche incentrate sul suo orientamento sessuale**.

In questo contesto, si è inserito l'**attentato incendiario** verificatosi **all'interno del bar "Diy Club" di Yerevan, gestito dalla ricorrente**, nella notte dell'8 maggio 2011, incendio sviluppatosi dopo che il locale in questione era stato visitato da **due soggetti appartenenti alla comunità neonazista armena**, con i quali si erano verificate delle scaramucce con alcuni frequentatori dell'esercizio pubblico, anche a causa del loro atteggiamento provocatorio. **Uno di costoro è stato successivamente identificato per essere tra gli autori dell'attentato incendiario**, grazie alle telecamere di sicurezza

installate nel locale, anche se le Forze dell'Ordine armene, nonostante l'intervenuto riconoscimento, non attivavano alcuna attività investigativa nella direzione palesemente omofobica che caratterizzava l'azione criminosa commessa in danno di Armine Oganezova, limitandosi a considerare l'intimidazione come un semplice incendio doloso.

Nel frattempo, proseguiva la **massiccia campagna stampa di matrice omofobica nei confronti di Armine Oganezova, accompagnata da costanti minacce di morte e dall'incitamento all'odio nei suoi riguardi**, alla quale, tra l'altro, prendevano parte anche parlamentari di alto rango ed esponenti del mondo politico armeno, che accentuavano ulteriormente lo **stato di isolamento patito dalla ricorrente, emarginandola nel suo stesso ambiente**.

La dilagante campagna persecutoria attivata contro la ricorrente, dunque, ha ottenuto il risultato di pregiudicare gravemente le sue relazioni sociali e personali, limitandone l'impegno nelle attività legate alla tutela dei diritti della comunità omosessuale e *transgender* armena. In conseguenza di questa persistente attività vessatoria l'attivista, dapprima, si isolava dal suo ambiente di riferimento e, successivamente, lasciava l'Armenia.

In questo modo, **Armine Oganezova è stata privata dell'opportunità di continuare il suo impegno nella tutela dei diritti della comunità omosessuale e *transgender***, venendo **costretta ad allontanarsi dal suo Paese**, e **privata**, altresì, **delle sue relazioni sociali**, **emarginata dal suo ambiente lavorativo**, patendo un **isolamento che ha danneggiato gravemente la sua salute psichica**.

IL RICORSO

Con il ricorso in esame Armine Oganezova sosteneva che l'attentato doloso di matrice omofobica subito l'8 maggio 2011 e la contestuale campagna di stampa di natura discriminatoria che aveva patito per un lungo periodo, nel corso del 2011 – che si sviluppava attraverso minacce verbali e fisiche, attacchi individuali e collettivi, incitamento all'odio da parte di esponenti politici di primo piano – costituivano un trattamento disumano, che concretizzava una violazione dell'art. 3 CEDU.

Questa violazione, a sua volta, andava correlata a quella dell'art. 14 dello stesso testo normativo, che assicura il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti convenzionalmente senza nessuna discriminazione, fondata «sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

La ricorrente inquadrava in questo contesto anche l'attentato incendiario dell'8 maggio 2011, che aveva danneggiato il suo locale, denominato "Diy Club", ubicato nel centro urbano di Yerevan, dove i membri della comunità omosessuale e *transgender* armena si

incontravano abitualmente. Infatti, l'attentato incendiario perseguiva lo scopo, incontroverso, di intimidire la ricorrente, sottoponendola a vessazioni psicologiche insostenibili, che avevano come obiettivo ultimo quello di emarginarla dall'ambiente sociale nel quale viveva e di impedirle di svolgere la sua funzione di attivista dei diritti della comunità omosessuale e *transgender* armena.

In conseguenza di questa lunga attività persecutoria, Armine Oganezova aveva vissuto una situazione di grave disagio fisio-psichico, sociale e professionale, che aveva determinato sia una condizione di grave prostrazione psicologica sia la perdita delle sue abituali fonti di reddito. L'attività persecutoria posta in essere nei suoi confronti, quindi, aveva sortito i suoi effetti, emarginando la ricorrente e privando, al contempo, la comunità omosessuale e *transgender* armena di un luogo di incontro e di uno spazio di confronto, sociale e culturale.

La ricorrente sosteneva ulteriormente che le autorità armene non avevano predisposto alcuna attività d'indagine finalizzata a consacrare processualmente il movente omofobico dell'incendio doloso dell'8 maggio 2011, limitandosi a punire i responsabili dell'azione incendiaria, senza impedire il protrarsi della campagna persecutoria posta in essere nei suoi confronti.

L'inerzia delle autorità armene doveva ritenersi ancora più ingiustificata alla luce del fatto che le indagini penali erano state minate dal comportamento delle Forze dell'Ordine, che, nella sostanza, avevano mostrato un atteggiamento di connivente disinteresse verso le reiterate azioni persecutorie poste in essere in danno di Armine Oganezova.

LA DECISIONE

La Corte EDU, decidendo il ricorso proposto da Armine Oganezova, muove dalla premessa sistematica secondo cui le sanzioni penali nei confronti dei soggetti responsabili di manifestazioni di odio, caratterizzate da intenti discriminatori e finalizzate a incitare alla violenza nei confronti di soggetti per il loro orientamento sessuale, possono essere invocate solo come misura estrema, laddove non sia possibile perseguire obiettivi di tutela della vittima con altri strumenti normativi.

La Corte EDU, tuttavia, precisa subito che **nelle ipotesi in cui le "campagne d'odio" si concretizzano in condotte illecite di elevato disvalore, che minano l'integrità fisica o psichica di una persona**, come nel caso degli attacchi omofobici patiti da Armine Oganezova, **soltanto l'attivazione di strumenti di diritto penale efficienti può garantire un'adeguata protezione delle vittime e fungere da fattore deterrente, impedendo il protrarsi di comportamenti lesivi dei diritti riconosciuti all'individuo dal combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU, violati nel caso di specie**.

In questa cornice, la Corte di Strasburgo ha accertato che, nel caso in esame, era necessaria l'attivazione di strumenti di diritto penale per contrastare le aggressioni verbali e le minacce fisiche rivolte ad Armine Oganezova, motivate da atteggiamenti discriminatori nei suoi confronti.

L'improcrastinabilità di tali misure, a ben vedere, era resa evidente dall'attentato incendiario verificatosi la notte dell'8 maggio 2011 presso il locale della ricorrente, che attestava la gravità delle azioni persecutorie poste in essere in suo danno.

La Corte EDU, inoltre, ha ritenuto che gli attacchi omofobici espressi nei confronti di Armine Oganezova nel corso della campagna stampa ordita nei suoi confronti, oltre a possedere un contenuto univocamente discriminatorio, contenessero invocazioni esplicite alla violenza fisica contro la ricorrente, che avrebbero imposto un'adeguata protezione con gli strumenti del diritto penale, che non solo non erano stati attivati nel caso di specie, ma non erano nemmeno previsti dall'ordinamento giuridico armeno.

Da tale situazione è conseguito che, nonostante l'attentato in danno del locale di Armine Oganezova fosse stato commesso per **ragioni palesemente omofobiche**, collegate all'impegno di attivista dei diritti umani della comunità omosessuale e *transgender* armena svolto dall'istante, le **autorità giudiziarie armene hanno affrontato le condotte illecite poste in essere in danno della ricorrente come un incendio doloso, ignorando il movente discriminatorio dell'azione criminosa**.

In altri termini, sebbene gli autori dell'attentato incendiario commesso in danno del locale della ricorrente siano stati individuati e condannati, nel formulare il giudizio di colpevolezza nei loro confronti le autorità giudiziarie armene non hanno tenuto conto del **movente discriminatorio, incentrato sull'orientamento sessuale della vittima**, rendendo prive di rilievo penale queste, pur decisive, connotazioni della vicenda processuale, pretermettendo le quali la risposta giudiziaria agli accadimenti criminosi si era rivelata insufficiente e inadeguata.

Senza considerare che la mancata enucleazione del movente omofobico sotteso all'attentato incendiario verificatosi nel locale di Armine Oganezova, ritenuto decisivo per la configurazione dell'ipotesi di reato oggetto di vaglio, ha portato all'assimilazione di condotte illecite eterogenee, che a sua volta ha determinato un **trattamento sanzionatorio inconciliabile con l'art. 14 CEDU**.

Le autorità giudiziarie armene, dunque, non potevano omettere di adempiere all'obbligo di accertare se l'incendio doloso del locale di Armine Oganezova, evidentemente motivato dall'orientamento sessuale della ricorrente, costituisse un reato commesso per ragioni omofobiche (Corte EDU, *Begheluri e altri c. Georgia*, 7 ottobre 2014, cit.).

Ne discende che, tenuto conto delle modalità con cui si è concretizzata la campagna stampa omofobica nei confronti di Armine Oganezova e della notevole diffusione che questa vicenda ha avuto in Armenia, le autorità giudiziarie avrebbero dovuto contrastare con

modalità più incisive l'azione persecutoria subita dalla ricorrente, impedendo che si realizzassero le condizioni per effetto delle quali l'istante era stata costretta a lasciare il suo Paese (Corte EDU, *Association ACCEPT e altri c. Romania*, 1 giugno 2021, cit.).

D'altra parte, è incontroverso – a giudizio della Corte EDU - che **nei confronti di Armine Oganezova si sia concretizzata una violazione dei suoi diritti, tutelati dal combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU**, rispetto alla quale non assume rilievo decisivo **la mancanza di una legislazione dedicata alla repressione delle condotte persecutorie fondate su ragioni omofobiche**, che, al contrario, **rivela un comportamento di ingiustificabile inerzia normativa**, **reso ancora più grave, sul piano sistematico, dall'assenza di una definizione giuridica delle condotte discriminatorie**.

Queste disfunzioni, istituzionali e normative, hanno comportato che i reati caratterizzati da un movente omofobico, pur incontroverso, siano stati trattati alla stessa stregua dei casi che non presentano tali connotazioni, provocando un atteggiamento inammissibile di indifferenza, che poteva sfociare in atteggiamenti di acquiescenza o addirittura di connivenza alle condotte discriminatorie sessuali che si stanno considerando (Corte EDU, *Identoba e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, cit.).

OSSERVAZIONI FINALI

La decisione della Corte EDU che si commenta si inserisce in un dibattito molto sentito a livello internazionale, che è quello dell'individuazione degli strumenti di diritto penale utilizzabili in funzione di contrasto ai comportamenti criminosi connotati da un movente omofobico. Gli echi di questo dibattito, del resto, si sono avvertiti anche nel nostro Paese, a seguito della presentazione di un disegno di legge sulla trans-omofobia, molto commentato dalla pubblica opinione, che ha avuto un andamento tormentato.

Questa pronuncia giurisdizionale deve essere salutata con estremo favore, atteso che **la repressione delle condotte illecite connotate da una matrice omofobica impone la predisposizione di adeguati strumenti di contrasto penalistici**, la cui eventuale assenza non può giustificare l'assimilazione di comportamenti criminosi discriminatori a condotte illecite sprovviste di tale, peculiare, caratterizzazione causale, a maggior ragione quando ci si trova di fronte a "campagne d'odio" alimentate dagli organi di stampa e dall'utilizzo di *social network*.

Ne deriva ulteriormente che, a seguito della pronuncia che si commenta, **non è più possibile assimilare i reati caratterizzati da un movente omofobico certo alle condotte illecite prive di tale *connotazione* discriminatoria**, non potendosi stabilire alcuna equivalenza strutturale tra fattispecie differenti sul piano della causale criminosa. Di più, l'assimilazione di tali reati, in termini analoghi a quanto si è verificato nella vicenda

processuale di Armine Oganezova, determina un'ingiustificata inerzia delle autorità giudiziarie, che può comportare il rischio di atteggiamenti istituzionali di acquiescenza o di connivenza rispetto alle condotte discriminatorie che si stanno considerando, lasciando prive di tutela le vittime di gravi condotte illecite.

In altri termini, **l'emersione di un movente omofobico del reato impone l'attivazione di adeguati strumenti di diritto penale**, idonei a chiarire **il movente discriminatorio** e a **sanzionare i responsabili** di tali condotte illecite, che devono essere contrastate **alla luce delle loro peculiari connotazioni causali**.

Il movente omofobico, quindi, diventa indispensabile sia sotto il profilo strutturale, assumendo un rilievo decisivo ai fini della configurazione della fattispecie, semplice o circostanziata, contestata all'imputato, sia sotto il profilo sanzionatorio, dovendo essere repressa la commissione di reati caratterizzati da una causale discriminatoria sessuale con una pena adeguata all'elevato disvalore di tali comportamenti criminosi.

ART. 3 CEDU - MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA E VIOLENZA NEI CONFRONTI DELLE DONNE – OBBLIGO DI CONDURRE INCHIESTE "EFFETTIVE" – RITARDI NELLA CELEBRAZIONE DEI PROCESSI E PRESCRIZIONE

Corte EDU, Prima Sezione, M. S. v. Italia del 7 luglio 2022

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-218130

CLASSIFICAZIONE

ART. 3 CEDU - MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA E VIOLENZA NEI CONFRONTI DELLE DONNE – OBBLIGO DI CONDURRE INCHIESTE "EFFETTIVE" – RITARDI NELLA CELEBRAZIONE DEI PROCESSI E PRESCRIZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 3 – VIOLENZA DOMESTICA - OBBLIGO PER LE AUTORITA' NAZIONALI DI ATTIVARE INCHIESTE EFFETTIVE E TEMPESTIVE – RITARDI CHE FAVORISCONO LA PRESCRIZIONE – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA CONVENZIONE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU

De Giorgi v. Italia, 16 giugno 2022; Sabalić c. Croazia, 14 gennaio 2021; E.G. c. repubblica di Moldova, 13 aprile 2021; Pulfer c. Albania, 20 novembre 2018; Kurt c. Autriche, Grande Camera, 15 giugno 2021; Bălşan c. Romania, 23 maggio 2017; T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldova, 28 gennaio 2014; Eremia c. Repubblica di Moldova, 28 maggio 2013; Valiulienė c. Lituania, 26 marzo 2013; M. e altri c. Italia e Bulgaria, 31 luglio 2012; e Opuz c. Turchia, 9 giugno 2009; Kontrová c. Slovacchia, 31 maggio 2007.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 39005 del 29/04/2021, G., Rv. 281957 – 01; Sez. U, n. 10959 del 29/01/2016, P.O. Rv. 265893; Sez. 2, n. 19559 del 25/02/2020, Amico, Rv. 279475; Sez. 6, n. 39532 del 06/09/2021, B, Rv. 282254 – 01; Sez. 6, n. 45095 del 17/11/2021, H., Rv. 282398; Sez. 6, n. 10626 del 16/02/2022, L., Rv. 283003; Sez. 6, n. 7259 del 26/11/2021, L., Rv. 283047

PRONUNCIA SEGNALATA

CORTE EDU, Prima Sezione, M. S. v. Italia del 7 luglio 2022

ABSTRACT:

La Corte europea ha ritenuto che, quando si procede in relazione a denunce di violenza domestica, le inattività ed i ritardi dell'autorità giudiziaria che favoriscono l'estinzione del reato per decorso del termine di prescrizione ***implicano una violazione" procedurale" dell'articolo 3 della Convenzione*** *dal quale discendono per gli Stati obblighi positivi di protezione delle vittime.*

Tali obblighi sono stati individuati in quelli (a) di predisporre un ***apparato normativo*** *idoneo a consentire una efficace protezione, (b) di predisporre* ***misure operative astrattamente idonee a garantire un tempestivo intervento,*** *(c) di intervenire* ***in concreto,*** *in modo tempestivo* ***ed efficace,*** *con l'applicazione di misure cautelari adeguate.*

Particolare rilievo viene assegnato – anche in questo caso - ***all'obbligo di decodifica del rischio*** *che deve essere adempiuto valutando una serie di parametri tra i quali vengono indicati, a titolo esemplificativo, la biografia dell'autore delle violenze, il mancato rispetto di eventuali ordini di protezione, l'escalation della violenza, le ripetute richieste di assistenza delle vittime.*

1. IL CASO.

Reiterate denunce di violenza domestica, ritardi nella celebrazione dei processi, estinzione dei reati per decorso del termine di prescrizione.

Il caso esaminato dalla Corte di Strasburgo è relativo a **reiterati maltrattamenti fisici e psichici inferti alla persona offesa dall'ex marito.**

La vittima aveva presentato **plurime denunce** dalle quali erano scaturiti diversi procedimenti penali:

(a) la prima denuncia risaliva al 19 gennaio 2007, quando la vittima portava a conoscenza delle autorità che il marito l'aveva aggredita ed aveva colpito con un coltello il cognato durante la procedura di separazione; il procedimento aperto in relazione a tale episodio si concludeva in grado di appello con una dichiarazione di prescrizione; si segnalava che il Tribunale aveva depositato le motivazioni della sentenza con un ritardo di nove mesi;

(b) altre due querele venivano presentate il 7 Febbraio 2007 e il 27 Aprile 2007, ma venivano rimesse dalla vittima nell'ottobre dello stesso anno;

(c) il 16 giugno del 2008 veniva presentata una nuova denuncia, con la quale si portava a conoscenza dell'autorità giudiziaria un ulteriore episodio di lesioni (la vittima era stata colpita alla testa e su altre parti del corpo con un bastone); all'aggressore in relazione a questi fatti veniva applicata prima la misura cautelare degli arresti domiciliari, che diveniva inefficace per lo spirare dei termini massimi, e poi il divieto di dimora e l'obbligo

di presentazione alla polizia giudiziaria; il processo si concludeva con una condanna ad un anno e un mese di reclusione per le lesioni, mentre i reati previsti dagli articoli 610 e 612 e 660 cod. pen. venivano dichiarati prescritti;

(d) il 26 maggio 2010 la vittima presentava ancora una denuncia in relazione a nuove aggressioni poste in essere dall'*ex* marito; il relativo procedimento si concludeva il 5 novembre del 2020 con una condanna a tre anni di reclusione;

(e) il 12 luglio del 2013 veniva presentata un'altra denuncia, con la quale venivano segnalate ulteriori condotte minatorie: il procedimento penale era ancora in corso.

La vittima ha proposto ricorso alla Corte europea dei diritti umani rappresentando che, nonostante le numerose denunce, **le autorità italiane non avevano preso le misure appropriate per proteggerla** dalla violenza fisica e psicologica posta in essere dal suo *ex* marito e che, in relazione a molte delle condotte denunciate, **era decorso il termine di prescrizione a causa della inattività e dei ritardi dell'autorità giudiziaria**.

La vittima lamentava, inoltre, che le autorità italiane avevano sottostimato la pericolosità dell'aggressore e che la misura cautelare degli arresti domiciliari, applicata solo in relazione ai fatti denunciati nel 2008, aveva avuto una durata breve e non si era dimostrata inidonea a contenere il pericolo denunciato.

2. LA *RATIO DECIDENDI* DELLA PRONUNCIA.

I principi generali emergenti dalla giurisprudenza convenzionale in materia di violazioni dell'art. 3 correlate alla violenza domestica.

La Corte ha enunciato una serie di principi generali, ricavati dalla sua stratificata giurisprudenza, utilizzati per verificare la sussistenza della violazione denunciata.

2.1. In via preliminare, per ricadere nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione, **i maltrattamenti devono raggiungere un minimo di gravità**.

Il superamento della soglia di rilevanza dipende dalle circostanze del caso concreto, ovvero dal contesto nel quale matura la condotta, dalla sua durata, dai suoi effetti fisici e psicologici, ma anche dal sesso della vittima e dal rapporto tra la stessa e l'autore delle vessazioni. I maltrattamenti che raggiungono tale soglia di gravità di solito comportano danni fisici o gravi sofferenze fisiche o mentali.

La violazione dell'art. 3 può essere rilevata anche quando il trattamento umilia o degrada un individuo, denota una mancanza di rispetto per la sua dignità, o induce l'interessato a provare paura, angoscia o inferiorità tali da spezzare la sua resistenza morale e fisica (§ 109).

La Corte ha inoltre riconosciuto che, oltre alle lesioni fisiche, anche **le conseguenze psicologiche** sono rilevanti nella violenza c.d. "domestica", generata nell'ambito delle relazioni strette. L'articolo 3 si riferisce infatti non solo all'inflizione di dolore fisico, ma

anche alla **sofferenza morale**. Anche il timore di ulteriori aggressioni può essere sufficientemente grave perché le vittime di violenza sperimentino sofferenze e angosce suscettibili di raggiungere la soglia minima per l'applicazione dell'articolo 3.

2.2. In secondo luogo, la Corte ha affermato che spetta alle autorità statali adottare **misure per proteggere un individuo la cui integrità fisica o psicologica è minacciata** dagli atti criminali di un membro della sua famiglia o del suo *partner*. L'ingerenza delle autorità nella vita privata e familiare in questi casi è necessaria per proteggere l'incolumità fisica e psicologica della vittima e per prevenire ulteriori violenze.

Gli obblighi positivi delle autorità, il cui adempimento è ricavabile dall'art. 3 della Convenzione, comprendono: (a) l'obbligo di istituire un **quadro legislativo** e regolamentare di tutela, (b) l'obbligo di adottare **concrete misure operative** per proteggere le vittime della violenza agita nell'ambito di relazioni strette, (c) l'obbligo di condurre **un'indagine efficace** quando la violenza viene denunciata.

Nel dettaglio:

a) le autorità devono fornire una **risposta "immediata"** alle denunce di violenza domestica;

b) le autorità devono **stabilire se sussista un rischio reale e immediato** per la vita delle vittime e devono effettuare una **valutazione del rischio autonoma, proattiva e completa**, tenendo in considerazione il contesto nel quale la violenza si sviluppa, non appena venute a conoscenza dell'esistenza di una condotta violenta nelle relazioni strette;

c) qualora tale valutazione riveli l'esistenza di un **rischio reale ed immediato per la vita**, le autorità sono tenute ad adottare misure cautelari adeguate e proporzionate al livello di rischio individuato (§ 116).

2.3.Quanto ai parametri da utilizzare per la decodifica del rischio la Corte ha ribadito che occorre prendere in considerazione i seguenti fattori: la storia dell'autore di comportamenti violenti ed il mancato rispetto di un ordine di protezione; l'*escalation* di violenza che rappresenta una minaccia continua per la salute e la sicurezza delle vittime e le ripetute richieste di assistenza attraverso chiamate di emergenza, nonché denunce formali e richieste indirizzate alle forze dell'ordine (§120).

2.4. Di estremo rilievo è la decisione circa l'incidenza sulla violazione dell'art. 3 del decorso del **termine di prescrizione correlato ad inattività e ritardi dell'autorità giudiziaria**: la Corte Edu ha affermato che gli obblighi procedurali di cui agli articoli 2 e 3 non si considerano rispettati se il processo è caratterizzato da ritardi che favoriscono il decorso del termine di prescrizione.

La Corte ha affermato che, sebbene non vi sia alcun obbligo per gli stati di giungere alla condanna per ogni condotta denunciata, tuttavia incombe sugli stessi l'obbligo di non lasciare impunite condotte gravemente lesive dell'integrità fisica e mentale dei consociati (§ 139).

3. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI AL CASO *M.S. V. ITALIA*.

Il rilievo della tempestiva decodifica del rischio e della attivazione di una inchiesta "effettiva", che si concluda prima del decorso del termine di prescrizione.

La Corte europea, applicando i principi poco sopra enucleati al caso di specie, ha ritenuto:

(a) che il **sistema normativo italiano** era - in astratto - **idoneo** ad assicurare un'adeguata protezione contro gli atti di violenza domestica denunciati e che le misure giuridiche ed operative previste dal sistema legislativo italiano offrivano alle autorità pubbliche un ventaglio di misure adeguate e proporzionate alla gravità del rischio rilevabile nel caso in esame;

(b) con riferimento alla **concreta valutazione del rischio,** essenziale per valutare la tempestività della risposta delle autorità pubbliche in relazione alle violenze denunciate, la Corte distingueva due periodi: il primo, decorrente dalla denuncia del 19 gennaio del 2007, fino al 21 ottobre 2008, data dell'applicazione della misura degli arresti domiciliari; ed il secondo, successivo al 21 ottobre 2008.

Con riguardo al primo periodo, la Corte riteneva che le autorità italiane avevano effettuato una erronea valutazione del rischio, cui era conseguita la mancata attivazione delle misure di protezione: nonostante le molteplici e circostanziate denunce, le autorità italiane non avevano reagito tempestivamente; si era proceduto con ritardo a disporre il rinvio a giudizio e non erano state applicate misure cautelari adeguate a contenere il rischio che la violenza fosse reiterata (§ 130).

In relazione al secondo periodo, la Corte riteneva, invece, che la polizia giudiziaria aveva decodificato adeguatamente la gravità della crisi relazionale denunciata ed aveva tempestivamente segnalato alla Procura la necessità di intervenire con una misura cautelare, che veniva concretamente applicata (§ 128).

Il rilevato difetto di decodifica del rischio, unitamente al ritardo nell'applicazione di misure cautelari adeguate a contenerlo, conduceva la Corte a ritenere che vi fosse stata una violazione "sostanziale" dell'art. 3 della Convenzione in relazione al primo dei due periodi emarginati; l'applicazione della misura degli arresti domiciliari ostava alla rilevazione della violazione in relazione al secondo periodo.

3.1. La decisione è di particolare interesse nella parte in cui la Corte rileva la violazione dell'obbligo delle autorità statali di condurre delle inchieste effettive in relazione ai **ritardi** dell'autorità giudiziaria che avevano favorito lo spirare del termine di prescrizione.

I giudici europei hanno ritenuto che **il decorso di tale termine** fosse **correlato all'inattività ed ai ritardi dei giudici** cui era stata affidata la celebrazione dei processi

(§137); mentre ritenevano che sia la polizia giudiziaria, che l'ufficio del pubblico ministero avessero agito tempestivamente.
Secondo la Corte, l'estinzione dei reati per decorso del termine di prescrizione era stata causata dalle inattività e i ritardi dei giudici e tale comportamento integra una violazione dell'art. 3 della Convenzione sotto il profilo procedurale.
3.2. Da ultimo, la Corte europea riteneva che **non fosse rinvenibile una violazione dell'art. 14 della Convenzione**. Sebbene la causa non fosse stata trattata con il livello di diligenza richiesto dall'articolo 3 della Convenzione non vi erano elementi che provassero che le autorità statali italiane avessero agito con una intenzione discriminatoria idonea ad integrare la violazione dell'articolo 14 della Convenzione.

4. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

La Corte Edu fa discendere dall'art. 3 della Convenzione l'obbligo di concludere i processi scaturenti da denunce di violenza domestica prima del decorso del termine di prescrizione.
La sentenza in commento si segnala non solo perché ribadisce **l'estrema rilevanza dell'attività di decodifica del rischio,** che è affidata alle autorità che ricevono la denuncia di condotte di violenza domestica, ma, soprattutto perché identifica un **obbligo di procedere tempestivamente** e di **concludere il processo entro la finestra temporale** che **impedisce l'estinzione del reato per decorso del termine di prescrizione**.
La Corte ha affermato che l'**inattività dell'autorità pubblica** cui è affidato l'accertamento dei reati, ove generi **ritardi** tali da favorire il decorso del termine di **prescrizione** - e dunque da causare l'**impunità della persona denunciata** - **viola l'art. 3 CEDU**.
Nell'interpretazione consolidata offerta dalla Corte di Strasburgo da tale articolo discendono gli obblighi positivi a carico dello Stato relativi alla tutela dell'integrità fisica e psichica dei cittadini.
Tra tali obblighi vi è – dunque - anche quello di avviare i**nchieste "effettive" che si concludano prima del decorso del termine di prescrizione**.

ART. 3 CEDU

ART. 3 CEDU – DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI – MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA E VIOLENZA NEI CONFRONTI DELLE DONNE – OBBLIGHI POSITIVI DELLO STATO – INADEMPIMENTO A TALI OBBLIGHI DA PARTE DELLO STATO – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU.

Corte EDU, Prima Sezione, De Giorgi c. Italia del 16 luglio 2022.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217718

CLASSIFICAZIONE

Art. 3 CEDU – **Divieto di trattamenti inumani e degradanti – Maltrattamenti in famiglia e violenza nei confronti delle donne – Obblighi positivi dello Stato** – Obbligo per le autorità nazionali di valutazione del rischio – Obbligo di applicare tempestivamente misure di tutela nei confronti delle vittime – **Inadempimento a tali obblighi da parte dello Stato – Violazione dell'art. 3 CEDU**.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

CEDU, art. 3

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

SENTENZE DELLA CORTE EDU

C. EDU, *Kurt c. Autriche, Grande Camera*, 15 giugno 2021; C. EDU, *Bălşan c. Romania,* 23 maggio 2017; Corte EDU, *T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldova*, 28 gennaio 2014; Corte EDU, *Eremia c. Repubblica di Moldova*, 28 maggio 2013; Corte EDU, *Valiulienė c. Lituania*, 26 marzo 2013; Corte EDU, *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012; Corte EDU, *Opuz c. Turchia*, 9 giugno 2009; Corte EDU, *Kontrová c. Slovacchia,* 31 maggio 2007.

SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Sez. 6, n. 10626 del 16/02/2022, L., Rv. 283003; Sez. 6, n. 7259 del 26/11/2021, L., Rv. 283047; Sez. 6, n. 45095 del 17/11/2021, H., Rv. 282398; Sez. 6, n. 39532 del 06/09/2021, B, Rv. 282254 – 01; Sez. U, n. 39005 del 29/04/2021, G., Rv. 281957 – 01; Sez. 2, n. 19559 del 25/02/2020, Amico, Rv. 279475; Sez. U, n. 10959 del 29/01/2016, P.O. Rv. 265893.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, 16 luglio 2022, De Giorgi c. Italia.

ABSTRACT

La Corte europea ha ritenuto che l'inadempimento dello Stato agli obblighi positivi di protezione delle vittime di violenza emersa nell'ambito delle relazioni affettive e familiari può integrare una ***violazione dell'art. 3 della Convenzione*** *quando le condotte dell'autore siano talmente gravi da creare uno stato di perdurante sofferenza fisica e psicologica nelle vittime (§ 62).*

Gli obblighi positivi che incombono sullo Stato in relazione alla ***violenza c.d. "domestica"*** *sono stati individuati nella necessità (a) di predisporre un* ***apparato normativo*** *idoneo a consentire una efficace protezione, (b) di predisporre* ***misure operative astrattamente idonee a garantire un tempestivo intervento,*** *(c) di intervenire in concreto in modo* ***immediato ed efficace*** *a tutela delle vittime con l'applicazione di misure cautelari adeguate, correlate agli esiti della* ***valutazione del rischio*** *rilevato (§ 68).*

Particolare rilievo viene assegnato ***all'obbligo di decodifica del rischio****, che deve essere adempiuto valutando una serie di parametri, tra i quali vengono indicati, a titolo esemplificativo, la biografia dell'autore delle violenze, il mancato rispetto di eventuali ordini di protezione, l'escalation della violenza, le ripetute richieste di assistenza delle vittime (§§ 68 e 76): rilevato un rischio grave per la vita delle vittime, grava sullo Stato l'obbligo di applicare* ***misure cautelari adeguate*** *a garantire la protezione delle stesse (§ 69).*

La Corte europea ha ritenuto che l'inerzia nelle indagini avesse leso non solo il ***diritto delle vittime ad essere protette*** *dallo Stato contro la reiterazione delle violenze fisiche e psicologiche, ma anche il diritto ad ottenere la persecuzione penale dell'autore, diritto* ***non surrogabile*** *attraverso l'esperimento di azioni civili funzionali ad ottenere il risarcimento dei danni correlati al reato o al ritardo delle autorità nella persecuzione dei suoi autori (§ 47).*

IL CASO

La vicenda personale della ricorrente può essere riassunta di seguito nei suoi passaggi essenziali.

Nel 2013 la vittima si è separata dal marito, dal quale ha avuto tre figli; il 18 novembre 2015 ha sporto la prima denuncia per maltrattamenti; il 20 novembre dello stesso mese ha denunciato che il marito le aveva causato delle lesioni aggredendola e colpendola con un casco. Altre denunce venivano sporte, con cadenza mensile, nei primi mesi del 2016.

I carabinieri hanno trasmesso tempestivamente i rapporti investigativi al Procuratore e contemporaneamente la ricorrente ha chiesto al Tribunale civile la misura di protezione dell'allontanamento dalla casa familiare; con decisione del 22 marzo 2016, il Tribunale di Padova ha respinto la domanda, ritenendo ostativa l'assenza di convivenza, considerata una condizione per l'applicazione della misura, e rilevando che gli episodi denunciati

rientrassero nell'ambito della fisiologica conflittualità tra coniugi generata dalla separazione.

Sul versante specificamente penale: il GIP, valutata anche la non credibilità delle dichiarazioni della ricorrente in quanto inquinate da sentimenti di ostilità correlati alla separazione, ha accolto la richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica competente, che aveva ritenuto le dichiarazioni della denunciante non sufficientemente dettagliate e le prove raccolte inidonee a consentire l'avvio di un procedimento penale, rilevando, in particolare, l'assenza di abitualità della condotta di maltrattamenti in famiglia.

Di seguito ad altre due denunce, del 9 e del 12 dicembre 2016, la ricorrente ha presentato un'ulteriore denuncia per mancato rispetto di un provvedimento giudiziale e mancato rispetto degli obblighi di assistenza familiare, rappresentando, altresì, le violenze che l'*ex* marito aveva consumato nei confronti dei figli minori, traumatizzati dalle minacce di morte proferite di fronte a loro.

Nel frattempo, nell'ambito del procedimento civile per la separazione, la relazione dei servizi di assistenza sociale depositata il 15 febbraio 2018 rappresentava al Tribunale che i minori erano stati maltrattati dal padre, non erano stati sufficientemente protetti dalla madre e si trovavano in una situazione di angoscia: gli operatori dei servizi sociali chiedevano, perciò, che i bambini fossero sottoposti a un percorso terapeutico.

La relazione dei servizi sociali, pur trasmessa al pubblico ministero ed inclusa nel fascicolo dell'indagine aperto per i reati di inosservanza di provvedimento del giudice e mancato pagamento degli alimenti, non ha dato luogo ad alcuna indagine per il delitto di maltrattamenti in danno dei minori.

Il 19 novembre 2018 la ricorrente chiedeva al pubblico ministero di avere accesso al procedimento, di procedere per il reato di maltrattamenti in danno di minori e di proporre istanza di riapertura delle indagini, in relazione ai fatti accaduti nel 2016.

Dopo ulteriori sollecitazioni e denunce, il 23 luglio 2020 il pubblico ministero ha rinviato a giudizio l'*ex* marito della ricorrente solo in relazione al reato di lesioni, per l'episodio della notte del 20 novembre 2015. La prima udienza di tale processo si è svolta nell'aprile 2021.

Il procedimento relativo al mancato pagamento degli alimenti, secondo le ultime informazioni ricevute dalle parti, è ancora pendente (dal 2016). Nessuna indagine è stata avviata per il reato di maltrattamento dei bambini.

La ricorrente ha proposto ricorso alla Corte EDU allegando che, nonostante le autorità italiane fossero state avvertite a più riprese della violenza del suo *ex* marito, non erano state adottate le misure necessarie per proteggere lei e i suoi figli dal pericolo per la vita e l'incolumità fisica e psicologica e non avevano impedito la commissione di ulteriori violenze.

Nella prospettiva della ricorrente nulla giustificava la lentezza del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale per le lesioni del 20 novembre 2015: la prima udienza dinanzi al Tribunale di Padova si era svolta solo il 13 aprile 2021, nonostante la denuncia

risalisse al 2015; allegava altresì che il reato contestato si sarebbe prescritto nel 2023, molto probabilmente prima della conclusione del processo e che, per i maltrattamenti in danno dei minori, non era stata avviata alcuna indagine; il pubblico ministero, infatti, aveva rifiutato di riaprire il procedimento archiviato nel 2016.

LA DECISIONE

1. L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 3 CEDU.

In via preliminare la Corte europea ha ricordato che, per ricadere nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione, i maltrattamenti devono raggiungere un **minimo di gravità**. Il superamento della soglia di rilevanza dipende dalle circostanze del caso concreto ovvero dal contesto nel quale matura la condotta, dalla sua durata, dai suoi effetti fisici e psicologici, ma anche dal sesso della vittima e dal rapporto tra la stessa e l'autore delle vessazioni. **I maltrattamenti che raggiungono tale soglia di gravità di solito comportano danni fisici o gravi sofferenze fisiche o mentali**.

La violazione dell'art. 3 può essere rilevata anche quando il **trattamento umilia o degrada un individuo**, denota una mancanza di rispetto per la sua dignità o induce l'interessato a provare paura, angoscia o inferiorità, tali da spezzare la sua resistenza morale e fisica (§ 62).

La Corte ha inoltre riconosciuto che, oltre alle lesioni fisiche, **anche le conseguenze psicologiche sono rilevanti nella violenza c.d. "domestica"**, generata nell'ambito delle relazioni strette. L'articolo 3 si riferisce infatti non solo all'inflizione di dolore fisico, ma anche alla **sofferenza morale**. Anche il timore di ulteriori aggressioni può essere così grave da determinare che le vittime di violenza sperimentino sofferenze e angosce suscettibili di raggiungere la soglia minima per l'applicazione dell'articolo 3.

2. GLI OBBLIGHI POSITIVI.

La Corte ha affermato che spetta alle autorità statali adottare **misure per proteggere un individuo la cui integrità fisica o psicologica è minacciata** dagli atti criminali di un membro della sua famiglia o del suo *partner*. L'ingerenza delle autorità nella vita privata e familiare in questi casi è necessaria per proteggere l'incolumità fisica e psicologica della vittima e per prevenire ulteriori violenze.

Gli obblighi positivi delle autorità, il cui adempimento è ricavabile dall'art. 3 della Convenzione, comprendono:

a) l'obbligo di istituire un **quadro legislativo** e regolamentare di tutela;

b) l'obbligo di adottare **concrete misure operative** per proteggere le vittime della violenza agita nell'ambito di relazioni strette;

c) l'obbligo di condurre **un'indagine efficace** quando la violenza viene denunciata.

Gli obblighi positivi gravanti sullo Stato sono stati più specificamente così riassunti:
d) le autorità devono fornire una **risposta "immediata"** alle denunce di violenza domestica;
e) le autorità devono immediatamente **stabilire se sussista un rischio reale e immediato** per la vita delle vittime e devono effettuare una **valutazione del rischio autonoma, proattiva e completa**, tenendo in considerazione il contesto nel quale la violenza si sviluppa;
f) qualora tale valutazione riveli l'esistenza di un rischio reale ed immediato per la vita, le autorità sono tenute ad **adottare misure cautelari adeguate e proporzionate** al livello di rischio individuato (§ 69).

3. IL CONTENUTO DELLA DECISIONE.

In via preliminare, la Corte europea ha ritenuto **ricevibile il ricorso**, stante **l'esaurimento dei rimedi interni**: la ricorrente aveva infatti proposto opposizione contro la richiesta di archiviazione parziale e non poteva costituirsi parte civile in ragione del fatto che il procedimento pendeva in fase di indagine. Neppure sarebbe stato equivalente pensare ad un'eventuale azione di responsabilità civile da parte della ricorrente che contestasse i ritardi nelle indagini, poiché un **risarcimento** non avrebbe soddisfatto **il diritto al perseguimento dei responsabili degli atti di violenza domestica correlato all'adempimento degli obblighi di protezione gravanti sullo Stato** (§ 47).
Nel merito, tenuto conto delle condotte denunciate, la Corte ha considerato che i **maltrattamenti denunciati superavano la "soglia di gravità" che rende operativo l'art. 3 CEDU**.
Quindi, per quel che concerne l'adempimento dell'**obbligo di attivazione immediata delle autorità,** in seguito alla denuncia di violenze nell'ambito di relazioni familiari o parafamiliari, la Corte europea ha ritenuto che **le forze di polizia avevano effettuato una adeguata valutazione del rischio** autonoma, proattiva ed esaustiva, tenendo debitamente in considerazione il contesto in cui la violenza si era manifestata ed avevano richiesto tempestivamente misure di protezione.
Viceversa, il pubblico ministero incaricato di valutare tali richieste non aveva reagito tempestivamente (§ 75): non aveva chiesto al GIP misure cautelari e non aveva condotto un'attività investigativa tempestiva ed efficace, dato che **a sette anni di distanza dai fatti il procedimento era pendente in primo grado** per le lesioni risalenti al 20 novembre 2015 mentre le indagini per i fatti denunciati tra il 2016 e il 2017 erano ancora in corso e nessun accertamento era stato disposto in seguito alla segnalazione dei maltrattamenti in danno dei minori, risalente al 2018 (la Corte ha censurato anche **la sottovalutazione del rischio emersa anche in sede di procedimento civile**, ove era

stata rigettata la richiesta di applicazione di misure di protezione a causa dell'assenza di convivenza **(§ 77).**

4. UN *VADEMECUM* PER LA DECODIFICA DEL RISCHIO DA VIOLENZA DOMESTICA.

I giudici di Strasburgo si sono soffermati sugli **indicatori valutativi** per la **decodifica del rischio da violenza domestica**: **la storia dell'autore** di comportamenti violenti ed il **mancato rispetto di un ordine di protezione**; **l'*escalation* di violenza,** che rappresenta una minaccia continua per la salute e la sicurezza delle vittime; **le ripetute richieste di assistenza** attraverso chiamate di emergenza; le **denunce formali e le richieste indirizzate alle forze dell'ordine**.

Nel caso in esame tali indicatori erano tutti presenti, e ciononostante non erano state avviate indagini tempestive, non erano stati ascoltati i minori e non erano state adottate misure cautelari.

Anche il Tribunale civile si era schermato dietro l'assenza di convivenza ed aveva sottovaluto il rischio riconducendo i maltrattamenti alle dinamiche conflittuali tipiche delle separazioni (§ 77).

In sintesi secondo la Corte le autorità italiane sono **venute meno al loro dovere di effettuare una valutazione immediata e proattiva del rischio** di reiterazione della violenza commessa contro la ricorrente ed i minori e di **adottare misure preventive per attenuare tale rischio**.

I pubblici ministeri sono rimasti passivi di fronte al grave rischio emerso e, con la loro inerzia, hanno **creato un contesto di impunità**, che ha aggravato la sofferenza psicologica delle vittime (§ 78), **dimostrando inconsapevolezza delle particolari caratteristiche della violenza domestica**, che richiede una **visione d'insieme e non parcellizzata delle condotte denunciate** al fine di individuare il rischio e di prevenire ulteriori atti di violenza (§ 85).

Infine la Corte ha osservato che il **passare del tempo** erode inevitabilmente la quantità e la **qualità delle prove disponibili** e che, il difetto di diligenza e tempestività nell'adempimento degli obblighi positivi gravanti sullo Stato aggrava il calvario che i denuncianti stanno attraversando.

In conclusione, la Corte europea ha affermato che lo Stato italiano sia venuto meno al suo dovere di indagare sui maltrattamenti subiti dalla ricorrente e dai suoi figli e che il modo in cui le autorità nazionali hanno condotto il procedimento penale integri una violazione dell'art. 3 della Convenzione.

OSSERVAZIONI FINALI.

La pronuncia si segnala:

- per l’individuazione di un **diritto** della vittima di violenza domestica alla **persecuzione penale dell’autore del reato;**

- per aver **inquadrato come violenza domestica** (*rectius* “violenza generata nell’ambito di relazioni strette”) anche i comportamenti violenti del partner **che non convive**. In tema, si segnala che le decisioni della Cassazione non sempre sono espressione di un canone interpretativo unitario. Nel decidere la linea di confine tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori, la tesi maggioritaria ha affermato che non è configurabile il reato di maltrattamenti in famiglia, bensì l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori, in presenza di condotte illecite poste in essere da parte di uno dei componenti di una unione di fatto ai danni dell'altro, quando sia cessata la convivenza e siano conseguentemente venute meno la comunanza di vita e di affetti nonché il rapporto di reciproco affidamento (Sez. 6, n. 39532 del 06/09/2021, B., Rv. 282254 –01; Sez. 6, n. 45095 del 17/11/2021, H., Rv. 282398; Sez. 6, n. 10626 del 16/02/2022, L., Rv. 283003; *contra* recentemente Sez. 6, n. 7259 del 26/11/2021, L., Rv. 283047);

- per l’identificazione degli **obblighi positivi gravanti sullo Stato** quando emerge un caso di **violenza nelle relazioni strette** e per la sottolineatura della necessità di **tempestiva applicazione di misure cautelari adeguate**.

In proposito, sul tema della proporzionalità delle cautele, la Cassazione ha elaborato una linea interpretativa funzionale ad evitare forme (invero diffuse) di automatismo tra emersione della violenza domestica ed applicazione di misure lasciate all’autodisciplina: la valutazione in ordine alla "proporzionalità" della misura implica l'apprezzamento del "tipo" di recidiva che si intende contrastare, ovvero della gravità dei reati che si ritiene probabile possano essere nuovamente commessi; pertanto, quando si rileva il pericolo di reiterazione di reati caratterizzati da **"violenza alla persona**", la misura degli arresti domiciliari può ritenersi proporzionata solo se, all'esito di un rigoroso esame della personalità dell'accusato, si ritenga abbattuto il rischio di violazione delle regole di auto contenimento (Sez. 2, n. 19559 del 25/02/2020, Amico, Rv. 279475; Sez. 2, n. 797 del 03/12/2020, dep. 2021, Viti, Rv. 280470).

ART. 3 CEDU

ART. 3 CEDU - RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE - ESTRADIZIONE – RISCHIO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI NELLO STATO RICHIEDENTE – CRITERI DI ACCERTAMENTO – INDICAZIONE – VIOLAZIONE DEL DIVIETO – ESCLUSIONE.

Corte EDU, GC, 29 aprile 2022, Khasanov e Rakhmanov c. Russia
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217061

CLASSIFICAZIONE

Art. 3 CEDU - Rapporti giurisdizionali con autorità straniere - Estradizione – Rischio di trattamenti inumani e degradanti nello Stato richiedente – Criteri di accertamento – Indicazione – Violazione del divieto – Esclusione.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, GC, 29 aprile 2022, *Khasanov e Rakhmanov c. Russia*

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

CEDU, art. 3

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

SENTENZE DELLA CORTE EDU

C. EDU [GC]*, F.G. c. Svezia,* 23 marzo 2016, n. 43611/11; C. EDU [GC]*, J.K. e altri c. Svezia,* 23 agosto 2016, n. 59166/12; C. EDU, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito,* 17 gennaio 2012, n. 8139/09; C. EDU, *NA. c. Regno Unito, 17 luglio 2008, n. 25904/07;* C. EDU [GC], *Maslov c. Austria,* 23 giugno 2008, n. 1638/03*;* C. EDU [GC]*, Saadi c. Italia,* 22 febbraio 2008, n. 37201/06*;* C. EDU, *Chahal c. Regno Unito,* 15 novembre 1996*.*

SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Sez. 6, n. 18044 del 30/03/2022, Akritidis, Rv. 283157; Sez. 6, n. 22818 del 23/07/2020, Balcan, Rv. 279567; Sez. 6, n. 54467 del 15/11/2016, Resneli, Rv. 268933; Sez. 6, n. 28822 del 28/06/2016, Diuligher, Rv. 268109; Sez. 6, n. 32685 del 08/07/2010, P.G., Rv. 248002.

ABSTRACT

La Grande Camera della Corte europea è stata chiamata a giudicare la violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti previsto dall'art. 3 CEDU da parte della Federazione Russa, per avere accolto, quale Stato richiesto, una domanda di estradizione avanzata dal Kirghizistan, Paese di origine dei due ricorrenti, entrambi appartenenti alla minoranza etnica uzbeka e condannati in via definitiva per reati comuni dalle autorità dello Stato richiedente.

I ricorrenti avevano adito la Corte EDU lamentando di essere stati oggetto di persecuzione da parte del Governo kirghiso a seguito di una grave situazione di crisi politico-sociale verificatasi in quel Paese nel 2010, che aveva dato luogo a forti tensioni tra i diversi gruppi etnici.

La Corte ha preliminarmente ribadito che, al fine di compiere questo genere di verifica, è necessario svolgere un doppio grado di accertamento: alla preliminare considerazione della situazione generale del Paese deve infatti seguire un'analisi orientata a stabilire l'eventuale presenza di rischi rispetto ai singoli soggetti interessati.

Pur riconoscendo la natura di gruppo vulnerabile all'etnia uzbeka presente in Kirghizistan, la Corte EDU ha negato che la crisi verificatasi nello Stato richiedente avesse mai raggiunto livelli tali da ritenere ragionevolmente che vi si fosse determinato un reale rischio di comportamenti rilevanti ai sensi della richiamata norma convenzionale ed ha altresì precisato che l'onere della prova incombente sui ricorrenti, riguardo alla presenza di rischi individuali di esposizione a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, ai quali sarebbero andati incontro in caso di accoglimento dell'estradizione, non era stato nel caso di specie assolto.

IL CASO

La Grande Camera della Corte EDU è stata chiamata a giudicare la contestata violazione dell'art. 3 CEDU da parte della Federazione Russa per avere accolto una domanda di estradizione verso il Kirghizistan, Paese di origine dei due ricorrenti (Khasanov e Rakhmanov), entrambi appartenenti alla minoranza etnica uzbeka, i quali lamentavano di essere stati oggetto di persecuzione da parte del Governo kirghiso a seguito della grave situazione di crisi politico-sociale verificatasi nel 2010, che aveva dato luogo a forti tensioni tra i diversi gruppi etnici.

Lo Stato richiedente ne aveva domandato l'estradizione in ragione della loro presenza sul territorio russo, dopo averli condannati in via definitiva, rispettivamente, per reati di appropriazione indebita aggravata e per reati di violenza legati a sommosse civili commesse in forma organizzata nel 2010.

Nelle loro decisioni le autorità dello Stato richiedente avevano posto in rilievo il fatto che la situazione generale dei diritti umani non precludeva in quanto tale l'estradizione e

rimarcavano la circostanza che entrambi i condannati erano stati accusati di reati comuni non correlati a problematiche di natura etnica o politica.
Le richieste di estradizione, rispettivamente avanzate nel 2013 e nel 2014, erano corredate da una serie di garanzie, e in particolare da assicurazioni fornite dallo Stato richiedente: *a)* sul mancato ricorso a pratiche di tortura e a trattamenti crudeli, inumani o degradanti; *b)* sull'esclusione di motivi politici o discriminatori a fondamento della richiesta; *c)* sulla possibilità di essere assistiti da un difensore; d) sulla facoltà della Federazione Russa di consentire ad un proprio diplomatico di far visita ai ricorrenti dopo il trasferimento.
In virtù di tali garanzie, il Governo russo accoglieva entrambe le richieste di estradizione.
I ricorrenti adivano in seguito la Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 3 CEDU sul rilievo che, in caso di estradizione in Kirghizistan, essi avrebbero affrontato un rischio reale di torture e persecuzioni etniche. Un'ulteriore ragione di doglianza si basava sul fatto che le assicurazioni dello Stato richiedente non erano affidabili.

LE QUESTIONI.
La Corte EDU ha preliminarmente ripercorso alcuni passaggi rilevanti delle sue precedenti decisioni, ponendo in rilievo che:
a) nell'ambito delle procedure di estradizione, uno Stato contraente è obbligato non solo a prestare collaborazione, ma anche a rispettare la natura assoluta del divieto di tortura e di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU; *b)* l'allontanamento di uno straniero da parte di uno Stato contraente può dar luogo ad una violazione dell'art. 3, e quindi impegnarne la responsabilità ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, qualora sia stata dimostrata l'esistenza di fondati motivi per ritenere che la persona interessata si troverebbe di fronte ad un rischio reale di subire un trattamento contrario alla richiamata norma convenzionale nel Paese di destinazione;
c) a fronte di tali circostanze, il divieto posto dall'art. 3 CEDU impone di non trasferire la persona in questione verso quel Paese (Corte EDU [GC], *Saadi c. Italia, n. 37201/06*, 22 febbraio 2008, §§ 124-25).
La Corte ha inoltre osservato che, ai fini della valutazione circa l'esistenza di un rischio reale di trattamento inumano o degradante, è irrilevante la base giuridica dell'allontanamento dallo Stato contraente, come pure il fatto che il rischio derivi da una situazione generale di violenza, da una caratteristica personale del ricorrente ovvero da una combinazione delle due ipotesi (v. Corte EDU [GC], *F.G. c. Svezia,* 23 marzo 2016, n. 43611/11, § 116).
Nei casi in cui l'interessato asserisca di essere **membro di un gruppo sistematicamente esposto a trattamenti inumani**, la tutela prevista dall'art. 3 CEDU scatta quando egli alleghi, ove necessario sulla base delle fonti disponibili, sia la ricorrenza di seri motivi per

ritenere la configurabilità dei comportamenti in questione, sia la sua appartenenza al gruppo che ne viene fatto oggetto (v. *F.G. c. Svezia*, *cit.*, § 120).

Al riguardo, senza sovrapporsi alle competenze decisionali riservate alla cognizione degli Stati membri, l'esercizio del **potere di verifica attribuito alla Corte europea** si articola attraverso due distinti passaggi.

La **prima fase** della valutazione richiesta alla Corte consiste nello **stabilire se sia stata accertata**, in linea generale, **l'esistenza di un gruppo sistematicamente esposto a trattamenti inumani o degradanti**.

La **seconda fase** della valutazione consiste nello **stabilire l'appartenenza individuale dei ricorrenti al gruppo in questione**, senza dover dimostrare la presenza di ulteriori circostanze individuali o di particolari caratteristiche distintive (v. Corte EDU [GC], *J.K. e altri c. Svezia,* 23 agosto 2016, n. 59166/12, §§ 103-05).

Nell'ipotesi in cui, nonostante il fondato timore di persecuzione in relazione alla ricorrenza di determinate circostanze idonee ad aumentare la quota del rischio, non sia possibile stabilire che un gruppo risulti sistematicamente esposto ad atti di maltrattamento, grava sui ricorrenti l'obbligo di dimostrare l'esistenza di ulteriori, particolari, circostanze di fatto che li esporrebbero ad un rischio reale di trattamenti inumani o degradanti. La mancata dimostrazione di tali circostanze individuali porterebbe la Corte ad escludere la configurabilità di qualsiasi violazione dell'art. 3 CEDU (v. Corte EDU, *A.S.N. e altri c. Paesi Bassi*, 25 febbraio 2020, n. 68377/17 e 530/18, in merito alla situazione dei sikh in Afghanistan; *A.S. c. Francia*, 19 aprile 2018, n. 46240/15, per quanto riguarda le persone legate al terrorismo in *Algeria e A. c. Svizzera*, 19 dicembre 2017, n. 60342/16, in relazione ai cristiani in Iran).

Qualora, invece, ricorrano fondati motivi per ritenere che l'interessato, ove espulso o estradato, corra un rischio reale di essere sottoposto ad un trattamento inumano o degradante, la **Corte è tenuta a verificare se le assicurazioni fornite nel caso concreto dallo Stato richiedente siano sufficienti a rimuovere la presenza di qualsiasi rischio reale ai sensi dell'art. 3 CEDU** (v. Corte EDU, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, n. 8139/09, 17 gennaio 2012, § 192).

Le assicurazioni offerte dallo Stato richiedente, peraltro, non sono di per sé sufficienti a garantire un'adeguata protezione contro il rischio di maltrattamenti, essendovi l'obbligo di esaminare se le stesse forniscano, nella loro concreta applicazione, una garanzia sufficiente di protezione. Il peso da attribuire a tali assicurazioni dipende, in ogni caso, dall'esame delle circostanze prevalenti al momento della decisione, dovendosi ritenere adeguata la valutazione effettuata dalle autorità dello Stato contraente, qualora la stessa risulti sufficientemente supportata da informazioni desumibili da fonti affidabili ed obiettive (quali, ad esempio, quelle provenienti da altri Stati, ovvero da agenzie delle Nazioni Unite

e da organizzazioni non governative) [v. Corte EDU, *NA. c. Regno Unito*, n. 25904/07, 17 luglio 2008, § 119].

LA DECISIONE

La Corte si è soffermata anzitutto sull'analisi della **situazione generale in cui versa attualmente il Kirghizistan**, esaminando i **rapporti** di recente **elaborati dagli organismi delle Nazioni Unite per i diritti umani e dalle relative organizzazioni internazionali e regionali**, che hanno continuato a fare riferimento ad una serie di preoccupazioni manifestate per episodi di tortura e maltrattamenti, mancanza di indagini efficaci ed impunità, senza registrare, tuttavia, un peggioramento di quanto già in passato riscontrato in analoghi rapporti, ovvero la presenza di situazioni e condizioni tali da precludere qualsiasi possibilità di trasferimento nel Paese.

All'iniziale considerazione della situazione generale in cui versa il Paese richiedente la Corte di Strasburgo ha quindi fatto seguire il secondo passaggio della verifica, analizzando la **presenza dei rischi eventualmente riscontrabili rispetto alle posizioni dei singoli interessati**.

In tal senso, pur riconoscendo la natura di gruppo vulnerabile all'etnia uzbeka presente in Kirghizistan, la **Corte EDU ha escluso che la situazione di crisi verificatasi nel Paese richiedente abbia mai raggiunto livelli tali da indurre ragionevolmente a ritenere prospettabile un reale pericolo di trattamenti inumani o degradanti**.

Dai richiamati rapporti internazionali, in particolare, non emergevano indicazioni precise in tal senso: pur essendovi prove che mostravano un incremento dei rischi per l'etnia uzbeka all'indomani degli scontri etnici verificatisi nel giugno 2010, le più recenti segnalazioni non consentivano di individuare la presenza di rischi specifici al riguardo.

Esaminando, inoltre, le peculiarità del caso concreto, la Corte EDU ha rilevato come le criticità ed i rischi paventati dai due ricorrenti fossero stati presi in considerazione dallo Stato richiedente, che a tal proposito aveva fornito le dovute garanzie, mentre l'onere gravante sui ricorrenti di provare l'esistenza dei rischi individuali di sottoposizione a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, cui essi sarebbero andati incontro a seguito dell'estradizione, non era stato assolto (segnalando le criticità per ciascuna delle due posizioni processuali).

Di conseguenza, la Corte ha escluso la presenza di una violazione dell'art. 3 della Convenzione in caso di estradizione dalla Russia verso il Kirghizistan.

Analizzando più nel dettaglio la decisione, di particolare rilievo appare l'affermazione del principio secondo cui, ove il ricorrente non sia già stato espulso, il **momento rilevante per la valutazione deve essere quello dell'esame del caso da parte della Corte, "all'attualità"** (v. Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, § 86; v. Corte EDU [GC], *Maslov c. Austria* n. 1638/03, 23 giugno 2008, §§87-95).

Si tratta di una **condizione di garanzia** che funge da **salvaguardia nei casi in cui sia trascorso un periodo di tempo significativo tra l'adozione della decisione finale interna e l'esame della denuncia del ricorrente ai sensi dell'art. 3 CEDU** da parte della Corte, sul presupposto che la situazione riscontrabile nello Stato di accoglienza potrebbe essersi in vario modo evoluta, sia in senso peggiorativo che migliorativo.
Nella decisione in esame la Corte ha sottolineato il fatto che negli anni precedenti, tra il 2012 e il 2016, aveva trattato nove casi riguardanti procedure di estradizione di cittadini di etnia uzbeka dalla Russia al Kirghizistan (Corte EDU, *Makhmudzhan Ergashev c. Russia*, n. 49747/11, 16 ottobre 2012; *Gayratbek Saliyev c. Russia*, n. 39093/13 , 17 aprile 2014; *Kadirzhanov e Mamashev c. Russia*, n. 42351/13, 17 luglio 2014; *Mamadaliyev c. Russia*, n. 5614/13, 24 luglio 2014; *Khamrakulov c. Russia*, n. 68894/13, 16 aprile 2015; *Nabid Abdullayev c. Russia*, n. 8474/14, 15 ottobre 2015; *Turgunov c. Russia*, n. 15590/14, 22 ottobre 2015; *Tadzhibayev c. Russia*, n. 11916/15, 26 gennaio 2016).
Nelle richiamate pronunce, in particolare, la Corte aveva escluso che la situazione generale dei diritti umani, pur altamente problematica, fosse tale da impedire qualsiasi estradizione.
Nel valutare l'**attuale, effettiva esistenza di un rischio rilevante ai sensi dell'art. 3 CEDU**, la Corte ha conseguentemente affermato che, sebbene le fonti internazionali continuassero ad esprimere preoccupazione per l'insufficiente azione delle autorità kirghise nel prevenire il ricorso a pratiche di tortura ed altri atti di maltrattamento, il materiale informativo disponibile non supportava la conclusione che la situazione generale nel Paese fosse peggiorata rispetto alle precedenti valutazioni, con la logica conseguenza che doveva escludersi la ricorrenza di condizioni preclusive alla possibilità di qualsiasi trasferimento nel Kirghizistan, ovvero di un divieto totale di estradizioni verso quel Paese.
In particolare, la Corte ha rilevato l'assenza di segnalazioni specifiche in relazione a pratiche di tortura legate alla provenienza etnica degli uzbeki ed ha ritenuto di escludere la sussistenza di idonee basi fattuali per giungere alla conclusione che gli uzbeki costituissero un gruppo ancora sistematicamente esposto ad atti di maltrattamento.

OSSERVAZIONI FINALI SULLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE.
La giurisprudenza di legittimità si è da tempo confrontata con le questioni poste dalla decisione in commento, delineando un quadro di principî sostanzialmente in linea con le indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo.
Si è, infatti, affermato che, in tema di estradizione per l'estero, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698, comma primo, cod. proc. pen., la Corte d'appello deve valutare se sussiste un generale rischio di trattamento disumano o degradante nel Paese richiedente, utilizzando, a tal fine, elementi oggettivi, attendibili, precisi ed opportunamente aggiornati in merito alle condizioni di detenzione vigenti nello Stato richiedente e, verificata la sussistenza di tale rischio, deve svolgere un'indagine

mirata, anche attraverso la richiesta di informazioni complementari, al fine di accertare se, nel caso concreto, l'interessato alla consegna sarà sottoposto, o meno, ad un trattamento inumano o degradante (Sez. 6, n. 28822 del 28/06/2016, Diuligher, Rv. 268109).

Al riguardo, in particolare, si è precisato che la Corte d'appello può fondare la propria decisione in ordine all'esistenza di violazioni dei diritti umani nel Paese richiedente anche sulla base di documenti e rapporti elaborati da organizzazioni non governative - quali, ad es., "Amnesty International" e "Human Rights Watch" -, in quanto si tratta di organizzazioni ritenute affidabili sul piano internazionale, secondo quanto affermato anche dalla giurisprudenza della Corte EDU nella sentenza *Saadi c. Italia* del 28 febbraio 2008 (Sez. 6, n. 32685 del 08/07/2010, P.G., Rv. 248002; Sez. 6, n. 54467 del 15/11/2016, Resneli, Rv. 268933).

Inoltre, costituisce un onere della Corte di Appello, in presenza di una situazione di rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti attestata da fonti internazionali affidabili, richiedere, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698, comma 1, cod. proc. pen., informazioni integrative tese a conoscere il trattamento penitenziario cui sarà in concreto sottoposto l'estradando, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione Europea di Estradizione, anche in mancanza di allegazioni difensive al riguardo (Sez. 6, n. 22818 del 23/07/2020, Balcan, Rv. 279567).

Parimenti rilevante, infine, deve ritenersi l'affermazione del principio secondo cui, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa del pericolo di trattamenti inumani o degradanti di cui all'art. 698, comma 1, cod. proc. pen., **l'Autorità giudiziaria dello Stato richiesto, anche in mancanza di allegazioni difensive, è tenuta a verificare, in base ad elementi oggettivi ed aggiornati, l'affidabilità della garanzia proveniente dallo Stato richiedente circa il rispetto degli standard convenzionali relativi al trattamento dei detenuti durante l'intero percorso rieducativo seguito negli istituti penitenziari** (Sez. 6, n. 18044 del 30/03/2022, Akritidis, Rv. 283157, in relazione ad una fattispecie, di estradizione verso la Federazione russa, in cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione che, pur avendo acquisito informazioni complementari, non aveva esaminato la documentazione prodotta dal ricorrente relativamente a recenti decisioni di condanna emesse dalla Corte EDU per violazioni in tema di pratiche di ammanettamento sistematico e prolungato verificatesi nel territorio di ubicazione dell'istituto penitenziario di destinazione, né quella relativa ad una dettagliata e recente inchiesta giornalistica sull'esistenza di pratiche di tortura ed atti di violenza in numerosi istituti di pena russi, né, infine, gli esiti di una visita ispettiva effettuata in centri penitenziari russi dal Comitato di prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa).

ART. 6 CEDU

ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA – RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO – NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI - MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, Advance Pharma c. Polonia, 3 febbraio 2022.
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388

CLASSIFICAZIONE

ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA – RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO – NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI **- MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA –** VIOLAZIONI MANIFESTE DEL DIRITTO INTERNO **- CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIZIO FONDAMENTALE DEL PROCESSO DE QUO - VIOLAZIONE DELL'ART. 6-1 CONVENZIONE EDU – SUSSISTENZA -**

Corte EDU, Prima Sezione, 3 febbraio 2022, Advance Pharma c. Polonia.
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 6 § 1

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sulla nozione di Tribunale istituito per legge di cui all'art. 6 della Convenzione europea: *Corte Edu, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda, 1 dicembre 2020.*

Sulla mancanza di indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura polacco dal legislatore e dall'esecutivo: *Corte Edu Reczkowicz c. Polonia, 22 luglio 2021; Corte EDU, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonia*.

Sulla mancanza di indipendenza della Corte Suprema polacca in seguito alla riforma legislativa concernente la nomina dei giudici: *Corte Edu Reczkowicz c. Polonia, 22 luglio 2021; Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia, 8 novembre 2021*.

Sulla violazione dello Stato di diritto in conseguenza delle recenti riforme legislative del sistema giudiziario in Polonia: *CGUE, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, AK e altri (Indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte Suprema), EU:C:2019:982; cause riunite C-558/18 e C-563/18, Miasto Lowicz (Riforma del sistema disciplinare dei magistrati), EU:C:202034; causa C-824/18, A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura), EU:C:2021:153); causa C-192/18, Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari), EU:C:2019:924; causa C-619/18, Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema), EU:C:2019:531; causa C-791/19, Commissione c. Polonia (Regime disciplinare applicabile ai giudici), EU:C:2021:596).*

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, 3 febbraio 2022, Advance Pharma c. Polonia.

ABSTRACT

La ricorrente è una società distributrice di integratori alimentari che ha dato avvio ad una causa di risarcimento-danni contro l'Erario dello Stato, decisa in sede di legittimità da una Sezione civile della Corte Suprema polacca. Dopo aver visto definitivamente respinta la sua domanda, la ricorrente ha denunciato dinanzi alla Corte Edu la violazione del ***diritto a essere giudicata da un tribunale indipendente ed imparziale istituito per legge****, riconosciuto dall'****art. 6-1 della Convenzione EDU****. A tale riguardo, ha dedotto che i* ***componenti della Sezione civile della Corte Suprema polacca*** *chiamata a decidere in sede di legittimità la causa da lei promossa erano stati* ***nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura (CNM****) dopo l'entrata in vigore della legge di* ***riforma del 2017*** *in base alla quale i* ***membri togati del CNM non sono più eletti dai giudici ma dalla Camera bassa del Parlamento*** *(Sejm). Ha inoltre lamentato che il Presidente della Repubblica avesse proceduto alla nomina di quei giudici senza che il bando di concorso fosse stato controfirmato dal Primo Ministro e nonostante un provvedimento della Corte Suprema Amministrativa avesse sospeso gli effetti della delibera del CNM recante la proposta, sicché il procedimento di nomina doveva ritenersi affetto da* ***violazioni manifeste del diritto interno****. La Corte Edu ha fatto applicazione del* ***"test-soglia"*** *elaborato nella sentenza Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda e ha affermato che* ***il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema*** *che hanno deciso il caso è stato* ***indebitamente influenzato dai poteri legislativo ed esecutivo,*** *a mezzo di* ***manifeste violazioni del diritto interno****. Al riguardo, ha in primo luogo rilevato che, per effetto del vigente sistema di nomina dei suoi componenti,* ***il CNM polacco non fornisce sufficienti garanzie di indipendenza della***

magistratura dai poteri legislativo ed esecutivo. *Ha poi ritenuto che la nomina di quei giudici alla Corte Suprema da parte del Presidente della Repubblica, nonostante la Corte Suprema Amministrativa avesse sospeso l'efficacia della proposta del CNM, costituiva un'ulteriore, manifesta violazione del diritto interno. Ha pertanto concluso che nel caso in esame si è prodotto un* ***vizio fondamentale del processo*** *civile promosso dalla ricorrente, derivante dall'avvenuta* ***compromissione della legittimità della Corte Suprema****, la quale perciò* ***non può essere considerata "giudice indipendente e imparziale, istituito per legge"****, con conseguente* ***violazione dell'art. 6-1 della Convenzione EDU****.*

IL CASO

La società *Advance Pharma* ha dedotto dinanzi alla Corte EDU che la Sezione Civile della Corte Suprema che aveva deciso il suo caso non rappresentava un "tribunale imparziale ed indipendente, istituito per legge", ai sensi dell'art. 6 § 1 della Convenzione, in quanto i tre componenti del collegio erano stati nominati all'esito di un procedimento caratterizzato da varie irregolarità.

Tali irregolarità trovavano origine nell'approvazione, avvenuta nel 2017 nell'ambito di una più ampia riorganizzazione del sistema giudiziario polacco, della legge di modifica del Consiglio Nazionale della Magistratura (CND). Tale legge, contrariamente al passato, affida alla Camera bassa del Parlamento (*Sejm*) il compito di nominare i membri togati del CNJ, privando così i magistrati del diritto di voto loro in precedenza riconosciuto nel rispetto dei pertinenti *standard* internazionali.

A seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del bando di concorso relativo a sette posti vacanti presso la Sezione Civile della Suprema Corte, il nuovo CNM, i cui membri togati erano stati nominati dalla Camera Bassa, aveva adottato la delibera con cui ha proposto al Capo dello Stato la nomina di un pari numero di candidati, tra i quali i tre componenti del collegio al quale era stata in seguito affidata la decisione della causa che vedeva la società ricorrente come parte attrice.

Uno dei candidati pretermessi aveva tempestivamente presentato ricorso alla Corte Suprema Amministrativa, che aveva sospeso l'efficacia della delibera consiliare. Ciononostante, il Presidente della Repubblica aveva proceduto alla nomina dei giudici proposti dal CNM. Lo stesso giorno erano state consegnate agli interessati le lettere di nomina e i sette giudici avevano prestato giuramento.

A seguito di rinvio pregiudiziale alla CGUE, che si è pronunciata con sentenza del 2 marzo 2021 (causa C-824/18, A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura), EU:C:2021:153), la Corte Suprema Amministrativa (CSA) ha annullato la delibera consiliare. La CSA ha ritenuto, in particolare, che il CNM avesse intenzionalmente cercato di rendere impossibile il controllo

giudiziario della delibera impugnata, poiché aveva tardato più di un mese nella trasmissione del ricorso, mentre nel frattempo aveva immediatamente sottoposto la proposta di nomina al Capo dello Stato. La CSA ha osservato, inoltre, che il bando relativo ai posti vacanti presso la Corte Suprema, per essere valido, avrebbe per legge necessitato la controfirma del Primo Ministro, che, al contrario, risultava mancante.

LA DECISIONE DELLA CORTE: violazione del diritto ad un giudice imparziale e indipendente, istituito per legge.

Innanzitutto, la Corte EDU ha valutato se, nel caso in esame, fosse stato violato il diritto ad un "tribunale imparziale ed indipendente, istituito per legge". A tale scopo, ha fatto espressa applicazione del ***"test-soglia"*** *(threshold test)* elaborato nella sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, scandito da tre consecutivi passaggi.

Il primo passaggio impone di verificare la sussistenza di una violazione manifesta (testualmente, "flagrante"), del diritto interno sulle nomine giudiziarie.

L'esito positivo di tale verifica è, di per sé, sufficiente a far ritenere violato il diritto ad un tribunale istituito per legge e dotato delle richieste connotazioni di imparzialità e indipendenza, tanto che l'esame va proseguito solo in caso di esito negativo del primo passaggio.

Il secondo passaggio mira a verificare se il giudice che ha deciso un certo caso, sia pure nominato in assenza di violazioni manifeste della normativa interna, sia stato effettivamente in grado di svolgere i suoi compiti libero da interferenze, preservando così lo Stato di diritto e la separazione dei poteri.

Il terzo passaggio, infine, consiste nel prendere in considerazione la valutazione svolta dai giudici nazionali sulle conseguenze che la violazione di norme interne ha avuto sul diritto a un giudice rispondente ai criteri richiesti dalla Convenzione EDU. Qualora risultasse che i giudici nazionali hanno debitamente valutato i fatti e le denunce alla luce delle norme della Convenzione EDU, adeguatamente ponderato gli interessi concorrenti in gioco e tratto le necessarie conclusioni, infatti, la Corte EDU potrebbe ritenere avverata la violazione del diritto al giusto processo - *sub specie* di diritto al tribunale imparziale e indipendente, istituito per legge - solo in presenza di elementi concludenti.

Nel caso di specie la Corte Edu ha, già nel primo passaggio del test, accertato **due violazioni manifeste** della normativa interna sulle nomine giudiziarie (cfr. paragrafi 313-334).

In primo luogo, la Corte ha stabilito che una violazione del diritto interno era stata causata dalla **partecipazione del nuovo CNM al procedimento di nomina dei giudici della Sezione Civile della Corte Suprema** che avevano deciso la causa della ricorrente.

Riprendendo alcuni rilievi già contenuti nella sentenza *Reczkowicz* c. Polonia - relativa alla composizione della Sezione Disciplinare della Corte Suprema polacca, di nuova istituzione

- la Corte ha osservato che la Costituzione polacca affida al CNM il compito di garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, e a tal fine prevede l'intervento del Consiglio nel procedimento di nomina dei giudici (art. 186 Cost. polacca). La possibilità riconosciuta all'organo di presentare una rosa di nomi al Presidente della Repubblica rappresenta pertanto uno strumento di limitazione oggettiva alla discrezionalità presidenziale. Tuttavia, tale scopo può essere raggiunto solo se il CNM è un organo sufficientemente indipendente non solo dall'organo del potere esecutivo a cui consegna la propria proposta, ma anche dal potere legislativo. Secondo la Corte EDU, al contrario, **a seguito della riforma del 2017 il CNM non può essere più considerato indipendente dal potere legislativo e da quello esecutivo, dato che ad essi è direttamente affidata la scelta di ben ventitré membri su venticinque**, con la sola eccezione del Presidente della Corte Suprema e del Presidente della Corte Suprema Amministrativa, membri di diritto.

La Corte EDU ha inoltre osservato che la sentenza della Corte costituzionale polacca del 24 novembre 2021, ritenendo incompatibile l'articolo 6 § 1 della Convenzione e il diritto a un equo processo ivi sancito con varie disposizioni della Costituzione polacca, era stata pronunciata in un apparente tentativo di impedire l'esecuzione della sentenza della Corte Xero Flor w Polsce sp. z.o.o ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione e di limitare la competenza riconosciuta alla Corte EDU ai sensi degli articoli 19 e 32 della Convenzione nei confronti della Polonia.

La Corte ha poi ritenuto che un'altra manifesta violazione del diritto interno si fosse verificata mediante la **nomina da parte del Presidente della Repubblica** dei giudici proposti dal CNM, **nonostante la Corte Suprema Amministrativa avesse già sospeso la relativa delibera consiliare**. Secondo la Corte EDU, infatti, il comportamento della più alta carica dello Stato che intenzionalmente ignori una decisione giudiziaria al fine di rendere privo di significato il controllo esercitato dagli altri poteri dello Stato sulle nomine dei giudici, non può che essere considerato come una **palese sfida ai principi cardine dello Stato di diritto**.

La società ricorrente aveva dedotto che il procedimento di nomina dei giudici che avevano deciso il proprio caso era affetto anche da un'ulteriore violazione manifesta del diritto interno, derivante dal fatto che il bando con cui il Presidente della Repubblica aveva reso noti i posti vacanti alla Corte Suprema non era stato controfirmato dal Primo Ministro.

La Corte Edu non ha però ritenuto necessario esprimersi al riguardo, reputando esplicitamente che la sussistenza delle prime due violazioni bastasse già a rendere intrinsecamente difettoso il processo di nomina dei giudici della Sezione Civile della Corte Suprema che si erano occupati del caso in esame.

Ha inoltre rilevato che la pertinente delibera del CNM era stata sottoposta a sindacato giurisdizionale da parte della Corte Suprema Amministrativa, la quale aveva pronunciato

l'annullamento di tale delibera. Tuttavia, le azioni delle autorità polacche, intraprese in manifesta violazione del diritto interno, avevano reso tale controllo giurisdizionale privo di effetto, sicché doveva essere respinta l'eccezione di non esaurimento dei ricorsi interni proposta dal Governo polacco, in quanto nel caso di specie il previsto ricorso alla Corte costituzionale contro le regole che disciplinano il procedimento di nomina dei giudici mancava di concrete prospettive di successo.

Ha pertanto concluso, all'unanimità, che nel caso in esame si è prodotto un **vizio fondamentale del processo civile**, derivante dall'avvenuta **compromissione della legittimità della composizione della Corte Suprema** decidente, la quale perciò non può essere considerata "giudice indipendente e imparziale, istituito per legge" ai sensi della Convenzione EDU, con conseguente **violazione dell'art. 6-1 della Convenzione EDU**.

La Corte EDU ha pertanto sollecitato la Polonia, nell'interesse dello Stato di diritto e dei principi della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura, ad intraprendere un'azione rapida per porre rimedio alla rilevata violazione. La Corte si è astenuta dal fornire indicazioni specifiche circa il tipo di intervento necessario, ma ha chiaramente indicato che la prosecuzione dell'attività del CNM nella composizione prevista dalla legge di modifica del 2017 e il suo coinvolgimento nelle nomine giudiziarie comporterebbe una **disfunzione sistemica** idonea a produrre in futuro plurime violazioni del diritto a un "tribunale indipendente e imparziale, istituito per legge", causando in tal modo un ulteriore aggravamento della **crisi dello Stato di diritto in Polonia**.

OSSERVAZIONI FINALI

Negli ultimi anni diverse istituzioni europee hanno censurato il fatto che, per effetto delle **recenti riforme**, l'influenza del potere esecutivo e del potere legislativo sul sistema giudiziario polacco sia andata aumentando, a scapito dell'**indipendenza della magistratura** e, quindi, del **rispetto dei principi-cardine dello Stato di diritto**.

Tra queste, ad esempio, la **Rete europea dei Consigli di Giustizia (ENCJ)**, organo del Consiglio d'Europa, che a seguito della riforma delle modalità di elezione dei membri del CNM, ha dapprima (il 17 settembre 2018) sospeso e poi (il 28 ottobre 2018) espulso il Consiglio polacco. Sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, il **Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE)**, ha risposto alle riforme riguardanti il sistema giudiziario polacco adottando aggiornate raccomandazioni sui Consigli di giustizia (*Opinion n. 24 (2021) "Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems"*) e sull'indipendenza dei giudici (*2019 edition of the Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States*).

Un ruolo di primaria importanza è stato svolto dalla **Corte di Giustizia dell'UE**. Con una serie di pronunce emesse tanto in sede di rinvio pregiudiziale (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *AK e altri (Indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte*

Suprema), EU:C:2019:982; cause riunite C-558/18 e C-563/18, Miasto Lowicz (Riforma del sistema disciplinare dei magistrati), EU:C:202034; causa C-824/18, A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura), cit.), che nell'ambito di procedure di infrazione (causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari),* EU:C:2019:924; causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema),* EU:C:2019:531; causa C-791/19, Commissione c. Polonia (Regime disciplinare applicabile ai giudici), EU:C:2021:596), infatti, la Corte ha più volte messo in evidenza che le riforme del sistema giudiziario adottate in Polonia minano i valori fondamentali dell'Unione europea.

Merita poi di essere richiamato l'ultimo episodio del contenzioso dinanzi alla CGUE che ha interessato la Polonia con riferimento alle recenti riforme del sistema giudiziario. Il regolamento europeo 2020/2092 del 16 dicembre 2020 ha introdotto il c.d. "meccanismo di condizionalità", secondo cui il Consiglio dell'UE, su proposta della Commissione, può sospendere i pagamenti a carico del bilancio dell'Unione o l'approvazione di uno o più programmi, quando uno Stato membro commette una violazione dei principi dello Stato di diritto. Dopo che la Corte costituzionale polacca aveva dichiarato incompatibile il primato del diritto dell'Unione con la propria Costituzione (sentenze P 7/20 del 14 luglio 2021 e K 3/21 del 7 ottobre 2021), la Commissione ha ventilato l'ipotesi di attivare il meccanismo.

La Polonia e l'Ungheria sono dunque ricorse alla Corte di Giustizia per l'annullamento del regolamento. La Corte, data l'importanza della questione, ha deciso con procedura accelerata e ha sancito la legittimità del richiamato regime di condizionalità (Sent. 16 febbraio 2022 C-156/21 e C-157/21), scrivendo così un nuovo importante capitolo nella **difesa dello Stato di diritto all'interno dell'UE**.

La sentenza in commento conferma il ***rapporto****, definito* ***"simbiotico"*** *dal Presidente della Corte EDU Robert Spano,* ***intercorrente in materia di indipendenza della magistratura tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea.***

Se, infatti, la decisione del caso non autorizzava la Corte EDU a compiere valutazioni sulla legittimità della riorganizzazione del sistema giudiziario polacco nel suo complesso, come la stessa Corte ha espressamente riconosciuto nella sentenza, si tratta ormai della terza pronuncia, dopo quelle emesse nel caso Reczkowicz e in quello Dolińska-Ficek e Ozimek, con cui viene affermato che **l'indipendenza della Corte Suprema polacca è gravemente compromessa dalle recenti riforme del diritto interno**.

ART. 6 CEDU

ART. 6, § 1, CEDU - DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE - RIMOZIONE DI UN COMPONENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - MANCANZA DI UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - INTERFERENZA "NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA", NEI CONFRONTI DI UN SOGGETTO CHE SI ERA ESPRESSO CONTRO LE RIFORME GOVERNATIVE DEL SETTORE GIUDIZIARIO - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 DELLA CONVENZIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia, 16 giugno 2022.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217705

CLASSIFICAZIONE

Art. 6, § 1, CEDU - Diritto alla tutela giurisdizionale - **Rimozione di un componente del Consiglio nazionale della magistratura** - **Mancanza di un rimedio giurisdizionale** – **Violazione dell'art. 6 CEDU** - **Art. 10 CEDU** - Libertà di espressione - **Interferenza "non necessaria in una società democratica", nei confronti di un soggetto che si era espresso contro le riforme governative del settore giudiziario** - Cumulo di misure intimidatorie, quali la cessazione dall'incarico di coordinatore di una Corte regionale, il controllo delle dichiarazioni dei redditi, l'ispezione del lavoro giudiziario - **Violazione dell'art. 10 della Convenzione**.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Artt. 6, § 1, e 10 CEDU

RIFERIMENTI NORMATIVI COSTITUZIONALI

artt. 13, 24, 101, 104, 107, 111, 113 Cost.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU.

Advance Pharma sp. z o.o c. Polonia, no. 1469/20, 3 Febbraio 2022; *Grzęda c. Polonia* [GC], no. 43572/18, 15 Marzo 2022; *Bilgen c. Turchia*, no. 1571/07, 9 Marzo 2021; *Miroslava Todorova c. Bulgaria*, n. 40072/13, 19 Ottobre 2021; *Goryaynova c. Ucraina*, no. 41752/09, 8 Ottobre 2020; *Cimperšek c. Slovenia*, n. 58512/16, 30 Giugno 2020; *Kövesi c. Romania*, no. 3594/19, 5 Maggio 2020; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], 6 Novembre 2018; *Köseoğlu c. Turchia* (dec.), no. 24067/05, 10 Aprile 2018; *Döner e altri c. Turchia*, no. 29994/02, 7 Marzo 2017; *Simić c. Bosnia-Herzegovina* (dec.), no. 75255/10, 15 Novembre 2016; *Baka c. Ungheria* [GC], no. 20261/12, 23 Giugno 2016; *Harabin c. Slovacchia*, n. 58688/11, 20 Novembre 2012; *Nenkova-Lalova c. Bulgaria*, no.

35745/05, 11 Dicembre 2012; *Poyraz c. Turchia*, no. 15966/06, 7 Dicembre 2010; *Kudeshkina c. Russia*, no. 29492/05, 26 Febbraio 2009; *Guja c. Moldavia* [GC], no. 14277/04, 12 Febbraio 2008; *Kayasu c. Turchia*, 13 November 2008; *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia* [GC], no. 63235/00, 19 aprile 2007; *Kudła c. Polonia* [GC], no. 30210/96, 26 ottobre 2000; *Wille c. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, 28 Ottobre 1999; *Vogt c. Germania*, 26 Settembre 1995.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia del 16 giugno 2022 (ricorso n. 39650/18).

ABSTRACT

La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione degli artt., 6, § 1, e 10 CEDU nei confronti del ***ricorrente, giudice e portavoce del Consiglio nazionale della magistratura polacco****, il quale, in tale veste, era stato* ***uno dei principali critici delle riforme dell'ordinamento giudiziario*** *poste in essere dal parlamento e dal nuovo governo polacco, in carica dal 2015.*

Il caso concerne la sua rimozione dal Consiglio nazionale della magistratura, prima della scadenza naturale del suo mandato e la sua denuncia relativa alla mancanza di rimedi legali per contestare la perdita della carica ed alla campagna attivata per metterlo a tacere.

Seguendo un iter motivazionale analogo a quello della sentenza Grzęda c. Polonia, del 15 marzo 2022, la Corte afferma che la mancanza di un rimedio giudiziario avverso la rimozione dal Consiglio nazionale della magistratura viola il diritto di accesso ad un tribunale.

La Corte rileva, inoltre, che è stata messa in campo una ***pluralità di misure contro il ricorrente*** *– che comprendono la sua cessazione da portavoce di un ufficio giudiziario regionale, la verifica delle sue dichiarazioni dei redditi, l'ispezione del suo lavoro giudiziario – **realizzate allo scopo di intimidirlo** a causa delle posizioni che aveva espresso in difesa dello stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura.*

*Nel ritenere sussistenti le violazioni del diritto alla tutela giurisdizionale ed alla libertà di espressione, la Corte enfatizza il complessivo contesto di riforme del settore giudiziario che ha portato all'**indebolimento dell'indipendenza dei giudici**, in una generalizzata **crisi dello stato di diritto in Polonia**.*

IL CASO

Waldemar Żurek, cittadino polacco, è stato **giudice del tribunale regionale di Cracovia**, ufficio per il quale ha svolto funzioni di portavoce, e **membro del Consiglio nazionale**

della magistratura, eletto per la prima volta nel 2010, poi rieletto nel 2014, per un secondo mandato di quattro anni.

Nel 2014 è stato nominato **portavoce del Consiglio nazionale della magistratura** e, in tale veste, è diventato **uno dei principali critici delle riforme del settore giudiziario** avviate dai rami legislativo ed esecutivo **della nuova amministrazione, salita al potere nel 2015,** sottolineando, in particolare, la minaccia all'indipendenza della magistratura derivante dalle proposte del Governo.

Il suo mandato come membro del Consiglio nazionale della magistratura, tuttavia, si è prematuramente concluso nel 2018, a seguito dell'entrata in vigore di una nuova legislazione nel contesto di una riforma più ampia della magistratura. In particolare, gli emendamenti alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura del 2017 prevedevano che i membri giudiziari del Consiglio non fossero più eletti dai giudici ma dalla Camera bassa del Parlamento, e che i membri neoeletti sostituissero immediatamente quelli eletti ai sensi della precedente normativa. Pertanto, quando La Camera ha eletto 15 giudici come nuovi membri del Consiglio, il 6 marzo 2018, il mandato del ricorrente è stato revocato, senza che egli ricevesse alcuna notifica ufficiale; di conseguenza, è anche cessato dalla carica di portavoce. All'inizio del 2018 il ricorrente era stato anche rimosso dalla sua posizione di portavoce del tribunale regionale di Cracovia.

Nel suo caso dinanzi alla Corte europea, il ricorrente ha presentato documentazione su una serie di altre misure adottate nei suoi confronti dalle autorità, evidenziando che: l'Ufficio centrale per la lotta alla corruzione ha svolto un controllo delle sue dichiarazioni dei redditi tra novembre 2016 e aprile 2018; il Ministero della Giustizia ha ordinato un'ispezione del suo lavoro presso il tribunale regionale di Cracovia nell'aprile 2017, nonché la declassificazione della sua dichiarazione finanziaria nel giugno 2018. Nel frattempo, almeno cinque procedimenti disciplinari sono stati avviati contro di lui e sono ancora in corso.

LA DECISIONE

Il ricorrente ha denunciato: a) che gli era stato negato l'accesso ad un tribunale (art. 6 CEDU) e che non vi era alcuna procedura, giudiziale o non, per contestare la prematura cessazione del suo mandato; b) che le misure adottate nei suoi confronti avevano lo scopo di punirlo, per avere espresso critiche alle modifiche legislative del governo, e di mettere in guardia gli altri giudici dal fare altrettanto, minando così il diritto alla libertà di espressione.

Sono stati ammessi ad intervenire nel procedimento: la Rete europea dei consigli della magistratura; il Commissario per i diritti umani della Repubblica di Polonia; Amnesty International in collaborazione con la Commissione internazionale dei giuristi; la Fondazione "Judges for Judges" (Paesi Bassi) in collaborazione con il professor Pech; la

Fondazione di Helsinki per i diritti umani (Polonia); l'Associazione dei giudici Themis e l'Associazione dei giudici polacchi Iustitia.

La Corte EDU **ha riconosciuto la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU,** osservando che il governo non aveva fornito alcuna motivazione per giustificare il **grave pregiudizio al diritto del ricorrente di accedere ad un tribunale** dovuto all'**assenza di controllo giurisdizionale sulla decisione di porre fine prematuramente al suo mandato** presso il Consiglio nazionale della magistratura. Come nel recente caso della Grande Camera *Grzęda c. Polonia* del 15 marzo 2022, la Corte ha ritenuto che il "diritto" del ricorrente a restare in carica per l'intera durata del suo mandato era stato effettivamente posto in discussione ai sensi del diritto interno e che tale "diritto" ha attivato la protezione dell'articolo 6.

I giudici di Strasburgo hanno sottolineato il contesto generale delle **varie riforme giudiziarie** intraprese dal governo polacco, inclusa quella del Consiglio nazionale della magistratura che ha colpito il ricorrente ed ha portato all'**indebolimento dell'indipendenza della magistratura**, determinando ciò che è stata già definita una vera e propria **crisi dello stato di diritto in Polonia**.

In relazione alla violazione dell'art. 10 CEDU, il Governo ha sostenuto che le misure adottate nei confronti del ricorrente erano state neutrali, poiché applicate a tutti i giudici, e non avevano quindi interferito con il suo personale diritto alla libertà di espressione.

La Corte ha ritenuto, tuttavia, che dette **misure** andassero **inquadrate nel contesto generale delle varie riforme** del Governo **volte a indebolire l'indipendenza della magistratura**, così da verificare che erano state tutte **successive alle dichiarazioni pubbliche del ricorrente** – in interviste, articoli *online* e sul canale YouTube del Consiglio nazionale della magistratura – rese tra il 2015 e il 2018, **con le quali si criticavano le proposte di legge e politiche** del Governo **nei confronti della magistratura**; erano state tutte prese da organi controllati o nominati dal potere esecutivo **e non erano state innescate da alcuna comprovata irregolarità da parte sua**, in particolare per quanto riguardava il controllo delle sue finanze e il controllo del suo operato come giudice.

La Corte ha sottolineato che il ricorrente, in quanto giudice e membro/portavoce del Consiglio nazionale della magistratura, non solo aveva il **diritto**, ma anche il **dovere di esprimersi in difesa dello stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura**, riconoscendogli di aver rappresentato una delle figure più importanti della comunità giudiziaria polacca che ha difeso con fermezza quei valori fondamentali, esprimendo le sue dichiarazioni in un'ottica strettamente professionale.

Per tali ragioni, **nei confronti del ricorrente**, la Corte di Strasburgo ha ritenuto **applicabile un elevato grado di protezione della libertà di espressione**, **nonché un controllo rigoroso di qualsiasi interferenza con i suoi diritti**.

Nell'esaminare le misure a carico del ricorrente, la Corte ha osservato che il controllo sulle dichiarazioni dei redditi era stato innescato da irregolarità non specificate ed era durato 17 mesi senza alcun risultato concreto, mentre l'ispezione del lavoro del ricorrente presso il tribunale regionale di Cracovia era stata avviata solo un giorno dopo la ricezione di una lettera anonima, che aveva essenzialmente riguardato la sua critica alla riforma della magistratura, piuttosto che una presunta cattiva condotta o incapacità di esercitare le sue funzioni giudiziarie. Infine, la decisione di licenziarlo dalla carica di portavoce di detto tribunale era stata presa senza il parere del Collegio, come previsto dalla normativa di riferimento.

In base agli atti a sua disposizione, la Corte ha ritenuto che il **cumulo di tali misure** può essere letto come una **strategia volta a intimidire (o addirittura a mettere a tacere) il ricorrente a causa delle sue opinioni**.

I provvedimenti adottati nei confronti del ricorrente, inoltre, **hanno avuto indubbiamente un *chilling effect***, in quanto **diretti a dissuadere non solo il ricorrente ma anche altri giudici dalla partecipazione al dibattito pubblico sulle riforme legislative** che interessano la magistratura e, più in generale, **su questioni riguardanti l'indipendenza della magistratura**.

Tenendo presente l'importanza fondamentale della libertà di espressione in materie di interesse pubblico e collettivo, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione del ricorrente e che tale ingerenza non fosse "necessaria in una società democratica", con violazione dell'articolo 10 della Convenzione.

Il giudice Wojtyczek ha espresso un parere separato che è allegato alla sentenza.

L'OPINIONE IN PARTE DISSENZIENTE DEL GIUDICE WOJTICZEK

Il componente polacco della Corte EDU ha dissentito sulla violazione dell'art. 6 CEDU, secondo le linee direttrici dell'opinione già espressa nella sentenza *Grzeda c. Polonia* del 15 marzo 2022, cui si è riportato, sottolineando che non sarebbe stata raggiunta la soglia di azionabilità dell'art. 6 ed evocando le peculiarità del sistema ordinamentale polacco.

Il giudice ha, altresì, espresso riserve relativamente al ragionamento utilizzato per giungere ad affermare la violazione del diritto alla libertà di espressione tutelato dall'art. 10 CEDU, violazione sulla quale, tuttavia, comunque concorda.

L'opinione dissenziente verte, quindi, relativamente all'art. 10 CEDU, sulla constatazione di alcuni punti critici che riguardano: l'ambito di applicazione dell'art. 10 CEDU; la natura dell'ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente; il modo in cui la sentenza da cui si dissente articola i concetti di "scopo legittimo" e "proporzionalità" dell'ingerenza nel diritto tutelato dall'art. 10; la differenziazione del livello di protezione concessa basata sulla peculiarità di alcune categorie di persone.

In sintesi, pur concordando che nel caso di specie vi sia stata una violazione del diritto alla libertà di espressione del ricorrente – configurata, a giudizio della *dissenting opinion*, solo da alcune delle misure adottate, e cioè l'aver preso di mira le dichiarazioni dei redditi del ricorrente e l'aver disposto un'ispezione del suo lavoro professionale – il giudice Wojticzek esprime perplessità sull'estensione del campo di applicazione dell'art. 10 CEDU ai discorsi ufficiali di detentori di pubblici poteri, nonché sulla necessità, che sembra suggerita in sentenza, di garantire una protezione speciale del diritto in esame per i giudici e, più ancora, per i giudici appartenenti ad organismi ordinamentali rappresentativi o ad associazioni di categoria, differenziazione che può determinare una crisi del principio di eguaglianza.

OSSERVAZIONI FINALI: LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA.

La Corte EDU, nella sentenza in commento, propone **importanti affermazioni sull'indipendenza e l'autonomia della magistratura nel sistema di legalità convenzionale**, con un ampio richiamo anche ad atti di diritto europeo ed internazionale, tra i più rilevanti sul tema [i *Principi base sull'indipendenza della magistratura* -Settimo congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine, Milano, 1985, attuati dalle risoluzioni dell'Assemblea Generale 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985, punto 8; il *Rapporto speciale sull'indipendenza di giudici e procuratori* (24 giugno 2019); l'*Appendice alla raccomandazione CM/Rec (2010)12 su "Giudici, indipendenza, efficienza e responsabilità"* (17 novembre 2010), cap. II (Indipendenza esterna), punti 19 e 21, del Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri; il *Rapporto 6 gennaio 2020 sul funzionamento delle istituzioni democratiche in Polonia* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; la relazione "*I giudici in Polonia e Repubblica di Moldavia devono rimanere indipendenti*" (punti 4., 4.5., 4.7.) del Comitato degli affari legali dei diritti dell'uomo dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (5 gennaio 2021); il *Report del commissario per i diritti umani in visita in Polonia* (28 giugno 2019), punto 1.5; il *Report della commissione di Venezia sulla libertà di espressione dei giudici* (19-20 giugno 2015), punto 80; l'*Opinione n. 3 (19 novembre 2002)* della CCJE; la *Magna Charta dei giudici* (novembre 2010), punti 3, 9; l'*Opinione n. 18 (16 ottobre 2015)*, cap. VII, punti 41 e 42, della CCJE; la *Dichiarazione di Sofia (7 giugno 2013)*, punto VII)].

Particolarmente rilevanti sono le osservazioni della Corte in merito al diritto alla libertà di espressione, in presenza di riforme legislative che aggrediscano i valori di indipendenza ed autonomia della magistratura e mettano così in crisi le stesse fondamenta dello stato di diritto.

La Corte conferisce alle misure vessatorie di vario genere adottate nei confronti del ricorrente una valenza "dissuasiva" all'espressione delle sue opinioni critiche nei confronti delle riforme in atto: tali misure configurano, cioè, una reazione alla sua voce di

opposizione alle scelte governative che minano l'indipendenza della magistratura e sono in grado di influenzare anche il comportamento di altri giudici, sterilizzando altre eventuali opinioni critiche ed il dibattito pubblico in generale.

Sul versante della giurisprudenza interna, **il dibattito relativo all'ambito di espansione della libertà di espressione per i magistrati trova eco soprattutto, disegnandone i confini negativi, nelle pronunce della Cassazione civile in merito agli illeciti disciplinari**.

Interessante è una recente sentenza – Sez. U, n. 6965 del 17/3/2017, Rv. 643285 - che sembra rispondere alle perplessità dell'opinione dissenziente nel caso *Zurek* e, al tempo stesso, confermare che sono proprio le manifestazioni del pensiero espresse su temi di interesse pubblico attinenti alla giustizia a costituire il nucleo centrale del diritto garantito dall'art. 10 CEDU al magistrato, portatore di opinioni critiche.

Le Sezioni Unite hanno chiarito che, in tema di responsabilità disciplinare del magistrato, le espressioni sconvenienti rivolte "in incertam pesonam", in occasione di un intervento ad un forum di discussione su un **blog internet attinente ai temi della giustizia**, non integrano l'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, il quale postula che la condotta disciplinarmente rilevante sia posta in essere nell'esercizio delle funzioni, atteso che la manifestazione del pensiero di un magistrato costituisce espressione di una libertà costituzionale che rimane tale, e non diventa esercizio di funzione giurisdizionale, anche allorquando abbia ad oggetto opinioni relative a temi inerenti l'organizzazione di un ufficio giudiziario ed il suo funzionamento, e sempre che non si espliciti attraverso riferimenti individualizzati (nel qual caso, ricorrendo la natura ingiuriosa delle espressioni utilizzate, potrebbe configurarsi il delitto di cui all'art. 595 c.p. e l'illecito di cui all'art. 4, lettera d), del d.lgs. n. 109 del 2006).

In un caso limite, in cui si trattava di una conversazione privata e confidenziale, intercettata tra un magistrato ed un giornalista, dal tenore di critica nei confronti del capo dell'ufficio, si è affermato anche che la critica non integra gli estremi della grave scorrettezza, ex art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, se ed in quanto si sia manifestata con toni oggettivamente non offensivi, né derisori, rientrando essa nella libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita anche al magistrato, sia pure temperata in relazione agli specifici doveri incombenti sullo stesso (Sez. U, n. 24969 del 23/10/2017, Rv. 645915).

Anche la critica interna alla magistratura, su temi di interesse pubblico, ha trovato spazio, sotto il profilo dell'esimente dell'esercizio del diritto di critica: sul punto, si segnala Sez. 5, n. 30877 del 7/7/2006, Nanetti, Rv. 235222.

ART. 6 CEDU

GIUDIZIO - ASSENZA DELL'IMPUTATO – Legittimo impedimento - Restrizione agli arresti domiciliari per altra causa - Oneri dell'imputato - Comunicazione tempestiva al giudice competente - Necessità - Esclusione.

Cass. pen., Sez. U, 30 settembre 2021, dep. 2022, n. 7635, Costantino.
http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20220303/snpen@sU0@a2022@n07635@tS.pdf&host=&port=-1&_sid={3AE51518}&_hca=&_hcf=

RIFERIMENTI NORMATIVI

COSTITUZIONE, art. 111; CEDU, art. 6, § 3; COD. PROC. PEN., art. 420-*ter*.

RIFERIMENTI ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

Corte EDU, 20/01/2022, caso Draca c. Croazia; Corte EDU, 03/11/2021, caso X c. Olanda; Corte EDU, 18/12/2018, caso Murtazaliyeva c. Russia; Corte EDU, 01/09/2016, caso Huzuneanu c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 20/10/2015, caso Dvroski c. Croazia; Corte EDU, 24/12/2009, caso Pishchalnikov c. Russia; Corte EDU, 21/07/2009, caso Seliwiak c. Polonia; Corte EDU, Grande camera, 27/11/2008, caso Salduz c. Turchia; Corte EDU, 12/12/2006, caso Battisti c. Francia; Corte EDU, Grande Camera, 18/10/2006, caso Hermi c. Italia, 18/10/2006; Corte EDU, Grande Camera, 01/03/2006, caso Seydovic c. Italia; Corte EDU, 24/03/2005, caso Stoichkov c. Bulgaria; Corte EDU, 10/11/2004, caso Somogyi c. Italia; Corte EDU, 12/02/2004, caso De Lorenzo c. Italia; Corte EDU, 30/11/2000, Kwiatkowska c. Italia; Corte EDU, 22/09/1994, caso Lala c. Olanda; Corte EDU, 23/11/1993; caso Poitrimol c. Francia; Corte EDU, 28/08/1991, caso F.C.B. c. Italia; Corte EDU, 12/02/1985, caso Colozza c. Italia.

ABSTRACT

Nel rispetto del fondamentale diritto di partecipazione al processo, garantito dall'art. 6, § 3, Conv. EDU, e da ulteriore fonti sovranazionali, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la restrizione dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa, documentata o, comunque, comunicata al giudice procedente, in qualunque tempo, e quindi anche per la prima volta in udienza, integri un impedimento legittimo a comparire che impone al medesimo giudice di rinviare ad una nuova udienza e disporne la traduzione.

IL CASO

Chiamate a decidere «se la restrizione dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa, comunicata in udienza, integri comunque un'ipotesi di legittimo impedimento a comparire, così precludendo la celebrazione del giudizio in assenza, ovvero gravi sull'imputato il previo onere di richiedere al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare l'autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio per presenziare a detta udienza», le Sezioni Unite hanno affermato che «*la restrizione dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa, documentata o, comunque, comunicata al giudice procedente, in qualunque tempo, integra un impedimento legittimo a comparire che impone al medesimo giudice di rinviare ad una nuova udienza e disporne la traduzione*».

La rilevanza, ai fini della decisione, del diritto di partecipare al processo garantito dalla Convenzione EDU

Ai fini della conclusiva decisione, le Sezioni Unite hanno valorizzato anche le fonti convenzionali che garantiscono incondizionatamente il diritto dell'imputato a partecipare al processo, osservando, in particolare, che l'art. 6, § 3, lett. c), d), e), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo elenca i diritti fondamentali di "ogni persona accusata di un reato" (il diritto di "difendersi personalmente", di "esaminare o far esaminare i testimoni" e di "farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza"), il cui concreto ed effettivo esercizio presuppone di necessità l'**essenzialità della sua partecipazione al processo**, poiché le predette attività sarebbero inconcepibili in sua assenza (Corte EDU, 03/11/2021, caso X c. Olanda; Corte EDU, Grande Camera, 01/03/2006, caso Seydovic c. Italia; Corte EDU, 10/11/2004, caso Somogyi c. Italia; Corte EDU, 28/08/1991, caso F.C.B. c. Italia; Corte EDU, 12/02/1985, caso Colozza c. Italia).

La giurisprudenza della Corte EDU ha in più occasioni ribadito l'importanza della presenza di un imputato per lo svolgimento di un processo penale equo e giusto (Corte EDU, Grande Camera, 18/10/2006, caso Hermi c. Italia, 18/10/2006; Corte EDU, 12/02/2004, caso De Lorenzo c. Italia; Corte EDU, 22/09/1994, caso Lala c. Olanda; Corte EDU, 23/11/1993; caso Poitrimol c. Francia), onerando gli Stati membri, nel rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 cit., dell'obbligo positivo di garantire all'imputato l'esercizio del diritto di essere presente nella sala di udienza, sia durante il primo procedimento nei suoi confronti sia nel corso di un nuovo processo (Corte EDU, 24/03/2005, caso Stoichkov c. Bulgaria); ha anche chiarito che né il testo, né lo spirito dell'art. 6 cit., impediscono ad una persona di rinunciare spontaneamente alle garanzie di un processo equo in maniera espressa o tacita, anche se la mera conoscenza da parte dell'imputato dell'apertura di un processo penale a suo carico non consente di concludere che egli, se non comparso in udienza, abbia rinunciato in

maniera non equivoca al suo diritto a comparire all'udienza (Corte EDU, 21/07/2009, caso Seliwiak c. Polonia; Corte EDU, 30/11/2000, Kwiatkowska c. Italia), poiché, per essere considerata efficace, la rinuncia al diritto di partecipare all'udienza deve risultare inequivocabile (Corte EDU, 20/01/2022, caso Draca c. Croazia; Corte EDU, 01/09/2016, caso Huzuneanu c. Italia; Corte EDU, 12/12/2006, caso Battisti c. Francia; Corte EDU, 23/11/1993; caso Poitrimol c. Francia cit.) e costituire frutto di una scelta consapevole sulle conseguenze processuali di tale decisione (Corte EDU, 18/12/2018, caso Murtazaliyeva c. Russia; Corte EDU, Grande Camera, 20/10/2015, caso Dvroski c. Croazia; Corte EDU, 24/12/2009, caso Pishchalnikov c. Russia; Corte EDU, Grande camera, 27/11/2008, caso Salduz c. Turchia; Corte EDU, Grande Camera, caso Seydovic c. Italia, cit.).

Le Sezioni Unite hanno, in proposito, osservato che «l'interpretazione richiamata, proprio in quanto garantisce in maniera stringente la partecipazione al giudizio di merito dell'imputato, risulta conforme ai principi del giusto processo e del contraddittorio, sanciti dall'art. 111, comma 3 Cost. Inoltre, solo la garanzia di partecipazione al processo da parte dell'imputato invera i principi di immediatezza ed oralità, ugualmente richiamati nella disposizione costituzionale».

Le fonti internazionali

Le Sezioni Unite hanno anche osservato che garanzie analoghe sono previste dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881, ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978) che, nel suo art. 14, terzo comma, lett. d), e), f), riconosce all'imputato i diritti di essere presente, di difendersi, di interrogare i testimoni e di farsi assistere da un interprete, «diritti tutti che presuppongono la presenza dell'interessato al suo processo», e che la natura ineludibile di tali garanzie nel processo penale è confermata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nelle nove "regole minime" richiamate nella Risoluzione n. 11 del 21 maggio 1975, ove si prescrivono le garanzie da riconoscere all'imputato assente nel processo, "salvo che si sia accertato che egli si è sottratto volontariamente alla giustizia".

Successivamente, la Direttiva UE n. 343 del 9 marzo 2016, dopo aver ricordato, nel Preambolo, che il diritto alla partecipazione al processo da parte dell'interessato può essere oggetto di rinuncia espressa o tacita, ma non equivoca, prescrive, nell'art. 9, che le norme nazionali devono prevedere il diritto ad un nuovo processo nell'ipotesi in cui si sia proceduto in assenza al di fuori dei casi in cui è legittima tale forma di procedimento.

LE CONCLUSIONI

Secondo le Sezioni Unite, il complesso delle disposizioni appena richiamate conferma la **centralità del diritto dell'imputato di partecipare al processo**, ed impone di

determinare con rigore le condizioni cui è subordinata la celebrazione del giudizio in assenza, individuendole:

a) nella certezza della conoscenza del processo, della data e del luogo fissati per il suo svolgimento;

b) nella inequivocità della rinuncia a comparire nel giorno fissato.

Si è concluso che, ai fini della valutazione dell'impedimento a comparire dell'imputato detenuto per altra causa, **le forme di restrizione, carceraria o domiciliare vanno parificate**: «Il giudice che procede, nell'ipotesi in cui emerga, in qualsiasi modo, dagli atti la circostanza che l'imputato, libero nel suo procedimento, sia in condizione di restrizione di qualsiasi natura per altra causa, deve attivarsi a disporre l'ordine di traduzione, ed il rinvio del procedimento, qualora tale ordine non sia eseguibile per l'udienza già fissata - nell'ipotesi in cui tale conoscenza sia acquisita nell'immediatezza della prima udienza e non sia possibile procedere utilmente all'emissione dell'ordine per quella data - con correlato obbligo di rinnovo dell'avviso»; diversamente, nel caso in cui tale condizione non emerga dagli atti, «non può che farsi carico all'imputato correttamente citato, o al suo difensore, di comunicare la condizione di restrizione sopraggiunta, che abbia effetto impeditivo della libertà di accesso all'udienza»: detto onere può, peraltro, essere soddisfatto **«in qualunque tempo»**, e quindi **anche per la prima volta in udienza**.

ART. 6

ART. 6 IN RELAZIONE ALL'ART. 37 CEDU - DICHIARAZIONE UNILATERALE DEL GOVERNO DI RICONOSCIMENTO DELLA LESIONE DI UN DIRITTO TUTELATO DALLA CONVENZIONE – DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE - DECISIONE DI CESSATA MATERIA DEL CONTENDERE DA PARTE DELLA CORTE EDU - RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE INTERNA.

Corte Europea dei Diritti Umani, Terza Sezione, Willems e Gorjon c. Belgio del 21 settembre 2021.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-212030

REPORT

Dichiarazione unilaterale del Governo di riconoscimento della lesione di un diritto tutelato dalla Convenzione, decisione di cessata materia del contendere da parte della Corte EDU e giurisdizione interna: una convivenza complessa.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti Umani, Terza Sezione, *Willems e Gorjon c. Belgio* del 21 settembre 2021.

PREMESSA

Il caso esaminato nella sentenza *Willems e Gorjon c. Belgio* del 21 settembre 2021 offre plurime prospettive di interesse.

Sotto un profilo preliminare e strettamente procedurale, è l'occasione per riflettere su un meccanismo forse poco noto del processo dinanzi alla Corte EDU, e cioè quello che consegue ad una ***Dichiarazione unilaterale*** **del Governo di uno Stato membro, con cui si riconosca la lesione del diritto convenzionale denunciata dal ricorrente**, ed alla successiva decisione di **cancellazione del ricorso** dal ruolo da parte della Corte Europea dei Diritti Umani, ai sensi dell'art. 37 §1 CEDU, decisione che "chiude" il processo a Strasburgo, per una ragione che si potrebbe definire di "**cessata materia del contendere**" tra ricorrente e Stato convenuto, fatte salve le ragioni di prosecuzione o riassunzione del ricorso, ai sensi del successivo disposto dello stesso articolo 37 della Convenzione.

Ulteriore aspetto di interesse è costituito dalla valenza e dalle ricadute, nell'ordinamento

processuale interno, di tale procedura di "componimento" della causa, soprattutto in tema di possibilità di rivalutare la decisione contestata dinanzi alla Corte EDU, coinvolgendo i delicati assetti istituzionali che sovrintendono alla separazione tra il potere esecutivo e quello giudiziario.

Infine, alla luce della fattispecie decisa, la sentenza in esame assume rilievo anche perché è l'ennesima occasione per approfondire gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza di Strasburgo in tema di diritto ad un processo "equo", nelle forme del diritto di accesso ad un tribunale, rispetto a decisioni di inammissibilità del ricorso proposto dinanzi alla giurisdizione interna fondate su ragioni di ordine formale.

La fattispecie, infatti, nasce dalla denuncia, da parte dei ricorrenti, di una lesione del diritto di agire in giudizio e di ottenere risposta nel merito dalla Corte di cassazione belga, che aveva dichiarato l'inamissibilità dei ricorsi da loro proposti (finalizzati ad impugnare la condanna in appello per alcuni reati in materia di evasione dell'imposta sul valore aggiunto) sulla base di una ragione formale: l'avvocato difensore, firmatario dei ricorsi, non aveva precisato nell'atto difensivo il possesso dei requisiti soggettivi professionali di legittimazione a difendere in cassazione.

La Corte EDU, con la sentenza in commento, ha ribadito la propria contrarietà a decisioni del Giudice interno connotate da **eccessivo formalismo**, che si risolvono in una **lesione dello stesso diritto di accesso ad un tribunale,** travalicando i principi di proporzionalità e ragionevolezza che devono guidare le pur consentite limitazioni a tale diritto, se funzionali ad obiettivi di efficienza della giurisdizione e certezza del diritto.

CLASSIFICAZIONE

Art. 37 CEDU – Rigetto da parte della Corte di cassazione belga dell'istanza di riapertura del procedimento in sede di legittimità, che rende vani gli impegni assunti dal Governo del Belgio nell'ambito della Dichiarazione unilaterale formata ai sensi dell'art. 37 § 1 CEDU – Circostanza eccezionale che determina la reiscrizione dei ricorsi dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani, ai sensi del § 2 dello stesso articolo.

Art 6 § 1 (penale) – Diritto di accesso ad un tribunale – Formalismo eccessivo della Corte di cassazione che ha deciso l'inammissibilità del ricorso in ragione dell'assenza di attestazione in esso dei requisiti di abilitazione al patrocinio dell'avvocato difensore, firmatario dell'impugnazione (nella specie, l'attestato di formazione per la difesa dinanzi alla Cassazione).

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 6, 37 CEDU e 111 COSTITUZIONE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU:

Succi c. Italia, del 28 ottobre 2021; *Vermeersch c. Belgio*, 16 febbraio 2021; *Arrozpide Sarasola et altri c. Spagna*, 23 ottobre 2018; *Naït-Liman c. Svizzera [GC]*, 15 marzo 2018; *Zubac c. Croazia [GC]*, 5 aprile 2018; *Aviakompaniya A.T.I., ZAT c. Ukraina*, 5 ottobre 2017; *Parrocchia greco-cattolica Lupeni e altri c. Roumanie [GC]*, 29 novembre 2016; *Jeronovičs c. Lettonie [GC]*, 5 luglio 2016; *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia [GC]*, 20 ottobre 2011; *Evaggelou c. Grecia*, 13 gennaio 2011; *Walchli c. Francia*, 26 luglio 2007.

Sentenze Corte di cassazione: Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054.

ABSTRACT

La Corte EDU - interpretando l'art. 6 CEDU e ripercorrendo la propria giurisprudenza in materia di fair trial e diritto di accesso ad un tribunale – ha affrontato la questione relativa agli effetti della Dichiarazione unilaterale del governo convenuto, con cui venga riconosciuta la violazione della norma convenzionale denunciata, e della successiva decisione della Corte EDU che ne prenda atto, rispetto alla prosecuzione della trattazione del ricorso dinanzi a sé, cancellando la causa dal ruolo ai sensi dell'art. 37 § 1, lett. c, CEDU.

Nel caso dei ricorrenti, la Dichiarazione unilaterale ha riguardato l'art. 6 CEDU, quanto al profilo del diritto di accesso ad un tribunale e, precisamente, ad adire la Corte di cassazione: il loro ricorso era stato, infatti, dichiarato inammissibile dalla Cassazione belga (con sentenza del 1.12.2016) perché l'avvocato difensore non risultava dall'impugnazione che fosse in possesso del certificato di formazione richiesto per patrocinare davanti alla Corte di cassazione.

Adita in seguito alla suddetta procedura di Dichiarazione unilaterale del Governo ed alla successiva decisione di presa d'atto e cancellazione del ricorso dal ruolo pronunciata dalla Corte EDU (in data 13.3.2018), la Corte di cassazione belga, ai fini della rivalutazione della pronuncia di inammissibilità del ricorso dinanzi a sé, aveva ritenuto inutile l'assunzione di impegno del Governo, sulla base della quale la Corte EDU, ai sensi dell'art. 37 CEDU, aveva deciso la cancellazione suddetta, ed aveva rigettato (in data 7.11.2018) l'istanza volta ad ottenere una decisione della Cassazione sul ricorso, formulata dai ricorrenti, forti della pronuncia di Strasburgo emessa in ossequio alla citata disposizione.

Il rigetto della Corte nazionale è stato ritenuto dalla Corte EDU una circostanza eccezionale, tale da determinare, ai sensi del citato art. 37 §2, la riassunzione della procedura dinanzi a sé, per decidere, a questo punto, effettivamente e formalmente sul merito del ricorso e,

cioè, se vi fosse stata o meno una violazione dell'art. 6 CEDU e del diritto di accesso al giudice.

La Corte EDU ha osservato che l'errore procedurale commesso dei ricorrenti - non aver provato lo status di avvocato munito di specifico attestato - è stato sanzionato dall'Alta Corte nazionale infrangendo il giusto equilibrio tra la legittima preoccupazione di garantire il rispetto dei requisiti per presentare un ricorso in cassazione e il diritto di accesso ai tribunali, il che ha comportato un eccessivo formalismo nella valutazione di ricevibilità dei ricorsi e, dunque, la lesione dell'art. 6 § 1 CEDU.

La Corte di Strasburgo, quindi, ha ribadito il proprio indirizzo consolidato in materia di accesso a un tribunale superiore, secondo cui le restrizioni di tale diritto applicate dagli ordinamenti interni non devono essere ispirate ad un eccessivo formalismo.

IL CASO.

I ricorrenti, condannati in appello per alcuni reati in materia di evasione dell'imposta sul valore aggiunto, sono due cittadini di nazionalità belga, i quali si sono visti dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi presentati contro la sentenza di secondo grado, per la ragione formale della mancata indicazione, nell'atto di impugnazione, del possesso, da parte del loro difensore di fiducia, firmatario degli atti di impugnazione, del certificato di formazione richiesto per patrocinare davanti alle giurisdizioni superiori.

Nella convinzione che l'inammissibilità pronunciata dalla Cassazione li avesse privati, in nome di un eccessivo formalismo, del diritto convenzionalmente tutelato ad adire il giudice di legittimità, entrambi i ricorrenti si sono rivolti alla Corte EDU, la quale ha anzitutto provveduto ad interpellare il Governo belga sul punto.

Quest'ultimo, concordando con l'avvenuta lesione della garanzia sancita dall'art. 6 § 1 CEDU, ha invitato la Corte a cancellare la trattazione della causa, ai sensi dell'art. 37 § 1, formulando una Dichiarazione unilaterale, così come previsto dalla procedura in esame.

Benché i ricorrenti contestassero l'esito di cancellazione della causa a Strasburgo, nel timore che accettandone i termini, avrebbero compromesso l'ammissibilità di una futura riapertura del procedimento a loro carico (ai sensi di una allora recente modifica al codice di procedura penale belga), la Corte EDU, considerata la posizione assunta dal Governo e l'adeguatezza del risarcimento proposto, ha inizialmente escluso che il rispetto dei diritti umani le imponesse di proseguire ulteriormente l'esame del caso.

Gli interessati, a quel punto, hanno depositato dinanzi alla Cassazione una successiva istanza di riapertura del procedimento già deciso dalla declaratoria di inammissibilità.

Il giudice superiore interno, tuttavia, in virtù del principio di separazione dei poteri, non ha ritenuto di doversi adeguare alla interpretazione della Convenzione fornita dall'esecutivo nella Dichiarazione Unilaterale ed ha rigettato l'istanza.

I ricorrenti, a quel punto, si sono rivolti nuovamente a Strasburgo, ottenendo dalla Corte EDU la riassunzione dei ricorsi originari ai sensi dell'art. 37 § 2 CEDU.
La decisione in esame, infatti, ha ritenuto sussistere quella eccezionalità delle circostanze, cui l'art. 43 § 5 del Regolamento della Corte subordina tale possibilità di riassunzione della causa, ravvisando, nella fattispecie, il sostanziale aggiramento degli impegni assunti dal Governo con le parti e con la stessa Corte EDU, derivato dal rigetto, da parte del Giudice nazionale, dell'istanza di riapertura del procedimento già dichiarato inammissibile.

I PRESUPPOSTI DELLA DECISIONE ED I PRINCIPI GENERALI STABILITI DALLA CORTE EDU.

La Corte EDU ha anzitutto ricordato la portata precettiva dell'art. 37 della Convenzione, che stabilisce la possibilità, per i giudici di Strasburgo, di cancellare un ricorso dal ruolo, in qualsiasi momento durante il procedimento, quando le circostanze consentono di concludere: che il richiedente non intende più proseguire nel coltivarlo (lett. a); che la controversia è stata risolta (lett. b); che per qualsiasi altro motivo accertato dalla Corte non è più giustificato continuare nell'esame della richiesta (lett. c).
La medesima disposizione, ricorda la sentenza, consente di proseguire nell'esaminare il ricorso se il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli lo richiede e la Corte può decidere di reinserire un ricorso nel ruolo, quando ritiene che le circostanze lo giustifichino (art. 37 § 2).
Ebbene, proprio in un'ipotesi collegabile alla lett. c) dell'art. 37 CEDU è possibile far rientrare il caso di cancellazione della causa dal ruolo, quale conseguenza di una Dichiarazione unilaterale del Governo convenuto e nonostante l'opposta manifestazione di volontà del ricorrente, il quale invece voglia che il processo a Strasburgo prosegua (si citano, in tal senso, i precedenti della Corte EDU, *(GC) Tahsin Acar c. Turchia* del 8 aprile 2004 e *(GC) De Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017).
La Corte può decidere, infatti, di cancellare la causa dal ruolo, tenendo conto di una pluralità di **fattori che**, in caso di Dichiarazione unilaterale del Governo convenuto, **garantiscono il diritto azionato dal ricorrente**: anzitutto, si centra l'attenzione sul riconoscimento governativo di una violazione di un diritto tutelato dalla CEDU e sull'impegno ad offrire un risarcimento adeguato all'istante per detta violazione; ma anche si evidenzia la necessità che il tema controverso attenga ad una questione in relazione alla quale esista una giurisprudenza chiara e completa, confortata da precedenti in termini, e che **il Governo spieghi le modalità di risarcimento che intende adottare,** tenuto conto della necessità di elidere le conseguenze per il ricorrente della violazione del proprio diritto, su cui si forma, sostanzialmente, un accordo (coerenti con tale impostazione ermeneutica le sentenze della Corte EDU: *Jeronovičs c. Lettonie [GC]*, 5 luglio 2016;

Aviakompaniya A.T.I., ZAT c. Ukraina, 5 ottobre 2017).

Se queste condizioni sono soddisfatte, anche all'esito di una verifica della Corte EDU circa la praticabilità da parte del Governo degli impegni assunti, la causa potrà essere cancellata, in tutto o in parte, dal ruolo.

Un'ulteriore, necessaria, precisazione preliminare della sentenza in commento è quella dedicata a sottolineare come l'unico soggetto titolare del rapporto giurisdizionale instaurato con i giudici di Strasburgo sia lo Stato, rappresentato in giudizio dal Governo, qualunque sia l'autorità giudiziaria interna da cui promani la questione sottoposta alla Corte europea. Ed è sempre il Governo che, quando assume un impegno con la Corte ai fini dell'art. 37 della Convenzione, attraverso una *dichiarazione unilaterale*, deve assicurare che il diritto interno nazionale gli consenta di prendere quegli impegni "dichiarati" (si richiamano le sentenze Corte EDU, *Assanidzé c. Géorgie [GC],* 2004; *Chamaïev e altri c. Georgia e Russia*, 2005; *Basra c. Belgio*, 10 luglio 2018)

Nonostante l'accettazione di una dichiarazione unilaterale governativa e la cancellazione della causa dal ruolo in tutto o in parte, la Corte EDU si riserva il diritto di reiscriverla (in tutto o in parte), conformemente all'art. 37 § 2, una volta verificata la mancata attuazione degli impegni presi dal Governo e l'esistenza di "circostanze eccezionali" (le stesse richiamate dall'art. 43 § 5 del Regolamento della Corte) che giustifichino la reiscrizione della richiesta (cfr. Corte EDU, *Alexentseva e altri c. Russia*, 23 marzo 2006).

Analizzando il caso di specie, la sentenza in commento evidenzia i passaggi focali della vicenda:

- con dichiarazione del 5 settembre 2017, **il Governo aveva riconosciuto** che il rigetto da parte della Corte di cassazione dei ricorsi dei ricorrenti - fondato sulla constatazione formale relativa al fatto che l'avvocato difensore non aveva menzionato, nel proprio atto di impugnazione, il possesso del certificato di formazione richiesto per il patrocinio dinanzi alla giurisdizione superiore - non ha assicurato il rispetto del loro diritto di accesso ad un tribunale, previsto dall'art. 6 CEDU, e, nel contempo, aveva accettato di pagare a ciascuno dei ricorrenti la somma di 8.000 euro, per i danni morali, i costi e le spese sopportati;
- **la riapertura del giudizio prospettata come possibile** esito della dichiarazione unilaterale del Governo costituiva – a giudizio della Corte EDU - mezzo adeguato a garantire la *restitutio in integrum*, il *redressing*, della violazione del diritto ad un equo processo subita dai ricorrenti;
- l'eventualità che il giudizio non venisse effettivamente riaperto dinanzi alla Corte di cassazione (ai sensi dell'art. 442 bis del codice di procedura belga, non vi erano divieti alla riapertura, ma comunque **era possibile anche una decisione in concreto contraria**) era stata contemplata, sicché, se vanificati gli impegni assunti dal Governo belga, la Corte EDU avrebbe potuto riassumere i ricorsi al ruolo, per la decisione effettiva.

La sentenza *Willems e Gorjon* sottolinea, a questo punto, la particolarità del caso: **la**

dichiarazione unilaterale del Governo dipendeva, nella sua attuazione, da un decisione spettante ad un organo giurisdizionale – la Corte di cassazione belga – che, pur "riaprendo" il procedimento, in applicazione delle disposizioni processuali vigenti, che lo consentivano, ed a seguito della procedura condivisa da Governo e Corte di Strasburgo, decidendo nel merito, ha preliminarmente ritenuto di **non essere in alcun modo vincolata dalla dichiarazione governativa** né dalla decisione di presa d'atto proveniente dalla Corte di Strasburgo: quanto alla prima, in ragione del **principio di separazione dei poteri**, da cui deriva che il potere giudiziario è libero di non adottare l'interpretazione che della Convenzione fornisca l'amministrazione statale.

Quanto al secondo aspetto, e cioè l'incidenza sul diritto interno della decisione con cui la Corte EDU prende atto della dichiarazione unilaterale governativa, i giudici di Strasburgo sembrano in qualche modo avallare la tesi della Corte di cassazione belga relativa alla sua **non vincolatività**, per **non essere i contenuti di tale decisione comparabili a quelli del "giudicato**", non avendo la Corte EDU analizzato le richieste dei richiedenti, né essendosi espressa direttamente sulla violazione del diritto azionato[1].

Nel merito della sussistenza della violazione dell'art. 6 CEDU, infine, la Corte di cassazione belga ha rigettato i ricorsi degli imputati, stabilendo che la sua precedente sentenza di inammissibilità non era contraria alla citata disposizione convenzionale né a disposizioni processuali interne.

Le osservazioni della Corte di Strasburgo sulla decisione sono, quindi, anzitutto, sotto un profilo generale, dedicate a chiarire espressamente come **l'esistenza di un principio di separazione dei poteri nei termini indicati dalla Corte di cassazione belga non sia materia su cui la Corte EDU può interloquire** (anche in ragione dell'importanza del principio: cfr. *Baka c. Ungheria [GC]*, 23 giugno 2016; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC]*, 6 novembre 2018; *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda [GC]*, 1 dicembre 2020), spettando soltanto agli Stati contraenti la sua definizione applicativa (*Mugemangango c. Belgio [GC]*, 10 luglio 2020).

Di conseguenza, la Corte EDU non può che limitarsi a prendere atto della posizione della Corte di cassazione e trarne le dovute conseguenze, in punto di mancata attuazione di quegli impegni governativi, avallati dalla Corte EDU, sui quali i ricorrenti avevano riposto aspettative di buona fede.

Ed è questo il piano entro cui si riespandono i poteri decisori dei giudici di Strasburgo.

La Corte decide, infatti, di reiscrivere a ruolo – il 28 maggio 2019 - i ricorsi proposti dai ricorrenti, proprio in considerazione del rigetto da parte della Corte di cassazione belga,

[1] Al par. 60 della sentenza *Willems e Gorjon* si legge: "*Il est vrai que dans sa décision précitée, la Cour n'a pas examiné les griefs des requérants aux fins de déterminer s'ils étaient recevables et fondés, et elle n'a pas pris de décision à cet égard. Sur ce point, sa décision n'avait donc pas l'autorité de la chose jugée ou de la chose interprétée".*
Ed ancora, al par. 61, "*Certes, la décision du 13 mars 2018 ne constituant pas un arrêt constatant une violation de la Convention, elle ne tombe pas sous l'empire de l'article 46".*

letto come una "circostanza eccezionale" che giustifica la riassunzione della causa.
La Corte EDU, pertanto, rileva come, nel merito, essa sia tenuta ad esaminare la ricevibilità e la fondatezza dei ricorsi inizialmente proposti a Strasburgo contro la sentenza di inammissibilità della Corte di cassazione belga del 1 giugno 2016, sentenza che sarà analizzata anche alla luce delle considerazioni sviluppate dal giudice nazionale nel successivo arresto del 7 novembre 2018, con cui, riaperta la procedura, si è rigettata l'eccezione di violazione dell'art. 6 CEDU, confermando la correttezza della ragione di inammissibilità dei ricorsi, nell'ambito di un "dialogo" tra Alte Corti.
Ebbene, la Corte EDU **accoglie l'eccezione principale dei ricorrenti**, diretta a lamentare una violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, per **l'eccessivo formalismo** alla base della decisione di inammissibilità della Corte di cassazione del Belgio, che aveva ritenuto decisivo un requisito di forma non prevedibile dalle indicazioni normative, né di legge né regolamentari, e neppure mai citato in alcuna decisione di legittimità pubblicata nei due mesi successivi al deposito del ricorso. Il possesso del requisito di abilitazione da parte del difensore – lamentavano ancora i ricorrenti – avrebbe potuto facilmente essere dedotto dall'elenco ufficiale degli avvocati abilitati al patrocinio in cassazione e, in ogni caso, la sanzione di irricevibilità del ricorso era manifestamente sproporzionata rispetto agli obiettivi di certezza del diritto e di corretta amministrazione della giustizia.
La Corte EDU, in particolare, citando la propria consolidata giurisprudenza in materia[2], ha ribadito che **il diritto di accesso ad un tribunale deve essere concreto ed efficace e non teorico ed illusorio** e, ancora, che le limitazioni all'accesso devono essere **prevedibili** agli occhi dei ricorrenti.
Sebbene tale diritto non sia assoluto, potendo soffrire limitazioni implicitamente ammesse per ragionevoli esigenze di uno Stato in un determinato momento storico-sociale, limitazioni che godono di un certo margine di discrezionalità applicativa, alla Corte EDU spetta di stabilire in ultima analisi la compatibilità di tali limitazioni con i diritti della Convenzione.
In quest'ottica, si chiarisce, ancora una volta, che tali limitazioni all'accesso alla giurisdizione non possono giungere a ledere la sostanza stessa del diritto, sicché sono compatibili con l'art. 6 § 1 CEDU solo se perseguono uno scopo legittimo e se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (cfr. soprattutto, tra i precedenti della Corte, la sentenza *Zubac c. Croazia [GC]*, 5 aprile 2018, al § 78-85).
I giudici di Strasburgo ricordano come **l'art. 6 della CEDU non obblighi gli Stati a dotarsi di giudici d'appello o di cassazione,** e tuttavia, una volta che il sistema

[2] Si richiamano le sentenze della Corte EDU *Naït-Liman c. Svizzera [GC]*, 15 marzo 2018, et *Zubac c. Croazia [GC]*, 5 aprile 2018; *Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia [GC]*, 20 ottobre 2011, e *Parrocchia greco-cattolica Lupeni e altri c. Roumanie [GC]*, 29 novembre 2016; nonché *Arrozpide Sarasola et altri c. Spagna*, 23 ottobre 2018; *Vermeersch c. Belgio*, 16 febbraio 2021. Da ultimo, cfr. anche *Succi c. Italia*, del 28 ottobre 2021.

ordinamentale interno preveda tali giurisdizioni, deve essere garantito che le parti godano delle garanzie fondamentali previste da tale disposizione anche dinanzi a detti giudici.
A tal riguardo, i criteri interpretativi che la Corte EDU enuncia da tempo come essenziali a determinare la proporzionalità delle limitazioni all'accesso previste per tali giurisdizioni sono di tre tipi: a) prevedibilità dei termini e delle forme di esercizio del diritto a ricorrere; b) necessità di sapere chi debba sopportare le conseguenze negative di errori commessi durante il procedimento; c) verifica del "formalismo eccessivo" delle limitazioni al diritto di accesso applicate.

I PRINCIPI AFFERMATI PER IL CASO SPECIFICO

Nel caso di specie, la Corte EDU ha rilevato che la Corte di cassazione del Belgio ha esercitato in modo eccessivamente formalistico il pur legittimo potere di applicare limitazioni all'accesso alla giurisdizione superiore.

La Cassazione ha preteso l'attestazione nel ricorso, da parte del difensore dei ricorrenti firmatario dell'impugnazione, del possesso della certificazione di formazione in cassazione (e cioè, **l'abilitazione professionale**) di cui all'art. 425, comma primo, del codice di procedura belga – peraltro incontestata e regolarmente ottenuta dal difensore sin da epoca antecedente alla proposizione dei ricorsi in cassazione – ed ha ritenuto, altresì, nella successiva pronuncia del 7 novembre 2018 - emessa in seguito alla decisione della Corte EDU di cancellazione della causa dal ruolo del 13 marzo 2018, finalizzata a far riaprire il procedimento penale a carico dei ricorrenti -, che esigere la prova della qualità di avvocato abilitato non rappresentasse un problema dal punto di vista del diritto di accesso ad un tribunale.
La Cassazione belga, a sostegno della sua decisione, aveva sottolineato, invero, come l'obbligo di attestazione preteso mirasse ad evitare ostacoli al suo ruolo, rappresentati da ricorsi inammissibili o manifestamente infondati, e ad impedire che i suoi alti compiti giurisdizionali fossero "distratti" da ricerche su requisiti formali dei difensori.
La Corte EDU rileva, in proposito, che l'art. 425 del codice di procedura belga non impone che dalla documentazione del procedimento risulti che l'avvocato possegga il certificato della formazione richiesta, né il sito web della Cassazione né i regolamenti sulla formazione del ricorso contengono alcuna informazione al riguardo (né, come già sottolineato, sono state emesse sentenze successive che richiedano tale presupposto di ammissibilità).
Un ulteriore elemento che la Corte EDU ritiene, poi, rilevante per stabilire la proporzionalità della sanzione di inammissibilità rispetto al diritto di accesso ad un tribunale garantito dalla CEDU è che il sito internet della Corte di cassazione del Belgio contiene esso stesso l'indicazione di consultazione della lista degli avvocati in possesso dell'attestazione al patrocinio sui siti web degli ordini professionali, con un collegamento diretto, tramite link, ad essi.

In altre parole, sottolineano i giudici di Strasburgo, è la stessa Cassazione che prevede la semplice consultazione tramite sito web, per accertare il requisito di ammissibilità.
Alla luce delle considerazioni esposte, la Corte EDU ha ritenuto che la decisione di inammissibilità adottata dalla Cassazione belga abbia infranto quel **criterio di proporzionalità** che deve guidare l'apposizione di limitazioni all'accesso alla giurisdizione, funzionali a garantirne l'efficacia, ed abbia "rotto" il giusto equilibrio tra la legittima preoccupazione di porre "paletti" all'accesso al giudizio di legittimità e il diritto di accesso ad un tribunale (si richiamano le pronunce Corte EDU *Walchli c. Francia*, 26 luglio 2007 e *Evaggelou c. Grecia*, 13 gennaio 2011).
Si è reso così evidente l'eccessivo formalismo su cui è basata la decisione della Cassazione rispetto all'interpretazione dei requisiti di ammissibilità del ricorso e, di conseguenza, è stata dichiarata, nel caso di specie, la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU[3], **rinviando ad una possibile riapertura del procedimento penale principale, dinanzi alla giurisdizione belga che lo consente ai sensi dell'art. 442-bis del codice di rito, come mezzo per sanare la lesione del diritto fondamentale violato.**

OSSERVAZIONI FINALI

La sentenza *Willems e Gorjon* rappresenta un punto d'approdo importante sotto due principali profili.
Il primo attiene alla necessità, anche per il nostro sistema giurisdizionale, di prepararsi a fare i conti con **decisioni della Corte EDU** che fuoriescano dal perimetro "classico" a cui siamo abituati ed abbiano **natura non formalmente decisoria**, ma, appunto, nascano dall'applicazione dell'art. 37 CEDU e dal confronto con la Dichiarazione unilaterale del Governo, ritenuta idonea a fondare la cancellazione dal ruolo del ricorso a Strasburgo.
Quali saranno le sorti di una simile pronuncia nel nostro ordinamento? Potranno essere invocate, anche in un'ottica *de iure condendo*, le prospettive di revisione europea che si apprestano ad essere approvate in seguito all'attuazione della delega di cui **all'art. 1, comma 13, lett. o), della legge 27 settembre 2021, n. 134**? Ovvero, in attesa di una modifica normativa, potranno applicarsi i criteri interpretativi adottati dalla giurisprudenza di legittimità in seguito alla pronuncia n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, che è intervenuta **sull'art. 630 del codice di procedura penale?**
Rinviando all'elaborazione delle Sezioni Unite Penali più recente per fare il punto dell'attuale situazione ermeneutica (il riferimento è alla sentenza **Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054,** che contiene un'ampia disamina delle fondamentali questioni aperte in tema di revisione europea, a seguito di pronunce della Corte EDU che

[3] La Corte ha ritenuto, altresì, irrilevante pronunciarsi sulla decisione di rigetto della Cassazione belga della richiesta di riapertura del procedimento di impugnazione originario, concluso dall'inammissibilità, poiché, sostanzialmente, l'accoglimento della doglianza principale sulla violazione del diritto di accesso ad un tribunale era assorbente rispetto anche a tale statuizione.

accertino la violazione di diritti protetti dalla Convenzione), deve sottolinearsi la **difficoltà di procedere senza indicazioni normative specifiche su tale materia.**

La stessa difficoltà ben rappresentata dalle motivazioni della decisione della Corte di cassazione belga, successiva alla definizione della procedura ex art. 37 CEDU, là dove fa riferimento al principio di separazione dei poteri ed **all'impossibilità di ritenere vincolanti statuizioni della stessa Corte EDU che non abbiano il carattere dell'accertamento giurisdizionale**.

L'altra questione di fronte alla quale ci pone prepotentemente la sentenza in commento attiene al richiamo della giurisprudenza europea ad evitare, nell'interpretazione applicativa della categoria dell'inammissibilità, sbarramenti eccessivamente formali all'accesso alla giurisdizione di legittimità, che rischiano di essere lesivi del diritto ad un processo, e ad un processo equo, secondo il dettato dell'art. 6 CEDU.

La recente sentenza della **Corte EDU *Succi c. Italia*, del 28 ottobre 2021**, successiva all'arresto in commento, ha posto fortemente il problema dei confini del concetto di inammissibilità del ricorso, per come elaborato dalla giurisprudenza della **Cassazione civile**; e le **ricadute anche sulla giurisprudenza penale,** che ha molti punti di contatto con quella civile sul tema dell'inammissibilità, sono evidenti. Secondo la pronuncia, che si inscrive pienamente nella giurisprudenza consolidata e, al tempo stesso, più attuale della Corte di Strasburgo, anche con riguardo al ricorso per cassazione nel nostro ordinamento interno, le cause di inammissibilità devono ispirarsi a criteri di proporzionalità e mirare ad uno "scopo legittimo", e cioè ad agevolare la comprensione dei casi sottoposti al giudizio della Corte di legittimità e delle questioni sollevate, nonché a garantire l'esatta ed uniforme interpretazione del diritto, attuando efficacemente la funzione nomofilattica.

Per questo, il rapporto tra i caratteri di "sinteticità", "pertinenza" ed "autonomia" del ricorso (intesa come sua idoneità a consentire la definizione del caso senza l'accesso agli atti) e le sanzioni di inammissibilità per la mancanza di tali caratteri pone comunque, sullo sfondo, un problema di compatibilità con le garanzie previste dalla CEDU.

La Convenzione, per come vive nella giurisprudenza europea, possiamo dire che ammette, sì, pacificamente, in linea generale, "**sistemi di filtraggio**" alle impugnazioni dinanzi alle Corti supreme, ma pretende che tali sbarramenti iniziali alla decisione giurisdizionale nel merito delle questioni dedotte siano proporzionati, ovvero non si risolvano in formalismi eccessivi (cfr. la sentenza *Succi c. Italia* e specialmente il § 89).

La sentenza *Willems e Gorjon c. Belgio* ha posto l'accento sulla violazione dell'art. 6 CEDU in relazione al diritto di accesso al rimedio giurisdizionale, per il formalismo eccessivo dimostrato dalla Corte di cassazione belga nell'interpretazione dell'inammissibilità del ricorso dovuta alla mancanza di indicazione, da parte del difensore, del possesso dei requisiti di legittimazione e abilitazione (di estremo interesse anche la citata sentenza C. EDU, GC, *Zubac c. Croazia* del 5 aprile 2018).

Ed è proprio questo un profilo fondamentale da tenere a mente: la Corte EDU, ragionando intorno alle applicazioni pratiche dell'inammissibilità ed alla loro compatibilità con l'art. 6 CEDU, sembra puntare il dito soprattutto sulla visione eccessivamente formalistica che finisce per negare, di fatto, il *diritto all'accesso alla tutela giurisdizionale*; è su questo fronte, pertanto, che la categoria dell'inammissibilità si gioca il suo futuro: dovrà prestarsi attenzione sempre maggiore, affinché quello che è un meccanismo senz'altro razionalizzante del processo dinanzi alla Cassazione - e, in ultima analisi, dello stesso lavoro del giudice di legittimità - non venga sottoposto ad eccessiva pressione dalle censure europee, con il rischio che ne vengano minate le fondamenta.

ART. 6 CEDU

ART. 6 - GIUSTO PROCESSO - RIFORMA SENTENZA ASSOLUTORIA – MANCATA RIASSUNZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA - ASSENZA DI UN DIVERSO APPREZZAMENTO DELLA PROVA DICHIARATIVA – ESCLUSIONE DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, Ignat c. Romania del 9 novembre 2021

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-212969

CLASSIFICAZIONE

ART. 6 - GIUSTO PROCESSO - RIFORMA SENTENZA ASSOLUTORIA – MANCATA RIASSUNZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA - ASSENZA DI UN DIVERSO APPREZZAMENTO DELLA PROVA DICHIARATIVA – ESCLUSIONE DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU ART. 6 § 1

RIFERIMENTI GIURSPRUDENZIALI

Botten v. Norway, 19 febbraio 1996, § 52 (*Reports of Judgments and Decisions* 1996); *García Ruiz c. Spagna* [GC], n. 30544/96, § 28, 21 gennaio 1999; *Sigurþór Arnarsson c. Islanda*, n. 44671/98, § 34, 15 luglio 2003; *Igual Coll v. Spain*, n. 37496/04, § 36, 10 marzo 2008; *Spînu c. Romania*, n. 32030/02, §§ 55-59, 29 aprile 2008; *Mihaiu c. Romania*, n. 43512/02, § 38, 4 novembre 2008; *Bazo González v. Spain*, n. 30643/04, 16 dicembre 2008; *Suuripää c. Finlandia*, n. 43151/02, § 44, 12 gennaio 2010; *Andreescu c. Romania*, n. 19452/02, §§ 65-70, 8 giugno 2010; *Marcos Barrios c. Spagna*, n. 17122/07, §§ 40-41, 21 settembre 2010; *García Hernández v. Spain*, n. 15256/07, §§ 33-34, 16 novembre 2010; *Almenara Alvarez c. Spagna*, n. 16096/08, 25 ottobre 2011; *Keskinen e Veljekset Keskinen Oy c. Finlandia*, n. 34721/09, 5 giugno 2012; *Găităn*aru *v. Romania*, n. 26082/05, 26 giugno 2012, §32; *Ursu c. Romania*, n. 21949/04, 4 giugno 2013; *Mischie v. Romania*, n. 50224/07, 16 settembre 2014, §§ 35-38; *Kashlev c. Estonia*, n. 22574/08, § 40, 26 aprile 2016; *Lazu c. Repubblica di Moldavia*, n. 46182/08, § 34, 5 luglio 2016; *Murtazaliyeva c. Russia* [GC], n. 36658/05, § 149, 18 dicembre 2018; *Júlíus Þór Sigurþórsson c. Islanda*, n. 38797/17, § 31, 16 luglio 2019; *Marilena-Carmen Popa c. Romania*, n. 1814/11, § 46, 18 febbraio 2020.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Quarta Sezione, Ignat c. Romania del 9 novembre 2021

ABSTRACT

La Corte E.D.U. ha escluso la violazione dell'art. 6 della Convenzione, ritenendo garantita l'equità del processo, in una vicenda nella quale la riforma della sentenza assolutoria, pur fondata su una diversa valutazione fattuale, non si basava però su un diverso apprezzamento delle prove dichiarative, bensì sulla correlazione dei loro esiti con le prove di natura non dichiarativa (filmati degli incontri tra i protagonisti della vicenda delittuosa e trascrizioni delle conversazioni intercettate).

IL CASO

Il caso riguarda il ricorso di un cittadino rumeno che ha sostenuto di essere stato ingiustamente condannato dai giudici d'appello per fatti corruttivi, sulla base del medesimo compendio probatorio che aveva condotto alla sua assoluzione in primo grado e di prove non valutate direttamente dalla Corte. In particolare, egli era stato coinvolto nella denuncia della madre di un detenuto che aveva riferito alla polizia che un uomo, ristretto nello stesso carcere del figlio, le aveva chiesto in più occasioni del denaro per intercedere presso un soggetto (poi identificato) che lavorava in quel carcere, al fine di ottenere dei benefici in favore del congiunto; in un'occasione, la donna aveva consegnato una somma di denaro a tale soggetto, ma, dopo ulteriori promesse di intercessione, aveva cominciato a nutrire dei sospetti e deciso di rivolgersi alla polizia. Ne era derivata un'attività di indagine, con servizi di intercettazione di conversazioni e di video-registrazione di incontri tra i soggetti coinvolti e la successiva incriminazione di costoro. Durante i servizi di polizia, era stato monitorato un incontro dei protagonisti presso una locanda, ove era arrivato anche il ricorrente.

I giudici di primo grado, sulla base delle dichiarazioni degli imputati (tre dei quali avevano ammesso i fatti), di due testimoni a discarico per il ricorrente, delle trascrizioni delle conversazioni telefoniche e delle video-registrazioni di alcuni incontri, aveva condannato quattro dei soggetti coinvolti e assolto il ricorrente per insufficienza di prove sulla sua consapevolezza circa la natura dello scambio illecito proposto alla donna. In particolare, si era ritenuto che alcune prove fossero equivoche, altre non riscontrate da ulteriori elementi emersi nel processo, poiché, da un lato, anche a voler considerare il contenuto di un dialogo tra il ricorrente e uno dei co-imputati, nel quale i due parlavano della possibilità di "fare un po' di soldi", la frase era riferibile anche alla rivendita di biciclette acquistate dai due; dall'altro, la frase pronunciata dal ricorrente allorché era arrivato alla locanda (<<sono stato mandato da "F">>) non era chiara, né riscontrata da altri elementi.

Uno degli imputati, peraltro, aveva dichiarato che il ricorrente non sapeva nulla del motivo dell'incontro alla locanda e che la sua presenza era collegata all'acquisto di biciclette, come affermato dal ricorrente. Tutti gli altri imputati e la stessa denunciante avevano dichiarato di non conoscere il ricorrente.

Il pubblico ministero aveva proposto appello, contestando l'assoluzione del ricorrente, il quale, anche davanti ai giudici di secondo grado, aveva negato il suo coinvolgimento nella vicenda, affermando di avere avuto contatti con uno degli imputati e solo per l'acquisto di biciclette di seconda mano, come avevano confermato due testimoni.

I giudici d'appello, senza procedere alla rinnovazione dell'esame dei testimoni, accoglievano il gravame e, in riforma della sentenza di primo grado, condannavano il ricorrente. Secondo costoro, anche se il tribunale aveva correttamente ricostruito i fatti, tuttavia aveva erroneamente valutato le prove sul concorso del ricorrente nel reato, ritenendo doversi assegnare maggior rilievo al contenuto dei dialoghi intercettati, dai quali emergeva la sua consapevolezza che il co-imputato con il quale era in contatto doveva ottenere dei soldi dalla denunciante, denaro che verosimilmente sarebbe stato usato per l'acquisto delle biciclette. Peraltro, dalle intercettazioni era emersa la consapevolezza del ricorrente che avrebbero ottenuto il denaro in valuta straniera. La corte d'appello, inoltre, aveva valorizzato la circostanza che il luogo dell'incontro era molto distante da quello in cui i due avrebbero dovuto comprare le biciclette e affermato che il riferito dei due testi a discarico era irrilevante, siccome dimostrativo soltanto dell'intenzione dei due di acquistare le biciclette e del fallimento dell'acquisto proprio perché non avevano ottenuto il denaro dalla denunciante.

Le allegazioni delle parti

Il ricorrente ha lamentato che la Corte d'appello aveva pronunciato una sentenza di condanna, riformando quella assolutoria di primo grado e rivalutato tutte le prove senza ammetterne nuove e riassumere i testimoni.

Il Governo ha, di contro, rilevato che il giudice d'appello aveva deciso di condannare il ricorrente sulla base di prove di natura prevalentemente oggettiva, come le registrazioni video e le trascrizioni delle conversazioni telefoniche ,che dimostravano come egli fosse a conoscenza della strategia finalizzata a ottenere illecitamente il denaro (richiamando *Ursu c. Romania*, no. 21949/04, 4 giugno 2013), mentre non era stata messa in discussione la attendibilità dei due testimoni della difesa o l'affidabilità delle loro dichiarazioni.

L'ambito di rilevanza del caso

La Corte non ha ritenuto di dover esaminare il caso con riferimento all'art. 6 §3 (d) della Convenzione: il ricorrente non aveva allegato la violazione del diritto di esaminare i testimoni e il Governo, dal canto suo, aveva incentrato le proprie argomentazioni sul §1 dell'articolo. Ha ritenuto, pertanto, che il ricorso non riguardasse il diritto dell'accusato di esaminare e contro esaminare i testi a carico, ma il generale diritto a un processo equo, ai sensi dell'art. 6 §1 della Convenzione e che il caso dovesse essere valutato in base ai principi affermati in *Júlíus Þór Sigurþórsson c. Islanda* (n. 38797/17, § 31, 16 luglio 2019).

PRINCIPI GENERALI

Il caso da ultimo richiamato aveva riguardato – per l'appunto – la condanna di un imputato assolto in primo grado, senza assunzione diretta delle prove orali da parte della corte di ultima istanza e, in quella sede, la Corte di Strasburgo aveva affermato il principio secondo cui l'articolo 6 della Convenzione garantisce il diritto ad un processo equo, ma non sancisce alcuna regola specifica sull'ammissibilità o sulla valutazione delle prove, che sono quindi principalmente materia di regolamentazione da parte delle legislazioni e dei tribunali nazionali, in virtù del principio di sussidiarietà (richiamando, tra le altre, *García Ruiz c. Spagna* [GC], n. 30544/96, § 28, 21 gennaio 1999; *Kashlev c. Estonia*, n. 22574/08, § 40, 26 aprile 2016; e *Lazu c. Repubblica di Moldavia*, n. 46182/08, § 34, 5 luglio 2016). Ciò che compete alla Corte è verificare se il procedimento sia stato condotto in modo equo, tenuto conto delle circostanze specifiche, della natura e della complessità del caso (il richiamo è a *Murtazaliyeva c. Russia* [GC], n. 36658/05, § 149, 18 dicembre 2018).

Si tratta, dunque, di verificare se la corte d'appello possa esaminare correttamente un caso senza la diretta valutazione delle prove orali provenienti dall'accusato o dai testimoni [v. *Botten v. Norway*, 19 febbraio 1996, § 52 (*Reports of Judgments and Decisions* 1996)] . A tal fine, la Corte ha affermato che vanno tenute distinte le ipotesi in cui la decisione di secondo grado da parte di un giudice con giurisdizione sul fatto si fondi su una rinnovata valutazione di esso e le situazioni in cui questi reputi errata la interpretazione della legge e/o la sua applicazione al caso concreto da parte della corte di prima istanza (*Igual Coll v. Spain*, n. 37496/04, § 36, 10 marzo 2008, proprio in un caso in cui la Corte ha ritenuto che il giudice d'appello avesse, non solo dato una diversa interpretazione della legge, ma anche valutato diversamente i fatti, al di là di considerazioni puramente giuridiche; lo stesso in *Spînu c. Romania*, n. 32030/02, §§ 55-59, 29 aprile 2008; *Andreescu c. Romania*, n. 19452/02, §§ 65-70, 8 giugno 2010; e *Almenara Alvarez c. Spagna*, n. 16096/08, 25 ottobre 2011). In *Marcos Barrios c. Spagna*, n. 17122/07, §§ 40-41, 21 settembre 2010, per esempio, la Corte ha ritenuto che il giudice d'appello si fosse pronunciato su una questione di merito (e, precisamente, sulla credibilità di un teste), modificando i fatti stabiliti nel corso del processo di primo grado e assumendo una nuova posizione su elementi decisivi per stabilire la colpevolezza dell'imputato (lo stesso in *García Hernández v. Spain*, n. 15256/07, §§ 33-34, 16 novembre 2010).

Di contro, in *Bazo González v. Spain*, n. 30643/04, 16 dicembre 2008, ha escluso una violazione del parametro convenzionale in un caso in cui il giudice d'appello era stato chiamato a decidere su questioni aventi carattere prevalentemente giuridico, senza procedere a una diversa valutazione delle prove (*contra*, *Sigurþór Arnarsson c. Islanda*, n. 44671/98, § 34, 15 luglio 2003, e *Mihaiu c. Romania*, n. 43512/02, § 38, 4 novembre 2008; *Keskinen e Veljekset Keskinen Oy c. Finlandia*, n. 34721/09, 5 giugno 2012; *Suuripää c. Finlandia*, n. 43151/02, §

44, 12 gennaio 2010, in cui la Corte aveva invece enfatizzato la natura eminentemente fattuale delle questioni dedotte).
In definitiva, se – per quanto sopra evidenziato – è necessaria una valutazione diretta degli elementi di prova, il giudice d'appello è tenuto a adottare misure positive in tal senso, anche ove l'imputato non abbia partecipato al processo, né chiesto di essere sentito.

APPLICAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI AL CASO CONCRETO.

Alla luce di tali principi, la Corte di Strasburgo ha escluso la denunciata violazione, affermando – nel quadro di una valutazione globale dell'equità del processo – che:
a) il ricorrente era stato sentito sia in primo, che in secondo grado;
b) in primo grado, i testimoni erano stati ascoltati alla presenza del ricorrente e del suo difensore e non era stato dedotto alcun impedimento all'esame dei testi;
c) il ricorrente non aveva dedotto rilievi sull'attendibilità dei testimoni o sulla credibilità del riferito e la corte d'appello non aveva rimesso in discussione questo profilo, limitandosi a correlare gli esiti della prova dichiarativa con le altre prove;
d) il ricorrente, assistito da un difensore, era consapevole dei possibili effetti dell'impugnazione del pubblico ministero e aveva partecipato al giudizio di impugnazione;
e) la riforma dell'esito assolutorio era conseguita alla valorizzazione di prove non orali (soprattutto intercettazioni) che il giudice dell'impugnazione aveva direttamente percepito;
f) il ricorrente aveva avuto la possibilità di rappresentare le sue ragioni, aveva rifiutato di rendere esame davanti al giudice d'appello che non poteva costringerlo a renderlo, a pena di violazione del diritto dell'accusato al silenzio;
g) il giudice d'appello era stato chiamato a verificare se le prove testimoniali, valutate in uno con quelle di natura oggettiva (videoriprese e intercettazioni) fornissero ulteriori informazioni sulla natura degli affari intercorsi tra il ricorrente e l'altro co-imputato;
h) se è vero che, nel valutare le prove testimoniali a discarico, il secondo giudice aveva assunto una posizione diversa rispetto al primo, ritenendole inidonee a superare gli elementi ricavabili dalle prove oggettive citate, la rivalutazione aveva riguardato prove direttamente percepite dal secondo giudice, il quale, assegnando maggior valenza dimostrativa a queste ultime (non collimanti con la versione della difesa), rispetto a quelle testimoniali, non avrebbe fatto altro che esercitare pienamente il suo indispensabile ruolo di valutazione delle prove, in base alla legislazione nazionale, non avendo il ricorrente neppure indicato quali prove avrebbero potuto condurre a un diverso epilogo.
Pertanto, la Corte ha ritenuto che il caso all'esame dovesse essere distinto da quelli in cui i giudici di secondo grado avevano condannato imputati assolti nel primo, senza aver acquisito direttamente le prove o esaminato le testimonianze ritenute rilevanti per la condanna (rinviando a *Marilena-Carmen Popa c. Romania*, n. 1814/11, § 46, 18 febbraio 2020; *Găitănaru v. Romania*, n. 26082/05, 26 giugno 2012, richiamato dal Governo, §32; *Mischie*

v. Romania, n. 50224/07, 16 settembre 2014, §§ 35-38; e *Júlíus Þór Sigurþórsson*, cit., § 42) e ha riconosciuto l'equità dei procedimenti a carico del ricorrente.

ART. 6 CEDU

ART. 6, PAR. 2, CEDU - LE PRONUNCE DELLA CORTE D'APPELLO E DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN RELAZIONE AGLI ASPETTI CIVILI DEL REATO NON VIOLANO LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELLA QUALE L'INTERESSATO BENEFICIA A SEGUITO DELLA SUA ASSOLUZIONE PENALE - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - CONDANNA DI UNO SCRITTORE AL RISARCIMENTO DEI DANNI E DEGLI INTERESSI PER L'USO DI ESPRESSIONI DIFFAMATORIE – PROPORZIONALITÀ.

Corte EDU, Prima Sezione, Marinoni c. Italia del 18 novembre 2021.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-213224

CLASSIFICAZIONE

ART. 6, PAR. 2, CEDU - LE PRONUNCE DELLA CORTE D'APPELLO E DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN RELAZIONE AGLI ASPETTI CIVILI DEL REATO NON VIOLANO LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA DELLA QUALE L'INTERESSATO BENEFICIA A SEGUITO DELLA SUA ASSOLUZIONE PENALE - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - CONDANNA DI UNO SCRITTORE AL RISARCIMENTO DEI DANNI E DEGLI INTERESSI PER L'USO DI ESPRESSIONI DIFFAMATORIE – PROPORZIONALITÀ.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 6, par. 2, e 10 CEDU

Norme rilevanti dell'ordinamento italiano: artt. 21 e 27 Cost.; artt. 69, 71, 75, 80, 82, 88, 441, 444, 529, 530, 531, 538, 572, 576, 578, 622, 630, 652 cod. proc. pen.; artt. 51, primo comma, 595 cod. pen.

Norme di diritto internazionale: Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU richiamate

a) Sulla prospettata violazione dell'art. 6, par. 2, CEDU: *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, § 87; *Al-Skeini e altri c. Regno Unito* [GC], n. 55721/07, § 162, CEDH 2011; *Allenet de Ribemont c. Francia*, 10 febbraio 1995, §§ 35-36, serie A, n. 308; *Allen c. Regno Unito* [GC], n. 25424/09, §§ 92, 93, 94, 102, 103, 122, 126, CEDH 2013; *Barberà, Messegué et Jabardo c. Spagna*, 6 dicembre 1988, § 77, serie A, n. 146; *Telfner c. Austria*, n. 33501/96, § 15, 20 marzo 2001; *Salabiaku c. France*, 7 ottobre 1988, § 28, serie A, n.

141; *Radio France e altri c. Francia*, n. 53984/00, § 24, CEDH 2004 II; *Saunders c. Regno Unito*, 17 dicembre 1996, § 68, 1996 VI; *Heaney e Mc Guinness c. Irlanda*, n. 34720/97, § 40, CEDH 2000 XI; *Akay c. Turchia*, n. 34501/97, 19 febbraio 2002; *G.C.P. c. Romania*, n. 20899/03, § 46, 20 dicembre 2011; *Nešťák c. Slovacchia*, n. 65559/01, § 88, 27 febbraio 2007); *Zollman c. Regno Unito*, n. 62902/00, CEDH 2003 XII; *Taliadorou e Stylianou c. Cipro*, nn. 39627/05 e 39631/05, §§ 27 e 56-59, 16 ottobre 2008; *Ilias Papageorgiou c. Grecia*, n. 44101/13, §§ 40, 53, 55, 10 dicembre 2020; *Sekanina c. Austria*, 25 agosto 1993, § 30, serie A, n. 266 A; *Minelli c. Svizzera*, 25 marzo 1983, § 37, serie A, n. 62; *Englert c. Germania*, 25 agosto 1987, §§ 37, 39, 41, serie A, n. 123; *Böhmer c. Germania*, n. 37568/97, § 54, 3 ottobre 2002; *Baars c. Paesi Bassi*, n. 44320/98, § 26, 28 ottobre 2003; *Cleve c. Germania*, n. 48144/09, §§ 53, 54, 55, 15 gennaio 2015; *Petyo Petkov c. Bulgaria*, n. 32130/03, § 90, 7 gennaio 2010; *Bikas c. Allemagne*, n. 76607/13, § 47, 25 gennaio 2018; *Carmel Saliba c. Malta*, n. 24221/13, §§ 65, 66, 67, 73, 29 novembre 2016; *García Ruiz c. Spagna* [GC], n. 30544/96, § 26, CEDH 1999 I; *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1993, serie A n. 274, §§ 32-33; *Dilipak et Karakaya* c*. Turchia*, nn. 7942/05 e 24838/05, § 80, 4 marzo 2014; *Fleischner c. Germania*, n. 61985/12, §§ 63-67, 3 ottobre 2019; *Pasquini c. San Marino (n. 2)*, n. 23349/17, §§ 64, 68, 20 ottobre 2020; *Lagardère c. Francia*, n. 18851/07, § 87, 12 aprile 2012; *Di Martino e Molinari c. Italia*, nn. 15931/15 e 16459/15, § 39, 25 marzo 2021.

b) Sulla prospettata violazione dell'art. 10 CEDU: *Medžlis Islamske Zajednice Brčko e altri c. Bosnia-Erzegovina* [GC], n. 17224/11, §§ 75-77, 27 giugno 2017); *Chauvy e altri c. France* n. 64915/01, §§ 63-69, CEDH 2004 VI; *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, n. 40984/07, § 87, 22 aprile 2010; *Dmitriyevskiy c. Russia*, n. 42168/06, § 106, 3 ottobre 2017; *Perinçek c. Svizzera* [GC], n. 27510/08, §§ 213-220, 241, CEDH 2015; *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgio*, n. 64772/01, §§ 72, 73, 77, 9 novembre 2006; *Khadija Ismayilova c. Azerbaigian (n. 3)*, n. 35283/14, § 58, 7 maggio 2020; *Von Hannover c. Germania (n. 2)* [GC], nn. 40660/08 e 60641/08, § 107, CEDH 2012; *Petrenco c. Moldavia*, nn. 20928/05, § 65, 30 marzo 2010; *Annen c. Germania (n. 6)*, n. 73779/11, § 29, 18 ottobre 2018; *Rumyana Ivanova c. Bulgaria*, n. 36207/03, §§ 39 e 68, 14 febbraio 2008; *Makarenko c. Russia*, n. 5962/03, § 156, 22 dicembre 2009; *Rukaj c. Grecia*, n. 2179/08, 21 gennaio 2010; *Mahmudov e Agazade c. Azerbaigian*, n. 35877/04, § 44, 18 dicembre 2008; *Kurski c. Polonia*, n. 26115/10, § 56, 5 luglio 2016; *Braun c. Polonia*, n. 30162/10, § 50, 4 novembre 2014; *Makraduli c. ex Repubblica iugoslava di Macedonia*, n. 64659/11 e 24133/13, §§ 62, 75, 19 luglio 2018; *Lykin c. Ucraina*, n. 19382/08, § 25, 12 gennaio 2017; *Monica Macove c. Romania*, 53028/14, 28/07/2020, § 75; *Staniszewski v. Polonia*, 20422/15, § 45; *Dimitriou c. Grecia*, n. 62639/ 12, 11 marzo 2021; *Benitez Moriana e Iñigo Fernandez c. Spagna*, nn. 36537/15 e 36539/15, 9 marzo 2021; *Milosavljević c. Serbia* (n.2), n.47274/19, § 55, 21 settembre 2021; *Kılıçdaroğlu c. Turchia*, n. 16558/18,

§ 44, 27 ottobre 2020; *Fedchenko c. Russia (no 5)*, n. 17229/13, § 51, 2 ottobre 2018; *Axel Springer AG c. Germania* [GC], n.3954/08, § 83, 7 febbraio 2012.

Corte costituzionale: n. 12 del 2016; n. 176 del 2019; n. 182 del 2021.

Corte di cassazione

a) Sull'impugnazione della parte civile: Sez. U, n. 22065 del 28/01/2021; Sez. U, n. 6141 del 25/10/2018, dep. 07/02/2019; Sez. U, n. 6509 del 20/12/2012, dep. 08/02/2013; Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007; Sez. 2, n. 10638, del 30/01/2020; Sez. 2, n. 22170, del 24/04/2019;

b) Sull'esercizio del diritto di cronaca: Sez. 5, n. 34821 del 11/05/2005.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 18 novembre 2021, Marinoni c. Italia (ricorso n. 27801/12).

ABSTRACT

La Corte EDU ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 6, par. 2 (presunzione di innocenza), e dell'art. 10 (libertà di espressione) CEDU.

Il caso riguarda la condanna civile dell'autore di un libro per due espressioni ritenute diffamatorie dai giudici italiani. Nel suo libro, il ricorrente ha ricostruito i fatti precedenti all'esecuzione sommaria di 43 prigionieri appartenenti alla Repubblica Sociale Italiana (episodio noto come "strage di Rovetta") e ha sovrapposto il racconto storico a ricordi intimi e personali legati alla sua vita familiare. Assolto nel giudizio penale in primo grado, è stato ritenuto civilmente responsabile, a seguito dell'impugnazione presentata dalle parti civili.

La Corte Edu ritiene che i giudici nazionali non abbiano utilizzato termini idonei a rimettere in discussione l'assoluzione del ricorrente (pronunciata in primo grado) e che le sentenze emesse dalla Corte d'Appello e dalla Corte di Cassazione non abbiano causato alcuna violazione della sua presunzione di innocenza. La Corte afferma che l'ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente non è stata sproporzionata e che la sua condanna civile non ha rivelato alcuna apparenza di violazione dell'art. 10 della Convenzione. Si osserva, in particolare, che il libro, che unisce le memorie personali del suo autore ed elementi risultanti dalla sua ricerca archivistica, si inserisce in uno specifico filone di ricerca storica definito "micro-storia"; aspetto del quale i giudici nazionali hanno tenuto conto nella loro valutazione del libro. Quanto alle due espressioni in questione, la Corte ritiene che la prima non sia giustificata da un interesse pubblico e che la seconda non aggiunga alcun elemento ulteriore alla ricostruzione dei fatti relativi alla "strage di Rovetta".

IL CASO

Il ricorrente, Nazareno Marinoni, è un cittadino italiano nato nel 1938, autore di un libro pubblicato nel 2005, nel quale ha raccontato la sua infanzia e gli eventi delle settimane precedenti alla caduta della Repubblica Sociale Italiana (RSI). In particolare, ha effettuato una ricostruzione dei fatti precedenti all'esecuzione sommaria di 43 prigionieri appartenenti alla RSI (episodio noto con il nome di "strage di Rovetta"), sovrapponendo la narrazione storica ai ricordi intimi e personali della sua vita familiare e dedicando alcune pagine alle tensioni esistenti tra i suoi parenti e la famiglia M.: le ragioni del conflitto erano basate sulla differenza di convinzioni politiche tra la famiglia del ricorrente, che era antifascista, e la famiglia M., che era fascista. Alcune delle espressioni usate dal ricorrente nei confronti dei coniugi M. sono state percepite come diffamatorie dagli eredi, che hanno sporto denuncia. Nel 2007, a seguito di giudizio abbreviato, il giudice penale ha assolto il ricorrente, sul rilievo che le espressioni censurate erano "oggettivamente diffamatorie", sebbene non punibili perché espresse dal ricorrente nell'esercizio del suo diritto alla cronaca e alla critica storica, motivo di esonero da responsabilità penale. Le parti civili hanno presentato ricorso ai fini civili. Nel 2010, la Corte d'Appello ha condannato la ricorrente al risarcimento delle parti civili per complessivi 16.000,00 euro, ritenendo diffamatorie le due espressioni utilizzate nel libro ed oggetto dell'originaria imputazione penale. Il ricorso per cassazione del ricorrente è stato respinto.

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Invocando la violazione dell'**art. 6, par. 2, CEDU**, il ricorrente afferma di avere subito una violazione del suo diritto a essere presunto innocente. Ai sensi dell'**art. 10 CEDU**, egli sostiene che le decisioni delle corti nazionali da cui è stato ritenuto civilmente responsabile hanno violato il suo diritto alla libertà di espressione, in particolare all'esercizio del suo diritto alla cronaca e alla critica storica.

LA DECISIONE

La Corte EDU osserva, quanto alla dedotta violazione dell'**art. 6, par. 2, CEDU**, che il procedimento penale non si è concluso dopo l'assoluzione di primo grado, avendo la parte civile ricorso al giudice penale per ottenere il risarcimento del danno che riteneva di aver subito. E secondo il diritto interno, la decisione non era divenuta definitiva tra la parte civile e l'imputato in relazione agli aspetti civili del reato. Rileva, poi, che la Corte d'Appello si è limitata ad una valutazione degli elementi costitutivi del reato – inevitabilmente gli stessi già esaminati in primo grado – per poi giudicare, secondo le regole della responsabilità civile, che il ricorrente era responsabile ai fini civili e, quindi, tenuto a riparare il danno cagionato alle parti civili. La stessa conclusione vale per la Corte di Cassazione. Ritiene

pertanto che i tribunali nazionali non abbiano utilizzato termini tali da rimettere in discussione l'assoluzione del ricorrente; cosicché non vi è stata alcuna violazione della presunzione di innocenza.

In relazione alla pretesa violazione dell'**art. 10 CEDU**, la Corte rileva che il libro in questione, che unisce le memorie personali del suo autore ed elementi derivanti dalla sua ricerca archivistica, si inserisce in uno specifico filone di ricerca storica definito "microstoria" il cui obiettivo principale è ricostruire un'esperienza altrimenti inaccessibile ad altri approcci storiografici, concentrandosi sulla storia locale e sulle testimonianze dirette dei singoli. La Corte ritiene che il libro possa, in gran parte, essere considerato relativo a un dibattito storico e che, poiché la ricerca della verità storica è parte integrante della libertà di espressione, un dibattito sulle cause di atti di particolare gravità che possono costituire crimini di guerra o crimini contro l'umanità deve potersi svolgersi liberamente. In particolare, osserva che la storicità del libro si riflette nei brani dedicati alla ricostruzione della strage di Rovetta, che, secondo la tesi del ricorrente, sarebbe stata commessa in violazione dei principi del diritto internazionale umanitario, ovvero alle attività di gruppi di combattenti della resistenza. Tuttavia, secondo la Corte, il libro manifesta una doppia natura un po' "ibrida": alla parte strettamente storica, si sovrappone alla storia personale del ricorrente, composta dai suoi ricordi d'infanzia e dalle sue opinioni sulle persone intorno alla sua casa di famiglia, tra cui i coniugi M. e il rapporto tra questa coppia e la sua famiglia, fonte di tensione e aspri scambi verbali.

Le espressioni ritenute diffamatorie dai giudici nazionali sono due: quella che designa il marito M. come "marito fantoccio" della sig.ra G.G.; quello che attribuisce a quest'ultima la responsabilità di aver inserito il nome del nonno del ricorrente nell'elenco degli arrestati e fucilati, come rappresaglia per un possibile attacco contro le forze di occupazione tedesche.

In merito alla prima espressione, la Corte ritiene che non sia giustificata da un interesse pubblico e, al contrario, tocchi la sfera privata di M. Quanto alla seconda espressione, rileva che, designando la sig.ra G.G. come responsabile di tale decisione, la ricorrente le ha attribuito un fatto particolarmente atroce. Secondo la Corte, l'affermazione secondo cui la sig.ra G.G. ha contribuito a redigere l'elenco degli ostaggi da fucilare non è una mera speculazione, ma un dato di fatto, suscettibile di essere suffragato da elementi di prova pertinenti. La Corte ritiene che, nella struttura della tesi storica del libro, tale affermazione non aggiunga alcun elemento rlevante alla ricostruzione dei fatti che circondano la "strage di Rovetta" ed è, al contrario, sganciata dai nuovi elementi di carattere storico che il ricorrente ha avuto il merito di individuare e rendere accessibili al pubblico. Quanto all'equilibrio da ricercare tra il diritto alla libertà di espressione e la tutela della persona, si afferma che il fatto attribuito alla signora G.G. ha avuto l'effetto di descrivere la sua personalità in termini fortemente negativi. In ogni caso, la Corte osserva che il ricorrente

non ha né indicato nel libro né fornito nel corso del procedimento elementi che consentano di accertare la veridicità dei fatti addotti, come evidenziato anche dal giudice nazionale nella sua minuziosa analisi del libro, dalla quale non vi è ragione di discostarsi.
Per quanto riguarda le conseguenze della condanna al risarcimento del danno, la Corte rileva che il ricorrente non ha commentato questo punto nelle sue osservazioni. Osserva, inoltre, che la Corte d'Appello, nel determinare l'ammontare del risarcimento, ha tenuto conto della limitata circolazione dell'opera e del tempo intercorso tra i fatti descritti (1945) e la sua pubblicazione (2005). Pertanto, si ritiene che l'importo da corrispondere alle parti civili non appaia sproporzionato, vista, in particolare, la gravità del fatto imputato alla sig.ra G.G. In conclusione, l'ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente non è stata sproporzionata nel caso di specie e la sua condanna civile non manifesta alcuna violazione dell'art. 10 della Convenzione.

L'OPINIONE CONCORRENTE DEL GIUDICE WOJTYCZEK

Il giudice polacco condivide le conclusioni della Corte espresse nel dispositivo della sentenza, ma esprime riserve significative riguardo al suo ragionamento, ai sensi dell'art. 10 CEDU.

Ricorda che la recente giurisprudenza della Corte ha messo in discussione l'obbligo di provare la veridicità di allegazioni di fatto, espresse nel corso di un dibattito su una questione di interesse pubblico, in particolare affermando che, se un richiedente è chiaramente coinvolto in un dibattito pubblico su una questione importante, non dovrebbe essere tenuto a soddisfare uno standard più rigoroso di quello della *due diligence*, sul rilievo che, in tali circostanze, l'obbligo di provare le dichiarazioni di fatto può privare il richiedente della protezione offerta dall'art. 10. E ciò – secondo l'opinione concorrente – perché le affermazioni su questioni di interesse pubblico possono costituire giudizi di valore piuttosto che dichiarazioni di fatto. Si richiama, sul punto, la dicotomia fra asserzione di fatto il giudizio di valore, che sarebbe stata scorrettamente svalutata dalla Corte nella motivazione della sentenza. La Corte avrebbe, infatti, applicato il criterio della verità e non quello della dovuta diligenza, pure a fronte di una delle espressioni incriminate utilizzata nell'ambito di un dibattito su questioni di interesse pubblico e non avrebbe operato a tal fine la corretta distinzione fra giudizi di valore e giudizi di fatto. Quanto alla prima delle espressioni utilizzate dal richiedente, la stessa sarebbe un giudizio di valore; la seconda espressione sarebbe, invece, un giudizio di fatto da valutare secondo il criterio della dovuta diligenza (nel caso di specie effettivamente inconsistente) non secondo il criterio della verità, troppo rigoroso ai fini della valutazione di affermazioni rese in un dibattito pubblico.

OSSERVAZIONI FINALI: LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA PER L'ORDINAMENTO ITALIANO.

La parte di maggiore interesse della sentenza riguarda la **presunzione di innocenza, della quale l'imputato definitivamente assolto ai fini penali beneficia nel giudizio civile di danno**. Secondo la più recente giurisprudenza europea **(Corte E.D.U., Terza sezione, 20 ottobre 2020, Pasquini c. San Marino; Corte E.D.U., Prima sezione, 10 dicembre 2020, Papageorgiou c. Grecia)**, viola il diritto alla presunzione di innocenza il provvedimento con cui il giudice d'appello, dopo aver prosciolto l'imputato per intervenuta prescrizione del reato del quale era stato riconosciuto colpevole in primo grado, decide sul risarcimento in favore della parte civile ricorrendo ad osservazioni incoerenti con il venire meno delle accuse. In particolare, la garanzia di cui all'art. 6 § 2 CEDU esige che, ove il procedimento registri un esito diverso dalla condanna, poiché il soggetto è stato **assolto** oppure il procedimento stesso è stato interrotto, **tale esito sia rispettato in qualsiasi altro procedimento,** al fine di preservare la reputazione della persona e la percezione che ha il pubblico della persona medesima. Ciò comporta che la formulazione del ragionamento giudiziale ai fini della pronuncia sulla domanda civile, non possa essere interpretata come imputazione di responsabilità penale nei confronti del prosciolto. La **presunzione di innocenza** costituisce una garanzia processuale nell'ambito di un processo penale, imponendo, tra l'altro, **specifici obblighi** in tema di: **onere della prova**; presunzioni legali di fatto e di diritto; tutela contro **l'autoincriminazione**; **pubblicità preprocessuale**; tutela in relazione alle **espressioni premature**, da parte degli organi giudicanti o di altri funzionari pubblici, circa la colpevolezza dell'imputato. In linea con la necessità di assicurare che il diritto alla presunzione di innocenza sia effettivo, detta presunzione si manifesta anche sotto altro aspetto, avendo, cioè, lo scopo di **proteggere** le persone assolte da un'accusa penale, o nei confronti delle quali il processo è stato interrotto, **dall'essere trattate dai pubblici ufficiali e dalle autorità come se fossero di fatto colpevoli de**l reato contestato. La violazione del principio di cui all'art. 6 § 2 EDU, come sin qui declinato, va in concreto valutata alla luce di alcuni indici processuali, quale, anzitutto la piena autonomia del giudizio civile da quello penale conclusosi con il proscioglimento, nonché **l'assunzione di prove con metodologie proprie del processo civile**, nell'ambito del quale il soggetto abbia potuto esercitare i diritti e le prerogative riconosciutegli dall'ordinamento interno. Inoltre, con particolare attenzione va considerato **il linguaggio** utilizzato in sede di giudizio civile, al fine di individuare la presenza di elementi incongrui e distonici, attraverso i quali si riproducano, in sede civile, categorie e parametri valutativi tipici del diritto penale; al contrario, nessun elemento distorsivo può sussistere qualora le espressione utilizzate, in base al diritto interno, non siano riservate alla sola sfera del diritto penale, ma siano ugualmente utilizzate dalle fonti normative civilistiche di settore, per cui esse, lette nel contesto del giudizio complessivo, non possono essere ragionevolmente considerate come un'affermazione di penale responsabilità del soggetto (da *Raccolta tematica dei report in materia di diritti fondamentali tutelati dalla*

CEDU, dalla CDFUE e dalle Direttive Europee, aprile 2020 - maggio 2021, in *www.cortedicassazione.it*, Attività internazionali, p. 239).

Va ricordato, in ogni caso, che le due decisioni sono state pronunciate relativamente a fattispecie non identiche sul piano processuale: la sentenza Pasquini ha riguardato il caso di un ricorrente che lamentava di essere stato condannato agli effetti civili, in sede penale, secondo un meccanismo analogo a quello dell'art. 578 cod. proc. pen., previsto per il caso di declaratoria, sempre in sede penale, della prescrizione del reato, e ciò, con argomenti ed affermazioni che si riferivano alla contestazione del reato per il quale il processo si era concluso, però, senza la definitività della condanna; la sentenza Papageorgiou ha riguardato la condanna in sede civile, dopo che in sede penale l'imputato era stato assolto. Entrambe le sentenze affermano che la presunzione di innocenza risulterebbe violata se il giudice che si pronuncia agli effetti civili – nelle situazioni descritte – si affidasse ad affermazioni o valutazioni che non tengono conto del fatto che l'accertamento di penale responsabilità non vi è stato o vi è stato con esito liberatorio. In altri termini, il diritto alla presunzione di innocenza è violato se la condanna al risarcimento del danno è fondata su affermazioni, costrutti, linguaggi, termini che lascino trasparire un giudizio di responsabilità penale del convenuto (invece prosciolto o assolto) per il fatto-reato dal quale dipende il danno. Si è, però, espressamente rilevato che nessun elemento distorsivo può sussistere qualora le espressioni utilizzate, in base al diritto interno, non siano riservate alla sola sfera del diritto penale, ma siano ugualmente utilizzate dalle fonti normative civilistiche di settore, per cui esse, lette nel contesto del giudizio complessivo, non possono essere ragionevolmente considerate come un'affermazione di penale responsabilità del soggetto. Dunque, si deve ritenere violata la presunzione di innocenza non in tutti i casi in cui sia stato utilizzato un linguaggio inappropriato, ma certamente nei casi in cui, ad esempio, sia stato ritenuto "chiaramente probabile" che il soggetto avesse commesso il reato, ovvero sia stato affermato che le prove disponibili fossero in tal senso sufficienti. Ovviamente l'uso di un linguaggio non adeguato va contestualizzato, posto che anche l'uso di espressioni di rilevanza penalistica o, comunque, provenienti dalla sfera del diritto penale, non deve essere necessariamente inteso come affermazione di responsabilità penale.

La sentenza Pasquini ha indotto la Corte di appello di Lecce a formulare, nel 2020, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 578 cod. proc. pen., che sono state dichiarate non fondate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 182 del 30 luglio 2021), nella quale si è in particolare, affermato che: *a*) con riguardo al «fatto» — come storicamente considerato nell'imputazione penale — il giudice dell'impugnazione è chiamato a valutarne gli effetti giuridici, chiedendosi, non già se esso presenti gli elementi costitutivi della condotta criminosa tipica (commissiva od omissiva) contestata all'imputato come reato, contestualmente dichiarato estinto per prescrizione, ma piuttosto se quella condotta sia stata idonea a provocare un «danno ingiusto» secondo l'art. 2043 cod. civ.; *b*) la natura

civilistica dell'accertamento richiesto dall'art. 578 cod. proc. pen., differenziato dall'(ormai precluso) accertamento della responsabilità penale quanto alle pretese risarcitorie e restitutorie della parte civile, emerge riguardo sia al nesso causale, sia all'elemento soggettivo dell'illecito; *c*) il giudice non accerta la causalità penalistica che lega la condotta (azione od omissione) all'evento in base alla regola dell'«alto grado di probabilità logica», ma deve avere riguardo al criterio civilistico del «più probabile che non» o della «probabilità prevalente» che consente di ritenere adeguatamente dimostrata (e dunque processualmente provata) una determinata ipotesi fattuale se essa, avuto riguardo ai complessivi risultati delle prove dichiarative e documentali, appare più probabile di ogni altra ipotesi e in particolare dell'ipotesi contraria; *d*) nel caso dell'art. 185 cod. pen., l'illecito civile, pur fondandosi sull'elemento materiale e psicologico del reato, risponde a diverse finalità e richiama un distinto regime probatorio, con la conseguenza che l'esigenza di rispetto della presunzione di innocenza dell'imputato non preclude al giudice penale dell'impugnazione di effettuare tale accertamento onde liquidare anche il danno non patrimoniale di cui all'articolo appena ricordato. Va notato che sia la Corte europea sia la Corte costituzionale pongono la questione del rapporto fra giudizio penale e giudizio civile di danno come una questione di linguaggio, sullo sfondo della quale si colloca l'art. 185 cod. pen. che fa dipendere il diritto al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale dal "reato" che lo ha cagionato.
La sentenza Marinoni si colloca nel solco dei precedenti e della giurisprudenza costituzionale nazionale, che ampiamente richiama, giungendo, nel caso concreto, ad affermare – come visto – che i giudici nazionali non hanno utilizzato termini idonei a rimettere in discussione l'assoluzione penale del ricorrente, non violando, così la sua presunzione di innocenza.

Quanto agli **interventi legislativi**, va segnalato che la riforma "Cartabia" (legge n. 134 del 2021) indica una prospettiva diversa e risolutiva, per il futuro, in relazione ad una analoga casistica, introducendo il comma 1-*bis* nell'art. 578 cod. proc. pen., con la previsione secondo cui, in caso di conclusione del processo penale con declaratoria di improcedibilità per superamento dei termini di cui all'art. 344-*bis*, sarà sempre e solo il giudice civile ad occuparsi del prosieguo della azione civile, pur valutando le prove acquisite nel processo penale, evidentemente alla stregua delle finalità e degli strumenti processualcivilistici.
Va anche segnalato che il quadro normativo si arricchirà del decreto legislativo recante disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, attualmente sottoposto a parere parlamentare, ed emanato in attuazione dell'art. 1 della legge 22 aprile 2021, n. 53

(Legge di delegazione europea 2019 - 2020), ai fini del recepimento della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Per quanto qui strettamente rileva, la relazione di accompagnamento evidenzia che si intende garantire la persona fisica sottoposta a procedimento penale dal pregiudizio derivante da eventuali dichiarazioni di autorità pubbliche, o da decisioni giudiziarie diverse da quelle relative alla responsabilità penale, in cui essa venga pubblicamente presentata come colpevole, nonostante il processo non sia ancora iniziato o sia tuttora in corso. Vi è, tra le altre disposizioni, l'art.4 *(Modifiche al codice di procedura penale)*, che inserisce l'art. 115-*bis* (Garanzia della presunzione di innocenza), il quale prevede che «1. Salvo quanto previsto dal comma 2, nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, la persona sottoposta a indagini o l'imputato non possono essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. Tale disposizione non si applica agli atti del pubblico ministero volti a dimostrare la colpevolezza della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato. 2. Nei provvedimenti che presuppongono la valutazione di prove, elementi dì prova o indizi di colpevolezza, diversi dalle decisioni indicate al comma 1, l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento».

Dunque, in coerenza con quanto indicato dalla giurisprudenza europea e costituzionale, il criterio adottato dal legislatore per il futuro, nell'ottica di una crescente attenzione al linguaggio giudiziario, è quello di **non escludere del tutto i riferimenti alla colpevolezza dell'imputato, ma di consentirli nei limiti della loro stretta necessità** ai fini dell'adozione di provvedimenti giurisdizionali diversi dalle sentenze che si pronuncino sulla responsabilità penale.

ART. 6 CEDU - DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE – REQUISITO DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO IN CASSAZIONE - INAMMISSIBILITA' – INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO IN VIOLAZIONE DELL'ART. 6.

Corte EDU, Prima Sezione, Succi ed altri c. Italia del 5-28 ottobre 2021

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-212667

CLASSIFICAZIONE

ART. 6 CEDU - DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE – REQUISITO DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO IN CASSAZIONE - INAMMISSIBILITA' – INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO IN VIOLAZIONE DELL'ART. 6 – RAGIONI**.**

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU art. 6 §1

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Vermeersch c. Belgio, n. 49652/10, 16 febbraio 2021; *Efstratiou e altri c. Grecia*, n. 53221/14, 19 novembre 2020; *Dos Santos Calado e altri c. Portogallo,* n. 55997/14, 31 marzo 2020; *Zubac c. Croazia,* n. 40160/12, 5 aprile 2018, *Golder c. Regno Unito,* 21 febbraio 1975, serie A n. 18; *Sturm c. Lussemburgo,* n. 55291/15, 27 giugno 2017; *Miessen c. Belgio,* n. 31517/12, 18 ottobre 2016; *Trevisanato c. Italia,* n. 32610/07, 15 settembre 2016; *Papaioannou c. Grecia,* n. 18880/15, 2 giugno 2016; *Shamoyan c. Armenia,* n. 18499/08, 7 luglio 2015; *Valchev e altri c. Bulgaria,* n. 47450/11, 21 gennaio 2014; *Kemp e altri c. Lussemburgo,* n. 17140/05, 24 aprile 2008; *Kozlica c. Croazia,* n. 29182/03, 2 novembre 2006; *Bělěs e altri c. Repubblica ceca,* n. 47273/99; *Brualla Gomez de la Torre c. Spagna,* 19 dicembre 1997; *Levages Prestations Services c. Francia,* 23 ottobre 1996

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima sezione, 5-28 ottobre 2021, Succi ed altri c. Italia*,* sui ricorsi riuniti nn. 55064/11, 37781/13, 26049/14.

ABSTRACT

La Prima Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce, in linea di principio, che ***il requisito dell'autosufficienza del ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione italiana***

persegue, in generale e in astratto, uno scopo legittimo consistente nell'agevolare la comprensione del thema decidendum *e l'espletamento efficiente della funzione nomofilattica.* ***Tuttavia****, con riferimento al caso concreto,* ***ha ravvisato,*** *relativamente ad uno dei ricorsi,* ***la violazione dell'art. 6§1 CEDU****, sotto il profilo della lesione del diritto di accesso al giudizio di legittimità, avendo la Corte di Cassazione dichiarato inammissibile il ricorso a suo tempo proposto dinanzi ad essa per difetto di autosufficienza, nonostante che dallo stesso fosse possibile comprendere l'oggetto e lo svolgimento dei giudizi di merito, la portata e il contenuto delle critiche alla sentenza impugnata, formulate, nell'ambito dei motivi di cui all'art. 360, comma 1 c.p.c., con il riferimento a passaggi della sentenza di appello riportati in ricorso e a documenti citati nel ricorso, trascritti nei loro passi salienti e ad esso allegati.*

I casi sottoposti alla Corte EDU

Ricorso n. 55064/11

Il ricorrente gestiva un'impresa commerciale a Catania. Ricevuto, nel 2008, l'ordine del tribunale di lasciare i locali condotti in locazione in seguito alla dichiarata risoluzione del contratto, impugnò la sentenza dinanzi alla Corte di appello, che respinse il gravame. Il ricorrente, allora, propose ricorso per cassazione, esponendo sinteticamente l'oggetto della controversia e lo svolgimento del processo. Il ricorso conteneva i motivi di cui all'art. 360, comma 1 c.p.c., la trascrizione dei brani contestati della sentenza impugnata, il riassunto del contenuto dei documenti su cui si fondava il ricorso o la loro trascrizione, con l'indicazione della loro allocazione nel fascicolo del processo di merito.

La sentenza di appello e i documenti depositati nel fascicolo del giudizio di appello furono allegati al ricorso per cassazione.

La Corte di Cassazione dichiarò inammissibile il ricorso per difetto del requisito dell'autosufficienza, affermando che ai sensi dell'art. 366 n. 4 c.p.c. il ricorso deve contenere i motivi di cassazione previsti nell'art. 360, comma 1 c.p.c., indicare le norme su cui si basano e, ai sensi dell'art. 366, n. 6 c.p.c., indicare specificamente i documenti e gli atti in esso menzionati, specificando in quale fase del procedimento sono stati formati o prodotti ed allegandoli al ricorso secondo quanto disposto dall'art. 369, comma 2, n. 4 c.p.c.

La Suprema Corte, inoltre, spiegò che quando il ricorrente si lamenta che un documento sia stato erroneamente valutato o non sia stato affatto valutato egli ha un duplice obbligo: di metterlo agli atti e di specificarne il contenuto. Il primo obbligo si adempie indicando la fase del procedimento alla quale appartiene il documento e la sua allocazione precisa nel fascicolo di merito; il secondo obbligo si adempie trascrivendo il documento nel corpo del ricorso o riassumendone il contenuto.

Nel caso di specie, **secondo la Suprema Corte, il ricorso proposto dinanzi ad essa non conteneva la specificazione dei motivi di impugnazione**, tra quelli previsti dall'art. 360, comma 1 c.p.c., **né i prescritti riferimenti ai documenti invocati a sostegno del ricorso.**

Ricorso n. 37781/13

Il ricorrente ottenne, dal Tribunale di Napoli, la condanna del Comune di Frattamaggiore al risarcimento del danno per il crollo del suo edificio in seguito ad una perdita d'acqua.

La Corte di appello riformò integralmente la sentenza, ritenendo che il danno subìto non fosse imputabile al Comune ma alla società privata che aveva vinto l'appalto.

Il ricorrente propose ricorso per cassazione, che conteneva una sintesi del procedimento di primo grado e d'appello, oltre all'esposizione dei motivi di ricorso.

L'impugnazione della sentenza d'appello si basava su documenti prodotti nel corso del processo di merito, alcuni dei quali erano stati citati ed altri riassunti nel corpo del ricorso.

I quattro motivi di ricorso che deducevano violazioni di legge si concludevano con un quesito di diritto, ai sensi dell'allora vigente art. 366 bis c.p.c.

La Corte di Cassazione dichiarò inammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 366, comma 1, n. 4 c.p.c., 366 bis e 375, comma 1, n. 5 c.p.c. (questi ultimi nel testo in vigore *ratione temporis*, prima dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009).

Da una parte, la Suprema Corte affermò che **i quesiti di diritto** che concludevano i motivi di ricorsi spiegati dal ricorrente non erano conformi allo schema da essa elaborato, in quanto **astratti, generici** e privi di connessione con il caso concreto.

Dall'altra parte, la Suprema Corte affermò che il ricorso difettava del requisito dell'autosufficienza, in quanto i documenti su cui si fondava il ricorso erano stati menzionati senza essere trascritti nelle parti rilevanti o, quando erano trascritti, mancavano i riferimenti circa la loro esatta allocazione nei fascicoli di merito.

Ricorso n. 26049/14

I ricorrenti ottennero nel 2007, dal Tribunale di Teramo, la condanna del conducente e del proprietario di un veicolo al risarcimento dei danni patiti per la morte di una loro congiunta in seguito ad un sinistro stradale.

La Corte di appello territorialmente competente ridusse l'ammontare del risarcimento su appello dei responsabili.

Proposto ricorso per cassazione contro la sentenza di appello, la Suprema Corte lo dichiarò inammissibile in quanto mancante del requisito di cui all'art. 366 n. 3 c.p.c.

In particolare, il ricorso riproduceva quasi integralmente gli atti dei processi di merito, sicché la Suprema Corte affermò che già con sentenza n. 5698 del 2012 le Sez. U avevano ribadito che la riproduzione acritica, integrale e letterale del contenuto degli atti del processo è, da un lato, inutile e, dall'altro, incompatibile con l'esigenza di una sommaria esposizione dei fatti in

quanto equivale ad affidare alla Corte di Cassazione il compito di selezionare gli atti o i loro passi rilevanti ai fini della decisione sui motivi di ricorso.

L'inquadramento da parte della Corte EDU del requisito dell'autosufficienza del ricorso per cassazione.

La pronuncia qui segnalata, prima di affrontare il merito delle questioni poste con i ricorsi, procede ad una ricostruzione della nozione di autosufficienza del ricorso per cassazione, sia **sul piano normativo esistente all'epoca delle dichiarazioni di inammissibilità sottoposte al suo esame**, sia su quello giurisprudenziale.

Quanto al piano normativo, la Corte EDU ha ricordato che la **legge n. 80 del 2005 delegò** il Governo a riformare il processo dinanzi alla Corte di Cassazione, prevedendo tra l'altro che i motivi dal n. 1) al n. 4) dell'art. 360, comma 1 c.p.c., dovessero concludersi con la **formulazione di un quesito di diritto** al quale la Corte di Cassazione avrebbe dovuto "rispondere" enunciando il corrispondente principio di diritto (art. 366 bis c.p.c., vigente *ratione temporis*, introdotto con il d.lgs. n. 40 del 2006).

Lo stesso **decreto legislativo n. 40 del 2006, riformulando l'art. 366 c.p.c.,** incluse nel contenuto del ricorso, a pena di inammissibilità, "la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda" (art. 366, comma 1, n. 6 c.p.c.); l'art. 369, comma 2, n. 4 c.p.c., inoltre, fu modificato nel senso che il ricorrente è onerato, a pena di improcedibilità, di depositare, insieme con il ricorso, "gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda".

Rilevante ai fini dell'applicazione del principio di autosufficienza è, inoltre, l'ultimo comma dell'art. 369 c.p.c., secondo il quale il ricorrente deve chiedere alla cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata o del quale si contesta la giurisdizione la trasmissione alla cancelleria della Corte di Cassazione del fascicolo d'ufficio; tale richiesta è restituita dalla cancelleria al richiedente vistata, e deve essere depositata insieme con il ricorso.

Completa il quadro delle "fonti" (comprese quelle informali) rilevanti ai fini della definizione della nozione di autosufficienza il protocollo concluso tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense il 17 dicembre 2015, nato dall'esigenza di definire uno schema astratto di ricorso e di dare un contenuto certo al principio di autosufficienza del ricorso per cassazione "sviluppato dalla giurisprudenza".

All'esito del breve *excursus* sulle fonti (formali ed informali) del principio di autosufficienza, la Corte EDU, con la pronuncia qui in rassegna, ha concluso che il predetto principio è rispettato nel caso in cui: 1) ogni motivo di ricorso risponde ai criteri di specificità previsti dal c.p.c.; 2) ogni motivo indica, se del caso, l'atto, il documento, il contratto o accordo collettivo su cui si basa e le pagine, i paragrafi e le righe dei brani citati; 3) ogni motivo indica la fase processuale in cui il documento o l'atto è stato creato o prodotto; 4) il ricorso è accompagnato

da un fascicoletto che contiene, ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 4 c.p.c., gli atti, i documenti, i contratti o gli accordi collettivi cui si fa riferimento nel ricorso.

La Corte EDU non manca, inoltre, di ricordare che **i requisiti di forma-contenuto del ricorso per cassazione sono oggetto anche del PNRR (piano nazionale di ripresa e resilienza) adottato nel 2021,** con cui il governo italiano mira a rendere effettive le regole di chiarezza e sinteticità degli atti processuali, definendo ancora più precisamente il requisito dell'autosufficienza.

Sul piano della giurisprudenza interna, la Corte EDU ha ricordato che di autosufficienza del ricorso la Corte di Cassazione cominciò a parlare in maniera strutturata e organica nella **sentenza n. 5656 del 1986 (**v. anche le sentenze nn. 4277/81, 5530/83 e 2992/84), ove si affermava che il controllo di legittimità deve essere effettuato esclusivamente sulla base degli argomenti contenuti nel ricorso e che il giudice di legittimità non potesse ritenersi obbligato a ricercare nei fascicoli di merito gli atti e i documenti rilevanti. Nella giurisprudenza successiva la Suprema Corte ha affinato la nozione di autosufficienza, stabilendo che essa deve essere messa in grado, con il ricorso, di comprendere la portata delle censure senza esaminare altri atti e documenti (sentenze nn. 9712/2003; 6225/2005).

La Corte EDU, inoltre, ha ricordato che, in un primo tempo, la Corte di Cassazione ha applicato il principio dell'autosufficienza solo ai motivi che contestano un difetto di motivazione della decisione impugnata. In seguito, ha esteso la sua applicazione ai motivi che deducono l'errata interpretazione della legge o la nullità della decisione o del procedimento (sentenze nn. 8013/98, 4717/2000, 6502/2001, 3158/2002, 9734/2004, 6225/2005 e 2560/2007).

Il punto critico della nozione di autosufficienza è stato quello della esatta definizione degli oneri del ricorrente con riferimento alle modalità di redazione del ricorso, cioè al contenuto di quest'ultimo.

Da una parte, infatti, la Corte di Cassazione affermava che **il ricorrente dovesse trascrivere integralmente i documenti citati** nel ricorso e rilevanti ai fini della decisione sui motivi prospettati (v. *ex multis*, sentenze nn. 1865/2000, 17424/2005, 20392/2007, 21994/2008); dall'altra, affermava che fosse sufficiente esporre i passaggi pertinenti ed essenziali (v. *ex multis*, sentenze nn. 7851/97, 1988/98, 10493/2001, 8388/2002, 3158/2003, 24461/2005).

In altri casi ancora, ponendosi in una posizione intermedia (v., ad esempio, la sentenza n. 18661/2006), la Corte di Cassazione affermava che il ricorrente avesse l'obbligo di trascrivere integralmente ogni documento citato nel ricorso nel caso in cui la sua sintesi non consentisse alla Corte di Cassazione di avere tutti gli elementi necessari per la decisione del ricorso.

Pur dopo **la riforma recata con il d.lgs. n. 40 del 2006 che, riformulando l'art. 366 c.p.c.**, ha introdotto, al **comma 1 n. 6, l'obbligo della "specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda",** la Corte di Cassazione ha continuato a ritenere che "l'indicazione" dei documenti pertinenti dovesse avvenire o riassumendone il contenuto o trascrivendo i passaggi essenziali

o anche trascrivendo integralmente i documenti quando ciò fosse necessario per la comprensione di un motivo di ricorso (v. *ex multis* le sentenze nn. 4823/2009, 16628/2009 e 1716/2012).

L'onere di deposito previsto dall'art. 369, comma 2, n. 4 c.p.c., anch'esso introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006, deve ritenersi, d'altra parte, soddisfatto quando il documento citato nel ricorso sia accompagnato da un riferimento che identifichi la fase del processo di merito in cui esso sia stato prodotto (v. *ex multis*, le sentenze nn. 29729/2008, 15628/2009, 20535/2009, 19069/2011, Sez. U., n. 22726/2011).

Da una parte, dunque, il ricorrente deve soddisfare l'onere dell'autosufficienza del ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione, con adempimenti che variano dal dovere di trascrizione integrale dei documenti a quello di riprodurne solo i passaggi essenziali e pertinenti, con la possibilità di riassumerne il contenuto quando il riassunto non pregiudichi la comprensione del *thema decidendum*; dall'altra parte, il difensore abilitato al patrocinio dinanzi alla Suprema Corte ha l'obbligo di assicurare la sintesi nell'esposizione dei fatti di causa (art. 366, comma 1, n. 3 c.p.c.), pena il rischio che il ricorso venga dichiarato inammissibile (v. la sentenza n. 5836/2011).

Nel caso in cui il ricorrente abbia rispettato le prescrizioni relative al requisito dell'autosufficienza del ricorso, la Corte di Cassazione è investita del potere di esaminare direttamente gli atti e i documenti posti alla base dello stesso (v. la sentenza delle Sez. U., n. 8077/2012).

LE DECISIONI DELLA CORTE EDU

Innanzitutto, la Corte fa una premessa di metodo: afferma che l'art. 6§1 si applica alla Corte di Cassazione secondo il procedimento che ne regola il giudizio e le sue caratteristiche.

La Corte, dunque, dapprima ha verificato se le condizioni imposte alla redazione del ricorso per cassazione perseguano uno "scopo legittimo", poi ha verificato se l'applicazione di quelle condizioni, nei casi di specie sottoposti al suo esame, sia stata "proporzionata".

Accogliendo la difesa del governo italiano, sulla base della stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, la Corte EDU ha affermato che lo scopo del requisito dell'autosufficienza è quello, legittimo, di facilitare la comprensione dei casi sottoposti al giudizio della Corte di Cassazione e delle questioni sollevate, consentendo al giudice di legittimità di pronunziarsi senza andare a ricercare i documenti citati in ricorso e rilevanti per il giudizio, ottimizzando così le risorse umane e materiali a sua disposizione e garantendo l'esatta ed uniforme interpretazione del diritto, così assolvendo alla funzione nomofilattica sua propria.

Dal punto di vista, dunque, della giustificazione "sistematica" del principio di autosufficienza, la Corte EDU afferma che esso è funzionale al ruolo che deve assolvere una corte suprema, tant'è che la stessa corte di Strasburgo ricorda che, in base alla sua stessa giurisprudenza, le

condizioni di ammissibilità di un ricorso per cassazione possono essere più rigorose di quelle di un appello.

Tuttavia, la Corte EDU ha precisato, con riferimento all'aspetto della proporzionalità delle restrizioni all'accesso alla Corte di Cassazione, che **il carico di lavoro cui è sottoposta quest'ultima,** sebbene possa causare difficoltà nella tempestività e nell'efficacia della risposta giurisdizionale, **non può giustificare una interpretazione troppo formale del requisito dell'autosufficienza,** che si riveli, in sostanza, uno strumento per limitare il diritto di accesso ad un organo giudiziario.

Qualora il requisito dell'autosufficienza diventi, nella sua applicazione pratica, un modo per "difendersi" dal carico di lavoro, esso perde la legittimità del suo scopo: la Corte EDU, a tal proposito, ha individuato delle criticità nell'atteggiamento della Corte di Cassazione "almeno fino alle sentenze nn. 5698 e 8077 del 2012", rivelando esso una tendenza della Suprema Corte a concentrarsi su aspetti formali esorbitanti rispetto alla legittimità dello scopo del requisito dell'autosufficienza, in particolare "per quanto riguarda l'obbligo di trascrivere integralmente i documenti inclusi nei motivi di ricorso e il requisito della prevedibilità della restrizione dell'accesso alla Corte".

E' interessante, inoltre, notare che la Corte EDU ha ritenuto che l'analisi comparativa, svolta dal governo italiano, sui "sistemi di filtraggio" dei ricorsi, in vigore in altri paesi europei, fosse irrilevante ai fini della decisione dei tre casi ad essa sottoposti, in quanto nei paesi considerati quali *tertia comparationis* i criteri di "filtraggio" attengono non a requisiti di forma-contenuto del ricorso, bensì a requisiti di merito o relativi alla tipologia di controversia: l'avere il ricorso ad oggetto una questione giuridica di interesse generale o la tutela di un diritto fondamentale; l'essere la questione, devoluta con il ricorso, oggetto di un contrasto di giurisprudenza o l'avere essa un valore significativo.

In altri termini, i criteri di ammissibilità dei ricorsi dinanzi alle corti supreme dei paesi europei presi a riferimento dal governo italiano nelle sue difese sono simili a quelli attualmente previsti, nell'ordinamento processuale italiano, dall'art. 360 bis c.p.c.

Il requisito dell'autosufficienza, inoltre, quale requisito di forma-contenuto del ricorso per cassazione, non può essere paragonato nemmeno ai **criteri di ammissibilità dei ricorsi dinanzi alla Corte EDU: l**'art. 47 del Regolamento della Corte di Strasburgo prevede che ogni domanda presentata ai sensi dell'art. 34 della Convenzione deve essere presentata sul **formulario fornito dalla cancelleria**, secondo criteri formali chiari e prevedibili stabiliti in documenti consultabili dai richiedenti.

Fatte queste precisazioni sulla legittimità dello scopo del requisito di autosufficienza del ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione e sui limiti di tale legittimità, la Corte EDU è passata ad esaminare la "proporzionalità", rispetto allo scopo perseguito, dell'applicazione del requisito dell'autosufficienza rispetto a ciascuno dei casi sottoposti al suo esame.

LA DECISIONE DEL RICORSO N. 55064/2011

Con riferimento al caso sottoposto alla Corte EDU con il ricorso n. 55064/2011, la Corte di Cassazione aveva dichiarato inammissibile il ricorso dinanzi ad essa proposto sulla base di una duplice motivazione: l'assenza, nel corpo del ricorso per cassazione, della indicazione specifica dei motivi di impugnazione, così come elencati nell'art. 360, comma 1 c.p.c.; l'omessa menzione degli elementi necessari per individuare i documenti citati a sostegno dei motivi di ricorso.

La Corte EDU, invece, ha ritenuto che il ricorrente avesse correttamente aperto lo sviluppo di ciascun motivo di ricorso con l'indicazione della pertinente disposizione del codice di procedura civile: nel ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione figurava l'indicazione dell'art. 360 comma 1, nn. 3 e 4 c.p.c. con riferimento ai dedotti *errores in iudicando* e *in procedendo*; nel censurare, poi, la sentenza di appello per insufficienza della motivazione, il ricorrente aveva fatto riferimento all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.

Per quanto riguarda, poi, il difetto di autosufficienza in senso stretto, cioè l'assenza della sufficiente indicazione dei documenti posti a sostegno dei motivi di ricorso, la Corte EDU ha rilevato che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione, nel ricorso proposto dinanzi a quest'ultima erano stati riprodotti, nell'ambito dell'esposizione dei fatti, i passaggi della sentenza di appello, criticati nell'ambito dei motivi di impugnazione. Inoltre, i documenti posti a sostegno dei motivi di impugnazione erano stati trascritti nelle parti rilevanti ed erano stati correttamente indicati ed allegati al ricorso.

La Corte EDU, in conclusione, ha affermato che, nell'ambito della fattispecie portata al suo esame con il ricorso n. 55064/2011, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione ha violato l'art. 6§1 della CEDU.

LA DECISIONE DEL RICORSO N. 37781/2013

Con riferimento al caso sottoposto alla Corte EDU con il ricorso n. 37781/2013, la Corte di Cassazione aveva dichiarato inammissibile il ricorso dinanzi ad essa proposto sulla base di tre *rationes decidendi*: la genericità e l'astrattezza dei quesiti di diritto formulati secondo la disposizione, allora vigente, dell'art. 366 bis c.p.c. (poi abrogato dalla legge n. 69 del 2009); la mancata chiara indicazione del fatto in relazione al quale era stato censurato il difetto di motivazione, ancora ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., vigente *ratione temporis*; la citazione dei documenti posti a sostegno del ricorso senza la corretta indicazione delle parti pertinenti e senza i necessari riferimenti per consentirne il pronto reperimento nell'ambito degli atti allegati al ricorso.

Orbene, si deve rilevare che di queste tre *rationes decidendi* solo l'ultima, la terza, si riferisce al difetto del requisito dell'autosufficienza; la prima e la seconda si riferiscono al difetto degli elementi di forma-contenuto del ricorso un tempo prescritti, a pena di inammissibilità, dall'art.

366 bis c.p.c. (i quesiti di diritto e la chiara indicazione del fatto nel caso in cui vi fosse anche il motivo di ricorso previsto dall'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.).
Da tale rilievo consegue che, anche nel caso in cui la Corte EDU avesse ritenuto fondata la doglianza relativa alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione con riferimento al difetto dell'autosufficienza (la terza delle esposte *rationes decidendi*), comunque non avrebbe riscontrato una violazione dell'art. 6§1 della Convenzione, stante l'autonomia delle prime due *rationes decidendi*, ritenute condivisibili dalla Corte EDU, e la loro idoneità a giustificare la dichiarazione di inammissibilità del ricorso da parte della Corte di Cassazione.
In ogni caso, la Corte EDU ha riscontrato, nella fattispecie sottoposta al suo esame con il ricorso n. 37781/2013, che il ricorrente aveva effettivamente omesso di indicare, all'interno del ricorso proposto a suo tempo alla Corte di Cassazione, i passi della sentenza di appello impugnata rilevanti alla stregua dei motivi di cassazione dedotti, ed aveva anche omesso di indicare i riferimenti ai documenti citati nel ricorso idonei a consentire alla Corte di Cassazione di reperirli ed esaminarli senza doverli autonomamente ricercare.
La Corte EDU, in conclusione, ha affermato che, nell'ambito della fattispecie portata al suo esame con il ricorso n. 37781/2013, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione non ha violato l'art. 6§1 della CEDU.

LA DECISIONE DEL RICORSO N. 26049/2014

Con riferimento al caso sottoposto alla Corte EDU con il ricorso n. 26049/2014, i giudici di Strasburgo hanno osservato che i ricorrenti, nel ricorrere per cassazione, si erano limitati a trascrivere gran parte dell'esposizione dei fatti contenuta nella sentenza d'appello ed altri atti ritenuti rilevanti. Il ricorso per cassazione non soddisfaceva i requisiti della chiarezza e della sinteticità, pur richiesti, già al tempo della proposizione del mezzo di impugnazione, da una consolidata giurisprudenza della corte italiana di legittimità, che dichiarava inammissibili, sulla base dell'art. 366, comma 1, n. 3 c.p.c., i ricorsi redatti con la tecnica cd. "dell'assemblaggio".
La Corte EDU, in conclusione, ha affermato che, nell'ambito della fattispecie portata al suo esame con il ricorso n. 26049/2014, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione non ha violato l'art. 6§1 della CEDU.

SINTESI DEI PRINCIPI AFFERMATI DALLA CORTE EUROPEA IN TEMA DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO PER CASSAZIONE IN MATERIA CIVILE.

L'applicazione del principio di autosufficienza al ricorso per cassazione costituisce un fine legittimo perché mira a semplificare l'attività della Corte di Cassazione e assicurare la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia.
Il principio in questione permette alla Corte di Cassazione di comprendere il contenuto delle doglianze formulate con il ricorso e l'oggetto della valutazione che viene richiesta, sulla

base della sola lettura del ricorso e garantendo un uso appropriato e più efficace delle risorse disponibili.

Si tratta di una impostazione coerente alla natura stessa del ricorso per cassazione che, per un verso, è lo strumento con cui la parte può ottenere l'accoglimento delle sue censure alla decisione impugnata e, per altro verso, garantisce l'interesse generale alla cassazione di una decisione che, se divenisse definitiva, rischierebbe di ledere la corretta interpretazione della legge.

Tuttavia le limitazioni che derivano dall'applicazione del principio di autosufficienza del ricorso non possono restringere le modalità di accesso al giudizio di cassazione sulla base di una interpretazione troppo formalista del principio che rechi un vulnus sostanziale al diritto fondamentale di accesso alla giustizia previsto dall'art. 6 della Convenzione (una simile interpretazione formalista del principio di autosufficienza è stata prevalente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sino alle sentenze 5698 e 8077 del 2012 in quanto ha posto l'accento sugli aspetti formali del ricorso laddove, in particolare, ha imposto l'obbligo, non corrispondente al fine legittimo del principio di autosufficienza, di trascrizione integrale del documenti menzionati nei motivi di ricorso e non ha garantito l'esigenza di prevedibilità degli adempimenti da assolvere per rispondere ai requisiti di autosufficienza).

Una lettura non formalista del principio di autosufficienza deve consentire comunque di ritenere ammissibile un ricorso per cassazione tutte le volte in cui la sua lettura, e il riferimento ai passaggi salienti della sentenza impugnata e al contenuto dei documenti rilevanti citati nel ricorso, permette di comprendere l'oggetto e lo svolgimento della controversia nei gradi di merito così come la portata dei suoi motivi, sia per quanto concerne la loro base giuridica (il tipo di censura che viene mossa secondo lo schema dell'art. 360 c.p.c.), sia per quanto concerne il loro contenuto specifico.

I motivi di ricorso per cassazione che rinviano ad atti o documenti del processo di merito devono indicare sia le parti del loro testo che il ricorrente ritiene pertinenti rispetto all'oggetto delle sue censure, sia il riferimento ai documenti originali che sono stati depositati e inseriti nei fascicoli, al fine di consentire al giudice di verificare prontamente la portata e il contenuto del ricorso e la utilizzazione delle risorse disponibili.

L'obbligo di esposizione nel ricorso per cassazione dei fatti di causa impone al difensore uno sforzo di sintesi degli aspetti rilevanti del giudizio di merito alla luce delle censure che intende muovere alla sentenza impugnata. Questa esigenza di sinteticità è compatibile con il principio di autosufficienza la cui finalità è quella di consentire al giudice sulla base della sola lettura del ricorso di comprendere l'oggetto del contendere e il contenuto delle censure alla decisione impugnata e di essere nella condizione di decidere la controversia.

NOTE SULLA POSSIBILE RILEVANZA DELLA DECISIONE NEL GIUDIZIO PENALE.

Dalla decisione della Corte europea emerge: (a) che la definizione delle formalità del ricorso per cassazione è affidata alla discrezionalità degli Stati membri, e che le peculiarità del giudizio di ultima istanza consentono la previsione di requisiti di forma più rigidi di quelli che caratterizzano l'appello (§79 della sentenza Succi v. Italia); (b) che la indicazione di requisiti di "sinteticità" e "pertinenza" del ricorso, oltre che di "autonomia" dello stesso, ovvero della sua idoneità a consentire la definizione del caso senza l'accesso agli atti, non contrastano con le garanzie previste dalla Corte Edu e, segnatamente con il diritto all'accesso alla tutela giurisdizionale, sempre che siano proporzionate, ovvero non si risolvano in formalismi eccessivi (§ 89 della sentenza Succi v. Italia).

Dunque: il "principio di autosufficienza", ove interpretato con ragionevolezza, è stato ritenuto coerente con le garanzie convenzionali in quanto destinato a semplificare l'attività della Corte di cassazione e, allo stesso tempo, a garantire la certezza del diritto e la corretta amministrazione della giustizia (§75); il rispetto del principio garantisce inoltre un uso appropriato ed efficiente delle risorse disponibili (§78).

La Corte europea ha inoltre ribadito che il ricorso deve essere sintetico e chiaro, deve permettere cioè di identificare chiaramente il *thema decidendum* attraverso il richiamo agli aspetti rilevanti del procedimento di merito (§108).

Sul fronte interno emerge che la Cassazione penale ha ribadito la necessità della autosufficienza del ricorso, allineandosi alla giurisprudenza civile.

Anche in ambito penale il principio di autonomia è stato identificato nella necessità che il giudice di legittimità sia posto nelle condizioni di decidere "solo" sulla base del ricorso (e degli atti ad esso allegati).

Nell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza lo stesso si profila coerente con le peculiarità del processo penale, che si caratterizza: (a) per la possibilità che alcuni vizi procedurali possano essere rilevati *ex officio*, il che "implica" l'accesso diretto, e non sollecitato, agli atti del processo; (b) per l'esclusione della possibilità di accesso "diretto" alle prove (cioè non mediato dalla motivazione), se non nei particolari casi in cui se ne sia dedotto il travisamento, in positivo o per omissione.

Così si è stabilito:

-che anche in seguito **dell'entrata in vigore dell'art. 165-bis disp. att.** cod. proc. pen., introdotto dall'art. 7, comma 1, d. lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, trova applicazione il principio di autosufficienza del ricorso, che si traduce nell'onere di puntuale indicazione, da parte del ricorrente, degli atti che si assumono travisati e dei quali si ritiene necessaria l'allegazione, materialmente devoluta alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (Sez. 5 -, Sentenza n. 5897 del 03/12/2020, dep. 2021, Cossu, Rv. 280419, Sez. 2 -, Sentenza n. 35164 del 08/05/2019, Talamanca Rv. 276432);

- che sono considerate inammissibili, per violazione del principio di autosufficienza e per genericità, quei motivi che, deducendo il vizio di manifesta illogicità o di contraddittorietà della motivazione, riportano "meri stralci" di singoli brani di prove dichiarative, estrapolati dal complessivo contenuto dell'atto processuale al fine di trarre rafforzamento dall'indebita frantumazione dei contenuti probatori, o, invece, procedono ad allegare in blocco ed indistintamente le trascrizioni degli atti processuali, postulandone la integrale lettura da parte della Suprema Corte (tra le altre: Sez. 1, Sentenza n. 23308 del 18/11/2014, dep. 2015, Savasta, Rv. 263601);

La giurisprudenza presenta invece qualche discontinuità circa il riconoscimento di un **eventuale obbligo di allegare, o indicare, "atti del processo**", come i verbali di udienza, le memorie, le istanze e le relazioni di notifica (per l'allegazione: Sez. 1, Sentenza n. 48422 del 09/09/2019, Novella, Rv. 277796; Sez. 2, Sentenza n. 26725 del 01/03/2013, Natale, Rv. 256723; *contra* Sez. 2, Sentenza n. 7597 del 12/02/2019, Lori, Rv. 276282; Sez. 1, Sentenza n. 8521 del 09/01/2013, Chahid, Rv. 255304).

In sintesi, ad oggi, l'onere di allegazione è sicuramente esteso a tutte le "prove" che, ove se ne contesti il travisamento, devono essere "allegate" integralmente; qualche incertezza si registra invece nella estensione dell'onere di allegazione agli "atti del processo".

Sebbene l'applicazione del principio di autonomia del ricorso alla giurisdizione penale non sia stata espressamente esaminata dalla Corte europea, l'attuale assetto giurisprudenziale sembra coerente con il diritto convenzionale, nella parte in cui si prevede che tale principio lede il diritto di accesso alla giurisdizione solo ove interpretato in modo irragionevole e sproporzionato.

ART. 6 CEDU

ART. 6 – PROCESSO EQUO - DIRITTO DI DISPORRE DEL TEMPO E DELLE FACILITAZIONI NECESSARIE PER PREPARARE LA PROPRIA DIFESA PRIMA DEL GIUDIZIO DI APPELLO – DIRITTO ALL'ASSISTENZA LEGALE IN APPELLO – ASSENZA DELL'IMPUTATO NEL GIUDIZIO DI APPELLO – ART. 4 PROT.7 CEDU - DIVIETO DI *BIS IN IDEM* – DIRITTO DI NON ESSERE GIUDICATI O PUNITI DUE VOLTE – VIOLAZIONE – ESCLUSIONE – FATTISPECIE: PLURALITÀ DI PROCEDIMENTI PENALI (ED IRROGAZIONE DI PENE) PER DIVERSI REATI COLLEGATI ALLA STESSA CONDOTTA IN TEMA DI VIOLENZE DOMESTICHE.

Corte EDU, Prima Sezione, Galovic c. Croazia del 31 agosto 2021.
https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211592

CLASSIFICAZIONE

GIUSTO PROCESSO (PENALE) - Diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la propria difesa prima del giudizio di appello – Diritto all'assistenza legale in appello – Assenza dell'imputato nel giudizio di appello

DIVIETO DI *BIS IN IDEM* – Diritto di non essere giudicati o puniti due volte – Violazione – Esclusione – Fattispecie: pluralità di procedimenti penali (ed irrogazione di pene) per diversi reati collegati alla stessa condotta in tema di violenze domestiche.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU, art. 6, §§ 1 e 3, lett. b) e c); PROT. ADDIZ. n. 7, art. 4.; COD. PROC. PEN., artt. 599 ss., 649.

RIFERIMENTI ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

Sulle garanzie del giusto processo, *ex* art. 6, §§ 1 e 3, lett. b) e c), Conv. EDU, cfr.:
Corte EDU, 10/02/1983, Caso Albert e Le Compte c. Belgio; Corte EDU, [GC], 01/03/2006, caso Sejdovic c. Italia; Corte EDU, 20/01/2005, caso Mayzit c. Russia; Corte EDU, 09/10/2008, caso Moiseyev c. Russia; Corte EDU, 21/06/2011, caso Orlov c. Russia; Corte EDU, 10/07/2012, caso Gregačević c. Croazia; Corte EDU, 25/04/2013, caso Zahirović c. Croazia; Corte EDU, 16/05/2013, caso Chorniy c. Ucraina; Corte EDU, 04/12/2014, caso Lonić c. Croazia; Corte EDU, 25/10/2016, caso Arps c. Croazia.
Sul divieto di *bis in idem*, *ex* art. 4, Prot. Addiz. 7, alla Conv. EDU: Corte EDU, 14/10/2010, caso A. c. Croazia; - Corte EDU, 25/04/2013, caso Zahirović c. Croazia; Corte EDU, 04/12/2014, caso Lonić c. Croazia; Corte EDU, 25/10/2016, caso Arps c. Croazia; Corte EDU, [GC], 15/11/2016, caso A. e B. c. Norvegia; Corte EDU, 18/05/2017, caso Jòhannesson ed altri c. Islanda; Corte EDU, 06/06/2019, caso Nodet

c. Francia; Corte EDU, 09/07/2019, caso Volodina c. Russia; Corte EDU, Grande Camera, 15/06/2021, caso Kurt c. Austria; Corte EDU, 31 agosto 2021, caso Bragi Gudmundur Kristjansson c. Islanda; Corte EDU, 31 agosto 2021, caso Milosevic c. Croazia.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU., Prima Sezione, 31 agosto 2021, Galovic c. Croazia *(Ricorso n. 45512/11).*

ABSTRACT

Quando una Corte d'appello è chiamata ad operare una valutazione completa della colpevolezza o dell'innocenza di un ricorrente con riguardo alle accuse contestate, è ***sempre necessaria****, ai fini dell'equità del processo,* ***la presenza dell'imputato in udienza****: pur in difetto di una espressa previsione in tal senso nell'art. 6, § 1, Conv. EDU, l'oggetto e lo scopo della disposizione consentono di affermare che una persona "imputata di un reato" ha il* ***diritto di partecipare all'udienza****, ed inoltre il successivo art. 6, § 3, lett. c), garantisce a "chiunque sia imputato di un reato" il diritto di "difendersi personalmente".*

Il divieto di bis **in idem***, previsto dall'art. 7 Prot. addiz. n. 7, Conv. EDU non è violato nel caso in cui, in ordine ad un* **idem factum***, sia instaurata* ***una pluralità di procedimenti penali e/o amministrativi, anche nel caso in cui alcuni di essi siano complementari*** *(avendo ad oggetto reati di minore gravità) rispetto al procedimento penale avente ad oggetto il reato più grave, purché tra essi sussista un* ***nesso di connessione temporale o materiale, e le sanzioni irrogate risultino, nel loro complesso, proporzionate*** *ai fatti accertati.*

IL CASO

Il ricorrente, che aveva subito numerose denunce per violenze domestiche, in ordine alle quali era stato sottoposto ad una pluralità di procedimenti penali aventi ad oggetto sia reati gravi che reati accessori di minore gravità, riportando conclusivamente una condanna alla pena complessiva di anni cinque di reclusione, in data 18/07/2011 aveva presentato ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando violazioni dell'art. 6 Conv. EDU (per avere ricevuto avviso della data di celebrazione dell'udienza in appello soltanto con quattro giorni di anticipo, il che lo avrebbe messo nell'impossibilità di scegliere un

difensore di fiducia che potesse validamente rappresentarlo ed assisterlo, ed inoltre per non essere stato autorizzato a partecipare all'udienza) e dell'art. 4, Prot. addiz. n. 7, alla Conv. EDU, poiché, avendo riportato plurime condanne in procedimenti penali per reati di violenza domestica, la sua condanna penale per i reati minori scaturiti dalle condotte contestate avrebbe costituito una seconda condanna per lo stesso fatto (in realtà, il ricorrente era stato dapprima condannato in un procedimento per reati minori in relazione a due distinti incidenti – verificatisi il primo il 10/01/2008, il secondo il 03/11/2008 - e successivamente condannato per quattro capi di violenza domestica commessi contro i suoi familiari nel periodo compreso tra febbraio 2005 e novembre 2008: le ultime due condanne si riferivano alle stesse parole pronunciate dal ricorrente all'indirizzo della figlia e della *ex*-coniuge, ed all'aggressione di quest'ultima, descrivevano i fatti quasi negli stessi termini, e riguardavano quanto accaduto il 03/11/2008).

LE VIOLAZIONI RIGUARDANTI IL "GIUSTO PROCESSO".

La Corte EDU ha preliminarmente ricordato che l'articolo 6, § 3, lett. b), Conv. EDU garantisce all'imputato "tempo e mezzi adeguati per la preparazione della sua difesa", e quindi implica che l'attività di difesa sostanziale a suo favore può comprendere tutto ciò che è "necessario" per preparare il processo principale.

Secondo un consolidato orientamento, in questa occasione ulteriormente ribadito, l'imputato deve avere l'opportunità di organizzare la sua difesa in modo appropriato e senza restrizioni, onde poter sottoporre tutti gli argomenti difensivi rilevanti dinanzi al Tribunale al fine di incidere in concreto sull'esito del procedimento[4]; nel valutare se l'imputato abbia avuto il **tempo sufficiente per preparare la sua difesa**, si deve prestare particolare attenzione alla **natura del procedimento**, nonché alla complessità del caso e allo stato del procedimento[5].

Ha ricordato, inoltre, che l'articolo 6, § 3, lett. c) sancisce una delle peculiari di un processo equo, ovvero il diritto di ogni imputato di essere efficacemente difeso da un avvocato, eventualmente nominato di ufficio, precisando, ancora una volta in ossequio ad un orientamento consolidato, che il diritto all'assistenza di un difensore non garantisce di per sé l'efficacia dell'assistenza da quest'ultimo prestata in favore

[4] Cfr. Mayzit c. Russia, n. 63378 /00, § 78, 20 gennaio 2005; Moiseyev c. Russia, n.62936/00, § 220, 9 ottobre 2008; Gregačević c. Croatia, n.58331/09, § 51, 10 luglio 2012; Chorniy c. Ucraina, n.35227/06, § 37, 16 maggio 2013.

[5] Cfr. Gregačević, sopra citato, § 51, e Albert e Le Compte c. Belgio, 10 febbraio 1983, § 41, serie A n. 58.

dell'imputato, e che uno Stato non può essere ritenuto responsabile per ogni mancanza del difensore designato di ufficio; dall'indipendenza della professione forense rispetto allo Stato discende che **la condotta della difesa è essenzialmente di competenza dell'imputato e del suo difensore** (a nulla rilevando, in proposito, che il difensore sia retribuito dallo stesso Stato – come accade in caso di ammissione dell'imputato al **patrocinio a spesse dello Stato** - o privatamente dall'imputato), ma le autorità nazionali competenti sono tenute ad intervenire nei casi in cui le omissioni del difensore siano manifeste o comunque siano state portate alla loro attenzione[6].

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto la violazione dell'articolo 6, §§ 1 e 3, lett. c), con riguardo **all'assenza del ricorrente nel giudizio di appello**, ed escluso quella dell'articolo 6, §§ 1 e 3, lett. b) e c), con riguardo all'assistenza difensiva ed al tempo a disposizione dell'interessato per preparare la sua difesa in appello.

Quanto a **quest'ultimo profilo**, le censure del ricorrente riguardavano la presunta impossibilità di assumere un avvocato e preparare la difesa nel breve periodo di tempo intercorso tra la comunicazione della data di udienza in appello e la celebrazione di essa. Secondo la Corte, peraltro, il ricorrente non aveva mai formulato, alle autorità interne, doglianze riguardanti il tempo ed mezzi a sua disposizione per preparare la difesa o l'impossibilità di avvalersi dell'ausilio di un difensore; risultava, inoltre, che egli era stato rappresentato dinanzi al giudice di primo grado da un avvocato di sua scelta e che aveva avuto ampio tempo ed opportunità per conferire quest'ultimo e preparare la difesa, e nulla dimostrava che avesse subito limitazioni quanto al numero ed alla durata degli incontri con l'avvocato prescelto in qualsiasi fase del procedimento. Pertanto, nel momento in cui il procedimento pendeva in appello (dove era stato rinviato dalla Corte Suprema per un nuovo esame dei ricorsi del ricorrente e del predetto difensore), il ricorrente aveva già beneficiato dei servizi del suo avvocato ed aveva avuto tempo sufficiente per preparare la sua difesa (avendo, in particolare, presentato la sua difesa dinanzi al giudice istruttore ed al giudice di primo grado, ed avendo in tre occasioni presentato ulteriori difese scritte, analizzando il caso in dettaglio, con ampio riferimento a tutti i principali elementi di prova, comprese perizie e testimonianze), ed i tribunali nazionali gli avevano accordato l'opportunità di assumere un altro avvocato, ma egli non se ne era avvalso.

Per tali ragioni, la Corte ha ritenuto che la brevità del tempo intercorso tra la citazione del ricorrente per l'udienza di appello e la celebrazione di essa non avesse limitato il suo diritto a tempo e mezzi adeguati per preparare la sua difesa, né il suo diritto di essere

[6] Cfr. Orlov c. Russia, n.29652/04, § 108, 21 giugno 2011.

legalmente rappresentato, in misura tale da rendere il processo celebrato nei suoi confronti non equo.

Quanto al **primo profilo**, la Corte ha richiamato quanto già osservato in altre cause contro la Croazia (il cui ordinamento attribuisce alla Corte di appello il diritto di stabilire se l'imputato ha, o meno, interesse a partecipare all'udienza) che ponevano una questione simile[7], conclusesi tutte con declaratoria di violazione dell'articolo 6, §§ 1 e 3, lett. c), della Convenzione: in particolare, quando una corte d'appello viene chiamata ad operare una valutazione completa della colpevolezza o dell'innocenza di un ricorrente con riguardo alle accuse contestate, **è sempre necessaria, ai fini dell'equità del processo, la presenza del ricorrente. Sebbene ciò non sia espressamente menzionato nel § 1 dell'articolo 6,** l'oggetto e lo scopo di esso, valutati nel loro insieme, consentono di affermare che una persona "imputata di un reato" ha il **diritto di partecipare all'udienza;** inoltre, la lettera c) del comma 3 garantisce a "chiunque sia imputato di un reato" il diritto di "difendersi personalmente"[8], e sarebbe difficile per il ricorrente esercitare tali diritti senza essere presente in udienza.

Ricadute nell'ordinamento interno.

L'applicazione è **priva d'interesse per il nostro ordinamento**, che prevede termini a comparire adeguati (pari a giorni venti, *ex* art. 601, comma 5, cod. proc. pen.), ed attribuisce sempre e comunque all'imputato di diritto di partecipare al giudizio di appello, al più onerandolo, ove si proceda in camera di consiglio *ex* art. 599 cod. proc. pen., di manifestare la volontà di comparire.

LA VIOLAZIONE RIGUARDANTE IL DIVIETO DI "*BIS IN IDEM*".

La Corte EDU ha premesso che, nel caso in esame, anche gli illeciti di minore gravità erano qualificati come "reati" dal diritto interno, e quindi, tenuto anche conto della gravità della sanzione prevista per ciascuno di essi, riguardavano certamente la "**materia penale**" ai fini di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7; quanto al requisito dell' "***idem factum***", premesso che il divieto di cui all'articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione EDU riguarda il perseguimento di un secondo "reato" nella misura in cui quest'ultimo sia integrato da fatti identici o sostanzialmente uguali a quelli che integrano un diverso reato già giudicato, ha ammesso che i fatti per i quali il ricorrente era già stato condannato nei precedenti procedimenti penali (riguardanti i reati minori)

[7] Cfr. Zahirović c. Croazia, n. 58590 /11, §§ 58-64, 25 aprile 2013; Lonić c. Croazia, n.8067/12, §§ 94-102, 4 dicembre 2014; Arps c. Croazia, n. 23444/12, §§ 24- 29, 25 ottobre 2016.

[8] Cfr. Sejdovic c. Italia [GC], n.56581/00, § 81, 1° marzo 2006.

costituivano parte integrante delle contestazioni elevate nei successivi procedimenti penali, e quindi che i fatti oggetto dei successivi procedimenti penali erano in parte identici ai fatti oggetto dei precedenti procedimenti per reati minori.

La Corte è quindi passata a valutare se vi fosse stata una indebita duplicazione ("***bis***") di procedimenti, ribadendo preliminarmente il proprio orientamento per il quale l**e predette duplicazioni non sono sempre e comunque in contrasto con la garanzia convenzionale in oggett**o: peraltro, affinché non vi sia una duplicazione, del processo o della pena, vietata dall'articolo 4 del Protocollo n. 7, lo Stato convenuto deve dimostrare in modo convincente che i due (o più) procedimenti in questione fossero "strettamente connessi da un punto di vista sostanziale e temporale", risultando **combinati in modo integrato, tanto da lasciar ritenere che costituissero parte di un unico insieme, perseguendo finalità complementari**[9].

La duplicazione può risultare consentita solo se costituisce una **conseguenza prevedibile** per le persone imputate; onde evitare all'interessato svantaggi derivanti dalla duplicazione della raccolta e della valutazione delle prove, **è necessaria un'adeguata interazione tra le varie autorità competenti** al fine di garantire che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia replicato nell'altro, e che all'atto dell'irrogazione della sanzione ulteriore si tenga conto di quella/e irrogata/e in precedenza: le sanzioni irrogate, considerate nel loro complesso, devono risultare proporzionate ai fatti accertati.

Ciò premesso, si è osservato che gli Stati che aderiscono alla Convenzione EDU hanno, ai sensi degli articoli 3 e 8 della Convenzione, l'obbligo positivo di prevedere disposizioni giuridiche atte ad offrire alle **vittime** adeguata ed effettiva protezione contro gli atti di **violenza domestica** (ed, in particolare, la criminalizzazione degli atti di violenza all'interno della famiglia e la previsione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive); si è anche ammesso che la violenza domestica raramente costituisce un incidente che si verifica *una tantum*, ricomprendendo di solito abusi fisici, psicologici, sessuali, emotivi, verbali e finanziari cumulativi, tanto da legittimare un'accezione della violenza domestica come reato abituale caratterizzato da un modello di comportamento permanente,

[9] Cfr., per tutte, Corte EDU, Grande Camera, 15/11/2016, caso A. e B. c. Norvegia; Corte EDU, 18/05/2017, caso Jòhannesson ed altri c. Islanda; per utili riferimenti inerenti all'analoga garanzia di cui all'art. 50 CDFUE, cfr. Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sentenze Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate SA ed altri contro Consob (C-537/16) e Di Puma contro Consob e Consob contra Zecca (C-596/16 e C-597/16).

nell'ambito del quale ogni singolo incidente costituisce elemento costitutivo di uno schema più ampio[10].

L'ordinamento croato, all'epoca dei fatti, incriminava i singoli atti di violenza domestica sia come reati minori di violenza domestica, sia – ove integranti una più ampia e reiterata condotta di maltrattamenti in famiglia – come reato più grave ed onnicomprensivo: lo scopo dell'incriminazione dei singoli reati minori era quello di fornire una pronta reazione a un particolare episodio di violenza domestica di per sé non costituente il reato più grave, al fine di prevenire in modo tempestivo ed efficace un'ulteriore *escalation* di violenza all'interno della famiglia e proteggere immediatamente le vittime; raggiunto un certo grado di gravità del comportamento illecito dell'agente, poteva essere avviato il procedimento riguardante il reato più grave, contestato al fine di affrontare in maniera globale una situazione di violenza persistente in atto[11]. **Questo sistema, ed, in particolare, la parziale duplicazione dei procedimenti, finalizzata a perseguire l'interesse generale di reagire prontamente ed adeguatamente alle violenze domestiche**, che producono effetti particolarmente dannosi sulla vittima, sulla famiglia e sulla società, non si prestava a censure in quanto, intensificando gradualmente la risposta dello Stato alle predette condotte, rappresentava una risposta complementare ai comportamenti socialmente offensivi di violenza domestica[12].

Secondo la Corte EDU, quindi, **un medesimo fatto illecito può legittimare l'instaurazione di una pluralità di procedimenti, sia penali che amministrativi, o comunque complementari rispetto ad essi** (ovvero aventi ad oggetto imputazioni/incolpazioni di minore gravità rispetto a quelle costituenti oggetto del procedimento principale avente ad oggetto l'imputazione/incolpazione di gravità maggiore): nel caso di specie, peraltro, trattavasi di una evenienza nota, o che comunque l'interessato poteva agevolmente rappresentarsi, e non risultava, pertanto, compromessa la certezza del diritto, perché il ricorrente, avendo agito con violenza nei confronti di familiari stretti in diverse occasioni, avrebbe dovuto essere consapevole che la sua condotta avrebbe potuto comportare conseguenze quali l'instaurazione di procedimenti per reati minori ai sensi della legge sulla protezione contro le violenze domestiche e procedimenti penali per comportamenti abituali e reiterati di violenza domestica incriminati ai sensi del codice penale.

[10] Corte EDU, 09/07/2019, caso Volodina c. Russia, n. 41261/17, § 71; Corte EDU, Grande Camera, 15/06/2021, caso Kurt c. Austria, n. 62903/15, § 164.

[11] Corte EDU, 14/10/2010, caso A. c. Croazia, n. 55164/08, § 76.

[12] Corte EDU, 06/06/2019, caso Nodet c. Francia, n. 47342/14, § 48.

Il Tribunale penale aveva, inoltre, preso atto di tutte le precedenti sentenze per i reati minori contro il ricorrente, ed aveva utilizzato alcune prove documentali acquisite in tali procedimenti; la decisione di riascoltare alcuni testimoni si era risolta a tutela dei diritti dell'imputato ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione: se ne è desunto che **l'interazione ed il coordinamento tra i due Tribunali che avevano proceduto erano adeguati e che i due procedimenti formavano un insieme coerente, e quindi che il ricorrente non aveva subito alcuno svantaggio** connesso alla duplicazione dei procedimenti, al di là di quanto strettamente necessario.

Ciascuna delle condanne per reati minori aveva tenuto conto della sanzione inflitta al ricorrente nel precedente procedimento per altro reato minore; in seguito, nel giudicare il reato previsto dal codice penale, il giudice penale aveva espressamente riconosciuto che il ricorrente era già stato punito in cinque gradi di giudizio per reati minori, ed **aveva detratto dalla sua condanna il periodo che il ricorrente aveva trascorso in detenzione sulla base di due delle condanne per reati minori denunciate:** di conseguenza, i tribunali nazionali avevano rispettato il **principio di detrazione** ed avevano assicurato che l'importo complessivo delle sanzioni irrogate al ricorrente fosse proporzionato alla gravità del reato in questione.

Sussisteva, infine, una connessione sostanziale e temporale tra i singoli procedimenti, tale da lasciar ritenere che le plurime sanzioni irrogate al ricorrente costituissero parte di un unico sistema sanzionatorio: le autorità interne erano intervenute, informate, ogni volta che si era verificato un episodio isolato di violenza domestica in famiglia per fornire un soccorso immediato alle vittime; dopo che una serie di incidenti verificatisi relativamente vicini nel tempo, vale a dire per un periodo di circa tre anni, aveva raggiunto un certo grado di gravità, le autorità avevano avviato l'ultima serie di procedimenti per reati minori e, circa un mese dopo, il procedimento per l'incriminazione in ordine al reato abituale di violenza domestica ai sensi dell'articolo 215a del codice penale. I vari procedimenti erano, quindi, sufficientemente collegati nel tempo, e la successiva istituzione di un nuovo procedimento penale per il reato più grave non poteva essere considerata abusiva.

Era, quindi, insussistente la dedotta violazione dell'art. 4 del Prot. n. 7.

I RAPPORTI TRA I SINGOLI REATI CONTRO LA PERSONA ED IL REATO DI MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

Secondo la giurisprudenza interna (Sez. 6, n. 56961 del 19/10/2017, Rv. 272200), il delitto previsto dall'art. 572 cod. pen. configura un reato abituale, essendo costituito da una pluralità di fatti commessi reiteratamente dall'agente con l'intenzione di sottoporre il soggetto passivo ad una serie di sofferenze fisiche e morali, onde ogni successiva condotta di maltrattamento si riallaccia a quelle in precedenza realizzate, saldandosi con

esse e dando vita ad un illecito strutturalmente unitario; allorché, di contro, la serie di fatti costituenti maltrattamenti si esaurisca e, dopo un notevole intervallo temporale, ne inizi un'altra contro lo stesso soggetto passivo, si è in presenza di due autonomi reati di maltrattamenti, eventualmente uniti dal vincolo della continuazione ove sussista un medesimo disegno criminoso.

Nel caso di maltrattamenti in famiglia posti in essere nei confronti di più soggetti passivi si configura una pluralità di reati, eventualmente unificati dalla continuazione, atteso che l'interesse protetto dal reato di cui all'art. 572 cod. pen. è la personalità del singolo in relazione al rapporto che lo unisce al soggetto attivo (Sez. 6, n. 29542 del 18/09/2020, Rv. 279688).

Si è ritenuto che:

- il reato di maltrattamenti in famiglia assorbe il delitto di cui all'art. 612 cod. pen. a condizione che le minacce rivolte alla persona offesa non siano frutto di un'autonoma ed indipendente condotta criminosa, ma costituiscano una delle condotte mediante le quali si realizza il reato di maltrattamenti (Sez. 6, n. 17599 del 25/02/2021, Rv. 281213);

- il reato di maltrattamenti in famiglia concorre con il reato di lesioni personali diretto a commettere il primo (così, da ultimo, Sez. 6, n. 14168 del 22/01/2020, Rv. 278844).

ANCORA IN TEMA DI VIOLAZIONI DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM*: DUE DECISIONI IN PARI DATA.

Una decisione della Corte EDU, emessa in pari data rispetto a quella oggetto di questo *Report* (**Corte EDU, Terza Sezione, 31 agosto 2021, *Bragi Gudmundur Kristjansson c. Islanda*, ricorso n. 12951/18**), ha dichiarato **la violazione** della garanzia convenzionale *de qua* in riferimento ad un caso nel quale il ricorrente, responsabile di **reati di natura fiscale**, aveva subito, per i medesimi fatti, un processo penale conclusosi con la condanna a mesi tre di reclusione ed euro 84.000 di multa **ed, in sede amministrativa**, una maggiorazione d'imposta in relazione ai tributi indebitamente non versati: in questo caso, la Corte EDU ha premesso che le accise e le **maggiorazioni d'imposta** previste dalla normativa fiscale interna avevano natura soltanto nominalmente amministrativa, ma **sostanzialmente penale**, ed ha poi attribuito rilievo decisivo all'eccessivo lasso di tempo intercorso tra la celebrazione dei distinti procedimenti in questione (i procedimenti tributario e penale si erano svolti in parallelo per un anno e quattro mesi, ma dal momento in cui la condanna del ricorrente in sede tributaria era divenuta definitiva, il procedimento penale era proseguito per tre anni, "un lasso di tempo considerevole, soprattutto se confrontato con la durata dei procedimenti paralleli", in ordine al quale lo Stato convenuto non aveva fornito spiegazioni adeguate).

Una ulteriore decisione, emessa ancora in pari data (**Corte EDU, Prima Sezione, 31 agosto 2021, *Milosevic c. Croazia*, ricorso n. 12022/16**), ha dichiarato la violazione della garanzia convenzionale *de qua*, in riferimento ad un caso nel quale il ricorrente, imputato/incolpato **dell'utilizzo in un camion di sua proprietà, come carburante, di un olio combustibile speciale sostenuto dallo Stato, che non poteva essere utilizzato come carburante per autoveicoli,** era stato dichiarato lo stesso giorno colpevole di un **reato minore ai sensi della legge sulle accise per l'uso dell'olio da riscaldamento nel suo camion** in contrasto con la sezione 74(2) di tale legge e condannato alla multa di 4.800 kune croate (HRK), e successivamente sottoposto a procedimento amministrativo per le violazioni tributarie, conclusosi con la condanna al pagamento di accise maggiorate di cento volte.
Secondo la Corte EDU, non poteva dubitarsi del fatto che sia il procedimento per reato minore che il successivo procedimento amministrativo riguardavano un'ispezione del carburante utilizzato in un autocarro di proprietà del ricorrente, avvenuta il 29 giugno 2012 e l'accertamento del fatto che il serbatoio del carburante conteneva olio non consentito: "di conseguenza, è presente l'elemento *idem* del principio del *ne bis in idem*".
I successivi procedimenti amministrativi (fiscali) instaurati contro il ricorrente, all'esito dei quali gli era stato ordinato di pagare le accise sul carburante utilizzato, avevano lo scopo di determinare le conseguenze fiscali del suo comportamento illecito, ma l'importo che il ricorrente era stato condannato a pagare non consisteva in un semplice calcolo delle accise dovute, poiché, in virtù dell'aumento di cento volte, ne era chiaro lo scopo di punire ulteriormente per tentata evasione fiscale: non si poteva, quindi, affermare che i due procedimenti perseguissero finalità meramente complementari, nell'affrontare aspetti diversi del mancato rispetto delle norme sull'uso dell'olio combustibile.

IL DIVIETO DI *BIS IN IDEM* NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA.

La giurisprudenza interna ha immediatamente recepito l'orientamento della Corte di Strasburgo consacrato dalla sentenza emessa dalla Grande Camera in data 15/11/2016 nel caso A. e B. contro Norvegia, ed appare ormai ferma nel ritenere che non sussiste la violazione del divieto convenzionale di *bis in idem* di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 Conv. EDU, nel caso dell'irrogazione definitiva di una sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale alla stregua degli Engel *criteria*, per il medesimo fatto per il quale vi sia stata condanna a sanzione penale, quando tra il procedimento formalmente amministrativo e quello penale sussista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, tale che le due sanzioni siano parte di un unico sistema.
Per tale ragione, Sez. 5, n. 5679 del 09/11/2018, dep. 2019, Rv. 275314 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. per violazione dell'art. 117, comma primo, Cost. sollevata in relazione all'art.

4 Protocollo n. 7 Conv. EDU, dal momento che, alla luce della sentenza della Corte EDU, GC, 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*, il doppio binario sanzionatorio non viola il principio del *ne bis in idem* convenzionale laddove tra i due procedimenti, quello penale e quello amministrativo, ricorra un legame temporale e materiale sufficientemente stretto, che il giudice nazionale è tenuto a verificare.

In applicazione del principio:

- Sez. 3, n. 6993 del 22/09/2017, dep. 2018, Rv. 272588 non ha ravvisato la violazione del suddetto divieto nel caso di avvisi di accertamento di violazioni tributarie e di irrogazione delle relative sanzioni notificati all'imputato pochi mesi prima dell'inizio del procedimento penale per reati tributari relativi ai medesimi fatti;

- Sez. 2, n. 41007 del 22/05/2018, Rv. 274463, in tema di abusivismo finanziario, ha ritenuto che l'applicazione congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 166 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e delle sanzioni amministrative previste dal successivo art. 196 (nel caso di specie, sanzione pecuniaria amministrativa e radiazione dall'albo unico dei promotori finanziari) non confligge con il divieto di *bis in idem*, trattandosi di misure complementari, dirette al soddisfacimento di finalità sociali differenti, che determinano una sanzione penale "integrata" prevedibile e complessivamente proporzionata al disvalore del fatto;

- Sez. 3, n. 5934 del 12/09/2018, dep. 2019, Rv. 275833 ha escluso la violazione del suddetto divieto nel caso di una sanzione amministrativa non ancora irrevocabile al momento della decisione di secondo grado del procedimento penale per reati tributari relativi ai medesimi fatti;

- Sez. 2, n. 5048 del 12/2020, dep. 2021, Rv. 280570 ha escluso la violazione del divieto nel caso di una sanzione amministrativa irrogata in ambito assicurativo (ISVASS) a seguito di procedimento disciplinare relativo agli stessi fatti oggetto di procedimento penale.

Da ultimo, Sez. 5, n. 39999 del 15/04/2019, Rv. 276963, in tema di abuso di informazioni privilegiate, ha ritenuto che, nel caso in cui siano state già definitivamente inflitte le sanzioni amministrative previste dall'art. 187-*bis* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in modo tale da assorbire completamente il disvalore della condotta, risultando coperti aspetti rilevanti sia a fini penali che amministrativi, e pienamente tutelato l'interesse protetto dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, il giudice di merito o quello di legittimità - ricorrendo le condizioni previste dall'art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen. – possono disapplicare integralmente la sanzione penale, atteso che, in tal caso, il cumulo delle sanzioni risulterebbe radicalmente sproporzionato e contrario ai principi sanciti dagli artt. 50 CDFUE e 4 Prot. n. 7 Conv. EDU, come interpretati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nelle sentenze Grande Sezione, Menci (C-524/15); Garlsson Real Estate SA e

altri contro Consob (C-537/16); Di Puma contro Consob e Consob contra Zecca (C-596/16 e C-597/16) e dalla Corte EDU nella sentenza della Grande Camera nel caso A e B contro Norvegia del 2016.

DURATA RAGIONEVOLE E PROCEDIMENTO DINANZI ALLA CORTE DI STRASBURGO.

Nel caso in esame, a fronte di un ricorso depositato in data 18/07/2011, la decisione è intervenuta in data 31/08/2021, e non è ancora definitiva.

Si ripropone, quindi, il problema della durata dei procedimenti dinanzi alla Corte EDU: quest'ultima, pur essendo la suprema garante – tra l'altro – della ragionevolezza della durata dei procedimenti dinanzi alle autorità giudiziarie interne, si sta trovando nella situazione di costituire essa stessa un fattore di criticità per l'equità dei processi, in quanto a sua volta pone le premesse per la contestazione della violazione del diritto dei ricorrenti alla durata ragionevole dei procedimenti pendenti innanzi a sé.

Il problema è già stato affrontato nel *report* di questo Gruppo riguardante la recente legge interna di ratifica del Protocollo n. 15, al quale si rinvia.

ART. 6 CEDU

ART. 6 - DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO- IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE – PARTECIPAZIONE DI QUESTI AD UN INCONTRO CON LA MADRE DELLE VITTIME DI UN OMICIDIO.

Corte EDU, Terza Sezione, Karrar c. Belgio del 31 agosto 2021

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-211597

CLASSIFICAZIONE.
ART. 6 - DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO - IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE.

RIFERIMENTI NORMATIVI CEDU: ART. 6 § 1

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI.
Sentenze della Corte EDU
Sigriður Elìn Sigfúsdóttir c. Islanda, n. 41382/17, §57, 25 febbraio 2020; Škrlj c. Croazia, n. 32953/13, § 46, 11 luglio 2019; Otegi Mondragon c. Spagna, nn. 4184/15 e altri 4, § 67, 6 novembre 2018; Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 145, 6 novembre 2018; Morice c. Francia [GC], n. 29369/10, § 74, 23 aprile 2015; Kyprianou c. Cipro [GC], no. 73797/01, § 118, 15 dicembre 2005; Hauschildt c. Danimarca, 24 maggio 1989, § 47, serie A n. 154; De Cubber c. Belgio, 26 ottobre 1984, § 25, serie A n. 86; Piersack c. Belgio, 1° ottobre 1982, § 30, serie A n. 53.

PRONUNCIA SEGNALATA
Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, Karrar c. Belgio del 31 agosto 2021 (n. 61344/2016)

ABTRACT
La Terza Sezione della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, sotto il profilo della mancata imparzialità oggettiva del Presidente della Corte d'assise di Liegi, per avere costui organizzato, una settimana prima della celebrazione del processo nel quale il ricorrente rispondeva dell'accusa di omicidio dei due figli, un incontro privato con la madre delle vittime.

IL CASO

Il ricorrente è un cittadino belga, condannato definitivamente all'ergastolo per l'omicidio volontario dei due figli.

Nel relativo processo, la madre delle vittime si è costituita parte civile.

Il Procuratore di Liegi aveva già richiesto alla Corte di cassazione lo spostamento del processo dal Tribunale di prima istanza di Liegi per *legittima suspicione* (essendo la parte civile figlia di un magistrato che, tra l'altro, esercitava l'azione pubblica presso la sezione di messa in accusa della Corte di appello di Liegi che avrebbe poi ordinato il rinvio a giudizio del Karrar davanti alla stessa Corte d'assise di Liegi), ma la Corte di cassazione rigettava l'istanza.

Il ricorrente ha denunciato violazione dell'art. 6 § 1 CEDU con riguardo al principio dell'equo processo, fondando la stessa sulla dedotta mancanza di imparzialità del Presidente della Corte d'assise, davanti alla quale il processo era stato chiamato, in virtù di una visita che quel giudice aveva organizzato telefonicamente la settimana antecedente al processo, presso il domicilio della madre delle vittime, episodio che il ricorrente aveva appreso direttamente dalla parte civile.

La difesa, inoltre, ha lamentato che il ricorrente aveva subito un processo iniquo alla luce dell'atteggiamento ostile tenuto dal Presidente della Corte durante la sua audizione nel procedimento (in particolare, si assume che l'imputato sarebbe stato costantemente ripreso, sottoposto a contro interrogatorio degli esperti dell'accusa senza che fosse assicurato il contro esame, messo in condizione di non poter reagire a una domanda posta all'esperto tossicologo, poiché il suo punto di vista sarebbe stato schernito dal Presidente).

L'imputato, pertanto, presentava ricorso alla Corte di Cassazione chiedendo l'annullamento della pronuncia impugnata e il rinvio ad altro giudice del medesimo grado, in ragione della condotta del Presidente del collegio giudicante.

Con una memoria, il magistrato accusato ribatteva che i processi da lui presieduti includevano generalmente un sopralluogo del teatro dei fatti e che la visita era stata fatta per comprendere meglio la disposizione dei luoghi dopo essersi prima incontrato con la madre delle vittime, che ancora vi abitava, alla quale aveva poi augurato buona fortuna per il processo, senza tuttavia manifestarle alcuna compassione o empatia.

La Corte di Cassazione belga ha ritenuto che non sussistevano, nel caso di specie, gli estremi per la configurabilità di una frode alla giustizia (pris à partie), per la quale era necessario dimostrare che l'agente avesse posto in essere manovre o artifici (al fine di intralciare la giustizia, favorire una parte o perseguire un interesse personale). In particolare, ha rilevato che le dichiarazioni della madre delle vittime riferite dal ricorrente erano state contestate formalmente dal giudice accusato e non potevano perciò dirsi provate, molto dipendendo anche dalla percezione soggettiva di chi aveva riferito quelle parole; e che, dai processi verbali di udienza, non era emerso un atteggiamento indicativo

della mancanza di imparzialità durante l'esame dell'imputato, la sola visita alla parte civile, sia pur criticabile, non costituendo elemento sufficiente.

I CRITERI DI AMMISSIBILITÀ (ART. 35 DELLA CONVENZIONE EDU).

Il Governo ha sostenuto che il ricorrente non aveva esaurito i rimedi interni, avendo omesso di chiedere la ricusazione del Presidente della Corte d'assise e lo spostamento del processo per motivi di legittima suspicione. Il ricorrente, al contrario, ha dichiarato di non aver potuto proporre dette azioni per essere venuto a conoscenza della circostanza dell'incontro solo in un momento successivo alla scadenza dei relativi termini.

La Corte EDU ha affermato che le censure mosse dal ricorrente inerenti all'atteggiamento del Presidente durante il processo gli avrebbero consentito di proporre istanza di ricusazione e di introdurre una nuova istanza per lo spostamento del processo e ha, pertanto, dichiarato inammissibile il ricorso in parte qua ai sensi dell'art. 35 §§ 1 e 4 della Convenzione. Con riguardo all'ulteriore profilo di censura (la visita alla parte civile), la Corte ha invece ritenuto che il ricorso fosse ammissibile.

LA DECISIONE

I giudici di Strasburgo hanno ribadito che in una società democratica è fondamentale l'affidamento riposto nella giustizia da parte di coloro che sono sottoposti a procedimenti penali (richiamando Kyprianou c. Cipro [GC], no. 73797/01, § 118, CEDU 2005-XIII). A tal fine, l'art. 6 CEDU esige il rispetto del principio di imparzialità da parte del giudice.

La Corte ha ricordato che, con il termine **imparzialità**, ci si riferisce normalmente alla **assenza di pregiudizio o faziosità del giudice**, ponendo in rilievo, da un punto di vista soggettivo, la condotta e le convinzioni personali del giudice onde verificare se costui abbia dato prova con esse di faziosità o pregiudizio; da un punto di vista oggettivo, la necessità di verificare se il giudice abbia fornito adeguate garanzie per escludere qualsiasi dubbio legittimo circa la sua imparzialità (con richiamo a Piersack v. Belgio, 1° ottobre 1982, § 30, serie A n. 53; Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 145, 6 novembre 2018).

Con riguardo ai mezzi di prova, se l'imparzialità soggettiva si presume fino a prova contraria (cfr. Hauschildt c. Danimarca, 24 maggio 1989, § 47, serie A n. 154), essa richiede però la verifica della circostanza che il giudice abbia manifestato un atteggiamento ostile per ragioni personali (cfr. De Cubber c. Belgio, 26 ottobre 1984, § 25, serie A n. 86; Kyprianou, citata, § 119, e Morice c. Francia [GC], n. 29369/10, § 74, CEDU 2015); laddove, nella valutazione oggettiva, rilevano anche le apparenze e i dubbi sulla imparzialità del giudice, sempre che detti dubbi risultino oggettivamente giustificati (cfr. Hauschildt, citata, § 48, Kyprianou, citata, § 118, Morice, citata, § 76, e Ramos Nunes de Carvalho e Sá, citata, § 147).

Secondo la Corte, un'analisi della sua giurisprudenza consente di **distinguere due tipi di situazioni suscettibili di denunciare un difetto d'imparzialità del giudice**: la prima, di ordine funzionale, ricomprende **i casi in cui la condotta personale del giudice non entra in gioco e sono piuttosto le differenti funzioni svolte nel processo a suscitare dubbi di imparzialità oggettivamente giustificati** che riguardano, dunque, il significato oggettivo del termine; la seconda, invece, è **di ordine personale ed è direttamente collegata alla condotta del giudice con riferimento a uno specifico caso**.

I due piani, tuttavia, possono anche sovrapporsi atteso che una stessa condotta può fondare un dubbio oggettivo di non imparzialità e rivelare anche il pregiudizio personale del giudice.

Quanto al caso concreto, **i giudici di Strasburgo hanno ritenuto la violazione del parametro convenzionale alla stregua dei fatti esaminati in concreto**, ovvero dell'iniziativa autonoma presa dal Presidente di incontrare la parte civile in assenza di altre parti (il ricorrente o il suo avvocato) e, dunque, di testimoni che potessero confermare la buona fede dei soggetti coinvolti, e ha ritenuto che la condotta del giudice fosse idonea a suscitare fondati dubbi sulla sua imparzialità oggettiva.

La Corte ha, peraltro, osservato che **la sola cortesia o la compassione manifestate dal giudice alla madre delle vittime non può essere assimilata di per sé a un atteggiamento ostile nei confronti dell'imputato** e, quindi, rilevare quale difetto di imparzialità soggettiva del giudice, tuttavia precisando che, nella specie, era stato proprio il Presidente della Corte d'assise a prendere l'iniziativa di organizzare la visita senza la presenza di testimoni, accettando così il rischio che la stessa potesse essere criticata. Quindi, pur in mancanza di una prova di un pregiudizio in ordine alla colpevolezza dell'imputato, come affermato dalla Corte di cassazione, tuttavia, tale condotta ha giustificato il fondato dubbio della mancanza di imparzialità da un punto di vista oggettivo.

Quanto alla **natura collegiale dell'organo giudicante**, la Corte ha ricordato che il difetto di imparzialità oggettiva da parte di un componente del collegio non è di per sé rilevante ai fini dell'art. 6 §1 della Convenzione nella misura in cui la segretezza della camera di consiglio non consente di accertare quale sia il peso di quell'opinione sulla deliberazione finale (cfr. Morice, citata; Otegi Mondragon c. Spagna, nn. 4184/15 e altri 4, § 67, 6 novembre 2018; Škrlj c. Croazia, n. 32953/13, § 46, 11 luglio 2019, e Sigriður Elìn Sigfúsdóttir c. Islanda, n. 41382/17, §57, 25 febbraio 2020).

Vero è anche che, secondo la legislazione belga, la giuria popolare è composta da dodici cittadini scelti a sorte e, all'epoca dei fatti, deliberava sulla responsabilità, mentre i tre giudici professionali non erano chiamati a giudicare sulla stessa se il verdetto di colpevolezza era raggiunto da una maggioranza di almeno sette contro cinque; ma, in ogni caso, spetta ai magistrati togati motivare sula decisione della giuria e discutere, insieme a

quest'ultima, dell'entità della pena. Inoltre, secondo la Corte, non deve essere sotto stimato il ruolo effettivo del Presidente della Corte d'assise, il quale dirige la discussione e lo stesso processo. Per tali motivi, ha ritenuto all'unanimità accertata la violazione dell'art. 6 §1 della Convenzione e la relativa constatazione sufficiente compensazione per il danno morale subito dal ricorrente

ART. 7 CEDU

ART. 7 CEDU – *NULLUM CRIMEN SINE LEGE* – RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE – MANCATA APPLICAZIONE RETROATTIVA DI DISPOSIZIONI PIÙ FAVOREVOLI DA PARTE DEI GIUDIZI NAZIONALI – CONDANNA PRIVA DI BASE GIURIDICA.

Corte EDU, *Sinan Çetinkaya e Agyar Çetinkaya c. Turchia del 24 maggio 2022, n. 74536/10 e 75462/10.*

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217387

CLASSIFICAZIONE

ART. 7 CEDU – *NULLUM CRIMEN SINE LEGE* – RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE – MANCATA APPLICAZIONE RETROATTIVA DI DISPOSIZIONI PIÙ FAVOREVOLI DA PARTE DEI GIUDIZI NAZIONALI – CONDANNA PRIVA DI BASE GIURIDICA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU art. 7

Costituzione art. 25

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU

Scoppola c. Italia (n. 2) [GC], n. 10249/03, § 109, 17 settembre 2009; parere consultivo [GC] n. P16-2019-001, Corte costituzionale dell'Armenia, §81, 29 maggio 2020; *Jidic c. Romania*, n. 45776/16, § 80, 18 febbraio 2020; *Parmak e Bakır c. Turkey*, nn. 22429/07 e 25195/07, § 64, 3 dicembre 2019; *Rohlena c. Repubblica Ceca* [GC], n. 59552/08, § 51, CEDU 2015; *Kononov c. Lettonia*, n. 36376/04, § 187, CEDU 2010

ABSTRACT

*La Corte E.D.U. ha ravvisato una **violazione dell'art. 7 della Convenzione**, ovvero del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", sotto il profilo della **retroattività della legge penale più favorevole**, per avere i giudici nazionali omesso di applicare la disposizione più favorevole per i ricorrenti, affermando la penale responsabilità degli stessi per il reato di appropriazione indebita bancaria, in assenza di una base giuridica nel diritto interno, a seguito della perdita della qualifica di pubblico ufficiale in capo all'intraneo concorrente del reato, per effetto di una modifica legislativa.*

IL CASO

Con la sentenza in esame, la Corte EDU si è pronunciata sul ricorso presentato da due cittadini turchi, Sinan Çetinkaya and Ağyar Çetinkaya, i quali erano stati rinviati a giudizio nel luglio del 1999 per falsificazione di documenti ufficiali e frode aggravata.

I ricorrenti, in particolare, erano il direttore generale ed il presidente del consiglio di amministrazione di un'azienda automobilistica, accusati di concorso nel reato "proprio" di appropriazione indebita bancaria, per aver ottenuto prestiti bancari dalla filiale di Taksim della Ziraat Bank - ente di proprietà dello Stato all'epoca in cui è stato depositato l'atto di accusa - per conto di settantasei persone, mediante documenti falsificati, utilizzando tali prestiti per scopi personali.

Nel giugno di quello stesso anno, era entrata in vigore una legge (n. 4389) sulle banche e anche il direttore della filiale di Taksim della Ziraat Bank era stato rinviato a giudizio nel settembre di quell'anno per concorso nei medesimi reati, in quanto consapevole della falsità dei documenti posti alla base delle richieste di prestito.

Il 25 novembre del 2000 era entrata in vigore la legge n. 4603 che modificava lo *status* giuridico della Ziraat Bank, trasformandola da banca pubblica a società per azioni, con conseguente perdita della qualifica di pubblici ufficiali dei suoi dipendenti ai fini della responsabilità penale.

Il 19 novembre del 2003 la Corte d'Assise di Istanbul assolveva i ricorrenti dal reato di contraffazione di documenti ufficiali, condannandoli, invece, per frode.

Anche il direttore della filiale di Taksim veniva condannato ai sensi dell'art. 240 del codice penale allora vigente, per aver concesso i prestiti in questione senza verificare attentamente i documenti presentati.

Nel novembre del 2005, la legge n. 5411 sulle attività bancarie abrogava la legge n. 4389.

Dopo due annullamenti, il 14 febbraio del 2008, la Corte di Cassazione annullava, tuttavia, nuovamente la sentenza di condanna, affermando che, all'epoca in cui si era consumato il reato ai danni della Ziraat Bank, gli atti attribuiti ai ricorrenti erano sì inquadrabili nell'art. 202 del vecchio codice penale e che la legge n. 4389 era più favorevole, dopo la modifica della natura dell'ente bancario, giusta la legge n. 4603; ma che, ciononostante, era necessario stabilire se la legge n. 5411 o l'art. 247 del codice penale (entrambi entrati in vigore nel corso del procedimento), fossero più favorevoli agli imputati, in virtù del fatto che costoro avrebbero potuto essere ritenuti penalmente responsabili come funzionari pubblici al momento della commissione del reato.

Il 17 giugno del 2009 la Corte d'Assise di Istanbul, sulla base del suo precedente ragionamento, affermava che le condotte poste in essere dai ricorrenti erano riconducibili al reato di frode bancaria come definito dalla legge n. 4389 e successivamente dalla legge

n. 5411, ma li condannava per il reato di cui all'art. 247 del codice penale (legge n. 5237), ritenendo che le sue disposizioni fossero più favorevoli, dopo aver confrontato le disposizioni del previgente codice penale, di quello in vigore, della legge n. 4389 e della legge n. 5411, dichiarando non doversi procedere nei confronti del direttore della banca, nelle more deceduto.

I ricorrenti, separatamente, impugnavano la sentenza, denunciando – tra l'altro – la omessa applicazione delle disposizioni di legge più favorevoli, in violazione del principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

In questa fase di impugnazione, uno dei due ricorrenti metteva in risalto, tra l'altro, di non poter essere ritenuto penalmente responsabile quale autore principale di un "reato proprio" e cioè l'appropriazione indebita posta in essere da un pubblico ufficiale, poiché egli non era stato né pubblico funzionario, né membro di una banca, qualifiche necessarie per la configurabilità del reato.

Il 16 giugno del 2010 la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di condanna.

L'AMMISSIBILITÀ

Prima di passare al merito, pare utile richiamare il principio affermato dalla Corte di Strasburgo, a fronte della eccepita inammissibilità dei ricorsi da parte dell'Agente governativo, secondo il quale i ricorrenti, da un lato, non avevano proposto impugnazione davanti ai giudici nazionali sul punto specifico inerente alla qualifica di intranei nel reato proprio; dall'altro, non avevano mai contestato i fatti accertati.

La Corte EDU ha rigettato l'eccezione sotto entrambi i profili: i ricorrenti avevano dedotto la violazione dell'art. 7 della Convenzione in sede di impugnazione davanti ai giudici nazionali, avendo il primo espressamente contestato la propria qualità di intraneo, doglianza sulla quale la Corte di cassazione non si era pronunciata, e il Governo, dal canto suo, non aveva dimostrato che un motivo analogo proposto nell'interesse dell'altro ricorrente avrebbe avuto esito diverso; quanto al secondo profilo, la Corte ha affermato che suo compito è quello di verificare se la sentenza di condanna abbia una base giuridica, come richiesto dall'articolo 7 della Convenzione, compito diverso da quello suggerito dal Governo.

LA DECISIONE

La Corte EDU ha ritenuto sussistente, nel caso deciso, **una violazione dell'art. 7 CEDU.**

L'art. 7 CEDU riconosce il principio secondo cui "*Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui fu commessa, non costituiva reato…Non*

può del pari essere inflitta una pena maggiore di quella che sarebbe stata applicata al momento in cui il reato è stato commesso".

I giudici di Strasburgo hanno ricordato come la norma affermi non solo il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, ma anche, implicitamente, quello della retroattività della norma più favorevole (*Scoppola c. Italia* (n. 2) [GC], n. 10249/03, § 109, 17 settembre 2009; parere consultivo [GC] n. P16-2019-001, Corte costituzionale dell'Armenia, §81, 29 maggio 2020; *Jidic c. Romania*, n. 45776/16, § 80, 18 febbraio 2020) e tale principio si applica anche nel caso di modifica legislativa che incida sulla definizione del reato (*Parmak e Bakır c. Turkey*, nn. 22429/07 and 25195/07, § 64, 3 dicembre 2019; parere consultivo P16-2019-001, sopra cit.)

I ricorrenti hanno lamentato la violazione del parametro richiamato, in quanto condannati per appropriazione indebita senza aver ricoperto la qualifica di pubblici ufficiali e, pertanto, in assenza di una base giuridica.

A parere del Governo, invece, non sussisteva alcuna violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto i ricorrenti avevano condiviso l'intento criminale del direttore della banca, il quale aveva la qualifica di pubblico ufficiale, agendo in concorso con lo stesso.

La Corte ha ribadito che, sebbene non possa sostituire la propria valutazione dei fatti a quella operata dai tribunali interni (*Rohlena c. Repubblica Ceca* [GC], no. 59552/08, § 51, CEDU 2015) o pronunciarsi sulla responsabilità penale individuale (*Kononov c. Lettonia*, n. 36376/04, § 187, CEDU 2010), **il suo sindacato diventa maggiormente pregnante quando occorre verificare la sussistenza di una base giuridica rispetto ad una affermazione di penale responsabilità e ad una condanna, dovendo, in tal caso, verificare che entrambe siano compatibili con il parametro dell'art. 7 CEDU, il cui scopo risulterebbe altrimenti vanificato**.

Nel caso di specie, ha richiamato i passaggi processuali salienti: il reato era stato posto in essere nel maggio 1999; la condanna era intervenuta ai sensi dell'art. 274 del codice penale, entrato in vigore sei anni dopo; le condotte erano, al tempo in cui furono poste in essere, punite dall'art. 202 dell'abrogato codice penale; tale situazione era rimasta tale solo fino al 2000, allorquando, a seguito della legge n. 4603, l'intraneo (direttore della banca) non poteva più considerarsi pubblico ufficiale, con conseguente impossibilità del configurarsi del reato proprio contestato; non poteva neppure ritenersi, come affermato dai giudici nazionali, che la condotta ricadesse nella previsione contenuta nella legge n. 4389, in quanto entrata in vigore a distanza di circa un mese dai fatti.

I giudici di Strasburgo hanno osservato che, sotto la vigenza del precedente codice penale, non si escludeva la responsabilità penale principale o per concorso, in relazione a reati propri, quali l'appropriazione indebita e la frode bancaria, anche in assenza della qualifica di pubblico ufficiale. L'attuale codice penale, invece, ha ristretto l'ambito di operatività della responsabilità penale dell'estraneo ai soli casi di responsabilità secondaria, cioè da

istigazione e concorso materiale (artt. 38 e 39 c.p.), ponendo particolare enfasi sul fatto che, in caso di reati propri, la responsabilità a titolo principale può essere riconosciuta solo in capo ai soggetti intranei.

Pertanto, il riconoscimento della responsabilità penale per i reati propri è subordinato alla sussistenza di presupposti che attribuiscano la qualifica di intraneo, ai sensi dell'art. 40 § 2 del codice penale, disposizione che, presa alla lettera, costituisce norma più favorevole per i ricorrenti, facendo venir meno la responsabilità penale a titolo principale nei casi di reato proprio.

A tal proposito, la Corte ha osservato che nella sentenza del 2006 la Corte di Cassazione aveva escluso l'applicazione dell'art. 40 § 2, ritenendo che i ricorrenti avessero condiviso l'intento criminale del direttore della filiale della banca.

La Corte ha attribuito, quindi, importanza decisiva al fatto che **i giudici nazionali non avessero riconosciuto in capo ai ricorrenti la qualità di concorrenti materiali o istigatori, uniche ipotesi in relazione alle quali la condotta dagli stessi posta in essere sarebbe stata inquadrabile nel reato proprio**, a partire dall'entrata in vigore del nuovo codice.

Per questo, la Corte EDU ha riconosciuto che **la mancata applicazione da parte dei giudici nazionali dell'art. 40 § 2 del codice penale ha effettivamente comportato la violazione dell'art. 7 CEDU, mancando in relazione al reato di appropriazione indebita una base giuridica nel diritto interno, in quanto i ricorrenti non potevano essere ritenuti responsabili e, quindi, condannati, in qualità di autori principali o concorrenti materiali del reato**.

Infine, i ricorrenti hanno lamentato l'iniquità del procedimento penale, ai sensi dell'art. 6 CEDU, sostenendo di non aver avuto l'opportunità di presentare le proprie argomentazioni difensive a seguito della diversa qualificazione del reato, ma alla luce del riconoscimento della violazione dell'art. 7 CEDU, la Corte non ha ritenuto necessario pronunciarsi sulla ammissibilità e sul merito del ricorso su quest'ultimo punto.

ART. 7 CEDU

ART. 7 - DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA - LEGITTIMITÀ DELLA DETENZIONE IN INTERNAMENTO COATTIVO PER PROBLEMI DI SALUTE MENTALE DELL'AUTORE DEL REATO.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, GC, Denis e Irvine c. Belgio del 1 giugno 2021

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210363

CLASSIFICAZIONE

ART. 7 - DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA - DETENZIONE – INTERNAMENTO COATTIVO PER PROBLEMI DI SALUTE MENTALE – LEGITTIMITA'.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU ART. 5 §§ 1-4

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU

Buzadji c. Repubblica di Moldavia [GC], no. 23755/07, § 84, 5 luglio 2016; S., V. e A. c. Danimarca [GC], nn. 35553/12 e 2 altri, § 73, 22 ottobre 2018; Ilnseher c. Germany [GC], nos. 10211/12 e 27505/14, § 137, 4 dicembre 2018; Winterwerp v. Paesi Bassi, 24 ottobre 1979, § 39, Series A no. 33; Stanev c. Bulgaria [GC], no. 36760/06, § 145, ECHR 2012; Ilnseher, sopra citata, § 127; Rooman c. Belgio [GC], no. 18052/11, § 191, 31 gennaio 2019, § 192; A. e altri c. Regno Unito, [GC], no. 3455/05, § 202, 2009; Khlaifia e altri c. Italia [GC], no. 16483/12, § 128, 15 dicembre 2016.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, GC, Denis e Irvine c. Belgio del 1 giugno 2021

ABSTRACT

La Corte EDU, Grande Camera, ha escluso la violazione dell'art. 5 §§ 1-4 della Convenzione e, di conseguenza, l'illegalità della misura dell'internamento coattivo, applicata ai ricorrenti, condannati definitivamente per furto consumato e tentativo di furto con effrazione, sotto la legislazione belga previgente che non distingueva tra i reati per i quali la misura era possibile, anche dopo l'entrata in vigore di una modifica della disciplina per la quale detta misura non era prevista per quei reati.

La Corte ha affermato la compatibilità della sanzione con l'art. 5 §1 CEDU in ragione del

fatto che la detenzione era giustificata dalla ritenuta pericolosità dei ricorrenti.
Per le stesse ragioni, ha negato la violazione dell'art. 5 §4, in quanto i ricorrenti non avrebbero potuto ottenere il rilascio immediato, non risultando soddisfatto alcuno dei requisiti previsti dalla legislazione nazionale, ovvero il miglioramento dello stato di salute mentale o il superamento di un periodo di prova della durata di tre anni.

IL CASO

Con due distinti ricorsi presentati nel 2017 contro il Regno del Belgio da un cittadino belga (Jimmy Denis) e da un cittadino britannico (Derek Irvine), si è allegata la violazione dell'art. 5 § 1 e 4 e dell'art. 13 CEDU.
I ricorsi, assegnati alla Quarta sezione della Corte, sono stati ritenuti ammissibili, ma rigettati per non riscontrata violazione dei parametri invocati.
Su richiesta dei ricorrenti ai sensi dell'art. 43 della Convenzione, i ricorsi sono stati trasmessi alla Grande Camera. L'udienza si è svolta il 21 ottobre 2020 in videoconferenza a causa dell'emergenza pandemica.
I due ricorrenti hanno lamentato l'illegittima applicazione della misura dell'internamento coattivo nei loro confronti, non essendo i reati rispettivamente contestati (furto per Denis, tentativo di furto con effrazione per Irvine) più idonei a costituire base legale per tale misura, in base alla modifica introdotta dal Compulsory Confinement Act del 2014, entrato in vigore nel 2016, che ha abrogato il Social Protection Act del 1930 (che consentiva l'internamento obbligatorio dei soggetti incapaci di intendere e di volere per qualsiasi ipotesi di reato, indipendentemente dalla gravità).
Dall'entrata in vigore della nuova legge, i reati contro il patrimonio, tra i quali quelli commessi dai ricorrenti, escludevano l'applicazione dell'internamento obbligatorio, indipendentemente dalla salute mentale dell'agente.
Il ricorrente Denis, condannato nel 2007 per furto, era stato collocato in regime di internamento obbligatorio, in base alla legislazione vigente, siccome riconosciuto affetto da un grave disturbo mentale; si era rivolto al giudice dell'esecuzione di Antwerp e aveva ottenuto la collocazione presso il domicilio, subordinata al rispetto delle condizioni impostegli; a seguito della violazione di esse, egli era stato ricollocato in carcere; nel corso del procedimento, aveva chiesto l'applicazione retroattiva della norma più favorevole, alla stregua dell'art. 7 CEDU, opposto in subordine il venir meno della base legale della misura.
Il giudice del merito, rilevata la definitività della decisione, aveva rigettato la prima domanda sull'assunto che l'art. 7 riguardava le pene, mentre quella in atto nei suoi confronti era una misura di sicurezza, affermando che, ai fini della revoca della misura, era necessario che fossero decorsi almeno tre anni di liberazione condizionata e la condizione di salute mentale si fosse stabilizzata in modo da formulare una prognosi favorevole di non pericolosità sociale; quel giudice aveva peraltro rilevato che i lavori preparatori della legge

di modifica portavano a escluderne una efficacia retroattiva. La Corte di cassazione rigettava il ricorso, ribadendo tali argomentazioni e rilevando che il procedimento, all'esito del quale la misura era stata disposta, si era concluso con decisione definitiva e che, pertanto, non poteva ritenersi il venir meno di una base legale dell'ordine di internamento durante la fase esecutiva di esso, i due procedimenti (di merito e esecutivo) essendo disciplinati da regole differenti e la nuova disciplina trovando applicazione solo per il futuro. Successivamente, accertata la stabilizzazione delle condizioni di salute mentale del ricorrente, questi era stato collocato presso il domicilio dei genitori. Dopo un ulteriore arresto, tuttavia, ferma restando la valutazione di pericolosità sociale, egli veniva collocato provvisoriamente presso una struttura penitenziaria, in attesa del reperimento di una struttura terapeutica in grado di contenerla. Il Tribunale di Bruxelles aveva poi riconosciuto al ricorrente una riparazione per i danni derivatigli dalla detenzione in carcere, subita senza che gli fosse garantita adeguata terapia, in violazione degli artt. 3 e 5 CEDU.

Analogamente per il ricorrente IRVINE, la misura dell'internamento obbligatorio era stata disposta nel 2002, sempre ai sensi del Social Protection Act, in relazione a una condanna per un tentativo di furto con effrazione, ritenutane la pericolosità per disordini della personalità e psicotici che gli impedivano di controllare le proprie azioni. Collocato provvisoriamente in struttura psichiatrica, il ricorrente se ne era allontanato per essere poi arrestato, una volta trovato a vagare per il Belgio e trattenuto in carcere in attesa di essere riportato in Scozia o di trovare una sistemazione in un centro psichiatrico forense in Gand o Antwerp. Anche questo ricorrente aveva ottenuto la riparazione dal Tribunale di Antwerp. In entrambi i casi, dunque, il giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della misura applicata ai ricorrenti, all'indomani della modifica legislativa in questione, aveva ritenuto che le decisioni emesse nei loro confronti fossero definitive e che l'articolo 5 § 1 CEDU non impedisse che un ordine di internamento obbligatorio e la successiva fase di esecuzione fossero disciplinati da norme diverse. Pertanto, alla luce dell'interpretazione del diritto interno fornita dai giudici nazionali, la privazione della libertà dei ricorrenti non poteva considerarsi priva di substrato giuridico valido, costituito dalle ordinanze di internamento coattivo del 2007 e del 2002. Il merito La Corte EDU ha preliminarmente rilevato l'esistenza di un problema sistemico dell'ordinamento belga riguardante la misura dell'internamento obbligatorio e osservato che, in sede di motivi aggiunti, i ricorrenti avevano formulato deduzioni non proposte davanti alla Sezione semplice.
Tali doglianze, in quanto nuove, sono state dunque dichiarate inammissibili davanti alla Grande Camera. Ha, poi, richiamato la decisione della Camera singola (a mente della quale, in difetto di disposizioni transitorie, del tutto legittimamente il caso dei due ricorrenti era stato regolato in base alla disciplina normativa antecedente) e rilevato che i ricorrenti non avevano contestato la valutazione della loro condizione di salute mentale da parte delle

autorità nazionali, ma asserito che i presupposti di legittimità della misura previsti dalla nuova legge andavano verificati anche con riferimento al loro caso, richiamando la ratio legis della novella, quella cioè di proibire la prassi dei tribunali belgi di un uso improprio dell'internamento obbligatorio nei confronti di soggetti che non costituiscono un reale pericolo per la società.
Sotto altro aspetto, i ricorrenti hanno anche rilevato la non uniformità delle decisioni dei giudici nazionali, allegando un precedente contrario.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 5 § 1 CEDU

La Corte rammenta, intanto, che l'art. 5 della Convenzione, posto a tutela della libertà e della sicurezza dell'individuo, mira a prevenire privazioni arbitrarie o ingiustificate della libertà (vedi Buzadji c. Repubblica di Moldavia [GC], no. 23755/07, § 84, 5 luglio 2016, e S., V. e A. c. Danimarca [GC], nn. 35553/12 e 2 altri, § 73, 22 ottobre 2018).
Pertanto, al paragrafo 1, dalla lettera a) alla lettera f) è riportato un elenco di motivi idonei a giustificare la legittimità della detenzione, da applicarsi quale extrema ratio qualora ulteriori misure risultino inidonee o insufficienti a salvaguardare interessi pubblici o privati (cfr. S., V. e A. c. Danimarca, già citata, § 77, e Ilnseher c. Germany [GC], nos. 10211/12 and 27505/14, § 137, 4 Dicembre 2018).
Il caso in esame riguarda espressamente la lettera e) dell'art. 5 CEDU, in quanto i ricorrenti sono soggetti giudicati incapaci di intendere e di volere.
Ai fini del riconoscimento di tale condizione occorre la sussistenza di tre requisiti, cc.dd. criteri Winterterp (Winterwerp c. Paesi Bassi, 24 Ottobre 1979, § 39, Series A no. 33; Stanev v. Bulgaria [GC], no. 36760/06, § 145, ECHR 2012; Ilnseher, sopra citata, § 127; Rooman c. Belgio [GC], no. 18052/11, § 191, 31 gennaio 2019, § 192), vale a dire: - che sia dimostrato in modo certo e affidabile che il soggetto è incapace di intendere e di volere, sulla base di una perizia medica; - che il disturbo sia di gravità tale da giustificare l'internamento obbligatorio; - che il disturbo persista al fine di legittimare la prosecuzione della misura. I motivi che legittimano un internamento obbligatorio in caso di soggetti incapaci di intendere e volere sono di stretta interpretazione, sebbene debba essere riconosciuto ai giudici nazionali un margine di discrezionalità, ad essi essendo rimesso di valutare le prove nel singolo caso.
Nella specie, procedendo all'esame delle condizioni che giustificavano la privazione della libertà, la Corte di Strasburgo ha precisato che i due ricorrenti non erano stati condannati per i reati effettivamente commessi e mai contestati, ma – una volta accertatane la incapacità di intendere e volere – era stata loro applicata una misura di sicurezza.
Quanto, poi, allo scrutinio della legittimità della privazione della libertà, la Corte ha rilevato che, sebbene la legge del 2016 si applichi anche ai casi pendenti, la stessa non contiene disposizioni transitorie per coloro che sono stati collocati in internamento obbligatorio sulla

base della legislazione previgente e che hanno posto in essere condotte che non rientrano più nel novero di quelle previste dalla legge di modifica dell'istituto.
Inoltre, non spetta alla Corte stabilire se, nella specie, possa trovare applicazione, come assumono i ricorrenti, la misura civilistica del trattamento sanitario obbligatorio, spettando alla stessa unicamente di verificare se la misura applicata abbia continuato ad avere una base legale anche dopo la modifica legislativa interna.
Sotto un primo aspetto, i giudici alsaziani hanno osservato che l'interpretazione di quelli nazionali non era arbitraria, né manifestamente irragionevole, bensì conforme all'intenzione del legislatore del 2014, ricavabile dai lavori preparatori, secondo la quale, in caso di decisioni passate in giudicato prima della sua entrata in vigore, il Compulsory Confinement Act non toglieva validità alle misure disposte nei confronti di soggetti che avevano posto in essere condotte non più previste. Sotto altro aspetto, la Corte ha rilevato che l'art. 5 § 1 (e) CEDU non specifica quali sono gli atti, penalmente rilevanti per il diritto interno, per i quali individui incapaci di intendere e volere possono essere internati, né indica la commissione di un reato come pre-condizione, stabilendo unicamente che sia affidabilmente accertato lo stato di incapacità, che questo sia di grado tale sa richiedere l'internamento e che il disordine mentale persista per tutto il periodo dell'internamento. **Rilevato che le prime due condizioni richiamate non avevano costituito oggetto di contestazione da parte dei ricorrenti, la Corte ha osservato che il terzo criterio Winterwerp era stato rispettato, poiché nel diritto interno era previsto il riesame periodico dei soggetti internati, durante il quale è consentito, non solo, valutare il venir meno della pericolosità sociale in ragione della stabilizzazione dello stato di salute mentale, ma chiedere anche la liberazione definitiva, come nel caso di specie**.
A fronte delle richieste di rilascio formulate dai ricorrenti, i tribunali nazionali avevano valutato se i disturbi fossero sufficientemente stabili, indipendentemente dalla natura dei reati commessi e, alla luce delle informazioni ottenute, confermato la sussistenza della condizione clinica, come richiesto dalla lettera e) dell'art. 5 § 1 della Convenzione.
Per tali ragioni, **la Corte ha escluso la violazione del parametro richiamato, non essendo venuto meno il fondamento di validità della privazione della libertà dei ricorrenti**.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 5 § 4 CEDU

L'art. 5 § 4 della Convenzione conferisce alla persona arrestata o detenuta il diritto a un controllo giurisdizionale della sua privazione della libertà, affinchè ne sia sempre garantita la legittimità ai sensi dell'art. 5 § 1 della Convenzione (A. e altri c. Regno Unito, [GC], no. 3455/05, § 202, 2009; Khlaifia e altri c. Italia [GC], no. 16483/12, § 128, 15 Dicembre 2016).

A fronte del fatto che i ricorrenti avevano lamentato l'impossibilità di ottenere il loro immediato e definitivo rilascio, sussistendo la condizione ostativa della necessità di superare il periodo di prova di tre anni imposto dall'articolo 66 della legge del 2014, la Camera singola aveva affermato che questa era solo una delle condizioni per le quali la legge del 1930 non consentiva il definitivo rilascio e che i ricorrenti non avevano contestato la perduranza del loro stato mentale, né allegato che le loro condizioni fossero migliorate al punto da legittimarne il definitivo rilascio.

La Corte ha osservato che l'art. 5 §4 prevede che sia garantito all'interessato il riesame della misura detentiva, non solo alla luce della legislazione interna, ma anche dei principi convenzionali.

Ciò non equivale però alla garanzia di un rinnovato esame di tutti gli aspetti della vicenda, ma di un riesame abbastanza ampio da includere le condizioni essenziali perché la detenzione possa dirsi legittima secondo l'art. 5 §1 (A. e altri c. GB, cit. e Khlaifa e altri cit.).

Il procedimento deve svolgersi in tempi rapidi e, ove si riconosca la illegalità della misura, concludersi con un ordine di liberazione (Mooren v. Germany [GC], no. 11364/03, § 106, 9 July 2009; Idalov v. Russia [GC], no. 5826/03, § 154, 22 May 2012; Khlaifia and Others, cit., § 131; and Ilnseher, cit., § 251).

Nel caso di specie, i ricorrenti non avevano allegato che fosse stato loro negato tale diritto: infatti, la loro situazione era stata sottoposta automaticamente a una verifica giudiziaria annuale e costoro avevano esercitato il diritto di presentare istanze riguardanti l'internamento, richieste di liberazione definitiva e impugnazioni avverso le relative decisioni giudiziali.

I ricorrenti, di contro, hanno lamentato che, secondo la legislazione interna, non potevano ottenere il rilascio definitivo se non dopo un periodo di prova di tre anni, come previsto dall'art. 66 della legge del 2015. Tuttavia, nella specie, i giudici nazionali hanno rigettato la richiesta di rilascio definitivo sulla base del fatto che nessuna delle due condizioni previste dall'articolo 66 era stata soddisfatta: la condizione clinica non era migliorata e i ricorrenti non avevano completato un periodo di prova di tre anni.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, la condizione del mancato completamento del periodo di prova non era decisiva, rappresentando solo uno dei motivi del rigetto della richiesta di rilascio immediato e definitivo.

Del resto, osserva la Corte, non spetta alla stessa di stabilire se una norma nazionale sia compatibile con la Convenzione, ma solo se sia stata applicata in modo conforme ad essa (*Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], n. 25358/12, §180, 24 gennaio 2017). Pertanto, la Corte ha escluso anche la sussistenza della violazione dell'art. 5 § 4 della Convenzione.

LE OPINIONI DISSENZIENTI DEI GIUDICI SERGHIDES E FELICI

I giudici Serghides e Felici hanno osservato come le condizioni di legittimità di cui all'articolo 5 § 1 siano cumulative, cosicché la detenzione resta illegale fino a quando tutte siano soddisfatte.

Pertanto, non è sufficiente la condizione di incapacità di intendere e di volere, ma è necessario che un adeguato fondamento giuridico, da valutare ex nunc, persista anche nella fase di esecuzione della misura. In assenza di una di tali condizioni, l'internamento obbligatorio non sarebbe più legittimo, anche in ipotesi di permanenza del disturbo mentale.

Ogni diversa soluzione porterebbe a risultati arbitrari e disparità di trattamento.

Nel caso di specie, dunque, sarebbe stato violato l'art. 5 §§ 1-4, in quanto, a seguito dell'intervento della legge del 2014, l'internamento obbligatorio era inapplicabile, avendo i ricorrenti commesso reati non più ricompresi nel catalogo delle condotte che giustificano la misura restrittiva.

Secondo l'interpretazione della Corte EDU, la nozione di legalità valevole per l'art. 5 §4 ha lo stesso significato di quella utilizzata nel §1 dello stesso articolo, cosicché riesce difficile immaginare che la legalità della detenzione si basi su criteri diversi rispetto a quelli considerati al momento dell'inizio di essa.

Peraltro, la CEDU, allorché si tratta di scegliere tra due possibili interpretazioni dello stesso parametro convenzionale, avuto riguardo allo scopo della previsione e al principio di effettività di essa, rifiuta di accedere a quella più restrittiva (Wemhoff c. Germania, n. 2122/64, 27 giugno 1968; Delcourt c. Belgio, n. 2689/65 del 17 gennaio 1970).

L'OPINIONE DISSENZIENTE DEL GIUDICE PAVLI

Anche il giudice Pavli ha concluso per la violazione dell'art. 5 §§ 1-4 della Convenzione, ritenendo l'illegittimità della permanenza dello stato detentivo dei ricorrenti dopo l'entrata in vigore della legge del 2014 sotto un altro profilo, quello cioè dell'ambiguità del regime transitorio della nuova disciplina.

Poiché si tratta di un problema strutturale della legislazione belga, esso non poteva essere risolto caso per caso, a causa dell'omessa indicazione dei criteri da applicare nella valutazione della legittimità della permanenza del regime detentivo rispetto alla nuova legge, con particolare riguardo alla valutazione del livello di pericolosità dei ricorrenti. Inoltre, il periodo obbligatorio di prova di tre anni previsto dalla legge avrebbe impedito ai giudici nazionali, all'epoca dei fatti, di ordinare l'immediato rilascio dei ricorrenti anche ove un adeguato controllo di legittimità avesse dimostrato la carenza dei requisiti previsti per la prosecuzione della detenzione obbligatoria, determinando, in tal modo, la violazione dell'art. 5 § 4 della Convenzione

ART. 7 CEDU

ART. 7 - ELETTORATO PASSIVO – DIVIETO PER EFFETTO DI CONDANNA PENALE – ASSIMILAZIONE DEL DIVIETO A PENA – ESCLUSIONE - APPLICAZIONE RETROATTIVA DEL DIVIETO – ILLEGITTIMITA' – ESCLUSIONE - DIRITTO A LIBERE ELEZIONI - VIOLAZIONE - ESCLUSIONE - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE - VIOLAZIONE- ESCLUSIONE - DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO - VIOLAZIONE- ESCLUSIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Galan c. Italia del 17 giugno 2021.

CLASSIFICAZIONE

ELETTORATO PASSIVO – DIVIETO PER EFFETTO DI CONDANNA PENALE – ASSIMILAZIONE DEL DIVIETO A PENA – ESCLUSIONE - APPLICAZIONE RETROATTIVA DEL DIVIETO – ILLEGITTIMITA' – ESCLUSIONE - DIRITTO A LIBERE ELEZIONI - VIOLAZIONE - ESCLUSIONE - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE - VIOLAZIONE- ESCLUSIONE - DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO - VIOLAZIONE- ESCLUSIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU ARTT. 7, 13 e 14; PROTOCOLLO N. 1 ART. 3; LEGGE 6 novembre 2012, n. 190; D. LGS. 31 dicembre 2012, n. 235.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sulla natura penale di una sanzione: Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi-Bassi*, 8 giugno 1976; *Weber c. Svizzera*, 22 maggio 1990, § 34; *Welch c. Regno Unito,* 9 febbraio 1995; *Ziliberberg c. Moldova,* 1° febbraio 2005, § 34; *Hirst c. Regno Unito (no 2)* [GC], 6 ottobre 2005, § 57-62; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], 23 febbraio 2012, § 175; *Del Río Prada c. Spagna* [GC], 21 ottobre 2013, §§ 77-93*; Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014; Jussila c. Finlandia* [GC], 23 novembre 2006, §§ 30 e 31; *Zaicevs c. Lettonia*, 31 luglio 2007, § 31.
Sul diritto di elettorato passivo e sul margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati membri: *Hirst c. Regno Unito (no 2)* [GC], cit., § 57-62; *Ždanoka c. Lettonia* [GC], 16 marzo 2006, § 115.
Escludono la natura penale delle restrizioni al diritto di elettorato passivo che, anche se dipendenti dalla commissione di un reato, hanno per scopo principale la protezione dell'integrità di un'istituzione pubblica e il corretto svolgimento delle elezioni: *Corte E.D.U., Prima Sezione, 17 giugno 2021, Miniscalco c. Italia*; *Pierre-Bloch c. Francia*, 21 ottobre 1997, § 56; *Paksas c. Lituania* [GC], 6 gennaio 2011; *Ādamsons c. Lettonia*, 24 giugno 2008, § 114; *Ždanoka c. Lettonia* [GC], cit., §§ 122, 130, 133.
Sull'art. 3 del Protocollo n. 1: *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgio*, 2 marzo 1987, § 47; *Podkolzina c. Lettonia, 9 aprile 2002,* § 33; *Ždanoka c. Lettonia*, cit., § 115; *Scoppola c. Italia (no 3)*, 18 gennaio 2011, § 82.

Sul diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 13 Convenzione EDU ed il necessario bilanciamento con il principio di separazione dei poteri: *Paksas c. Lituania*, 6 gennaio 2011, § 114, e la giurisprudenza ivi citata; sul margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri nel campo del diritto parlamentare, *Kart c. Turchia* [GC], 3 dicembre 2009, §§ 81-82; sull'importanza della separazione dei poteri, in particolare quello giudiziario ed esecutivo, da un lato, e quello giudiziario e legislativo, dall'altro, *Stafford c. Regno Unito* [GC], 28 maggio 2002, § 78; Karácsony e altri c. Turchia, 17 maggio 2016, § 141.

Sul divieto di discriminazione di cui all'art. 14 Convenzione EDU: *Burden c. Regno Unito* [GC], 29 aprile 2008, § 60; *Carson e altri c. Regno Unito* [GC], 16 marzo 2010, § 61 e 70; *Fábián c. Ungheria* [GC], 5 settembre 2017, § 113.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, 17 giugno 2021, Galan c. Italia (Ricorso n. 63772/16).

ABSTRACT

*Il **divieto di ricoprire la carica di parlamentare** imposto al ricorrente in applicazione del decreto legislativo n. 235/2012, entrato in vigore il 5 gennaio 2013, a causa della sua condanna, definitiva nel 2015, per corruzione, **non può essere assimilato a una sanzione penale** ai sensi dell'art. 7 della Convenzione EDU e ad essa non si applica il principio della irretroattività.*

Non è stata ravvisata neppure la violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 (diritto a libere elezioni), poiché il divieto di candidarsi e di ricoprire la carica di parlamentare previsto dalla legge 28 novembre 2012, n. 190 e dal D. lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 è proporzionato allo scopo legittimo perseguito dalle Autorità italiane, consistente nella tutela del buon funzionamento delle amministrazioni pubbliche, allorché la protezione dell'integrità del processo elettorale e della composizione del Parlamento giustifica l'immediata applicazione di quelle misure, anche se prevista da norma entrata in vigore in data successiva a quella di commissione dei fatti penalmente accertati.

È stata altresì esclusa la violazione degli artt. 3 del Protocollo n. 1 (diritto a libere elezioni) e 14 della Convenzione EDU (divieto di discriminazione), poiché il decreto legislativo n. 235/2012 prevede i presupposti oggettivi delle suddette misure, la cui valutazione è affidata alla Camera dei deputati in applicazione dell'articolo 66 della Costituzione.

Il meccanismo di adozione e "tripla convalida" della decisione sulla decadenza dalla carica di deputato - che vede l'intervento del Comitato permanente per le incompatibilità, le ineleggibilità e le decadenze; della Giunta delle elezioni e della Camera di appartenenza - impedisce di ravvisare la violazione dell'art. 13 della Convenzione EDU (diritto a un ricorso effettivo), poiché è conforme ad una riserva di competenza costituzionale e al

fondamentale principio di separazione dei poteri, sicché l'invocato controllo giudiziario di una decisione adottata dal Parlamento appare convenzionalmente inesigibile.

IL CASO

Giancarlo Galan è stato eletto deputato nel marzo del 2013.

Nell'estate del 2014, dopo che la Camera dei deputati, su conforme proposta della Giunta per le autorizzazioni, aveva concesso la relativa autorizzazione, è stata eseguita nei suoi confronti la misura cautelare della custodia in carcere disposta dal Giudice per le indagini preliminari per fatti di corruzione commessi tra il 2005 e il 2011.

Nell'ottobre del 2014 il Giudice per l'udienza preliminare gli ha applicato per quei reati, su concorde richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., la pena di due anni e dieci mesi di reclusione e il sequestro conservativo di 2.600.000 euro. In data 11 novembre 2015 il Pubblico Ministero ha comunicato alla Camera dei deputati copia della sentenza, divenuta definitiva il 2 luglio 2015.

La Presidente della Camera dei deputati ha quindi incaricato la Giunta delle elezioni di verificare la capacità di Galan di ricoprire la carica di deputato in base alle disposizioni del D. Lgs. n. 235/2012. Il 23 febbraio 2016 il Comitato Permanente per le incompatibilità, le ineleggibilità e le decadenze della Camera dei deputati ha deciso a maggioranza di proporre alla Giunta di dichiarare l'incandidabilità di Galan.

La Giunta ha quindi respinto le argomentazioni di Galan in ordine alla prefigurata applicazione retroattiva del citato decreto legislativo, ritenendo che **il divieto di candidarsi e di ricoprire la carica parlamentare non ha natura penale, ma deriva normativamente dal venir meno di una condizione oggettiva per l'esercizio del mandato elettivo.** Dato corso agli ulteriori passaggi procedurali, in data 27 aprile 2016, la Camera dei Deputati ha dichiarato l'incandidabilità di Galan.

Dinanzi alla Corte EDU Galan ha, in primo luogo, lamentato la violazione dell'art. 7 della Convenzione, sostenendo che **la decadenza dal mandato parlamentare** a lui imposta in applicazione del decreto legislativo n. 235/2012 e a causa della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 cod. proc. pen., divenuta irrevocabile nel 2015, per fatti di corruzione commessi prima dell'entrata in vigore di detto decreto legislativo, costituiva una ulteriore pena, inflitta in spregio dei principi di legalità, prevedibilità, proporzionalità e irretroattività delle sanzioni penali. Secondo il ricorrente, il D.Lgs. 235/2012 è stato adottato con l'intento di sanzionare più severamente i condannati per determinati reati, escludendoli dalla vita pubblica - ed in particolare dalle cariche elettive - per un lungo periodo di tempo; si tratta inoltre di sanzioni che derivano da una condanna penale irrevocabile.

A tale riguardo, il ricorrente ha sostenuto che l'applicazione dei cosiddetti **"criteri Engel e Welch"** elaborati dalla Corte EDU porta a riconoscere con certezza, anche in assenza di

una espressa qualificazione legale in questo senso, che il divieto di candidarsi alle elezioni e di ricoprire la carica di deputato conseguente a condanna definitiva ha carattere di sanzione penale.

La natura penale del relativo provvedimento sarebbe ulteriormente confermata dall'applicabilità delle misure previste dal D.Lgs. 235/2012 alle sole sentenze di "patteggiamento" successive all'entrata in vigore del decreto, nonché dalla previsione della sentenza di riabilitazione quale unica causa di estinzione anticipata dell'incandidabilità. Infine, anche supponendo che i provvedimenti impugnati non possano essere considerati sanzioni "penali", rimarrebbe comunque possibile ricondurli alla nozione autonoma di "materia penale" elaborata dalla giurisprudenza della Corte EDU. A parere del ricorrente, i provvedimenti impugnati sono direttamente collegati alla pronuncia di una decisione penale e la loro *ratio legis* risiede nella finalità di aggravare, col divieto di accesso alle funzioni elettive, le conseguenze punitive del reato.

Egli ha inoltre dedotto l'intervenuta violazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1 (diritto alle libere elezioni), poiché la disposta decadenza dalla carica parlamentare non rispetta i principi di legalità e proporzionalità rispetto allo scopo perseguito, in quanto lede il suo diritto di esercitare il mandato elettivo e la legittima aspettativa dell'elettorato di vederlo adempiere al mandato di deputato per l'intera durata della legislatura. Ha sostenuto poi che il divieto di candidarsi e di ricoprire la sua carica elettiva non era "prevedibile" al momento della commissione del reato, sicché il provvedimento della Camera dei deputati aveva violato il principio di legalità. A prova di ciò, il ricorrente ha invocato l'assenza di una chiara previsione legislativa sui limiti entro i quali la Camera di appartenenza può esercitare la competenza di cui all'articolo 66 Cost.: il fatto che la decadenza dal mandato parlamentare non derivi automaticamente dall'applicazione della legge ma da una deliberazione *ad hoc*, in questo caso della Camera dei deputati, darebbe al Parlamento un potere ampiamente discrezionale. In ogni caso, anche supponendo che sia stato rispettato il principio di legalità, gli atti impugnati non sarebbero proporzionati alle finalità perseguite. In particolare, la predeterminata ed eccessiva **durata dell'incandidabilità (non inferiore a sei anni)** dimostrerebbe in realtà la finalità repressiva e punitiva delle norme applicate. Infine, il ricorrente ha rilevato che, in assenza di un autonomo controllo esterno, il procedimento seguito dinanzi alla Camera dei Deputati non garantirebbe una decisione equa e obiettiva e non consentirebbe di evitare abusi di potere, ma si presterebbe a pericolose manipolazioni.

Il ricorrente ha lamentato inoltre la violazione del combinato-disposto degli articoli 3 del Protocollo n. 1 e 14 della Convenzione EDU. Egli sarebbe stato vittima di un trattamento discriminatorio in quanto: le misure impugnate non si applicano in caso di condanna all'estero di parlamentari europei, si applicano di diritto indipendentemente dal reato

commesso, dalla sua gravità e dalla scelta del patteggiamento; la decadenza di un deputato non è suscettibile di ricorso legale a differenza degli amministratori locali e regionali.
Egli ha altresì dedotto la violazione dell'art. 13 della Convenzione EDU, per la constatata assenza nell'ordinamento interno di un ricorso accessibile ed effettivo che consenta di contestare la compatibilità del decreto legislativo n. 235/2012 con la Convenzione e la decisione della Camera dei deputati del 27 aprile 2016.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 7 CEDU

Secondo la Corte, che cita al riguardo le relazioni esplicative della Legge n. 190/2012 e del D.Lgs. n. 235/2012, la scelta del legislatore italiano di subordinare il divieto di candidarsi a funzioni elettive e di ricoprire dette funzioni all'esistenza di una condanna irrevocabile per i reati ivi previsti è coerente con l'intervenuto accertamento di una assoluta incapacità funzionale del condannato e al bisogno, che da essa deriva, di **preservare il buon funzionamento e la trasparenza dell'amministrazione, nonché la libertà decisionale degli organi elettivi.**
La Corte EDU ha anche rilevato che, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 236/2015 (§§ 31-38), restrizioni al diritto di elettorato attivo e passivo erano già in vigore in precedenza per casi analoghi.
Ha osservato inoltre che nell'Addendum alla relazione di conformità sull'Italia (Greco RC-I / II (2011) 1 E), pubblicato il 1° luglio 2013, il GRECO ha accolto con favore l'adozione della legge n. 190/2012 e i progressi fatte dalle autorità nazionali per chiarire e rafforzare le politiche anticorruzione.
La Corte condivide dunque espressamente la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (e in particolare le sentenze n. 236/2015 e 276/2016), secondo la quale **provvedimenti analoghi a quello impugnato non costituiscono sanzione penale, né effetto penale della condanna, poiché derivano dalla perdita della condizione soggettiva che consente l'accesso alle funzioni elettive e al loro esercizio.** Il deputato di cui venga disposta la decadenza dalla carica parlamentare a seguito di una intervenuta causa di incandidabilità non è quindi sanzionato in base alla gravità dei fatti per i quali è stato condannato dal giudice penale, ma perché ha perso l'attitudine morale essenziale per poter accedere alle funzioni di rappresentante degli elettori.
La Corte EDU ritiene pertanto, in piena continuità con la considerata giurisprudenza della Corte costituzionale, che **si tratti di una scelta legislativa che non esula dai limiti di una ragionevole valutazione degli interessi, privati e pubblici**, in gioco. Secondo la Corte EDU, il venir meno del divieto a seguito della riabilitazione del condannato si spiega poi con la necessità di eliminare in tal caso la limitazione al diritto di elettorato passivo in quanto essa, pur avendo il suo presupposto necessario in una sentenza definitiva di condanna (o equiparata, come quella di applicazione della pena su richiesta delle parti ex

art. 444 cod. proc. pen.), non è disposta dall'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale e non rientra tra gli effetti penali della condanna.

Quanto alla **gravità della misura**, la Corte ha ricordato che, secondo la sua giurisprudenza, essa **non** consente di per sé di concludere che la "sanzione" abbia **natura penale**. Pur avendo la dichiarata ineleggibilità e la conseguente decadenza dal mandato elettivo prodotto conseguenze negative per il ricorrente, ciò non basta per qualificare quei provvedimenti come sanzioni di natura penale. La Corte ha poi sottolineato che **la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici di cui all'art. 28 cod. pen. e l'incandidabilità prevista dal D.Lgs. n. 235/2012** hanno certamente punti in comune, ma **sono sostanzialmente diverse** per quanto riguarda base giuridica, durata e rispettive conseguenze per i diritti dei singoli, poiché mentre l'interdizione dai pubblici uffici priva, tra l'altro, il condannato del diritto di elettorato attivo e passivo, l'incandidabilità determina unicamente la perdita dell'elettorato passivo.

La Corte ha quindi ritenuto questa censura irricevibile, perché incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, respingendola ex art. 35, §§ 3 e 4, della Convenzione.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DEL PROTOCOLLO N. 1 (DIRITTO A LIBERE ELEZIONI)

Anche a tale riguardo, la Corte ha ritenuto il ricorso irricevibile. Ha osservato che l'articolo 3 del Protocollo n. 1 garantisce sia il diritto di elettorato attivo che quello di elettorato passivo, ma mentre il diritto di voto (elettorato attivo) comporta solitamente una valutazione più ampia della proporzionalità delle disposizioni che prevedano possibili restrizioni, il sindacato sulle misure restrittive del diritto di elettorato passivo si limita a verificare l'assenza di arbitrarietà nelle procedure interne che portino a privare un individuo dell'eleggibilità. La Corte ha dunque ritenuto che l'ingerenza prodotta dal provvedimento impugnato nell'esercizio dei diritti elettorali del ricorrente garantiti dall'articolo 3 del Protocollo n. 1 abbia perseguito uno **scopo legittimo** e debba ritenersi **proporzionata**. La Corte ha in particolare rilevato che il divieto di candidarsi o di ricoprire la carica di deputato ha come presupposto l'esistenza di una sentenza di condanna definitiva (o ad essa equiparata, come la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti) per un certo numero di reati gravi, rigorosamente definiti dalla legge. Inoltre, l'articolo 3 del Protocollo n. 1 non è limitato da un elenco preciso di obiettivi legittimi. Gli Stati contraenti possono dunque liberamente invocare uno scopo legittimo che non compare tra quelli richiamati negli articoli da 8 a 11 della Convenzione per giustificare una restrizione, a condizione che la compatibilità di questo scopo con i principi propri ad uno Stato di diritto e gli obiettivi generali della Convenzione sia dimostrata nelle circostanze particolari del caso concreto. La Corte ha sottolineato che il divieto di essere eletto applicato nel caso di

specie è stato introdotto dal legislatore italiano con l'obiettivo di rafforzare l'arsenale di misure preventive della stessa natura già previsto per le elezioni locali dalla legge n. 50/1990 e che tale divieto risponde all'imperativo di assicurare in generale il buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni, garanti della corretta gestione della *res publica*, e di preservare l'integrità e la libertà decisionale degli organi elettivi. Si tratta dunque di obiettivi compatibili con i principi propri ad uno Stato di diritto e con quelli generali della Convenzione.

Quanto all'asserita violazione del principio di prevedibilità della legge per applicazione dell'incandidabilità a seguito della condanna del ricorrente per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo impugnato, la Corte ha rilevato che, tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nel limitare la capacità elettorale passiva delle persone, spettava allo Stato strutturare il proprio sistema giuridico per combattere l'illegalità e la corruzione all'interno dell'amministrazione, sicché **l'applicazione del divieto di candidarsi alle elezioni legislative e di ricoprire la carica elettiva deve ritenersi coerente con la finalità dichiarata dal legislatore**, ossia quella di escludere dalle procedure elettorali le persone condannate per reati gravi e proteggere così l'integrità del processo democratico.

La Corte ha notato, altresì, che, al momento delle elezioni legislative del 2013 sia il ricorrente che l'elettorato erano in condizione di sapere che un eletto condannato per uno dei gravi delitti di cui all'articolo 1 del decreto legislativo avrebbe perso il suo diritto di elettorato passivo e sarebbe incorso nella decadenza dal mandato elettivo. Inoltre, essendo stato fissato al 21 gennaio 2013 il termine per la presentazione delle liste elettorali agli uffici competenti, il ricorrente ha potuto beneficiare di un certo periodo di tempo che gli ha consentito di ''valutare la possibili conseguenze del mantenimento della sua candidatura in caso di condanna definitiva".

La Corte ha ricordato che la decadenza dal mandato che ha colpito il ricorrente è conseguenza della decisione della Camera dei Deputati del 27 aprile 2016.

Al proposito, ha rilevato che, tranne uno, i trentacinque Stati membri del Consiglio d'Europa dei quali ha esaminato il sistema prevede che gli eletti possano essere **dichiarati ineleggibili e decaduti dal mandato a causa di una condanna penale** (secondo la natura del reato o le caratteristiche della pena inflitta).

Questo comune denominatore testimonia dunque per la Corte l'esistenza in materia di un **consenso europeo** molto ampio.

La Corte ha, dunque, osservato che, nell'ordinamento italiano, la scelta costituzionale di affidare la verifica del mandato di un eletto all'assemblea di appartenenza è giustificata dal **riconoscimento dell'indipendenza del potere legislativo rispetto ai poteri esecutivo e giudiziario, secondo il principio della separazione dei poteri**, ed è guidata da fattori storici e politici propri dello Stato interessato. Si tratta quindi di una

scelta che a parere della Corte rientra nell'**ampio margine di apprezzamento** di cui gli Stati devono poter godere in tale materia.
La Corte ha, infine, ritenuto che il ricorrente abbia beneficiato di **adeguate garanzie procedurali**, poiché il suo caso è stato oggetto di un approfondito esame da parte della Camera dei Deputati ed egli è stato informato del suo diritto di presentare osservazioni e documenti, farsi rappresentare da un avvocato e parlare nel corso del procedimento.
La Corte ha, quindi, concluso che, nel caso di specie, non vi è stata violazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DEL PROTOCOLLO N. 1 (DIRITTO A LIBERE ELEZIONI) E DELL'ART. 14 DELLA CONVENZIONE (DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE).

La Corte ha ricordato che solo le differenze di trattamento fondate su una caratteristica identificabile possono essere discriminatorie ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione e che, affinché sia configurabile una violazione dell'art. 14, deve sussistere una differenza nel trattamento di persone poste in situazioni simili o comparabili che manchi di giustificazione obiettiva e ragionevole.
A fronte di questo quadro convenzionale, la Corte EDU ha ritenuto che il decreto legislativo n. 235/2012 prevede chiaramente condizioni oggettive che giustificano l'applicazione del divieto di candidarsi e ricoprire la carica elettiva, con riferimento ai reati per i quali è intervenuta condanna e indipendentemente dall'esistenza o dalla durata della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici.
L'accertamento di tali condizioni è regolarmente avvenuto nei modi previsti dall'articolo 66 della Costituzione.
La Corte ha quindi escluso che nel caso di specie si sia verificata la violazione degli articoli 3 del Protocollo n. 1 e 14 della Convenzione EDU prefigurata dal ricorrente.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 13 DELLA CONVENZIONE (DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO).

La Corte ha ricordato che la portata dell'obbligo imposto dall'articolo 13 CEDU agli Stati contraenti varia a seconda della natura del reclamo del ricorrente e che l'organo a cui si riferisce tale disposizione non deve necessariamente essere un'istituzione giudiziaria, tutti i rimedi apprestati dal diritto interno potendo soddisfare cumulativamente i requisiti dell'articolo 13, anche se nessuno di essi li soddisfa pienamente da solo.
Si è, poi, ribadito che la separazione dei poteri dello Stato e l'autonomia e la sovranità del Parlamento rappresentano i pilastri dell'ordine democratico: il fatto che il funzionamento dell'organo legislativo sia sottratto al controllo del giudice è un aspetto essenziale della

separazione dei poteri e nel campo del diritto parlamentare un ampio margine di apprezzamento è lasciato agli Stati membri.

Dunque, **la Convenzione EDU non esige che un giudice controlli l'iter relativo alla verifica della composizione del Parlamento e, in particolare, la decisione dell'assemblea elettiva di vietare ad un parlamentare condannato di esercitare le sue funzioni**. Tanto più che il sistema italiano contiene una riserva costituzionale relativa al potere del Parlamento di giudicare non solo i titoli di ammissione dei suoi membri ma anche eventuali cause sopravvenute di ineleggibilità e incompatibilità.

D'altra parte, il meccanismo di adozione e "tripla convalida" della decisione sulla decadenza dalla carica di deputato - che vede l'intervento del Comitato permanente per le incompatibilità, le ineleggibilità e le decadenze; della Giunta delle elezioni e della Camera di appartenenza – realizza le garanzie e condizioni richieste dall'art. 13 della Convenzione EDU.

La Corte ha, infine, rilevato che le linee guida contenute nel Codice di buona condotta in materia elettorale redatto e approvato dalla "Commissione di Venezia" elencano i cinque principi del patrimonio elettorale europeo (suffragio universale, uguale, libero, segreto e diretto) e pongono tra le condizioni per la loro attuazione il fatto che l'esclusione dal diritto di voto e l'ineleggibilità devono essere previste dalla legge, rispettare il principio di proporzionalità ed essere motivate da un divieto fondato su ragioni che possono consistere tra l'altro, come nel caso di specie, nell'esistenza di condanne penali per reati gravi.

La Corte ha quindi ritenuto il ricorso irricevibile anche sotto questo profilo.

ART. 7 CEDU

ART. 7 CEDU - ELETTORATO PASSIVO – DIVIETO PER EFFETTO DI CONDANNA PENALE – ASSIMILAZIONE DEL DIVIETO A PENA – ESCLUSIONE - APPLICAZIONE RETROATTIVA DEL DIVIETO – ILLEGITTIMITA' – ESCLUSIONE – DIRITTO A LIBERE ELEZIONI – VIOLAZIONE- ESCLUSIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, Miniscalco c. Italia del 17 giugno 2021

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2%282021%29&facetNode_2=0_8_1_62&contentId=SDU350288&previsiousPage=mg_1_20

CLASSIFICAZIONE

ELETTORATO PASSIVO – DIVIETO PER EFFETTO DI CONDANNA PENALE – ASSIMILAZIONE DEL DIVIETO A PENA – ESCLUSIONE - APPLICAZIONE RETROATTIVA DEL DIVIETO – ILLEGITTIMITA' – ESCLUSIONE – DIRITTO A LIBERE ELEZIONI – VIOLAZIONE-ESCLUSIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU ART. 7; PROTOCOLLO N. 1 ART. 3; LEGGE 6 novembre 2012, n. 190; D. LGS. 31 dicembre 2012, n. 235.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU.

Sulla natura penale di una sanzione: Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi-Bassi*, 8 giugno 1976; *Weber c. Svizzera*, 22 maggio 1990, § 34; *Welch c. Regno Unito,* 9 febbraio 1995; *Ziliberberg c. Moldova,* 1° febbraio 2005, § 34; *Hirst c. Regno Unito (no 2)* [GC], 6 ottobre 2005, § 57-62; *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], 23 febbraio 2012, § 175; *Del Río Prada c. Spagna* [GC], 21 ottobre 2013, §§ 77-93*; Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014; Jussila c. Finlandia* [GC], 23 novembre 2006, §§ 30 et 31; *Zaicevs c. Lettonia*, 31 luglio 2007, § 31.

Sul diritto di elettorato passivo e sul margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati membri: Corte EDU *Hirst c. Regno Unito (no 2)* [GC], cit., § 57-62; *Ždanoka c. Lettonia* [GC], 16 marzo 2006, § 115.

Escludono la natura penale delle restrizioni al diritto di elettorato passivo che, anche se dipendenti dalla commissione di un reato, hanno per scopo principale la protezione dell'integrità di un'istituzione pubblica e il corretto svolgimento delle elezioni: *Pierre-Bloch c. Francia*, 21 ottobre 1997, § 56; *Paksas c. Lituania* [GC], 6 gennaio 2011; *Ādamsons c. Lettonia*, 24 giugno 2008, § 114; *Ždanoka c. Lettonia* [GC], cit., §§ 122, 130, 133.

Sull'art. 3 del Protocollo n. 1: *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgio*, 2 marzo 1987, § 47; *Podkolzina c. Lettonia, 9 aprile 2002,* § 33; *Ždanoka c. Lettonia*, cit., § 115; *Scoppola c. Italia (no 3)*, 18 gennaio 2011, § 82.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Prima Sezione, 17 giugno 2021, Miniscalco c. Italia

ABSTRACT

*Il **divieto di presentarsi come candidato alle elezioni regionali** del 2013 – imposto al ricorrente in applicazione del d. lgs. n. 235/2012, entrato in vigore il 5 gennaio 2013 - a causa della sua condanna, definitiva nel 2011, per delitto di abuso di ufficio, **non può essere assimilato a una sanzione penale** ai sensi dell'art. 7 della Convenzione EDU e ad esso non si applica il principio della irretroattività.*
Non è stata ravvisata neppure la violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 (diritto a libere elezioni), poiché il divieto di presentarsi come candidato alle elezioni regionali è proporzionato allo scopo legittimo perseguito dalle Autorità italiane, consistente nella tutela del buon funzionamento delle amministrazioni pubbliche, allorché la protezione dell'integrità del processo elettorale giustifica l'immediata applicazione di quella misura, anche se prevista da norma entrata in vigore in data successiva a quella di commissione dei fatti penalmente accertati.

IL CASO

Nel 2013, l'Ufficio elettorale centrale della Regione Molise ha sottoposto ad esame le liste dei candidati per le elezioni regionali dello stesso anno.
In una di esse compariva il nome del ricorrente.
L'Ufficio ha quindi rilevato che la dichiarazione dello stesso, attestante la mancanza di motivi ostativi alla sua candidatura, non era corretta, poiché dal certificato del casellario giudiziale dell'interessato risultavano tre condanne per reati di abuso di ufficio (art. 323 cod. pen.), l'ultima delle quali passata in giudicato nel dicembre 2011.
L'Ufficio elettorale centrale ha pertanto deciso, ai sensi dell'articolo 7 del D.Lgs. 235/2012 (entrato in vigore il 5 gennaio 2013, che vieta di candidarsi alle elezioni regionali in caso di condanna definitiva per taluni reati, tra i quali quello di abuso di ufficio), di cancellare il candidato dalla lista in cui figurava il suo nome.
L'interessato ha impugnato tale decisione dinanzi al TAR e, quindi, al Consiglio di Stato, ma il suo ricorso è stato rigettato. Nel 2017, dopo aver ottenuto la riabilitazione, il ricorrente ha potuto di nuovo presentarsi come candidato alle elezioni regionali.
Dinanzi alla Corte EDU egli ha, in primo luogo, lamentato la violazione dell'art. 7 della Convenzione, sostenendo che il divieto di presentarsi come candidato alle elezioni regionali del 2013 - a lui imposto in applicazione del decreto legislativo n. 235/2012 e a causa della

sua condanna, divenuta irrevocabile nel 2011, per delitto di abuso di ufficio - costituiva una ulteriore pena, inflitta sulla base di una norma "penale" retroattivamente applicata.
Egli ha inoltre dedotto l'intervenuta violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 (diritto alle libere elezioni), poiché il divieto di candidarsi aveva illegittimamente limitato il suo diritto di elettorato passivo.
A tale riguardo, ha rilevato che sulla base dei cosiddetti "**criteri di Engel**", ed in particolare quello rappresentato dalla **gravità** della misura, il divieto di candidarsi alle elezioni regionali deve ritenersi una vera e propria pena. Ad avviso del ricorrente, l'esercizio del potere discrezionale del legislatore ha superato i limiti della ragionevolezza, imponendo una sanzione la cui gravità è resa ancor più evidente dall'assenza di determinazione della relativa durata, a differenza di quanto disposto per i parlamentari nazionali ed europei per i quali la durata della misura "è pari al doppio della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici (...) e comunque non può superare i sei mesi" (art. 13 d.lgs. n. 235/2012).
Il ricorrente ha sostenuto che, sebbene condannato in via definitiva nel 2011, non ha potuto concorrere alle elezioni regionali del 2013, né potrà farlo a vita. Inoltre, l'eliminazione del divieto a seguito di intervenuta riabilitazione dimostrerebbe la natura penale del provvedimento applicativo e del divieto imposto.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 7 CEDU

Secondo la Corte, che cita al riguardo le relazioni esplicative della Legge n. 190/2012 e del d.lgs. n. 235/2012, la scelta del legislatore italiano di subordinare il divieto di candidarsi a funzioni elettive all'esistenza di una condanna irrevocabile per i reati ivi previsti è coerente con l'intervenuto accertamento di una assoluta incapacità funzionale del condannato e al bisogno, che da essa deriva, di **preservare il buon funzionamento e la trasparenza dell'amministrazione**, nonché **la libertà decisionale degli organi elettivi**. La Corte ha altresì notato che l'inclusione del reato di abuso di ufficio tra quelli che giustificano il divieto impugnato tende a rafforzare l'azione di contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nell'amministrazione. Ha anche rilevato che, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 236/2015 (§§ 31-38), restrizioni al diritto di elettorato attivo e passivo erano già in vigore in precedenza per casi analoghi. Ha osservato inoltre che nell'Addendum alla relazione di conformità sull'Italia (Greco RC-I / II (2011) 1 E), pubblicato il 1° luglio 2013, il GRECO ha accolto con favore l'adozione della legge n. 190/2012 e i progressi fatti dalle autorità nazionali per chiarire e rafforzare le politiche anticorruzione. La Corte condivide dunque espressamente la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (e in particolare le sentt. nn. 236/2015 e 276/2016), secondo la quale **provvedimenti analoghi a quello impugnato non costituiscono sanzione penale, né effetto penale della condanna, poiché derivano dalla perdita della condizione soggettiva che consente l'accesso alle funzioni elettive e al loro**

esercizio. Il candidato il cui nominativo è stato cancellato dalla lista a seguito della perdita della sua capacità elettorale passiva non è quindi sanzionato in base alla gravità dei fatti per i quali è stato condannato dal giudice penale, ma perché ha perso l'attitudine morale essenziale per poter accedere alle funzioni di rappresentante degli elettori. La Corte EDU ritiene pertanto, in piena continuità con la considerata giurisprudenza della Corte costituzionale, che **si tratti di una scelta legislativa che non esula dai limiti di una ragionevole valutazione degli interessi, privati e pubblici**, in gioco. Secondo la Corte EDU, il venir meno del divieto a seguito della riabilitazione del condannato si spiega poi con la necessità di eliminare in tal caso la limitazione al diritto di elettorato passivo in quanto essa, pur avendo il suo presupposto necessario in una sentenza definitiva di condanna (o equiparata, come quella di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 cod. proc. pen.), non è disposta dall'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale e non rientra tra gli effetti penali della condanna.

La Corte ricorda inoltre che il ricorrente ha potuto impugnare la sua esclusione dinanzi al competente Ufficio elettorale e poi, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, dinanzi al giudice amministrativo.

Quanto alla **gravità della misura**, la Corte ha ricordato che, secondo la sua giurisprudenza, essa **non** consente di per sé di concludere che la "sanzione" abbia **natura penale.** Pur avendo la perdita del diritto di candidarsi alle elezioni regionali avuto conseguenze politiche per il ricorrente, ciò non può essere sufficiente per qualificare quella misura come sanzione di natura penale, tanto più che nel 2017 il ricorrente ha potuto candidarsi alle nuove elezioni regionali dopo aver ottenuto la riabilitazione e che il suo diritto di voto non è mai stato negato. La Corte ha quindi escluso che il divieto di candidarsi alle elezioni regionali previsto dall'articolo 7 del d.lgs. 235/2012 possa essere assimilato a una sanzione penale ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed ha ritenuto questa censura irricevibile, perché incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, respingendola *ex* art. 35, §§ 3 e 4, della Convenzione.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DEL PROTOCOLLO N. 1 (DIRITTO A LIBERE ELEZIONI)

A tale riguardo, la Corte ha ritenuto il ricorso ammissibile, ma infondato. Essa ha in primo luogo rilevato, in punto di ammissibilità, che con l'entrata in vigore della Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, è stato rafforzato il potere legislativo delle Regioni. Il nuovo articolo 117 Cost., come modificato dalla citata legge costituzionale, riconosce infatti ambiti di potestà legislativa concorrente delle Regioni, mentre il comma 4 dello stesso art. 117 dispone che in ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato la potestà legislativa spetta alle Regioni. Sicché i consigli regionali devono essere considerati" corpo legislativo" ai fini dell'art. 3 del Protocollo n. 1.

La Corte EDU ha poi osservato che il divieto di candidarsi alle elezioni regionali previsto dall'articolo 7 del d.lgs. 235/2012 comporta la sola perdita del diritto di elettorato "passivo", mentre l'aspetto attivo del diritto non è in alcun modo attinto. Al riguardo, la Corte ha osservato che l'art. 3 del Protocollo n. 1 garantisce sia il diritto di elettorato attivo che quello di elettorato passivo, ma mentre il diritto di voto (elettorato attivo) comporta solitamente una valutazione più ampia della proporzionalità delle disposizioni giuridiche che prevedano possibili restrizioni, il sindacato sulle misure restrittive del diritto di elettorato passivo si limita a verificare l'assenza di arbitrarietà nelle procedure interne che portino a privare un individuo dell'eleggibilità.

La Corte ha dunque ritenuto che l'ingerenza prodotta dal provvedimento impugnato nell'esercizio dei diritti elettorali del ricorrente garantiti dall'articolo 3 del Protocollo n. 1 abbia perseguito uno **scopo legittimo** e debba ritenersi **proporzionata**. La Corte ha in particolare rilevato che il divieto di candidarsi alle elezioni regionali è correlato ad idonee garanzie. Tale divieto ha come presupposto l'esistenza di una sentenza di condanna definitiva (o ad essa equiparata, come la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti) per un certo numero di reati gravi rigorosamente definiti dalla legge. Inoltre, l'art. 3 del Protocollo n. 1 non è limitato da un elenco preciso di obiettivi legittimi. Gli Stati contraenti possono dunque liberamente invocare uno scopo legittimo che non compare tra quelli richiamati negli articoli da 8 a 11 della Convenzione per giustificare una restrizione, a condizione che la compatibilità di questo scopo con i principi propri ad uno Stato di diritto e gli obiettivi generali della Convenzione sia dimostrata nelle circostanze particolari del caso concreto. La Corte ha sottolineato che il divieto di candidarsi applicato nel caso di specie è stato introdotto dal legislatore italiano con l'obiettivo di rafforzare l'arsenale di misure preventive della stessa natura già previsto per le elezioni locali dalla legge n. 50/1990 e che l'incandidabilità risponde all'imperativo di assicurare in generale il buon funzionamento delle pubbliche amministrazioni, garanti della corretta gestione della *res publica*, e di preservare la libertà decisionale degli organi elettivi. Si tratta dunque di obiettivi compatibili con i principi propri ad uno Stato di diritto e con quelli generali della Convenzione.

Quanto all'asserita violazione del principio di prevedibilità della legge per applicazione dell'incandidabilità a seguito della condanna del ricorrente per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo impugnato, la Corte ha rilevato che, tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nel limitare la capacità elettorale passiva delle persone, i requisiti dell'art. 3 del Protocollo n. 1 sono meno severi di quelli relativi all'articolo 7 della Convenzione. In questo caso, spettava allo Stato strutturare il proprio sistema giuridico per combattere l'illegalità e la corruzione all'interno dell'amministrazione, sicché **l'applicazione immediata del divieto di candidarsi alle elezioni regionali deve ritenersi coerente con la finalità dichiarata**

dal legislatore, ossia quella di escludere dalle procedure elettorali le persone condannate per reati gravi e proteggere così l'integrità del processo democratico. Infine, la Corte ha sottolineato che se è vero che il divieto di candidarsi alle elezioni regionali non è limitato nel tempo, nel caso di specie il ricorrente, come ha affermato dinanzi al Consiglio di Stato, aveva chiesto la sua riabilitazione e poi rinunciato a tale richiesta prima della scadenza elettorale del 2013 "per il fatto che il decreto legislativo non era ancora in vigore". L'interessato ha poi ottenuto la riabilitazione e, conseguentemente, il riconoscimento del diritto a presentarsi alle elezioni regionali del 2017.

In conclusione, la Corte ha rilevato che nel caso di specie non vi è stata violazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1.

ART. 8 CEDU

VITA PRIVATA E FAMILIARE – SEGRETO DELLA CORRISPONDENZA – MESSAGGI SCAMBIATI DA DONNA CONIUGATA SU UN SITO DI INCONTRI – PRODUZIONE DA PARTE DEL MARITO NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI DI DIVORZIO E AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI – DENUNCIA DELL'INTERESSATA PER IL REATO DI VIOLAZIONE DI CORRISPONDENZA – INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU.

Corte EDU, Quarta Sezione, 7 settembre 2021, M.P. c. Portogallo (Ricorso n. 27516/14).

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211837

CLASSIFICAZIONE

VITA PRIVATA E FAMILIARE – SEGRETO DELLA CORRISPONDENZA – MESSAGGI SCAMBIATI DA DONNA CONIUGATA SU UN SITO DI INCONTRI – PRODUZIONE DA PARTE DEL MARITO NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI DI DIVORZIO E AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI – DENUNCIA DELL'INTERESSATA PER IL REATO DI VIOLAZIONE DI CORRISPONDENZA – DECISIONE DI NON LUOGO A PROCEDERE NEI CONFRONTI DEL MARITO - PERTINENZA DEI MESSAGGI ALL'OGGETTO DEL PROCESSO - LORO DIVULGAZIONE UNICAMENTE NEL QUADRO DI PROCEDIMENTI GIUDIZIARI CARATTERIZZATI DA LIMITATO ACCESSO DEL PUBBLICO AGLI ATTI – MESSAGGI EFFETTIVAMENTE NON ESAMINATI DAL GIUDICE CIVILE - PROTEZIONE ADEGUATA APPRESTATA DALLO STATO CONTRO L'INGERENZA NELLA VITA PRIVATA DELLA DENUNCIANTE – INSUSSISTENZA VIOLAZIONE ART. 8 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 8.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sulla nozione di vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione europea: Corte Edu [GC], *S. e Marper c. Regno Unito, 4 dicembre 2008*; Corte Edu, *Eremia ed altri c. Moldavia*, 28 maggio 2013; Corte Edu [GC], *Soderman c. Svezia*, 12 novembre 2013.

Sugli obblighi degli Stati di adozione di effettive misure di protezione: Corte Edu, *Opuz c. Turchia,* 9 giugno 2009*;* Corte Edu*, Balsan c. Romania,* 23 maggio 2017*;* Corte Edu, *Kurt c. Austria*, 4 luglio 2019.

Sulla protezione della vita privata nelle relazioni tra individui e la responsabilità dello Stato per omessa tutela: Corte Edu [GC], *Soderman c. Svezia*, cit.; Corte Edu [GC], *Von Hannover c. Germania* (n. 2), 2012; Corte Edu [GC], *Barbulescu c. Romania*, 5 settembre 2017; Corte Edu, *Schuth c. Germania*, 2010.

Sul margine di apprezzamento degli Stati circa gli strumenti di tutela della vita privata e del segreto della corrispondenza: Corte Edu [GC], *Fernandez Martinez c. Spagna*, 2014; Corte Edu [GC], *Soderman c. Svezia*,cit.; Corte Edu [GC], *Barbulescu c. Romania*, cit.; *MGN Limited c. Regno Unito*, 18 gennaio 2011; Corte Edu, *M.C. c. Bulgaria*, 2003; Corte Edu [GC], *Lopez Ribalda e altri c. Spagna*, 17 ottobre 2019;.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Quarta Sezione, 7 settembre 2021, M.P. c. Portogallo (Ricorso n. 27516/14).

ABSTRACT

La ricorrente ha denunciato la ***violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU*** *conseguente alla* ***decisione di non luogo a procedere*** *pronunciata dall'autorità giudiziaria portoghese ad esito del procedimento penale avviato nei confronti del marito per avere egli avuto* ***accesso ai messaggi elettronici*** *da lei* ***scambiati su un sito di incontri*** *e provveduto alla* ***produzione di tali messaggi nei procedimenti di divorzio e di affidamento dei figli minori*** *da lui avviati dinanzi ai tribunali civili portoghesi. La Corte ha stabilito che gli* ***effetti della divulgazione dei messaggi in questione sulla vita privata della richiedente sono stati limitati e proporzionati****, in quanto i messaggi sono stati depositati solo in procedimenti civili caratterizzati da un ristretto accesso del pubblico agli atti. La Corte ha rilevato inoltre che i messaggi in questione non sono stati concretamente esaminati dal giudice delle cause familiari portoghese, poiché in realtà sono stati i tribunali spagnoli, prima aditi dalla ricorrente (e non quelli portoghesi, aditi solo successivamente dal marito), che hanno pronunciato il divorzio e concesso l'affidamento dei figli alla madre, con riconoscimento di un diritto di visita al padre. Per la Corte,* ***l'ordinamento giuridico portoghese offre strumenti idonei di tutela della vita privata e del segreto della corrispondenza*** *e nel caso di specie* ***i competenti uffici giudiziari penali hanno proceduto a un'adeguata valutazione comparativa degli interessi in gioco****, in particolare del diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata e quello del marito a difendersi provando nell'ambito dei procedimenti civili che, per loro natura, avevano ad oggetto la vita privata della coppia e della famiglia. Inoltre, poiché la ricorrente aveva rinunciato a qualsiasi pretesa civile nell'ambito del procedimento penale, in quella sede restava solo da decidere la questione della responsabilità penale del marito, sulla quale la Corte EDU non ha titolo a pronunciarsi. La Corte ha pertanto concluso all'unanimità che nel caso di specie* ***lo Stato ha adempiuto al suo obbligo positivo di garantire il diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata e della segretezza della sua corrispondenza*** *e che* ***non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione EDU.***

IL CASO

Invocando la violazione dell'**art. 8 della Convenzione** EDU e del suo **diritto al rispetto della vita privata e della segretezza della corrispondenza**, la ricorrente lamenta che i giudici portoghesi non abbiano penalmente sanzionato il marito per il **reato di violazione del segreto della corrispondenza** previsto dall'art. 194 cod. pen. portoghese. In particolare, la ricorrente censura la **decisione di non luogo a procedere** pronunciata dall'autorità giudiziaria portoghese ad esito del procedimento penale avviato nei confronti del marito per il suddetto reato, per avere egli avuto, senza il suo consenso, **accesso ai messaggi elettronici** da lei **scambiati su un sito di incontri occasionali** e aver proceduto al **deposito di tali messaggi nei procedimenti di divorzio e di affidamento congiunto dei figli minori** da lui avviati dinanzi ai tribunali civili portoghesi.

Avverso l'archiviazione del procedimento, inizialmente disposta dal pubblico ministero, l'interessata si era opposta, nella sua qualità di persona offesa dal reato, sollecitando, senza peraltro formulare domande risarcitorie, l'intervento del giudice istruttore. Quest'ultimo aveva quindi emesso un'ordinanza di non luogo a procedere. La motivazione del provvedimento evidenziava che non risultava accertato in qual modo il marito avesse avuto accesso ai messaggi in questione e che tale accesso era avvenuto in costanza di matrimonio e di coabitazione, sicché, condividendo i coniugi all'epoca anche la loro corrispondenza, non poteva ritenersi provata l'intenzione dell'agente di violare la vita privata della denunciante. L'interessata aveva impugnato l'ordinanza del giudice istruttore dinanzi alla Corte di appello, la quale, dopo aver osservato che al momento della denuncia l'azione penale doveva ritenersi prescritta in ordine alla pur accertata condotta di accesso abusivo ai messaggi, rilevava tuttavia che, dopo la scoperta dei messaggi da parte del marito, l'appellante aveva autorizzato quest'ultimo a prendere cognizione dell'intero contenuto della sua messaggeria per provargli che si trattava di uno scherzo. La Corte territoriale aveva quindi concluso che da quel momento i messaggi erano divenuti "patrimonio morale comune" dei coniugi e che ciascuno di essi doveva ritenersi autorizzato a utilizzarne i contenuti nelle cause civili di divorzio e di affidamento congiunto dei figli minori, essendo pertinenti a tali procedimenti tutti i fatti idonei a dimostrare il carattere anormale del comportamento e delle condizioni di vita di uno dei coniugi, in particolare al fine di garantire la migliore tutela del preminente interesse dei figli minori.

A sostegno dell'allegata violazione dell'art. 8 della Convenzione, la ricorrente ha evidenziato che, contrariamente a quanto sostenuto nei provvedimenti degli uffici giudiziari portoghesi, i messaggi in questione non avevano alcuna pertinenza con le cause civili di divorzio e affidamento dei figli, non rilevando in tali procedimenti l'eventuale addebito di comportamenti colpevoli.

La ricorrente ha osservato che allorché il marito ha prodotto i documenti nelle cause civili egli aveva per unico scopo quello di umiliarla. Affermando che detti messaggi elettronici facevano parte della vita privata comune della coppia, i giudici nazionali non avrebbero proceduto ad una corretta ed equilibrata valutazione comparativa degli interessi in gioco e sarebbero venuti meno all'obbligo di tutela della sua vita privata loro assegnato dall'art. 8 della Convenzione EDU.

Il Governo portoghese ha contestato la tesi della ricorrente, sostenendo in primo luogo che tanto nel procedimento di divorzio che in quello di affidamento (congiunto) dei figli i giudici nazionali erano chiamati a esaminare gli aspetti più intimi della vita privata e familiare della coppia, sicché doveva considerarsi del tutto normale che in quelle sedi uno dei coniugi avesse voluto sostenere le sue richieste producendo i messaggi in questione. Ha poi osservato che il Tribunale degli affari familiari portoghese non aveva esaminato detti messaggi, non essendosi pronunciato sul merito poiché era stata ritenuta prevalente la giurisdizione del giudice spagnolo. Ha infine sottolineato che, allorché l'autore dell'ingerenza nella vita privata di una persona è un individuo, gli obblighi posti a carico dello Stato ai sensi dell'art. 8 della Convenzione EDU non comprendono quello di condanna del colpevole in sede penale e che la motivazione dei provvedimenti di non luogo a procedere adottati dagli uffici giudiziari portoghesi nel corso del procedimento penale *de quo* doveva ritenersi del tutto adeguata, ragionevole e corretta.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU

La Corte EDU ha preliminarmente osservato che il caso riguarda un'**ingerenza nella vita privata** che si assume **realizzata** non da parte dello Stato, ma **da un privato**. Le censure della ricorrente si riferiscono quindi agli **obblighi positivi di protezione incombenti in tal caso sullo Stato** ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

La Corte ha quindi sottolineato che **la responsabilità dello Stato a tale titolo può configurarsi allorché esso non abbia adottato le misure necessarie a garantire alle persone interessate l'effettivo godimento dei diritti consacrati nell'art. 8.**

Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico portoghese, la Corte ha rilevato che **l'accesso al contenuto di lettere o telecomunicazioni senza il consenso dei corrispondenti e la loro successiva divulgazione** formano oggetto di **specifica fattispecie penale**. Ha poi constatato che, a seguito della denuncia presentata dalla ricorrente per violazione della segretezza della sua corrispondenza, il pubblico ministero ha aperto un procedimento penale e svolto indagini. Inoltre, la ricorrente è stata autorizzata ad intervenire nell'ambito di quel procedimento, ciò che le ha consentito di svolgere un **ruolo attivo in sede penale**. Essa ha quindi avuto, in particolare, l'opportunità di presentare le sue prove e di sollecitare l'intervento del giudice istruttore quando il pubblico ministero ha deciso di archiviare il caso. Dinanzi al giudice istruttore essa avrebbe potuto anche presentare una richiesta di

risarcimento, ma non lo fece. Sicché l'invocata prosecuzione del procedimento penale aveva per esclusiva finalità quella della condanna del responsabile dell'ipotizzato reato di violazione del segreto della corrispondenza. La Corte EDU ha quindi concluso che **l'ordinamento giuridico portoghese offre adeguata tutela del diritto al rispetto della vita privata e alla segretezza corrispondenza, tanto sul piano del diritto penale sostanziale che su quello delle regole processuali**.

La Corte ha altresì evidenziato che **la valutazione comparativa operata dai giudici penali nazionali tra gli opposti interessi delle parti** – vale a dire, il diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata e quello del marito di presentare le prove a sostegno delle domande di divorzio e di affidamento dei figli minori - **non può ritenersi arbitraria**, sicché sarebbe del tutto ingiustificata la sostituzione dell'apprezzamento della Corte EDU a quello dei giudici nazionali.

A tale riguardo, la Corte EDU ha riconosciuto che la Corte d'appello incaricata del controllo sull'ordinanza di non luogo a procedere emessa dal giudice istruttore ha correttamente affermato la **rilevanza dei messaggi nell'ambito dei procedimenti civili di divorzio e ripartizione della potestà genitoriale**, i quali richiedono necessariamente una effettiva valutazione della situazione personale dei coniugi e della famiglia.

La Corte EDU ha infine ritenuto che gli **effetti della divulgazione dei messaggi sulla vita privata della ricorrente** siano stati **limitati e proporzionati**, poiché essi sono stati depositati agli atti di procedimenti civili per i quali la possibilità di accesso del pubblico è ristretta. Ha considerato, inoltre, che quei messaggi non sono stati neppure esaminati dai giudici civili della famiglia portoghesi, i quali non si sono pronunciati nel merito delle richieste avanzate dal marito a causa della prevalenza accordata alla giurisdizione spagnola.

D'altra parte, la Corte EDU ha osservato che da quando la ricorrente aveva rinunciato a far valere le sue eventuali pretese civili nel procedimento penale, in quella sede restava da risolvere solo la questione della responsabilità penale del marito, che esula dalla cognizione della stessa Corte.

La Corte ha dunque concluso che **lo Stato ha adempiuto all'obbligo di garantire il diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata e alla segretezza della sua corrispondenza** e che **non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione**.

ART. 8 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DETENUTO CONDANNATO ALLA PENA DELL'ERGASTOLO – DETENZIONE IN CELLA DI MATERIALE PORNOGRAFICO – SEQUESTRO E SANZIONE DISCIPLINARE - SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

CORTE EDU, Prima Sezione, Chocolac c. Slovacchia del 7 luglio 2022
HTTPS://HUDOC.ECHR.COE.INT/FRE?I=001-218459

CLASSIFICAZIONE

Art. 8 CEDU – Diritto al rispetto della vita privata e familiare – **Detenuto condannato alla pena dell'ergastolo – Successivo sequestro in cella di materiale pornografico** ed inflizione di sanzione disciplinare - Sussistenza della violazione.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 7 luglio 2022, *Chocholac c. Slovacchia*

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, art. 8.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

SENTENZE DELLA CORTE EDU

Corte Edu, Grande Camera, 30/6/2015, *Khoroshenko c. Russia*; Corte Edu, GC, 1 luglio 2014, *S.A.S. c. Francia*; Corte Edu, GC, 4/12/2008, *S. e Marper c. Regno Unito*; Corte Edu, GC, 6/10/2005, *Hirst c. Regno Unito*; Corte Edu, 24/5/1988, *Muller e altri c. Svizzera*.

SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Sez. 1, n. 36865 del 8/6/2021, Strangio, Rv. 281907; Sez. 1, n. 4030 del 4/12/2021, Ministero della Giustizia DAP, Rv. 280532; Sez. 1, n. 33917 del 15/7/2021, Ministero della Giustizia DAP, Rv. 281794; Sez. 1, n. 43484 del 30/9/2021, Ministero della Giustizia, Rv. 282213.

ABSTRACT

La Corte EDU ha ritenuto ***sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU,*** *in relazione al ricorso presentato da un detenuto condannato alla pena dell'ergastolo il quale, nel corso di*

una perquisizione a sorpresa all'interno della propria cella, è stato trovato in possesso di materiale pornografico (si trattava di foto strappate da un giornale, raffiguranti rapporti sessuali tra adulti), di cui era vietato il possesso e, in relazione tale condotta, considerata quale minaccia alla moralità, era sottoposto a sanzione disciplinare. In particolare, la Corte Edu ha ritenuto che nell'ambito della nozione di vita privata rientra anche la vita sessuale ed ha ritenuto che l'interferenza posta in essere dalle Autorità non era giustificata dal perseguimento di una delle finalità tassativamente indicate dall'art. 8 né necessaria in una società democratica, non rispondendo ad alcun pressante bisogno sociale, proporzionato allo scopo perseguito.

IL CASO

Il 26 aprile 2013 la cella individuale ove era detenuto il ricorrente veniva sottoposta ad un controllo, all'esito del quale, occultate all'interno della rivista, venivano trovate le pagine di un'altra rivista per adulti, raffiguranti scene di rapporti sessuali tra adulti. Essendo il possesso di tale materiale vietato e considerato quale minaccia alla moralità, il ricorrente veniva sottoposto a procedimento disciplinare, nel corso del quale deduceva che il materiale asportato era parte della sua vita privata ed aveva su di lui effetti positivi, considerata la sua esclusione dalla vita sociale. Le sue allegazioni, tuttavia, non venivano considerate rilevanti in sede di reclamo e la sanzione disciplinare veniva, pertanto, confermata.

Chocolac ha proposto ricorso alla Corte Edu, lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU in relazione al divieto di possesso di materiale per adulti da parte dei detenuti condannati all'ergastolo ed all'interferenza nella sua vita privata conseguente al sequestro di tale materiale.

LA DECISIONE

La Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU ribadendo che, nell'ambito dell'ampio concetto di "**vita privata**", rientrano anche **l'orientamento sessuale e la vita sessuale**.

Partendo dal dato incontestato dalle parti della destinazione del materiale rinvenuto come stimolante per atti di autoerotismo, la Corte ha ritenuto che il sequestro di detto materiale e l'inflizione della sanzione disciplinare abbiano comportato un'**interferenza nella vita privata del ricorrente**, prevista dalla legge, **volta al perseguimento di uno scopo** (la protezione della moralità) **diverso da quelli tassativamente indicati dal par. 2 dell'art. 8** e **non necessaria in una società democratica**, non rispondendo ad alcun pressante bisogno sociale. In particolare, quanto a tale ultimo aspetto, la Corte ha rilevato che, alla luce del sistema penitenziario dello Stato convenuto, la condizione di esclusione del ricorrente dalla vita sessuale potrebbe essere a lungo termine, quando non anche

permanente, ed ha rilevato che dalla sua storia personale non risultano condanne per reati sessuali o condizioni che possano lasciar prevedere che la detenzione del materiale sequestrato possa scatenare condotte violente o inappropriate del ricorrente.

OSSERVAZIONI FINALI

Con la decisione in commento la Corte EDU, sia pure con una sentenza non assunta all'unanimità, in merito alla significatività dell'interferenza lamentata dal ricorrente, ha ribadito la nozione estensiva di "vita privata", già adottata in precedenti pronunce.

Le opinioni dissenzienti, infatti, pur non negando tale nozione, hanno ritenuto che l'interferenza lamentata dal ricorrente non raggiungesse la soglia di gravità e severità tale da essere considerata rilevante ai fini dell'art. 8 CEDU.

A prescindere da tale elemento di contrasto nel Collegio giudicante, la sentenza in esame potrebbe assumere rilevanza in relazione al tema, affrontato da una recente pronuncia di questa Corte, relativo al divieto per i detenuti in regime differenziato (art. 41-*bis* ord. pen.) di ricevere riviste per adulti (in quanto non inserite nell'elenco delle pubblicazioni acquistabili mediante sopravvitto).

In particolare Sez. 1, n. 36865 del 8/6/2021, Strangio, Rv. 281907 ha ritenuto legittimo tale divieto considerando, da un lato, la coerenza del divieto con le finalità proprie del regime detentivo differenziato (avuto riguardo alla possibilità che all'interno di dette riviste possano nascondersi messaggi criptici, camuffati da annunci, aventi in realtà contenuto pregiudizievole per l'ordine e la sicurezza pubblica) e, dall'altra, che la limitazione in oggetto non pregiudica il diritto all'informazione né quello alla sessualità del detenuto, rispetto alla cui realizzazione la fruizione di materiale pornografico non costituisce presupposto ineludibile.

ART. 8 CEDU

ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.

Corte E.D.U., Prima sezione, MESIĆ c. Croazia, 5 maggio 2022

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217119

CLASSIFICAZIONE

ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - DICHIARAZIONE DELL'EX PRESIDENTE DELLO STATO DELLA CROAZIA CON CUI SI PROSPETTAVA CHE UN AVVOCATO AVESSE BISOGNO DI CURE PSICHIATRICHE PER AVERLO COINVOLTO IN UNA DENUNCIA PENALE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE - DICHIARAZIONE AMPIAMENTE DIFFUSA – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Artt. 6, 8 e 10 CEDU

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Rujak c. Croazia, n. 57942/10, 2 ottobre 2012; Stojanović c. Croazia, n. 23160/09, § 56, 19 settembre 2013; Perinçek v. Switzerland [GC], n. 27510/08, 2015; Europapress Holding d.o.o. v. Croatia, n. 25333/06, 22 ottobre 2009; Axel Springer AG v. Germany [GC], n. 39954/08, 7 febbraio 2012; Couderc e Hachette Filipacchi Associés c. Francia [GC], n. 40454/07, 10 novembre 2015; Egeland e Hanseid c. Norvegia, n. 34438/04, 16 aprile 2009.

ABSTRACT

La necessità che l'ingerenza nella libertà di espressione, in una società democratica, si fondi sulla tutela della reputazione altrui, implica che l'Autorità giudiziaria nazionale verifichi la sussistenza di un giusto equilibrio nel proteggere due valori garantiti dalla Convenzione, posto che essi in alcuni casi possono entrare in conflitto tra loro: da un lato la libertà di espressione, come tutelata dall'articolo 10, e dall'altro il diritto al rispetto vita privata sancita dall'art. 8.

Tuttavia, affinché l'art. 8 della Convenzione entri in gioco, un attacco alla reputazione di una persona deve raggiungere un certo grado di gravità, e le sue modalità devono pregiudicare il godimento personale del diritto al rispetto della vita privata.

Nella specie, non è stata rilevata una violazione dell'art. 10 CEDU.

La Corte ha concluso, invece, nel senso che il procedimento era stato eccessivamente lungo, non soddisfacendo il requisito della ragionevole durata, con conseguente violazione dell'art. 6 CEDU.

IL CASO

La Corte EDU si è occupata di un procedimento civile per diffamazione, in cui il ricorrente – un ex Presidente della Croazia – era stato condannato dai tribunali croati a pagare l'equivalente di 6.660 euro ad un avvocato di origine croata, Jurašinović, che esercitava la professione in Francia, per aver offeso la sua reputazione.

Contro la sentenza, il ricorrente Mesić adiva la Corte di Strasburgo, invocando l'art. 10 della Convenzione e deducendo la violazione della sua libertà di espressione.

Il ricorrente era stato presidente della Croazia dal 2000 al 2010; nel 2006 Ivan Jurašinović, avvocato croato che all'epoca esercitava ad Angers (Francia), aveva depositato, per conto di uno dei suoi clienti, una denuncia penale contro alcuni cittadini croati, tra cui Mesić, in relazione a vicende di tentato omicidio e tentata estorsione da parte di una organizzazione criminale, con la quale si sosteneva che Mesić fosse coinvolto. Uno dei soggetti al centro della denuncia, infatti, era un presunto noto boss mafioso, che, secondo il cliente dell'avvocato diffamato, aveva finanziato la campagna elettorale di Mesić nel 2000.

Dopo la denuncia, apparivano sui siti web di due quotidiani croati alcuni articoli che collegavano il nome dell'allora Presidente alla denuncia penale definendolo una "sorta di protettore politico della persona che ha ordinato l'omicidio".

L'esatto contenuto della denuncia penale non era noto ai media, ma in entrambi gli articoli si affermava che i giornalisti avevano contattato telefonicamente Jurašinović, il quale aveva confermato che la denuncia era stata effettivamente presentata, ma che non gli era permesso di fornire ulteriori dettagli, in base alle disposizioni del diritto francese.

In risposta agli articoli giornalistici, il presidente Mesić, nel corso di una conferenza stampa televisiva, aveva affermato che l'avvocato Jurašinović avrebbe dovuto essere ricoverato in un ospedale psichiatrico, dove avrebbe potuto ricevere cure efficaci; tale dichiarazione era stata riportata sul sito ufficiale del presidente della Croazia ed era stata ripresa da vari media.

Dato che, ai sensi del diritto croato, il Presidente della Repubblica gode dell'immunità dall'azione penale ma non dalla responsabilità civile, in data 22 gennaio 2007, Jurašinović aveva intentato un'azione civile per diffamazione presso il Tribunale municipale di Zagabria, denunciando che Mesić aveva usato la sua posizione istituzionale e la relativa attenzione dei media per offendere il suo onore e la sua reputazione e danneggiare la sua credibilità professionale e morale.

Mesić, a sua volta, ha sostenuto in sua difesa che la dichiarazione ritenuta offensiva non era tale, poiché si risolveva in una figura retorica (una "metafora personificata"), con cui egli ha tentato di rispondere con ironia alle infondate e gravi accuse mosse contro di lui.

La decisione del giudice civile croato era stata nel senso del riconoscimento della diffamazione a carico del Mesic, non prevalendo, nel caso di specie, il diritto alla libertà di espressione.

LA DECISIONE

Anche la Corte EDU ha escluso che nei confronti del ricorrente fosse stata emessa una condanna in violazione dell'art. 10 CEDU poichè ha ritenuto che la dichiarazione resa da Mesić non fosse stata soltanto pregiudizievole per la reputazione dell'avvocato, ma era stata anche in grado di avere un effetto "di congelamento", dissuasivo dell'esercizio delle sue funzioni professionali. Pertanto, la condanna alla liquidazione del danno da diffamazione in sede civile è stata ritenuta adeguata alla neutralizzazione di tale effetto e proporzionata alla finalità di tutela della reputazione dell'avvocato.

La Corte ha riconosciuto, da un lato, che la dichiarazione del ricorrente aveva inteso negare le gravi affermazioni mosse contro di lui nella denuncia penale preparata e presentata da Jurašinović per conto del suo cliente, ritenendo, pertanto, che egli abbia legittimamente cercato di fornire informazioni o idee, senza avere come unico intento quello di insultare Jurašinović: la sua condanna al risarcimento del danno da diffamazione, decisa dai giudici interni, costituirebbe, pertanto, in astratto, sotto tale profilo, un'**ingerenza nel diritto del ricorrente alla libertà di espressione, garantito dall'art. 10 § 1 della Convenzione**.

Tuttavia, la Corte ha valutato **la legittimità di tale ingerenza**, che ha una base giuridica nel diritto interno che soddisfa i requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità.

Si è ritenuto, quindi, che l'**ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente** fosse **"prescritta dalla legge", come richiesto dall'articolo 10 § 2 della Convenzione** e

perseguisse uno **scopo legittimo**, poiché era intesa a **proteggere la reputazione dei diritti di altri**, nel caso di specie di Jurašinović.

La Corte, poi, segnalando la **necessità prioritaria di bilanciare** i diritti previsti dagli artt. 8 e 10 CEDU, ha ricordato che bisogna accertare se le autorità abbiano trovato un giusto equilibrio nel proteggere i due valori garantiti dalla Convenzione, posto che essi in alcuni casi possono entrare in conflitto tra loro: da un lato la libertà di espressione e dall'altro il diritto al rispetto vita privata.

Ebbene, secondo la Corte, affinché l'art. 8 della Convenzione entri in gioco, un attacco alla reputazione di una persona deve raggiungere un certo grado di gravità e le sue modalità devono pregiudicare il godimento personale del diritto al rispetto della vita privata.

Nel caso di specie – in cui il ricorrente, mentre era Presidente della Repubblica, ha affermato che Jurašinović aveva bisogno di "cure psichiatriche", con una dichiarazione ampiamente diffusa da vari organi di stampa - la Corte ha ritenuto che la frase fosse non solo in grado di offuscare la reputazione di Jurašinović, ma anche di fomentare un pregiudizio nei suoi confronti, sia nel suo ambiente professionale che sociale, indipendentemente dal fatto che tale affermazione avrebbe dovuto essere intesa alla lettera o metaforicamente, come ha sostenuto il ricorrente.

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che la dichiarazione del ricorrente avesse raggiunto un livello di gravità tale da far entrare in gioco i diritti di Jurašinović ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.

Inoltre, **i giudici di Strasburgo hanno osservato che il riferimento alla necessità di un trattamento psichiatrico ed il suo utilizzo alla stregua di "insulto" sia irrispettoso nei confronti delle persone con problemi di salute mentale.**

La Corte ha ribadito che, **nei casi concernenti un conflitto tra il diritto alla reputazione e il diritto alla libertà di espressione**, ci si aspetta che i tribunali nazionali, che esaminano le richieste di diffamazione, eseguano detto **bilanciamento tra i due diritti**, in linea con i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte in merito a tale tipologia di fattispecie, tenendo in conto i seguenti fattori valutativi: se sia stato fornito un contributo ad un dibattito di interesse pubblico; la notorietà dell'interessato; la sua condotta precedente; il contenuto, la forma e le conseguenze della dichiarazione in questione; la gravità della sanzione irrogata.

Proprio con riferimento a tali "indicatori", nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che Jurašinović non fosse un personaggio pubblico, prima che le informazioni riguardanti la denuncia penale proposta per conto del suo cliente fossero riportate dai media croati; né la persona offesa aveva rilasciato alcuna dichiarazione pubblica in merito al ricorrente (quando è stato contattato dai giornalisti, infatti, egli aveva solo confermato di aver presentato la denuncia penale in qualità di avvocato e si era astenuto dal fare ulteriori

commenti, né tantomeno aveva divulgato in altro modo informazioni al riguardo, come da lui sostenuto).

La Corte ha ritenuto, quindi, che l'accusa che ha provocato la dichiarazione del ricorrente non fosse stata resa "pubblicamente", né fosse destinata ad un pubblico di lettori.

La posizione di Jurašinović non può, quindi, essere paragonata a quella di soggetti che si espongono volontariamente allo scrutinio pubblico, in virtù del loro **ruolo di politici, personaggi pubblici o partecipanti a un dibattito pubblico su una questione di interesse pubblico,** e che **sono, quindi, tenuti a manifestare un livello di tolleranza superiore** a quello che ci si aspetterebbe da personaggi non pubblici, rispetto ai quali sono accettabili limiti più ampi di critica.

I tribunali civili nazionali hanno classificato la dichiarazione diffamatoria del ricorrente come espressiva di un fatto, piuttosto che di un giudizio di valore o metaforico, mentre la Corte EDU ha concluso nel senso che l'affermazione *de qua* fosse effettivamente una metafora e, come tale, costituisse un giudizio di puro valore e non fosse, quindi, suscettibile di prova.

Secondo la Corte, peraltro, il presunto coinvolgimento di un Presidente della Repubblica in un tentato omicidio e/o i suoi possibili legami con la criminalità organizzata costituiscono indubbiamente una questione di interesse pubblico, sicchè il ricorrente aveva il diritto di replicare a tale accusa e di difendersi, cosa che aveva fatto, in primo luogo, rilasciando alcune affermazioni fattuali che negavano qualsiasi collegamento con la persona associata alla criminalità organizzata.

Tuttavia, il ricorrente non solo aveva espresso la sua opinione – secondo cui l'idea che egli fosse dietro un tentato omicidio e che avesse legami con la criminalità organizzata era del tutto assurda - ma aveva anche tentato di screditare Jurašinović.

Secondo la Corte di Strasburgo, il ricorrente avrebbe potuto negare le gravi accuse mosse contro di lui senza utilizzare il linguaggio impugnato e senza insultare personalmente Jurašinović; **il ricorrente, quindi, in tal modo, non ha contribuito a un dibattito su una questione di interesse pubblico ma è andato oltre i limiti di una critica accettabile**: per questo l'ingerenza nella sua libertà di espressione non viola l'art. 10 CEDU.

ART. 8 CEDU

ART. 8 - VITA PRIVATA E FAMILIARE – NOZIONE CONVENZIONALE – INTEGRITA' FISICA E PSICHICA DELLA PERSONA UMANA – DIRITTO AL RISPETTO – SOGGETTI PARTICOLAMENTE VULNERABILI – PERICOLI DERIVANTI DA TERZI – CYBERVIOLENZA E REVENGE PORN – OBBLIGHI POSITIVI DELLO STATO – PROTEZIONE – SISTEMI NORMATIVI DI PROTEZIONE DELLA VITTIMA – EFFETTIVITA' DELLE MISURE.

Corte EDU, Terza Sezione, Volodina c. Russia del 14 settembre 2021.

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211794

CLASSIFICAZIONE

VITA PRIVATA E FAMILIARE – NOZIONE CONVENZIONALE – INTEGRITA' FISICA E PSICHICA DELLA PERSONA UMANA – DIRITTO AL RISPETTO – SOGGETTI PARTICOLAMENTE VULNERABILI – PERICOLI DERIVANTI DA TERZI – **CYBERVIOLENZA E REVENGE PORN** – OBBLIGHI POSITIVI DELLO STATO – PROTEZIONE – SISTEMI NORMATIVI DI PROTEZIONE DELLA VITTIMA – EFFETTIVITA' DELLE MISURE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ARTT. 8.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU.

Sulla nozione di vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione europea: Corte Edu [GC], *S. e Marper c. Regno Unito, 4 dicembre 2008*; Corte Edu, *Eremia ed altri c. Moldavia*, 28 maggio 2013; Corte Edu [GC], *Soderman c. Svezia*, 12 novembre 2013.

Sulla *cyber*-violenza come violenza sulle donne: Corte Edu, *K.U. c. Finlandia, 2 dicembre 2008;* Corte EDU, *Buturuga c. Romania*, *11 febbraio 2020.*

Sul diritto alla protezione effettiva di minori, donne e altri soggetti vulnerabili: *Corte Edu, Bevacqua e S. c. Bulgaria,* 12 giugno 2008*;* Corte Edu, *Hajudová c. Slovacchia*, 30 novembre 2010; *Corte Edu, Volodina c. Russia,* 9 luglio 2019.

Sugli obblighi degli Stati di adozione di effettive misure di protezione: Corte Edu, *Opuz c. Turchia,* 9 giugno 2009*;* Corte Edu*, Balsan c. Romania,* 23 maggio 2017*;* Corte Edu, *Kurt c. Austria*, 4 luglio 2019.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Terza Sezione, 14 settembre 2021, Volodina c. Russia (Ricorso n. 40419/19).

ABSTRACT

Sugli Stati nazionali grava l'obbligo di predisporre un efficace sistema di repressione di tutte le forme di violenza domestica, che dia sufficienti garanzie alle vittime sia per il caso di ***violenze*** **off-line** *che di* ***violenze*** **on-line.**

Tale obbligo si risolve nell'adozione di un adeguato quadro giuridico di protezione, che consenta di assumere le misure necessarie a scongiurare rischi concreti e attuali di atti di violenza, e nella conduzione di un'efficace indagine sugli atti di violenza perpetrati.

Non è dubbio che la ***pubblicazione non consensuale di fotografie che ritraggano la vittima in condizioni di intimità,*** *la creazione di* ***falsi profili di social-media*** *e il monitoraggio attraverso l'uso di un dispositivo GPS siano tutte condotte di pesante interferenza nella vita privata, che ne compromettono il godimento facendo provare alla vittima sentimenti di ansia, angoscia e insicurezza.*

I casi gravi di cyber-violenza richiedono ***l'adozione di misure penali di repressione*** *e implicano la necessità di un'indagine rapida ed approfondita che possa condurre all'emissione di ordini immediati di "contenimento" o di "protezione" capaci di prevenire il ripetersi di episodi di violenza domestica.*

In ogni caso il principio di effettiva protezione delle vittime – specie quelle vulnerabili – dagli atti di violenza domestica impone che non siano lasciate impunite, per ritardi negli accertamenti che conducano alla prescrizione dei reati, le sofferenze fisiche o psicologiche che a loro sono state inflitte.

Si tratta di una condizione essenziale per mantenere la fiducia nelle Autorità statali ed evitare che si possa nutrire il ***sospetto di indebite tolleranze*** *dei comportamenti illeciti o di collusione con gli autori* ***da parte delle Autorità pubbliche.***

IL CASO

Valerina Igorevna Volodina, cittadina russa, dopo essersi separata nel 2015 da S., con il quale aveva intrattenuto una relazione sentimentale, fu dallo stesso minacciata di morte, subi' atti di violenza fisica, fu in diverse occasioni aggredita.

Qualche tempo dopo venne a conoscenza del fatto che il suo *account* sulla piattaforma di *social media* russa *VKontakte* era stato violato. Il suo *nickname* era stato sostituito con il nome reale; i suoi dati personali, una fotografia del suo passaporto e le fotografie che la ritraevano in condizioni di intimità, erano state caricate sull'*account*.

I compagni di classe di suo figlio dodicenne e l'insegnante di classe erano stati aggiunti come amici e avevano quindi preso visione di quel materiale.

La ricorrente provò allora ad accedere al suo *account,* ma scoprì che la *password* era stata cambiata.

Fece così denuncia, il 22 gennaio 2016, all'Autorità di polizia, che assunse informazioni dal fratello della ricorrente, venendo a sapere che S. aveva ammesso di essere l'autore della violazione dell'*account* di posta elettronica e dell'invio di messaggi osceni ai contatti della ricorrente, commessi per disperazione, perché non aveva "nessun buon modo di riportarla indietro".

Trascorsero quindi infruttuosamente circa due anni prima che l'Autorità di polizia si determinasse a dare avvio ad una indagine; successivamente apparvero nuovi profili falsi a nome della ricorrente su *VKontakte* e *Instagram*, che utilizzavano i suoi dati personali e pubblicizzavano fotografie in situazioni di intimità, e S. le inviò minacce di morte tramite i *social media.*

La ricorrente chiese che fosse avviata un'indagine per minacce gravi e lesioni personali, ma ciò non fu fatto; quindi chiese che fosse inibito a S. l'uso di Internet e di contattarla con qualsiasi mezzo, ma la richiesta fu rigettata con la motivazione che le misure di costrizione potevano essere applicate agli indagati solo in circostanze eccezionali.

Nel 2018, temendo per la sua sicurezza, ottenne il cambio di nome (vedi Volodina v. Russia, n. 41261/17, § 39, 9 luglio 2019).

Dopo ulteriori ritardi investigativi il difensore della ricorrente propose infruttuosamente reclamo alle Autorità giudiziarie, lamentando che il procedimento penale era stato aperto dopo un periodo di inattività di due anni successivo alla prima segnalazione, che i falsi profili creati nel 2016 non erano stati oggetto di indagine, che gli amici di S. e i suoi collegamenti non erano stati identificati o interrogati, che non erano stati esplorati altri temi di sicuro interesse investigativo.

Soltanto il 18 maggio 2020 la ricorrente fu sentita dalle Autorità in merito ai falsi profili che erano apparsi nel 2018 su *Instagram* e *VKontakte*.

Il 14 ottobre successivo il caso fu però chiuso.

Si stabilì che nel febbraio e nel marzo 2018 S. aveva creato profili falsi su *VKontakte* a nome della ricorrente e aveva pubblicato, senza il consenso di lei, alcune foto he la ritraevano nuda, ma si prese atto, su richiesta dell'indagato, che era decorso il termine di prescrizione.

La decisione non fu comunicata né alla ricorrente né al suo difensore, che ne ebbero notizia soltanto il 14 aprile 2021.

LA VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU

Come già affermato con plurime precedenti pronunce, la nozione convenzionale di vita privata fa riferimento all'integrità fisica e psicologica di una persona e la sua tutela implica l'obbligo degli Stati di assicurarne una adeguata protezione pur quando il pericolo sia posto in essere per condotte di soggetti privati.

Tale obbligo di protezione è ancora più cogente quando le vittime siano minori o altrimenti vulnerabili.

L'obbligo di protezione, specie in favore dei soggetti vulnerabili, trova consacrazione in alcuni strumenti normativi internazionali e nella giurisprudenza consolidata della Corte Edu. Esso deve essere adempiuto anche in relazione agli atti di *cyber*-violenza, *cyber*-molestie e sostituzione di persona, che sono stati ricondotti all'area delle forme di violenza contro le donne e minori, in grado di minarne l'integrità fisica e psichica.

La violenza *online*, o *cyber*-violenza, peraltro, è strettamente legata alla violenza *offline*, ovvero a quella della "vita reale", e costituisce **un aspetto del complesso fenomeno della violenza domestica**, in cui i *partner* sono spesso i probabili autori degli atti di *cyber-stalking* o comunque di assillante molestia.

La pubblicazione non consensuale di fotografie che ritraggano la vittima in situazioni di intimità, la creazione di falsi profili di *social-media* e il controllo delle sue attività mediante dispositivo GPS sono atti di interferenza nella vita privata e causa di sofferenze, di ansia, di angoscia e di insicurezza.

A fronte di queste condotte sorge la **necessità, in attuazione dell'art. 8 Cedu, di verificare se le Autorità statali, venute a conoscenza dei fatti, abbiano adempiuto gli obblighi di protezione**, anche in funzione di impedimento alla reiterazione delle condotte illecite.

Già nel precedente procedimento instaurato su ricorso di Valerina Igorevna Volodina, la Corte EDU ebbe modo di verificare che **l'ordinamento russo rivela carenze e non assicura l'efficacia e l'effettività degli obblighi di protezione verso tutte le forme di violenza domestica**.

Manca, infatti, quel che è presente nella gran parte degli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa, ossia la previsione di ordini immediati di "contenimento" o di "protezione", che possano prevenire il ripetersi degli atti di violenza domestica.

Fu pure accertato in quella sede che la risposta data dalle Autorità russe alle denunce della ricorrente fu manifestamente inadeguata: la loro inerzia e la mancata adozione di misure dissuasive nei confronti dell'indagato gli consentirono di continuare impunemente a minacciare, molestare e aggredire la vittima.

Quelle valutazioni possono essere trasposte nell'ambito del procedimento ora in corso, in cui è emerso che le Autorità non avvertirono la necessità di una effettiva e tempestiva protezione della ricorrente dalle continue violenze *online*.

Siccome la responsabilità dei ritardi grava comunque sugli Stati sia se imputabili alle Autorità giudiziarie sia se attribuibili ad Autorità statali diverse, non ha alcun rilievo stabilire se il ritardo iniziale di ben due anni nel dare corso alle indagini fu causa della mancanza di regole chiare sulla competenza a indagare in ordine ai reati commessi *online* o dalla riluttanza dei singoli agenti di polizia a trattare il caso.

Quel che è certo è che **l'indagine svolta dal 2018 in poi non fu né rapida né approfondita e che infine, senza alcun efficace accertamento che consentisse di avere una visione complessiva della vicenda, si concluse con un nulla di fatto per prescrizione**, e ciò nonostante il coinvolgimento di S. nella creazione di falsi profili *social* sembri essere stato accertato.

Il principio di effettività della protezione da interferenze indebite nella vita privata impone che in nessun caso siano lasciate impunite le sofferenze fisiche o psicologiche inflitte alle vittime, condizione essenziale per mantenere una relazione di fiducia tra collettività e Istituzioni ed evitare il sospetto di inaccettabile tolleranza delle condotte illecite o, peggio, di collusioni tra autorità e autori dei fatti illeciti.

Sulla base di queste considerazioni la Corte EEDU ha concluso affermando che, seppure l'ordinamento nazionale russo consenta di azionare qualche strumento di perseguimento e di repressione degli atti di di *cyber*-violenza del tipo di quelli commessi in danno della ricorrente, **il modo in cui le Autorità russe gestirono la vicenda – in particolare per la riluttanza a dare corso alle indagini e la lentezza con cui queste furono condotte determinandosi infine l'impunità del colpevole – ha rivelato un mancato adempimento degli obblighi positivi ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione**.

ART. 10 CEDU

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – SERVIZIO PUBBLICO RADIOTELEVISIVO - PRESENZA NON EQUILIBRATA DI UN SOGGETTO POLITICO ALL'INTERNO DELLE TRASMISSIONI TELEVISIVO "D'INFORMAZIONE" - SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE - SOPPRESSIONE DI UNA TRASMISSIONE DI INFORMAZIONE POLITICA - INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

Corte EDU, Associazione politica nazionale lista Marco Pannella e Radicali Italiani c. Italia
https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-211593

CLASSIFICAZIONE

Libertà di espressione – Servizio pubblico radiotelevisivo - Obbligo legale di assicurare una rappresentazione equilibrata delle differenti opinioni politiche - **Presenza non equilibrata di un soggetto politico all'interno delle trasmissioni televisivo "d'informazione"** - **Sussistenza della violazione** - Soppressione di una trasmissione di informazione politica - Insussistenza della violazione.

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU, art. 10

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, Grande Camera, 7/6/2012, Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia; Corte EDU, 21/9/2000, Tele 1 Privatfernsehgesellshaft mbH c. Austria; Corte EDU, 24/11/1983, Informationsverein Lentia e altri c. Austria.

PRONUNCE SEGNALATE

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 31 agosto 2021, Associazione politica nazionale Lista Marco Pannella e Radicali italiani c. Italia (ricorso n. 20002/13).

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 31 agosto 2021, Associazione politica nazionale Lista Marco Pannella c. Italia (ricorso n. 66984/14).

ABSTRACT

Con il primo arresto la Corte EDU ha ritenuto ***insussistente la violazione dell'art. 10 CEDU,*** *sotto il profilo della libertà di un soggetto politico di comunicare le proprie opinioni, in relazione alla soppressione, in periodo non elettorale, da parte della RAI, della trasmissione del programma di informazione politica denominato "Tribuna politica".*

Con il secondo arresto la Corte EDU ha ritenuto ***sussistente la violazione dell'art. 10 CEDU,*** *sotto il profilo della libertà di comunicare al pubblico radiotelevisivo le proprie opinioni politiche, in conseguenza della mancata partecipazione del soggetto politico ricorrente a programmi televisivi d'informazione trasmessi dalla RAI.*

IL CASO

I due arresti in commento si pronunciano, rispettivamente, sui ricorsi presentati dalla lista Marco Pannella (nel primo caso unitamente ai Radicali Italiani) aventi ad oggetto la dedotta lesione della libertà di diffondere le proprie opinioni politiche quale effetto della programmazione del servizio pubblico radiotelevisivo e, in particolare, nel primo caso, della soppressione del programma "tribuna politica" in periodo non elettorale nonchè, nel secondo caso, della esclusione dalla partecipazione a programmi di informazione a diffusione nazionale (Porta a porta, Ballarò e Annozero).

In particolare, con riferimento a tale **seconda questione**, la ricorrente deduceva che l'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato (di seguito AGCOM) aveva archiviato il ricorso presentato contro le tre reti del servizio pubblico radiotelevisivo per violazione dei principi di imparzialità e pluralismo dell'informazione in conseguenza sia della mancata divulgazione delle sue iniziative nei telegiornali nazionali che del mancato invito dei propri esponenti alle tre trasmissioni televisive sopra indicate; il provvedimento di archiviazione adottato dall'AGCOM era stato annullato dal TAR Lazio, che aveva riconosciuto la natura di "soggetto politico" all'associazione ricorrente e rilevato, tra l'altro, l'omessa motivazione nel provvedimento dell'AGCOM in merito alla assimilazione della ricorrente alle forze politiche prive di rappresentanti eletti in Parlamento (che, peraltro, erano state, comunque, invitate alle trasmissioni in questione); a seguito di un successivo provvedimento di archiviazione da parte dell'AGCOM, il TAR Lazio, adito nuovamente dalla ricorrente, aveva ordinato all'AGCOM di eseguire la propria precedente decisione; successivamente l'AGCOM aveva ordinato alla Rai di programmare la partecipazione della ricorrente alle trasmissioni in questione, partecipazione, di fatto, avvenuta solo per la trasmissione "Porta a porta".

LA DECISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

In entrambe le decisioni in commento la Corte EDU ha affrontato il tema della legittimità dell'ingerenza dello Stato nell'ambito della libertà di informazione attraverso la programmazione del servizio radiotelevisivo pubblico, riconoscendone sia la **base legale** che la **legittimità dello scopo**, ovvero la garanzia dell'imparzialità e del pluralismo dell'informazione (ricondotte dalla Corte EDU nell'ambito della più generale finalità di "protezione dei diritti altrui" contemplata dall'art. 10, par. 2, della Convenzione).

In entrambi i casi, l'analisi della Corte si è incentrata soprattutto sulla valutazione della sussistenza del requisito della **necessità** e, dunque, della proporzionalità di tale ingerenza rispetto allo scopo perseguito.

In linea generale, la Corte EDU, nel richiamare i principi generali derivanti dalla sua giurisprudenza in materia di pluralismo nei media audiovisivi, e, in particolare, il principio secondo cui non vi è democrazia senza pluralismo, ha affermato che la libertà della stampa e degli altri mezzi di informazione fornisce all'opinione pubblica uno dei migliori mezzi per conoscere e giudicare le idee e le attitudini dei governanti. In particolare, la libertà del dibattito politico rappresenta l'essenza stessa della nozione di "società democratica" che domina l'intera Convenzione. Ad avviso della Corte, infatti, una situazione in cui una parte economica o politica della società può ottenere una posizione dominante rispetto ai media audiovisivi ed esercitare in tal modo una pressione sulle emittenti per limitare alla fine la libertà editoriale di queste ultime, pregiudica il ruolo fondamentale della libertà di espressione, in una società democratica, sancita dall'articolo 10 della Convenzione, in particolare quando essa serve a comunicare informazioni e idee di interesse generale.

La Corte ha, pertanto, sottolineato che, in un settore delicato come quello dei media audiovisivi, anche in presenza di un servizio pubblico di radiotelevisione, questi principi impongono alla Stato di garantire un **pluralismo effettivo**, godendo, quanto alla scelta dei mezzi con cui raggiungere detto scopo, di un **margine di apprezzamento** che, tuttavia, si **riduce** allorché si tratti di assicurare la libertà di espressione in **periodo elettorale** (§ 93 della sentenza relativa al caso Lista Pannella e radicali Italiani c. Italia).

Nell'applicare tali principi al primo caso (soppressione del programma "tribuna politica"), la Corte ha, in via preliminare, **escluso la legittimazione** dei Radicali Italiani, trattandosi, sostanzialmente, di un movimento politico: i) privo di propri rappresentanti eletti in Parlamento ed all'epoca dei fatti non coinvolto in alcuna campagna referendaria; ii) non qualificabile, come già affermato dal Tar Lazio, come "soggetto politico"; iii) non ricompreso nella categoria delle forze politiche, portatrici di stabili interessi politici, che possono accedere alle trasmissioni di comunicazione politica [potendo, invece, veicolare il proprio pensiero attraverso gli altri programmi di informazione ("programmi dell'accesso")].

Nel merito, la Corte EDU ha rilevato che l'ingerenza lamentata dall'associazione politica ricorrente concerne l'inerzia della Commissione Parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi nel dettare le linee di indirizzo del programma "Tribuna Elettorale", che ne ha comportato, di fatto, la soppressione.

Ciò premesso la Corte ha **escluso** la sussistenza di una **violazione** dell'art. 10 della Convenzione rilevando che tale ingerenza, oltre ad avere una base legale e uno scopo legittimo, non ha violato il principio di proporzione in quanto, tenuto conto che non si trattava di un periodo pre-elettorale nonché della natura politica della Commissione di vigilanza, la scelta di non organizzare più il programma in questione risponde ad una **scelta**

politica che rientra nel margine di apprezzamento riservato allo Stato, alla quale ha fatto seguito, nell'ambito della conseguente maggiore libertà editoriale delle reti e delle redazioni dei programmi televisivi, la progressiva introduzione di programmi di approfondimento politico ai quali la stessa associazione ricorrente ha avuto la concreta possibilità di accedere per diffondere le proprie idee ed opinioni.

Quanto al secondo caso, la Corte ha osservato che, **fuori dal periodo elettorale** (in cui la legislazione prevede la *par condicio* di accesso per tutti i soggetti politici interessati), sia le trasmissioni di comunicazione politica che quelle, più in generale, di informazione, contribuiscono al **dibattito politico** nazionale ed al pluralismo dell'informazione. Ha, inoltre, rilevato che, rispetto alla disciplina dei **programmi di comunicazione politica**, la legge riconosce una maggiore autonomia editoriale alle reti televisive nella scelta dei temi e dei soggetti da invitare nei **programmi di approfondimento politico**, i quali, dunque, a differenza dei primi non sono obbligati ad un rigoroso rispetto del principio di **proporzionalità** nella rappresentazione delle opinioni delle diverse forze politiche, ma solo al dovere di assicurare una rappresentazione **equilibrata** delle differenti opinioni politiche.

La Corte ha, inoltre, rilevato che la prassi adottata dall'AGCOM assicura una "protezione rinforzata" ai soggetti politici nell'accesso ai programmi di informazione politica, tra cui i programmi Porta a porta, Annozero e Ballarò, caratterizzati da una stagionalità della programmazione e dalla riconoscibilità da parte del pubblico.

Ciò premesso la Corte EDU ha rilevato che l'AGCOM, senza alcuna motivazione, ha archiviato il ricorso della ricorrente valutandone la presenza complessiva nei programmi di informazione, senza considerare l'orario in cui tali programmi andavano in onda né la loro popolarità.

Ha, inoltre, rilevato che, nonostante l'associazione ricorrente abbia ottenuto che si ingiungesse alla RAI di assicurare la sua presenza all'interno delle tre trasmissioni televisive, l'esecuzione è stata parziale e limitata al programma Porta a Porta.

Sulla base di tali considerazioni la Corte ha, pertanto, riconosciuto la sussistenza della violazione dell'art. 10 della Convenzione rilevando che le misure adottate dalle autorità interne sono state **insufficienti** a riequilibrare la sostanziale **esclusione** dell'associazione ricorrente dal **dibattito politico**.

ART. 10 CEDU

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE SU INTERNET E DIRITTO ALL'OBLIO – OBBLIGO DI DEINDICIZZAZIONE DEI *TAG* - ARTICOLO RELATIVO AD UN PROCEDIMENTO PENALE A CARICO DI UN PRIVATO FACILMENTE ACCESSIBILE NEL MOTORE DI RICERCA INTERNET TRAMITE I NOMI DELLE PERSONE COINVOLTE – ESTENSIONE DELL'OBBLIGO DI DEINDICIZZAZIONE ANCHE A CARICO DEGLI AMMINISTRATORI DI TESTATE GIORNALISTICHE O ARCHIVI GIORNALISTICI ACCESSIBILI VIA INTERNET – RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'EDITORE PER IL PERDURANTE RIFIUTO DI DEINDICIZZAZIONE – AMMISSIBILITÀ – ESIGENZA DI SALVAGUARDARE LA REPUTAZIONE DI UN PRIVATO CITTADINO E DEI SUOI FAMILIARI – VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 10 § 2 DELLA CONVENZIONE - ESCLUSIONE.

Corte E.D.U., Prima Sezione, 25 novembre 2021, Biancardi c. Italia (ricorso n. 77419/16)

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-213827

CLASSIFICAZIONE.

Articolo 10 CEDU - Libertà di espressione su internet e diritto all'oblio – Obbligo di deindicizzazione dei tag di un articolo relativo ad un procedimento penale a carico di un privato facilmente accessibile nel motore di ricerca Internet – Estensione dell'obbligo di deindicizzazione anche a carico degli amministratori di testate giornalistiche o archivi giornalistici accessibili via Internet – Responsabilità civile dell'editore per il perdurante rifiuto di deindicizzare un articolo relativo ad un procedimento penale accessibile digitando in un motore di ricerca i nomi delle persone coinvolte – Ammissibilità – Esigenza di salvaguardare la reputazione di un privato cittadino e dei suoi familiari – Non violazione dell'articolo 10 § 2 della Convenzione.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Art. 8, 9 e 10 CEDU

NORME RILEVANTI DELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Articoli 7, 11, 15, 25, 99, 136, 139, 152 del Decreto legislativo n. 196 del 2003 (Codice della Privacy).

NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Raccomandazione CM/Rec(2012)3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulla protezione dei diritti umani con riguardo ai motori di ricerca parte III "Filtraggio e deindicizzazione", punti 13 e 14; Linee guida del Comitato Europeo per la protezione dei dati personali sui criteri sul diritto all'oblio nei casi dei motori di ricerca ai

sensi del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR); Articolo 17 § 1 a) del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR); Articoli 5 e 6 della Convenzione modernizzata sulla protezione delle persone al trattamento automatizzato dei dati personali del 28 Gennaio 1981(STE n.108).

NORME DI DIRITTO DELL'UNIONE

Articoli 8, 9, 12 e 14 della Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 Ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

Maximillian Schrems contro Data Protection Commissioner.*Schrems* del 6 ottobre 2015; Google Spain SL, *Google Spain* Google Inc./ Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González del 13 maggio 2014 Causa C-131/12;

Sentenze Corte EDU

Big Brother Watch e altri c. Regno Unito [GC], n. 58170/13 e altre 2 e, § 442 e ss.., 22 Maggio 2021; Kablis c. Russia, n. 48310/16 e 59663/17, 30 April 2019; Savva Terentyev c. Russia, n. 10692/09, 28 Agosto 2018; M.L. e W.W. c. Germania, n. 60798/10 e 65599/10, 28 Giugno 2018; Delfi AS c. Estonia [GC], n. 64569/09, §§ 131-139, 10 Ottobre 2013; Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia, n. 33846/07, 16 Luglio 2013; Axel Springer AG c. Germania [GC], n. 39954/08, §§ 89-95, 7 Febbraio 2012; Palomo Sánchez e altri c. Spagna [GC], n. 28955/06 e altri 3, § 57, 12 Settembre 2011; Tuomela e altri c. Finlandia, n. 25711/04, § 62, 6 Aprile 2010; Times Newspapers Ltd c. Regno Unito n. 1 e 2, n. 3002/03 e 23676/03, §§ 40-43, 10 Marzo 2009; Éditions Plon c. Francia, n. 58148/00, §§ 53-57, 18 Aprile 2004.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Prima Sezione, 25 novembre 2021, Biancardi c. Italia (ricorso n. 77419/16).

ABSTRACT

Non sussiste la violazione dell'art.10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ipotesi in cui un amministratore di testate giornalistiche o archivi giornalistici accessibili via Internet sia stato ritenuto responsabile in sede civile per la mancata

deindicizzazione di un articolo relativo ad un procedimento penale nei confronti di un privato cittadino per **fatti privi di interesse pubblico e risalenti nel tempo**.
L'interferenza nell'esercizio della libertà di espressione del giornalista, rappresentata dall'obbligo di deindicizzazione di un articolo online, è giustificata dall'esigenza di salvaguardare la reputazione di un privato cittadino e dei suoi familiari, perseguendo così uno scopo legittimo ai sensi dell'articolo 10 § 2 della Convenzione.
Non solo i fornitori di motori di ricerca Internet possono essere obbligati a deindicizzare il materiale, ma anche gli amministratori di archivi giornalistici o di giornali accessibili tramite Internet.

IL CASO

Il ricorrente, Alessandro Biancardi, capo redattore di un giornale online, nel marzo 2008 pubblicava un articolo riguardante una rissa, seguita da un accoltellamento, avvenuta in un ristorante; riferiva della decisione assunta dal capo dell'autorità di polizia di chiudere il ristorante per venti giorni e citava i nomi delle persone coinvolte, ovverosia V.X. e i familiari, proprietari del suddetto ristorante. Riferiva, inoltre, il possibile movente del litigio, probabilmente legato un contenzioso sulla proprietà di un immobile e forniva dettagli sulla misura cautelare degli arresti domiciliari e della detenzione in carcere applicata a taluni membri della famiglia.
Nel settembre 2010, V.X. e il ristorante inviavano una **diffida stragiudiziale** al ricorrente, chiedendo **la rimozione** dell'articolo da Internet, rimasta priva di riscontro; quindi, presentavano ricorso ex art. 702 *bis* c.p.c., ai sensi dell'art. 152 del D.Lgs. n. 196 del 30 giugno 2003, "Codice in materia di protezione dei dati personali".
Nel corso del giudizio, il sig. Biancardi deindicizzava l'articolo in questione.
Il Tribunale dichiarava la cessazione della materia del contendere in relazione alla domanda di rimozione e condannava Alessandro Biancardi al risarcimento dei danni nella misura di Euro 5.000 in favore di ciascuna parte.
Veniva rilevato che **il facile accesso**, via Internet, alle informazioni sui procedimenti penali **dal marzo 2008 al maggio 2011**, quando l'articolo era stato deindicizzato, **violasse il diritto dei ricorrenti al rispetto della propria reputazione e della propria vita privata**. In particolar modo, la mancata e pronta de-indicizzazione dei tag all'articolo da parte del capo redattore aveva consentito a chiunque di accedere ai dati del procedimento, semplicemente inserendo i nomi dei titolari del ristorante nel motore di ricerca, con facile accessibilità, data la grande diffusione del giornale online in questione.
Con **sentenza del 24/06/2016, n.13161, la Corte di cassazione** respingeva il ricorso del sig. Biancardi; affermava che la persistente pubblicazione e diffusione, su un giornale "on line", di una risalente notizia di cronaca esorbitava, per la sua oggettiva e prevalente componente divulgativa, dal mero ambito del lecito trattamento di archiviazione o

memorizzazione "on line" di dati giornalistici per scopi storici o redazionali, configurandosi come **violazione del diritto alla riservatezza**, in considerazione del tempo trascorso, che aveva fatto venir meno l'interesse pubblico alla notizia stessa.
Alessandro Biancardi adiva la Corte EDU, per far valere l'asserita violazione della sua libertà di espressione ai sensi dell'art. 10 della Convenzione.

LA DECISIONE

La Corte ribadisce fin dall'inizio la specificità e la portata della fattispecie esaminata, in cui il direttore della testata giornalistica è stato ritenuto responsabile per non avere deindicizzato, per un periodo la cui durata è stata ritenuta eccessiva, consentendo così a chiunque la possibilità di digitare nel motore di ricerca il nome del ristorante o del soggetto per accedere alle informazioni relative al procedimento penale che lo aveva coinvolto.
La Corte EDU sottolinea come non vi sia interferenza con l'esercizio della libertà di espressione in quanto l'obbligo di deindicizzazione dell'articolo in questione era giustificata dall'esigenza di salvaguardare la reputazione di un privato cittadino e dei suoi familiari, perseguendo così uno scopo legittimo ai sensi dell'articolo 10 § 2 della Convenzione.
La Corte EDU reputa opportuno distinguere tra ingerenze che implicano meri obblighi di deindicizzazione e interventi dell'autorità volti ad imporre la rimozione permanente del contenuto giornalistico o l'anonimato dei soggetti coinvolti.
Nel caso di specie, si rientrava nella prima ipotesi; la Corte EDU esamina quindi alcuni criteri in forza dei quali effettuare un giudizio di comparazione tra la tutela della libertà di espressione e il diritto alla reputazione: i) la rilevanza dell'informazione ai fini della promozione di dibattiti di interesse generale; ii) la notorietà della persona coinvolta e il tema trattato dalla pubblicazione; iii) l'atteggiamento del soggetto interessato nei confronti dei media; iv) il metodo adoperato per ottenere l'informazione e la veridicità di quest'ultima; v) il contenuto, le forme e le conseguenze della pubblicazione in oggetto; vi) la severità delle sanzioni irrogate nei confronti del ricorrente (v. Axel Springer AG v. Germany ([GC], n. 39954/08, paragrafi 89-95, 7 February 2012).
Secondo i giudici di Strasburgo, i criteri precedentemente elaborati dalla giurisprudenza convenzionale non si attagliavano al caso in esame perché riguardanti soggetti o eventi di pubblica notorietà e non **privati cittadini** coinvolti in procedimenti penali.
La Corte ha valutato quindi altri parametri, e segnatamente: i) il tempo in cui l'articolo è stato mantenuto online, specialmente in relazione allo scopo originario per il quale i dati erano stati raccolti e riportati; ii) il grado di sensibilità dei dati personali contenuti nell'articolo; iii) la gravità delle sanzioni irrogate al ricorrente.
Con riferimento al primo punto, benché il procedimento penale relativo alla pubblicazione *on line* fosse ancora pendente al tempo della decisione emessa dalla Corte di cassazione,

la Corte ha rilevato come **il diritto alla cronaca giornalistica perda di rilevanza con il progressivo trascorrere del tempo,** contrariamente a quanto accade al diritto alla reputazione, che è da considerarsi preminente allorché sia trascorso un lasso di tempo significativo dalla pubblicazione della notizia.

Per quanto concerne il secondo profilo, la Corte ha ritenuto che la pubblicazione di dati sensibili imponga una maggiore cautela nell'esercizio del diritto alla cronaca, onde evitare un'indebita ingerenza nella vita privata di un soggetto.

Infine, per quanto concerne la gravità delle sanzioni irrogate, la Corte sottolinea come il ricorrente sia stato sottoposto **unicamente a sanzioni civili e non penali**, per quanto significative nel loro ammontare, concludendo per l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio in relazione alle circostanze del caso concreto.

La Corte EDU ha ritenuto insussistente la violazione dell'articolo 10 della Convenzione in quanto le limitazioni alla **libertà di espressione del ricorrente andava bilanciata con il diritto alla reputazione del singolo, ricompreso nel perimetro di operatività dell'articolo 8 della Convenzione, concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare**.

L'esercizio della libertà di espressione attraverso la cronaca giornalistica impone un contemperamento con il diritto all'oblio dei soggetti coinvolti, che è da considerarsi preminente quando sia decorso un lasso di tempo significativo dal verificarsi dei fatti narrati.

CONCLUSIONI

Un prerequisito per l'esistenza di motori di ricerca efficaci è la libertà di scansionare e indicizzare le informazioni disponibili su Internet.

Il filtraggio e il blocco dei contenuti di Internet da parte dei fornitori di motori di ricerca comporta il rischio di violazione della libertà di espressione garantita dall'articolo 10 della Convenzione per quanto riguarda i diritti dei fornitori e degli utenti di distribuire e accedere alle informazioni.

Tuttavia, vi sono casi in cui altri diritti prevalgono sul diritto alla libertà di espressione e di informazione.

La giurisprudenza di legittimità ha enucleato una sintesi dei criteri indicati dalle Corti Europee per bilanciare **l'interesse del singolo ad essere dimenticato** e quello opposto della collettività a mantenere viva la memoria di fatti a suo tempo legittimamente divulgati; ciò presuppone un complesso giudizio nel quale assumono rilievo decisivo la notorietà dell'interessato, il suo coinvolgimento nella vita pubblica, il contributo ad un dibattito di interesse generale, l'oggetto della notizia, la forma della pubblicazione ed il tempo trascorso dal momento in cui i fatti si sono effettivamente verificati.

Si è quindi pervenuti ad una concezione dinamica della tutela della riservatezza in virtù della quale, **ove non venga riscontrato un interesse pubblico che giustifichi il sacrificio del diritto alla riservatezza del privato, deve prevalere il diritto all'oblio** (Cass. 26 giugno 2013, n. 16111).

In caso di riemersione di una notizia vera, ma ormai risalente, sganciata dagli eventi successivi, il titolare dei dati personali ha **l'obbligo di cancellare le notizie o di aggiornare le informazioni sul web,** integrando una notizia non più attuale (Cass. n. 5525 del 2012).

Il diritto alla protezione dei dati personali, riconosciuto dal legislatore del 2003, nella legge n. 196, rende l'interessato compartecipe dell'utilizzazione dei propri dati personali, sulla base dei criteri di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza; pertanto, **se è riscontrabile un interesse pubblico** ad una persistente conoscenza di un fatto risalente, ad esempio in considerazione delle funzioni svolte dal titolare dei dati personali, la notizia permane nella memoria della rete Internet, oltre che nell'archivio del giornale informatico.

Il diritto all'oblio, a differenza del **diritto alla riservatezza**, non è volto a precludere la divulgazione di notizie e fatti appartenenti alla sfera intima della persona e tenuti fino ad allora riservati, ma ad **impedire che fatti, già legittimamente pubblicati, e quindi sottratti al riserbo, possano essere rievocati nella rilevanza del tempo trascorso**.

Al venir meno dell'attualità della notizia e dell'utilità sociale della prima pubblicazione, si accompagna il vincente rilievo che lo scorrere del tempo modifica la personalità dell'individuo e la ripubblicazione di una notizia già divulgata in un lontano passato può avvalorare una immagine della persona diversa da quella al momento esistente, con lesione della identità personale e della reputazione che alla nuova immagine si accompagna.

Il diritto ad essere dimenticati (***right to be forgotten***) per i menzionati contenuti consiste, pertanto, nel diritto a non rimanere esposti, senza limiti di tempo, ad una **rappresentazione non più attuale** della propria persona, con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, per la ripubblicazione, a distanza di tempo, di una notizia relativa a fatti commessi in passato o a vicende nelle quali si è rimasti in qualche modo coinvolti. Quando il fatto, completamente acquisito dalla collettività, dopo aver perduto la connotazione pubblica per l'intervenuto decorso del tempo, con il trascolorare dell'interesse alla sua conoscenza, diventa privato, si apre lo spazio al riconoscimento del diritto all'oblio (Cass.9147/2020).

Alcuni aspetti della decisione della Corte EDU vanno posti in rilievo.

In primo luogo, la Corte EDU ha inoltre condiviso la decisione della Corte di cassazione, secondo cui **non solo i fornitori di motori di ricerca Internet sono obbligati a deindicizzare il materiale, ma anche gli amministratori di giornali o di archivi giornalistici accessibili tramite Internet,** come il ricorrente); la deindicizzazione può essere effettuata da un editore, essendo il "**noindexing**", una tecnica utilizzata dai

proprietari di siti web per comunicare al fornitore di un motore di ricerca di non far apparire il contenuto di un articolo nei risultati di ricerca del motore.

In secondo luogo, l**a Corte EDU pone sullo stesso piano i giornali telematici o on line e la stampa cartacea,** accordando la tutela rafforzata in favore di chi svolge tale attività.

L'articolo 21 della Costituzione in tema di tutela dell'informazione viene rafforzato dall'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, poi completata con la Convenzione EDU, all'articolo 10.

Le Sezioni Unite Civili, con sentenza del 18 novembre 2016 n. 23469 hanno affermato che la tutela costituzionale assicurata dal comma 3 dell'art. 21 Cost. alla **stampa** è applicabile al giornale o al periodico pubblicato, in via esclusiva o meno, con **mezzo telematico** qualora possieda i medesimi tratti caratterizzanti del giornale tradizionale su supporto cartaceo: una testata, diffusione o aggiornamento regolare, organizzazione in una struttura con un direttore responsabile, una redazione ed un editore registrato presso il registro degli operatori della comunicazione e che sia finalizzata all'attività professionale di informazione diretta al pubblico, cioè di raccolta, commento e divulgazione di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati.

Nel caso, però, in cui sia dedotto il contenuto diffamatorio di notizie ivi contenute, il giornale pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico **non può essere oggetto, in tutto o in parte, di provvedimento cautelare preventivo o inibitorio, di contenuto equivalente al sequestro** o che ne impedisca o limiti la diffusione.

In tal caso è prevista la tutela in tema di protezione dei dati personali.

La Corte EDU ha quindi concordato sulla decisione della Cassazione, secondo cui il prolungato e facile accesso alle informazioni sui procedimenti penali, riguardanti il privato cittadino, nella specie il proprietario del ristorante, aveva violato il suo diritto alla reputazione.

Al contrario, il diritto del direttore del giornale di fornire informazioni e di esercitare il proprio diritto alla libertà d'espressione ai sensi della Convenzione non era stato violato, tanto più che non gli era stato effettivamente richiesto di rimuovere l'articolo da Internet.

Quando si parla di **diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni**: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di internet ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale e quella nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati.

Nella giurisprudenza interna, le diverse ipotesi sono accomunate dalla sussistenza di un interesse pubblico all'informazione; ciò sta a significare che non vi è una automatica

sussistenza dell'interesse collettivo a conoscere vicende o eventi passati che non hanno più alcun collegamento con fatti dell'epoca attuale, perché la loro rievocazione è idonea a ledere i diritti e la dignità della persona (Cass. civ., 13 maggio 1958, n. 1563; Cass. Civ., 24 aprile 2008, n. 10690; Cass. Civ., 5 aprile 2012, n. 5525; Cass. Civ., 26 giugno 2013, n. 16111; Cass. Civ., 6 giugno 2014, n. 12834; Cass. Civ., 20 marzo 2018, n. 6919 Cassazione civile sez. un., 22/07/2019, n. 19681).

Il diritto di ogni persona all'oblio, strettamente collegato ai diritti alla riservatezza e all'identità personale, deve essere bilanciato con il diritto della collettività all'informazione, sicché, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 17 Regolamento (UE) 2016/679, **qualora sia pubblicato sul "web" un articolo di interesse generale ma lesivo dei diritti di un soggetto che non rivesta la qualità di personaggio pubblico, noto a livello nazionale, può essere disposta la "deindicizzazione" dell'articolo dal motore ricerca, al fine di evitare che un accesso agevolato, e protratto nel tempo, ai dati personali di tale soggetto, tramite il semplice utilizzo di parole chiave, possa ledere il diritto di quest'ultimo a non vedersi reiteratamente attribuita una biografia telematica, diversa da quella reale e costituente oggetto di notizie ormai superate** (Cassazione civile sez. I, 31/05/2021, n.15160; Cassazione civile sez. I, 19/05/2020, n.9147)

Laddove il titolare dei dati lamenti la presenza sul web di un'informazione che lo riguardi, risalente al passato e che egli voglia tenere per sé a tutela della sua identità e riservatezza, la garanzia del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto e può trovare soddisfazione - fermo il carattere lecito della prima pubblicazione – nell'operazione di deindicizzazione dell'articolo sui motori di ricerca generali, o in quelli predisposti dall'editore (Cassazione civile sez. I, 19/05/2020, n.9147).

La pronuncia della Corte EDU si pone in armonia con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che recentemente si è occupata anche delle ricadute di carattere processuale.

La Prima Sezione Civile, con sentenza del 21/07/2021, n.20861 ha affermato che la mancata indicazione specifica dei contenuti lesivi nella domanda introduttiva del giudizio volto alla rimozione degli stessi si traduce in un difetto di *edictio actionis;* nel caso di specie, è stata ritenuta indeterminata la domanda con cui il ricorrente aveva chiesto di accertarsi il proprio diritto ad ottenere la rimozione, dal motore di ricerca Google, di tutti i risultati che comparivano digitando il proprio nome.

L'obbligo di intervento dell'internet service provider presuppone la precisa conoscenza dei contenuti passibili di rimozione e dell'interferenza delle informazioni, reperibili attraverso l'attività del motore di ricerca, con i diritti fondamentali della persona, e, segnatamente, con il diritto alla riservatezza.

Una doglianza generica che non identifichi le informazioni che ledono il diritto del singolo alla protezione dei dati personali si traduce in una domanda che non individua i contenuti rispetto ai quali possa ritenersi esigibile, in concreto, l'intervento del titolare del trattamento volto alla rimozione delle notizie.

La Corte di giustizia, pur riconoscendo che il provider è tenuto a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative alla stessa persona, ha precisato che la soppressione di link dall'elenco di risultati potrebbe, a seconda dell'informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di internet potenzialmente interessati ad avere accesso a quest'ultima; per i giudici di Lussemburgo, occorre ricercare un giusto equilibrio tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona, derivanti dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Corte giust. UE, Grande sezione, 24 settembre 2019, G.C. e altri, C-136/17, 79).

In tema di deindicizzazione, gli URL rappresentano, di regola, lo strumento più idoneo ai fini dell'individuazione del petitum mediato della domanda ma non può escludersi che, anche in assenza dei detti URL, i contenuti di cui è chiesta in giudizio la rimozione siano suscettibili di identificazione attraverso il rinvio dell'atto introduttivo alle parole chiave impiegate e ai precisi contenuti cui l'utente ha accesso attraverso i link e che appaiono come risultati della ricerca.

Laddove vi sia stata una puntuale individuazione degli specifici contenuti che si assumono lesivi del diritto della parte che chiede la deindicizzazione, ed i risultati associati alla ricerca per parole-chiave indicate dall'attore riescano a definire con precisione la materia del contendere, la domanda non è generica.

CONSIDERAZIONI DI CARATTERE PENALE

Il diritto all'oblio nella giurisprudenza penale: diffamazione e abuso d'ufficio Nella giurisprudenza penale domestica può dirsi consolidato l'orientamento secondo cui tra i criteri da utilizzarsi per valutare se la pubblicazione di notizie obiettivamente diffamatorie, concernenti fatti relativi ad inchieste penali, o anche solo giornalistiche, integri o meno il reato di cui all'art. 595 cod. pen. in relazione al necessario bilanciamento tra il diritto di cronaca e gli interessi dei soggetti la cui reputazione viene lesa vi è quello dell'attualità della notizia, che, tuttavia, può sussistere anche laddove si tratti di fatti risalenti. L'attualità della notizia – si afferma – dev'essere infatti riguardata non con riferimento al fatto, ma all'interesse pubblico alla conoscenza del fatto e, quindi, all'attitudine della notizia a contribuire alla formazione della pubblica opinione, di guisa che ognuno possa liberamente fare le proprie scelte, con la conseguenza che solo una notizia dotata di utilità sociale può perdere rilevanza penale,

ancorché capace di ledere l'altrui reputazione, e tale utilità è necessariamente connotata dall'attualità dell'interesse alla pubblicazione (Cass., Sez. 5, n. 38096 del 07/10/2010, Patruno e a., Rv. 248902, ove si è ritenuto che non costituisce reato la riproduzione, nell'ambito di un'inchiesta giornalistica, di affermazioni e ricostruzioni, in passato già diffuse da altri, che rechino frasi offensive della reputazione dei soggetti coinvolti nella detta inchiesta, quando il precedente storico assuma una funzione meramente documentale per supportare un giudizio critico di contenuto diverso e riferibile alla situazione attuale; nello stesso senso, Cass., Sez. 5, n. 2092 del 30/11/2018, dep. 2019, Di Mambro, Rv. 275409).

Anche la giurisprudenza penale ha ritenuto, tuttavia, che il trascorrere del tempo dalla verificazione dei fatti rafforzi la legittima **aspettativa** della persona cui essi siano riferibili **a vantare un diritto all'oblio**, sicché, in tal caso, il riconoscimento della scriminante del diritto di cronaca postula più stringenti requisiti e, pur a fronte dell'attualità della notizia, nel riferire di fatti emersi all'inizio di inchieste penali risalenti **occorre comunque dar conto dei successivi sviluppi delle stesse, soprattutto se favorevoli alle persone indagate**. Sul rilievo che la libertà di stampa, espressione del diritto di manifestazione del pensiero sancito dall'art. 21 Cost., comporta la compressione dei beni giuridici della riservatezza, dell'onore e della reputazione, peraltro, anch'essi, aventi dignità costituzionale, *ex* artt. 2 e 3 Cost., si è dunque ritenuto che il riferimento a distanza di tempo, in sede di c.d. *talk show* televisivo, dello sviluppo di indagini di polizia giudiziaria, consentito in chiave storica dell'evento nonché di critica all'operato degli inquirenti, comporta che l'obbligo deontologico del giornalista deve parametrarsi a criteri di rigore ancora maggiori dell'ordinario, nel senso che, ove permanga o si riattualizzi l'interesse pubblico alla relativa propalazione - che, in tal caso, deve essere bilanciato con il diritto all'oblio - ed esigenze di ricostruzione storica o artistica lo richiedano, la notizia deve essere accompagnata dalla doverosa avvertenza che le tesi investigative rimaste a livello di mera ipotesi di lavoro non hanno trovato alcuna conferma o addirittura sono state decisamente smentite dal successivo sviluppo istruttorio, in quanto incombe sul giornalista il dovere giuridico di rendere una informazione completa e di effettuare, all'uopo, tutti i controlli necessari per verificare gli esiti di una data indagine (Cass., Sez. 5, n. 45051 del 17/07/2009, V. e a., Rv. 245154).

La giurisprudenza penale ha attribuito rilievo al diritto all'oblio anche sotto un altro profilo, vale a dire ritenendo che la sua violazione configuri un danno ingiusto suscettibile d'integrare il **delitto di abuso d'ufficio** (Cass., Sez. 6 n. 39452 del 07/07/2016, Brigandì, Rv. 268222, relativa alla pubblicazione di atti di un procedimento disciplinare concernente un magistrato, illecitamente consegnati da un componente del Consiglio superiore della magistratura a terzi, da cui era conseguita

una campagna di stampa denigratoria della reputazione e dell'immagine professionale della vittima).

Allo stesso modo, la giurisprudenza domestica è allineata con quella della Corte di Strasburgo nel ritenere, come anche la decisione in commento ribadisce nella prospettiva del diritto all'oblio, che nel giudizio di bilanciamento tra diritto di cronaca e tutela della reputazione occorra far riferimento anche alla **notorietà, o rilevanza pubblica, del soggetto leso,** con la conseguenza che deve escludersi l'esimente dell'esercizio del diritto nel caso di pubblicazione, in uno scritto autobiografico di un personaggio di rilievo pubblico, di notizie diffamatorie sulla vita privata di un suo familiare (nella specie la ex moglie) non mediaticamente esposto, non rivestendo tali notizie oggettiva utilità ed interesse sociale (Cass., Sez. 5, n. 32917 del 03/06/2021, De Andrè, Rv. 281871).

Deindicizzazione di informazioni obiettivamente lesive della reputazione e diritto penale: i limiti dei poteri cautelari del giudice penale

Nella casistica giurisprudenziale approdata all'esame della Corte di legittimità non si rinvengono situazioni simili a quella scrutinata dalla decisione della Corte EDU qui in commento. Non soltanto non risulta essere mai stato affrontato il tema della deindicizzazione di riferimenti personali che, a distanza di tempo, possono facilitare la ricerca in Internet di risalenti notizie obiettivamente lesive della altrui reputazione, ma non sono numerose nemmeno le vicende che hanno trattato il bilanciamento tra diritto di cronaca e tutela dei diritti individuali con riguardo a pubblicazioni di informazioni avvenute in Rete. Laddove questo problema si è posto nella fase iniziale di un'inchiesta penale, l'impossibilità per il giudice, in assenza dell'attribuzione di uno specifico potere e non potendo invocarsi previsioni cautelari di carattere generale, di ordinare la deindicizzazione di contenuti informativi obiettivamente lesivi, ha imposto il ricorso al generale – e più radicale – istituto del **sequestro preventivo dell'articolo pubblicato**, ritenendosi al proposito non applicabili i limiti previsti dalla legge sulla stampa con riguardo al sequestro probatorio. Si è infatti affermata la legittimità del sequestro preventivo di un articolo pubblicato su un sito internet contenente espressioni ritenute lesive dell'onore e del decoro qualora la sua adozione sia giustificata da effettive necessità e da adeguate ragioni che si traducono nella sussistenza del "fumus commissi delicti" e del pericolo di aggravamento delle conseguenze del reato a cagione del mantenimento in rete delle predette espressioni, sul rilievo che il requisito della "definitivamente accertata diffamatorietà", previsto dall'art. 1, comma primo, R.D.Lgs. n. 561 del 1946, concerne soltanto il sequestro probatorio (Cass, Sez. 5, n. 7155 del 10/01/2011, Barbacetto, Rv. 249510). Alla luce dei principi affermati nella decisione qui in commento – v., in particolare, §§. 58 e 59,

ove si traccia una netta distinzione tra il sacrificio della libertà di espressione conseguente alla mera deindicizzazione e quello invece connesso alla rimozione permanente di articoli di notizie pubblicate – la proporzionalità di una così radicale misura richiederà verosimilmente un più stringente onere motivazionale (la recente giurisprudenza, del resto, è sempre più orientata a pretendere un effettivo **controllo di proporzionalità** tra gli effetti del sequestro preventivo impeditivo e le finalità che giustificano la misura: cfr. Sez. 4, n. 40554 del 29/09/2021, Stagno D'alcontres, Rv. 282063; Sez. 5, n. 17586 del 22/03/2021, Onorati, Rv. 281104; Sez. 2, n. 29687 del 28/05/2019, Frontino, Rv. 276979). Se il principio di tipicità delle misure cautelari costituisce indubbio ostacolo a consentire al giudice penale di adottare la misura impeditiva più efficace e, al contempo, meno invasiva rispetto ai diritti fondamentali provvisoriamente incisi, lo spontaneo ricorso alla deindicizzazione degli articoli sospettati di lesione della reputazione da parte del soggetto che ne ha la disponibilità, magari su richiesta dell'interessato ai sensi dell'art. 17 GDPR, potrebbe in concreto valere a rendere superfluo – o comunque non giustificato – il più radicale strumento del sequestro.

Deindicizzazione e tutela penale: limiti di applicabilità delle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali

Al di là della generale fattispecie di cui all'art. 595 cod. pen. e delle altre disposizioni in materia di diffamazione, l'ordinamento interno presenta una specifica disciplina di protezione penale dei diritti individuali suscettibili d'essere lesi dall'illecito trattamento dei dati personali e dalla divulgazione e diffusione degli stessi (cfr., in particolare, artt. 167 ss. cod. pr.). Anche in omaggio al rispetto del principio di tassatività, è tuttavia difficile che tali disposizioni possano venire in rilievo con riguardo a vicende analoghe a quella di specie, che, laddove non integranti il reato di diffamazione, restano pertanto governate soltanto dalla tutela civile. Quest'ultima, peraltro, nella decisione in commento viene ritenuta maggiormente idonea a costituire una giustificata ingerenza dello Stato nella libertà di espressione, "necessaria in una società democratica", nel quadro del doveroso bilanciamento degli opposti interessi in conflitto delineato nell'art. 10, par. 2, CEDU.

Si vuole qui sottolineare, in particolare, come sia problematico ipotizzare, in casi analoghi, l'applicazione del **delitto,** procedibile a querela, **di inosservanza dei provvedimenti del Garante, previsto dall'art. 170 cod. pr.,** che, laddove derivi nocumento ai soggetti interessati al trattamento dei dati, punisce la violazione di provvedimenti inibitori adottati dall'Autorità di controllo, tra cui non sembra però rientrare l'eventuale obbligo di deindicizzazione di articoli pubblicati in Rete disposto a tutela del diritto all'oblio. Ed invero, per quel che qui interessa, la citata disposizione

sanziona penalmente, alle condizioni date, l'inosservanza dei provvedimenti di cui all'art. 58, § 2, lett. f), d.lgs. 101/2018, vale a dire quelli che impongono «una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento» e non anche quelli, adottati a norma della successiva lett. g), con cui si ordina «la rettifica, la cancellazione di dati personali o la limitazione del trattamento a norma degli articoli 16, 17 e 18» del regolamento europeo denominato GDPR, tra cui rientra appunto, disciplinato dal citato art. 17, il diritto alla cancellazione finalizzato alla tutela del "diritto all'oblio".

Le nuove prospettive della deindicizzazione in campo penale: la tutela del diritto all'oblio di indagati e imputati nella legge-delega sulla riforma del processo penale

Che il tema sollevato dalla decisione qui in commento sia attuale, e sia comunque destinato ad assumere sempre maggiore rilevanza anche nel campo della giustizia penale intesa in senso lato, emerge da una disposizione contenuta nella **legge-delega sulla riforma del processo penale recentemente licenziata dal Parlamento (l. 27 settembre 2021, n. 134).** In forza di un emendamento approvato nel corso dell'*iter* parlamentare, tra i principi e criteri direttivi fissati al Governo figura anche l'introduzione di un apposito **provvedimento di "deindicizzazione" a tutela del diritto all'oblio** degli indagati o imputati la cui posizione sia stata definita con decreto di archiviazione, sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione.

L'art. 1, comma 25, della l. 134/2021 delega infatti il Governo a modificare le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie al codice di procedura penale in materia di comunicazione della sentenza, **prevedendo che il decreto di archiviazione, la sentenza di non luogo a procedere e di assoluzione «costituiscano titolo per l'emissione di un provvedimento di deindicizzazione che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di dati personali, garantisca in modo effettivo il diritto all'oblio degli indagati o imputati».**

La nuova disposizione si aggiunge alle numerose regole da tempo dettate per tutelare in maniera più significativa il diritto alla riservatezza delle persone coinvolte in procedimenti penali, soprattutto se trattisi di reati concernenti particolari materie, ovvero di soggetti ritenuti meritevoli di maggiore protezione. Si pensi alla **disciplina sulla anonimizzazione delle generalità e dei dati personali contenuti nelle sentenze e negli altri provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria in caso di riproduzione o diffusione** (cfr. art. 52 cod. pr.), ai divieti di pubblicazione e divulgazione di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione dei minorenni coinvolti in procedimenti penali (art. 13 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 488), alla protezione penale della divulgazione delle generalità e dell'immagine di persone offese

da reati in materia sessuale (art. 734 *bis* cod. pen.). Affiancandosi alle prerogative che la legge civile già offre, in generale, a tutela del diritto all'oblio, la nuova disposizione programmatica inserita nella legge-delega sembra delineare una tutela minimale (in quanto limitata alla deindicizzazione), ma assoluta (in quanto non necessariamente subordinata al bilanciamento con contrapposti interessi) del *right to be forgotten online* in capo a chi sia incappato in un procedimento giudiziario chiuso (almeno allo stato) da un provvedimento di proscioglimento, in rito o nel merito. Si tratta di un'ulteriore forma di doverosa attenzione ai diritti individuali di coloro che sono stati coinvolti in un procedimento penale senza che ne sia stata affermata la responsabilità e che si colloca in un attualissimo, più ampio, disegno normativo, anche qui fortemente influenzato dalla disciplina sovranazionale, a tutela di altro fondamentale diritto processuale, quello alla presunzione di innocenza. Il pensiero corre infatti ad altro recente intervento normativo, **il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188 (cfr., in particolare, gli artt. 2, 3 e 4), recante, tra l'altro, disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza.**

La legge-delega n. 134 del 2021 non contiene criteri direttivi con riguardo alle forme procedimentali ed alla competenza ad adottare il provvedimento di deindicizzazione, né precisa chi ne siano i destinatari (se i soli gestori dei motori di ricerca, ovvero anche gli editori e responsabili di testate giornalistiche o telematiche che abbiano pubblicato informazioni sul procedimento penale e/o sulle vicende di cronaca che ne sono state alla base). I principi affermati nella decisione qui in commento costituiranno dunque un imprescindibile punto di riferimento con cui il legislatore delegato dovrà confrontarsi.

ART. 10 CEDU

ART. 10 CEDU – LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – POLITICO CONDANNATO AD UNA PENA PECUNIARIA IN UN PROCEDIMENTO PENALE PER NON AVER TEMPESTIVAMENTE CANCELLATO DAL SUO ACCOUNT FACEBOOK PUBBLICO COMMENTI CHE INCITANO ALL'ODIO PER RAGIONI DI FEDE RELIGIOSA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI LIBERTÀ DI ESPRESSIONE GARANTITO DALLA CONVENZIONE – ESCLUSIONE.

Corte Europea dei Diritti Umani, Quinta Sezione, Sanchez c. Francia del 2 settembre 2021

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-211599

CLASSIFICAZIONE

Art. 10 CEDU – Libertà di espressione – Politico condannato ad una pena pecuniaria in un procedimento penale per non aver tempestivamente cancellato dal suo account Facebook pubblico commenti che incitano all'odio per ragioni di fede religiosa – Violazione del principio di libertà di espressione garantito dalla Convenzione – Esclusione.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Quinta Sezione, Sanchez c. Francia del 2 settembre 2021

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 10 CEDU e 21 COSTITUZIONE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU:

Savcı Çengel c. Turchia (déc.), 18 maggio 2021; Kilin c. Russia, 11 maggio 2021; Jezior c. Polonia[comité], 4 giugno 2020; Atamanchuk c. Russia 11 febbraio 2020; Savva Terentyev c. Russia, 28 agosto 2018; Le Pen c. Francia (déc.), 28 febbraio 2017; Orlovskaya Iskra c. Russia, 21 febbraio 2017; Pihl c. Svezia, 7 febbraio 2017; Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria [GC], 8 novembre 2016; X et Y c. Francia,1 settembre 2016; Morice c. Francia [GC], 23 aprile 2015; **Delfi AS c. Estonia [GC], 16 giugno 2015**; **Perinçek c. Svizzera [GC], 15 ottobre 2015**; Huhtamäki c. Finlandia, 6 marzo 2012; Le Pen c. Francia (déc.), 20 aprile 2010; **Féret c. Belgio, 16 luglio 2009**; **Leroy c. France, 2 ottobre 2008**; Leroy c. Francia, 2 ottobre 2008; Leroy c. Francia, 2 ottobre 2008; Erbakan c. Turchia, 6 luglio 2006; Garaudy c. Francia, 24 giugno 2003; Soros c. Francia, 6 ottobre 2011; Soulas e a. c. Francia, 10 luglio 2008; Jersild c. Danimarca, 23 settembre 1994; Castells c. Spagna, 23 aprile 1992; Handyside c. Regno Unito 7 dicembre 1976.

Sentenze Corte di cassazione: Sez. 5, n. 7220 del 12/1/2021, Romano, Rv. 280473; Sez. 5, n. 16751 del 19/2/2018, Rando, Rv. 272685; Sez. 5, n. 13993 del 17/2/2021, Scaffidi, Rv. 281024; Sez. 5, n. 26509 del 20/7/2020, Carchidi, Rv. 279468; Sez. 5, n. 28340 del 25/6/2021, Boccia, Rv. 281602; Sez. U, n. 31022 del 29/5/2015, Fazzo, Rv. 264090; Sez. 5, n. 13979 del 25/1/2021, Chita, Rv. 281023; Sez. 5, n. 8898 del 18/1/2021, Fanini, Rv. 280571; Sez. 5, n. 12546/2019 del 8/11/2018, Amodeo, Rv. 275995.

ABSTRACT

La Corte EDU - interpretando l'art. 10 CEDU e ripercorrendo la propria giurisprudenza in materia di tutela del diritto alla libertà di espressione e dei limiti al suo esercizio consentiti in un sistema democratico - ha affermato che non costituisce violazione del diritto alla libertà di espressione la condanna ad ***una pena pecuniaria*** *non sproporzionata di un politico francese locale, all'epoca candidato alle elezioni legislative nel distretto di Nimes per il Front national (FN), giudicato colpevole del reato di incitamento all'odio ed alla violenza nei confronti di persone appartenenti ad una determinata fede religiosa; il politico non aveva tempestivamente rimosso dal proprio profilo facebook "aperto" al pubblico, destinato alla propria propaganda elettorale, post illeciti di terzi diretti ad incitare all'odio contro persone di religione musulmana (post nei quali si associavano i musulmani, in quanto gruppo individuato secondo un collante religioso, al crimine ed all'insicurezza nella città di Nîmes, parificandoli a "spacciatori" e "prostitute", identificandoli con coloro i quali erano responsabili di lanciare pietre con le auto dei "bianchi", definendoli "feccia che vende droga tutto il giorno").*

La tolleranza ed il rispetto per la pari dignità di tutti gli esseri umani costituiscono le basi di una società democratica e pluralista; per questo – affermano i giudici di Strasburgo – in linea di principio può essere ritenuto ***necessario punire o anche impedire ogni forma di espressione che diffonda, inciti, promuova o giustifichi l'odio basato sull'intolleranza.*** *Ciò è quanto avvenuto nel caso del ricorrente Sanchez, al quale viene contestato di* ***non avere agito prontamente per eliminare i commenti chiaramente illegali pubblicati da terzi sul suo account facebook pubblico,*** *che era utilizzato in connessione con la sua campagna elettorale. In una situazione come questa la Corte EDU ha ravvisato che l'interferenza dello Stato nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione fosse "necessaria in una società democratica", sicchè* ***nessuna violazione dell'art. 10 CEDU può dirsi verificata****.*

IL CASO

Il sig. Sanchez, attualmente sindaco della città di Beaucaire e presidente del *Gruppo Rassemblement National* (Raduno Nazionale nel Consiglio Regionale d'Occitania), all'epoca dei fatti candidato per le elezioni al Parlamento nel distretto di Nîmes, il 24 ottobre 2011, aveva pubblicato, sul suo profilo facebook "aperto" utilizzato per la sua campagna elettorale, un *post*, da lui personalmente scritto, negativamente allusivo ad F.P., all'epoca membro del Parlamento Europeo e primo vicesindaco di Nîmes, nonché oppositore politico del ricorrente.

Il post era stato "raccolto" da terzi commentatori, uno dei quali – S.B. - aveva scritto, chiaramente riferendosi ad F.P.: *"Questo grand'uomo ha trasformato Nîmes nell'Algeria, non c'è strada senza un negozio di kebab e una moschea; spacciatori di droga e prostitute regnano sovrane, nessuna sorpresa che egli abbia scelto Bruxelles, capitale del nuovo ordine della sharia… Grazie all'UMPS* (un acronimo fuso tra le sigle del Parlamento Europeo e dei Partiti Socialisti, n.d.r.)… *almeno questo ci salva da voli e hotel… amo questa versione gratuita del Club Med… Grazie [F.] e baci a Leila [L.]* - la compagna del parlamentare di sinistra F.P., n.d.r. - *Finalmente un blog che cambia la nostra vita…*".

Un altro utente, L.R., ha poi aggiunto altri tre commenti, nei quali si accusavano i Musulmani di essere autori dei traffici di droga a Nîmes e, in generale, si manifestavano contenuti intolleranti e di istigazione alla discriminazione religiosa.

Nei giorni successivi, il 25 e 26 ottobre 2011, la signora Leila T., compagna del parlamentare europeo di centrosinistra, nominata nel post, denunciò i fatti alla magistratura, sul presupposto della loro **connotazione "razzista**" anche e specificamente nei suoi diretti confronti, solo per l'assonanza del nome (Leila) ad origini maghrebine, tanto che protestò con l'autore S.B., a lei noto, il quale si affrettò poi a eliminare il *post*.

Il 27 ottobre 2011 il ricorrente pubblicò un "invito" agli utilizzatori del suo account facebook a porre attenzione al contenuto dei loro commenti.

Il processo penale che ne è derivato, in cui **sono stati tratti a giudizio sia il politico, titolare/gestore dell'account, sia i due utenti autori dei *post***, con l'accusa di istigazione all'odio o alla violenza contro un gruppo di persone (e una vittima specifica, L.T.), in ragione delle origini ovvero della loro appartenenza o meno ad uno specifico gruppo etnico, ad una nazione, ad una razza o ad una religione, si è chiuso sin dal primo grado con la condanna di tutti e tre gli imputati al pagamento di una **multa di 4.000 euro ciascuno**, oltre al risarcimento dei danni alla parte offesa (il solo ricorrente e S.B.). Il Tribunale di primo grado di Nîmes aveva, altresì, evidenziato che il ricorrente, per circa sei settimane, **aveva lasciato visibili i post di uno dei due autori (L.R.) sul suo account facebook, senza intervenire per rimuoverli e fermarne la diffusione.**

Anche la Corte d'Appello di Nîmes, in seguito ad appello del ricorrente e ad appello incidentale di S.B., ha confermato la decisione di condanna, pur riducendo la pena nei

confronti del politico a tremila euro; i giudici hanno ritenuto che i commenti postati, chiaramente rivolti ad uno specifico gruppo di persone, e cioè quelle di fede musulmana, associandolo a crimini ed insicurezza nella città di Nîmes, rischiava di **generare un forte sentimento di rifiuto e di ostilità nei confronti di quel gruppo.** Inoltre, la pubblicità dell'account facebook del Sig. Sanchez implicava la sua responsabilità per il contenuto dei commenti pubblicati, visto che lo status di personaggio politico richiedeva, da parte sua, una vigilanza ancora maggiore. La giustificazione del richiedente, quindi, basata sulla sua convinzione che il contenuto di quei commenti fosse compatibile con il diritto alla libertà di espressione, sicchè egli aveva ritenuto scientemente di poterli lasciare visibili, non ha convinto la Corte d'Appello.
Infine, il ricorrente ha proposto ricorso in cassazione, il cui esito è stato di inammissibilità.

I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE EDU

La Corte EDU ha accolto in tutto la prospettiva dei giudici francesi.
Si è convenuto sulla natura decisamente e chiaramente illegale dei contenuti dei post pubblicati sul profilo facebook del ricorrente da utenti terzi, citandone alcuni passaggi autoevidenti, nei quali si associavano i musulmani, in quanto gruppo individuato secondo un collante religioso, al crimine ed all'insicurezza nella città di Nîmes, parificandoli (indiscriminatamente) a "spacciatori" e "prostitute", identificandoli con coloro i quali erano responsabili di lanciare pietre con le auto dei "bianchi", definendoli "feccia che vende droga tutto il giorno". Tali espressioni, secondo i giudici di Strasburgo, sono tali da rischiare di generare un forte sentimento di rifiuto e di ostilità nei confronti del gruppo di persone indicato genericamente come di fede musulmana. Analogamente, il gratuito riferimento, nello stesso contesto, ai "baci" mandati alla compagna del politico F.P., individuato, strumentalmente, come colui il quale aveva ceduto la città ai musulmani e, dunque, all'insicurezza, fonda il rischio che la violenza e l'odio si rivolgano specificamente contro di lei, percepita come membro della comunità musulmana per via del suo nome (Leila).
La Corte ha riaffermato, quindi, un proprio principio consolidato, secondo cui la tolleranza ed il rispetto per la pari dignità di tutti gli esseri umani costituiscono le basi di una società democratica e pluralista; per questo, in linea generale, può essere ritenuto **necessario punire** o anche impedire ogni forma di espressione che diffonda, inciti, promuova o giustifichi l'odio basato sull'intolleranza, **sempre che le condizioni, le restrizioni o le sanzioni imposte per l'esercizio della libertà di espressione siano proporzionate** allo scopo legittimo perseguito.
Si sottolinea, altresì, la peculiarità del contesto "politico" in cui è avvenuto il **"discorso d'odio**", caratterizzato, sì, dalla più ampia libertà di espressione possibile, ma in cui il discorso razzista o xenofobo contribuisce a fomentare l'odio e l'intolleranza. La Corte rammenta, in proposito, la **particolare responsabilità dei politici nella lotta**

all'incitamento all'odio, come enunciata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella Raccomandazione R(97)20 sull'incitamento all'odio e dalla Commissione Europea contro il Razzismo e l'Intolleranza.

Ebbene, gli insulti e gli attacchi discriminatori ad un determinato settore della popolazione, o l'istigazione all'odio ed alla violenza nei riguardi di un gruppo di persone appartenenti ad una specifica religione, integrano un'ipotesi in cui l'ordinamento statale legittimamente può perseguire tale tipo di comportamenti, poiché essi si risolvono in un uso irresponsabile della libertà di espressione, che mina la dignità e la sicurezza di gruppi di popolazione o settori di persone.

Se da un lato, dunque, è vero che la Corte EDU conferisce la massima importanza alla libertà di espressione nel contesto proprio del dibattito politico e ritiene che debbano essere addotte ragioni molto forti per giustificare restrizioni al discorso politico - a maggior ragione in periodo elettorale, quando deve essere consentito alle opinioni e alle informazioni di ogni tipo di circolare liberamente - nondimeno, nel caso di specie, essa ha rimarcato che i commenti al centro del processo sono di natura chiaramente illegale.

I giudici evidenziano che ciò che si contesta al ricorrente non è l'uso del suo diritto alla libertà di espressione, tantomeno nell'ambito del dibattito politico, bensì di **non aver adeguatamente vigilato,** proprio nel suo "speciale" ruolo politico di maggio responsabilità, sui commenti postati **sul suo account facebook pubblico**, alcuni dei quali (quelli di L.R.) erano stati tenuti visibili **per ben sei settimane.**

Alla luce di tali conclusioni, le decisioni dei giudici francesi impugnate dal ricorrente non hanno violato l'art. 10 CEDU, tanto più che sono stati individuati molteplici fattori che hanno condotto a tale esito. Il ricorrente aveva volontariamente "aperto" al pubblico il suo account e, data la natura "politica" dei contenuti, verosimilmente dunque polemici, aveva l'obbligo di vigilare ancor più attentamente sui post pubblicati da terzi.

Il ricorrente era stato ritenuto responsabile, ai sensi della sezione 93-3 della legge del 29 luglio 1982, **quale gestore di un sito di comunicazione pubblica**, per omessa vigilanza, tanto più necessaria in quanto si era scelta la modalità di accesso indiscriminato al proprio account *facebook* da parte sua; gli autori dei post, d'altra parte, erano stati anch'essi individuati e condannati per le condotte proprie, direttamente realizzatrici del "discorso d'odio".

Il ricorrente, dunque, è stato condannato per non avere agito prontamente ed eliminato i commenti chiaramente illegali pubblicati da terzi sul suo account facebook pubblico, che era utilizzato in connessione con la sua campagna elettorale; contenuti, peraltro, di per sé contrari alle stesse condizioni d'uso di Facebook (all'epoca regolate da una "Dichiarazione di diritti e responsabilità", la cui accettazione da parte degli utenti imponeva espressamente il divieto di pubblicare discorsi di incitamento o incoraggiamento all'odio).

In una situazione come questa la Corte EDU ha ravvisato che l'interferenza dello Stato

nell'esercizio del diritto alla libertà di espressione fosse "necessaria in una società democratica", sicchè nessuna violazione dell'art. 10 CEDU può dirsi che si sia verificata, anche alla luce della sanzione non sproporzionata inflittagli.

L'unica **opinione dissenziente** (della giudice MOUROU-VIKSTRÖM) sostiene che l'applicazione di una responsabilità "proiettata" o "derivata" per il titolare di un account Facebook violerebbe il diritto alla libertà di espressione poiché indurrebbe timore sulle possibili conseguenze penali nei gestori di account opinionistici, soprattutto se uomini politici o pubblici, i quali sarebbero spinti a censurare i commenti "a rischio", con un generale effetto involutivo degli spazi di libertà di espressione.

Osservazioni finali e spunti per una lettura della giurisprudenza di legittimità.

La Corte EDU ha assunto la decisione in commento dopo aver passato in rassegna la normativa europea più attuale sul tema della libertà di espressione ed i limiti che ad essa derivino dal bilanciamento con la necessità di arginare il cd. "discorso d'odio":

- la Decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta a determinate forme e manifestazioni di razzismo e xenofobia, attraverso l'intervento penale, adottata il 28 novembre 2008 dal Consiglio dell'Unione europeo;
- il Codice di condotta lanciato dalla Commissione Europea nel maggio 2016, con le quattro più importanti società del settore (Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube), con l'obiettivo di reagire alla proliferazione dei discorsi d'odio e a carattere razzista e xenofobo, allo scopo di intervenire tempestivamente per rimuovere siffatti contenuti; vi sono state già cinque valutazioni dei risultati ottenuti (dal 2016 al 2020);
- la Raccomandazione (UE) 2018/334 sulle misure di lotta modo efficace contro i contenuti illegali online (GU L 63 del 6 marzo 2018);
- il progetto di regolamento "Legge sui servizi digitali", pubblicato il 15 dicembre 2020, con l'obiettivo di realizzare, al momento della sua adozione nel 2022, l'attuazione di un nuovo quadro normativo, introducendo in tutta l'Unione europea una serie di nuovi obblighi armonizzati per i servizi digitali (COM/2020/825);
- la Raccomandazione R(97)20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'incitamento all'odio e dalla Commissione Europea contro il Razzismo e l'Intolleranza che chiede di operare, tra l'altro, una chiara distinzione tra la responsabilità dell'autore di espressioni di incitamento all'odio e quella, eventuale, dei media che contribuiscono alla loro diffusione.

La sentenza offre, altresì, un panorama completo della giurisprudenza europea sul tema, sia per quanto riguarda gli **arresti della Corte di Giustizia**, che quelli della stessa Corte EDU (già richiamata sopra), ai quali si riporta.

La giurisprudenza della Corte di cassazione (formatasi su basi normative interne differenti da quelle francesi, che prevedono un'espressa disposizione penale applicabile a casi come

quello in esame) ha, anzitutto, aderito costantemente alla prospettiva delle Corti europee e della Corte costituzionale, da poco ribadita nuovamente nella **pronuncia n. 150 del 2021 della Consulta**, che, **in tema di delitto di diffamazione**, valorizza la peculiare disciplina applicabile al "discorso d'odio". Si è, così, afferma, in linea generale, che è legittima, in relazione all'art. 10 CEDU, secondo un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata della norma, **l'irrogazione di una pena detentiva**, ancorché sospesa, per il delitto di diffamazione commesso, anche al di fuori di attività giornalistica, mediante mezzi comunicativi di rapida e duratura amplificazione (nella specie **"internet**"), ove ricorrano circostanze eccezionali connesse alla grave lesione di diritti fondamentali, come nel caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza (Sez. 5, n. 13993 del 17/2/2021, Scaffidi, Rv. 281024; Sez. 5, n. 26509 del 20/7/2020, Carchidi, Rv. 279468; vedi anche la recente Sez. 5, n. 28340 del 25/6/2021, Boccia, Rv. 281602 che, ancora in tema di possibilità di applicare una pena detentiva ai reati di diffamazione, ha chiarito come **l'applicazione della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, a seguito della sentenza n. 150 del 2021 della Corte costituzionale, sia subordinata alla verifica della "eccezionale gravità" della condotta**, che, secondo un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, si individua nella diffusione di messaggi diffamatori connotati da discorsi d'odio e di incitazione alla violenza ovvero in campagne di disinformazione gravemente lesive della reputazione della vittima, compiute nella consapevolezza della oggettiva e dimostrabile falsità dei fatti ad essa addebitati).

In particolare, poi, sulla diffamazione commessa a mezzo di un *account facebook pubblico*, la Cassazione ritiene, ancora una volta in linea generale, la maggior pericolosità e diffusività della condotta in simili ipotesi (cfr., da ultimo, per tutte, Sez. 5, n. 13979 del 25/1/2021, Chita, Rv. 281023 e le conformi richiamate). In questo caso, infatti, l'account personale di facebook, diventa una pubblica "piazza virtuale" aperta al libero confronto, anche se solo tra gli utenti registrati, come in caso di un *forum chiuso* (Sez. 5, n. 8898 del 18/1/2021, Fanini, Rv. 280571). In generale, la Cassazione ha mostrato di estendere le ragioni incriminatrici della diffamazione ai contenuti racchiusi in blog o altri strumenti di pubblicità via internet (Sez. 5, n. 50187 del 10/5/2017, Giacalone, Rv. 271434; Sez. 5, n. 27675 del 7/6/2019, Carchidi, Rv. 276898), pur precisando che essi non godono delle garanzie riservate alla stampa (si tratta di forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list e social network, cfr. Sez. U, n. 31022 del 29/5/2015, Fazzo, Rv. 264090, che estende tali garanzie solo alle testate giornalistiche telematiche).

Quanto alla **responsabilità per le pubblicazioni diffamatorie di soggetti diversi dagli autori dei *post* (o commenti), l'amministratore di un sito internet** è stato ritenuto non responsabile ai sensi dell'art. 57 cod.pen., proprio perchè tale norma – come detto - è applicabile, secondo le Sezioni Unite, alle sole testate giornalistiche telematiche e non

anche ai diversi mezzi informatici di manifestazione del pensiero (forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, facebook); la Corte ha precisato che *il mero ruolo di amministratore di un forum di discussione non determina il concorso nel reato conseguente ai messaggi ad altri materialmente riferibili, in assenza di elementi che denotino la compartecipazione dell'amministrazione all'attività diffamatoria* (Sez. 5, n. 16751 del 19/2/2018, Rando, Rv. 272685).

D'altra parte - in qualche modo analogamente alle decisioni dei giudici francesi nel caso Sanchez - si è chiarito **che *il "blogger" risponde del delitto nella forma aggravata, ai sensi del comma 3 dell'art. 595 cod. pen., sotto il profilo dell'offesa arrecata "con qualsiasi altro mezzo di pubblicità",*** *per gli scritti di carattere denigratorio pubblicati sul proprio sito da terzi quando, venutone a conoscenza, non provveda tempestivamente alla loro rimozione, atteso che tale condotta equivale alla consapevole condivisione del contenuto lesivo dell'altrui reputazione e consente l'ulteriore diffusione dei commenti diffamatori* (Sez. 5, n. 12546/2019 del 8/11/2018, Amodeo, Rv. 275995, in una fattispecie in cui *l'imputato aveva consapevolmente mantenuto nel suo "blog" contenuti offensivi, propri e di terzi, a commento di una lettera della persona offesa dal medesimo pubblicata, fino all'oscuramento intimato dall'autorità giudiziaria ed eseguito dal "provider*").

Nella stessa scia ermeneutica, si è ritenuto il concorso nel reato diffamatorio da parte del titolare di un sito internet che aveva condiviso la pubblicazione di un articolo offensivo della reputazione di un agente di polizia, collaborando alla raccolta delle informazioni necessarie per la sua redazione, partecipando al collettivo politico che ne aveva elaborato l'idea e rivendicandone in dibattimento il contenuto (Sez. 5, n. 7220 del 12/1/2021, Romano, Rv. 280473).

ART. 14 CEDU

ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL' ART. 2 CEDU – DIRITTO ALLA VITA – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – CONDOTTE ILLECITE CAUSATE DA RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE OMOFOBICA – OMICIDIO COMMESSO PER GLI ATTEGGIAMENTI OMOSESSUALI DELLA VITTIMA – INDIVIDUAZIONE DEGLI STRUMENTI DI DIRITTO PENALE ATTIVABILI NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI IMPUTATI DI CONDOTTE ILLECITE CONNOTATE DA UN MOVENTE OMOFOBICO – ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER SANZIONARE LE CONDOTTE ILLECITE CONNOTATE DA CAUSALI OMOFOBICHE – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Stoyanova c. Bulgaria, 14 giugno 2022.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217701

Si rimanda a pag…. per il Report.

ART. 14 CEDU

ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI – INCITAMENTO ALL'ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI UN'ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE – NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE – ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.

Corte EDU, Oganezova c. Armenia, 17 maggio 2022.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217250

Si rimanda a pag…. per il Report.

ART. 37

ART. 37 COLLEGATO ALL' ART. 6 - DICHIARAZIONE UNILATERALE DEL GOVERNO DI RICONOSCIMENTO DELLA LESIONE DI UN DIRITTO TUTELATO DALLA CONVENZIONE – DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE - DECISIONE DI CESSATA MATERIA DEL CONTENDERE DA PARTE DELLA CORTE EDU - RAPPORTI CON LA GIURISDIZIONE INTERNA.

Corte Europea dei Diritti Umani, Terza Sezione, Willems e Gorjon c. Belgio del 21 settembre 2021.

https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-212030

Si rimanda a pag.... per il Report.

ART. 1, PROTOCOLLO ADDIZIONALE CEDU N. 1

ART. 1, PROT. 1, CEDU - PROPRIETÀ – PROTEZIONE – MISURE CAUTELARI REALI – SEQUESTRO – DURATA ECCESSIVA DEL VINCOLO – PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ - VIOLAZIONE.

Cass. pen., Sez. 2, n. 1740 del 22/10/2021, dep. 2022, Parisi.

CLASSIFICAZIONE

ART. 1, PROT. 1, CEDU - Proprietà – protezione – misure cautelari reali – sequestro – durata eccessiva del vincolo – principio di proporzionalità - violazione.

RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI:

Art. 1, primo Prot. Addizionale alla Conv. EDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNI:

Art. 42 Cost.;

Artt. 321 ss. cod. proc. pen.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI.

Sentenze della Corte EDU.

Corte EDU Grande Camera, 22/02/1994, caso Raimondo c. Italia, § 27; Corte EDU, Sez, 2, 10/03/2009, caso Shaw c. Italia, §§ 14 ss.; Corte EDU, Sez. 1, 18/06/2009, caso Novikov c. Russia, §§ 27 ss.; Corte EDU, Sez. 3, 13/07/2010, caso Tendam c. Spagna, § 47; Corte EDU, Sez. 2, 05/11/2013, caso JGK Statyba Ltd e Guselnokovas c. Lituania, §§ 115-117; Corte EDU, Sez. 2, 21/10/2014, caso Hàbenczius c. Ungheria, § 30; Corte EDU, Sez. 1, 21/01/2021, caso Kosurnyikov ed altri c. Ungheria, §§ 18 ss.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. pen., Sez. 2, n. 1740 del 22/10/2021, dep. 2022, Parisi.

ABSTRACT

Il decorso del tempo pregiudica i diritti fondamentali attinti dai provvedimenti ablatori assunti dalla A.G.: per tale ragione, pur nel silenzio, sul punto, del codice di rito (che non contiene alcuna disciplina riguardante la durata del vincolo cautelare reale), è stato ritenuto

illegittimo il provvedimento del Tribunale del riesame che – pur in presenza di una espressa doglianza riguardante l'asserita eccessiva onerosità di un sequestro preventive imposto sin dal 2012 – era rimasto del tutto silente sul punto.

IL CASO

Gli imputati hanno proposto ricorso per cassazione contro il provvedimento di rigetto dell'appello cautelare proposto nel loro interesse contro il provvedimento di rigetto di una istanza di restituzione di beni sottoposti a sequestro preventivo, deducendo, tra l'altro, violazione degli articoli 321 ss. cod. proc. pen., poiché il Tribunale non avrebbe in alcun modo considerato **il tempo trascorso dall'esecuzione del sequestro (circa nove anni) e la conseguente necessità di limitare i diritti degli indagati (nelle more imputati) per un periodo di un tempo ragionevole** (il processo riguardava violazioni risalenti al periodo 2007-2011, in relazione alle quali vi era stata rinuncia alla prescrizione), lamentando in subordine l'illegittimità costituzionale dell'art. 321 cod. proc. pen. in relazione all'art. 42 della Costituzione, nella parte in cui non prevede limiti temporali circa la durata della misura cautelare prima di una pronuncia nel merito da parte dell'autorità giudiziaria.

LE GARANZIE PREVISTE DALLA CONVENZIONE EDU

Secondo la disamina operata dalla II Sezione penale, può ritenersi **consolidato** - sia nell'ordinamento interno sia nell'ordinamento sovranazionale - il principio per cui **il decorso del tempo determina un pregiudizio ai diritti fondamentali attinti dai provvedimenti coercitivi** assunti dalla Pubblica Autorità (cfr., nella giurisprudenza convenzionale, tra i numerosi *serial cases* decisi in pari data, Corte EDU, Sez, 2, 10/03/2009, caso Shaw c. Italia, §§ 14 ss., che ha ritenuto la violazione degli articoli 8 Conv. EDU, 1, primo Protocollo addizionale alla Convenzione, e 2, Protocollo n. 4, a causa della durata della procedura fallimentare in danno dei ricorrenti)

L'orientamento per il quale "qualsiasi sequestro o confisca comporta inevitabilmente un danno", e, di conseguenza, "il danno necessariamente subito non deve eccedere quanto è inevitabile", è stato più volte ribadito (cfr. Corte EDU, Sez. 2, 21/10/2014, caso Hàbenczius c. Ungheria, § 30; Sez. 2, 05/11/2013, caso JGK Statyba Ltd e Guselnokovas c. Lituania, §§ 115-117; Sez. 3, 13/07/2010, caso Tendam c. Spagna, § 47; Sez. 1, 18/06/2009, caso Novikov c. Russia, §§ 27 ss.; Grande Camera, 22/02/1994, caso Raimondo c. Italia, § 27). Da ultimo (Corte EDU, Sez. 1, 21/01/2021, caso Kosurnyikov ed altri c. Ungheria, §§ 18 ss.), è stata ritenuta la violazione dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione, per effetto della **durata decennale** di un sequestro preventivo avente ad oggetto beni di sospetta provenienza illecita, per il rilievo che l'interferenza nel diritto di

proprietà dei ricorrenti, benché legittima, non risultava proporzionata, poiché la durata decennale del sequestro imponeva un sacrificio eccessivo degli interessi dell'individuo rispetto a quelli della società:

"*La Corte ribadisce che, affinché un'ingerenza sia compatibile con l'articolo 1 del Protocollo n. 1, deve essere lecita, essere nell'interesse generale ed essere proporzionata, cioè deve trovare un 'giusto equilibrio' tra le richieste del l'interesse generale della collettività e le esigenze della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Il giusto equilibrio richiesto non sarà raggiunto qualora la persona interessata sopporti un onere individuale ed eccessivo (...). Il Governo non ha indicato alcuna norma nel diritto interno che imponga alle autorità di sospendere la misura entro un determinato termine o dopo che sia trascorso un certo tempo. Sembrerebbe infatti che il provvedimento impugnato possa essere mantenuto a tempo indeterminato (...). Queste circostanze sono sufficienti per consentire alla Corte di concludere che il pignoramento dei conti bancari dei ricorrenti per oltre dieci anni ha costituito per loro un onere individuale ed eccessivo, sconvolgendo il 'giusto equilibrio' che dovrebbe essere raggiunto tra la tutela del diritto di proprietà e le esigenze dell'interesse generale*".

LA DECISIONE

Richiamata la motivazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 36959 del 24/06/2021, Ellade, Rv. 281848 – 01 (che ha ritenuto necessaria una specifica motivazione sulle ragioni che rendano necessario anticipare in sede cautelare, rispetto alla definizione del giudizio, attraverso il sequestro preventivo, l'effetto ablativo della confisca delle cose non intrinsecamente delittuose, nel rispetto del principio di proporzionalità, la cui necessaria valenza, con riferimento proprio alle misure cautelari reali, sia la giurisprudenza sovranazionale[13] che quella di legittimità hanno in più occasioni sottolineato, al fine di evitare un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata) e la citata giurisprudenza sovranazionale, la II Sezione penale ha ritenuto che **il tempo trascorso dall'esecuzione del sequestro costituisce elemento da considerare ai fini della persistente legittimità della misura cautelare reale**, poiché "*il fatto che sia decorso un tempo assai significativo all'esito dell'applicazione della misura può portare a situazioni che costituiscono una potenziale violazione proprio di quel principio di proporzionalità*".

A conferma della rilevanza del tempo trascorso ai fini della proporzionalità e necessità dell'ablazione, si è osservato che, mentre, in riferimento alle misure cautelari personali, il legislatore ha attribuito rilevanza al decorso del tempo sia in fase genetica (imponendo la previa valutazione dell'attualità delle esigenze cautelari ritenute), sia in fase funzionale

[13] In argomento, si rinvia *amplius* al Report riguardate la citata sentenza Ellade.

(prevedendo un sistema di termini di efficacia delle predette misure), al contrario, in riferimento alle misure cautelari reali, non è attribuita alcune rilevanza alla durata del vincolo: "*in ragione della mancanza di una specifica regolamentazione codicistica della durata di un vincolo che incide sulla afflittività della misura reale, il giudizio in ordine ai profili di proporzionalità e necessità della misura in conseguenza del protrarsi del vincolo rimane dunque non fissato in parametri predeterminati dal legislatore e deve intendersi rimesso alla valutazione giudiziale*".

E' stata, per tali ragioni, ritenuta l'illegittimità del provvedimento del Tribunale del riesame che – pur a fronte di una esplicita doglianza riguardante la asseritamente eccessiva onerosità del vincolo reale imposto, in conseguenza del decorrere di un lasso di tempo pluriennale dall'iniziale applicazione della misura – era rimasto del tutto silente sul punto.

AREA PENALE

REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE

DIRETTIVA 2002/58/CE

TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – DIRETTIVA 2002/58/CE – RISERVATEZZA DELLE COMUNICAZIONI - CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI DATI RELATIVI AL TRAFFICO ED ALL'UBICAZIONE FINALIZZATA ALLA PREVENZIONE, RICERCA, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DEI REATI – CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE – CONSERVAZIONE MIRATA NON DISCRIMINATORIA IN FUNZIONE DI CATEGORIE DI PERSONE O MEDIANTE CRITERIO GEOGRAFICO – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE RAPIDA DI DATI – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI SOLI INDIRIZZI IP E DEI DATI RELATIVI ALL'IDENTITÀ DEGLI UTENTI – AMMISSIBILITÀ.

ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER IL PERSEGUIMENTO DI REATI GRAVI – NECESSITÀ DI CONTROLLO PREVENTIVO EFFETTUATO DA AUTORITÀ IN POSIZIONE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA.

NORMATIVA NAZIONALE SULLA CONSERVAZIONE GENERALIZZATA ED INDIFFERENZIATA DEI DATI INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE - UTILIZZAZIONE COME ELEMENTI DI PROVA DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE CONSERVATI – VALUTAZIONE RISERVATA AL DIRITTO NAZIONALE NEL RISPETTO DEI PRINCIPI DI EQUIVALENZA ED EFFETTIVITÀ.

Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 5 aprile 2022 – C-140/20 – G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General.

HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT_PRINT.JSF?DOCID=257242&TEXT=&DIR=&DOCLANG=IT&PART=1&OCC=FIRST&MODE=REQ&PAGEINDEX=0&CID=2311512

CLASSIFICAZIONE

Trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche – Direttiva 2002/58/CE – Riservatezza delle comunicazioni - Forniture di servizi di comunicazione elettronica – **Conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati** relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione finalizzata alla **prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati** – **Contrasto con il diritto dell'Unione – Conservazione mirata** non discriminatoria in funzione di categorie di persone o mediante criterio geografico – **Ammissibilità** – **Conservazione rapida** di dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione trattati e memorizzati dai fornitori – **Ammissibilità** – **Conservazione generalizzata e indifferenziata dei soli indirizzi IP e dei dati relativi all'identità degli utenti** – **Ammissibilità**

Accesso delle autorità nazionali ai dati conservati per il perseguimento di reati gravi – Necessità di controllo preventivo effettuato da autorità in posizione di terzietà ed indipendenza – **Autorizzazione concessa da funzionario di polizia** che gode di una certa autonomia – **Controllo giurisdizionale a posteriori** – **Contrasto** con il diritto dell'Unione

Normativa nazionale sulla conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati incompatibile con il diritto dell'Unione – **Possibilità per un giudice nazionale di limitare gli effetti nel tempo di una declaratoria di invalidità** della stessa – **Esclusione** – **Utilizzazione come elementi di prova** dei dati illegittimamente conservati – **Valutazione riservata al diritto nazionale** nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività

Riferimenti normativi ordinamento eurounitario
Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002 (come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009) relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche: **art. 15, par. 1**
Direttiva 2006/24/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, di modifica della dir. 2002/58/CE (poi annullata dalla Corte di giustizia con sent. Grande Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*)
Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: **artt. 7, 8, 11, 52, par. 1**

Riferimenti normativi nazionali
Art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice della privacy)
Art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 30 settembre 2021, n. 132, conv., con modiff., dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178

Riferimenti giurisprudenziali Corte Giustizia
Grande Sez., 2 marzo 2021, ***U.K. c. Prokuratuur*** (C-746/18); 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 Swerige AB e a.* (C-203/15 e C-698/15); Grande Sez., 8 aprile 2014, ***Digital Rights Ireland Ldt e a.*** (C-293/12 e C-594/12).

Riferimenti giurisprudenziali Corte di cassazione penale
Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.; Sez. 3, n. 11991 del 31/01/2022, Novellino, n.m.; Sez. 6, n. 9204 del 01/03/2022, Cannata e aa., n.m.; Sez. 5, n. 8968 del 24/02/2022, Fusco, n.m.; Sez. 6, n. 6618 del 03/12/2021, dep. 2022, Voci, n.m.; Sez. 2, n. 3750 del 12/11/2021, dep. 2022, PmT c/ignoti, n.m.; Sez. 5, n. 1054 del 06/10/2021,

dep. 2022, Valea Stefan Petru, Rv. 282532; Sez. 5, n. 45275 del 26/10/2021, PMT c/ignoti, Rv. 282287; Sez. 2, n. 5741 del 10/12/2019, dep. 2020, Dedej, Rv. 278568; Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, R., Rv. 277353; Sez. 5, n. 33851 del 24/04/2018, M., Rv. 273892; Sez. 3, n. 36380 del 19/04/2019, D'Addiego, n.m.; Sez. 5, n. 7265 del 25/01/2016, Nucera, Rv. 267144; Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, dep. 2015, Geronzi e aa., Rv. 263805; Sez. 1, n. 37212 del 28/04/2014, Liuzzi e aa., Rv. 260589.

Pronuncia segnalata
Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 5 aprile 2022 – C-140/20 – *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General.*

ABSTRACT

In tema di conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale la quale consenta, a titolo preventivo, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce alla sicurezza pubblica. Nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali dettate da norme chiare e precise, idonee ad apprestare garanzie effettive contro il rischio di abusi, la disciplina eurounitaria non impedisce: la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione che sia delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile; la conservazione generalizzata e indifferenziata dei soli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, e dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica; il ricorso ad un'ingiunzione rivolta ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mediante una decisione dell'autorità competente soggetta a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, per un periodo determinato, alla conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui dispongono tali fornitori di servizi.
Richiedendosi il controllo preventivo di un'autorità terza ed indipendente, il diritto dell'Unione osta altresì ad una normativa nazionale che, nell'ambito della ricerca e del perseguimento di reati gravi, attribuisca ad un funzionario di polizia, pur dotato di sufficiente grado di autonomia, la potestà di autorizzare l'accesso ai dati medesimi, anche se sia previsto un controllo giurisdizionale a posteriori.

Rispetto ad una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati, il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti della declaratoria di invalidità per contrasto con il diritto dell'Unione. Spetta tuttavia al diritto nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, stabilire le regole relative all'ammissibilità ed alla valutazione processuale degli elementi di prova eventualmente ottenuti mediante l'accesso a tali dati.

1. IL CASO.

La **domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte Suprema dell'Irlanda** - verte sull'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11, nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza). Tale domanda è stata presentata **nell'ambito di una controversia che oppone G.D. – condannato in primo grado alla pena dell'ergastolo per omicidio volontario, anche in forza di prove tratte dall'analisi dei dati relativi al suo traffico telefonico ed all'ubicazione degli apparecchi utilizzati – alle autorità irlandesi** (il Capo della polizia nazionale; il Ministro delle comunicazioni, dell'energia e delle risorse naturali; il Consulente giuridico del Governo).

In pendenza del giudizio penale d'appello, G.D. ha intentato presso la Alta Corte dell'Irlanda un **procedimento volto a far dichiarare l'invalidità della legge nazionale del 2011, attuativa della dir. 2002/58/CE, nella parte in cui consente la conservazione generalizzata ed indifferenziata di dati di traffico telefonico e l'accesso agli stessi per finalità di giustizia penale in forza di un provvedimento adottato da un funzionario di polizia**, dotato di una certa autonomia, con possibilità di controllo giurisdizionale solo a posteriori.

A fronte dell'accoglimento della domanda di invalidità di talune disposizioni della legge nazionale da parte dell'Alta Corte, le citate Autorità irlandesi hanno proposto appello alla Corte Suprema, giudice del rinvio.

2. LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI SOTTOPOSTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Il giudice del rinvio rileva che solo una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione consente di lottare, in maniera efficace, contro la criminalità grave, cosa che una conservazione mirata e una conservazione rapida (*quick freeze*) non consentirebbero di fare. Quanto all'accesso ai dati, si sottolineano le garanzie assicurate nel diritto nazionale dal sistema di richiesta gestito da un'autonoma unità della polizia, tenuta a valutare la necessità e la proporzionalità delle domande e la cui decisione può essere sottoposta ad un successivo controllo giurisdizionale. Infine, il giudice del rinvio si interroga sulla portata e sugli effetti nel tempo di un'eventuale dichiarazione di non conformità della legge del 2011 al diritto dell'Unione e reputa che una siffatta dichiarazione potrebbe valere solo per il futuro, posto che, altrimenti, la ricerca e il perseguimento dei reati gravi in Irlanda, nonché la situazione di persone già giudicate e condannate, potrebbero risultare seriamente compromessi.

Vengono quindi proposte **sei questioni pregiudiziali**:

1) se un regime generale o universale di conservazione dei dati, anche soggetto a rigorose restrizioni in materia di conservazione e accesso, sia di per sé contrario alle disposizioni dell'articolo 15 dir. 2002/58, per come interpretate alla luce della Carta di Nizza;
2) se, nel valutare la concessione di una declaratoria di incompatibilità di una misura nazionale attuata ai sensi della dir. 2006/24 e che prevede un regime generale di conservazione dei dati (soggetto ai necessari rigorosi controlli in materia di conservazione e/o di accesso) e, in particolare, nel valutare la proporzionalità di tale regime, un giudice nazionale possa tener conto della circostanza che i dati possono essere legalmente conservati da prestatori di servizi per fini commerciali propri e potrebbe essere richiesta una loro conservazione per motivi di sicurezza nazionale esclusi dalle disposizioni della dir. 2002/58;
3) nel valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione e, in particolare, con i diritti della Carta, di una misura nazionale di accesso ai dati conservati, quali criteri dovrebbe applicare un giudice nazionale per stabilire se un siffatto regime di accesso preveda il necessario controllo preventivo indipendente e se, nell'ambito di tale valutazione, si possa tener conto dell'esistenza di un controllo *ex post* di natura giurisdizionale o indipendente;
4) in ogni caso, se un giudice nazionale sia tenuto a dichiarare l'incompatibilità di una misura nazionale con le disposizioni dell'art. 15 dir. 2002/58, qualora tale misura nazionale preveda un regime generale di conservazione dei dati ai fini della lotta contro reati gravi e laddove il giudice nazionale abbia concluso, sulla base di tutti gli elementi di prova disponibili, che tale conservazione sia al contempo indispensabile e strettamente necessaria al raggiungimento dell'obiettivo della lotta contro reati gravi;
5) qualora un giudice nazionale sia tenuto a dichiarare l'incompatibilità di una misura nazionale rispetto alle disposizioni dell'art. 15 dir. 2002/58, come interpretate alla luce della Carta, se tale giudice abbia il diritto di limitare gli effetti nel tempo di tale declaratoria, ove ritenga che, in caso contrario, ciò comporterebbe un "conseguente grave disordine e un danno all'interesse pubblico";
6) se un giudice nazionale, chiamato a dichiarare l'incompatibilità della legislazione nazionale con l'articolo 15 dir. 2002/58, e/o a disapplicare tale legislazione e/o a dichiarare che l'applicazione di tale legislazione ha violato i diritti di un singolo, sia nell'ambito di un procedimento avviato al fine di agevolare un dibattito sull'ammissibilità delle prove nell'ambito di un procedimento penale che in altro ambito, possa essere autorizzato a rifiutare l'emissione di tale provvedimento in relazione ai dati conservati in applicazione della disposizione nazionale adottata nel rispetto dell'obbligo di cui all'articolo 288 TFUE di introdurre fedelmente nel diritto nazionale le disposizioni di una direttiva, o a limitare l'efficacia di tale declaratoria al periodo successivo alla dichiarazione di invalidità della dir. 2006/24 da parte della Corte di giustizia con sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland e a*.

3. LE *RATIONES DECIDENDI.*

3.1. Nell'esaminare congiuntamente **le questioni prima, seconda e quarta**, la Corte, confermando un orientamento giurisprudenziale già consolidato, riafferma la sussistenza di una chiara frizione tra il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 – letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta – e una normativa nazionale che preveda, a titolo preventivo, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione afferenti alle comunicazioni elettroniche, per finalità di lotta alla criminalità grave.

Adottando la direttiva 2002/58, il legislatore dell'Unione: da un lato, ha ricordato agli Stati membri che essi sono tenuti a garantire, mediante la loro legislazione nazionale, la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite una rete pubblica di comunicazione e di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché la riservatezza dei relativi dati sul traffico; dall'altro lato, ha riconosciuto agli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica il diritto di attendersi, in linea di principio, che le loro comunicazioni e i dati a queste correlati, in mancanza del loro consenso, rimangano anonimi e non possano essere registrati in ossequio al principio del **divieto della memorizzazione da parte dei terzi**.

Tuttavia, tale aspettativa di riservatezza non è, e non può essere, assoluta, in quanto sussistono degli obiettivi idonei a giustificare una limitazione di detti diritti e obblighi previsti dagli artt. 5, 6 e 9 dir. 2002/58: la Corte ha già dichiarato che l'**elenco degli obiettivi** di cui all'art. 15, par. 1, prima frase, ha **carattere tassativo**, di modo che una misura legislativa adottata ai sensi di detta disposizione debba rispondere in modo effettivo e rigoroso ad uno di questi. Inoltre, dall'art. 15, par. 1, terza frase, dir. 2002/58 risulta che le misure adottate dagli Stati membri ai sensi di tale disposizione debbano essere **conformi ai principi generali del diritto dell'Unione**, ove figura il **principio di proporzionalità**, e assicurare il **rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta**. A tal riguardo la Corte ha già affermato che la conservazione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione costituisce, di per sé, da un lato, una deroga al divieto, previsto dall'arti. 5, par. 1, dir. 2002/58, per qualsiasi persona diversa dagli utenti di memorizzare tali dati e, dall'altro, un'ingerenza nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta, a prescindere dalla circostanza che le informazioni relative alla vita privata di cui trattasi abbiano o meno un carattere sensibile, che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a siffatta ingerenza o che i dati conservati siano o meno utilizzati successivamente (sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*).

A riguardo si precisa che **la conservazione di tali dati e l'accesso ad essi costituiscono ingerenze distinte nei diritti fondamentali** garantiti dagli artt. 7 e 11 della Carta, che richiedono una **giustificazione altrettanto distinta**, ai sensi dell'articolo 52, par. 1, della stessa.

Tali diritti non appaiono quali prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro **funzione sociale**: le limitazioni al loro esercizio potranno realizzarsi solo se previste dalla legge, purché si rispetti il loro contenuto essenziale e, in ossequio al principio di proporzionalità, sempre che tali limitazioni siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Di fronte a questi diversi obblighi positivi, occorre quindi procedere al **contemperamento dei diversi interessi legittimi e diritti in gioco**.

In tale contesto, dalla formulazione stessa dell'art. 15, par. 1, prima frase, dir. 2002/58 discende che gli Stati membri possono adottare una misura che deroga al principio di riservatezza qualora tale misura sia strettamente «**necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica**». La necessità di disporre di siffatte garanzie è tanto più importante allorché i dati personali sono soggetti a **trattamento automatizzato**, in particolare quando esiste un rischio considerevole di accesso illecito ai dati stessi.

Richiamando la giurisprudenza pregressa la Corte ammette che, secondo il principio di proporzionalità, esiste una **gerarchia tra tali obiettivi di interesse generale** in funzione della loro rispettiva importanza e che l'importanza stessa dell'obiettivo perseguito da una simile misura debba essere rapportata alla gravità dell'ingerenza che ne risulta.

In quest'ottica ha affermato che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, non osta a misure legislative che consentano, a fini di **salvaguardia della sicurezza nazionale**, il ricorso a un'ingiunzione che imponga ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere a una **conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione**, in situazioni nelle quali lo Stato membro interessato affronti una **minaccia grave per la sicurezza nazionale che risulti reale e attuale o prevedibile**, ove il provvedimento che prevede tale ingiunzione possa essere oggetto di un controllo effettivo, da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente, la cui decisione sia dotata di effetto vincolante, diretto ad accertare l'esistenza di una di tali situazioni nonché il rispetto delle condizioni e delle garanzie che devono essere previste, e detta ingiunzione possa essere emessa solo per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma sia rinnovabile in caso di persistenza di tale minaccia.

Mentre, per quanto riguarda l'**obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati**, la Corte ha rilevato che, conformemente al principio di proporzionalità, solo la lotta alle forme gravi di criminalità e la prevenzione di minacce

gravi alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti agli arttt. 7 e 8 della Carta.

È sulla base di questo sostrato che viene respinto l'argomento secondo cui la criminalità particolarmente grave potrebbe essere assimilata a una minaccia per la sicurezza nazionale che si riveli reale e attuale o prevedibile e che sia in grado di giustificare, per un periodo limitato, una misura di conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Infatti, l'obiettivo di preservare la sicurezza nazionale corrisponde all'interesse primario di tutelare le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società mediante la prevenzione e la repressione delle attività tali da destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese, e in particolare da minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale. Una minaccia del genere si distingue per natura, gravità e specificità delle circostanze che la costituiscono, dal rischio generale e permanente rappresentato dal verificarsi di tensioni o di perturbazioni, anche gravi, della pubblica sicurezza o da quello di reati gravi.

Da questo logicamente discende che, **per quanto riguarda l'obiettivo della lotta alle forme gravi di criminalità**, la Corte ha statuito che una normativa nazionale che prevede, a tal fine, **la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione travalica i limiti dello stretto necessario e non può essere considerata giustificata in una società democratica.**

Per contro, la Corte stabilisce, in secondo luogo e confermando la propria giurisprudenza precedente, che il diritto dell'Unione non osta a misure legislative che prevedano, alle condizioni elencate nella sentenza, **ai fini della lotta alle forme gravi di criminalità e della prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica**:

- **la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione** in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico;
- **la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione**;
- **la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica**;
- la **conservazione rapida** (*quick freeze*) **dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui tali fornitori di servizi dispongono**.

La Corte fornisce, quindi, varie precisazioni riguardanti tali differenti categorie di misure.

In primis chiarisce che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, consente agli Stati membri di adottare, ai fini della lotta alle forme gravi di criminalità e della prevenzione di minacce gravi alla sicurezza

pubblica, non solo misure che istituiscono una conservazione mirata e una conservazione rapida, ma anche misure che prevedano una **conservazione generalizzata e indifferenziata**, da un lato, dei **dati relativi all'identità civile degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica** e, dall'altro, degli **indirizzi IP attribuiti alla fonte di una connessione**.

In secondo luogo, per quanto riguarda le misure legislative che prevedono una **conservazione mirata** e una **conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione**, l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 non osta a una normativa nazionale fondata su elementi oggettivi e non discriminatori che permettano di prendere in considerazione **le persone i cui dati relativi al traffico e all'ubicazione sono idonei a rivelare una connessione, almeno indiretta, con atti di criminalità grave o a prevenire un grave rischio per la sicurezza pubblica o, ancora, un rischio per la sicurezza nazionale**.

In terzo luogo, le autorità nazionali competenti possono adottare una misura di **conservazione mirata** basata, invece, su un **criterio geografico**, qualora ritengano, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, che sussista, in una o più zone geografiche, una situazione caratterizzata da un rischio elevato di preparazione o di commissione di atti di criminalità grave, oppure lì dove il tasso medio di criminalità è particolarmente elevato, pur senza necessariamente disporre di indizi concreti relativi alla preparazione o alla commissione, nelle zone interessate, di atti di criminalità grave. Occorre poi rilevare che le zone geografiche interessate da siffatta conservazione mirata possono e, se del caso devono, essere modificate in funzione dell'evoluzione delle condizioni che ne hanno giustificato la selezione, consentendo così di reagire alle evoluzioni della lotta contro le forme gravi di criminalità; non a caso, la Corte ha già dichiarato che la durata delle misure di conservazione mirata non può eccedere quella strettamente necessaria alla luce dell'obiettivo perseguito e delle circostanze che le giustificano, fatto salvo un eventuale rinnovo a motivo della persistenza della necessità di procedere a una siffatta conservazione.

La Corte non esclude poi la possibilità di prevedere **criteri distintivi, oggettivi e non discriminatori, diversi** da quello personale o geografico per attuare una conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, ma, poiché l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 riguarda misure legislative degli Stati membri, è a questi ultimi e non alla Corte che spetta il compito di identificare siffatti criteri, fermo restando che non può trattarsi di reintrodurre, in tal modo surrettiziamente, una conservazione generalizzata e indifferenziata di tali dati.

Per quanto attiene, invece, alla **conservazione rapida di dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione** trattati e memorizzati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica sulla base degli articoli 5, 6 e 9 dir. 2002/58 o su quella di misure legislative

adottate in forza dell'art. 15, par. 1, della direttiva medesima, occorre ricordare che simili dati devono, in linea di principio, essere cancellati o resi anonimi, a seconda dei casi, alla scadenza dei termini legali entro i quali devono intervenire, conformemente alle disposizioni nazionali che recepiscono detta direttiva, il loro trattamento e la loro memorizzazione. Tuttavia, la Corte ha stabilito che, durante il trattamento o la memorizzazione, possono presentarsi situazioni nelle quali si pone la necessità di conservare tali dati oltre i suddetti termini al fine di indagare su reati gravi o attentati alla sicurezza nazionale, e ciò sia quando tali reati o attentati abbiano già potuto essere accertati, sia quando la loro esistenza possa essere ragionevolmente sospettata in esito ad un esame obiettivo di tutte le circostanze pertinenti. Conseguentemente gli Stati membri possono prevedere, in una normativa adottata sulla base dell'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, che specifichi il fine perseguito, la possibilità di ordinare ai fornitori di comunicazione elettronica, mediante un provvedimento dell'autorità competente soggetto a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, **per un periodo determinato**, alla conservazione rapida dei dati dei quali dispongono. Una misura del genere può, a scelta del legislatore e nel rispetto dei limiti dello stretto necessario, essere estesa ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione afferenti **a persone diverse da quelle sospettate di avere progettato o commesso un reato grave o un attentato alla sicurezza nazionale, purché tali dati possano contribuire, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, al suo accertamento**, quali i dati della vittima o del suo ambiente sociale o professionale, potendo essere estesa anche a **zone geografiche determinate, quali i luoghi della commissione e della preparazione del reato o dell'attentato alla sicurezza nazionale di cui trattasi.**

Esattamente sulla stessa lunghezza d'onda si colloca l'affermazione secondo cui l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 non osta a che le autorità nazionali competenti dispongano una misura di **conservazione rapida fin dalla prima fase dell'indagine** relativa a una minaccia grave per la sicurezza pubblica o a un eventuale atto di criminalità grave.

Tali diverse misure possono, a scelta del legislatore nazionale e nel rispetto dei limiti dello stretto necessario, essere applicate congiuntamente.

In ultimo luogo la Corte ha ribadito che, **l'accesso** a dati relativi al traffico e a dati relativi all'ubicazione conservati da fornitori in applicazione di una misura adottata ai sensi dell'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, **può in linea di principio essere giustificato solo dall'obiettivo di interesse generale per il quale tale conservazione è stata imposta ai fornitori**. La situazione è diversa solo se l'importanza dell'obiettivo perseguito dall'accesso supera quella dell'obiettivo che ha giustificato la conservazione. Orbene, qualora tali dati siano stati eccezionalmente conservati in maniera generalizzata e indifferenziata a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale da una minaccia che si riveli reale e attuale o prevedibile, le autorità nazionali competenti in materia di indagini penali

non possono accedere a detti dati, salvo **privare di ogni effetto utile il divieto di procedere a una siffatta conservazione ai fini della lotta alla criminalità grave** nonché determinare un'**indubbia violazione di quella gerarchia degli obiettivi di interesse generale** nel cui ambito deve essere valutata la proporzionalità di una misura di conservazione, giustificando l'accesso sulla base di un obbiettivo di importanza minore rispetto a quello che ha giustificato la conservazione.

3.2. Nell'esaminare la **terza questione pregiudiziale**, la Corte ribadisce la propria consolidata giurisprudenza (da ultimo affermata nella decisione Grande Sez., 2 marzo 2021, *U.K. c. Prokuratuur*) secondo cui spetta al diritto nazionale stabilire le condizioni alle quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche devono accordare alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati di cui essi dispongono. Tuttavia, **per soddisfare il requisito di proporzionalità**, tale normativa deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura in questione e fissino dei requisiti minimi, di modo che le persone i cui dati personali vengono in discussione dispongano di **garanzie sufficienti che consentano di proteggere efficacemente tali dati contro i rischi di abusi** in modo da assicurare che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario. La normativa nazionale in questione deve fondarsi su **criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni** in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati. In linea di principio, in relazione all'obiettivo della lotta alla criminalità, **l'accesso può essere consentito soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un reato grave, o anche di essere implicate** in una maniera o in un'altra in un illecito del genere. Tuttavia, in **situazioni particolari**, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l'accesso ai dati di altre persone può essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo. È poi essenziale garantire un **controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente** a seguito di una richiesta motivata delle autorità competenti per le procedure di prevenzione o di accertamento di reati. Soltanto in caso di urgenza debitamente giustificata, il controllo può avvenire a posteriori entro termini brevi. Quanto ai dati necessari ai fini di un'indagine penale, poiché il controllo sull'accesso deve garantire un giusto equilibrio tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità, da un lato, e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone dall'altro lato, **l'autorità che adotta la decisione deve avere la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati**. Essa, dunque, non deve essere coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui

trattasi e deve rivestire una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale.

Queste condizioni – osserva la Corte – **non si verificano nel caso di un funzionario di polizia, pur dotato di autonomia**, trattandosi di organo che non è terzo rispetto ai servizi di polizia investigativa che avanzano le richieste, mentre **un controllo giurisdizionale successivo non è sufficiente** a raggiungere gli obiettivi della Direttiva.

3.3. Nell'esaminare congiuntamente le **ultime due questioni pregiudiziali,** la Corte ha ribadito che, ove non sia possibile procedere ad un'interpretazione della normativa nazionale conforme, il **principio del primato del diritto dell'Unione** impone al giudice nazionale di garantire la piena efficacia del medesimo, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. **Solo la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione** e questo può avvenire soltanto nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta, ciò che non è accaduto nelle precedenti pronunce rese con riguardo all'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta. Il mantenimento degli effetti di una normativa nazionale, come la legge irlandese del 2011, incompatibile con tale disciplina implicherebbe che detta normativa continui ad imporre ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica obblighi che risultano contrari al diritto dell'Unione e comportano ingerenze gravi nei diritti fondamentali delle persone i cui dati sono stati conservati, sicché **il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti di una declaratoria di illegittimità ad esso spettante**. Né rileva che la normativa nazionale sia stata adottata al fine di recepire la dir. 2006/24 dal momento che gli effetti dell'invalidazione di tale direttiva da parte della Corte retroagiscono alla data della sua entrata in vigore e la validità della normativa nazionale deve essere valutata dal giudice del rinvio alla luce della dir. 2002/58 e della Carta, quali interpretate dalla Corte. L'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata di tale norma, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore con conseguente **obbligo per il giudice nazionale di farne applicazione anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione**. Con riguardo all'impatto della dichiarazione dell'eventuale incompatibilità della legge del 2011 con la dir. 2002/58, letta alla luce della Carta, sull'**ammissibilità delle prove dedotte contro G.D. nell'ambito del procedimento penale** nei confronti del medesimo pendente in grado

d'appello, la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza (punti da 41 a 44 della sentenza del 2 marzo 2021, *U.K. c. Prokuratuur*), da cui discende che, conformemente al **principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri**, la valutazione di tale ammissibilità rientra nel diritto nazionale, sempreché nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività.

4. LA DECISIONE.

Trattando unitariamente la **prima, la seconda e la quarta questione**, la Corte ha quindi concluso che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE, come modificata dalla dir. 2009/136/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza, deve essere interpretato nel senso che «*esso osta a misure legislative che prevedano, a titolo preventivo, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Il predetto articolo 15, paragrafo 1, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, non osta, invece, a misure legislative che prevedano, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica,*

- la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione che sia delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile;

- la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario;

- la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica, e

- il ricorso a un'ingiunzione rivolta ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mediante una decisione dell'autorità competente soggetta a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, per un periodo determinato, alla conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui dispongono tali fornitori di servizi,

se tali misure garantiscono, mediante norme chiare e precise, che la conservazione dei dati di cui trattasi sia subordinata al rispetto delle relative condizioni sostanziali e procedurali e che le persone interessate dispongano di garanzie effettive contro il rischio di abusi».

Sulla **terza questione** si è stabilito che la disciplina di cui sopra deve essere interpretata nel senso che essa «*osta a una normativa nazionale in forza della quale il trattamento centralizzato delle domande di accesso a dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, provenienti dalla polizia nell'ambito della ricerca e del perseguimento di reati gravi, è affidato a un funzionario di polizia, assistito da un'unità*

istituita all'interno della polizia che gode di una certa autonomia nell'esercizio della sua missione e le cui decisioni possono essere successivamente sottoposte a controllo giurisdizionale».

Sulla **quinta e sulla sesta questione** si è deciso che «*il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un giudice nazionale limiti nel tempo gli effetti di una declaratoria di invalidità ad esso spettante, in forza del diritto nazionale, nei confronti di una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, a causa dell'incompatibilità di tale normativa con l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, come modificata dalla dir. 2009/136, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali. L'ammissibilità degli elementi di prova ottenuti mediante una siffatta conservazione rientra, conformemente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, nell'ambito del diritto nazionale, sempreché nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività*».

5. OSSERVAZIONI.

A distanza di poco più di un anno dalla sentenza della Grande Sezione, 2 marzo 2021, ***U.K. c. Prokuratuur***, la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione concernente la conservazione e l'accesso ai dati delle telecomunicazioni elettroniche anche per finalità di indagine penale. Con riguardo al riepilogo del quadro normativo di riferimento del diritto dell'Unione, delle precedenti pronunce rese sul tema dalla Corte di giustizia e dalla Corte di cassazione, **si richiama il *Report* predisposto su quella decisione**, di cui si era sottolineato il forte impatto sull'ordinamento nazionale italiano, con prevedibile necessità di un intervento normativo di adeguamento in effetti poi intervenuto.

Con i limiti di un'analisi "a prima lettura", si proverà di seguito a valutare se e come la recentissima sentenza possa incidere sulla disciplina domestica quale da ultimo modificata e ad individuare le questioni che nell'immediato si porranno all'attenzione dell'interprete penale.

5.1. Il nuovo quadro normativo nazionale.

Nella versione vigente – per quanto qui interessa (non ci occupa in questa sede degli accessi ai dati giustificati da esigenze di sicurezza nazionale e dalle indagini preventive di cui all'art. 226 disp. att. cod. proc. pen., che trovano specifica disciplina nell'art. 132, commi 4-*ter*, 4-*quater*, 4-*quinquies* cod. pr.) – la disposizione nazionale attuativa della dir. 2002/58/CE statuisce che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla

data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione» (art. 132, comma 1, cod. pr.). I dati relativi alle chiamate senza risposta, «trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per soli trenta giorni» (art. 132, comma 1-*bis*, cod. pr.). Per le finalità di accertamento e di repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera *a*), cod. proc. pen., il periodo di conservazione è stato poi esteso a settantadue mesi dall'art. 24, comma 1, l. 20 novembre 2017, n. 167, dettata in attuazione dell'art. 20 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017 (sempre in relazione agli stessi reati già il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 e succ. modiff. conv., con modiff., dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, aveva esteso il periodo di detenzione di tutti i dati fino al 30 giugno 2017).

Com'è noto, al fine di conformare l'ordinamento domestico al diritto dell'Unione, quale interpretato dalla citata sentenza *U.K. c. Prokuratuur*, con un intervento d'urgenza attuato con d.l. 30 settembre 2021, n. 132, recante, tra l'altro, misure urgenti in materia di giustizia, conv., con modiff., dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178, il legislatore ha novellato l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. cod. pr. (per i commenti ai citati testi normativi, anche per richiami ed ampi riferimenti, si rimanda alle **Rel. Uff. Mass. nn. 55/2021 e 67/2021).** In particolare, si è innanzitutto precisato che, entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 cod. proc. pen., e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, i dati di traffico telefonico e telematico, ove rilevanti per l'accertamento dei fatti, sono acquisiti presso il fornitore dei servizi, su richiesta del pubblico ministero o del difensore, previa autorizzazione data con decreto motivato del giudice (art. 132, comma 3, cod. pr.). Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, quei dati possono essere acquisiti con decreto motivato del pubblico ministero da comunicarsi non oltre quarantotto ore al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione, il quale deve convalidarlo, con decreto motivato, nelle successive quarantotto ore (art. 132, comma 3-*bis* , cod. pr.). I dati acquisiti in violazione di tali disposizioni non possono essere utilizzati (art. 132, comma 4-*bis* , cod. pr.). In secondo luogo, dettando una norma transitoria inserita, in sede di conversione, nell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132 del 2021, si è stabilito che «i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto,

possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi».

5.2. I PIÙ RECENTI ORIENTAMENTI DELLA CORTE LEGITTIMITÀ.

Con riferimento ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nel caso *U.K. c. Prokuratuur* (per la giurisprudenza del periodo precedente si rimanda al precedente *Report* ed alle *Rel. Uff. Massimario* già richiamati), la Corte di cassazione è in particolare intervenuta su due questioni.

In primo luogo, si è ritenuto che, in tema di acquisizione dei tabulati di comunicazioni telefoniche o telematiche, richiesta dal pubblico ministero prima all'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021, **non è abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dichiari non luogo a provvedere per essere competente il pubblico ministero ai sensi dell'art. 132, d.lgs n. 196 del 30 giugno 2003**, evidenziandosi che non sussiste contrasto con la citata decisione *U.K. c. Prokuratuur*, poiché il legislatore, con riferimento al momento in cui è stato adottato il provvedimento, non aveva ancora trasfuso in legge i principi delineati dal giudice eurounitario (Sez. 5, n. 45275 del 26/10/2021, PmT c/ignoti Rv. 282287; Sez. 2, n. 3750 del 12/11/2021, dep. 2022, PmT c/ignoti, n.m.).

In secondo luogo, successivamente all'approvazione del d.l. n. 132 del 2021 - che limita la possibilità di acquisizione dei dati telefonici, ai fini di indagine penale, ai reati più gravi, o comunque commessi col mezzo del telefono, attraverso il filtro del provvedimento motivato del giudice – si è ritenuto che **la nuova disciplina non è applicabile ai dati già acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto**, trattandosi di disciplina di natura processuale (Sez. 5, n. 1054 del 06/10/2021, dep. 2022, Valea Stefan Petru, Rv. 282532, la cui *ratio decidendi* non considera la norma transitoria introdotta dalla legge di conversione successivamente all'udienza in cui il ricorso è stato deciso). In altre successive pronunce, che valutano invece la disposizione di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021 quale introdotto in sede di conversione del decreto-legge ad opera della l. 178/2021, la medesima conclusione è stata appunto affermata in base alla **disposizione transitoria** che consente l'utilizzo dei dati acquisiti in conformità alla previgente disciplina, a carico di chi sia imputato nei reati dalla stessa indicati, solo unitamente ad altri elementi di prova, trattandosi di disposizione conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia e che, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, opera un ragionevole bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco (Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.; Sez. 3, n. 11991 del 31/01/2022, Novellino, n.m.; Sez. 6, n. 9204 del 01/03/2022,

Cannata e aa., n.m.; Sez. 5, n. 8968 del 24/02/2022, Fusco, n.m.; Sez. 6, n. 6618 del 03/12/2021, dep. 2022, Voci, n.m.).

5.3. L'impatto della sentenza in esame sull'applicazione della disciplina nazionale.

La decisione in esame, se da un lato conferma orientamenti già espressi e chiari, d'altro lato affronta nodi interpretativi in precedenza rimasti in penombra e afferma principi che nuovamente sollecitano, sotto inediti profili, la valutazione di conformità delle discipline nazionali al diritto dell'Unione. Con particolare riguardo alla legislazione italiana, come di recente modificata per adeguarla alla pronuncia *U.K. c. Prokuratuur*, le ricadute dei nuovi principi sono tutt'altro che scontate.

5.3.1. Gli stringenti limiti della legittima conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico a fini di giustizia penale: il diritto interno è conforme a quello dell'Unione?

Sebbene riprenda, in parte, principi già enunciati dalla stessa Corte di Giustizia, **la decisione in commento ha una portata innovativa**, e spinge l'interprete ad interrogarsi sulla compatibilità della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione, proprio con riguardo al profilo della legittima conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico.

Il problema trae origine dal fatto che la disciplina nazionale prevede, all'art. **132, comma 1, cod. pr.**, che i dati relativi al traffico telefonico debbano essere conservati dal fornitore per un periodo di 24 mesi decorrenti dalla data della comunicazione e per finalità di accertamento e di repressione dei reati. Essa sembra porsi, perciò, in **contrasto con i principi enunciati dalla Corte UE**, la quale consente ingerenze nei diritti fondamentali esclusivamente nelle ipotesi di lotta contro le forme gravi di criminalità e per la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica. Dunque, l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina europea risulta essere più ristretto rispetto a quello delineato dalla normativa nazionale, la quale prevede l'applicazione di criteri selettivi soltanto al momento dell'acquisizione dei dati contenuti nei tabulati telefonici conservati. Al contrario, i giudici europei valorizzano l'esigenza di rendere selettiva la conservazione dei dati di traffico, indicando specifici presupposti di ammissibilità che la rendano consentita solo se mirata o rapida.

Nella sentenza si afferma, infatti, anche con riferimento alla lotta alle forme gravi di criminalità, l'**inammissibilità di una conservazione indistinta** di tale materiale, che sia funzionale ad una acquisizione solo eventuale, in quanto ciò comporterebbe una eccessiva ingerenza nei diritti fondamentali, che può essere ammessa solo quando strettamente necessaria (così ponendosi in contrasto con i principi enunciati agli artt. 7, 8 e 11 dalla

Carta). Al contrario, la giurisprudenza interna ritiene sufficiente, considerata la natura emergente o periferica del diritto inciso dalla disciplina, un modello di tutela più tenue, reputando conforme ai principi di adeguatezza e proporzionalità una lesione dei diritti fondamentali che si connota per una compressione solo marginale dell'individuo. Nell'ottica nazionale, la compressione risulta giustificabile in quanto risponde ad esigenze di indagine legate al compito primario dell'autorità giudiziaria, quale la repressione dei reati, così da garantire la tutela dei concorrenti interessi, individuali o collettivi, che sono altrettanto meritevoli di tutela.

Le affermazioni della Corte di Giustizia non appaiono dunque superabili, *prima facie*, in via interpretativa, ponendosi il *dictum* enunciato dai giudici europei radicalmente in contrasto non solo con quanto sancito a livello nazionale dal codice della privacy, ma anche con quanto affermato in via giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione. Dunque, nella misura in cui la disciplina interna si pone in contrasto con i principi europei, occorre interrogarsi – in particolare quanto al futuro – su quali siano le conseguenze di tale contrasto: se la disapplicazione della disciplina interna da parte del giudice nazionale (qualora il diritto europeo fosse ritenuto dotato di effetti diretti) o il promovimento di questione di legittimità costituzionale (qualora il diritto europeo non fosse ritenuto dotato di effetti diretti).

Così come interpretata dalla Corte di Giustizia, la normativa eurounitaria subordina la conservazione dei tabulati telefonici ad una serie di criteri oggettivi, quali un'area geografica determinata o una cerchia di persone determinate che possono risultare coinvolte, anche mediante un collegamento indiretto, nella realizzazione di un reato grave. Si tratta di **criteri che**, da un lato, appaiono sicuramente limitativi in quanto finiscono per restringere il campo di applicazione della disciplina di cui alla dir. 2002/58 e, dall'altro, **potrebbero apparire discriminatori**, nella parte in cui subordinano la conservazione e, di conseguenza, anche l'acquisizione dei dati, al possesso di determinate "qualifiche", rischiando di delineare un "diritto penale del tipo d'autore"; formula che evoca il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo, in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza. La Corte di Giustizia, infatti, all'interno della sentenza in esame, prevede la facoltà di adottare la conservazione dei dati nei confronti di persone che sono sottoposte ad indagine o ad altre misure di sorveglianza o sono iscritte nel casellario giudiziario nazionale per atti di criminalità grave, in quanto ritiene che ciò può far presumere un elevato rischio di recidiva. In tale ottica, si delineerebbe uno schema teorico in cui vi è la contrapposizione tra l'esigenza di garantire livelli elevati di tutela a coloro che sono considerati "cittadini onesti" e quella di estromettere dal sistema di garanzie chi si ritiene aver informato la propria vita al crimine. Quanto appena evidenziato non solo può comportare che l'intero impianto di cui alla disciplina nazionale debba essere

riformulato alla luce dei principi enunciati dai giudici europei, ma può porre **dubbi in ordine alla conformità con i principi di uguaglianza e di colpevolezza**.

Da un lato, dunque, risultando complesso per la giurisprudenza interna garantire un adeguamento in via pretoria a quanto statuito dalla Corte di Giustizia, potrebbe essere **necessario un intervento del legislatore**, volto a ridefinire i presupposti e le modalità in presenza dei quali è possibile procedere alla conservazione, ad esempio operando una distinzione fondata sulla tipologia dei dati, con un regime differenziato e meno rigido per quelli relativi all'identità civile degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica e agli indirizzi IP attribuiti alla fonte di una connessione.

Dall'altro lato, qualora il legislatore decidesse di non intervenire e la giurisprudenza interna dovesse ritenere insuperabile l'interpretazione data alla normativa nazionale, si potrebbe anche configurare l'attivazione dei "controlimiti" attraverso l'intervento della Corte Costituzionale, in relazione alla possibile natura discriminatoria del criterio selettivo basato sulla personalità dei potenziali autori di reati.

5.3.2. Le condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso alla *data retention* ai fini di indagine penale: conformità della disciplina domestica a quella eurounitaria.

Nella versione novellata dal d.l. 132/2021, **l'art. 132 cod. pr. appare invece in linea con i principi affermati dalla decisione in commento quanto all'accesso ai dati conservati** dai fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche per finalità d'indagine penale.

Per un verso, **sul piano sostanziale**, si prevede chiaramente che l'accesso può avvenire per i dati telefonici o telematici che siano "rilevanti per l'accertamento dei fatti" e che riguardino persone a carico delle quali "sussistono sufficienti indizi" in ordine a reati puniti con "la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni…e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi". In conformità a quanto statuito nella decisione in commento, vengono pertanto delineate norme chiare e precise, idonee ad apprestare garanzie sufficienti che consentono di proteggere efficacemente i dati personali da rischi di abuso (§. 103), limitandosi l'accesso ai dati di persone sospettate di aver commesso reati gravi (§. 105).

Quanto alle **condizioni procedurali**, non v'è dubbio che la preventiva autorizzazione del giudice, emessa con decreto motivato sulla base di una richiesta avanzata dal pubblico ministero o dal difensore di una delle parti private, risponda alle garanzie richieste dal diritto dell'Unione (§. 106), come pure l'eccezionale possibilità di provvedere, in casi di urgenza, con decreto motivato del pubblico ministero soggetto a convalida giurisdizionale in tempi brevi (§. 110).

5.3.3. L'obbligatoria disapplicazione della legge nazionale difforme e l'autonomia procedurale degli Stati membri sull'ammissibilità delle prove nel giudizio penale: quale soluzione in attesa di un eventuale nuovo intervento legislativo?

Con specifico riguardo alle previsioni di cui all'art. 15, par. 1, dir. 2002/59, lette alla luce della Carta di Nizza – evidentemente ritenute *self-executing* – la decisione in commento (§. 118) conferma l'obbligo del giudice nazionale, discendente dal c.d. **primato del diritto dell'Unione**, di disapplicare, all'occorrenza, le disposizioni interne con il primo contrastanti, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante un procedimento di legittimità costituzionale. Si tratta, com'è noto, di principi da tempo consolidati nel nostro ordinamento (cfr., *ex multis:* Corte cost., sent. n. 170/1984, *Granital*; Corte cost., sent. n. 168/1991; Corte cost., sent. n. 284/2007) e sovente applicati anche dal giudice penale (cfr. Sez. 3, n. 21281 del 16/03/2018, Ragusi, Rv. 273222; Sez. 3, n. 2262 del 16/11/2016, dep. 2017, Viozzi e a., Rv. 269054; Sez. 3, n. 43955 del 15/09/2016, Policastro, Rv. 267936). Si è ulteriormente precisato (§. 125) che le disposizioni eurounitarie debbono essere applicate dagli Stati membri nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia resa a seguito di rinvio pregiudiziale. Con particolare riguardo all'**utilizzo processuale penale dei dati conservati o acquisiti in violazione della direttiva** 2002/58, come interpretata alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza, anche nella sentenza *G.D. c. Commissioner* la Corte di giustizia ha tuttavia ribadito che si tratta di materia rientrante nel diritto nazionale, in base al principio dell'**autonomia procedurale degli Stati membri**, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza ed effettività.

Proprio alla luce di quest'ultima precisazione, la giurisprudenza penale di legittimità (v. *supra, sub* §. 5.2) ha argomentato l'utilizzabilità processuale dei dati acquisiti sulla base della disciplina normativa vigente prima che il diritto nazionale recepisse i principi affermati con l'innovativa pronuncia *U.K. c. Prokuratuur*, facendo applicazione, inizialmente, del principio del *tempus regit actum* e, in seguito, riconoscendo la conformità a quei principi, della norma transitoria contenuta nell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021 conv., con modiff., dalla l. 178/2021.

Con riguardo al tema della conservazione dei dati di traffico sui cui sono intervenuti i nuovi chiarimenti interpretativi dettati dalla decisione in commento, in assenza – e, in ogni caso, prima – di una eventuale modifica della disciplina nazionale, occorrerà dunque verificare, in via interpretativa, se per i dati acquisiti a fini processuali penali possa farsi applicazione del principio del *tempus regit actum* o, comunque, delle disposizioni che nell'ordinamento processuale penale interno regolano l'utilizzabilità degli elementi di prova,

con l'unico limite, imposto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, del rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

A quest'ultimo proposito, nella sentenza *U.K. c. Prokuratuur,* richiamandosi la precedente sent. Corte Giust. 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*, si richiede (§. 43) che dette regole «*non siano meno favorevoli di quelle disciplinanti situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano impossibile in pratica o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)*». A sua volta, la richiamata decisione *La Quadrature du Net* (§§. 224-227) precisa che «*per quanto concerne il* ***principio di equivalenza****, spetta al giudice nazionale investito di un procedimento penale fondato su informazioni o elementi di prova ottenuti in violazione dei requisiti risultanti dalla direttiva 2002/58 verificare se il diritto nazionale che disciplina tale procedimento preveda norme meno favorevoli riguardo all'ammissibilità e all'uso di tali informazioni ed elementi di prova rispetto a quelle che disciplinano le informazioni e gli elementi di prova ottenuti in violazione del diritto interno. Quanto al* ***principio di effettività****, occorre rilevare che lo scopo delle norme nazionali relative all'ammissibilità e all'uso delle informazioni e degli elementi di prova consiste, in base alle scelte operate dal diritto nazionale, nell'evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati. Orbene, tale obiettivo può, secondo il diritto nazionale, essere raggiunto non solo con un divieto di utilizzare tali informazioni ed elementi di prova, ma altresì mediante norme e prassi nazionali che disciplinano la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova, o prendendo in considerazione il loro carattere illegittimo nell'ambito della determinazione della pena. Ciò premesso, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione deve essere valutata alla luce, in particolare, del rischio che l'ammissibilità di tali informazioni ed elementi di prova comporta per il rispetto del principio del contraddittorio e, pertanto, del diritto a un processo equo (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, punti 76 e 77). Orbene, un giudice che ritenga che una parte non sia in grado di dedurre efficacemente in merito a un mezzo di prova che rientra in un settore che esula dalla competenza dei giudici e può influenzare in modo preponderante la valutazione dei fatti deve constatare una violazione del diritto a un processo equo ed escludere tale mezzo di prova al fine di evitare una violazione del genere (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228, punti 78 e 79). Pertanto, il principio di effettività impone al giudice penale nazionale di non tenere conto degli elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di persone sospettate di avere commesso*

atti di criminalità, qualora dette persone non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e possono influenzare in maniera preponderante la valutazione dei fatti».

Il **criterio di valutazione stabilito dall'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021** per consentire l'utilizzo dei dati acquisiti al processo in violazione del diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di Giustizia prima che lo Stato italiano ne recepisse i principi nell'ordinamento interno – vale a dire la necessità della *corroboration* laddove si tratti di elementi di prova a carico dell'imputato – è stato ritenuto rispettoso dei principi di equivalenza ed effettività dalla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata (§ 5.2.). Considerato che l'analogia non è vietata in campo processuale, ci si potrà dunque **chiedere se, e, eventualmente, in che limiti (pure temporali), lo stesso possa trovare applicazione anche con riguardo all'acquisizione di dati relativi al traffico ed all'ubicazione fatti oggetto di una conservazione generalizzata e indifferenziata** (il problema invece non si pone per gli indirizzi IP e i dati relativi all'identità degli utenti). Questo – almeno – **sino ad un nuovo intervento legislativo**, che la decisione in commento sembra, ancora una volta, sollecitare.