

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

RASSEGNA 2020-2021

***Raccolta tematica dei report
in materia di diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, dalla CDFUE
e dalle Direttive Europee
(APRILE 2020-MAGGIO 2021)***

AREA CIVILE

AREA CIVILE

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

INDICE

ART. 1 CEDU

- **ART. 1 CEDU - OBBLIGO DI RISPETTARE I DIRITTI DELL'UOMO - AMBITO APPLICATIVO - PERSONE SOTTO LA GIURISDIZIONE DEGLI STATI MEMBRI - NECESSITÀ.**

Corte EDU, Grande Camera, 5 maggio 2020, M.N. e altri c. Belgio pag. 17

ART. 2 CEDU

- **DETEZIONE CARCERARIA - RIVOLTA DEI DETENUTI - NECESSITÀ DI SEDARLA - RICORSO ALLE ARMI - LEGITTIMITÀ - CONDIZIONI - PROPORZIONALITÀ RISPETTO ALLA CONDIZIONE DI VULNERABILITÀ DELLA POPOLAZIONE RISTRETTA - FONDAMENTO - TUTELA DEL DIRITTO ALLA VITA.**

Corte EDU, Quinta Sezione, 2 aprile 2020, Kukhalashvili c. Georgia pag. 22

- **DETEZIONE CARCERARIA - RISCHIO DI SUICIDIO - MISURE IDONEE A PREVENIRLO - MANCATA ADOZIONE - LESIONE DEL DIRITTO ALLA VITA - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Prima Sezione, 4 giugno 2020, Citraro e Molino c. Italia pag. 26

• COMPORTAMENTI VIOLENTI - DISSUAZIONE - INTERVENTI LEGISLATIVI IDONEI A TALE SCOPO - OBBLIGO DI ADOZIONE.

Corte EDU, Seconda Sezione, 4 agosto 2020, Tërshana c. Albania pag. 29

• USO ILLECITO DI ARMI - OBBLIGO DI ADOZIONE DI MISURE DI PROTEZIONE - SUSSISTENZA - CONDIZIONI - FATTISPECIE - STRAGE IN UNA SCUOLA.

Corte EDU, Prima Sezione, 17 settembre 2020, Kotilainen e altri c. Finlandia pag. 34

• DEGENTE MINORE - STATO VEGETATIVO PERMANENTE - ORDINE GIUDIZIALE DI INTERRUZIONE DELLA VENTILAZIONE MECCANICA - LESIONE DEL DIRITTO ALLA VITA - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Quarta Sezione, 20 aprile 2021, Parfitt c. Regno Unito pag. 38

ART. 3 CEDU

• RICHIEDENTE ASILO - LENTEZZA INGIUSTIFICATA DELLA PROCEDURA AMMINISTRATIVA DI ACCOGLIENZA - COSTRIZIONE A VIVERE IN STRADA - ASSENZA DI OGNI MEZZO PER POTER SODDISFARE I PROPRI BISOGNI ESSENZIALI - DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - VIOLAZIONE.

Corte EDU, Quinta Sezione, 20 luglio 2020, N.H. e altri c. Francia pag. 43

• TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - DETENZIONE CARCERARIA - SUPERFICIE CALPESTABILE DELLA CELLA - MODALITÀ DI COMPUTO DELLO SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE - CONDIZIONI DI VIVIBILITÀ DELLA STRUTTURA PENITENZIARIA - ASSENZA DI RISCALDAMENTO - FATTORE AGGRAVANTE.

Corte EDU, Terza Sezione, 20 ottobre 2020, Badulescu c. Portogallo pag. 47

• TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - DETENZIONE CARCERARIA - SUPERFICIE CALPESTABILE DELLA CELLA - MODALITÀ DI COMPUTO DELLO SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE - CONDIZIONI DI VIVIBILITÀ DELLA STRUTTURA PENITENZIARIA - FATTORI COMPENSATIVI - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Terza Sezione, 24 novembre 2020, Bardali c. Svizzera pag. 51

• **ABUSI SESSUALI - PATITI DA MINORENNI IN ORFANOTROFIO - QUADRO LEGISLATIVO E REGOLAMENTARE ADEGUATO - SUSSISTENZA - MISURE PROTETTIVE SPECIALI IDONEE A PROTEGGERE I SOGGETTI VULNERABILI - MANCANZA DI PROVA CIRCA LA CONSAPEVOLEZZA DEL PERICOLO - VIOLAZIONE SOSTANZIALE DELL'ART. 3 CEDU - ESCLUSIONE.**

Corte EDU, Grande Camera, 2 febbraio 2021, X e altri contro Bulgaria pag. 56

• **VITTIMA DI ABUSI SESSUALI - RITARDO NELLA CONDUZIONE DELLE INDAGINI - PRESCRIZIONE DEL REATO - IMPUNITÀ DELLE RELATIVE CONDOTTE - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALL'INTEGRITÀ PERSONALE - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Seconda Sezione, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. Turchia pag. 63

• **STATUS DI RIFUGIATO - CONDANNA PER TERRORISMO - REVOCA CONSEGUENTE - AUTOMATISMO ESPULSIVO - RISCHIO DI SOTTOPOSIZIONE A TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI DERIVANTI DALL'ESPULSIONE - APPREZZAMENTO ANCHE SULLA BASE DI CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE - NECESSITÀ - DIRITTO ALLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE - CARATTERE PRIMARIO.**

Corte EDU, Quinta Sezione, 15 aprile 2021, K.I. c. Francia pag. 73

ART. 6 CEDU

• **REATO - PROSCIoglimento DELL'IMPUTATO - GIUDIZIO CIVILE DI DANNO - ACCOGLIMENTO DELLA PRETESA RISARCITORIA - AFFERMAZIONI IMPLICANTI IL RICONOSCIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL CONVENUTO - VIOLAZIONE DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA - CONFIGURABILITÀ - CONDIZIONI.**

Corte EDU, Terza Sezione, 20 ottobre 2020, Pasquini c. San Marino e Corte EDU e Prima Sezione, 10 dicembre 2020, Papageorgiou c. Grecia pag. 81

• **GIUDIZIO CIVILE - LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE - RITENUTA LEGITTIMITÀ - FONDAMENTO - FATTI PENALMENTE RILEVANTI GIÀ OGGETTO DI DECLARATORIA DI IMPROCEDIBILITÀ PER AMNISTIA - VIOLAZIONE DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Seconda Sezione, 20 ottobre 2020, Gutu c. Moldavia pag. 87

• **INGIUSTIFICATO RITARDO DEL PROCESSO - INTENZIONALE CAUSAZIONE - SANZIONE A CARICO SOLO DI ALCUNE CATEGORIE DI SOGGETTI (NELLA SPECIE, AVVOCATI) - NATURA PENALE - ESCLUSIONE.**

Corte EDU, Grande Camera, 22 dicembre 2020, Gestur Jónsson + 1 c. Islanda pag. 94

• **DIRITTO ALL'EQUO PROCESSO - MISURE DI SORVEGLIANZA - INCIDENZA DELLE STESSE SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SU DIRITTI FONDAMENTALI - DIRITTO AL GRATUITO PATROCINIO - MANCATO RICONOSCIMENTO IN GIUDIZIO CIVILE - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALLA PARITÀ DELLE ARMI - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Terza Sezione, 19 gennaio 2021, Timofeyev e Postupkin c. Russia pag. 102

• **PERSONA OFFESA DAL REATO - PRETESA RISARCITORIA ESERCITATA NEL PROCESSO PENALE - PRECLUSIONE DERIVANTE DA SVILUPPO IRRAGIONEVOLE DEL PROCESSO - VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE - SUSSISTENZA.**

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

Corte EDU, Prima Sezione, 18 marzo 2021, Petrella contro Italia e Corte EDU, Quinta Sezione, 18 marzo 2021, Gilligan c. Irlanda pag. 113

ART. 8 CEDU

• **PROCESSO PENALE - OGGETTO - REATI DI VIOLENZA SESSUALE - CELEBRAZIONE A PORTE CHIUSE - RAGIONI - RISPETTO DEL DIRITTO ALLA VITA PRIVATA DELLA PERSONA OFFESA.**

Corte EDU, Prima Sezione, 14 maggio 2020, Mraović c. Croazia pag. 125

• **TRANSESSUALE CON IDENTITÀ FISICA, SOCIALE E FAMILIARE MODIFICATA DA LUNGO TEMPO - RICHIESTA DI RIASSEGNAZIONE DEL SESSO NEL REGISTRO DELLO STATO CIVILE - RIFIUTO INGIUSTIFICATO - DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - VIOLAZIONE - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Quinta Sezione, 9 luglio 2020, Y.T. c. Bulgaria pag. 129

• **DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - DIRITTO A RICHIEDERE L'ALTRUI AIUTO ECONOMICO IN DIFETTO DI ALTRE POSSIBILITÀ DI SOPRAVVIVENZA - INCLUSIONE - MENDICITÀ INOFFENSIVA E NON INVASIVA - REPRESSIONE PENALE - VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Terza Sezione, 19 gennaio 2021, Lacatus c. Svizzera pag. 135

• **VITTIMA DI ABUSI SESSUALI - RICOSTRUZIONE PARTICOLAREGGIATA DELLE MODALITÀ DI CONSUMAZIONE DELL'ILLECITO INNANZI AI PRESUNTI RESPONSABILI - NON NECESSARIETÀ DELLA STESSA PER L'ACCERTAMENTO DEI FATTI O PER LA LORO QUALIFICAZIONE GIURIDICA - DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - VIOLAZIONE DELL'ART. 8 - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Seconda Sezione, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. Turchia pag. 143

• **COPPIE DELLO STESSO SESSO - PROVVEDIMENTO STRANIERO DI ADOZIONE - RICONOSCIMENTO DEI SUOI EFFETTI - CONFORMITÀ ALL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE - FONDAMENTO - PRINCIPI DELL'AUTODETERMINAZIONE NELLE SCELTE RELAZIONALI DEL MINORE E DEGLI ASPIRANTI GENITORI E DEL PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE ALLA STABILITÀ AFFETTIVA - LIMITI - NECESSARIA ESCLUSIONE DI VICENDE DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.**

Cass., Sez. Un. Civ., 31 marzo 2021, n. 9006 pag. 144

• **DEGENTE MINORE - STATO VEGETATIVO PERMANENTE - ORDINE GIUDIZIALE DI INTERRUZIONE DELLA VENTILAZIONE MECCANICA - RICORSO DELLA MADRE - DEDOTTA LESIONE DEL DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE - ESCLUSIONE.**

Corte EDU, Quarta Sezione, 20 aprile 2021, Parfitt c. Regno Unito pag. 150

ART. 9 CEDU

• **TRATTAMENTO PENITENZIARIO - DETENUTI DI RELIGIONE EBRAICA - OMESSA FORNITURA DI PASTI KOSHER - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA - ESCLUSIONE.**

Corte EDU, Quarta Sezione, 9 giugno 2020, Erlich e Kastro c. Romania pag. 151

ART. 10 CEDU

• **LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - APPARTENENTI ALLA MAGISTRATURA - SPETTANZA - MODALITÀ DI ESERCIZIO - DOVERE DI LEALTÀ E CORRETTEZZA - REVOCA DI INCARICO GIUDIZIARIO - CORRELAZIONE CON L'ESERCIZIO DI DETTA LIBERTÀ - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Kovesi c. Romania pag. 155

• **LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - ATTIVITÀ GIORNALISTICA - RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - USO DI ESPRESSIONI CAUSTICHE E PROVOCATORIE - LESIONE DELL'ALTRUI REPUTAZIONE - ESCLUSIONE.**

Corte EDU, Prima Sezione, 5 novembre 2020, Balaskas c. Grecia pag. 159

• **ATTIVITÀ GIORNALISTICA - ORGANIZZAZIONI RITENUTE ILLEGALI - PUBBLICAZIONE DI MATERIALE RIFLETTEnte IL LORO PUNTO DI VISTA - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - FONDAMENTO - DIRITTO DEL PUBBLICO AD ESSERE INFORMATI SI SITUAZIONI DI CONTRASTO POLITICO.**

Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Sabuncu e altri c. Turchia pag. 167

• **GIORNALISTA - DATI RELATIVI ALLA TELEFONIA MOBILE DELLO STESSO - RICHIESTA DI ACCESSO AD ESSI - A TUTELA DEL DIRITTO DI UN PRIVATO - RISCHIO DI DISVELAMENTO DI "FONTI" GIORNALISTICHE - INGERENZA NON CONSENTITA NELLA LIBERTÀ DI STAMPA - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Quinta Sezione, 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina pag. 172

ART. 11 CEDU

• **RIUNIONE NON APPROVATA DALL'AUTORITÀ - DUPLICE DIVIETO LEGISLATIVO - DI CELEBRAZIONE DI RIUNIONI PUBBLICHE NELLO STESSO LUOGO E DI PROPOGAZIONE DI IDEE DI NATURA FASCISTA O SCIOVINISTA - VIOLAZIONE DELLA LIBERTÀ DI RIUNIONE - ESCLUSIONE.**

Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Csiszer et Csibi c. Romania pag. 178

ART. 13 CEDU

- **MALTRATTAMENTI A DANNI DI UN MINORE - DECESSO DELLA VITTIMA - RESPONSABILITÀ CIVILE DELLO STATO PER INEFFICIENZA DEL SUO SISTEMA GIUDIZIARIO - PRESUPPOSTO LEGISLATIVO - COLPA GRAVE QUALE SOMMA DI COLPE SEMPLICI - VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO - ESCLUSIONE.**

Corte EDU, Quinta Sezione, 4 giugno 2020, Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. Francia pag.

- **CREDITO RISARCITORIO DA REATO - IMPOSSIBILITÀ DI ESERCITARLO NEL PROCESSO PENALE A CAUSA DELLA SUA DURATA IRRAGIONEVOLE - MANCATA POSSIBILITÀ DI AVVALERSI DEL RIMEDIO "INTERNO" DI CUI ALLA LEGGE NAZIONALE N. 89 DEL 2001 - VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Prima Sezione, 18 marzo 2021, Petrella c. Italia pag. 184

ART. 14 CEDU

- **ISTRUZIONE PUBBLICA - SCUOLA PRIMARIA - MINORE AFFETTO DA AUTISMO - TUTORAGGIO SPECIALIZZATO - INATTUAZIONE - DISCRIMINAZIONE - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Prima Sezione, 10 settembre 2020, G.L. c. Italia pag. 189

- **DONNA LAVORATRICE - RAPPORTO DI LAVORO - COSTITUZIONE DELLO STESSO NELL'IMMEDIATEZZA DI FECONDAZIONE *IN VITRO* - SUPPOSTA FITTIZZIETÀ DEL RAPPORTO LAVORATIVO - RIFIUTO DI CORRISPONDERE L'INDENNITÀ DI MATERNITÀ - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE - SUSSISTENZA.**

Corte EDU, Prima Sezione, 4 febbraio 2021, Jurčić c. Croazia pag. 192

PROT. n. 1 CEDU - ART. 1

- **LAVORO PUBBLICO - EMOLUMENTO EROGATO CON COSTANZA E SENZA RISERVE DAL DATORE DI LAVORO - PERCEZIONE DELLO STESSO IN BUONA FEDE DAL DIPENDENTE - AZIONE DI RIPETIZIONE DELL'INDEBITO - RISPETTO DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ -**

NECESSITÀ - INTERFERENZA SPROPORZIONATA - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, 11 febbraio 2021, Casarin. c. Italia pag. 196

PROT. n. 7 CEDU - ART. 1

• STRANIERO - ESPULSIONE - RAGIONI DI SICUREZZA NAZIONALE - GARANZIE PROCEDIMENTALI - DIRITTO ALL'INFORMAZIONE SUI FATTI RILEVANTI - CONTENUTO - GARANZIE PROCEDIMENTALI - ASSISTENZA DIFENSIVA - DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE.

Corte EDU, Grande Camera, 15 ottobre 2020, Muhammad e Muhammad c. Romania ...pag. 199

• STRANIERO - ESPULSIONE - MINACCIA PER MOTIVI DI SICUREZZA DELLO STATO - MANCATA INDICAZIONE DEGLI STESSI ALL'INTERESSATO - DEFICIT INFORMATIVO - "COMPENSAZIONE" CON LA DEVOLUZIONE DELLA DECISIONE AD ALTE AUTORITÀ GIUDIZIARIE INDIPENDENTI - IRRILEVANZA.

Corte EDU, Quarta Sezione, 9 marzo 2021, Hassine c. Romania pag. 205

ART. 5 Prot. n. 7 CEDU

• MATRIMONIO RELIGIOSO - DELIBAZIONE DI SENTENZA ECCLESIASTICA DI NULLITÀ - DIVORZIO - PASSAGGIO IN GIUDICATO - CONSEGUENZE ECONOMICHE - ASSEGNO DIVORZILE - UGUAGLIANZA TRA CONIUGI - SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE - FONDAMENTO - ART. 5 PROT. N. 7 CEDU.

Cass., Sez. Un. Civ., 31 marzo 2021, n. 9004 pag. 214

REPORT RELATIVI ALLA NORMATIVA EUROUNITARIA

INDICE

CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA, ARTT. 7, 8, 11 e 52, § 1.

- **COMUNICAZIONI ELETTRONICHE - TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI - DIRETTIVA 2002/58/CE - ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER FINALITÀ DI INDAGINE PENALE - INFORMAZIONI PRECISE SULLA VITA PRIVATA - INGERENZA GRAVE NEI DIRITTI FONDAMENTALI - AMMISSIBILITÀ NEI SOLI PROCEDIMENTI PER VIOLAZIONI PENALI GRAVI - UTILIZZAZIONE DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE OTTENUTI COME ELEMENTI DI PROVA - CONDIZIONI E LIMITI.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 marzo 2021, in C-746/18 ... pag. 221

CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

ARTT. 46 E 47

- **MIGRANTI IRREGOLARI - PROCEDURE COMUNI PER L'ESPULSIONE - PROVVEDIMENTO DI RIMPATRIO - MODIFICA DELLA DESTINAZIONE RISPETTO A QUELLA GIÀ INDICATA - DIRITTO DI IMPUGNARE - DAVANTI AD UN'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE, CHE GODA DI GARANZIE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA - SUSSISTENZA.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 14 maggio 2020, in cause riunite C-924/19 e C-925/19 pag. 240

- **DIRITTO ALL'EQUO PROCESSO - "MARKET ABUSE" - PROCEDIMENTO PER L'IRROGAZIONE DI SANZIONI AMMINISTRATIVE - DICHIARAZIONI CHE POTREBBERO IMPLICARE LA PENALE RESPONSABILITÀ DEL DICHIARANTE - DIRITTO AL SILENZIO - SUSSISTENZA.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, in C-481/19 ...pag. 249

TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA

ART. 19

- **GIURISDIZIONE - INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ - INDIPENDENZA DELLA IZBA DYSZYPLINARNA (CAMERA DISCIPLINARE) DEL SĄD NAJWYŻSZY (CORTE SUPREMA DELLA POLONIA).**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 8 aprile 2020, in C-791/19 ... pag. 266

Regolamento n. 604/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013

- **STRANIERI - PROTEZIONE INTERNAZIONALE - OBBLIGHI INFORMATIVI EX ART. 4 DEL REG. 603/2013 - VIOLAZIONE - CONSEGUENZE - ANNULLAMENTO DELLA DECISIONE DI TRASFERIMENTO - CONTRASTO - RINVIO PREGIUDIZIALE.**

Cass., Sez. 2 Civ., 29 marzo 2021, ord. interl. n. 8668, pag. 269

Regolamento n. 1215/2012 del Parlamento e del Consiglio, del 12 dicembre 2012

- **COMPETENZA TERRITORIALE - CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO - STIPULAZIONE PRESSO UNO STATO MEMBRO - ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ LAVORATIVA PRESSO ALTRO STATO MEMBRO - MANCATA ESECUZIONE DEL CONTRATTO - INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE TERRITORIALMENTE COMPETENTE.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 25 febbraio 2021, in C-804/19 ...pag. 278

Regolamento n. 492/2011 del Parlamento e del Consiglio, del 5 aprile 2011

- **DOMANDA DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE - LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI - FIGLI DI LAVORATORI FRONTALIERI - RIMBORSO DELLE SPESE DI TRASPORTO SCOLASTICO - REQUISITI - RESIDENZA IN UN LAND - ESCLUSIONE DEI FIGLI CHE FREQUENTANO LA SCUOLA IN TALE LAND E RISIEDONO IN UNO STATO MEMBRO DIVERSO DA QUELLO DELL'ISTITUTO SCOLASTICO FREQUENTATO - ESCLUSIONE DEI CITTADINI NAZIONALI RESIDENTI NEGLI ALTRI LÄNDER.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Nona Sezione, 2 aprile 2020, in C-830/18 pag. 285

- **RINVIO PREGIUDIZIALE - PREVIDENZA SOCIALE DEI LAVORATORI MIGRANTI - LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI - PARITÀ DI TRATTAMENTO - VANTAGGI**

SOCIALI - ASSEGNO FAMILIARE - NOZIONE DI "FAMILIARI" - ESCLUSIONE DEL FIGLIO DEL CONIUGE DI LAVORATORI NON RESIDENTI - DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RISPETTO AL FIGLIO DEL CONIUGE DI LAVORATORI RESIDENTI - GIUSTIFICAZIONE.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sesta Sezione, 2 aprile 2020, in C-802/18pag. 288

Regolamento n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009

• RINVIO PREGIUDIZIALE - MARCHIO DELL'UNIONE EUROPEA - DIRITTI CONFERITI DAL MARCHIO - USO - STOCCAGGIO DI PRODOTTI AL FINE DI OFFRIRLI O DI IMMETTERLI IN COMMERCIO - MAGAZZINAGGIO IN VISTA DELLA SPEDIZIONE DI PRODOTTI, VENDUTI SU UN SITO PER IL COMMERCIO ON-LINE, CHE VIOLANO UN DIRITTO DI MARCHIO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, 2 aprile 2020, in C-567/18 ... pag. 291

Regolamento n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2001

• RINVIO PREGIUDIZIALE - PERSONE GIURIDICHE DI DIRITTO PRIVATO - ATTIVITÀ DI CLASSIFICAZIONE E DI CERTIFICAZIONE DI NAVI - MANCATO ESERCIZIO DI ATTIVITÀ "IURE IMPERII" - RICORSO PER RISARCIMENTO DANNI - NOZIONE DI «MATERIA CIVILE E COMMERCIALE» EX ART. 1, § 1, REG. 44/2001.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 7 maggio 2020, in C-641/18 ... pag. 295

Direttiva 2001/29 del Parlamento e del Consiglio, del 22 maggio 2001

• RINVIO PREGIUDIZIALE - PROPRIETÀ INTELLETTUALE - DIRITTO D'AUTORE E DIRITTI CONNESSI - NOZIONE DI "COMUNICAZIONE AL PUBBLICO" - IMPRESA DI NOLEGGIO DI AUTOVETTURE EQUIPAGGIATE DI SERIE CON APPARECCHI RADIO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, 2 aprile 2020, in C-753/18pag. 299

Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000

• RINVIO PREGIUDIZIALE - PARITÀ DI TRATTAMENTO IN MATERIA DI OCCUPAZIONE E DI CONDIZIONI DI LAVORO - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI FONDATE

SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE - DICHIARAZIONI PUBBLICHE CHE ESCLUDONO L'ASSUNZIONE DI PERSONE OMOSESSUALI - SANZIONI - PERSONA GIURIDICA RAPPRESENTATIVA DI UN INTERESSE COLLETTIVO - LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN GIUDIZIO "IURE PROPRIO" - DIRITTO AD OTTENERE IL RISARCIMENTO DEL DANNO - SUSSISTENZA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 23 aprile 2020, in C-507/18 ... pag. 303

Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999

• LICENZIAMENTO COLLETTIVO ILLEGITTIMO - STRUMENTI DI TUTELA - INDENNITÀ IN LUOGO DI REINTEGRAZIONE - AMBITO APPLICATIVO - LAVORATORI ASSUNTI CON CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO CONVERTITO IN RAPPORTO A TEMPO INDETERMINATO SUCCESSIVAMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA NORMATIVA MENO VANTAGGIOSA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 17 marzo 2021, in C-652/19 ...pag. 309

Direttiva 1993/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993

• RINVIO PREGIUDIZIALE - TUTELA DEI CONSUMATORI - DIRETTIVA 93/13/CEE – CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI STIPULATI CON I CONSUMATORI - ARTICOLO 1, § 1 - ARTICOLO 2, LETTERA B) - NOZIONE DI "CONSUMATORE" - CONDOMINIO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 2 aprile 2020, in C-329/19 pag. 316

• RINVIO PREGIUDIZIALE - TUTELA DEI CONSUMATORI - DIRETTIVA 93/13/CEE – ART. 7, § 1 - CREDITO AL CONSUMO - CONTROLLO DEL CARATTERE ABUSIVO DELLE CLAUSOLE - MANCATA COMPARIZIONE DEL CONSUMATORE - POTERI D'UFFICIO DEL GIUDICE - PORTATA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sesta Sezione, 4 giugno 2020, in C-495/19pag. 319

Direttiva 1992/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992

• CONGEDO PARENTALE SUPPLEMENTARE - CCNL (FRANCESE) - RISERVA ALLE SOLE "DONNE CHE SI PRENDONO CURA IN PRIMA PERSONA DEL PROPRIO FIGLIO" - ESCLUSIONE DEL PADRE - DISCRIMINAZIONE BASATA SUL SESSO - CONDIZIONI.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 18 novembre 2020, in C-463/19 pag. 323

Direttiva 2003/19/CE della Commissione, del 21 marzo 2003

• **CITTADINO DI PAESE TERZO - TITOLARITÀ DI PERMESSO DI SOGGIORNO DI LUNGA DURATA - ORDINE DI ALLONTANAMENTO DAL TERRITORIO DI STATO MEMBRO - PRESUPPOSTO - COMMISSIONE DI UN REATO PUNIBILE CON PENA PRIVATIVA DELLA LIBERTÀ DI ALMENO UN ANNO - MANCATO ESAME CIRCA L'ESISTENZA DI UNA MINACCIA EFFETTIVA E SUFFICIENTEMENTE GRAVE PER L'ORDINE PUBBLICO O LA PUBBLICA SICUREZZA - OMESSA CONSIDERAZIONE DELLA DURATA DEL SUO SOGGIORNO NEL TERRITORIO DI TALE STATO MEMBRO E DELLE CONDIZIONI SOGGETTIVE E FAMILIARI - CONTRARIETÀ CON L'ART. 12 DELLA DIR. 2003/109.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Nona Sezione, 11 giugno 2020, in C-448/19 ... pag. 334

Direttiva 2003/88/CE del Parlamento e del Consiglio, del 4 novembre 2003

• **RAPPORTO DI LAVORO - CONGEDI SPECIALI RETRIBUITI - *DIES A QUO* E COMPUTO DI DETTI CONGEDI - IN SPECIE, SOVRAPPOSIZIONE DI TALI CONGEDI CON GIORNI FESTIVI, DI FERIE O DI RIPOSO SETTIMANALE.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 4 giugno 2020, in C-588/18 ... pag. 338

Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006

• **TRIBUTI ARMONIZZATI - RETTIFICA DICHIARAZIONI IVA - POSSIBILITÀ - CONDIZIONI - ANCHE IN DEROGA A PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI TRIBUTARI DEFINITIVI PER DECORSO DEL TERMINE DI IMPUGNAZIONE - SUSSISTENZA.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, 2 luglio 2020, in C-835/18 pag. 342

Direttiva 2008/94/CE del Parlamento e del Consiglio, del 22 ottobre 2008

• **INFORTUNIO SUL LAVORO - DECESSO DEL LAVORATORE SUBORDINATO - RISARCIMENTO DEL DANNO AI SUPERSTITI - PAGAMENTO DA PARTE DELL'ENTE PREVIDENZIALE - MANCATA INCLUSIONE DEL DANNO MORALE - DATORE DI LAVORO INSOLVENTE - SUBENTRO DEL FONDO DI GARANZIA - ESCLUSIONE.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 25 novembre 2020, in C-799/19 pag.347

Direttiva 2008/104/CE del Parlamento e del Consiglio, del 19 novembre 2008

- **LAVORO TRAMITE AGENZIA INTERINALE - SUCCESSIONE DI CONTRATTI E DI PROROGHE PRESSO LA MEDESIMA IMPRESA UTILIZZATRICE - ASSENZA DI TEMPORANEITÀ DEL RAPPORTO - RICORSO ABUSIVO AL LAVORO TRAMITE AGENZIA INTERINALE.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 14 ottobre 2020, in C-681/18 pag.350

AREA CIVILE

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

ART. 1 CEDU

ART. 1 CEDU - OBBLIGO DI RISPETTARE I DIRITTI DELL'UOMO - AMBITO APPLICATIVO - PERSONE SOTTO LA GIURISDIZIONE DEGLI STATI MEMBRI - NECESSITÀ.

Corte EDU, Grande Camera, 5 maggio 2020, M.N. e altri c. Belgio

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202468>

CLASSIFICAZIONE

ART. 1 CEDU – OBBLIGO DI RISPETTARE I DIRITTI DELL'UOMO - **ART. 3 CEDU** - DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI (VIOLAZIONI MATERIALI) - **ART. 13 CEDU** – DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO - **ART. 6 CEDU** - DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, ARTT. 1, 3, 13 e 6 par. 1

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Banković e altri v. Belgium, no. 52207/99, ECHR 2001-XII; Al-Skeini e altri v. Regno Unito no. 55721/07, ECHR 2011-IV; Abdul Wahab Khan v. Regno Unito no. 11987/11, 28 gennaio 2014; Markovic e altri v. Italy, no. 1398/03, ECHR 2006 XIV; Soering v. Regno Unito, 7 luglio 1989, Series A no. 161; Güzelyurtlu e altri v. Cipro e Turchia, no. 36925/07, 29 gennaio 2019, Soering v. Regno Unito n° 14038/88, 7 luglio 1989, Serie A n° 161, Chiragov e altri v. Armenia, no. 13216/05, ECHR 2015; Mozer v. Repubblica di Moldavia e Russia, no. 11138/10, 23 febbraio 2016; Sandu e altri v. the Repubblica di Moldavia e Russia, no. 21034/05, 17 luglio 2018.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Grande Camera, 5 maggio 2020, ric. n. 3599/18, M.N. and other c. Belgio.

Abstract

*La Corte Edu ha dichiarato irricevibile la richiesta di una coppia di siriani e dei loro due figli i quali si erano visti **negare il visto** per soggiorno di breve durata che avevano richiesto, tramite l'ambasciata belga a Beirut, al fine di domandare l'asilo in Belgio.*

I richiedenti lamentavano la lesione dei loro diritti garantiti dall'art. 3 (divieto di tortura, di trattamenti inumani e degradanti), art. 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e 6 § 1 (diritto ad un processo equo) della Convenzione.

*La Corte ricorda che **l'art. 1 della Convenzione europea** (obbligo di rispettare i diritti dell'uomo) limita il suo campo di applicazione alle persone sotto **la giurisdizione** degli Stati parti della Convenzione e rileva che i richiedenti non erano sotto la giurisdizione del Belgio per i fatti denunciati di violazione degli artt. 3 e 13 della Convenzione. Ritiene, altresì, che l'art. 6 § 1 della Convenzione non si applica nella fattispecie in esame. **L'ingresso** nel territorio belga, che sarebbe conseguito al rilascio del visto di ingresso, **non costituisce un diritto «civil»***

(soggettivo) ai sensi dell'art. 6 § 1. Secondo la Corte, questa conclusione non ostacola gli sforzi compiuti dagli Stati per facilitare l'accesso alle procedure di asilo attraverso le loro ambasciate e/o rappresentanze consolari.

1. Il caso

La Corte di Strasburgo ha esaminato i ricorsi di due cittadini siriani e dei loro due figli che, in data 22 agosto 2016, si erano recati presso l'Ambasciata del Belgio a Beirut a depositare domanda di visto per soggiorno di breve durata. Tale domanda era prodromica all'accesso sul territorio del Regno del Belgio, allo scopo di poter ivi chiedere l'asilo.

I richiedenti avevano esperito le procedure previste dalla legislazione in materia di rilascio di visti ai sensi dell'art. 25 del «code des visas» (Regolamento CE n. 810/2009). A seguito del diniego di rilascio del visto di ingresso (visa breve) del 13 settembre 2016, disposto con la motivazione che i requisiti stabiliti dalla legge non contemplerebbero la finalità di ingresso per chiedere l'asilo politico in Belgio, i richiedenti avevano chiesto la sospensione del diniego, ottenendola in data 7 ottobre 2016. La stessa decisione ordinava al Regno del Belgio di riesaminare la richiesta e di fornire motivazione più congrua. La richiesta era nuovamente rigettata, in data 17 ottobre 2016, con le stesse identiche motivazioni. Anche questa decisione veniva censurata dall'organo di seconda istanza che, con provvedimento del 20 ottobre 2016, ritenendo la persistenza del pericolo per i richiedenti, imponeva allo Stato belga il rilascio di un lasciapassare o visto di tre mesi per garantire l'effettività del ricorso avverso al diniego di visto. Il procedimento amministrativo si concludeva con la decisione del 6 marzo 2017 che, rilevata l'assenza di richiesta di annullamento del diniego di rilascio del visto del 13 settembre 2016, revocava definitivamente la precedente sospensione.

Anche quello instaurato davanti al giudice ordinario, tendente ad ottenere l'esecuzione dell'ingiunzione del 20 ottobre 2016 si concludeva sfavorevolmente per i richiedenti. La Corte d'appello di Bruxelles riteneva che la decisione del 20 ottobre 2016 non era più attuale in quanto le parti non avevano impugnato il diniego di rilascio del visto.

I richiedenti, quindi, adivano la Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

Secondo i richiedenti il rifiuto di rilascio dei visti costituisce una situazione contraria all'art. 3 della Convenzione, avendo esposto i ricorrenti a situazione incompatibile con il menzionato art. 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti) senza alcuna possibilità di avere un ricorso effettivo come previsto dall'art. 13 della Convenzione. Lamentano, anche, la violazione dell'art. 6 § 1 sotto il profilo dell'impossibilità di ottenere l'esecuzione della decisione della Corte d'appello di Bruxelles che aveva ordinato allo Stato belga di rilasciare il visto (§§ 74-75).

2. La ratio decidendi

La Corte ha ribadito che **l'art. 1** (obbligo di rispettare i diritti umani) della Convenzione europea **limita il suo campo di applicazione alle persone che si trovino all'interno della giurisdizione degli Stati parti** della Convenzione. Nel caso di specie, ha rilevato che i ricorrenti

non rientrano nella giurisdizione del Belgio in merito ai fatti da loro denunciati in base agli articoli 3 e 13 della Convenzione.

Sotto questo profilo, la Corte ha rilevato che la competenza dello Stato convenuto è una condizione *sine qua non* affinché tale Stato sia ritenuto responsabile di atti o omissioni ad esso imputabili che diano luogo ad una contestazione della violazione dei diritti e delle libertà enunciati nella Convenzione. Per quanto riguarda il significato da dare al concetto di "**giurisdizione**", ai fini dell'articolo 1 della Convenzione, la Corte ha sottolineato che, dal punto di vista del diritto internazionale pubblico, la competenza giurisdizionale di uno Stato è principalmente **territoriale** (§§ 97-98). Ha aggiunto che, in linea con l'articolo 31 § 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, le parole «sotto la giurisdizione» ("within their jurisdiction"- "aux personnes relevant de la juridiction des États parties") devono essere interpretate secondo il significato ordinario da attribuire alla frase nel suo contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione e dei lavori preparatori (§§ 99).

La Corte ha osservato che **i richiedenti non si erano mai trovati sul territorio nazionale** del Belgio, che non avevano legami familiari e privati precedenti con questo Paese, che l'agente diplomatico non aveva mai esercitato un potere di controllo sui richiedenti, i quali erano liberi di lasciare **l'ambasciata**, così come erano stati liberi di decidere a quale ambasciata rivolgere la richiesta di visto.

Sotto altro e connesso profilo, la Corte ha richiamato la sua **giurisprudenza** secondo cui è riconosciuta un'eccezione al principio territoriale (Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia [GC], no. 48787/99, § 314; Medvedyev e altri c. Francia [GC], no. 3394/03, § 64, Al-Skeini e altri c. Regno Unito, n. 55721/07 § 131; and Güzelyurtlu and Others, § 178), ma ne ha escluso i presupposti nel caso in esame (§ 102), in quanto **l'eccezione al principio** secondo cui la competenza ai sensi dell'articolo 1 è limitata al territorio di uno Stato contraente, si verifica quando tale Stato esercita **un controllo effettivo su un'area al di fuori del suo territorio nazionale**. L'obbligo di garantire i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione in tale settore deriva dal fatto che tale controllo deve essere esercitato direttamente attraverso le forze armate dello Stato contraente o attraverso un'amministrazione locale subordinata (§ 103).

Nel caso in esame, la decisione era stata presa dall'autorità belga sul territorio belga in risposta alle domande di visto presentate dai richiedenti ai servizi consolari dell'ambasciata belga a Beirut, al fine di ottenere l'autorizzazione ad entrare in Belgio in modo da poter chiedere asilo in tale paese ed evitare un trattamento che costituisce violazione dell'articolo 3 della Convenzione alla quale si asseriva di essere stati esposti ad Aleppo. Le decisioni di rifiuto di concedere i visti richiesti erano passate attraverso i servizi consolari dell'ambasciata, che ne avevano informato i richiedenti. Ma la decisione dell'autorità belga, seppur concernente la verifica delle condizioni per l'ingresso sul territorio belga, non era sufficiente a far rientrare il caso nel regime della giurisdizione belga (§ 112).

Ha, infine, escluso che potesse essere richiamata la giurisprudenza relativa ai casi di **espulsione dal territorio dello Stato**, sussistendo il requisito della giurisdizione territoriale, nei quali lo

Stato parte può essere ritenuto responsabile, per la violazione dell'art. 3 della Convenzione, laddove la decisione dello Stato comporta il rischio che l'individuo, della cui espulsione si discute, sia esposto al rischio di essere soggetto a trattamenti vietati dall'art. 3 della Convenzione (vedi M.A. e altri c. Lituania, no. 59793/17, § 70, N.D. e N.T. c. Spagna [GC], no. 8675/15 and 8697/15, §§ 104-111). Parimenti non ricorrevano i presupposti della situazione esaminata nel **caso Markovic e altri c. Italia** [GC], n. 1398/2003, nel quale i richiedenti avevano instaurato un processo in Italia per il risarcimento dei danni derivanti dai **bombardamenti della Nato in Serbia** che avevano cagionato la morte di congiunti, situazione nella quale era stata riconosciuta la giurisdizione con riferimento alla denunciata violazione dell'art. 6 Cedu.

In conclusione, la Corte ha considerato che i ricorrenti non erano sotto la giurisdizione belga per quanto riguarda il rispetto delle condizioni di cui all'art. 3 della Convenzione. La medesima risposta valeva anche con riguardo alle condizioni di cui all'art. 13 (§ 125). Infine, la Corte considera anche che l'art. 6 § 1 della Convenzione non si applica nella presente causa. L'ingresso nel territorio belga, che sarebbe conseguito al rilascio del visto di ingresso, non costituisce un diritto «civil» (soggettivo) ai sensi dell'art. 6 § 1. Secondo la Corte, questa conclusione non ostacola gli sforzi compiuti dagli Stati per facilitare l'accesso alle procedure di asilo attraverso le loro ambasciate e/o rappresentanze consolari.

3. La decisione

In applicazione dell'art. 1 della Convenzione, la Corte ha dichiarato irricevibili i ricorsi in quanto i ricorrenti non erano sotto la giurisdizione dello Stato parte per quanto riguarda il rispetto della previsione degli art. 3 e 13 della convenzione. Ha escluso l'applicazione dell'art. 6 par. 1 nel caso in questione.

4. Osservazioni

La Grande Camera ha **escluso** che la circostanza che uno **Stato parte abbia deciso su una domanda di rilascio di visto** sia sufficiente a far ritenere il soggetto che ha richiesto il visto **“sotto la giurisdizione”** dello Stato parte. In definitiva, il legame che origina la giurisdizione della Corte Edu **non** può essere **soggettivamente scelto** da un soggetto che, non appartenente ad uno Stato parte, invoca la lesione di diritti e di libertà fondamentali connesse al diniego di visto. Una tale estensione del campo di applicazione avrebbe l'effetto di vanificare **il principio** sancito dal diritto internazionale secondo cui **gli Stati parti** hanno il **diritto di controllare l'ingresso**, il soggiorno e l'allontanamento dei non nazionali, fatti salvi gli impegni derivanti per loro dai trattati.

Per un approfondimento si segnala la **decisione della Grande Camera M.S.S. c. Grecia e Belgio del 22 gennaio 2011**, n. 30696/09, nella quale il ricorrente, cittadino afghano, era entrato nell'Unione Europea dalla Grecia, si era rifugiato in Belgio ove aveva inviato alle autorità di quel Paese una richiesta di presa in carico del procedimento di asilo ai sensi dell'art. 10 del regolamento Dublino II. Il ricorrente, rimandato in Grecia, aveva fondato la propria doglianza

sugli artt. 2, 3 e 13 Cedu e si doleva di essere stato trattenuto dalle autorità greche in condizioni degradanti nel corso della procedura di asilo e di essere stato abbandonato in condizioni altrettanto degradanti dopo il suo rilascio, senza che gli fosse concesso alcun rimedio effettivo contro un eventuale rigetto della sua richiesta di asilo. Parimenti sosteneva che le autorità belghe, rinviandolo in Grecia, in applicazione del Regolamento Dublino II, si fossero rese indirettamente responsabili delle violazioni dei diritti umani poste in essere dalle autorità greche. Nell'affermare la propria giurisdizione, la Grande Camera ha individuato il **carattere oggettivo del legame** (presenza sul territorio), che dava origine alla giurisdizione dello Stato parte, trovandosi il richiedente sul territorio dello Stato, decisione rispetto alla quale l'odierna pronuncia M.N. e altri c. Belgio si pone in linea di continuità.

ART. 2 CEDU

DETEZIONE CARCERARIA - RIVOLTA DEI DETENUTI - NECESSITÀ DI SEDARLA - RICORSO ALLE ARMI - LEGITTIMITÀ - CONDIZIONI - PROPORZIONALITÀ RISPETTO ALLA CONDIZIONE DI VULNERABILITÀ DELLA POPOLAZIONE RISTRETTA - FONDAMENTO - TUTELA DEL DIRITTO ALLA VITA.

Corte EDU, Quinta Sezione, 2 aprile 2020, Kukhalashvili c. Georgia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-202115>

CLASSIFICAZIONE

TUTELA DEL DIRITTO ALLA VITA (ASPETTO PROCEDURALE E SOSTANZIALE) – ATTIVAZIONE TEMPESTIVA E DILIGENTE DI INDAGINI DA PARTE DI ORGANI INDIPENDENTI – LEGITTIMAZIONE ALL’USO DELLA FORZA PER LA REPRESSIONE DI RIVOLTE CARCERARIE – VALUTAZIONE DELLA NECESSITA’ DEL RICORSO ALL’USO DELLA FORZA E DELLA SUA PROPORZIONALITÀ.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, art. 2

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Kolevi v. Bulgaria, 1108/02, 5 November 2009; *Şandru and Others v. Romania*, 22465/03, 8 December 2009, *Giuliani and Gaggio v. Italy [GC]*, 23458/02, 24 March 2011; *Enukidze and Girgvliani v. Georgia*, 25091/07, 26 April 2011,; *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey [GC]*, 24014/05, 14 April 2015,; *concerning the use of force: Mansuroğlu v. Turkey*, 43443/98, 26 February 2008,; *Finogenov and Others v. Russia*, 18299/03 and 27311/03, 20 December 2011,; *Kavaklıoğlu and Others v. Turkey*, 15397/02, 6 October 2015,; *Tagayeva and Others v. Russia*, 26562/07 and al., 13 April 2017; *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, §§ 211; *Makaratzis v. Greece [GC]*, no. 50385/99, §§ 58 and 59, ECHR 2004-XI, and *Anık and Others v. Turkey*, no. 63758/00, § 54 in fine, 5 June 2007

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 5, 2 aprile 2020, ric. nn. 8938/07, 41891/07, Kukhalashvili e altri c. Georgia.

Abstract

La Corte ha rilevato la violazione dell’art. 2 della Convenzione sia nella dimensione procedurale che in quella sostanziale:

- sotto il profilo procedurale è stata rilevata la violazione dell'obbligo "positivo" degli Stati di protezione del diritto alla vita: tale obbligo si declina in quello di attivare indagini diligenti e tempestive, che devono affidate ad organi investigativi indipendenti; l'obbligazione di mezzi (e non di risultato) che impone l'attivazione degli Stati nell'accertamento dei comportamenti lesivi del diritto alla vita si estende anche alla fase processuale che deve prevedere la partecipazione delle vittime,
- sotto il profilo sostanziale è stato ribadito che gli Stati possono fare ricorso alla forza letale solo per raggiungimento degli scopi indicati dall'art.2 (difesa di individui da violenza, arresto o impedimento di evasione, repressione di sommossa o insurrezione) e se la stessa è "assolutamente necessaria", ovvero "proporzionata".
- Con riguardo alla repressione di una rivolta carceraria si è ritenuto il ricorso alle armi, pur giustificato in astratto, deve essere in concreto proporzionato alla condizione di vulnerabilità della popolazione ristretta e deve essere contenuto dal ricorso negoziati e azioni preventive correlate al patrimonio di informazioni di cui dispongono gli Stati.

1. Il caso

La Corte di Strasburgo ha esaminato il ricorso proposto dai familiari di due detenuti uccisi dalla polizia penitenziaria nel corso della repressione di una rivolta carceraria in Georgia.

I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 2 sia sotto il profilo "procedurale", in quanto non sarebbero state svolte tempestive e diligenti indagini da parte di organi indipendenti, sia sotto il profilo "sostanziale" in quanto la morte dei congiunti sarebbe derivata dall'uso sproporzionato della forza utilizzata per sedare la rivolta.

2. La ratio decidendi

Secondo la Corte Edu il rispetto dell'obbligo degli Stati di tutelare in positivo il "diritto alla vita ed all'incolumità fisica" dei cittadini si traduce, sotto il profilo "procedurale" nell'obbligo di attivare indagini immediate, diligenti e tempestive in ogni caso in cui si rilevi la lesione del bene primario della vita umana garantito dall'art. 2 della Convenzione. Quella che incombe sugli Stati è una obbligazione di mezzi e non di risultato (§ 129) che per essere adempiuta richiede (a) che l'indagine sia affidata ad organi investigativi indipendenti, ovvero non interessati all'esito delle indagini (§ 130), (b) che la stessa si sviluppi attraverso la diligente e tempestiva acquisizione di tutti gli elementi di prova disponibili.

La Corte ribadisce che l'attivazione diligente dei poteri investigativi non esaurisce gli obblighi che incombono sugli Stati correlati al rispetto dell'art. 2 della Convenzione sotto il profilo procedurale dato che la diligenza deve essere osservata anche nel corso delle attività processuali che, si puntualizza, devono svolgersi consentendo la partecipazione delle vittime (§§ 130 e 134).

Si afferma infatti che «sebbene non vi sia alcun obbligo assoluto per tutti i procedimenti giudiziari di portare alla condanna, i tribunali nazionali non dovrebbero in alcun caso essere disposti a consentire che i reati pericolosi per la vita rimangano impuniti. Il compito della Corte consiste pertanto nel rivedere se e in che misura i giudici abbiano vagliato il caso come richiesto

dall'articolo 2 della Convenzione, in modo che l'effetto deterrente del sistema giudiziario in vigore e l'importanza del ruolo che deve svolgere per prevenire le violazioni del diritto alla vita non siano compromessi» (§ 131).

Sotto il profilo metodologico la Corte rileva che nel caso di specie emergeva una obiettiva carenza di elementi utili per la ricostruzione dei fatti dato che mancava un compiuto accertamento giudiziale, e non risultava avviata alcuna indagine parlamentare. Nonostante di regola per l'accertamento del fatto la Corte faccia riferimento all'accertamento effettuato dagli organi statali, nel caso di specie, caratterizzato dalla mancanza di rassicuranti investigazioni, si riteneva necessario il ricorso alle allegazioni delle parti (ricorrenti e Stato convenuto); le allegazioni sarebbero comunque state valutate in ragione della loro idoneità a consentire il superamento di ogni ragionevole dubbio" (§ 148).

Per quanto riguarda la indicazione degli obblighi sostanziali generati in capo agli Stati dall'art. 2 la Corte ha ribadito che l'uso della forza per essere compatibile con le garanzie convenzionali deve risultare "assolutamente necessario" e, comunque il ricorso alla stessa deve essere proporzionato al raggiungimento degli obiettivi che ne consentono l'utilizzo.

La Corte ha sottolineato che quando la forza è utilizzata per sedare rivolte è particolarmente difficile distinguere gli obblighi positivi dello Stato a tutela "attiva" della vita, dagli obblighi negativi di astensione da azioni lesive e diventa particolarmente rilevante l'esame dell'esistenza di presidi organizzativi funzionali a impedire il ricorso all'uso estremo della forza (§ 145).

Con riguardo alle operazioni di polizia la Corte ha affermato che le stesse devono essere regolamentate *ex ante* in modo da evitare ogni arbitrarietà ed abuso; devono pertanto essere identificate a priori le circostanze in cui le forze dell'ordine possono utilizzare la forza e gli agenti di polizia devono essere addestrati per valutare se vi sia o meno un'assoluta necessità di utilizzare armi da fuoco, non solo sulla base della lettera dei regolamenti pertinenti, ma anche con il dovuto rispetto per la vita umana come valore fondamentale (§ 144).

La Corte ha ribadito inoltre che l'uso della forza letale può essere giustificato solo da uno dei motivi elencati nell'articolo 2 della Convenzione, vale a dire (a) in difesa di qualsiasi persona da violenza illecita; b) effettuare un arresto legale o impedire la fuga; o (c) per sedare una sommossa o un'insurrezione (§ 150).

Quanto al requisito della proporzione si è ritenuta "proporzionata" la forza che si prospetta come assolutamente necessaria anche a causa dell'inidoneità di eventuali misure minori (uso di dissuasori diversi dalle armi da fuoco e negoziati con i rivoltosi); si è ribadito infine che la valutazione di proporzionalità deve essere effettuata valutando tutte le circostanze del caso e, segnatamente, il fatto che popolazione carceraria è per sua natura un "gruppo vulnerabile", che ha bisogno della protezione da parte dello Stato (§ 154).

3. La decisione

La Corte ha ritenuto che nel caso in esame sia stato violato l'art. 2 della Convenzione sotto entrambi i profili censurati, ovvero:

- (a) sotto il profilo procedurale in quanto le indagini erano partite in ritardo non erano state accurate ed non erano state affidate ad un organo investigativo disinteressato rispetto all'accertamento ma alla stessa polizia penitenziaria che avrebbe perpetrato l'abuso; anche il processo era stato condotto in modo sommario, e non aveva consentito la partecipazione delle vittime, che non avevano potuto effettuare un controllo diretto sullo svolgimento delle attività processuali, né nel corso delle indagini, né durante il processo;
- (b) sotto il profilo sostanziale, in quanto l'uso delle armi, pur necessario in quanto giustificato dalla necessità di sedare una rivolta carceraria, era stato sproporzionato, dato che non erano state né pianificate, né tentate strategie di contenimento alternative (possibili in relazione alle informazioni in possesso della polizia) e non erano stati predisposte misure funzionali a contenerne gli effetti (si rilevava la intempestiva assistenza medica fornita ai feriti).

ART. 2 CEDU

DETEZIONE CARCERARIA - RISCHIO DI SUICIDIO - MISURE IDONEE A PREVENIRLO - MANCATA ADOZIONE - LESIONE DEL DIRITTO ALLA VITA - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, 4 giugno 2020, Citraro e Molino c. Italia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203494>

Traduzione ufficiale:

https://www.giustizia.it/giustizia/en/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2%282020%29&facetNode_2=0_8_1_5&contentId=SDU279209&previousPage=mg_1_20

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO ALLA VITA – PROTEZIONE – PERSONA IN STATO DI DETENZIONE CARCERARIA – RISCHIO DI SUICIDIO – PREVISIONE, PREVEDIBILITA' E GESTIONE DEL RISCHIO – OBBLIGHI DELLE AUTORITA' NAZIONALI – VALUTAZIONE DELLA NECESSARIA DILIGENZA.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte E.D.U., 3 aprile 2001, ricorso n. 27229/95, *Keenan c. Regno Unito*; **Corte E.D.U.**, 14 marzo 2002, ricorso n. 46477/99, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*; **Corte E.D.U.**, 19 luglio 2012, ricorso n. 38447/09, *Ketreb c. Francia*; **Corte E.D.U.**, 18 marzo 2013, ricorso n. 1413/07, *Coselav c. Turchia*; **Corte E.D.U.**, 8 aprile 2014, ricorso n. 29100/07, *Esterina Marro e altri c. Italia*; **Corte E.D.U.**, 4 febbraio 2016, ricorso n. 58828/13, *Isenc c. Francia*; **Corte E.D.U.**, 31 maggio 2016, Ricorso n. 46190/13, *Giuseppe Castro e Graziella Lavenia c. Italia*; **Corte E.D.U.**, 28 marzo 2017, ricorso n. 78103/14, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione E.D.U., art. 2 (e art. 3); **Raccomandazione No. R (87) 3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa** – Regole penitenziarie europee –; **Raccomandazione R (98) 7 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa**, riguardante gli aspetti etici ed organizzativi dell'assistenza sanitaria in carcere.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 4 giugno 2020, ric. n. 50988/2013 Citraro e Molino c. Italia.

Abstract

La Corte ha riscontrato la mancata adozione, ad opera delle Autorità nazionali, delle necessarie, ragionevoli, misure che avrebbero assicurato la tutela del diritto alla vita del detenuto A. C., figlio dei ricorrenti. Esse si sono sottratte all'obbligo positivo di protezione del diritto alla vita di A. C., sottoposto a detenzione carceraria.

La Corte ha quindi concluso che v'è stata violazione dell'Art. 2 della Convenzione.

1. La vicenda

Il figlio dei ricorrenti, A. C., il 16 gennaio 2001 **morì suicida in carcere**, ove era detenuto da anni in espiazione di pena.

Già nel 1995 gli erano stati diagnosticati **disturbi della personalità** e più volte aveva alternato la detenzione carceraria con ricoveri in ospedale psichiatrico; mai, però, era stata accertata l'incompatibilità del suo stato di salute mentale con l'esecuzione della pena.

Nei giorni precedenti il suicidio aveva commesso **vari atti di autolesionismo** e tenuto **comportamenti antisociali**, sì che era stato sottoposto ad osservazione psichiatrica e raggiunto da provvedimenti disciplinari.

Per la gravità della situazione la Direttrice del carcere, su proposta del medico, ne dispose, il 6 gennaio 2001, la sottoposizione alla sorveglianza a vista, ossia ad una sorveglianza ininterrotta. Qualche giorno dopo, il 9 gennaio 2001, sempre su sollecitazione del medico, chiese alla magistratura di sorveglianza il ricovero in ospedale psichiatrico di A.C.; lo stesso giorno, però, ancora una volta su indicazione del medico del carcere, sostituì la sorveglianza a vista con una forma meno intensa seppure sempre elevata, ossia con la grandissima sorveglianza a blindo aperto sulle 24 ore, che si sostanzia nel mantenere sempre aperta la porta blindata della cella, lasciando chiusa soltanto la grata.

Il 12 gennaio, la Direttrice del carcere chiese al Ministero della giustizia, sulla base del provvedimento nel frattempo emesso dal Magistrato di sorveglianza, il trasferimento di A.C. in ospedale psichiatrico: nei giorni a seguire si intensificarono i comportamenti violenti di A.C. che rifiutò le cure, si barricò in cella danneggiando suppellettili varie e l'impianto di illuminazione. Fu allora reiterata la richiesta del suo trasferimento d'urgenza in ospedale psichiatrico. Nella serata del 16 gennaio, dopo una giornata trascorsa in modo apparentemente tranquillo, A.C. fu rinvenuto esanime, impiccato con un lenzuolo alla grata della cella. Portato in ospedale, ne fu accertata la morte.

Furono quindi iniziati procedimenti penali contro il medico psichiatra, la Direttrice del carcere e sei appartenenti alla Polizia penitenziaria, accusati di essere stati responsabili a vario titolo della morte di A.C.

I procedimenti si conclusero tutti con pronunce di assoluzione, divenute definitive con la sentenza con cui la Corte di cassazione il 10 maggio 2012 respinse i ricorsi delle parti civili, attuali ricorrenti.

2. Le valutazioni della Corte EDU

L'articolo 2 della Convenzione, secondo cui Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge, obbliga le Autorità nazionali non soltanto ad astenersi dal cagionare la morte delle persone sottoposte alla giurisdizione nazionale, ma anche ad adottare tutte le misure necessarie ad evitarla. Ciò vale in particolar modo per le persone in stato di detenzione, che versano per ciò solo in una condizione di particolare vulnerabilità.

L'obbligo di prevenzione sorge non appena le Autorità nazionali abbiano consapevolezza – o debbano averla – dell'esistenza di un **rischio concreto e attuale**, in ragione – specificamente – della storia clinica del soggetto, dell'esistenza di pregressi disturbi psichici e della gravità della malattia.

Non è sufficiente, perché possa parlarsi di **responsabilità per negligenza**, che si apprezzi una qualsiasi minaccia contro la vita della persona ristretta, dovendo appunto trattarsi di un rischio concreto, grave ed attuale, che **non si risolva in un onere eccessivo e insostenibile di protezione**.

Su queste generali considerazioni la Corte ha rilevato che, in ragione della storia clinica di A. C. e delle manifestazioni di aggressività e autolesionismo, il comportamento tenuto dalle autorità carcerarie non possa essere qualificato come ragionevolmente diligente nell'evitare l'evento infausto che poi si realizzò.

Furono sì adottate misure precauzionali, ma in modo contraddittorio e non ispirato a quelle ragioni di urgenza che il caso imponeva: trascorsero ben dodici giorni tra le condotte auto aggressive e l'autorizzazione al trasferimento in ospedale psichiatrico e il giorno stesso in cui fu fatta richiesta al Magistrato di sorveglianza di trasferimento in ospedale psichiatrico fu sostituita la sorveglianza a vista con altro tipo di misura precauzionale, meno intensa, la grandissima sorveglianza con blindo aperto, senza nel prosieguo rivedere questa non adeguata decisione.

La Direzione carceraria avrebbe potuto apprestare misure organizzative di maggiore efficacia, quali: il trasferimento in altra cella con impianto di illuminazione funzionante; la pulizia della cella; frequenti consulenze con lo psichiatra

3. La decisione

La conclusione in ordine alla riscontrata violazione dell'art. 2 ha reso inutile l'esame dell'altro aspetto posto in evidenza dal ricorso, ossia la violazione dell'art. 3, in forza del quale "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

ART. 2 CEDU

COMPORAMENTI VIOLENTI - DISSUAZIONE - INTERVENTI LEGISLATIVE IDONEI A TALE SCOPO - OBBLIGO DI ADOZIONE.

Corte EDU, Seconda Sezione, 4 agosto 2020, Tërshana c. Albania

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203825>

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO ALLA VITA - VIOLENZE DOMESTICHE - LESIONI - VIOLAZIONE **DELL'ART. 2 CONVENZIONE** PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI - INSUSSISTENZA.

INDAGINI IN CASI DI VIOLENZA DI GENERE - **ACCURATEZZA ED EFFICACIA NELLO SVOLGIMENTO DELLE INDAGINI** - OBBLIGO DI INFORMAZIONE NEI CONFRONTI DELLA PERSONA OFFESA - VIOLAZIONE DELL'ART. 2 CEDU - SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Art. 2 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNAZIONALI

Convenzione per la salvaguardia dei **diritti dell'uomo** e delle libertà fondamentali firmata in Roma il 4 novembre 1950, art. 2

Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, adottata nel 1979 **dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite**. Nel corso dell'undicesima sessione del 1992 il Comitato di controllo ha adottato la raccomandazione che ha definito **violenza di genere** come quella diretta contro una donna in quanto tale ed, inoltre, ha stabilito che gli Stati possono essere considerati responsabili in caso di fallimento nell'attivazione delle misure necessarie a prevenire le violazioni dei diritto, nonché in caso di mancato svolgimento nelle investigazioni o nel perseguire i colpevoli, ovvero nella mancata adozione di strumenti compensativi.

Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza verso le donne e la violenza domestica, adottata ad **Istanbul** dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile **2011**

Convenzione europea sulla compensazione delle vittime di reati commessi con la violenza, adottata a **Strasburgo** il 24 novembre **1983**, che obbliga gli Stati a prevedere nelle loro legislazioni o pratiche amministrative un sistema di compensazione per risarcire, con fondi pubblici, le vittime di infrazioni violente, dolose che hanno causato gravi lesioni corporali o la morte.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU)

Armani Da Silva c. Regno Unito [GC], 30 marzo 2016; Talpis c. Italia, 2 marzo 2017; Volodina c. Russia, 9 luglio 2019; Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turchia [GC], 14 aprile 2015; Civek c. Turchia, 23 febbraio 2016; Fernandes de Oliveira c. Portogallo [GC], 31 gennaio 2019; Giuliani e Gaggio c. Italia [GC], 24 marzo 2011; Osman c. Regno Unito, 28 ottobre 1998; Mastromatteo c. Italia [GC], 24 ottobre 2002; L.C.B. c. Regno Unito, 9 giugno 1998; Rantsev c. Cipro e Russia, 7 gennaio 2010; M. e altri c. Italia e Bulgaria, 31 luglio 2012 35

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 2, 4 agosto 2020, Tërshana c. Albania.

Abstract

Il rispetto del diritto alla vita, sancito dall'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si connota sotto un **duplice profilo, sostanziale e procedurale**. Il primo comporta che gli Stati siano obbligati a creare forme di legislazione dissuasive di comportamenti violenti; il secondo di detti aspetti involge – in riferimento ai casi connotati dalle caratteristiche di violenza di genere – il duplice onere per le autorità competenti di condurre le indagini con particolare efficienza e rapidità e, nel contempo, di fornire alla persona offesa tutte le informazioni in ordine allo svolgimento ed all'evoluzione delle medesime.

Il caso

Il caso posto all'attenzione della sentenza della Corte EDU nasce dal ricorso presentato da una **cittadina albanese** la quale, nel luglio 2009, era stata **sfigurata dall'acido** da un aggressore non identificato, mentre era per strada a Tirana, insieme ad una collega. Dopo il ricovero in ospedale, la donna – che al momento del ricovero presentava ustioni sul 25% del viso e della parte superiore del corpo – era stata trasferita in Italia, dove era stata sottoposta ad almeno quattordici interventi di ricostruzione tra il 2009 ed il 2012, continuando, peraltro, a soffrire di ansia ed altri problemi psicologici, essendo terrorizzata dall'idea di rientrare in Albania.

Le indagini erano **iniziate tempestivamente** nel luglio 2009, attraverso acquisizioni sia di prove testimoniali che attraverso lo svolgimento di rilevazioni tecniche ed intercettazioni telefoniche, essendo emersi elementi di sospetto nei confronti dell'ex marito della ricorrente, ma nessuna evidenza era stata raggiunta in ordine al coinvolgimento del predetto soggetto, né era stato comunque possibile acquisire elementi utili all'identificazione dell'aggressore.

La persona offesa, non avendo ricevuto ulteriori notizie dopo l'inizio delle indagini, nel marzo **2012** aveva autorizzato il "Centro Albanese per la riabilitazione del trauma e della tortura" – organizzazione indipendente, non governativa, operante dal 1993, specializzato nella riabilitazione di soggetti sottoposti a tortura ed a forme di violenza organizzate, nonché nella prevenzione della tortura – a seguire il caso. A partire dall'aprile 2012 si erano, pertanto, susseguite risposte interlocutorie da parte delle autorità competenti, a seguito delle richieste inoltrate dal predetto centro, sino al gennaio 2014, allorquando il Centro era stato informato che non era stato possibile identificare l'aggressore.

Dalla documentazione fornita dal Governo albanese nel corso del giudizio, inoltre, era emerso che **le indagini erano state prorogate nell'ottobre e nel dicembre 2009 a causa della loro complessità**, emergendo, in ogni caso, che allorquando il caso era stato sottoposto alla Corte EDU, la vicenda era ancora oggetto di indagini e che non erano state fornite ulteriori notizie aggiornate circa lo stato delle stesse.

All'esito dei detti accertamenti le investigazioni, quindi, **erano state interrotte**.

Peraltro, **il codice di procedura penale albanese non prevede alcun possibilità di reclamo avverso la decisione della pubblica accusa di sospendere le indagini**, come ribadito da decisioni giurisdizionali dell'A.G. albanese citate in sentenza.

La ricorrente aveva fatto istanza al Ministro della Giustizia albanese in base alla Convenzione Europea sulla compensazione delle vittime di reati commessi con la violenza, nonché, sempre in base alla citata Convenzione, aveva avanzato richiesta di risarcimento dei danni innanzi alla competente Autorità giudiziaria di Tirana, nei confronti del Ministero della Giustizia albanese.

La ricorrente aveva, infine, articolato il ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo in riferimento alla violazione degli artt. 2, 3 ed 8 della Convenzione EDU, per avere le autorità fallito nella protezione della sua vita, nonché nell'avere fallito nella conduzione di rapide ed effettive indagini volte all'identificazione dell'autore del fatto ed all'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti.

Le osservazioni e le Conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

In riferimento all'art. 2 § 1 CEDU – secondo il quale "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena" – la sentenza ha osservato che il rispetto del diritto alla vita si connota sotto un duplice profilo, sostanziale e procedurale.

Il primo comporta che gli Stati siano obbligati a **creare** forme di **legislazione dissuasive** da comportamenti violenti, soprattutto per le autorità che godono del potere di uso legittimo della forza. Quanto al profilo procedurale, la sentenza rammenta che **l'obbligo positivo dello Stato** di salvaguardare la vita di coloro che vivono all'interno della propria giurisdizione, postula indirettamente l'esigenza di **avviare indagini che siano concrete ed adeguate** quando una persona ha subito lesioni potenzialmente fatali in condizioni equivoche, come quella che si è prospettata nel caso in esame, in cui la ricorrente non aveva riconosciuto il suo aggressore, pur sospettando che il mandante dell'aggressione fosse il suo ex marito, che già in passato aveva minacciato di ucciderla.

In particolare, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 2 della Convenzione anche indipendentemente dalla responsabilità diretta dello Stato nella morte di una persona ritenendo, peraltro, che la tutela approntata dalla norma si estenda anche ai casi in cui la vita della persona sia stata oggetto di condotte offensive che l'abbiano messa a rischio, benché la persona stessa sia sopravvissuta, come nel caso in esame.

In ogni caso, la Corte – nel replicare ad un'eccezione del Governo albanese – ha considerato che un efficiente sistema penale necessita l'adozione di strumenti in grado di funzionare come

deterrente contro le minacce al diritto alla vita, in tal senso non potendo essere considerati sufficienti i rimedi in sede civile, soprattutto considerate le obbligazioni assunte dagli Stati ai sensi dell'art. 2 della Convenzione EDU. Inoltre, **alla ricorrente** era stato **impedito di opporsi** alla decisione delle autorità giudiziarie di non proseguire nelle indagini, non essendo previsto dal codice di procedura penale albanese alcuno strumento processuale in tal senso, come, peraltro, confermato dalla decisione adottata dalla Corte costituzionale albanese in data 18 gennaio 2013, con cui era stato sancito che rientra nella sfera discrezionale dell'autorità preposta alle indagini riaprire o meno le indagini, come testualmente previsto dall'art. 326 del codice di procedura penale albanese.

Sotto l'aspetto sostanziale, quindi, la Corte ha reiterato il principio secondo cui l'art. 2 § 1 della Convenzione onera gli Stati ad approvare adeguati rimedi per la salvaguardia dei soggetti sottoposti alla giurisdizione, attraverso l'adozione di strumenti efficaci di prevenzione e repressione; fermo restando che – considerati fattori quali l'imprevedibilità della condotta umana e la necessità di operare scelte in riferimento alle risorse disponibili – gli Stati non possono essere gravati da oneri sproporzionati, in riferimento ad ogni rischio prospettato; perché sorga un'obbligazione in tal senso è, quindi, necessario che le autorità conoscano o siano messe nella doverosa possibilità di conoscere la sussistenza di un rischio, reale ed imminente, per la vita di una persona come conseguenza di una condotta criminale.

In tale prospettiva, tenuto conto della legislazione nazionale albanese e della tempistica di intervento delle competenti autorità nel caso di specie, la Corte EDU ha rilevato come la ricorrente non si fosse mai, in alcun modo, rivolta, prima dell'aggressione subita, alle competenti autorità, in tal modo rendendo inesigibile l'adozione di qualsiasi tipo di intervento preventivo o protettivo in suo favore, rendendo impossibile, pertanto, individuare una responsabilità dello Stato nella mancata adozione di adeguate misure preventive.

Sotto l'aspetto procedurale la Corte di Strasburgo ha ribadito che l'obbligo per gli Stati di salvaguardare le vite delle persone assoggettate alle rispettive giurisdizioni – quando sussistano le predette condizioni di sussistenza dell'obbligo medesimo – implica lo svolgimento di efficienti e tempestive indagini, idonee ad accertare le cause dell'aggressione ed identificarne il responsabile nella prospettiva dell'adeguata punizione, con particolare diligenza in tutti i casi in cui si verta in vicende di violenza domestica o di violenza contro le donne.

Inoltre, **le indagini** devono essere **accessibili alle vittime** ed ai loro familiari, in funzione della salvaguardia dei loro interessi.

In riferimento alla situazione specifica dell'Albania, la Corte di Strasburgo ha rilevato come i reports internazionali avessero ripetutamente evidenziato una notevole incidenza della violenza contro le donne almeno a far data dal 2003, mentre, tra il 2006 ed il 2012, i predetti documenti avessero indicato una risposta giudiziaria ed investigativa complessivamente sottodimensionata, fondata su approcci investigativi inadeguati, sulla base di specifiche ragioni socio-culturali nel confronto con la violenza di genere; ciò aveva condotto, nel 2017, ad un incremento delle violenze domestiche e delle vittime rispetto alle altre forme di reati.

Proprio in un contesto come quello descritto, quindi, la sentenza ha sottolineato come le investigazioni assumano un'importanza ancora maggiore, con un accresciuto onere, da parte delle competenti autorità, di condurle in maniera diligente, al fine di rendere effettive le norme di legge vigenti, come più volte reiterato dalle raccomandazioni del Comitato di controllo operante in riferimento alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne.

Nel caso in esame, la Corte EDU ha osservato che le indagini erano state attivate tempestivamente ed ad ampio raggio, ivi inclusa la perquisizione dell'appartamento del soggetto sospettato di essere l'autore dell'aggressione; ciò nonostante, le autorità non erano state in grado di giungere ad accertamenti definitivi e conclusivi, **non essendo stato possibile in particolare, accertare la natura della sostanza utilizzata** come strumento dell'aggressione, mancando le necessarie strumentazioni tecniche funzionali a tali accertamenti; inoltre, gli organi investigativi coinvolti avevano entrambi negato di essere competenti allo svolgimento di determinati accertamenti tecnici.

In tale contesto, hanno stigmatizzato i Giudici di Strasburgo, non appare accettabile che un accertamento investigativo di cruciale importanza come quello descritto – funzionale ad individuare la sostanza utilizzata per l'aggressione – non sia stato condotto con la necessaria competenza e speditezza, non avendo le autorità giudiziarie locali provveduto ad identificare ed investire le istituzioni specializzate nello svolgimento degli accertamenti tecnici decisivi per la progressione delle indagini.

Infine, **la decisione di sospendere le indagini** del caso, intervenuta nel febbraio 2010 e **non suscettibile di reclamo**, non aveva consentito di raggiungere alcuna conclusione circa la sostanza utilizzata; in più, nonostante le ripetute richieste, la ricorrente non era riuscita ad ottenere alcuna informazione né alcuna risposta ufficiale, non potendo, sotto altro aspetto, far valere le doglianze concernenti ogni eventuale carenza od omissione investigativa, né potendo in alcun modo formulare istanza di prosecuzione delle indagini, né, per giunta, avendo alcuna possibilità di agire per i danni, non essendo stato identificato l'autore dell'aggressione.

Conclusivamente, alla luce delle specifiche emergenze del caso, la decisione di non proseguire nelle indagini, adottata dal procuratore distrettuale sin dal 2010, ha costituito una risposta inadeguata all'aggressione, in **violazione dell'art. 2** della Convenzione, in riferimento all'aspetto procedurale individuato dalla norma a carico degli Stati.

ART. 2 CEDU

USO ILLECITO DI ARMI - OBBLIGO DI ADOZIONE DI MISURE DI PROTEZIONE - SUSSISTENZA - CONDIZIONI - FATTISPECIE - STRAGE IN UNA SCUOLA.

Corte EDU, Prima Sezione, 17 settembre 2020, Kotilainen e altri c. Finlandia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-204603>

CLASSIFICAZIONE

ART. 2 CEDU – DIRITTO ALLA VITA – OBBLIGO DI ADOTTARE SPECIFICHE MISURE DI PROTEZIONE IN PRESENZA DI UN RISCHIO RIGUARDANTE PERSONE NON IDENTIFICABILI IN ANTICIPO – STRAGE IN UNA SCUOLA - PREVENTIVA CONOSCENZA DA PARTE DELLE AUTORITÀ DI UN RISCHIO GENERICO CONCERNENTE LA CONDOTTA DELL'ATTENTATORE CUI ERA STATO RILASCIATO IL PORTO DI ARMI – OMESSO PREVENTIVO SEQUESTRO DELL'ARMA DA PARTE DELLE AUTORITÀ - **INOSSERVANZA DEL DOVERE DI DILIGENZA DA PARTE DELLE AUTORITÀ IN RIFERIMENTO ALL'ELEVATO RISCHIO PER LA VITA DERIVANTE DA UN USO ILLECITO DELLE ARMI – SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione E.D.U., art. 2

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte E.D.U.: *Corte EDU, 25/2/1997, Z c. Finlandia; Corte EDU, 28/10/1998, Osman c. Regno Unito; Corte EDU, 3/4/2001, Keenan c. Regno Unito; Corte EDU, 24/10/2002 Mastromatteo c. Italia; Corte EDU, 30/11/2004, Öneriyıldız c. Turchia; Corte EDU, 1/3/2005, Bone c. Francia; Corte EDU, 15/12/2009, Maiorano e altri c. Italia; Corte EDU, 24/3/2011, Giuliani e Gaggio c. Italia; Corte EDU, 17/1/2012, Choreftakis e Choreftaki c. Grecia; Corte EDU, 30/10/2012, P. e S. c. Polonia; Corte EDU, 29/4/2014, L.H. c. Lettonia; Corte EDU, 18/9/2014, Bljakaj e altri c. Croazia; Corte EDU, Cavit Tınarlıoğlu c. Turchia, 2/2/2016; Corte EDU, 4/10/2016, Cevrioğlu c. Turchia; Corte EDU, 13/4/2017, Tagayeva e altri c. Russia; Corte EDU, 19/12/2017, Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo; Corte EDU, 31/1/2019, Fernandes de Oliveira c. Portogallo; Corte EDU, 25/6/2019, Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania.*

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 17 settembre 2020, ric. n. 62439/12 Kotilainen e altri c. Finlandia.
Abstract

La Corte EDU ha ritenuto **sussistente la violazione dell'art. 2 CEDU**, sotto il profilo sostanziale, in relazione alla strage compiuta da un giovane ventiduenne, cui era stato precedentemente rilasciato il porto d'armi, all'interno dell'istituto professionale dallo stesso frequentato. In particolare, la Corte EDU ha ritenuto che, in considerazione dell'elevato rischio per la vita derivante dall'uso illecito delle armi da sparo, pur in assenza di una situazione di rischio specifico per la vita delle vittime, nota alle autorità, sussiste a carico di queste un dovere specifico di adottare misure di protezione - nel caso di specie, disponendo il sequestro dell'arma - ove emergano delle circostanze di fatto che possano porre in dubbio la persistenza dei requisiti richiesti dalla legge per il possesso di armi.

Il caso

Il 23 settembre 2008 un giovane ventiduenne, al quale nei mesi precedenti era stato regolarmente rilasciato il porto d'armi, si rendeva responsabile di una strage all'interno dell'istituto professionale dallo stesso frequentato dove uccideva, utilizzando la sua arma da sparo, dieci persone (di cui nove studenti), suicidandosi successivamente.

Circa cinque giorni prima della strage, la polizia locale era stata allertata in relazione a del materiale pubblicato su internet dall'attentatore, che, tuttavia, non conteneva alcun riferimento specifico all'istituto professionale. Era, inoltre, emerso che il giovane era iscritto ad un gruppo denominato "Zero ore: massacro alla Columbine High" dove aveva anche commentato un film sulla strage perpetrata in quella scuola come "il miglior divertimento del mondo".

Sulla base di tali circostanze, l'ispettore che si era occupato del rilascio del porto d'armi, aveva convocato il giovane e, ottenute generiche spiegazioni su tali comportamenti, aveva ritenuto di non disporre il sequestro dell'arma in suo possesso, limitandosi ad un avviso orale.

Successivamente alla strage, erano stati avviati sia un procedimento penale contro l'ispettore (per i reati di omicidio colposo e per la violazione del dovere d'ufficio in relazione all'omesso sequestro dell'arma) che un'indagine governativa.

L'ispettore veniva condannato solo in relazione all'omesso sequestro dell'arma e, in considerazione dell'impatto mediatico del caso sulla sua vita, la Corte di appello gli comminava la pena dell'ammonizione. Venivano, inoltre, rigettate le richieste risarcitorie presentate dai parenti delle vittime in considerazione dell'assenza di un nesso di causalità tra la condotta negligente dell'ispettore e il decesso delle vittime, non ravvisandosi, altresì, alcuna violazione dell'art. 2 CEDU da parte dello Stato.

Il ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

I ricorrenti hanno adito la Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 2 della Convenzione in conseguenza dell'omessa adozione da parte della polizia locale delle misure necessarie a prevenire la sparatoria nella scuola in quanto, sulla base del comportamento tenuto dall'attentatore nei giorni precedenti la strage, era insorto un rischio specifico per la vita delle vittime.

La decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

La Corte, nel richiamare la propria precedente giurisprudenza sul valore fondante del bene tutelato dall'art. 2 e sulle obbligazioni positive che ne conseguono a carico degli Stati, ha, innanzitutto, escluso che nel caso in esame potesse ravvisarsi la violazione del dovere generale di protezione che impone allo Stato l'adozione di un adeguato quadro normativo e amministrativo che garantisca la sicurezza pubblica.

In particolare, la Corte ha espressamente qualificato **l'uso delle armi** quale **attività pericolosa**, in relazione alla quale, secondo il proprio consolidato indirizzo ermeneutico, si richiede agli Stati di disciplinarne, tra l'altro, gli aspetti concernenti l'autorizzazione, l'organizzazione, la sicurezza e il controllo, rendendo obbligatoria l'adozione di misure di protezione per la sicurezza pubblica.

Esclusa, dunque, una carenza sul piano regolamentare, la Corte ha focalizzato la propria attenzione sull'eventuale sussistenza della violazione dell'ulteriore obbligazione positiva discendente dall'art. 2.

Tale obbligazione è stata generalmente declinata dalla precedente giurisprudenza della Corte quale espressione dell'obbligo di adottare specifiche misure di protezione a tutela della **vita di uno o più individui previamente identificati**, ove esposta ad un **rischio concreto ed imminente** derivante dalla condotta propria o di un altro individuo. Non si tratta, tuttavia, di un'obbligazione assoluta in quanto la sua insorgenza è condizionata alla prova del fatto che le autorità fossero a conoscenza, o dovessero essere a conoscenza, dell'esistenza di tale situazione di rischio.

In alcuni casi tale obbligazione positiva è stata estesa anche a situazioni in cui il rischio, concreto ed imminente, riguardava **la vita di individui non identificabili in anticipo** (si richiamano, in relazione a casi concernenti le condizioni di vita detentiva o la concessione della liberazione condizionale a detenuti pericolosi, le sentenze emesse il 24/10/2002, Mastromatteo c. Italia ed il 15/12/2009, Maiorano e altri c. Italia; nonché la sentenza emessa il 18/9/2014 nel caso Bljakaj e altri c. Croazia in cui fu ravvisata la violazione dell'art. 2 in relazione all'omicidio commesso da un soggetto affetto da disturbi mentali, con precedenti relativi ad atti violenti, possesso illecito di armi e abuso di sostanze alcoliche, che aveva ucciso la moglie e il suo avvocato. In tal caso, infatti, nonostante la condotta omicida si fosse inserita in un contesto di violenza domestica, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 2 anche in relazione alla tutela della vita del difensore, benché questo non fosse identificabile in anticipo quale potenziale vittima).

Nel caso concreto, la Corte ha escluso l'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita delle vittime, considerando che, come rilevato anche dai giudici nazionali, dal materiale pubblicato su internet dall'attentatore non emergeva alcun elemento che rendesse prevedibile l'attentato alla scuola.

Tuttavia, tenuto conto della natura pericolosa dell'uso delle armi da sparo, la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'obbligo di protezione, riferito alla collettività e non ad individui già individuati in anticipo, contro potenziali condotte criminose poste in essere da uno o più individui. Ciò in quanto, proprio per l'elevato rischio per la vita derivante da un uso indebito delle armi da

sparo, lo Stato deve predisporre ed attuare misure adeguate ed efficaci volte a contrastare e prevenire ogni uso improprio o pericoloso di tali armi. In particolare, con riferimento al caso concreto, ad avviso della Corte, gli elementi di fatto emergenti dal materiale pubblicato erano idonei a far sorgere il concreto dubbio della permanenza dei requisiti che legittimavano un lecito possesso di armi da sparo.

Il punto nodale della decisione attiene proprio alla omessa adozione del provvedimento di sequestro dell'arma, legittimo in base all'ordinamento dello Stato e reputato dalla Corte quale misura minima idonea a prevenire e contrastare il pericolo per la vita, sia pure di soggetti non identificati in anticipo, derivante da un uso illecito dell'arma ed emergente dal materiale pubblicato su internet dall'attentatore. Sulla base di tale ultima considerazione, la Corte, pur concordando con le valutazioni dei giudici nazionali circa l'insussistenza di un nesso di causalità tra l'omesso sequestro dell'arma e la successiva strage, ha ravvisato una violazione dell'art. 2, sotto il profilo sostanziale.

ART. 2 CEDU

DEGENTE MINORE - STATO VEGETATIVO PERMANENTE - ORDINE GIUDIZIALE DI INTERRUZIONE DELLA VENTILAZIONE MECCANICA - LESIONE DEL DIRITTO ALLA VITA - ESCLUSIONE.

DEGENTE MINORE - STATO VEGETATIVO PERMANENTE - ORDINE GIUDIZIALE DI INTERRUZIONE DELLA VENTILAZIONE MECCANICA - RICORSO DELLA MADRE - DEDOTTA LESIONE DEL DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Quarta Sezione, 20 aprile 2021, Parfitt c. Regno Unito

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-209750>

CLASSIFICAZIONE

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

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, artt. 2-8

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Gard e altri c. Regno Unito (dec.), n. 39793/17, §§ 40-50, 27/6/2017); *Lambert e altri c. Francia* [GC], n. 46043/14, § 124, ECHR 2015; *Glass c. Regno Unito*, n. 61827/00, (dec.), 18/3/2003; *Vavříčka e altri c. Repubblica ceca* [GC], nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 e 43883/15, § 288, 8/4/2021.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., 20 aprile 2021, caso *Parfitt c. Regno Unito*, n. 18533/21

Abstract

- *La quarta sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato inammissibile, per manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 35 § 3 della Convenzione, il ricorso proposto dalla madre di una bambina degente in ospedale in stato vegetativo, avverso l'ordine giudiziale di interruzione del mantenimento in vita della stessa mediante ventilazione meccanica.*

- *Ha escluso la violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione, affermando la compatibilità tra il diritto nazionale e il diritto convenzionale, sulla base del riconoscimento di un margine di discrezionalità degli Stati nell'individuazione delle soluzioni migliori per la cura degli interessi e per la tutela della salute dei pazienti.*

- *Per le medesime ragioni, ha negato vi sia stata violazione della tutela della vita privata e familiare della ricorrente, per avere i giudici nazionali garantito il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti, consentendo la piena partecipazione al processo della famiglia della minore e*

di numerosi esperti, al fine di pervenire a decisione conforme al preminente interesse della minore.

Il caso

La ricorrente è la madre di una bambina, nata nel 2015, alla quale, all'età di venti mesi, è stata diagnosticata una rara condizione definita Encefalopatia Acuta Necrotizzante (ANE), dalla quale sono derivati gravi danni cerebrali che hanno comportato nei mesi successivi il peggioramento delle sue condizioni di salute (riassunte sulla scorta delle prove scientifiche).

Nel marzo del 2020, il *National Health Service Trust* (NHS), responsabile dell'ospedale in cui la minore è in cura, si è rivolto al Tribunale per ottenere l'autorizzazione alla interruzione del trattamento di mantenimento in vita.

Gli interessi della minore sono stati rappresentati da un tutore, soggetto indipendente appositamente nominato dal Tribunale che, con l'assistenza di propri avvocati incaricati per conto della minore, ha aderito alla domanda presentata dal *Trust*, mentre la madre della bambina si è opposta, chiedendo che il trattamento terapeutico prosegua in ambiente domestico.

Nei vari gradi di giudizio, la ricorrente e il *Trust* si sono avvalsi del patrocinio di avvocati esperti e sono stati acquisiti pareri da parte di dodici specialisti di fama.

Mentre l'opinione dei medici curanti è stata unanime nel considerare la proposta della madre contraria all'interesse della figlia (ritenendo che vi fossero limitate possibilità di sopravvivenza per la bambina ove fosse stata dimessa, in quanto la sua condizione richiede trattamenti specifici disponibili solo in ospedale), alcuni specialisti indipendenti hanno riconosciuto la praticabilità di una gestione in ambiente esterno, pur affermando che la transizione richiederebbe almeno sei mesi per approntare i macchinari necessari (quali un ventilatore portatile) e praticare interventi di tracheotomia (per assicurare la ventilazione, operazione che, tuttavia, i medici curanti si sono dichiarati contrari a effettuare a tale scopo) e di gastrostomia (per sostituire il tubo nasogastrico per l'alimentazione); la bambina, inoltre, avrebbe bisogno di assistenza giornaliera continua. Tutti gli esperti hanno dichiarato che le aspettative di vita a casa sarebbero più basse rispetto alla sua permanenza in terapia intensiva ospedaliera.

Il giudice, tra le tre opzioni in campo (supporto ventilatorio meccanico in terapia intensiva; avviamento di un processo inteso a trasferire la paziente in ambiente domestico con un macchinario di ventilazione portatile; interruzione del trattamento di mantenimento in vita con supporto ventilatorio) ha affermato che il mantenimento tramite il supporto ventilatorio meccanico non garantisce il migliore interesse della minore, in quanto, a causa del permanente stato vegetativo, non apporta alcun beneficio medico alla sua condizione; quanto alla possibilità di trasferimento in ambiente domestico, che vi sono remote possibilità, sulla base delle prove a disposizione, che il periodo di transizione si concluda positivamente e, in ogni caso, che si arrecherebbe un danno alle già precarie condizioni della minore, senza che la bambina possa godere dell'ambiente domestico e relazionarsi con gli altri, rigettando l'argomento difensivo della

madre, basato sullo stato di incoscienza della bambina, atteso che la valutazione deve essere condotta dal punto di vista del minore, senza considerare il benessere arrecato agli altri.

Pertanto, accogliendo la domanda del *Trust*, ha ritenuto nel migliore interesse della bambina che non le sia praticata la tracheotomia e che sia interrotta la ventilazione meccanica, stabilendosi delle limitazioni ai trattamenti successivi, al fine di assicurarle la possibilità di morire.

La madre della bambina ha interposto appello, contestando la valutazione del giudice sotto plurimi profili: con riferimento alla ritenuta dannosità del trattamento volto a prolungare la vita della minore, stante il suo stato di incoscienza; all'assenza di benefici di una cura domiciliare; alla valutazione della prospettiva della ricorrente, supportata da pareri di esperti, sempre considerato il difetto di sofferenze fisiche in caso di prolungamento della vita della bambina; alla conclusione che non sia nel suo migliore interesse intraprendere il processo per giungere alla ventilazione portatile.

La Corte d'Appello ha dichiarato inammissibili il primo, il terzo e il quarto motivo, esaminando il secondo, rispetto al quale è giunta alla conclusione secondo cui, in base alle circostanze del caso concreto, gli eventuali benefici di un trattamento domiciliare sarebbero vanificati da altri fattori che danneggerebbero l'interesse della minore.

In data 1° aprile 2021, la Corte Suprema ha dichiarato inammissibile il ricorso.

Sempre nell'aprile 2021, la ricorrente ha ottenuto, a norma dell'art. 39 del Regolamento della Corte EDU, la sospensione dell'ordine di interruzione del mantenimento in vita.

Nel ricorso alla Corte EDU, la ricorrente ha lamentato:

- violazione dell'art. 2 della Convenzione, quanto ai diritti della minore;
- violazione dell'art. 8, per essere stata la decisione presa dallo Stato e non dalla madre e per non avere i giudici nazionali tutelato l'interesse alla vita familiare;
- violazione dell'art. 3, in quanto la somministrazione di farmaci oppiacei sarebbe stata inumana e degradante;
- violazione dell'art. 6, poiché i tribunali nazionali non sono stati indipendenti e la decisione avrebbe dovuto esser presa da una giuria di suoi pari;
- violazione dell'art. 1 Protocollo 12, per discriminazione della famiglia sulla base delle sue origini sociali e nazionali;
- violazione dell'art. 1 Protocollo 13, avendo un giudice imposto di fatto una condanna a morte;
- violazione dell'art. 13 CEDU, per essere stato negato il diritto a un ricorso effettivo;
- violazione dell'art. 14 CEDU, in combinato disposto con gli artt. 2 e 8, per trattamento discriminatorio della minore per motivi di salute.

La Corte EDU ha dichiarato manifestamente infondato il ricorso ritenendo insussistenti le violazioni dedotte e soffermandosi essenzialmente su quelle inerenti agli artt. 2 e 8 della Convenzione.

Il merito

La violazione dell'art. 2 CEDU

La Corte ha operato il vaglio del caso concreto prendendo le mosse dai precedenti *Lambert e altri c. Francia* [GC], n. 46043/14, § 124, 2015 e *Gard e altri c. Regno Unito* (dec.), n. 39793/17, § 80, 27 giugno 2017. Nel primo precedente citato, peraltro, la Corte aveva esaminato la questione dell'interruzione del trattamento artificiale di mantenimento in vita, dal punto di vista degli obblighi positivi dello Stato, tenuti distinti nelle due ipotesi di interruzione terapeutica e di volontaria soppressione della vita e ha ritenuto di utilizzare il medesimo approccio anche nel caso in esame. Ha, dunque, individuato i parametri cui è solita attenersi allorché è chiamata al controllo di coerenza degli obblighi dello Stato rispetto all'art. 2 (i. se, nel diritto e nella prassi nazionali, esista un quadro normativo compatibile con i requisiti di cui all'articolo citato; ii. se siano stati presi in considerazione i desideri precedentemente espressi dal paziente e dalle persone più prossime e il parere di personale medico esterno; iii. se sia stata assicurata la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria in caso di incertezze circa la decisione migliore nell'interesse del paziente).

Ricorda la Corte, proprio con riferimento al fine vita (ma anche all'inizio vita), di avere già riconosciuto agli Stati un margine di discrezionalità, non solo in merito alla possibilità di interrompere il mantenimento in vita artificiale, ma anche in relazione agli strumenti funzionali a garantire un bilanciamento tra la tutela della vita dei pazienti e la garanzia del rispetto della loro vita privata e familiare.

In merito al primo dei tre parametri suindicati, ha affermato la piena compatibilità tra la legislazione interna del Regno Unito a tutela del diritto alla vita e l'art. 2 della Convenzione [richiamando, oltre a *Gard e altri c. Regno Unito* cit., § 81, anche *Glass v. the United Kingdom*, no. 61827/00, (dec.), 18 marzo 2003].

Ha, poi, ritenuto pienamente soddisfatto anche il secondo criterio.

I giudici nazionali hanno avuto a disposizione le opinioni di ben dodici, stimati esperti che si sono espressi sulla trattabilità della paziente in ambiente domestico (anche gli esperti indipendenti hanno evidenziato le minori aspettative di vita a casa, rispetto alla terapia intensiva e le scarse possibilità di realizzare la transizione a un sistema di ventilazione a lungo termine in ambiente domestico). Alla luce del margine di discrezionalità riconosciuto in tali situazioni, i giudici nazionali hanno attentamente vagliato non solo le opinioni e i desideri espressi dalla madre della bambina, ma anche le dichiarazioni dei medici, concordi nel ritenere che la prosecuzione del trattamento di ventilazione meccanica non costituisce la migliore opzione nell'interesse della minore. La Corte d'appello ha dato conto dell'attenzione riservata dal primo giudice alle prospettazioni della ricorrente, rigettate sulla scorta delle evidenze raccolte. Gli interessi della minore sono stati rappresentati in maniera separata dal tutore nominato dal Tribunale e da avvocati esperti che hanno aderito alla domanda del *Trust*. Lo stato vegetativo della bambina non ha consentito di prendere in considerazione i benefici derivanti da un ambiente domestico. I giudici, che pure si sono chiesti se ci fosse "qualcosa da perdere" in un trasferimento della bambina in ambiente domestico, dal momento che nessun esperto ha affermato che restare attaccata al respiratore in terapia intensiva sia nel suo migliore interesse, hanno però concluso

che le terapie invasive cui è sottoposta costituiscono un peso continuo che non le assicura alcun beneficio.

Quanto al terzo parametro, la Corte ha riconosciuto che il *Trust* si è correttamente rivolto al Tribunale per ottenere l'autorizzazione e gli ordini necessari a procedere alla interruzione del trattamento.

La violazione dell'art. 8

Quanto a tale parametro, la Corte, ammessa l'interferenza dei giudici nazionali rispetto alla vita familiare della ricorrente, ha affermato che è opportuno valutarne la proporzionalità rispetto al legittimo scopo perseguito, ovvero la protezione dei diritti e delle libertà della bambina.

Ancora una volta, ha richiamato *Gard e altri c. Regno Unito* cit. (§§ 114-125, 27), per confermare la legittimità dell'intervento dei tribunali in caso di divergenza di opinioni tra i genitori e i medici circa le scelte terapeutiche più opportune per i pazienti. I giudici nazionali, nella specie, non hanno adottato decisioni arbitrarie; in entrambi i gradi di giudizio, il loro vaglio è stato meticoloso e approfondito; tutte le parti sono state separatamente rappresentate; sono stati acquisiti pareri specialistici altamente qualificati; le motivazioni delle decisioni sono state chiare e complete.

L'applicazione, da parte del giudice nazionale, del criterio del migliore interesse del bambino rientra nell'ambito della discrezionalità concessa agli Stati nel tentativo di trovare un equilibrio tra la tutela della vita dei pazienti e quella della vita privata e dell'autonomia personale (sul punto richiamando *Vavříčka e altri c. Repubblica ceca* [GC], nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 e 43883/15, § 288, 8 Aprile 2021, in cui si è, per l'appunto, sancito l'obbligo degli Stati di porre l'interesse dei bambini al centro delle decisioni aventi a oggetto la loro salute e il loro sviluppo).

I restanti reclami della ricorrente

La Corte ha rilevato che le violazioni degli artt. 3 e 6 della CEDU, dell'art. 1 del protocollo 13 e dell'art. 14 della Convenzione non erano state sollevate dinanzi ai giudici nazionali e le ha, pertanto, dichiarate manifestamente infondate.

Alle medesime conclusioni è giunta quanto alla violazione dell'art. 13 della Convenzione, poiché le argomentazioni della ricorrente sono state analiticamente esaminate in primo grado ed è stato garantito un giudizio di appello.

Infine, la Corte ha dichiarato *ratione personae* incompatibile il ricorso, quanto alla violazione dell'art. 1 del Protocollo 12 della Convenzione (dedotta in relazione all'allegata discriminazione della famiglia sulla base delle sue origini sociali e nazionali), per mancanza di ratifica di esso da parte del Regno Unito e ha revocato il provvedimento interinale di sospensione dell'ordine di interruzione, adottato a norma dell'art. 39 del Regolamento della Corte EDU.

ART. 3 CEDU

RICHIEDENTE ASILO - LENTEZZA INGIUSTIFICATA DELLA PROCEDURA AMMINISTRATIVA DI ACCOGLIENZA - COSTRIZIONE A VIVERE IN STRADA - ASSENZA DI OGNI MEZZO PER POTER SODDISFARE I PROPRI BISOGNI ESSENZIALI - DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - VIOLAZIONE.

Corte EDU, Quinta Sezione, 20 luglio 2020, N.H. e altri c. Francia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203295>

CLASSIFICAZIONE

TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – RICHIEDENTI ASILO – LENTEZZA AMMINISTRATIVA OSTATIVA ALL'ACCESSO AL REGIME DI ACCOGLIENZA – CONSEGUENTE VITA PER STRADA PER MOLTI MESI, SENZA AUTORIZZAZIONE AL LAVORO E SENZA POSSIBILITÀ DI SODDISFARE I BISOGNI ESSENZIALI – ASSENZA DI UNA CRISI MIGRATORIA ECCEZIONALE INTEGRANTE UNA SITUAZIONE DI URGENZA UMANITARIA - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – SUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI: Art. 3 CEDU.

RIFERIMENTI DI DIRITTO EURO-UNITARIO:

Regolamenti CE del Consiglio n. 343/2003 (Dublino II) e del Parlamento e del Consiglio n. 604/2013 (Dublino III). Ai sensi dell'art. 16 del Regolamento n. 343/2003, lo Stato membro competente all'esame di una domanda d'asilo è tenuto a prendere in carico l'istante che ha presentato la richiesta in un altro Stato membro, così come è tenuto a riprendere in carico sia l'istante, la cui domanda sia in fase di esame (lett. c), sia il cittadino di uno Stato terzo, di cui ha rigettato la domanda (lett. e), i quali, senza esserne autorizzati, si trovino nel territorio di un altro Stato membro. A tale fine, ai sensi dell'art. 18, deve procedere alle verifiche necessarie e deliberare sulla richiesta di presa in carico entro due mesi dalla data dell'istanza. L'art. 17 prevede che lo Stato richiesto, laddove ritenga che sia competente altro Stato membro, può interpellarlo e sollecitarlo a prendere in carico il richiedente entro tre mesi; in caso contrario, la sua competenza si radica definitivamente. Analoga disciplina è confluita negli artt. 18ss. del Regolamento n. 604/2013.

Direttive CE del Consiglio 2003/9 (norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri) e UE del Parlamento e del Consiglio 2013/33 (procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale). Ai sensi dell'articolo 13 della direttiva CE 2003/9, gli Stati membri provvedono a che i richiedenti asilo abbiano accesso alle condizioni materiali d'accoglienza nel momento in

cui presentano la domanda di asilo ed adottano disposizioni relative alle condizioni materiali di accoglienza che garantiscano una qualità di vita adeguata per la salute ed il sostentamento dei richiedenti asilo, pur potendo subordinarne la concessione alla mancata disponibilità di mezzi sufficienti o, comunque, obbligare gli istanti a contribuire ai relativi costi laddove abbiano le risorse. Le condizioni materiali di accoglienza possono essere fornite in natura o in forma di sussidi economici o buoni o mediante una combinazione di queste misure. Come ha chiarito la **Corte di Giustizia, nella sentenza n. 179 del 27 settembre 2012**, la direttiva 2003/9/CE deve essere interpretata nel senso che uno Stato membro al quale sia stata presentata una domanda di asilo è tenuto a concedere le condizioni minime di accoglienza, sopportandone il relativo onere economico, anche ad un istante per il quale detto Stato decida, in applicazione del regolamento CE n. 343/2003, di indirizzare una richiesta di presa o ripresa in carico ad un altro Stato membro, ritenuto competente, cessando tale obbligo solo al momento del trasferimento effettivo del soggetto interessato dallo Stato membro richiedente a quello richiesto. La Corte ha sottolineato che il momento da cui le condizioni materiali di accoglienza, che comprendono alloggio, vitto e vestiario, nonché un sussidio per le spese giornaliere, devono essere riconosciute, coincide con quello della presentazione della richiesta e che l'economia generale e la finalità della direttiva 2003/9 nonché il rispetto dei diritti fondamentali (in particolare della dignità umana) escludono che un richiedente asilo venga privato della protezione minima riconosciuta dalla direttiva, anche soltanto per un periodo temporaneo, dopo la presentazione di una domanda di asilo, prima del trasferimento nello Stato competente. Nello stesso senso si è espressa la Corte, nella **sentenza n. 79 del 24 febbraio 2014**, in cui si è anche affermato che qualora uno Stato membro abbia scelto di concedere le condizioni materiali di accoglienza in forma di aiuti economici o buoni, i sussidi devono essere forniti dal momento di presentazione della domanda di asilo e devono essere di un importo tale da garantire un livello di vita dignitoso e adeguato per la salute e la disponibilità di un alloggio.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU): N.D. e N.T. c. Spagna [GC], n. 8675/15 e 8697/15, § 188, 13 febbraio 2020; M.S.S. c. Belgio e Grecia [GC], § 223, 21 gennaio 2011; Labita c. Italia [GC], n. 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV; Khlaifia e altri c. Italia [GC], n. 16483/12, § 158, 15 dicembre 2016; Svinarenko e Slyadnev c. Russia, [GC], n. 32541/08 e 43441/08, § 115, 17 luglio 2014; Chapman c. Regno Unito [GC], n. 27238/95, § 99, CEDH 2001-I; Müslim c. Turchia, n. 53566/99, § 85, 26 aprile 2005; Ilias e Ahmed c. Ungheria, ([GC], n. 47287/15, § 192, 21 novembre 2019; Budina c. Russia (déc.), n. 45603/05, 18 giugno 2009; Tarakhel c. Svizzera [GC], n. 29217/12, § 94, 4 novembre 2014; Sufi e Elmi c. Regno Unito, n. 8319/07 e 11449/07, § 283, 28 giugno 2011; F.H. c. Grecia, n. 78456/11, §§ 107-111, 31 luglio 2014.

Corte E.D.U., Sez. 5, 2 luglio 2020, ric. 28820/13 N.H. e altri c. Francia.

Abstract

Viola l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vieta trattamenti inumani o degradanti, lo Stato che, in considerazione della durata dei relativi procedimenti amministrativi,

la cui lentezza non sia giustificata da una situazione di urgenza umanitaria, ritardi per un consistente lasso temporale la presa in carico del richiedente asilo, che, non potendo svolgere lecitamente alcuna attività e dipendendo, pertanto, dall'intervenute delle pubbliche autorità, sia costretto a vivere per la strada, senza alcun mezzo per poter soddisfare i suoi bisogni essenziali (quali nutrirsi o lavarsi) e nella costante paura di essere aggredito e/o derubato.

Il caso

La presente decisione riguarda quattro richiedenti asilo in Francia, che hanno invocato l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale nessuno può essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti, sostenendo di non aver potuto beneficiare, a causa della lentezza dei relativi procedimenti amministrativi, della presa in carico finanziaria e materiale, prevista dall'ordinamento francese, e di essere stati conseguentemente costretti a dormire per la strada, per un consistente lasso temporale, in condizioni disumane e umilianti per molti mesi, nell'indifferenza delle autorità pubbliche, più volte sollecitate.

Le osservazioni della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ribadito che, pur non riconoscendo la Convenzione il diritto di asilo e rientrando nella sovranità degli Stati il controllo dell'ingresso e del soggiorno nel loro territorio nazionale dei soggetti che non ne sono cittadini, è configurabile una violazione dell'art. 3 della Convenzione nei confronti del richiedente asilo, da considerarsi come soggetto vulnerabile, allorché lo stesso, pur essendo completamente dipendente dagli aiuti pubblici, in quanto non autorizzato a svolgere alcuna attività lavorativa, sia lasciato in una situazione di privazione così grave da essere incompatibile con la dignità umana. Ciò non significa, tuttavia, che gli Stati debbano assicurare a tutti i richiedenti asilo un alloggio o un aiuto economico idoneo a garantire un determinato tenore di vita, ma piuttosto che non devono assoggettarlo ad un regime che comporti una violazione della sua dignità, suscitando sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità che ne compromettano la sua resistenza fisica e morale.

In considerazione dell'inderogabilità dell'art. 3 della Convenzione, non può esserne giustificata la violazione neppure in presenza di una crisi migratoria, sebbene nell'analisi dei fatti non possa prescindere dal contesto generale in cui si sono svolti. Ad ogni modo, il trattamento inumano o degradante è configurabile esclusivamente se si supera una soglia minima di gravità, la cui valutazione è relativa, in quanto dipende da una serie di condizioni, tra cui la durata, gli effetti fisici e mentali, e, talvolta, anche il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima.

Le conclusioni della Corte

La Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 della Convenzione 1) nei confronti di N.H. che, arrivato in Francia nel marzo 2013, dopo essere transitato per la Danimarca (non sollecitato dalla Francia della ripresa in carico), ha presentato domanda di asilo in data 4 aprile 2013, ma ha ottenuto solo nel novembre 2013 la protezione sussidiaria, vivendo *medio tempore* per la strada, senza alcun riparo per la notte e con accesso ai bagni pubblici solo una volta a settimana, così da non riuscire neppure a dormire, se non poche ore al giorno, per la paura di essere derubato, dopo aver subito un furto; 2) nei confronti di K.T. che, arrivato in Francia in data 7

gennaio 2013, ha subito presentato domanda di asilo (rigettata definitivamente nel dicembre 2014), ma ha ottenuto solo in data 21 maggio 2013 un permesso di soggiorno provvisorio per un mese, poi, prorogato sino al dicembre 2013, e ha ricevuto un sussidio giornaliero dell'importo di euro 11,20 a decorrere dal 15 luglio 2013, nel frattempo vivendo in una tenda, oggetto, peraltro, di furto; 3) nei confronti di A.J. che, arrivato in Francia in data 14 ottobre 2014 e recatosi in Prefettura in data 23 ottobre 2014 per presentare domanda di asilo, inizialmente non registrata, è stato alloggiato in alcuni giorni di novembre in un centro di accoglienza dotato di 14 bagni per 386 ospiti, collocati in un unico dormitorio, luogo di numerosi furti e violenze, e, poi, ha vissuto per la strada per un lungo periodo, prima di ottenere un sussidio economico ed un alloggio. La Corte ha, quindi, condannato la Francia al pagamento di euro 10.000,00 per danni morali ed euro 2396,80 per danni materiali nei confronti di N.H.; di euro 10.000,00 nei confronti di K.T. e di euro 12.000,00 nei confronti di A.J. per danni morali.

L'istanza di S.G., che ha ottenuto la registrazione della sua domanda di asilo dopo appena 28 giorni e ha iniziato a percepire dopo solo 63 giorni i sussidi economici, è stata, invece, rigettata, in quanto, pur avendo dovuto il ricorrente vivere inizialmente in una tenda, tali condizioni di esistenza, anche in ragione del breve lasso temporale, non hanno raggiunto una gravità tale da tradursi in un trattamento inumano o degradante.

Per mera completezza va precisato che la domanda del quinto ricorrente (G.I.) è stata cancellata dal ruolo.

ART. 3 CEDU

TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - DETENZIONE CARCERARIA - SUPERFICIE CALPESTABILE DELLA CELLA - MODALITÀ DI COMPUTO DELLO SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE - CONDIZIONI DI VIVIBILITÀ DELLA STRUTTURA PENITENZIARIA - ASSENZA DI RISCALDAMENTO - FATTORE AGGRAVANTE.

Corte EDU, Terza Sezione, 20 ottobre 2020, Badulescu c. Portogallo

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-205169>

CLASSIFICAZIONE

ISTITUTI DI PREVENZIONE E PENA – ART. 3 CEDU – **DIVIETO DI TRATTAMENTO INUMANI O DEGRADANTI** – GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE CONSOLIDATASI A SEGUITO DELLE DECISIONI NEI CASI “TORREGGIANI CONTRO ITALIA” E “MURSIC CONTRO CROAZIA” – SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE – SUPERFICIE CALPESTABILE DELLA CELLA – MODALITÀ DI COMPUTO DELLO SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE – CONDIZIONI DI VIVIBILITÀ DELLA STRUTTURA PENITENZIARIA – ASSISTENZA SANITARIA – VALUTAZIONE DI ULTERIORI ASPETTI DEL TRATTAMENTO DETENTIVO – FATTORI COMPENSATIVI – ART. 8 CEDU – **DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE.**

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Artt. 3, 8 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI PER L'ORDINAMENTO ITALIANO

Artt. 27, comma terzo, Cost., 1, 6, 35, 35-bis, 35-ter Ord. pen.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU

Mursic contro Croazia, n. 7334/2013, 12 marzo 2015; Bulatovic contro Montenegro, n. 67320/2010, 22 luglio 2014; Tereshchenko contro Russia, n. 33761/2005, 5 giugno 2014; Kanakis contro Grecia, n. 40146/2011, 12 dicembre 2013; Torreggiani contro Italia, n. 43517/2009, 8 gennaio 2013; Sulejmanovic contro Italia, 16 luglio 2009, n. 22635/2003; Andrei Frolov contro Russia, 29 marzo 2007, n. 205/2002.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. un., 24/09/2020, Commisso; Sez. 1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220-01; Sez. 1, n. 14258 del 23/01/2020, Inserra, Rv. 278898-01; Sez. 1, n. 5835 del 15/11/2018, Marsano, dep. 2019, Rv. 274874-01; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087-01; Sez. 1, n. 52819 del 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268831-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2014, Morello, Rv. 269514-01; Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, Berni, Rv. 257924-01.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 3, 20 ottobre 2020, ric. n. 33729/2018 Badulescu c. Portogallo.

Abstract

Con la pronuncia in esame la Corte EDU ha ulteriormente precisato gli **spazi applicativi dell'art. 3 CEDU**, che disciplina il divieto di trattamenti inumani o degradanti nei confronti del detenuto, intervenendo nel solco ermeneutico prefigurato dalle sentenze "Torreggiani contro Italia" e "Mursic contro Croazia".

Nel caso di specie, la violazione dell'art. 3 CEDU discendeva dal fatto che il Carcere di Porto, in Portogallo, dove Ionut Marian Badulescu era stato ristretto, tra l'ottobre 2012 e il marzo 2019, era sovraffollato durante tutto il periodo in cui il ricorrente aveva scontato la pena, all'interno di celle che prevedevano uno **spazio minimo individuale inferiore ai 3 metri quadri**.

Rispetto a tali condizioni di vivibilità carceraria la **mancaza di un sistema adeguato di riscaldamento delle celle** costituiva un fattore aggravante, che produceva uno stato di grave disagio, capace di determinare una situazione di angoscia del ricorrente e dunque idoneo a concretizzare un trattamento inumano.

La concomitanza di tali fattori determinava la concretizzazione di un trattamento degradante, secondo i parametri affermati dall'art. 3 CEDU.

Il caso

Il ricorrente, Ionut Marian Badulescu, è un cittadino trentanovenne di nazionalità rumena, attualmente detenuto a Tulcea, in Romania.

A seguito della condanna definitiva a nove anni e sei mesi di reclusione, riportata in Portogallo, il ricorrente veniva consegnato all'autorità giudiziaria portoghese e tradotto nel carcere di Porto, dove veniva ristretto per un periodo di sei anni e sei mesi.

Relativamente a questo periodo di carcerazione, Ionut Marian Badulescu si lamentava di essere stato detenuto in celle sovraffollate e di avere beneficiato di uno spazio personale ridotto e inadeguato rispetto ai suoi diritti individuali irrinunciabili.

Il ricorrente, al contempo, si lamentava del fatto che le cellule dell'istituto penitenziario portoghese fossero antigieniche, esposte alle oscillazioni termiche stagionali e prive di adeguata protezione della zona toilette, che non era divisa dalle altre aree interne.

Il ricorrente si lamentava ulteriormente del ritardo e dell'inadeguatezza delle cure odontoiatriche che aveva ricevuto durante la sua detenzione.

Il ricorrente, infine, denunciava l'insufficienza dei contatti telefonici con i suoi familiari, limitati a cinque minuti giornalieri.

Le conclusioni della Corte EDU

La Corte EDU disponeva l'accoglimento del ricorso proposto da Ionut Marian Badulescu limitatamente alle censure relative al trattamento degradante subito all'interno del Carcere di Porto.

Queste conclusioni discendevano dalla constatazione che il penitenziario portoghese, nel periodo in cui il ricorrente aveva scontato la pena, compreso tra l'ottobre del 2012 e il marzo del 2019, risultava sovraffollato. Tali condizioni di **sovraffollamento penitenziario**, del resto, oltre a risultare dai dati della popolazione carceraria allocata presso l'istituto di detenzione esaminato, erano state segnalate dal Mediatore Europeo nella sua relazione del 20 aprile 2017.

Si accertava, in particolare, che, durante la sua carcerazione, Ionut Marian Badulescu aveva usufruito di uno spazio detentivo individuale **stabilmente inferiore a 3 metri quadri**, oscillante tra la misura di 2,8 metri quadri per le celle destinate a due persone e la misura di 2,1 metri quadri per le celle collettive, all'interno delle quali ultime venivano allocati anche sei detenuti.

Queste condizioni di disagio logistico erano accentuate dal fatto che le celle dove il ricorrente era stato detenuto **non erano dotate di un adeguato sistema di riscaldamento**, con un ulteriore aggravamento della già precaria situazione detentiva dell'istante, che rilevava anche in considerazione del lungo periodo di carcerazione patito, di cui si è detto.

Il complesso delle disfunzioni logistiche e strutturali del penitenziario portoghese, pertanto, comportava la violazione dell'art. 3 CEDU, concretizzando un trattamento degradante nei confronti del ricorrente.

L'impugnazione di Ionut Marian Badulescu, infine, veniva rigettata per le residue censure difensive, riguardanti l'inadeguatezza delle cure mediche relative alle patologie odontoiatriche di cui soffriva e il tempo limitato con cui il detenuto poteva comunicare telefonicamente con i propri familiari; profilo, quest'ultimo, che involgeva la violazione dell'art. 8 CEDU.

Quanto, in particolare, al primo profilo, relativo all'**inadeguatezza delle cure mediche**, relative alle patologie odontoiatriche di cui soffriva il ricorrente, il respingimento della doglianza discendeva dalle insufficienti allegazioni difensive, che non consentivano di ritenere dimostrata la doglianza.

Quanto, invece, al secondo profilo, relativo alla durata limitata delle **comunicazioni telefoniche intrattenute tra il ricorrente e i suoi familiari**, quantificate in 5 minuti giornalieri, si riteneva che le forme di comunicazione privata del detenuto erano adeguate e rispettose delle indicazioni fornite dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani, che, nel corso del 2016, aveva visitato le strutture penitenziarie portoghesi, esprimendo un giudizio positivo.

Osservazioni finali

Con la decisione in esame la Corte EDU torna sul tema del **trattamento penitenziario inumano o degradante**, disciplinato dall'art. 3 CEDU, che deve essere inquadrato alla luce della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi a seguito delle decisioni dei casi "Torreggiani contro Italia" e "Mursic contro Croazia".

Questo tema, nel nostro ordinamento, è stato affrontato in correlazione alla questione dell'applicazione del rimedio riparatorio previsto dall'**art. 35-ter Ord. pen.**, su cui la giurisprudenza di legittimità si è confrontata a partire dalla prima delle due decisioni citate.

In questa cornice, la giurisprudenza italiana si è consolidata nel senso che, nelle ipotesi in cui lo spazio calpestabile individuale della cella sia inferiore alla misura di **3 metri quadri**, ci si trova di fronte a un'elevata presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, che può essere superata solo attraverso adeguati fattori compensativi. Tali fattori sono individuati nella durata della restrizione carceraria; nel grado di libertà di circolazione del detenuto; nell'offerta di attività collettive fuori dalle celle; nel carattere decoroso delle condizioni detentive (Sez. 1, n. 14258 del 23/01/2020, Inserra, Rv. 278898-01; Sez. 1, n. 52819 del 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268831-01).

Le decisioni sovranazionali intervenute nei casi "Torreggiani contro Italia" e "Mursic contro Croazia", dunque, hanno rappresentato il punto di riferimento convenzionale indispensabile per inquadrare le ipotesi di trattamenti penitenziari degradanti, atteso che, prima di esse, la Corte EDU non aveva fornito indicazioni univoche per definire le violazioni dell'art. 3 del testo convenzionale, con specifico riferimento allo **spazio individuale** di cui i detenuti dovevano usufruire durante la loro carcerazione.

A questi parametri ermeneutici la giurisprudenza nazionale si è conformata senza riserve, elaborando parametri articolati – che tengono conto delle dimensioni della cella, degli arredi presenti al suo interno e delle condizioni igieniche dell'unità detentiva – e correlando ulteriormente tali indici alle condizioni complessive della struttura penitenziaria di volta in volta esaminata, allo scopo di verificare la possibilità di applicare i fattori compensativi richiamati dalla decisione in esame (Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2014, Morello, Rv. 269514-01).

Da ultimo, **le Sezioni unite penali della Cassazione**, con sentenza pronunciata il 24 settembre 2020, hanno preso posizione riguardo ai criteri da adottare per calcolare lo spazio minimo di tre metri quadri, come individuato dalla giurisprudenza europea che ha elaborato l'interpretazione dell'art. 3 CEDU. Dalla informazione provvisoria diramata, in attesa della pubblicazione della motivazione, si evince che è stato riconosciuto che il computo vada fatto escludendo l'ingombro dovuto agli arredi tendenzialmente fissi al suolo.

ART. 3 CEDU

TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - DETENZIONE CARCERARIA - SUPERFICIE CALPESTABILE DELLA CELLA - MODALITÀ DI COMPUTO DELLO SPAZIO MINIMO INDIVIDUALE - CONDIZIONI DI VIVIBILITÀ DELLA STRUTTURA PENITENZIARIA - FATTORI COMPENSATIVI - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Terza Sezione, 24 novembre 2020, Bardali c. Svizzera

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-206407>

Classificazione

Istituti di prevenzione e pena – Art. 3 CEDU – **Divieto di trattamento inumani o degradanti** – Giurisprudenza sovranazionale consolidatasi a seguito delle decisioni dei casi “Torreggiani contro Italia” e “Mursic contro Croazia” – Spazio individuale minimo del detenuto – **Spazio individuale minimo di quattro metri quadri** stabilito dal Comitato dell’Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti – **Condizioni di vivibilità** della struttura penitenziaria – **Fattori compensativi** idonei ad attenuare le conseguenze di condizioni detentive inadeguate sotto il profilo dello spazio individuale.

Riferimenti normativi convenzionali

CEDU, art. 3.

Riferimenti normativi per l’ordinamento italiano

Cost., artt. 27, comma terzo; legge n. 354 del 1975, artt. 1, 6, 35, 35-bis, 35-ter .

Riferimenti giurisprudenziali

Sentenze della Corte EDU

Badulescu c. Portogallo, 20 ottobre 2020, n. 23190/2017; Mursic c. Croazia, 12 marzo 2015, n. 7334/2013; Bulatovic c. Montenegro, 22 luglio 2014, n. 67320/2010; Tereshchenko c. Russia, 5 giugno 2014, n. 33761/2005; Kanakis c. Grecia, 12 dicembre 2013, n. 40146/2011; Torreggiani c. Italia, 8 gennaio 2013, n. 43517/2009; Sulejmanovic c. Italia, 16 luglio 2009, n. 22635/2003.

Sentenza della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 30030 dell’11/09/2020, Adinolfi, Rv. 279793-01; Sez. U, n. 37218 del 24/09/2020, Comisso; Sez. 1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220-01; Sez. 5, n. 53731 del 07/06/2018, Mocanu, Rv. 275407-01; Sez. 1, n. 5835 del 15/11/2018, dep. 2019, Marsano, Rv.

274874-01; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087-01; Sez. 1, n. 52819 del 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268831-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2014, Morello, Rv. 269514-01.

Pronuncia segnalata

Corte EDU, Bardali contro Svizzera, 24 novembre 2020, ricorso n. 31623/2017.

Abstract

*Con la pronuncia in esame la Corte EDU, a breve distanza della decisione "Badulescu contro Italia" del 20 ottobre 2020, ha ulteriormente precisato, con riferimento ai detenuti, gli **spazi applicativi dell'art. 3 CEDU**, che disciplina il divieto di trattamenti inumani o degradanti, in linea con le sentenze "Mursic c. Croazia" del 12 maggio 2015 e "Torreggiani c. Italia" dell'8 gennaio 2013.*

*Nel caso di specie, è stata esclusa la violazione dell'art. 3 CEDU, relativamente alla detenzione di 98 giorni patita da Akram Bardali presso il Carcere di Champ-Dollon, in Svizzera, pur essendo incontrovertito che il detenuto avesse beneficiato di uno spazio individuale minimo di 3,39 metri quadri, inferiore alla misura di 4 metri quadri stabilita, nelle sue raccomandazioni, dal **Comitato dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti**, atteso che le buone condizioni di vivibilità complessiva del periodo di reclusione costituivano un fattore compensativo, sicuramente influente, rispetto alle modeste dimensioni della cella di allocazione del ricorrente.*

*Tali **fattori compensativi**, analiticamente vagliati dalla Corte EDU, erano rappresentati dal fatto che i servizi sanitari della cella dove era stato recluso Bardali erano separati dal resto della stanza e ne era consentito un uso riservato; che la cella era illuminata da luce naturale e disponeva di un sistema di aerazione, naturale e artificiale, idoneo a consentire il ricambio dell'aria, anche nel periodo estivo; che il ricorrente aveva usufruito delle ore di aria senza alcuna limitazione; che il recluso aveva svolto attività lavorativa intramuraria durante la sua detenzione.*

Il caso

Il ricorrente, Akram Bardali, è un cittadino di nazionalità irachena, che è stato detenuto presso il Carcere di Champ-Dollon, ubicato in Svizzera, per 98 giorni.

Il periodo di carcerazione patito dal ricorrente conseguiva alla condanna alla pena detentiva di 36 mesi, irrogatagli per i reati di tentata lesione personale e ingresso illegale nel territorio elvetico.

Durante tale detenzione, Bardali iniziava una protesta, facendo lo sciopero della fame e della sete, ritenendo di avere subito una condanna ingiusta; mentre, l'8 maggio 2015, tentava il suicidio, da cui veniva salvato a seguito del suo ricovero ospedaliero, dopo il quale veniva riportato presso il Carcere di Champ-Dollon. Il ricorrente, infine, finiva di scontare la pena, in un altro penitenziario, il 5 marzo 2018.

Prima di rivolgersi alla Corte EDU, il ricorrente adiva l'autorità giudiziaria elvetica, che respingeva il suo ricorso sull'assunto che le condizioni detentive patite presso il Carcere di Champ-Dollon, nei 98 giorni controversi, erano compatibili con i parametri prefigurati dall'art. 3 CEDU.

Il ricorso

Con il suo ricorso Akram Bardali si lamentava del sovraffollamento carcerario patito presso il luogo di detenzione sopra menzionato, all'interno del quale condivideva una cella di circa 10 metri quadri con due detenuti, affermando di non essersi potuto muovere liberamente all'interno di tale unità allocativa, beneficiando di uno spazio individuale minimo di 3,39 metri quadri, che risultava ulteriormente ostacolato dalla presenza di alcuni mobili.

Il ricorrente, pertanto, si rivolgeva alla Corte EDU, deducendo che, relativamente al periodo compreso tra il 18 aprile 2015 e il 28 luglio 2015, la sua detenzione presso il Carcere di Champ-Dollon era avvenuta in violazione dell'art. 3 CEDU.

Le conclusioni della Corte EDU

La Corte EDU respingeva il ricorso proposto, ritenendo che le condizioni detentive patite dal ricorrente non concretizzavano una violazione dell'art. 3 CEDU.

Queste conclusioni discendevano dalla constatazione che le condizioni detentive complessive patite da Bardali non concretizzavano un trattamento inumano o degradante, rilevante ex art. 3 CEDU, pur essendo incontrovertibile che il ricorrente, durante il periodo censurato – compreso tra il 18 aprile 2015 e il 28 luglio 2015 –, avesse beneficiato di uno spazio individuale maggiore di 3 metri quadri ma **inferiore alla misura di 4 metri quadri** stabilita dal Comitato dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti nelle sue raccomandazioni.

La Corte EDU, in particolare, evidenziava che il giudizio sulla situazione detentiva del ricorrente non poteva essere ancorata ai soli parametri metrici recepiti a livello convenzionale, essendo necessario verificare se gli **ulteriori indicatori logistici**, relativamente al periodo in esame, facessero evincere un aggravamento ovvero un'attenuazione delle condizioni di vivibilità del recluso.

In questa cornice, la Corte EDU rilevava che l'esame delle **condizioni complessive di vivibilità** patite dal richiedente deponevano nel senso della compatibilità della detenzione patita con i parametri consolidatisi in tema di interpretazione dell'art. 3 CEDU, nonostante lo spazio individuale disponibile fosse inferiore alla misura di 4 metri quadri stabilita dal Comitato sopra citato.

Tali considerazioni, a fronte di uno spazio individuale effettivo inferiore ai parametri richiamati, discendevano dalla presenza di **adeguati fattori compensativi**, che venivano passati analiticamente in rassegna dalla Corte EDU ed erano rappresentati dal fatto che i servizi sanitari erano separati dal resto della cella e ne era consentito un uso riservato da parte dei detenuti; che la cella era illuminata da luce naturale e disponeva di un sistema efficiente di aerazione, naturale e artificiale, idoneo a consentire il ricambio dell'aria, anche nel periodo estivo; che il detenuto usufruiva delle ore di aria senza alcuna limitazione e poteva disporre, in tale contesto, di ampia libertà di movimento; che il recluso aveva svolto attività lavorativa in uno dei laboratori della struttura penitenziaria elvetica.

Osservazioni finali.

Con la pronuncia in esame la Corte EDU, a breve distanza dalla decisione dell'*affaire* "Badulescu c. Portogallo", torna sul tema del **trattamento penitenziario inumano o degradante**, disciplinato dall'art. 3 CEDU, che, in termini generali, deve essere inquadrato alla luce della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi a seguito delle decisioni dei casi "Torreggiani contro Italia" e "Mursic contro Croazia". Rispetto a tali ultime pronunzie, tuttavia, nella sentenza in esame si introduce un elemento di novità, invero solo accennato, rappresentato dal riferimento alla misura di **4 metri quadri** stabilita, nelle sue raccomandazioni, dal Comitato dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

Occorre precisare che questo tema, nel nostro ordinamento, è stato affrontato in correlazione alla questione dell'applicazione del rimedio riparatorio previsto dall'**art. 35-ter Ord. pen.**, su cui la giurisprudenza di legittimità si è confrontata a partire dalla decisione dell'*affaire* "Torreggiani c. Italia".

In questo contesto, la giurisprudenza italiana si è consolidata nel senso che, nelle ipotesi in cui lo spazio individuale della cella sia inferiore alla misura di **3 metri quadri** – che la Corte EDU, nel caso in esame, non sembra ritenere *ex se* sufficiente a garantire adeguati livelli di vivibilità carceraria, tenuto conto dei parametri stabiliti dal Comitato dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti –, ci si trova di fronte a un'elevata presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, che può essere superata solo attraverso **adeguati fattori compensativi** (Sez. 1, n. 5835 del 15/11/2018, dep. 2019, Marsano, Rv. 274874-01; Sez. 1, n. 52819 del 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268831-01).

Le decisioni sovranazionali intervenute nei casi "Torreggiani contro Italia" e "Mursic contro Croazia", dunque, hanno rappresentato il punto di riferimento convenzionale indispensabile per inquadrare le ipotesi di trattamenti penitenziari degradanti, atteso che, prima di esse, la Corte EDU non aveva fornito indicazioni univoche per definire le violazioni dell'art. 3 CEDU, con specifico riferimento allo **spazio individuale minimo** di cui i detenuti dovevano usufruire durante la loro carcerazione.

A questi parametri ermeneutici la giurisprudenza nazionale si è conformata senza riserve, elaborando parametri articolati e correlando ulteriormente tali indici alle condizioni complessive di vivibilità della struttura penitenziaria di volta in volta esaminata, allo scopo di verificare la possibilità di applicare i **fattori compensativi** richiamati dalla decisione sovranazionale in esame (Sez. 1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220-01; Sez. 5, n. 53731 del 07/06/2018, Mocanu, Rv. 275407-01).

Da ultimo, **le Sezioni Unite penali** della Corte di cassazione, con sentenza pronunciata il 24 settembre 2020 (Sez. U, n. 37218 del 24/09/2020, Commisso, non ancora depositata), hanno preso posizione riguardo ai criteri da adottare per calcolare lo spazio minimo di tre metri quadri, come individuato dalla giurisprudenza europea che ha elaborato l'interpretazione della previsione dell'art. 3 CEDU, nei termini che si sono richiamati.

Dall'informazione provvisoria diramata, in attesa della pubblicazione della motivazione, si evince che è stato riconosciuto che il computo deve essere eseguito escludendo l'ingombro dovuto agli

arredi tendenzialmente fissi al suolo, confermando in questo modo la prospettiva rispettosa delle **condizioni di vivibilità individuale** che deve guidare l'interpretazione dell'art. 3 CEDU.

ART. 3 CEDU

ABUSI SESSUALI - PATITI DA MINORENNI IN ORFANOTROFIO - QUADRO LEGISLATIVO E REGOLAMENTARE ADEGUATO - SUSSISTENZA - MISURE PROTETTIVE SPECIALI IDONEE A PROTEGGERE I SOGGETTI VULNERABILI - MANCANZA DI PROVA CIRCA LA CONSAPEVOLEZZA DEL PERICOLO - VIOLAZIONE SOSTANZIALE DELL'ART. 3 CEDU - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Grande Camera, 2 febbraio 2021, X e altri contro Bulgaria

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207953>

CLASSIFICAZIONE

Divieto di trattamenti inumani o degradanti – **Abusi sessuali patiti da minorenni in un orfanotrofo - Obblighi positivi degli Stati** - Quadro legislativo e regolamentare adeguato – Sussistenza – Misure protettive speciali idonee a proteggere i soggetti vulnerabili – Mancanza di prova circa la consapevolezza del pericolo – **Non violazione dell'art. 3 CEDU sul piano sostanziale.**

Denuncia di abusi sessuali subiti da minorenni in un orfanotrofo – Necessità di indagine efficace – Criteri – Obblighi procedurali alla luce della Convenzione di Lanzarote – Doveri di ascolto del minore – Violazione – Carenze investigative – Sussistenza - **Violazione dell'art. 3 CEDU sul piano procedurale.**

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Art. 3 CEDU;

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

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

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI:

art. 31, secondo comma, Cost.

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

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania [GC], 25 giugno 2019, n. 41720/13, § 116; *O'Keeffe c. Irlanda* [GC], 6 marzo 2013, n. 35810/09, § 144-145; *M.C. c. Bulgaria*, 4 dicembre 2003, n. 39272/98, § 149-150; *A. c. Regno Unito*, 23 Settembre 1998, § 22; *A and B c. Croazia*, 20 giugno 2019, n. 7144/15, § 106; *Söderman c. Svezia* [GC], 3 aprile 2013, n. 5786/08, § 82; *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, § 115; *Đorđević c. Croazia*, 24 luglio 2012, n. 41526/10, § 139;; *Bouyid*

c. *Belgio* [GC], 8 ottobre 2014, n. 23380/09, §§ 122-123; A, B e C c. *Lettonia*, 31 marzo 2016, n. 30808/11, § 149; **V.C. c. Italia, 1° febbraio 2018, n. 54227/14, §§ 95-112; Giuliani e Gaggio c. Italia** [GC], 29 settembre 2010, n. 23458/02, § 303; *Armani Da Silva c. Regno Unito* [GC], 30 marzo 2016, n. 5878/08, § 234; *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia* [GC], 29 gennaio 2019, n. 36925/07, §§ 233-235; *M.M.B. c. Slovacchia*, 26 novembre 2019, n. 6318/17, § 61; **Talpis c. Italia, 2 marzo 2017, n. 41237/14, § 111; M.P. e altri c. Bulgaria**, 15 novembre 2011; n. 22457/08, § 111; **M. e altri c. Italia e Bulgaria, 31 luglio 2012, n. 40020/03, § 104-111; LR c. Nord Macedonia**, 23 gennaio 2020, n. 38067/15.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Grande Camera, 2 febbraio 2021, X e altri contro Bulgaria (ricorso n. 22457/16)

Abstract

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

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

Il caso

I **ricorrenti**, cittadini italiani **di origine bulgara**, sono **tre fratelli** - un maschio e due femmine - collocati in un orfanotrofo in Bulgaria e poi **adottati da una coppia italiana** nel giugno 2012, quando avevano rispettivamente **12, 10 e 9 anni**. Qualche mese dopo l'adozione, i genitori,

allarmati perché la bambina più piccola aveva accusato il fratello di averla toccata sessualmente, dopo aver raccolto le confidenze dei figli circa certe pratiche sessuali tenute da loro, e da altri bambini, presso l'orfanotrofio, li avevano sottoposti a valutazione da parte di due psicologi specializzati in abusi su minori. All'esito di alcune sedute di terapia con i bambini, in parte videoregistrate, gli psicologi avevano redatto un rapporto che confermava la capacità dei minori di distinguere tra realtà e fantasia e la credibilità dei loro racconti.

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

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

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

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

Nel contempo, essendo stato allertato anche Tribunale per i minorenni di Milano, il relativo ufficio di Procura aveva avviato un'indagine finalizzata alla tutela dei minori adottati e nell'ambito della stessa, nell'aprile 2013, i due bambini più grandi erano stati sentiti dal pubblico ministero con

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

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

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

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

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

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

LE OSSERVAZIONI E LE CONCLUSIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – In riferimento all'art. 3 CEDU –

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

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

Quanto ai primi, è innanzitutto necessaria la predisposizione di un **quadro legislativo e regolamentare** che protegga adeguatamente gli individui dalle violazioni della loro integrità

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

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

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

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

Esaminando quindi l'adempimento dello Stato alle obbligazioni imposte dalla Convenzione, la Corte riconosce **soddisfatto l'obbligo positivo di predisporre un adeguato quadro normativo di tutela sul piano penale**, poiché nel codice penale bulgaro è punito severamente l'abuso sessuale su minori infraquattordicenni. Secondariamente, rispetto alla particolare condizione di vulnerabilità in cui si trovano i bambini nell'orfanotrofio in questione, sulla base delle informazioni contenute nei rapporti trasmessi dalle autorità, la Corte reputa **impossibile**

confutare la constatazione di fatto circa l'attuazione di meccanismi regolamentari idonei ad assicurare la loro sicurezza e a prevenire e scoprire eventuali maltrattamenti e considera sfontata di prova l'allegazione dei ricorrenti secondo cui, al tempo dei fatti, in Bulgaria esisteva un generale problema legato alla pedofilia, al turismo sessuale o agli abusi sessuali di bambini collocati in strutture residenziali.

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

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

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

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

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

Nel caso di specie, la Corte nota che i racconti resi dai ricorrenti agli psicologi e al pubblico ministero minorile, ritenuti attendibili dalle autorità italiane, contenevano dettagli precisi, come pure i nominativi di alcuni soggetti indicati come autori degli abusi e che i relativi documenti erano stati progressivamente trasmessi alle **autorità bulgare**. Se queste avevano dubbi sulle circostanze riferite – anche in forza di certe contraddizioni osservate nei racconti dei ricorrenti – **avrebbero dovuto chiarire i fatti, cercando di ottenere precisazioni dalle vittime e avrebbero quindi dovuto valutare la necessità di effettuare il loro esame** nell'ambito della cooperazione giudiziaria internazionale, recandosi in Italia, ovvero richiedendo alle autorità italiane di procedervi. Avrebbero **quantomeno dovuto acquisire le videoregistrazioni delle audizioni effettuate** dagli psicologi e dal pubblico ministero minorile e **richiedere che i minori**

fossero sottoposti a visita medica, in particolare il ragazzo quanto alla verifica della denuncia di stupro nei suoi riguardi effettuata. Inoltre, visto che i ricorrenti avevano indicato i nomi di altri bambini vittime di abuso e anche dei minorenni che tali abusi avrebbero commesso, le autorità bulgare avrebbero dovuto provvedere alla loro audizione per chiarire i fatti. **Si sarebbero potute inoltre considerare altre misure investigative**, nella specie certamente appropriate e proporzionate (la sorveglianza dell'istituto, l'intercettazione di conversazioni telefoniche, l'uso di agenti sotto copertura, la perquisizione dello studio del fotografo indicato come coinvolto nelle riprese degli atti sessuali).

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

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

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

ART. 3 CEDU

VITTIMA DI ABUSI SESSUALI - RITARDO NELLA CONDUZIONE DELLE INDAGINI - PRESCRIZIONE DEL REATO - IMPUNITÀ DELLE RELATIVE CONDOTTE - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALL'INTEGRITÀ PERSONALE - SUSSISTENZA.

VITTIMA DI ABUSI SESSUALI - RICOSTRUZIONE PARTICOLAREGGIATA DELLE MODALITÀ DI CONSUMAZIONE DELL'ILLECITO INNANZI AI PRESUNTI RESPONSABILI - NON NECESSARIETÀ DELLA STESSA PER L'ACCERTAMENTO DEI FATTI O PER LA LORO QUALIFICAZIONE GIURIDICA - DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - VIOLAZIONE DELL'ART. 8 - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Seconda Sezione, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. Turchia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207811>

CLASSIFICAZIONE

Art. 3 CEDU – Divieto di trattamenti inumani o degradanti – Obblighi positivi degli Stati – Indagine efficace – **Caso grave di vittimizzazione secondaria** – Descrizione inutile degli stupri – Eccessiva durata di un procedimento penale relativo ad abusi sessuali Prescrizione di due dei capi di imputazione – Caso che merita particolare attenzione e priorità assoluta – Assenza di assistenza al minore – Numero eccessivo di esami medici invadenti – Assenza di valutazione del **consenso della vittima** circostanziata rispetto alla sua età e alla sensibilità del caso.

Art. 8, § 1, CEDU – Diritto al rispetto della vita privata – Integrità fisica e morale – Mancanza di protezione dell'integrità personale di un minore vulnerabile – Assenza di tutela davanti agli imputati – Mancanza di serenità e sicurezza nel corso delle udienze – Comportamento delle autorità nazionali non conforme all'obbligo di proteggere l'interesse superiore di un minore vittima di sfruttamento e abuso sessuali – Applicazione inefficace del diritto penale.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 3 e 8, § 1, CEDU.

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

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU richiamate: *G.U. c. Turchia*, n. 16143/10, §§ 45-48 e §§ 59-66, 18 ottobre 2016; *Kurić e altri c. Slovenia* [Grande Camera], n. 26828/06, § 286, 26 giugno 2012; *Azzolina e altri c. Italia*, nn. 28923/09 e 67599/10, § 105, 26 ottobre 2017; *Şükrü Yıldız c. Turchia*, n. 4100/10, §§ 42-46, 17 marzo 2015; *Vatandaş c. Turchia*, n. 37869/08, § 27, 15 maggio 2018; *Radomilja e altri c. Croazia* [Grande Camera], nn. 37685/10 e 22768/12, § 126, 20 marzo 2018;

S.M. c. *Croazia* [Grande Camera], n. 60561/14, §§ 225-228, 241-242, 303 e § 313-320, 25 giugno 2020; M.C. c. *Bulgaria*, n. 39272/98, §§ 148- 168 e 181, 4 dicembre 2003; Y. c. *Slovenia*, n. 41107/10, §§ 97, 101 e 103-106, 28 maggio 2015; A. e B. c. *Croazia*, n. 7144/15, §§ 105-121, 20 giugno 2019; Ebcin c. *Turchia*, n. 19506/05, § 40, 1 febbraio 2011; M.N. c. *Bulgaria*, n. 3832/06, §§ 46-49, 27 novembre 2012; Stoev e altri c. *Bulgaria*, n. 41717/09, § 48, 11 marzo 2014; S.Z. c. *Bulgaria*, n. 29263/12, §§ 42-47, 3 marzo 2015; M.G.C. c. *Romania*, n. 61495/11, §§ 54-75, 15 marzo 2016; X e altri c. *Bulgaria*, n. 22457/16, §§ 84-93, 17 gennaio 2019; X et Y c. *Paesi Bassi*, n. 8978/80, § 22, 26 marzo 1985; M.P. e altri c. *Bulgaria*, n. 22457/08, § 110, 15 novembre 2011; V.C. c. *Italia*, n. 54227/14, § 85, 1 febbraio 2018; Aigner c. *Austria*, n. 28328/03, § 35, 10 maggio 2012; Aydemir c. *Turchia*, n. 17811/04, § 26, 24 maggio 2011; García Ruiz c. *Spagna* [Grande Camera], n. 30544/96, § 28, 21 gennaio 1999; Z c. *Bulgaria*, n. 39257/17, §§ 68-70 e 74, 28 maggio 2020; Kyprianou c. *Cipro* [Grande Camera], n. 73797/01, 15 dicembre 2005; Paksas c. *Lituania* [Grande Camera], n. 34932/04, § 122, 6 gennaio 2011.

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

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

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

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Seconda Sezione, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. *Turchia* (ricorso n. 40591/11).

Abstract

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

pubblico; con conseguente violazione, da parte delle autorità nazionali, della legge penale e dei principi ricavabili dagli artt. 3 e 8, CEDU, in particolare dell'obbligo di protezione della vittima di sfruttamento e abuso sessuali.

Il Caso

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

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

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

La questione sottoposta alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

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

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

LE RISPOSTE DELLA CORTE EDU

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

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

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

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

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

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

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

In più, a fronte della richiesta avanzata dalla ricorrente di trasferire il processo in altra corte, in seguito alle aggressioni e minacce subite nel corso di un'udienza da parte dei parenti degli imputati, le autorità turche avevano opposto un rifiuto che appariva privo di valida giustificazione e, ancora una volta, mostrava come non fosse stata tenuta in debita considerazione la necessità di favorire una condizione di massima sicurezza e serenità per la ricorrente. La Corte EDU giudica non sufficiente a tal fine la misura adottata dai giudici di celebrare il processo a porte chiuse.

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

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

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

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

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

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

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

Osservazioni finali: LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA PER L'ORDINAMENTO ITALIANO

Profili penalistici.

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

Venendo all'**ordinamento italiano**, dalla lettura sistematica del codice di procedura penale emerge un vero e proprio statuto della vittima, implementato con nuovi diritti e facoltà partecipative dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 (artt. 90-*bis* –che, tra le altre informazioni da fornire alla persona offesa da parte dell'autorità procedente, prevede quella sulle eventuali **misure di protezione** che possono essere attivate dalla persona offesa, nonché sui **centri antiviolenza e i servizi di assistenza** alle vittime di reato – 90-*ter*, 90-*quater*, cod. proc. pen.), che ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE. Va ricordato che quest'ultima ha introdotto il metodo dell'**individual assessment**, al fine di modulare le tecniche di tutela in funzione della specifica vulnerabilità della persona offesa o del testimone e della particolare esposizione a vittimizzazione secondaria o ripetuta (v. art. 90-*quater* cod. proc. pen., che fa riferimento non solo all'età della vittima, ma anche al tipo di reato e alle modalità e circostanze del fatto). Consapevole del fatto che la vittimizzazione secondaria rappresenti una "maledizione" endemica nel processo penale, il legislatore italiano ha previsto diverse misure finalizzate a ridurre al minimo la portata lesiva, pur nell'ottica di un bilanciamento con il **principio di completezza delle indagini** che si ricava dagli artt. 326 e 358 cod. proc. pen. Soffermando l'attenzione sugli aspetti di maggiore rilievo nel caso in esame, devono essere richiamati: a) l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., in base al quale, nel caso di delitti contro la libertà individuale, può procedersi all'**esame testimoniale di un minore degli anni diciotto o della persona offesa particolarmente vulnerabile**, soltanto qualora questi non abbiano già reso analoghe dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti saranno utilizzate le dichiarazioni medesime (sul pericolo di usura psicologica del testimone, v. *ex plurimis*, Sez. 3, n. 7259 del 30/11/2017, dep. 15/02/2018, Rv. 273652; Sez. 3, n. 23486 del 01/07/2020; per le condizioni richieste affinché, in questi casi, possa procedersi alla **rinnovazione istruttoria della testimonianza** anche in secondo grado, ex art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., v. Sez. U., n. 27620 del 28/04/2016, Rv. 267486; Sez. U., n. 18620 del 19/01/2017, Rv. 269786, tenendo conto delle precisazioni fornite da Corte EDU, Przydział c. Polonia, 24 maggio 2016); b) l'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., che introduce una particolare forma di **incidente probatorio "liberalizzato"** – nel senso che non è condizionato alla grave e particolare urgenza ovvero irripetibilità della testimonianza – quando debba assumersi la testimonianza di un minore ovvero della persona offesa maggiorenne, nel

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

Richiamando, infine, brevemente le considerazioni della Corte EDU sui profili di **diritto penale sostanziale**, che hanno riguardato principalmente il rilievo del consenso della vittima di episodi di sfruttamento e abuso sessuale, e la valutazione dello stesso da parte dell'autorità giudiziaria, va ricordato che, al contrario di quanto previsto dalla legge penale turca (art. 414, §§ 1 e 2), il codice penale italiano (art. 609-*quater* cod. pen.) non considera la prestazione del consenso da parte del minore un *discrimen* tra l'applicabilità di una fattispecie penale aggravata al posto di quella base. Qualora la vittima sia infraquattordicenne, l'eventuale consenso prestato si presume assolutamente invalido e dunque irrilevante ai fini dell'esclusione della punibilità dell'imputato (v. *ex multis*, Sez. 3, n. 24342 del 17/02/2015; Sez. 3, n. 16443 del 31/03/2017). Semmai, in presenza di circostanze quali la violenza o la minaccia, circostanze che sono state ritenute invece irrilevanti dai giudici turchi, sarà applicabile la più grave fattispecie di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. La giurisprudenza di legittimità è, inoltre, costante nell'affermare il principio secondo cui

«le regole dettate dall'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone» (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 43278 del 24/09/2015, Rv. 265104; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214; Sez. 3, nn. 45700 e 45699 del 26/10/2011; Sez. 3, n. 28913 del 03/05/2011, Rv. 251075). Con riferimento specifico alla testimonianza del minore, viene rigettata l'equivalenza testimone vulnerabile - testimone debole, debolezza probatoria, che si traslerebbe anche sulle sue dichiarazioni testimoniali. La particolare vulnerabilità richiede semplicemente l'adozione di tecniche valutative differenziate: in questo senso, un utile ausilio proviene dalle indicazioni contenute nella c.d. Carta di Noto (v. Sez. 3, n. 29333 del 16/09/2020, che ribadisce la non vincolatività delle linee guida contenute nella Carta di Noto, pur richiedendosi al giudice l'assolvimento di un onere motivazionale aggravato in caso di scostamento).

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

Profili civilistici.

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

In tali casi, vi è l'esigenza di predisporre garanzie procedurali anche nell'ambito dei procedimenti civili, come misure volte ad evitare qualsiasi forma di contatto con un genitore accusato di abuso, nominare un legale indipendente per il minore, ovvero riservare la trattazione dei relativi procedimenti a magistrati specializzati, o includere gli stessi procedimenti tra quelli a trattazione prioritaria.

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

Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo l'audizione del minore è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che lo riguardano, sia

direttamente, sia tramite un rappresentante od un organo appropriato, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, e dell'art. 155-*sexies* cod. civ., introdotto dalla legge n. 54 del 2006.

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

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

L'ascolto del minore è dunque previsto come un obbligo e non mera facoltà nei giudizi in cui si devono adottare provvedimenti che lo riguardano, quali quelli di affidamento di figli nati fuori dal matrimonio (Cass. civ., Sez. 1, n. 19007 del 10/09/2014), o nei procedimenti di revisione delle condizioni di separazione dei coniugi (Cass. civ., Sez. 1, n. 11687 del 15/05/2013), o di affidamento ai genitori (Cass. civ., Sez. 1, n. 18538 del 02/08/2013), o ancora nell'accertamento del diritto del fanciullo a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale (Cass. civ., Sez. 1, n. 5097 del 05/03/2014), costituendo una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse (Cass. civile, Sez. 1, n. 6129 del 26/03/2015). Il giudice non è invece tenuto all'audizione del minore, pur richiesta da uno dei genitori, in caso di controversia sulle modalità di affidamento condiviso di un figlio minore infradodicesimo, quando risulta, indipendentemente dall'accertamento della capacità di discernimento del figlio stesso, che questi aveva chiaramente manifestato la propria volontà di non essere coinvolto.

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

gli operatori dei servizi sociali svolgono nell'ambito della loro ordinaria attività (Cass. civile, Sez. 1, n. 3946 del 29/02/2016).

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

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

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

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

ART. 3 CEDU

STATUS DI RIFUGIATO - CONDANNA PER TERRORISMO - REVOCA CONSEGUENTE - AUTOMATISMO ESPULSIVO - RISCHIO DI SOTTOPOSIZIONE A TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI DERIVANTI DALL'ESPULSIONE - APPREZZAMENTO ANCHE SULLA BASE DI CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE - NECESSITÀ - DIRITTO ALLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE - CARATTERE PRIMARIO.

Corte EDU, Quinta Sezione, 15 aprile 2021, K.I. c. Francia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-209176>

CLASSIFICAZIONE: Divieto di trattamenti inumani o degradanti – Violazione dell'art. 3 CEDU - **Espulsione** a seguito della **revoca dello status di rifugiato** come conseguenza di una **condanna per terrorismo** – Mancata considerazione, da parte delle autorità, della permanenza della qualità di rifugiato e dei benefici del principio di non respingimento – Carenza di completa **valutazione dei rischi** in caso di espulsione anche sulla base di circostanze sopravvenute – Sussistenza della violazione

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI: CEDU, art. 3 Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951, art. 1; Direttiva 2011/95 del Parlamento Europeo e del Consiglio, art. 14; Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, art. 78; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01), art. 18

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

(CEDU):

Mamatkoulou et Askarov c. Turchia [GC], n. 46827/99 e 46591/99, CEDH 2005; Paladi c. Moldova [GC], n. 39806/05, 10 marzo 2009; Savridin Dzhurayev c. Russia, n. 71386/10; M.A. c. Francia, n. 9373/15, 1 febbraio 2018; F.G. c. Svezia [GC], n. 43611/11, 23 marzo 2016; A.M. c. Francia, n. 12148/18, 29 aprile 2019; Chahal c. Regno Unito, 15 novembre 1996; Saadi c. Italia [GC], n. 37201/06; Daoudi c. Francia, n. 19576/08, 3 dicembre 2009; Boutagni c. Francia, n. 42360/08, 18 novembre 2010; Auad c. Bulgaria, n. 46390/10, 11 ottobre 2011; OD c. Bulgaria, n. 34016/18, 10 ottobre 2019; Ismoilov e altri c. Russia, n. 2947/06, 24 aprile 2008; Selmouni c. Francia [GC], n. 25803/94; JK e altri c. Svezia [GC], n. 59166/12, 23 agosto 2016; D ed altri c. Romania, n. 75953, 14 gennaio 2020; X. c. Paesi Bassi, n. 14319/17, 10 luglio 2018; I c. Svezia, n. 61204/09, 5 settembre 2013; RM e altri c. Francia, n. 33201/11, 12 luglio 2016; Abdolkhani e Karimnia c. Turchia, n. 30471/08, 22 settembre 2009; e, MG c. Bulgaria, n. 59297/12, 25 marzo 2014; MSS c. Belgio e Grecia [GC], n. 30696/09; Ilias e Ahmed c. Ungheria, [GC], n. 47287/15, 21 novembre 2019; Shikhsaitov c. Slovacchia, n. 56751/16 e

33762/17, 10 dicembre 2020; Bivolaru e Moldovan c. Francia, n. 40324/16 e 12623/17, 25 marzo 2021.

(CGUE) :

N.S. ed altri, 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10 ; Alo ed Osso, 1 marzo 2016, C-443/14 e C-444/14; Ahmed, 13 settembre 2018, C-369/17; Grande Chambre, M. c. Ministero e X e X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, 14 mai 2019, C-391/16, C-77/17, C-78/17.

Corte E.D.U., Quinta sezione, 15 aprile 2021, K.I. contro Francia

ABSTRACT – *La protezione offerta dall'art. 3 CEDU è assoluta, per cui la condizione sufficiente per ritenere contrario alla Convenzione un allontanamento forzato è il rischio che la persona interessata sia sottoposta nel Paese di destinazione a trattamenti vietati dall'art. 3, rischio che deve essere fondato su motivi seri e comprovati, anche quando si ritiene che la persona rappresenti una minaccia alla sicurezza nazionale per lo Stato contraente.*

Il diritto della UE, infatti, considera come **primario il diritto di asilo** ed il **diritto alla protezione internazionale** ed il beneficio del principio di non respingimento è **concesso a chiunque**, trovandosi nel territorio di uno Stato membro, versi nelle condizioni materiali per essere considerato un rifugiato, **anche se non ha ottenuto formalmente lo status di rifugiato o se tale status sia stato revocato.**

La condizione di rifugiato non dipende dal riconoscimento formale di questa qualità e gli Stati membri non possono rimuovere, espellere o estradare un rifugiato che ha perso il suo status sulla base dell'art. 14, § 4 della direttiva 2011/95, quando vi siano motivi seri e comprovati per ritenere sussistente il rischio che sia sottoposto, nel Paese di destinazione, a trattamenti vietati. Dai punti 4 e 5 dell'articolo 14 della predetta direttiva, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, deriva che la revoca dello status di rifugiato o il rifiuto di concedere tale status non possono avere l'effetto di privare il cittadino di un paese terzo, o l'apolide interessato, del medesimo status, allorquando sussistano le condizioni perché sia riconosciuta tale qualità in base all'articolo 1 della Convenzione di Ginevra.

*Al fine di stabilire se vi siano motivi seri e comprovati per ritenere che l'interessato corra un rischio reale, occorre esaminare la situazione nel Paese di destinazione alla luce dei requisiti dell'art. 3 della Convenzione, nel senso che, per rientrare nell'ambito di applicazione della detta disposizione, il trattamento a cui il ricorrente afferma di poter essere esposto in caso di allontanamento, deve raggiungere **un minimo di gravità**. Tale valutazione è di carattere relativo, dipendendo da tutti i fattori del caso, ivi incluse le questioni di pubblica sicurezza, e in ogni caso, **spetta al ricorrente produrre prove** idonee. Si tratta di una prova che non deve fornire elementi di certezza assoluti, bensì elementi seri e comprovati.*

*Per i richiedenti asilo può essere difficile, se non impossibile, produrre prove con breve preavviso, soprattutto se queste devono essere ottenute nel Paese in cui dichiarano di essere fuggiti, per cui è spesso necessario concedere loro **il beneficio del dubbio** quando viene valutata la credibilità delle rispettive dichiarazioni e dei documenti a sostegno.*

Il caso – K.I., cittadino russo di origine cecena, era arrivato in Francia nel 2011, all'età di 17 anni, ottenendo lo stato di rifugiato nel gennaio 2013, in quanto alcuni suoi parenti avevano preso posizione in favore della guerriglia cecena ed egli stesso aveva rifiutato di collaborare con le autorità russe; tale *status* era stato successivamente revocato nel 2016, a seguito della sua condanna penale, pronunciata nel 2015, per atti commessi sul territorio nazionale nonché in Germania, Polonia, Ucraina, Turchia e Siria tra il 1 settembre 2012 e il 19 novembre 2013; in particolare, egli aveva trascorso quasi due mesi in Siria nella zona di combattimento, poco dopo l'ottenimento dello *status* di rifugiato, quale componente di un gruppo jihadista.

Pertanto, il 18 novembre 2015 il ricorrente era stato raggiunto da un ordine di espulsione del Prefetto, in considerazione della minaccia grave rappresentata per l'ordine pubblico, sicché l'OFPRA (Ufficio francese per la protezione dei rifugiati e degli apolidi) gli aveva revocato lo *status* di rifugiato in seguito alla condanna.

Contro tale revoca K.I. aveva adito la Corte nazionale del diritto di asilo (CNDA); nel corso di tale giudizio, l'OFPRA aveva sostenuto che fosse applicabile **la causa di esclusione** prevista dall'art. 1, F, lett. a) della Convenzione di Ginevra, in quanto la condotta del gruppo armato che il ricorrente aveva raggiunto in Siria era assimilabile ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra, e che gli atti terroristici per i quali egli era stato condannato in Francia erano contrari alle finalità ed ai principi delle Nazioni Unite. Nel gennaio 2019 la Corte nazionale confermava la decisione dell'OFPRA.

K.I., pertanto, aveva adito la Corte di Strasburgo, rappresentando che il suo allontanamento dal territorio francese verso la Russia lo avrebbe esposto a trattamenti contrari ai principi di cui all'art. 3 della Convenzione.

LE OSSERVAZIONI E LE CONCLUSIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – Preliminarmente la Corte ha chiarito la natura delle **misure provvisorie di cui all'art. 39 del regolamento della Corte**, nel caso di specie applicate al richiedente nel marzo 2019, durante l'esame della sua richiesta. Tale misura ha la finalità di preservare e proteggere i diritti e gli interessi delle parti nel caso in cui il richiedente alleghi in maniera plausibile un rischio di danno irreparabile ad uno dei diritti protetti dalla Convenzione, (nella specie quelli di cui all'art. 3). Se lo Stato procede all'espulsione del richiedente nonostante l'applicazione di una misura provvisoria, la Corte può ritenere che lo Stato abbia violato le obbligazioni derivanti dall'art. 34 della Convenzione in tema di ricorsi individuali.

La Corte ha poi ricordato che **gli Stati contraenti hanno il diritto**, in virtù di un principio di diritto internazionale, **di controllare l'ingresso**, la permanenza e l'allontanamento dei cittadini di altra nazionalità; l'espulsione di uno straniero, quindi, può sollevare problemi in riferimento all'art. 3 CEDU qualora vi siano motivi seri e fondati di ritenere che l'interessato, un volta **espulso** verso i paesi di destinazione, **corra un rischio reale** di essere sottoposto a trattamenti contrari al predetto art. 3, sicché, in tali casi, proprio la disposizione citata implica l'obbligo di non espellere la persona.

La Corte di Strasburgo sottolinea di aver chiara consapevolezza del pericolo rappresentato dal terrorismo e dell'importanza delle sfide implicate dalla lotta contro il terrorismo, ivi incluse le enormi difficoltà che gli Stati affrontano per proteggere le popolazioni dalla violenza terroristica, per cui è legittimo che gli Stati contraenti mostrino grande fermezza nei confronti di coloro che contribuiscono ad atti di terrorismo, ma va, altresì, evidenziato che **la protezione offerta dall'art. 3 CEDU è assoluta**, per cui la condizione sufficiente per ritenere contrario alla Convenzione un allontanamento forzato è il rischio che la persona interessata sia sottoposta nel paese di destinazione a trattamenti vietati dall'art. 3, rischio che deve essere fondato su motivi seri e comprovati, anche quando si ritiene che la persona rappresenti una minaccia alla sicurezza nazionale per lo Stato contraente. In altre parole, **non è necessario che la Corte esamini le affermazioni secondo cui un ricorrente è coinvolto in attività terroristiche**, poiché questo **aspetto non è rilevante** nel contesto dell'analisi dell'art. 3, che non prevede alcuna restrizione e **non subisce alcuna deroga**, anche se, come nel caso di specie, il ricorrente abbia avuto legami con un'organizzazione terroristica.

La Corte ha osservato che il diritto dell'UE considera come primario il diritto di asilo ed il diritto alla protezione internazionale (art. 78 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea); inoltre, ai sensi dell'articolo 14 §§ 4 e 5 della Direttiva 2011/95, il beneficio del principio di non respingimento è concesso a chiunque, trovandosi nel territorio di uno Stato membro, **si trovi nelle condizioni materiali per essere considerato un rifugiato, anche se non ha ottenuto formalmente lo status di rifugiato** o se gli sia stato revocato. In sostanza, l'art. 3 CEDU costituisce applicazione del divieto di respingimento sancito dalla Convenzione di Ginevra.

Al fine di stabilire se vi siano motivi seri e comprovati per ritenere che l'interessato corra un rischio reale, compito della Corte è quello di esaminare la situazione nel Paese di destinazione alla luce dei requisiti dell'art. 3 della Convenzione, nel senso che, per rientrare nell'ambito di applicazione della detta disposizione, il trattamento a cui il ricorrente afferma di essere esposto in caso di allontanamento deve raggiungere un minimo di gravità.

Tale valutazione è di carattere relativo, dipendendo da tutti i fattori del caso, ivi incluse le questioni di pubblica sicurezza, e in ogni caso, spetta al ricorrente produrre prove idonee a dimostrare che esistono seri motivi per ritenere che, se la misura contestata fosse attuata, egli sarebbe esposto a un rischio concreto di essere sottoposto a un trattamento contrario alle norme della Convenzione.

Tale prova non deve fornire elementi di certezza assoluti, ma elementi seri e comprovati, dovendo il Governo, a sua volta, dissipare ogni dubbio al riguardo.

Per quanto riguarda la situazione generale nella regione del Caucaso settentrionale, la Corte ha ritenuto che, sebbene in Cecenia siano state segnalate gravi violazioni dei diritti umani, la situazione non è tale che qualsiasi ritorno nella Federazione Russa costituirebbe una violazione dell'art. 3 della Convenzione, tanto alla luce dei rapporti internazionali esaminati.

Questi ultimi dimostrano che alcune categorie della popolazione del Caucaso settentrionale, in particolare della Cecenia, dell'Inguscezia e del Daghestan, possono essere particolarmente a rischio, e tra esse quelle dei membri della lotta armata della resistenza cecena o considerati tali dalle autorità, i loro parenti, le persone che li hanno comunque assistiti, i civili costretti dalle autorità a collaborare con loro, nonché le persone sospettate o condannate per atti di terrorismo. Nel caso in esame i timori del ricorrente risultavano basati su due elementi. Anzitutto la circostanza secondo cui egli era stato già detenuto e torturato in Russia, a causa dei suoi legami familiari con persone che si erano schierate a favore della guerriglia cecena e del suo rifiuto di collaborare con le autorità, sicché sarebbe comunque ricercato per questi fatti, vicende poste a base della concessione dello *status* di rifugiato. Il secondo elemento si riferiva alla conoscenza, da parte delle autorità russe e cecene, della sua condanna penale in Francia ed al fatto che egli è ricercato a causa dei suoi legami con un gruppo jihadista in Siria.

Per quanto riguarda il primo elemento dedotto, la Corte ha ritenuto che al momento in cui gli era stato concesso lo *status* di rifugiato, le autorità francesi avevano valutato che vi fossero prove sufficienti del rischio di essere perseguitato nel suo paese di origine, il che, tuttavia, rappresenta solo un punto di partenza per quanto riguarda la situazione attuale, in quanto è trascorso un certo periodo di tempo da tali eventi; peraltro, lo stesso ricorrente sostiene che solo due dei suoi parenti risiedono ancora in Cecenia e che i membri maschi della sua famiglia sono deceduti o beneficiari di protezione internazionale in Europa. Inoltre, il ricorrente ha organizzato la sua partenza dalla Francia per la Siria nel marzo 2013, cioè poco dopo la concessione dello *status* di rifugiato, attraversando la Germania, la Polonia - dove recuperò il suo "passaporto esterno" russo -, l'Ucraina e la Turchia.

La Corte nota, inoltre, che al fine di provare il perdurante interesse delle autorità per lui, il ricorrente ha prodotto, una testimonianza non datata, da parte di una persona con cui egli non aveva alcun legame familiare. Inoltre, nulla indica che le autorità russe o cecene lo stiano ancora cercando a causa degli eventi verificatisi nel 2011.

La Corte rileva, altresì, che al ricorrente è stato rilasciato un "passaporto esterno" russo, utilizzato sia per lasciare la Russia che, poi, per viaggiare nel 2013 dalla Polonia alla Turchia e alla Siria, non avendo il ricorrente fornito alcuna spiegazione sul come, nelle circostanze da lui descritte, egli, nel 2011, sia riuscito ad ottenere un tale documento, circostanza che stride fortemente con il fatto che sarebbe stato nel mirino delle autorità russe, prima del suo espatrio. Né, hanno osservato i giudici di Strasburgo, può escludersi completamente l'ipotesi secondo la quale le autorità russe fossero a conoscenza della sentenza resa il 16 aprile 2015 dal Tribunale penale di Parigi, ma nulla certifica che le stesse mostrino un interesse particolare per il ricorrente, di cui non ha mai chiesto alla Francia l'extradizione e neanche copia della sentenza che lo condanna per atti legati al terrorismo; né, infine, risulta che il ricorrente sia oggetto di ricerca da parte delle autorità russe per reati commessi in territorio russo o altrove.

In ogni caso, la natura della condanna del ricorrente in Francia, nonché i contesti nazionali e internazionali, profondamente e durevolmente segnati dalla lotta al terrorismo, non escludono

che il ricorrente possa essere oggetto di misure di controllo e sorveglianza al suo ritorno in Russia, il che, tuttavia, non può essere considerato un trattamento vietato dall'art. 3 della Convenzione.

In particolare, la Corte rileva che, nel caso in esame, si tratta di stabilire se, alla luce dei fatti che hanno indotto l'OFPRA a concedere lo *status* di rifugiato al ricorrente, il procedimento dinanzi alle autorità francesi abbia consentito un esame completo della sua situazione personale. Ciò, in particolare, significa tenere conto del fatto che – in riferimento all'onere della prova – per i richiedenti asilo può essere difficile, se non impossibile, produrre prove con breve preavviso, soprattutto se queste devono essere ottenute nel Paese da cui dichiarano di essere fuggiti. In considerazione della particolare situazione in cui si trovano spesso i richiedenti asilo, può essere necessario concedere loro il beneficio del dubbio quando viene valutata la credibilità delle loro dichiarazioni e dei documenti a sostegno.

Alla luce dei fatti della causa, la Corte ha rilevato che **la situazione del richiedente non è quella di un richiedente asilo che è appena fuggito dal suo Paese e che può, quindi, essere considerato vulnerabile a causa del suo percorso migratorio, in quanto – come evidenziato dalla pronuncia della CNDA – la sua partenza per la Siria era intervenuta dopo attenti e prolungati preparativi, sicché non appare possibile concedergli il beneficio del dubbio nel senso in precedenza chiarito.**

Ciò nondimeno, e ferma restando la ripartizione dell'onere della prova, la Corte ha ribadito che è, in ogni caso, richiesta una valutazione completa ed "allo stato", che prenda in considerazione anche gli elementi che sono emersi dopo l'adozione da parte delle autorità nazionali della decisione finale.

Nel caso di specie, quale fatto sopravvenuto, la Corte di Strasburgo ha richiamato **le pronunce della CGUE** che – proprio contestualmente allo svolgimento della vicenda processuale del ricorrente innanzi alle autorità giurisdizionali francesi – ha stabilito che la revoca dello *status* di rifugiato, anche in caso di minaccia alla sicurezza o alla società dello Stato membro ospitante, non comporta automaticamente il venir meno della condizione di rifugiato. Ciò in quanto, ai sensi della **Direttiva 2011/95, il sistema europeo comune di asilo si basa sulla piena e globale applicazione della Convenzione di Ginevra e del protocollo, e sulla garanzia che nessuno possa essere espulso verso un paese dove rischia di essere nuovamente perseguitato.**

Sicché la condizione di rifugiato non dipende dal riconoscimento formale di questa qualità mediante la concessione dello "*status* di rifugiato", e gli Stati membri non possono rimuovere, espellere o estradare un rifugiato che ha perso il suo *status* sulla base dell'art. 14, § 4 della Direttiva 2011/95, quando vi siano motivi seri e comprovati per ritenere sussistente il rischio di essere sottoposto, nel paese di destinazione, a trattamenti vietati.¹

¹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento e del Consiglio di Europa, art. 14 § 4: Gli Stati membri hanno la facoltà di revocare, di cessare o di rifiutare di rinnovare lo status riconosciuto a un rifugiato da un organismo statale, amministrativo, giudiziario o quasi giudiziario quando: a) vi sono fondati motivi per ritenere che la persona in questione costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova; b) la persona in questione, essendo stata

Dai punti 4 e 5 dell'art. 14 della Direttiva citata, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, discende che la revoca dello *status* di rifugiato o il rifiuto di concedere tale *status* non possono avere l'effetto di privare il cittadino di un Paese terzo, o l'apolide interessato, della qualità di rifugiato, qualora siano soddisfatte le condizioni per il riconoscimento di tale qualità ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra. Inoltre, il paragrafo 6 dell'articolo 14 della stessa Direttiva deve essere interpretato nel senso che lo Stato membro che si avvale delle opzioni previste dall'articolo 14, paragrafi 4 e 5, deve considerare che i soggetti ivi indicati, che si trovano nel territorio di tale Stato membro, beneficiano dei diritti e delle tutele sanciti dalla Convenzione di Ginevra a cui il presente articolo 14, paragrafo 6, fa espressamente riferimento, in particolare la protezione contro il respingimento nei confronti di un Paese in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate, nonché dei diritti previsti da detta convenzione, il cui godimento non richiede la residenza legale.

Quindi, **la Corte ha ritenuto che il ricorrente abbia mantenuto** - nonostante la revoca del suo *status*, sulla base dell'applicazione della normativa interna francese - **la condizione di rifugiato**, non avendo la CNDA accettato le conclusioni dell'OFPRA tendenti all'applicazione della clausola di esclusione.

La Corte rileva, inoltre, che il ricorrente non aveva presentato ricorso contro la sentenza del Tribunale amministrativo di Lille che respingeva il suo ricorso per annullamento diretto contro il decreto prefettizio del 25 febbraio 2019, sicché questa sentenza è diventata definitiva, con la conseguenza che, fatta salva la misura provvisoria adottata ai sensi dell'articolo 39 del Regolamento della Corte, il ricorrente potrebbe essere trasferito nella Federazione Russa.

Ne consegue che la revoca dello *status* di rifugiato del ricorrente non ha alcuna incidenza sul fatto che egli mantenga o meno la sua condizione di rifugiato, il che non era stato preso in considerazione dalle autorità francesi nel contesto della promulgazione e quindi del controllo del provvedimento di espulsione verso la Federazione Russa.

La Corte, conclusivamente, ne deduce che le autorità francesi non abbiano valutato i rischi che il ricorrente asseriva di correre nel caso in cui il provvedimento di espulsione fosse stato attuato, alla luce delle circostanze sopravvenute e del fatto che, almeno al suo arrivo in Francia nel 2011, egli era stato identificato come allora appartenente a un gruppo che rientrava tra quelli presi di mira dalle autorità governative della Federazione Russa.

Sicché la Corte non ha escluso che, dopo un esame approfondito e completo della situazione personale del ricorrente e la verifica della permanenza della condizione di rifugiato, le autorità francesi potrebbero giungere alla stessa conclusione già affermata - vale a dire l'assenza di rischio per il ricorrente in relazione all'arti. 3 della Convenzione, in caso di espulsione in Russia

condannata con sentenza passata in giudicato per un reato di particolare gravità, costituisce un pericolo per la comunità di tale Stato membro.

§ 5. Nelle situazioni previste al paragrafo 4, gli Stati membri possono decidere di non riconoscere lo status a un rifugiato quando la decisione non è ancora stata presa.

§ 6. Le persone cui si applicano i paragrafi 4 o 5 godono dei diritti analoghi conferiti dagli articoli 3, 4, 16, 22, 31 e 32 e 33 della convenzione di Ginevra, o di diritti analoghi, purché siano presenti nello Stato membro.

- notando che, tuttavia, la stessa CNDA abbia emesso, applicando la stessa normativa interna a casi simili, pareri sfavorevoli all'espulsione di persone verso il Paese di cui hanno la cittadinanza, sulla base del fatto che, seppure avevano perso lo *status* di rifugiato, ne avevano mantenuto la condizione.

In conclusione, e alla luce delle considerazioni che precedono, **la Corte ha affermato che, nel caso di specie, vi sarebbe una violazione dell'art. 3 della Convenzione nel suo aspetto procedurale se il ricorrente fosse rimpatriato in Russia in assenza di una valutazione,** anche alla luce delle attuali condizioni, da parte delle autorità francesi, del rischio che egli sostiene di correre in caso di esecuzione del provvedimento di allontanamento.

ART. 6 CEDU

REATO - PROSCIoglimento DELL'IMPUTATO - GIUDIZIO CIVILE DI DANNO - ACCOGLIMENTO DELLA PRETESA RISARCITORIA - AFFERMAZIONI IMPLICANTI IL RICONOSCIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEL CONVENUTO - VIOLAZIONE DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA - CONFIGURABILITÀ - CONDIZIONI.

Corte EDU, Terza sezione, 20 ottobre 2020, Pasquini c. San Marino

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-205166>

Corte EDU, Prima sezione, 10 dicembre 2020, Papageorgiou c. Grecia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-206365>

CLASSIFICAZIONE: Presunzione di innocenza – Diritto del soggetto assolto da un'imputazione penalmente rilevante o comunque prosciolto con formula diversa dall'assoluzione, al rispetto di tale esito processuale in qualsiasi altro procedimento, al fine di preservare la reputazione della persona e la percezione che ha il pubblico della persona medesima - **Valutazione del linguaggio** utilizzato dal giudice civile, nel giudizio relativo al risarcimento dei danni da fatto illecito, conseguente al proscioglimento dell'imputato dall'originaria imputazione con formula diversa dall'assoluzione (prescrizione) – Condizioni.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI: Art. 6 § 2 CEDU, così formulato: "Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la legge non ne provi la colpevolezza"

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Allen c. Regno Unito [GC], n. 25424/09; G.I.E.M. s.r.l. ed altri c. Italy [GC], n. 1828/06; Engel ed altri c. Paesi Bassi, n. 51001/71; Phillis c. Regno Unito, n. 41087/98. Tomania, n. 21534/05; Vella c. Malta, n. 69122/10; Ringvold c. Norvegia, n. 34964/97; Orr c. Norvegia, n. 31283/04; Y c. Norvegia, n. 56568/00, Diacenco c. Romania, n. 124/04; Fleischner c. Germania, n. 61985/12; Lagardère c. Francia, n. 18851/07; Constantin Florea Lundkvist c. Svezia, n. 48518/99; Tendam c. Spagna n. 25720/05; Vlieeland Body e Marcello Lani c. Spagna, nn. 53465/2011 e 9634/2012; Zollman c. Regno Unito, n. 62902/2000; Taliadorou e Stylianou c. Cipro, nn. 39627/05 e 39631/05; Bikas c. Germania, n. 76607/2013.

-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

ABSTRACT – *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 il risarcimento in favore della parte civile ricorrendo ad osservazioni incoerenti con il venire meno delle accuse, in ragione della scadenza del termine di prescrizione. 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 pratico ed 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 del 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 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.*

I CASI – 1. **Il caso Pasquini contro San Marino**, esaminato dalla sentenza resa dalla Sezione Terza in data 20 ottobre 2020, si fonda sul ricorso del nominato soggetto che, condannato in primo grado per una serie di reati (tra cui quello di false comunicazioni ai soci e appropriazione indebita), con condanna generica anche al risarcimento del danno e ad una rilevante provvisoria immediatamente esecutiva, **nel successivo grado di appello** era stato invece

assolto da alcune accuse mentre, in relazione a quelle residue, aveva visto dichiarare **la prescrizione dei reati**, con **conferma della condanna al risarcimento dei danni**.

Il giudice di appello, in particolare, aveva rilevato, agli effetti penali, come in primo grado non fossero emersi elementi per ritenere che i fatti contestati non fossero stati consapevolmente posti in essere avvenuti; e, agli effetti civili, fondava la propria motivazione sugli elementi di fatto emersi nel corso del giudizio di primo grado; ne aveva, pertanto, dedotto la verifica di un danno per la PC, dei cui fondi l'imputato aveva illecitamente disposto, concludendo, quindi, per la conferma delle statuizioni risarcitorie.

2. Nel secondo caso, relativo alla sentenza emessa dalla **Sezione Prima in data 10 dicembre 2020, Ilias Papageorgiou**, era invece accaduto che il ricorrente accusato, per fatto del 2005, di guida in stato di ebbrezza, **era stato** poi **assolto** dal giudice di primo grado.

Dopo che la decisione di proscioglimento era **divenuta definitiva**, il soggetto che assumeva di essere rimasto danneggiato dalla condotta di Papageorgiou, (il passeggero della vettura condotta dal medesimo) aveva citato quest'ultimo e la compagnia di assicurazioni con cui era assicurato il veicolo **in sede civile**, per il risarcimento dei danni pecuniari e non; la compagnia assicuratrice, a sua volta, aveva agito contro il Papageorgiou, affermando che solo quest'ultimo dovesse considerarsi responsabile dei danni, avendo egli guidato con un tasso alcolemico superiore ai limiti consentiti dalla normativa all'epoca dei fatti vigente, casi nei quali la compagnia, in base al contratto, non copriva i danni.

In primo grado, riuniti i procedimenti, sia il Papageorgiou che la compagnia assicuratrice erano stati **condannati al risarcimento dei danni** nei confronti del passeggero della vettura.

In seguito **all'appello** della compagnia di assicurazioni, invece, all'esito del secondo era stato ritenuto che il comportamento dell'assicurato esonerasse la compagnia assicuratrice da ogni responsabilità e che, inoltre, la predetta non poteva essere ritenuta responsabile in seguito all'assoluzione del Papageorgiou dal reato. La Corte di Appello, in particolare, aveva affermato che il Papageorgiou stava guidando sotto l'influenza dell'alcool, e che non sussisteva alcuna contraddizione con la sentenza di assoluzione, che non vincolava il giudizio civile, basato su di un'autonoma valutazione delle prove; pertanto, considerato che la condotta del conducente ricadeva al di fuori delle clausole del contratto di assicurazione, aveva condannato il Papageorgiou a rimborsare la compagnia di assicurazioni.

Il ricorso per cassazione del Papageorgiou, basato sulla violazione della presunzione di innocenza, era stato rigettato, in quanto era stato ritenuto che l'art. 6 § 2 della CEDU non avesse rilievo nel caso di giudizio civile instaurato a seguito di proscioglimento in sede penale, non essendo il giudice civile vincolato dalla decisione assunta in sede penale; inoltre, secondo la Cassazione, la Corte di Appello aveva adeguatamente preso in considerazione la decisione di assoluzione ed aveva basato il proprio convincimento senza operare alcuna interpretazione delle ragioni poste a base dell'assoluzione e senza esprimere, né direttamente né indirettamente, alcuna opinione circa la penale responsabilità del ricorrente, il che escludeva ogni rilievo in relazione al principio invocato.

LE OSSERVAZIONI E LE CONCLUSIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

In riferimento al primo **caso – Pasquini** contro San Marino – la Corte ha rilevato che sussistesse un indiscutibile nesso tra i due procedimenti, in base alla normativa interna, **in quanto il giudice dell'appello, in sede penale, era competente a decidere anche in merito alle statuizioni civili, con conseguente applicabilità dell'art. 6 § 2 CEDU.**

È stato affermato il principio per cui le persone assolve da un'accusa penale o nei cui confronti il procedimento penale è stato concluso con una pronuncia diversa dalla condanna, non possono poi essere trattate, dai pubblici ufficiali o dalle autorità, come se fossero, di fatto, colpevoli. Deve cioè, nei loro confronti, essere garantito il rispetto non solo della pronuncia assolutoria, ma anche del diverso esito di proscioglimento (prescrizione).

E ciò, in quanto, una volta terminato il procedimento penale, ciò che rileva è anche la reputazione di una persona ed il modo in cui essa viene percepita dal pubblico, con la conseguenza che la protezione offerta dall'art. 6 § 2 CEDU può sovrapporsi con la protezione offerta dall'art. 8 CEDU. Mentre, quindi, nel caso di assoluzione definitiva non può ritenersi ammissibile alcuna formulazione di sospetto circa l'innocenza dell'imputato assolto, nei diversi casi in cui non è intervenuta una sentenza di assoluzione, ma non vi è stata neanche dimostrazione di colpevolezza dell'imputato, sarà comunque violata la presunzione di innocenza qualora intervenga una decisione giudiziaria che rifletta un'opinione di colpevolezza senza che l'imputato abbia avuto la possibilità di esercitare i diritti di difesa.

Nelle fattispecie nelle quali viene in rilievo la presunzione di innocenza, quindi, sarà di fondamentale importanza valutare il linguaggio utilizzato nella decisione assunta, posto che anche l'uso di un linguaggio non appropriato può essere rilevante.

Nel caso, in particolare, della pronuncia di risarcimento dei danni in sede civile, a prescindere dalla conclusione del processo penale con un'assoluzione o con altro esito decisorio, l'esonero dalla responsabilità penale deve essere rispettato. Ciò che, peraltro, non preclude l'accertamento della responsabilità civile per i danni derivanti dagli stessi fatti per i quali si è già proceduto in sede penale, anche se **in base ad un onere probatorio meno rigoroso**. In tali casi, qualora la decisione in sede civile contenga una dichiarazione corrispondente all'affermazione di responsabilità penale della parte convenuta, si prospetterebbe senza dubbio una questione rilevante ai sensi dell'art. 6 § 2 CEDU.

Sicché, è necessario prestare particolare attenzione allo svolgimento motivazionale ed alla formulazione del ragionamento in una sentenza civile intervenuta dopo l'interruzione del processo penale (ossia con un esito non assolutorio del processo penale, in cui, però, non sia stata affermata la responsabilità dell'imputato), dovendosi 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, essendo necessario determinare il senso delle affermazioni in riferimento al contesto in cui sono state effettuate, 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.

In riferimento al primo caso, quindi, la Corte EDU ha affermato che il giudice di appello sammarinese, nel verificare la fondatezza delle pretese civilistiche, avesse ritenuto la condotta del ricorrente di tipo appropriativo e commessa con dolo; per queste ragioni, quindi, la Corte di Strasburgo ha valutato che le affermazioni così formulate si siano risolte in autentiche e inequivocabili dichiarazioni di responsabilità penale, sia in riferimento alla condotta che all'elemento soggettivo del reato, in spregio, pertanto, al principio consacrato nella norma convenzionale richiamata.

- Tali concetti sono stati ribaditi nella decisione del **caso Papageorgiou** contro Grecia, in cui i giudici di Strasburgo hanno ribadito che la presunzione di innocenza costituisce una garanzia processuale nell'ambito di un processo penale, imponendo, tra l'altro, specifici requisiti 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 pratico ed effettivo, detta presunzione si manifesta anche sotto altro aspetto, avendo, cioè, lo scopo di proteggere le persone assolve 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 del reato contestato.

Nei casi relativi a risarcimento dei danni civili richiesti dalle vittime, indipendentemente dal fatto che il processo penale sia stato concluso con un assoluzione nel merito o con un proscioglimento con altre formule, la Corte di Strasburgo ha ulteriormente ribadito, in particolare, che se la decisione interna, in riferimento al risarcimento dei danni, contenesse affermazioni attributive della responsabilità penale, ciò renderebbe necessaria la valutazione del principio di cui all'art. 6 § 2 della CEDU, nel senso della possibile violazione della pubblica reputazione della persona.

La Corte EDU ha quindi rilevato che la decisione assolutoria non potesse automaticamente esonerare il ricorrente da ogni forma di responsabilità civile, posto che il rispetto della decisione assolutoria non preclude l'accertamento della responsabilità civile derivante dagli stessi fatti, valutata in base ad un onere probatorio meno stringente.

Nel caso Papageorgiou, inoltre, il procedimento civile era stato instaurato in epoca successiva ed innanzi ad una diversa autorità giudiziaria; in altri termini, le statuizioni civili non potevano considerarsi come accessorie al procedimento penale, né come una semplice prosecuzione dello stesso.

In tale contesto, la Corte EDU ha osservato che, benché le condizioni di applicazione delle clausole contrattuali assicurative potessero sovrapporsi con i criteri di accertamento della

responsabilità penale, essendo entrambe dipendenti dalle medesime circostanze, nondimeno la prospettazione della compagnia di assicurazione – secondo cui il conducente dovesse essere considerato responsabile dei danni a cagione della sua condotta - era stata determinata **in base ai principi propri del processo civile in tema di risarcimento dei danni**, avendo la Corte di Appello chiarito di aver esaminato le clausole del contratto di assicurazione prescindendo da ogni intento di accertare la penale responsabilità dell'assicurato.

La Corte di Strasburgo, inoltre, ha ritenuto, in base ai principi di diritto interno, che l'esito del processo penale non era stato decisivo per la causa civile, avendo la compagnia di assicurazione il pieno diritto di far riferimento alle clausole di esonero, in tema di copertura dei danni, indipendentemente dall'esito del processo penale, essendo stato, peraltro, l'accertamento in sede civile basato su principi e standard probatori differenti sotto molti aspetti da quelli applicabili ai fini dell'accertamento della responsabilità penale.

Inoltre, il giudice civile si era determinato in base alle **prove espletate** nel corso di detto giudizio; benché, quindi, alcune prove avessero coinciso con quelle espletate nel corso del processo penale – con particolare riferimento alla misurazione del tasso alcolemico – il giudice civile aveva riesaminato e rivalutato detti elementi autonomamente, unitamente ad altre prove assunte nel contraddittorio delle parti, sulla base delle quali aveva assunto la decisione confermata in Cassazione, con un **accertamento**, quindi, del tutto **autonomo** in ordine all'applicabilità delle cause di esonero richiamate dalla compagnia assicuratrice ed **in base ai principi dell'accertamento della responsabilità in sede civile**, prescindendo da ogni dimostrazione circa la commissione di un fatto penalmente rilevante da parte del ricorrente.

Il linguaggio utilizzato dai giudici di appello – con particolare riferimento alla circostanza che il conducente "stesse guidando sotto l'influenza dell'alcol" – non costituisce, pertanto, un elemento distonico, in quanto l'espressione, in base al diritto interno, non è riservata alla sola sfera del diritto penale, ma è ugualmente utilizzata dalle fonti normative in tema di risarcimento dei danni, per cui letta nel contesto del giudizio complessivo, l'uso di tale espressione non può essere ragionevolmente considerato come un'affermazione di penale responsabilità del ricorrente che, peraltro, sotto detto aspetto, di nulla si era doluto.

Conclusivamente, in tale vicenda, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che non fosse ravvisabile alcuna violazione dell'art. 6 § 2 della CEDU, non essendo state utilizzate affermazioni neanche sostanzialmente riferibili ad un accertamento di penale responsabilità del ricorrente.

Alla luce di tanto, la Corte EDU ha ribadito il principio della particolare attenzione che deve essere seguita nel formulare, in sede di giudizio civile, le ragioni esplicative della decisione assunta, pur se detto giudizio si è svolto in maniera del tutto autonoma da quello penale.

ART. 6 CEDU

GIUDIZIO CIVILE - LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE - RITENUTA LEGITTIMITÀ - FONDAMENTO - FATTI PENALMENTE RILEVANTI GIÀ OGGETTO DI DECLARATORIA DI IMPROCEDIBILITÀ PER AMNISTIA - VIOLAZIONE DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Seconda Sezione, 20 ottobre 2020, Gutu c. Moldavia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-205638>

Classificazione

Presunzione d'innocenza – Licenziamento per distrazione di fondi **basato su prove raccolte in un procedimento penale concluso** per improcedibilità a causa di **amnistia** – Mancato esame di responsabilità nel processo penale – Richiesta di applicazione dell'amnistia non equivalente ad ammissione di responsabilità nel diritto interno – Mancata rinuncia consapevole e chiara al **diritto d'essere presunto innocente** e di non contribuire alla propria incriminazione – Licenziamento implicante dichiarazione civile inequivoca di colpevolezza – **Violazione dell'art. 6 § 2 Cedu**

Riferimenti normativi convenzionali

Articolo 6 § 2 Cedu

Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano

Articolo 27, secondo comma, Cost.

Pronuncia segnalata

Corte Edu, Sezione seconda, Gutu c. Repubblica di Moldova, 20 ottobre 2020 (ricorso n. 13112/7)

Abstract

La presunzione di innocenza comporta l'impossibilità di ritenere colpevole chi, sottoposto a procedimento penale, abbia beneficiato di una decisione di improcedibilità - nel caso di specie per sopravvenuta amnistia - senza che sia stato reso un giudizio di merito sulla fondatezza dell'accusa.

Anche in base alla legislazione nazionale applicabile nel caso in esame, si è escluso che il semplice fatto di aver prestato consenso all'applicazione dell'amnistia abbia comportato una rinuncia –

consapevole e chiara - alla presunzione di innocenza ed al diritto a non contribuire alla propria incriminazione.

*Quando, nel corso di un procedimento ulteriore a quello penale ed a quest'ultimo strettamente collegato, il **giudice civile** adotti una decisione implicante affermazione di responsabilità penale - come nella specie avvenuto con riguardo alla ritenuta legittimità del licenziamento intimato per furto sul luogo di lavoro - **trovano applicazione le garanzie dell'art. 6 § 2 Cedu**, di cui nel caso esaminato è stata riconosciuta la violazione per essere stato desunto il riconoscimento della colpevolezza dalla richiesta di applicazione dell'amnistia in sede penale.*

Riferimenti giurisprudenziali

Sentenze CEDU

Sull'affermazione giusta la quale la presunzione d'innocenza impedisce che chi abbia beneficiato di una decisione di assoluzione o di improcedibilità sia trattato dalle autorità dello Stato come se fosse colpevole delle violazioni addebitategli, v. **Allen c. Regno Unito** [GC], 12 luglio 2013, §§ 92-94 e 120-126; **G.I.E.M. Srl e aa. c. Italia** [GC], 28 giugno 2018, § 314; **Pasquini c. San Marino**, 20/10/2020, § 48. La presunzione in parola è inoltre violata se, senza una preliminare valutazione di colpevolezza e senza che sia stato possibile per l'interessato esercitare il diritto di difesa, una decisione giudiziaria resa nei suoi confronti rifletta l'opinione che egli sia colpevole, anche in assenza di una formale constatazione (cfr. **Minelli c. Svizzera**, 25 marzo 1983, § 37; **Urat c. Turchia**, 27 novembre 2018, § 52; **Pasquini c. San Marino**, cit., § 50), constatazione che, tuttavia, non necessariamente dev'essere contenuta in una pronuncia di condanna e che ben potrebbe ravvisarsi anche in un provvedimento di non doversi procedere (**G.I.E.M. Srl e aa. c. Italia**, cit., §§ 252 e 257-261).

Riguardo alla natura fondamentale dei diritti alla presunzione di innocenza e di non contribuire alla propria incriminazione, v. **Sanders c. Regno Unito**, 17 dicembre 1996, § 68; **Ibrahim e a. c. Regno Unito**, 13 settembre 2016, § 266.

Quanto al fatto che la rinuncia a tali diritti debba essere volontaria, consapevole, chiara e non incompatibile con la tutela di rilevanti interessi pubblici, v. **Simenovi c. Bulgaria** [GC], 12 maggio 2017, § 115; **Murtazaliyeva c. Russia** [GC], 18 dicembre 2018, § 118.

Sul principio secondo cui la decisione del giudice civile che postuli il riconoscimento di responsabilità penale in assenza di una condanna definitiva rientra nel campo di applicazione dell'art. 6 § 2 Cedu, v. **Teodor c. Romania**, 4 giugno 2013, §39; **Urat c. Turchia**, cit., § 53; sulla fondamentale differenza tra il semplice sospetto di aver commesso un reato ed una dichiarazione giudiziale inequivoca circa la commissione del fatto pur in assenza di definitiva condanna, v. **Peltureau-Villneuve c. Svizzera**, 28 ottobre 2014, § 32; **Stirmanov c. Russia**, 29 gennaio 2019, § 43.

Sentenze della Corte di cassazione

Corte di cassazione penale

Sez. 5, n. 10952 del 09/11/2012. dep. 2013, Gambardella, Rv. 255331, sulla necessità di accertare la sussistenza del fatto e la responsabilità dell'imputato, ai fini della condanna al risarcimento dei danni, laddove, in sede di giudizio di impugnazione, sia dichiarata l'estinzione del reato per amnistia o prescrizione, non potendo essere confermata la condanna al risarcimento del danno sulla base della mancata prova dell'innocenza dell'imputato ai sensi dell'art. 129, comma secondo, cod. proc. pen. (conformi, *ex multis*: **Sez. 5, n. 3869 del 07/10/2014, dep. 2015, Lazzari, Rv. 262175; Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, Sciortino, in motivazione**), con la conseguenza che, qualora i motivi di gravame proposti dall'imputato sul capo o punto della sentenza relativo all'affermazione di responsabilità siano fondati, il giudice d'appello deve riformare la sentenza stessa, contestualmente revocando le statuizioni civili (**Sez. 2, n. 29499 del 23/05/2017, Ambrois, Rv. 270322**)

Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870, sull'analoga necessità di accertare la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il pieno contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, ai fini di disporre la confisca di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 in presenza di una causa estintiva del reato determinata dalla prescrizione

Sez. 1, n. 845 del 25/02/1993, Mendico, Rv. 193633, sulla rinuncia alla presunzione d'innocenza implicita nella richiesta di applicazione pena ex art. 444 cod. proc. pen.

Corte di Cassazione civile:

Sez. 3, n. 31894 del 06/12/2019, P. c. S., Rv. 655980

In materia di rapporti tra giudizi civile e penale, la dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova, pur costituendo una modalità alternativa di definizione del giudizio penale, non contiene alcun accertamento di merito in ordine alla sussistenza del reato ed alla responsabilità del minorenne, ne consegue che il giudice civile deve indagare e valutare, alla luce delle regole probatorie che governano il giudizio civile e del materiale acquisito, la sussistenza dei fatti costitutivi della domanda, compresa la conseguente sussistenza della responsabilità dei genitori per la condotta del proprio figlio ex art. 2048 c.c.

Sez. 3, n. 20684 del 25/09/2009, Plez c. Inpdap, Rv. 609435

Ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., l'inesistenza di una pronuncia del giudice penale, nei termini in cui ha efficacia di giudicato nel processo civile in virtù degli artt. 651 e 652 cod. proc. pen., l'estinzione del reato e l'improponibilità o improcedibilità dell'azione penale non costituiscono impedimento all'accertamento, da parte del giudice civile, della sussistenza degli elementi costitutivi del reato. Tuttavia, **l'accertamento del giudice civile deve essere condotto secondo la legge penale** e deve avere ad oggetto l'esistenza del reato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, ivi comprese le eventuali cause di giustificazione e l'eccesso colposo ad esse relativo.

Sez. 3, n. 21089 del 19/10/2015, Lattanzi c. Martinelli, Rv. 637494

In tema di risarcimento del danno per falso giuramento, l'intervenuto decreto di archiviazione perché il fatto non sussiste non impedisce al giudice civile di valutare se per i medesimi fatti,

sottoposti al suo vaglio per fini risarcitori, siano ravvisabili gli estremi del reato, trattandosi di provvedimento che ha come presupposto la mancanza di un processo e non dà luogo a preclusioni di alcun genere.

Sez. L, n. 21549 del 21/08/2019, C. c. C., Rv. 654647)

Ai fini della legittimità del licenziamento disciplinare irrogato per un fatto astrattamente costituente reato, non rileva la valutazione penalistica del fatto né la sua punibilità in sede penale, né la mancata attivazione del processo penale per il medesimo fatto addebitato, dovendosi effettuare una valutazione autonoma in ordine alla idoneità del fatto a integrare gli estremi della giusta causa o giustificato motivo del recesso.

Sez. L, n. 18513 del 21/09/2016, Tanassi c. Ama Spa, Rv. 641187 (conf. Sez. L, n. 13955 del 19/06/2014, Di Cicco c. Poste Italiane Spa, Rv. 631848; Sez. L, n. 29825 del 19/12/2008, Poste Italiane Spa c. Filice, Rv. 606162)

Il principio di non colpevolezza fino alla condanna definitiva, di cui all'art. 27, comma 2, Cost., concerne le garanzie relative all'attuazione della pretesa punitiva dello Stato, e non può quindi applicarsi, in via analogica o estensiva, all'esercizio da parte del datore di lavoro della facoltà di recesso per giusta causa in ordine ad un comportamento del lavoratore suscettibile di integrare gli estremi del reato, se i fatti commessi siano di tale gravità da determinare una situazione di improseguibilità, anche provvisoria, del rapporto, senza necessità di attendere la sentenza definitiva di condanna, neppure nel caso in cui il c.c.n.l. preveda la più grave sanzione espulsiva solo in tale circostanza. Ne consegue che il giudice, davanti al quale sia impugnato un licenziamento disciplinare, intimato a seguito del rinvio a giudizio del lavoratore, per gravi reati potenzialmente incidenti sul rapporto fiduciario - ancorché non commessi nello svolgimento del rapporto -, non può limitarsi alla valutazione del dato oggettivo del rinvio a giudizio, ma deve accertare l'effettiva sussistenza dei fatti contestati e la loro idoneità, per i profili soggettivi ed oggettivi, a supportare la massima sanzione disciplinare.

Il caso

Felix Gutu, cittadino moldavo dipendente di una società pubblica operante nella Repubblica di Moldova, era stato sottoposto dalla giurisdizione nazionale a procedimento penale per "distrazione di fondi" in relazione ad una richiesta di rimborso spese avanzata al datore di lavoro ed asseritamente fondata su documenti falsi. Anche sulla base delle spiegazioni fornite dall'indagato, con ordinanza del 2 dicembre 2003, il pubblico ministero aveva archiviato il procedimento per insussistenza del reato.

A seguito della riapertura delle indagini, ordinata dal Procuratore generale, con ordinanza del 20 maggio 2005 il pubblico ministero aveva nuovamente archiviato il procedimento, questa volta in applicazione della legge di amnistia approvata il 16 luglio 2004.

Informata dell'esito del procedimento penale, il 18 agosto 2005, richiamando una disposizione del codice del lavoro, la società aveva licenziato il dipendente, sul rilievo che l'inchiesta penale aveva accertato esservi stata appropriazione illecita di denaro.

L'impugnazione del licenziamento era stata respinta dal tribunale civile, osservandosi che il lavoratore aveva sostanzialmente riconosciuto la propria responsabilità per aver spontaneamente restituito il denaro e per aver richiesto al pubblico ministero l'applicazione dell'amnistia, da considerarsi quale provvedimento che esclude soltanto la responsabilità penale o la pena.

La decisione del tribunale era stata riformata dalla Corte d'appello, che aveva invece accolto l'impugnazione del licenziamento, ordinando la reintegrazione nel posto di lavoro. Il giudice d'appello aveva infatti ritenuto violato l'art. 86, §. 1, del codice del lavoro, che consente il licenziamento per furto sul luogo di lavoro nel solo caso in cui la responsabilità sia stata accertata dalla decisione di un tribunale o di un'autorità competente per l'applicazione di sanzioni amministrative, ciò che nella specie non era avvenuto, non potendosi ritenere tale la pronuncia di archiviazione.

Accogliendo il ricorso proposto dalla società datrice di lavoro, con sentenza del 30 agosto 2006, poi divenuta definitiva, la Corte suprema aveva a sua volta annullato la decisione di appello e confermato quella di primo grado, condividendone le ragioni. Si osservava, in particolare, che l'archiviazione del procedimento penale era intervenuta per amnistia – provvedimento che non incide sui diritti della persona offesa - e non già per ritenuta insussistenza del reato e che, nel richiedere l'applicazione della legge sull'amnistia, l'indagato aveva sostanzialmente riconosciuto la propria responsabilità.

Avverso la decisione definitiva dei giudici civili moldavi, Felix Gutu ha proposto ricorso alla Corte EDU lamentando la violazione del principio di presunzione d'innocenza sancito dall'art. 6 § 2 della Convenzione. Il ricorrente ha sostenuto che il reato non era stato accertato in sede processuale e che, da parte sua, non vi era mai stato riconoscimento di responsabilità penale, avendo egli accettato l'amnistia senza rinunciare al diritto di non contribuire alla propria incriminazione. Nell'esaminare la causa d'impugnazione del licenziamento affermando che la sua colpevolezza risultava dall'indagine penale, i giudici civili avevano pertanto leso il suo diritto alla presunzione d'innocenza.

Le conclusioni della Corte EDU

Richiamando la propria giurisprudenza, la Corte ricorda che uno dei caratteri della **presunzione d'innocenza** è **impedire che chi abbia beneficiato di una decisione di assoluzione o di improcedibilità sia trattato dalle autorità dello Stato come se fosse colpevole delle violazioni addebitategli**. Ribadisce, inoltre, che la presunzione d'innocenza è violata se, senza un preliminare accertamento di responsabilità e senza che sia stato possibile per l'imputato esercitare il proprio diritto di difesa, una decisione rifletta l'opinione che egli sia colpevole. Analizzando, quindi, il contenuto dell'ordinanza di archiviazione del 20 maggio 2005, la Corte esclude che essa contenga un giudizio di merito sul carattere illecito della condotta addebitata al ricorrente, essendosi limitata a riconoscere la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della legge di amnistia, tra i quali figura il consenso dell'indagato.

Premesso che l'art. 6 della Convenzione non preclude all'interessato di rinunciare alle garanzie del giusto processo – tra cui vanno annoverati il diritto alla presunzione d'innocenza e a non contribuire alla propria incriminazione – la Corte ricorda che, pur non dovendo essere necessariamente esplicita, la rinuncia a tali diritti deve tuttavia essere volontaria, consapevole e chiara e non dev'essere contraria a rilevanti interessi pubblici. Nel caso di specie si osserva che: l'indagato aveva protestato la propria innocenza sin dalla prima fase dell'indagine (quella conclusa con il primo provvedimento di archiviazione); dal quadro normativo nazionale si evince che l'intervento dell'amnistia, al pari della sopravvenuta prescrizione, esclude la prosecuzione del procedimento penale quale che sia la fase in cui esso si trovi e non richiede il preliminare accertamento di penale responsabilità; per la legislazione domestica, l'esercizio di un diritto da parte dell'indagato non può essere interpretato in danno del medesimo. Secondo la Corte, il ricorrente non poteva ragionevolmente attendersi che l'istanza di applicazione dell'amnistia avanzata in fase di indagine preliminare si sarebbe potuta interpretare come un riconoscimento di responsabilità. Non vi era stata, pertanto, alcuna rinuncia, consapevole e chiara, ai citati diritti convenzionali e la conclusione del giudice nazionale sul sostanziale riconoscimento di responsabilità ricavabile dall'accettazione dell'amnistia non riposava su alcuna base legale.

Sotto altro angolo visuale, la Corte ribadisce che l'esonero dalla responsabilità penale non impedisce che gli stessi fatti possano dare luogo ad un'altra forma di responsabilità, come quella civile, ma **se la decisione adottata in questo secondo procedimento racchiude un'attribuzione di responsabilità per l'infrazione penale e sul punto non vi è stata condanna definitiva, la situazione rientra nel campo d'applicazione dell'art. 6 della Convenzione.** Nel caso di specie, il fatto che i giudici civili abbiano confermato il licenziamento fondato sulla commissione di un furto costituisce una inequivoca dichiarazione di colpevolezza con riguardo a quell'addebito, malgrado l'abbandono delle accuse in sede penale. Si riconosce, conseguentemente, esservi stata violazione dell'art. 6 § 2 della Convenzione.

Osservazioni finali.

La sentenza, d'interesse per l'applicazione tanto del diritto penale quanto del diritto civile, merita attenzione almeno sotto tre profili.

In primo luogo, con riguardo alla rilevanza della presunzione d'innocenza nel caso in cui il procedimento penale si sia concluso con provvedimenti d'improcedibilità fondati su cause estintive della responsabilità penale, quali la prescrizione o l'amnistia. La decisione in esame ribadisce che la possibilità di porre tali provvedimenti a fondamento dell'applicazione di conseguenze pregiudizievoli non è di per sé esclusa dal diritto convenzionale, ma postula che negli stessi sia riscontrabile un giudizio di merito circa la sussistenza della responsabilità. Nell'ordinamento interno, sul piano penale il tema è di particolare attualità con riguardo a questioni concernenti l'interpretazione degli artt. 578 e 578 *bis* cod. proc. pen., che, anche di recente, hanno interessato le Sezioni unite della Suprema Corte (v. Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870 – 01) e che potrebbero nuovamente essere portate

all'attenzione di tale consesso con particolare riguardo ad un contrasto di giurisprudenza concernente l'interpretazione dell'art. 622 cod. proc. pen. (cfr. Sez. 4, ord. 20/10/2020, Cremonini).

Altro profilo d'interesse, anche per l'ampiezza di implicazioni con riguardo agli istituti legati agli aspetti "negoziali" del processo penale, riguarda gli stringenti limiti alla qualificazione di certi atti quale rinuncia alle garanzie del giusto processo: se tale rinuncia può manifestarsi anche soltanto implicitamente - avverte la Corte di Strasburgo - essa dev'essere tuttavia connotata da volontarietà, consapevolezza e chiarezza.

Da ultimo, **la sentenza in esame si segnala per aver fatto applicazione di una garanzia processuale tipicamente penalistica in un susseguente procedimento civile**, dopo aver ritenuto - giudicando il ricorso ricevibile *ratione materiae* - che tra i due giudizi esisteva un **forte legame**. Quanto all'ordinamento interno italiano, va al proposito segnalato che le disposizioni che regolano l'efficacia extrapenale del giudicato, contenute negli artt. 651 segg. cod. proc. pen., non esauriscono tutte le possibili implicazioni tra i differenti giudizi. L'abbandono della regola normativa della pregiudizialità necessaria del processo penale a quello civile, amministrativo o disciplinare prevista dall'art. 3 cod. proc. pen. abr. ed il conseguente *favor separationis*, peraltro, consente oggi una più ampia autonomia tra le diverse giurisdizioni (cfr. artt. 75 cod. proc. pen., 211 norme coord. cod. proc. pen, 295 cod. proc. civ.).

Come si ricava dalle sentenze della Cassazione civile più sopra richiamate, laddove si è posto il problema di far discendere effetti da provvedimenti penali non contenenti affermazioni di responsabilità, nei giudizi civili susseguenti il giudice nazionale si è mosso in linea con i principi convenzionali. Per contro, come invece mostrano le richiamate decisioni giuslavoristiche, concernenti una casistica analoga a quella nella specie scrutinata dalla Corte europea e tuttavia analizzata con specifico riguardo all'istituto del licenziamento per giusta causa quale disciplinato dall'art. 2119 cod. civ., anche quando trattasi di fatti astrattamente integranti l'illecito penale le categorie di valutazione civilistica sono spesso autonome da quelle riferite alla mera sussistenza del reato. Laddove questo accada, non essendo ravvisabile tra i giudizi quel forte legame richiesto dalla giurisprudenza della Corte europea, nel processo civile non potrà invocarsi la garanzia convenzionale della presunzione d'innocenza.

ART. 6 CEDU

INGIUSTIFICATO RITARDO DEL PROCESSO - INTENZIONALE CAUSAZIONE - SANZIONE A CARICO SOLO DI ALCUNE CATEGORIE DI SOGGETTI (NELLA SPECIE, AVVOCATI) - NATURA PENALE - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Grande Camera, 22 dicembre 2020, *Gestur Jónsson e Ragnar Halldór Hall c. Islanda*
<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207115>

CLASSIFICAZIONE

RESPONSABILITÀ PENALE - ACCUSA PENALE - SANZIONE PENALE - APPLICAZIONE CRITERI
ENGEL

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, artt. 6-7

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

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

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., **Grande Camera**, 22 dicembre 2020, caso **Gestur Jónsson e Ragnar Halldór Hall c. Islanda**

Abstract

- *La Grande Camera, sulla base di valutazioni opposte a quelli adottati dalla sezione seconda alle Corte, ha confermato la dichiarazione di inammissibilità del ricorso - ai sensi dell'art. 35, § 3 e 4 della Convenzione - ratione materiae, affermando che il caso di specie, relativo alla irrogazione di una ammenda pari a 6200 euro, a due avvocati, per comportamenti tenuti nella loro qualità, nel corso di un procedimento penale, non riguardasse la "materia penale", trattandosi di sanzione disciplinare.*
- *Nel fare applicazione dei criteri Engel, ha ritenuto, quanto al primo (definizione di offesa penale secondo il diritto interno), di non essere vincolata dalla sentenza della Corte suprema islandese, che pure aveva ritenuto l'applicabilità del terzo criterio Engel e aveva, quindi, qualificato come penale la sanzione applicata, essendo consentita dall'art. 53 agli Stati contraenti l'adozione di un'interpretazione che comporti una protezione più forte dei diritti e delle libertà.*
- *Quanto al secondo criterio (natura dell'offesa), ha ritenuto che i ricorrenti erano stati sanzionati per avere intenzionalmente causato un ingiustificato ritardo del processo, previsione che non ha portata generale, ma riguarda solo alcune categorie di soggetti (il pubblico ministero, i difensori e i consulenti legali).*
- *Quanto al terzo (natura e gravità della sanzione), ha affermato che, se per le sanzioni non penali (nella specie, oltraggio alla Corte) non è necessario un tetto massimo, nel caso esaminato non era tuttavia prevista una pena detentiva; l'ammenda non era convertibile in pena detentiva; non vi era menzione nel certificato del casellario.*
- *Inoltre, ha operato un confronto dell'importo della sanzione in gioco con quelle considerate in altre cause pertinenti, per concludere che l'entità dell'ammenda (EUR 6.200) e l'assenza di un limite massimo legale dell'importo (anche potenziale), non era sufficiente per ritenere "penale" la sanzione nel senso autonomo dell'articolo 6 della Convenzione.*
- *Infine, poiché il procedimento non ha comportato la determinazione di una "accusa penale" ai sensi dell'articolo 6, ha ritenuto – per "motivi di coerenza nell'interpretazione della Convenzione nel suo insieme" – che l'ammenda contestata non potesse nemmeno essere considerata "sanzione" ai sensi dell'articolo 7, sottolineando in tal modo espressamente il nesso tra l'art. 6 e l'art. 7 della Convenzione.*

Il Caso

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

Nel corso del procedimento, a seguito della ripetuta presentazione di prove da parte dell'accusa e della fissazione di una data del processo ritenuta incompatibile con la predisposizione di un adeguato impianto difensivo, costoro avevano ripetutamente chiesto il rinvio del processo, ma il Tribunale distrettuale aveva sempre respinto le richieste. Qualche giorno prima dell'inizio del processo, avevano chiesto la revoca della nomina, dichiarando di trovarsi nell'impossibilità di

svolgere il mandato difensivo, lamentando una violazione dei diritti dei loro clienti (ai sensi della Costituzione, del codice di procedura penale e della Convenzione) sì grave da impedire la loro ulteriore partecipazione al processo. La decisione era stata comunicata agli assistiti, i quali l'avevano condivisa ed era da considerarsi effettuata in applicazione delle norme del codice degli avvocati.

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

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

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

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

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

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

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

La causa è stata allora deferita alla Grande Camera.

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

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

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

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

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

La decisione della Corte

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

Ha ribadito che la Convenzione permette agli Stati di mantenere o stabilire una distinzione tra legge penale e disposizioni disciplinari e di classificare come reato un'azione o un'omissione che non rappresenta il normale esercizio di uno dei diritti protetti, come chiarisce l'art. 7 della Convenzione; tale scelta ha come conseguenza di rendere applicabili gli artt. 6 e 7. La scelta opposta, di contro, è soggetta a regole più stringenti, in quanto, portata alle estreme conseguenze, diventerebbe incompatibile con lo scopo e l'oggetto della Convenzione.

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

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

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

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

Viceversa, in altri casi, ha ritenuto applicabile l'art. 6 sotto il profilo penale (cfr. *Kyprianou c. Cyprus*, nr. 73797/01, § 31, 27 gennaio 2004, in cui ha ritenuto soddisfatti tutti e tre i criteri *Engel*, perché la legge nazionale definiva la violazione come penale; essa non era limitata alla sola categoria degli avvocati; era prevista nel massimo la pena detentiva ed era stata in effetti applicata una pena detentiva); oppure ritenuto soddisfatti il secondo e il terzo criterio, ma non il primo, distinguendo – per esempio – tra le sanzioni disciplinari relative a un cerchia di soggetti tenuti a osservare specifiche regole comportamentali nella loro condotta professionale, rispetto a quelle che riguardano incidenti che possono accadere davanti a un giudice e che attengono al procedimento e all'organizzazione dei tribunali. Inoltre, ha richiamato i casi in cui la regola è di generale applicazione e riguarda non solo gli attori del processo, ma qualsiasi persona, anche per comportamenti tenuti fuori da un'aula di udienza.

Il merito

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

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

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

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

In conclusione, la Corte ha affermato che, nel **caso di specie, non sussiste un'accusa di natura penale**, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione e che il ricorso è incompatibile *ratione*

materiae con le disposizioni della Convenzione, dichiarandolo inammissibile ai sensi dell'art. 35, par. 3 (a) e 4, potendo la Grande Camera riconsiderare il vaglio di ammissibilità, previamente effettuato dalla Sezione semplice (cfr. *Ilias e Ahmed c. Ungheria* [GC], nr. 47287/15, § 173, 21 novembre 2019).

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

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

La decisione della Corte.

La Sezione semplice aveva già ritenuto il ricorso inammissibile quanto a tale parametro: da un lato, la norma interna non esclude la sanzionabilità del difensore che sia stato sostituito o abbia rimesso il suo mandato; dall'altro, **la mancata previsione di un tetto massimo sanzionatorio non soddisfa di per sé i requisiti di cui all'art. 7**. Inoltre, considerato che il caso è il primo del suo genere e che l'articolo 7 non può essere interpretato nel senso di precludere un progressivo chiarimento delle norme in materia di responsabilità penale, attraverso un'interpretazione giudiziaria caso per caso, l'importo dell'ammenda non è neppure imprevedibile. Dopo aver rilevato che il procedimento in questione non riguardava una "accusa penale" ai sensi dell'articolo 6, la Grande Camera ha affermato che, per motivi di coerenza nell'interpretazione della Convenzione nel suo insieme, le ammende contestate non potessero essere considerate nemmeno una "sanzione" ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione e la doglianza ai sensi dell'articolo 7 è stata giudicata incompatibile *ratione materiae* con la Convenzione.

Opinioni dissenzienti dei giudici *Sicilianos, Ravarani e Serghides*.

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

Quanto al **primo criterio Engel**, i giudici hanno sottolineato come sia stato correttamente riaffermato il principio secondo cui la Corte non interferisce nei casi in cui il sistema nazionale qualifichi come reato un illecito disciplinare, adottando un'interpretazione più ampia che

comporta una maggiore tutela dei diritti e delle libertà all'interno degli ordinamenti nazionali, poiché in tal caso la protezione dell'art. 6 resta effettiva. Sul punto, hanno richiamato in nota il § 19 della Guida all'art. 6 (ambito penale) pubblicata sul sito Hudoc: il primo criterio serve solo in prima battuta, essendo decisiva la classificazione del fatto come reato secondo l'ordinamento interno. Nel caso opposto, invece, la Corte esamina la reale natura della procedura interna.

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

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

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

Opinione concordante del giudice Turković.

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

ART. 6 CEDU

DIRITTO ALL'EQUO PROCESSO - MISURE DI SORVEGLIANZA - INCIDENZA DELLE STESSE SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SU DIRITTI FONDAMENTALI - DIRITTO AL GRATUITO PATROCINIO - MANCATO RICONOSCIMENTO IN GIUDIZIO CIVILE - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALLA PARITÀ DELLE ARMI - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Terza Sezione, 19 gennaio 2021, Timofeyev e Postupkin c. Russia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207375>

Classificazione

Nozione di pena – Misure di sorveglianza amministrativa incidenti sulla libertà di circolazione e sui diritti fondamentali – Applicazione successiva all'esecuzione della pena inflitta per gravi reati a soggetti recidivi pericolosi – **Finalità preventiva rispetto al pericolo di recidiva e non punitiva** – **Non riconducibilità alla nozione convenzionale di pena** – Inapplicabilità del divieto di retroattività della sanzione penale – Inapplicabilità del divieto di *bis in idem* – Inapplicabilità dei principi del giusto processo sul piano penale – **Incompatibilità *ratione materiae* con gli artt. 6 e 7 Cedu e con l'art. 4 Protocollo n. 7 Cedu.**

Equo processo – Diritto all'aiuto giudiziario – Differenze tra processo penale e processo civile – **Diritto al gratuito patrocinio nei processi civili** – Condizioni – Diniego della richiesta di essere assistito da un difensore nel procedimento di applicazione delle misure di sorveglianza amministrativa con finalità preventive – **Violazione del principio di parità delle armi** – Sussistenza – **Violazione dell'art. 6 § 1 Cedu** – Sussistenza.

Libertà di circolazione – Misure di sorveglianza amministrativa applicate dopo l'esecuzione della pena inflitta per gravi reati a soggetti recidivi pericolosi – Restrizione della libertà di circolazione – Sussistenza – Compatibilità convenzionale – Criteri – **Violazione dell'art. 2 Protocollo n. 4 Cedu** – Insussistenza.

Riferimenti normativi convenzionali

Artt. 6, § 1, e 7, Cedu

Art. 2, Protocollo n. 4 Cedu

Art. 4, Protocollo n. 7 Cedu

Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano

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

Codice penale: art. 200

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

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

Pronuncia segnalata

Corte Edu, Sezione terza, Timofeyev e Postupkin c. Russia, 19 gennaio 2021 (ricorsi nn. 45431/14 e 22769/15)

Abstract

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

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

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

Riferimenti giurisprudenziali

Sentenze CEDU

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

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

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

Sentenze della Corte di cassazione

Corte di cassazione penale

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

Corte di Cassazione civile:

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

Il caso

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

Ad entrambi erano state imposte le **prescrizioni di presentarsi periodicamente presso l'autorità amministrativa incaricata della vigilanza** (tre volte al mese e per la durata di anni otto quanto a Timofeyev, successivamente ridotta ad una volta al mese; una volta al mese e per la durata di anni sei quanto a Postupkin) e **del divieto, per lo stesso periodo, di uscire dal domicilio tra le ore 22 e le ore 6** del mattino successivo. Al primo soltanto erano inoltre stati applicati i **divieti di frequentare luoghi pubblici di divertimento** (come ristoranti, bar, centri di distrazione) e di partecipare a manifestazioni pubbliche (come dimostrazioni, riunioni, feste pubbliche). Sulle persone sottoposte a sorveglianza amministrativa grava, inoltre, **l'obbligo di segnalare lo spostamento del luogo di domicilio e del luogo di lavoro**.

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

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

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

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

Le conclusioni della Corte EDU.

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

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

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

2) Per le medesime ragioni, passando ad esaminare la violazione dell'art. 6 della Convenzione, **la Corte esclude** che possa **rilevare l'aspetto penale dell'equo processo**, ritenendo **tuttavia ricevibile** la questione **sul piano civile**, posto che **le misure** al medesimo imposte nel quadro della sorveglianza amministrativa, applicate da un tribunale civile, **incidono sui diritti fondamentali** della persona. Nel merito, dopo aver rimarcato la **differente estensione**

della garanzia apprestata dall'art. 6 Cedu quanto all'aiuto giudiziario nel processo penale – per il quale soltanto, il paragrafo 3, lett. c), prevede, a certe condizioni, il diritto al gratuito patrocinio – **e nel processo civile**, laddove la generale garanzia del giusto processo delineata dal § 1 **assicura comunque la parità delle armi**, la Corte ne riconosce la **violazione nel caso concreto**.

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

Si è poi ritenuto che:

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

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

3) Venendo, da ultimo, alla violazione dell'art. **2 del Protocollo n. 4** alla Convenzione lamentata da uno dei ricorrenti, dopo aver respinto un'eccezione di tardività del ricorso avanzata dal Governo russo, **la Corte riconosce che le misure di sorveglianza amministrativa** adottate nei confronti del ricorrente – sia separatamente, sia cumulativamente – **incidono sul diritto**, protetto dalla disposizione invocata, **alla libera circolazione ed a scegliere liberamente la propria residenza**. Tuttavia, **nel caso di specie** sono state riconosciute **sussistenti le condizioni alle quali l'art. 2, § 3, del Protocollo n. 4** subordina la **possibilità per gli Stati di restringere legittimamente la libertà di circolazione delle persone**, vale a dire l'adozione di **misure, previste dalla legge, necessarie in una società democratica per perseguire i fini indicati nella disposizione convenzionale**.

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

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

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

Osservazioni finali

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

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

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

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

preventive, peraltro, non è invece decisivo il criterio della gravità della sanzione (v. *Del Río Prada c. Spagna* [GC], 21 ottobre 2013, § 82; *Ilmseher c. Germania* [GC], 4 dicembre 2018, § 203).

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

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

Anche di recente, pertanto, è stata confermata la non applicabilità di tale divieto alle **misure di sicurezza** conseguenti *ex lege* alla commissione di un reato (cfr. Sez. 3, n. 14598 del 20/02/2018, G., Rv. 273162, relativa alle prescrizioni di cui **all'art. 609-nonies, comma terzo, cod. pen.**, introdotte dall'art. 4 della legge 1 ottobre 2012, n. 172; Sez. 4, n. 38179 del 03/04/2009, Meschieri, Rv. 245307, relativa alla **confisca obbligatoria del veicolo** con cui è stato commesso il reato di **guida in stato d'ebbrezza**).

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

Del pari **inapplicabile** è stato giudicato **il principio del divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento di prevenzione**, rilevandosi, per un verso, che il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una "condizione" personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche non costituenti illecito, mentre il presupposto tipico per l'applicazione di una sanzione penale è un fatto-reato accertato secondo le regole tipiche del processo penale (Sez. 6, n. 44608 del 06/10/2015, Cincinnato, Rv. 265056, relativa all'applicazione della **misura della sorveglianza speciale** nei confronti di soggetto indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso, ancorché già condannato per partecipazione alla stessa associazione e, come tale, destinatario anche della **misura di sicurezza della libertà vigilata**; nello stesso senso, Sez. 6, n. 32715 del 16/07/2014, Muià e a., Rv. 261444). Per altro verso, si evidenzia che tali misure non hanno natura sostanzialmente

penale alla luce della elaborazione della giurisprudenza della Corte EDU, la quale ne sottolinea la funzione di provvedimenti diretti ad impedire la commissione di atti criminali e non a sanzionare la realizzazione di questi ultimi (Sez. 2, n. 26235 del 04/06/2015, Friolo, Rv. 264387, che richiama le sentenze CEDU 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia* e 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italia*).

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

2.1. Nelle sue linee portanti, il diritto nazionale – più volte modificato, e anche interessato da declaratorie d'illegittimità costituzionale, per renderlo compatibile con i principi costituzionali e convenzionali - sembra oggi sostanzialmente **in linea** con tali prescrizioni e la giurisprudenza domestica, soprattutto quella recente, ha comunque mostrato uno sforzo interpretativo di sempre maggiore adeguamento.

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

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

Più in generale, si è poi sottolineata la necessità di interpretazioni convenzionalmente orientate quanto alla lettura restrittiva dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione ai c.d. "pericolosi generici" e, dunque, sulla **necessità di un'oggettiva valutazione di fatti specifici significativi di un'effettiva tendenza a delinquere del proposto, piuttosto che di meri sospetti** (Sez. 5, n. 27656 del 08/01/2019, Luca, Rv. 277313; Sez. 2, n. 9517 del

07/02/2018, Baricevic e aa., Rv. 272521; Sez. 6, n. 2385 del 11/10/2017, dep. 2018, Pomilio e aa., Rv. 272230; Sez. 1, n. 349 del 15/06/2017, dep. 2018, Bosco, Rv. 271996).

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

3. La decisione in commento è **conforme alla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo** anche con riguardo **all'applicabilità dell'art 6, § 1, Cedu nel suo aspetto civile** (pure questa affermata, sia pur con riguardo al profilo della **necessaria pubblicità** del processo di applicazione delle misure di prevenzione, anche nella già citata sent. **De Tommaso c. Italia**, sub §§ 143 ss.). Con particolare riguardo alla distinzione tra l'obbligo convenzionale di rendere disponibile l'assistenza legale nei processi penali e nei processi civili, si rimanda alla pronuncia *Del Sol c. Francia*, 26 febbraio 2002, § 20, mentre, quanto alle **condizioni** richieste per poter affermare la **violazione delle garanzie convenzionali sull'equo processo** nel caso di **mancata assistenza legale gratuita nel procedimento civile**, v. *McVicar c. Regno Unito*, 7 maggio 2002, §§ 46 ss.; *Steel e Morris c. Regno Unito*, 15 febbraio 2005, §§ 59 ss.; *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, § 26; *Nenov c. Bulgaria*, 16 luglio 2009, §§ 43 ss.

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

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

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

Il principio affermato della decisione in commento appare pertanto applicabile proprio con riguardo a questi ultimi procedimenti e, più in generale, alle controversie in

materia di "diritto ed obbligazioni di natura civile" che non siano trattate con rito penale e che comunque ricadono nel campo di applicazione dell'art. 6, § 1, Cedu.

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

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

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

In altra occasione – sia pur richiamando la previsione costituzionale piuttosto che quella convenzionale - si è affermato che **il patrocinio a spese dello Stato rappresenta una implicazione necessaria del diritto alla difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost., sicché il requisito di "straniero regolarmente soggiornante", richiesto dall'art. 119 del d.P.R. n. 115 del 2002 per accedere ad esso, deve essere interpretato in senso estensivo**, comprendendovi anche lo straniero che abbia in corso un procedimento (amministrativo o) giurisdizionale, dal quale possa derivare il rilascio del permesso di soggiorno (Sez. 2, n. 30069 del 14/12/2017, Y. c. M., Rv. 646605-01). Sulla stessa linea si è ritenuto che **la disciplina sul patrocinio a spese dello Stato è applicabile in ogni procedimento civile,**

pure di volontaria giurisdizione e anche quando l'assistenza tecnica del difensore non è prevista dalla legge come obbligatoria perché la conclusione - oltre a discendere dalla lettera degli artt. 74 e 75 del d.p.r. n. 115 del 2002, che dettano le disposizioni generali sul patrocinio a spese dello Stato e assicurano la difesa alle persone non abbienti non solo "nel processo civile", ma anche "negli affari di volontaria giurisdizione", sempre che l'interessato "debba o possa essere assistito da un difensore" - appare coerente con la **finalità dell'istituto che, in adempimento del disposto di cui all'art. 24, comma 3, Cost., è volto ad assicurare alle persone non abbienti l'accesso alla tutela offerta dalla giurisdizione in modo pieno e consapevole e in posizione di parità con quanti dispongono dei mezzi necessari** (Sez. 2, n. 15175 del 04/06/2019, P. c. M., Rv. 654330; conforme, Sez. 2, n. 30069 del 14/12/2017, Y. c. M., Rv. 646605-02).

ART. 6 CEDU

PERSONA OFFESA DAL REATO - PRETESA RISARCITORIA ESERCITATA NEL PROCESSO PENALE - PRECLUSIONE DERIVANTE DA SVILUPPO IRRAGIONEVOLE DEL PROCESSO - VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI ACCESSO AD UN TRIBUNALE - SUSSISTENZA.

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

CREDITO RISARCITORIO DA REATO - IMPOSSIBILITÀ DI ESERCITARLO NEL PROCESSO PENALE A CAUSA DELLA SUA DURATA IRRAGIONEVOLE - MANCATA POSSIBILITÀ DI AVVALERSI DEL RIMEDIO "INTERNO" DI CUI ALLA LEGGE NAZIONALE N. 89 DEL 2001 - VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO - SUSSISTENZA.

Corte E.D.U., Prima Sezione, 18 marzo 2021, Petrella c. Italia.

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208955>

Traduzione ufficiale:

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU335275&previousPage=mg_1_20

Corte E.D.U., Quinta sezione, 18 marzo 2021, Gilligan contro Irlanda

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208547>

Caso Petrella contro Italia e caso Gilligan contro Irlanda

Vengono contestualmente presentate le due sentenze, pronunciate in pari data, in quanto entrambe vertenti sul tema della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 CEDU, con soluzioni differenziate in base ai casi concreti.

La sentenza sul caso Petrella afferma la violazione del principio in questione rivendicata dalla persona offesa pregiudicata, dalla ingiustificata durata delle indagini preliminari, nel diritto alla costituzione di parte civile.

Nel caso Gilligan, invece, il tema della ragionevole durata del processo è affrontato in riferimento ad un comportamento processuale del ricorrente, vicino ad essere qualificato come abuso del processo, e quindi tale da far escludere la violazione del principio.

Corte E.D.U., Prima sezione, 18 marzo 2021, Petrella contro Italia

CLASSIFICAZIONE:

Durata ragionevole del processo – Eccessiva durata della fase delle indagini preliminari – Inerzia colpevole delle autorità inquirenti – Declaratoria di prescrizione del reato - Ostacolo alla costituzione di parte civile nel processo penale – Violazione dell’art. 6 § 1 CEDU – Sussistenza.

Accesso ad un Tribunale – Diritto della persona offesa a far valere pretese risarcitorie nel processo penale – Riconoscimento da parte dell’ordinamento nazionale – Limitazioni derivanti dallo sviluppo irragionevole del processo – Violazione del diritto di accesso ad un tribunale - Sussistenza – Esistenza del potere di attivare l’azione in sede civile dopo la declaratoria di prescrizione – Irrilevanza - Violazione dell’art. 6 § 1 CEDU – Sussistenza.

Diritto ad un ricorso effettivo – Legge nazionale n. 89 del 2001 (c.d. Legge Pinto)- Inapplicabilità alla persona offesa che non si è potuta costituire parte civile nel processo penale - Violazione dell’art. 13 CEDU – Sussistenza.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Cocchiarella c. Italia (GC), n. 64886/01, CEDH 2006-V; Arnoldi c. Italia, n. 35637/04, 7 dicembre 2017; Sottani c. Italia, n. 26775/02, CEDH 2005-III; Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia, n. 10180/04, 20 aprile 2006; Sürmeli c. Germania (GC), n. 75529/01, CEDH 2006 VII; Jevremović c. Serbia, n. 3150/05, 17 luglio 2007; Lukenda c. Slovenia, n. 23032/02, CEDH 2005 X; Prince Hans Adam II de Liechtenstein c. Germania (GC), n. 42527/98, CEDH 2001-VIII ; Cudak c. Lituania, (GC), n. 15869/02, 23 marzo 2010; Waite e Kennedy c. Germania, (GC), n. 26083/94, CEDH 1999-I; Zubac c. Croazia, (GC), n. 40160/12, 5 aprile 2018; Forum Maritime S.A. c. Romania, n. 63610/00 e n. 38692/5, 4 ottobre 2007; Assenov ed altris c. Bulgaria, n. 24760/94, 1998-VIII ; Ernst ed altri c. Belgio, n. 33400/96, 15 luglio 2003 ; Moldovan ed altri c. Roumania, n. 41138/98 e n. 64320/01, 12 luglio 2005 ; Lacerda Gouveia ed altri c. Portogallo, n. 11868/07, 1 marzo 2011; Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumania, (GC), n. 41720/13, 25 giugno 2019; Anagnostopoulos c. Grecia, n. 54589/00, 3 aprile 2003; Gousis c. Grecia, n. 8863/03, 29 marzo 2007; Dinchev c. Bulgaria, n. 23057/03, 22 gennaio 2009; Boris Stojanovski c. l’ex-Répubblica iugoslava della Macedonia, n. 41916/04, 6 maggio 2010; Rokas c. Grecia, n. 55081/09, 22 settembre 2015 ; Korkolis c. Grecia, n. 63300/09, 15 gennaio 2015; Dimitras c. Grecia, n. 11946/11, 19 aprile 2018 ; Dragomir c. Croazia, n. 43045/08, 14 giugno 2016 ; De Souza Ribeiro c. Francia. (GC), n. 22689/07, 13 dicembre 2012 ;Xenos c. Grecia, n. 45225/09, 13 luglio 2017.

ABSTRACT

La tutela basata sul principio di ragionevole durata del processo è applicabile anche alla persona offesa non costituita parte civile, alla luce della possibilità per la vittima del reato, secondo il diritto italiano, anche prima dell’udienza preliminare, di esercitare i diritti e le facoltà espressamente riconosciute dalla legge, e l’ordinamento interno deve predisporre mezzi effettivi di ricorso in caso di violazione di tale principio.

Il periodo da considerare sotto la visuale di un "ragionevole ritardo" decorre, per la persona, dal momento in cui abbia esercitato uno dei diritti o delle facoltà espressamente riconosciute dalla legge; esso va apprezzato alla stregua di indici quali la complessità della vicenda, il comportamento degli organi inquirenti, delle autorità competenti e la posta in gioco per la parte interessata. Sicché la carenza di svolgimento di attività, nel corso della fase delle indagini preliminari relative a vicenda priva di particolari profili di complessità, integra il concetto di "irragionevole durata" e la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione.

Il diritto di tutte le persone a che un tribunale prenda cognizione delle contestazioni relative ai loro diritti ed obbligazioni di carattere civile può essere assoggettato a limitazioni scaturenti dalla disciplina statale interna, che devono risultare legittime e proporzionali, oltre che compatibili con la Convenzione EDU, tale non essendo il mancato esercizio dell'azione penale ed il mancato esame delle pretese civilistiche dovuti a ritardi eccessivi attribuibili alla sola autorità giudiziaria che abbia causato la prescrizione del reato.

Nel caso in cui la persona offesa abbia fatto uso corretto e non dilatorio - condotta, quest'ultima, rientrante nel concetto di abuso del processo - dei diritti e delle facoltà riconosciutegli dal diritto interno, e solo in ragione del ritardo nella conduzione delle indagini preliminari non abbia potuto far valere il suo diritto al risarcimento dei danni attraverso la costituzione di parte civile nel processo penale, sussiste anche la violazione del diritto ad accedere ad un tribunale, non potendosi ritenere esigibile, da parte del ricorrente, l'introduzione di un giudizio civile agli stessi fini, dopo aver constatato la prescrizione dell'azione penale per fatti addebitabili ad organi della giurisdizione penale, posto che il trascorrere del tempo rende difficilmente realizzabile la pretesa anche in sede civile.

La carenza, nell'ordinamento interno, di una modalità effettiva di ricorso che consenta alla persona offesa, non costituita parte civile, di far valere la durata eccessiva del procedimento, come previsto dalla legge Pinto, integra la violazione dell'art. 13 CEDU, che garantisce l'esistenza nel diritto interno di un rimedio che permetta il riconoscimento dei diritti e delle libertà consacrate dalla Convenzione stessa.

IL CASO PETRELLA CONTRO ITALIA

Il caso posto all'attenzione della Corte EDU nasce dal ricorso dell'avvocato Petrella - all'epoca dei fatti presidente della squadra di calcio denominata "Casertana" - il quale, il 28 luglio 2001, aveva sporto denuncia-querela per diffamazione a mezzo stampa in relazione a vari articoli apparsi, in data 22, 23, 24, 25 luglio 2001 sul quotidiano "Il Corriere di Caserta", aventi ad oggetto "un buco miliardario, cagionato ai danni dell'amministrazione regionale e sanitaria in seguito ai pignoramenti, emessi dal pretore, a sua volta numero due della squadra di calcio, in favore del Petrella e dei suoi amici avvocati".

Nella querela il Petrella precisava la sua volontà di costituirsi parte civile nell'instaurando processo penale, al fine di ottenere il risarcimento dei danni, nella misura di dieci miliardi di lire

(pari a circa cinque miliardi di euro), chiedendo, inoltre, di essere avvisato in caso di archiviazione.

In data 10 settembre 2001 il procedimento veniva trasmesso alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Salerno, competente *ratione loci*, che, in data 9 novembre 2006, ne chiedeva l'archiviazione essendo maturato il termine di prescrizione del reato denunciato; in data 17 gennaio 2007 il Giudice per le indagini preliminari accoglieva la richiesta di archiviazione.

LE OSSERVAZIONI E Le CONCLUSIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

I giudici di Strasburgo – dopo aver ricostruito il quadro normativo interno, illustrando le norme del codice di rito in tema di archiviazione e di avocazione delle indagini preliminari – hanno ricordato come la Corte costituzionale, con sentenza n. 249 del 2020, abbia dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-bis, l. 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 cod. proc. civ., inserito dall'art. 55, comma 1, lettera a), n. 2, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della CEDU. In particolare, la Consulta ha affermato che i diritti e le facoltà riconosciuti dal codice di procedura penale alla persona offesa nel corso delle indagini preliminari, ivi inclusi quelli collegati all'interlocuzione sulla proroga delle indagini o sulla richiesta di archiviazione, risultano estranei, di norma, all'ambito del «diritto di carattere civile in causa» di cui all'art. 6 della Convenzione.

La Corte EDU ha, altresì, citato la decisione del CSM datata 12 settembre 2007, in tema di avocazione delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte di Appello, con cui l'organo di autogoverno aveva rappresentato l'impossibilità per le Procure generali di esercitare il potere di avocazione in tutti i casi previsti dall'art. 412 cod. proc. pen., richiamando una precedente delibera del 1997, con la quale aveva indicato la possibilità di limitare l'esercizio del potere di avocazione ai soli casi in cui, scaduti i termini per le indagini preliminari, non era possibile richiedere l'archiviazione né esercitare l'azione penale per la necessità di svolgere ulteriori indagini.

In riferimento alla denunciata violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, derivante dall'inattività della Procura della Repubblica, la Corte EDU ha ricordato come la propria giurisprudenza non riconosca, in sé, il diritto di perseguire o di ottenere una condanna in sede penale, ma solo a seguito dell'esercizio concreto, da parte delle vittime, del diritto di intentare un'azione di natura civile, secondo quanto previsto dal diritto interno.

La Corte di Strasburgo ha anche ricordato di aver già ritenuto applicabile l'art. 6 § 1 della Convenzione alla parte lesa non costituita parte civile, in quanto, secondo il diritto italiano, anche prima dell'udienza preliminare – sede processuale per la presentazione della costituzione di parte

civile - la vittima del reato può esercitare i diritti e le facoltà espressamente riconosciuti dalla legge, come verificatosi nel caso in esame, alla luce del contenuto delle querela del ricorrente. Quanto all'eccezione del Governo italiano - secondo cui la parte non aveva esercitato tutti i rimedi previsti dalla normativa, sollecitando i poteri di cui agli artt. 412 e 413 cod. proc. pen. - la Corte EDU ha constatato come, secondo l'art. 13 della Convenzione, il diritto interno deve offrire dei mezzi di ricorso effettivi in relazione alla violazione lamentata, dotati di un grado sufficiente di certezza, sia in teoria che in pratica. Tale prova deve essere fornita dal Governo, tenuto a dimostrare che la base del rimedio sia chiara per il diritto interno, anche alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale, che ne abbia individuato la portata ed il campo di applicazione in maniera evidente ed in epoca antecedente alla data di formulazione della richiesta.

Nel caso del rimedio previsto dall'art. 413 cod. proc. pen., i giudici di Strasburgo hanno ricordato come, più volte, sia stato affermato che un ricorso gerarchico non possa essere considerato un ricorso effettivo, dato che, in linea di principio, esso non conferisce al richiedente un diritto personale di ottenere dallo Stato l'esercizio dei suoi poteri di sorveglianza, non essendo, peraltro, prevista la partecipazione del richiedente al procedimento, ma unicamente il suo diritto ad essere informato dell'esito della procedura. Infine, in assenza di un diritto di appello, il ricorso gerarchico non può svolgere alcun effetto significativo in riferimento all'accelerazione della procedura nel suo insieme.

Nel caso in esame, quindi, il Governo non aveva fornito alcuna adeguata dimostrazione circa l'effettiva sussistenza, nell'ordinamento interno, di un rimedio efficace, avendo citato un solo precedente della Corte di cassazione, unicamente ricognitivo della normativa (Sez. 6, n. 19833 del 20/03/2009, Cavallo, Rv. 243839), oltre alla delibera del CSM in precedenza ricordata, dimostrativa proprio della impossibilità concreta di rendere effettivo il rimedio previsto. Al contrario, il ricorrente aveva evidenziato come le autorità non avrebbero affatto dovuto essere sollecitate, atteso il meccanismo propulsivo officioso di cui all'art. 127 disp. att. cod. proc.

Quanto al mancato ricorso al giudice civile da parte del ricorrente, eccepita dal Governo, tale aspetto non è stato trattato, avendo la Corte ritenuto che la relativa eccezione fosse stata non tempestivamente eccepita dal Governo italiano, ai sensi dell'art. 55 del regolamento, basato sul principio di "parità delle armi".

Sulla violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, in riferimento alla durata eccessiva del procedimento, la Corte ha sottolineato che il periodo da considerare, in riferimento ad un procedimento penale, sotto la visuale di un "ragionevole ritardo", cominci, per la persona che ritiene di essere stata lesa da una violazione, dal momento in cui viene esercitato uno dei diritti o delle facoltà espressamente riconosciuti dalla legge.

Inoltre, la Corte ha ricordato che la durata ragionevole di un procedimento si apprezza alla stregua di alcuni specifici indici: la complessità della vicenda, il comportamento degli organi inquirenti, delle autorità competenti e la posta in gioco per la parte interessata.

Alla luce di tali criteri, la Corte EDU ha valutato che la sola fase delle indagini preliminari, nel caso in esame, fosse durata cinque anni e sei mesi e che, in tale periodo, nessuna attività effettiva fosse stata posta in essere, benché la vicenda non presentasse particolari profili di complessità, non avendo, in tal senso, il Governo fornito alcuna giustificazione.

Tali elementi sono stati ritenuti sufficienti per ravvisare la sussistenza della irragionevole durata e la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione.

Quanto alla violazione del medesimo articolo sotto il profilo del mancato accesso ad un tribunale, la Corte ha ritenuto che la questione non coincidesse con quella della ragionevole durata del processo, dovendo essere separatamente analizzata.

Tale profilo va, infatti, inteso come il diritto di tutte le persone a che un tribunale prenda cognizione delle contestazioni relative ai loro diritti ed obbligazioni di carattere civile, ed il diritto di adire un tribunale civile ne rappresenta solo un aspetto.

I giudici di Strasburgo hanno precisato, inoltre, che tale diritto non è assoluto, potendo essere assoggettato a limitazioni scaturenti dalla disciplina statale interna, benché, in tal caso, la Corte EDU debba valutare se le limitazioni previste, volta per volta, siano compatibili con la Convenzione stessa e se siano legittime e proporzionali. In tal senso, è stato chiarito che tale diritto viene compromesso quando la sua regolamentazione cessa di servire le finalità della certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia, costituendo una barriera che impedisce al soggetto di veder trattata la sua controversia nel merito da un giudice competente. La Corte ha ricordato che quando un errore procedurale impedisce al richiedente di accedere ad un tribunale, tendenzialmente si pongono le conseguenze dell'errore su colui che lo ha commesso, essendo, al contrario, del tutto sproporzionata ogni restrizione ad accedere ad un tribunale quando l'irricevibilità di un ricorso scaturisca da un errore di cui il ricorrente non è oggettivamente responsabile.

In riferimento, in particolare, alla costituzione di parte civile, la Corte di Strasburgo ha sempre ritenuto insussistente ogni violazione del diritto di accesso ad un tribunale, escludendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione, quando l'azione penale non era stata condotta in assenza di violazione penalmente rilevante, ovvero in seguito al decesso dell'accusato o per un accordo sulla dichiarazione di colpevolezza o per un privilegio di giurisdizione o, infine, quando il richiedente aveva già adito, in parallelo, il giudice civile, ottenendo un esame della sua richiesta; al contrario, allorquando il mancato esercizio dell'azione penale ed il mancato esame delle pretese civilistiche siano dovuti a ritardi eccessivi attribuibili all'autorità giudiziaria, da cui è scaturita la prescrizione del reato, è stata ravvisata la violazione dell'art. 6 CEDU.

Nel caso in esame il ricorrente aveva fatto uso dei diritti e delle facoltà riconosciutegli dal diritto interno, che gli avrebbero permesso, nel corso dell'udienza preliminare, di costituirsi parte civile, sicché solo in ragione del ritardo nella conduzione delle indagini preliminari il ricorrente non aveva potuto presentare, nell'ambito del procedimento penale, la sua domanda di risarcimento dei danni; tale comportamento colpevole delle autorità ha privato il ricorrente della possibilità di veder trattata la sua pretesa civile nel quadro procedurale da lui prescelto e messo a disposizione

dall'ordinamento interno; non potendosi, sotto altro aspetto, ritenere esigibile, da parte del ricorrente, l'introduzione di un giudizio civile agli stessi fini, dopo aver constatato la prescrizione dell'azione penale per fatti addebitabili ad organi della giurisdizione penale, posto che detta azione implicherebbe, probabilmente, la necessità per il ricorrente di raccogliere nuovamente le prove, potendo risultare, in ogni caso, per il tempo trascorso, estremamente difficile stabilire la responsabilità civile.

In tali termini è stata ritenuta sussistente la violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU anche sotto l'aspetto del mancato accesso ad un tribunale.

Quanto alla violazione dell'art. 13 CEDU sotto il profilo della carenza, nell'ordinamento interno, di una modalità effettiva di ricorso che consenta di far valere la durata eccessiva del procedimento, come previsto dalla legge Pinto, va rilevato che, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale in precedenza richiamata – secondo cui chi non si è costituito parte civile non può invocare il rimedio previsto da detta normativa –, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 13 CEDU, che garantisce l'esistenza nel diritto interno di un rimedio che permetta il riconoscimento dei diritti e delle libertà consacrate dalla Convenzione stessa. Tale disposizione, quindi, rende necessaria l'esistenza, nel diritto interno, di un ricorso che renda possibile l'esame di una rivendicazione fondata sulla Convenzione, fornendo un rimedio appropriato.

Nel caso in esame, una volta constatata la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, il ricorrente non era titolare di una pretesa esperibile a seguito di detta violazione, il che rende applicabile l'art. 13 CEDU.

Il principio secondo cui l'art. 2, comma 2-bis della legge 89 del 2001, come interpretato dalla consolidata giurisprudenza interna – che impedisce il ricorso al rimedio previsto dalla legge Pinto da parte di chi non sia costituito parte civile nel processo penale – determina la violazione dell'art. 13 CEDU per l'assenza, nel diritto interno, di un ricorso che permetta al ricorrente di ottenere la sanzione scaturente dalla violazione causata dalla durata irragionevole del processo, ai sensi dell'art. 6 § 1 CEDU.

Corte E.D.U., Quinta sezione, 18 marzo 2021, Gilligan contro Irlanda

Durata ragionevole del processo – Condotta processuale della parte improntata a finalità dilatorie integranti abuso del processo – Durata del procedimento dovuta a difficoltà applicative di una nuova disposizione normativa – Violazione dell'art. 6 CEDU – Insussistenza.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU): Keaney c. Irlanda, n. 72060/17, 30 aprile 2020; Brennan c. Irlanda, n. 44360/15, 2 novembre 2017; McNamara c. Regno Unito, n. 22510/13, 12 gennaio 2017.

ABSTRACT

Qualora la complessità procedurale e la durata del processo derivino non solo dalla novità nell'applicazione di una nuova normativa e dalle conseguenti complessità interpretative, ma anche dalla condotta processuale della parte, le cui scelte e comportamenti processuali abbiano

generato lunghi ritardi, peraltro con effetti vantaggiosi per la parte stessa, quest'ultima, pur avessero il diritto di rivolgersi ad un tribunale a difesa di un proprio diritto, deve, nondimeno, sopportare le conseguenze delle strategie dilatorie adottate nel contenzioso, qualificabili come abuso del processo.

IL CASO GILLIGAN CONTRO IRLANDA

Il caso riguarda i procedimenti avviati contro i quattro componenti della famiglia irlandese Gilligan ai sensi del Proceeds of Crime Act² del 1996, la cui durata, secondo i ricorrenti, risulta in contrasto con il principio di cui all'art. 6 § 1 della CEDU.

Il 21 novembre 1996 un ufficiale del Criminal Assets Bureau aveva iniziato la procedura ai sensi di legge per il sequestro, finalizzato alla futura confisca, dei beni dei ricorrenti, presentando domanda all'Alta Corte per ottenere un provvedimento provvisorio ai sensi dell'art. 2 della legge nota come "Act for freezing". L'ordinanza provvisoria, valida per ventuno giorni, con cui si proibiva ai ricorrenti di disporre dei loro beni, era seguita da altre ordinanze e, quindi, da un provvedimento interlocutorio di sequestro dei beni, in data 16 luglio 1997, per un periodo di sei anni, avendo l'Alta Corte accertato che i beni erano stati acquistati con i proventi del traffico di stupefacenti.

La costituzionalità del Proceeds of Crime Act, dapprima innanzi all'Alta Corte nel 1997 e quindi innanzi alla Corte Suprema nel 2001, non aveva sortito alcun esito favorevole.

I ricorrenti hanno, inoltre, chiesto, con vari mezzi, l'annullamento del provvedimento, richieste respinte nel 2006 dall'Alta Corte e nel 2008 dalla Corte Suprema.

Nel dicembre 2004 le autorità hanno chiesto la cessione dei beni, concessa nel 2011, dopo ulteriori ricorsi della famiglia Gilligan; il provvedimento è stato, infine, confermato dalla Corte Suprema nel 2017.

Nel corso di tali procedimenti, in ogni caso, le opposizioni dei ricorrenti erano state esaminate nel dettaglio, avendo l'Alta Corte stabilito, nel 2011, che essi non avevano adempiuto all'onere di dimostrare che le proprietà non fossero state acquisite con il provento di attività criminose.

In una delle varie sentenze emesse, inoltre, l'Alta Corte aveva esaminato anche il profilo concernente la durata eccessiva dei procedimenti, non ravvisando, pertanto, alcun ritardo imputabile all'Autorità giudiziaria; in risposta al reclamo dei ricorrenti sulla durata del procedimento, la Corte Suprema ha rilevato, a sua volta, che essi avevano tardato nell'esercizio del potere di impugnazione, non prontamente esercitato, sicché le ulteriori azioni costituzionali intraprese sono state respinte come vessatorie e come costituenti abuso di processo.

LE OSSERVAZIONI E Le CONCLUSIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

² Il Proceeds of Crime Act è stato adottato il 04/08/1996, poco dopo l'omicidio della giornalista investigativa Veronica Guerin, nota per i suoi servizio sulla criminalità irlandese; tale legge è considerata come un elemento essenziale, nel quadro legislativo irlandese, per combattere la criminalità, con particolare riferimento al traffico di stupefacenti ed al riciclaggio di denaro, prevedendo l'adozione di strumenti di congelamento e confisca dei beni provento di crimine.

Al fine di valutare la sussistenza dell'irragionevole durata del procedimento, la Corte EDU ha rilevato che, nel caso in esame, il numero elevato dei procedimenti (venti), condotti in maniera né semplice né lineare, era scaturito dalle iniziative processuali dei ricorrenti, secondo una strategia di energico contrasto dei tentativi delle autorità di impossessarsi delle loro varie proprietà.

Facendo riferimento alla propria giurisprudenza nel caso *Keaney c. Irlanda*, la Corte ha osservato che i ricorrenti erano stati tra i primi ad essere raggiunti da un provvedimento emesso ai sensi della normativa del 1996, le cui procedure innovative avevano posto non pochi problemi applicativi a tutti gli operatori del diritto, in particolare con riferimento alla procedura di congelamento dei beni; non a caso, infatti, era stato necessario un intervento interpretativo della Corte Suprema sulla natura sostanziale dell'ordine di congelamento.

Tuttavia, ha proseguito la Corte di Strasburgo, la rapida concessione del provvedimento cautelare consentiva di escludere che la procedura legale avesse determinato un irragionevole ritardo, in quanto l'obiettivo dei ricorrenti avrebbe potuto, e dovuto, essere perseguito in modo più diretto, tempestivo e semplice, avendo essi, invece, optato per l'adozione di consapevoli tattiche dilatorie ed inappropriate, tali da poter essere considerate causa della durata dei procedimenti nel loro complesso.

E' stato notato, inoltre, come la prova principale invocata dai ricorrenti circa l'origine dei fondi utilizzati per acquisire le proprietà, fosse stata attentamente esaminata e respinta dall'Alta Corte e che, inoltre, i nuovi procedimenti, introdotti nel 2013, quando era pendente l'appello finale innanzi alla Corte suprema, sono stati respinti dall'Alta Corte in quanto reiterativi e costituenti manifestazioni di abuso del processo.

Nel considerare la condotta delle autorità, quindi, i Giudici di Strasburgo hanno notato come la fase iniziale del procedimento fosse stata relativamente breve, in quanto il CAB era stato diligente nel richiedere l'ordinanza finale nel luglio 1997 e, in base alle disposizioni della legge, una volta che le autorità avevano ottenuto la concessione del provvedimento di congelamento, la fase successiva avrebbe consentito di richiedere un ordine di rilascio dei beni non prima del decorso di sette anni. Inoltre, la Corte Suprema, con la sentenza del 18 ottobre 2001, aveva chiaramente fatto riferimento al modo corretto, per i ricorrenti, di chiedere la revoca del provvedimento di congelamento, cosa che essi non avevano tempestivamente fatto.

Sotto altro aspetto, i Giudici di Strasburgo hanno considerato come i tribunali nazionali avessero impiegato molto tempo per trattare uno dei tanti ricorsi presentati in questo caso, il che, tuttavia, non ha influenzato particolarmente lo svolgimento del procedimento, date le molteplici tattiche dilatorie dei ricorrenti, sicché le autorità giudiziarie non possono essere criticate per un qualsiasi ritardo irragionevole; i tribunali nazionali, anzi, hanno cercato attivamente di gestire il caso in varie fasi, in considerazione in particolare dei ritardi originati dai ricorrenti.

In conclusione, sebbene il procedimento intrapreso nel suo complesso fosse durato vent'anni, ciò era dovuto principalmente agli stessi ricorrenti, le cui scelte e comportamenti erano stati tali da aver generato inevitabilmente lunghi ritardi; ciò aveva reso un caso nuovo, non privo di una

certa complessità giuridica, eccessivamente complesso sul fronte procedurale, il tutto a vantaggio dei ricorrenti, in quanto era stato rinviato di molti anni il sequestro di proprietà che erano state giudicate proventi di reato. Sebbene i ricorrenti avessero il diritto di rivolgersi ai tribunali per opporsi alla confisca delle loro proprietà, essi dovevano sopportare le conseguenze delle loro molteplici strategie di contenzioso.

In tal senso la Corte EDU ha ribadito la propria giurisprudenza, secondo cui i ricorrenti non possono lamentarsi del ritardo causato dalle loro azioni o inazioni, atteso che, nel caso in esame, per i ricorrenti la prospettiva di accelerare efficacemente il procedimento verso una conclusione aveva scarso interesse reale, dato che il loro comportamento suggeriva fortemente l'intenzione contraria, essendo state alcune azioni da loro intraprese qualificate come abuso di processo. Pertanto è stata esclusa la violazione dell'art. 6 della Convenzione.

CONCLUSIONI

Le sentenze della Corte EDU appena esaminate risultano estremamente rilevanti in riferimento alla problematica dei rimedi approntati dal diritto interno alla irragionevole durata del processo. Sotto un primo profilo, infatti, l'approdo dei Giudici di Strasburgo ha riconosciuto l'insussistenza, nell'ambito dell'ordinamento italiano, di un efficace rimedio per la persona offesa che non abbia potuto costituirsi parte civile per intervenuta declaratoria di prescrizione del reato, laddove tale esito dipenda dall'inattività colpevole degli inquirenti registrata nella fase delle indagini preliminari.

Trattasi di una situazione non infrequente nel nostro sistema giudiziario, rispetto al quale l'analisi della Corte di Strasburgo va analizzata tenendo contestualmente conto anche di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 249 del 2020, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 2, comma 2-bis, della legge 24 marzo 2001, n. 89, cit. sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione EDU.

La Consulta, infatti, partendo dall'inquadramento secondo il quale non si può individuare il ruolo di "parte" se non quando sia insorto un vero e proprio rapporto processuale, ha ritenuto legittima la scelta del legislatore di scandire la tutela civilistica in vista degli scopi propri del processo penale, ferma restando la facoltà della persona offesa di esercitare l'azione di risarcimento nella sede civile (sentenza n. 192 del 1991; ordinanza n. 124 del 1999), citando, in tal senso, la sentenza EDU nel caso *Arnoldi c. Italia*, che ha già ritenuto l'art. 6, paragrafo 1, CEDU applicabile alla parte lesa che, ancor prima dell'udienza preliminare, nella quale costituirsi parte civile, abbia esercitato quei diritti e facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge.

Ciò nondimeno, i giudici delle leggi hanno escluso la possibilità di assimilare, agli effetti della eccessiva durata, il segmento del processo in cui la persona offesa si sia resa attiva durante le indagini preliminari e il segmento conseguente alla costituzione di parte civile.

In tal senso sono state evidenziate le diversità contenutistiche degli artt. 90 e 74 cod. proc. pen., rilevando come in capo alla persona offesa si concentrano, in realtà, interessi non omogenei,

volti, da un lato all'affermazione della responsabilità penale dell'autore del reato - che si esercita mediante un'attività di supporto e di controllo dell'operato del pubblico ministero - e, dall'altro, al risarcimento del danno mediante la costituzione di parte civile. Sicché i poteri e le facoltà inerenti alla prima tipologia di interesse non sono funzionali alla tutela anticipata del diritto potenziale riconosciuto alla parte civile. La persona offesa, quindi, è solo titolare dell'interesse direttamente protetto dalla norma penale incriminatrice, sicché la sua individuazione è correlata alla struttura del reato, mentre l'individuazione del danneggiato riflette le conseguenze privatistiche dell'illecito penale.

Ne discende che, per la Corte costituzionale, nel sistema del codice di procedura penale italiano solo dopo che sia stata esercitata l'azione penale emerge la primarietà della parte civile costituita, cui vengono attribuiti poteri processuali finalizzati al soddisfacimento della domanda risarcitoria.

I diritti e le facoltà riconosciuti dal codice di procedura penale alla persona offesa nel corso delle indagini preliminari, ivi inclusi quelli collegati all'interlocuzione sulla proroga delle indagini o sulla richiesta di archiviazione, risultano, pertanto, estranei, di norma, all'ambito del «diritto di carattere civile in causa» di cui all'art. 6 della Convenzione.

“Il sistema italiano vigente, giacché ispirato all'idea della separazione dei giudizi, scongiura ogni automatica incidenza determinante dell'esito delle indagini preliminari, semmai di eccessiva durata, sul «diritto di carattere civile» del danneggiato da reato, sempre tutelabile con la proposizione dell'azione restitutoria o risarcitoria innanzi al giudice civile. L'interferenza degli approdi del processo penale sulla pretesa civile di danno, ai sensi degli artt. 75 e 652 cod. proc. pen., discende, piuttosto, unicamente dalla scelta che il danneggiato compie proprio mediante la costituzione di parte civile, la quale configura l'unico modo di esercizio dell'azione civile nel processo penale stesso.

La soluzione adottata dal legislatore nazionale con la previsione legale di carattere generale dettata dall'art. 2, comma 2-bis, della legge n. 89 del 2001, secondo cui, ai fini del computo del termine ragionevole, il processo penale si considera iniziato soltanto con l'assunzione della qualità di parte civile, si rivela perciò coerente con la ricostruzione sistematica che, prima e al di fuori della formale instaurazione del rapporto processuale, nega al danneggiato la facoltà di far valere in sede penale, sia pur soltanto in senso sostanziale, il «diritto di carattere civile» al risarcimento.”

Evidentemente tali conclusioni divergono dai principi enunciati dalla Corte EDU nel caso Petrella c. Italia, nella misura in cui evidenziano come il nostro ordinamento non preveda una specifica tutela per la persona offesa che si sia vista preclusa la possibilità di esercitare l'azione civile nel processo penale per l'intervenuta prescrizione del reato a seguito di inattività del pubblico ministero, tale non essendo il rimedio disciplinato dall'art. 413 cod. proc. pen., ritenuto un reclamo gerarchico, come tale strutturalmente inadeguato ad una concreta tutela dei diritti della parte.

Vero è che – nel caso esaminato dalla Corte di Strasburgo – non è stato esaminato l'aspetto relativo al mancato esercizio dell'azione civile da parte del ricorrente, a causa della tardività della relativa eccezione formulata dal Governo italiano, ma è altrettanto vero come la pronuncia abbia evidenziato che, in ogni caso, appare indiscutibile che il passare del tempo possa esplicare effetti negativi per la persona offesa, anche in riferimento al successivo esercizio dell'azione civile.

In tal modo, quindi, sembra ineludibile che venga affrontata, soprattutto sul piano legislativo, la problematica concernente le conseguenze che la presunta parte offesa sia costretta a subire, quanto alla vanificazione della tutela dei suoi diritti, nella sede processuale prescelta conformemente alle norme giuridiche nazionali, a causa dell'inutile decorso del tempo, nelle circostanze procedurali evidenziate.

Occorre, infatti sottolineare come la violazione dell'art. 6 CEDU è stata ritenuta integrata, nella sussistenza delle condizioni descritte in precedenza, sia sotto il profilo della irragionevole durata del processo, sia sotto l'aspetto della mancata possibilità di accesso ad un tribunale, la cui limitazione, a dette condizioni, appare del tutto sproporzionata e configgente con i principi della Convenzione EDU.

Sotto diversa angolazione, altro aspetto rilevante dell'approdo della Corte EDU nella sentenza *Gilligan c. Irlanda*, è costituito dalla individuazione delle conseguenze processualmente rilevanti per la parte sottoposta alla procedura che, approfittando delle incertezze fisiologiche derivanti dalle prime applicazioni di una nuova normativa – che possono determinare anche una dilatazione dei tempi processuali – adottò tecniche dilatorie finalizzate esclusivamente o prevalentemente ad un allungamento ulteriore dei tempi processuali, allo scopo di evitare le conseguenze applicative della normativa stessa.

In tal caso non solo non può essere ravvisata alcuna violazione del principio della ragionevole durata del processo, ma va individuato, invece, un vero e proprio "abuso del processo", come delineato dalla giurisprudenza della Corte EDU, ampiamente richiamata – per ciò che concerne il nostro ordinamento - dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 155 del 29/09/2011, dep. 10/01/2012, Rv. 251496.

ART. 8 CEDU

PROCESSO PENALE - OGGETTO - REATI DI VIOLENZA SESSUALE - CELEBRAZIONE A PORTE CHIUSE - RAGIONI - RISPETTO DEL DIRITTO ALLA VITA PRIVATA DELLA PERSONA OFFESA.

Corte EDU, Prima Sezione, 14 maggio 2020, Mraović c. Croazia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202119>

CLASSIFICAZIONE

ART. 6, § 1, CEDU – DIRITTO AD UNA UDIENZA PUBBLICA – ESCLUSIONE DEL PUBBLICO DALL'INTERO **PROCESSO PENALE PER VIOLENZA SESSUALE** AL FINE DI PROTEGGERE LA **VITTIMA**, ANCHE SE AVEVA RILASCIATO INTERVISTE AI MEDIA SUL CASO – DICHIARAZIONI DELLA VITTIMA AI MEDIA CHE NON DISPENSANO LO **STATO** DAL SUO **OBBLIGO** POSITIVO DI **PROTEGGERE** LA SUA **PRIVACY**, NONCHÉ DI PROTEGGERLA DALLA VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA – GRADO DI PROTEZIONE ANCORA PIÙ ELEVATO RICHIESTO A CAUSA DI UNA VIOLAZIONE ILLEGALE DELLA **PRIVACY** DELLA VITTIMA DA PARTE DELLA POLIZIA ALL'INIZIO DELLA VICENDA – INSUFFICIENZA DI UN PROCEDIMENTO CHE SI SVOLGA SOLO PARZIALMENTE A PORTE CHIUSE, IN QUANTO LE INFORMAZIONI RISERVATE POTREBBERO ESSERE DIVULGATE IN QUALSIASI FASE DELLO STESSO – **INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU, art. 6, § 1

Norme rilevanti dell'ordinamento italiano: art. 111 Cost; artt. 471-473 cod. proc. pen.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU richiamate: *Volkov c. Russia*, n. 64056/00, § 25, 32, 4 dicembre 2007; *Riepan c. Austria*, n. 35115/97, § 27; *B. e P. c. Regno Unito*, nn. 36337/97 e 35974/97, § 37; *Welke e Białek c. Polonia*, n. 15925/05, § 74, 1 marzo 2011; *Chaushev e altri c. Russia*, nn. 37037/03, 39053/03, 2469/04, § 24, 25 ottobre 2016; *S.N. c. Svezia*, n. 34209/96, § 47, ECHR 2002-V; *Lučić v. Croatia*, n. 5699/11, § 75, 27 febbraio 2014; *Y. c. Slovenia* n. 41107/10, § 114-115, ECHR 2015.

Altre sentenze CEDU: *Bocellari e Rizza c. Italia* 13 novembre 2007, n. 399/02; *Bongiorno e altri c. Italia*, 5 gennaio 2010, n. 4514/07.

Corte costituzionale: n. 80 del 2011, n. 135 del 2014, n. 109 del 2015, n. 263 del 2017.

Corte di cassazione: Sez. 1, n. 1495 del 02/12/1998, dep. 05/02/1999, Rv. 212272; Sez. 3, n. 15927 del 05/03/2009, Rv. 243407; Cass. pen., Sez. 5, n. 2737 del 19/07/2016, dep. 20/01/2017, Rv. 268912; Sez. 6, n. 50437 del 28/09/2017, Rv. 271500; Sez. 3, n. 22 del 30/11/2018, dep. 02/01/2019, Rv. 274745.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 1, 14 maggio 2020, ric. n. 30373/13 Mraović c. Croazia.

Abstract

La Corte EDU ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU nei confronti del ricorrente, rilevando che la decisione del giudice nazionale di esercitare il suo potere discrezionale di disporre che il processo penale (in materia di violenza sessuale) si tenga a porte chiuse non può essere ritenuta incompatibile con i diritti dell'imputato, perché necessaria ai fini della tutela del diritto della vittima al rispetto della sua vita privata.

Il caso

Il ricorrente è un cittadino croato arrestato in Croazia per violenza sessuale ai danni di una donna. All'atto dell'arresto, la polizia locale ha emesso un comunicato stampa in cui rivelava l'identità della vittima. Alla fine del procedimento che, su sua richiesta, era stato tenuto a porte chiuse, il ricorrente è stato assolto dal tribunale di primo grado. A seguito dell'annullamento della sentenza di assoluzione da parte della Corte suprema, l'imputato è stato nuovamente giudicato e condannato per violenza sessuale a tre anni di reclusione. Durante questa seconda procedura, l'imputato aveva chiesto due volte che si tenessero audizioni pubbliche, sostenendo che questa misura avrebbe consentito un trattamento più oggettivo del suo caso da parte dei media, che lo avevano stigmatizzato, anche perché la vittima aveva rilasciato interviste, dando la sua versione dei fatti. Il giudice ha respinto le richieste dell'imputato, considerando che era necessario procedere a porte chiuse per proteggere la *privacy* della vittima. Sia la Corte suprema (con pronuncia di rigetto), sia la Corte costituzionale (con pronuncia di inammissibilità), successivamente adite dall'interessato, hanno escluso la violazione dei suoi diritti nel procedimento penale. Invece, la vittima è risultata vittoriosa nell'azione che aveva intentato contro lo Stato per risarcimento del danno causato dalla divulgazione da parte della polizia della sua identità nel comunicato stampa pubblicato dopo il fatto.

La questione sottoposta alla corte europea dei diritti dell'uomo

Invocando la violazione dell'**art. 6, § 1 (diritto a un'udienza pubblica)**, l'interessato ha adito la Corte EDU, sostenendo che i tribunali nazionali avevano motivato la loro decisione di escludere la presenza del pubblico nel suo processo solo a causa della necessità di proteggere la *privacy* della vittima, senza bilanciare tale esigenza con il suo diritto a un'udienza pubblica. Ha anche

lamentato che i tribunali nazionali non avevano spiegato perché ritenessero necessario un procedimento interamente a porte chiuse, piuttosto che un procedimento nel quale le porte fossero chiuse solo per alcune udienze.

Le risposte della Corte EDU

La Corte sottolinea la necessità di proteggere i diritti delle vittime di abusi sessuali nei procedimenti penali, sul rilievo che il sistema giudiziario non deve aumentare la sofferenza delle vittime di reato, né scoraggiarle dal denunciare gli atti che hanno subito. Ne consegue che, anche qualora la vittima avesse rilasciato dichiarazioni ai media nazionali, lo Stato avrebbe dovuto proteggerla dal **rischio di vittimizzazione secondaria**. E ciò perché, nelle sue dichiarazioni ai media, la vittima aveva il controllo delle informazioni che aveva comunicato, cosa che non era avvenuta durante il processo, visti i diritti della difesa del richiedente. Infatti, durante un processo, l'esame incrociato della vittima di violenza sessuale è particolarmente sensibile, giacché le informazioni sugli aspetti più intimi della sua vita sono necessariamente rivelate. La Corte riconosce anche che, nel caso di specie, lo Stato aveva l'obbligo di offrire alla vittima un livello più elevato di protezione, poiché la polizia aveva violato la sua *privacy*, avendo diffuso le sue informazioni personali all'inizio del caso, senza essere autorizzata dalla legge. Afferma, inoltre, che il rischio di divulgazione delle informazioni sugli aspetti più intimi della vita della persona offesa riguarda qualsiasi momento del processo penale e non soltanto l'esame incrociato. Pertanto ritiene che una procedura parzialmente chiusa non sarebbe stata sufficiente per proteggere la vittima da qualsiasi rischio di essere ulteriormente umiliata e stigmatizzata.

In sintesi, **la decisione del giudice nazionale di disporre che il processo si tenga a porte chiuse non può essere ritenuta incompatibile con i diritti del richiedente, perché necessaria ai fini della tutela del diritto della vittima al rispetto della sua vita privata**. E si tratta di un'interpretazione conforme alle norme in vigore in questo settore a livello internazionale e dell'Unione europea. Si conclude pertanto che non vi è stata violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione.

Opinione dissenziente del giudice Koskelo

Si ritiene che **l'art. 6 sia stato violato, perché i tribunali nazionali non hanno condotto il necessario bilanciamento dei diritti e degli interessi concorrenti, valutando le circostanze specifiche del caso**. In particolare: a) il richiedente aveva ripetutamente chiesto che il nuovo processo fosse condotto in pubblico, mentre il tribunale nazionale ha deciso di escludere completamente l'accesso del pubblico, senza fornire ragioni specifiche, ma semplicemente citando le norme interne pertinenti; b) la presunta vittima aveva dato quattro lunghe interviste ai media, fornendo un resoconto dettagliato dell'incidente, così diminuendo di fatto il rischio di una sua vittimizzazione secondaria; c) **il comportamento delle parti in relazione ai media nel corso del procedimento pendente non è del tutto irrilevante per il bilanciamento richiesto ai sensi dell'art. 6, § 1**, che avrebbe potuto portare a decidere di tenere a porte chiuse il solo esame della vittima e non il resto del processo; d) l'errore iniziale della polizia ha colpito sia l'imputato sia la persona offesa, perché ha riguardato il complesso

della vicenda e l'identità di entrambi; e) il diritto internazionale non esclude che il giudice debba bilanciare il diritto dell'imputato alla pubblicità del procedimento e quello della vittima alla riservatezza.

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

La Corte EDU ritiene che **il bilanciamento** fra il diritto dell'imputato alla pubblicità del procedimento e quello della vittima alla riservatezza sia stato operato correttamente, vista la natura del reato, per evitare il rischio di vittimizzazione secondaria.

Venendo all'**ordinamento italiano**, va ricordato che la disciplina generale della pubblicità delle udienze penali dibattimentali è contenuta negli artt. 471-473 cod. proc. pen., i quali – per quanto qui rileva – prevedono che: a) **l'udienza è pubblica, a pena di nullità** (art. 471; sulla natura di tale nullità, v. Sez. 1, n. 1495 del 02/12/1998, dep. 05/02/1999, Rv. 212272; Sez. 3, n. 15927 del 05/03/2009, Rv. 243407); b) che il giudice dispone che il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere al buon costume ovvero, se vi è richiesta dell'autorità competente, quando la pubblicità può comportare la diffusione di notizie da mantenere segrete nell'interesse dello Stato (art. 472, comma 1); c) su richiesta dell'interessato, **il giudice dispone che si proceda a porte chiuse all'assunzione di prove che possono causare pregiudizio alla riservatezza** dei testimoni ovvero delle parti private **in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione**; provvede di ufficio quando l'interessato è assente o estraneo al processo; d) **il dibattimento relativo ai delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter e 609-octies** del codice penale **si svolge a porte aperte; tuttavia, la persona offesa può chiedere che si proceda a porte chiuse anche solo per una parte di esso**, mentre si procede sempre a porte chiuse quando la parte offesa è minorenni (art. 472, comma 3-bis); e) in tali procedimenti non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto (art. 472, comma 3-bis). Può osservarsi, in sintesi, che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità si richiama al principio secondo cui l'esigenza costituzionale del controllo sociale sulla amministrazione della giustizia, esplicita tramite la presenza del pubblico nei luoghi ove essa è amministrata, è ineludibile solo quando l'oggetto della trattazione non sia essenzialmente costituito da questioni di carattere tecnico giuridico ed altamente specialistico e l'ambito di valutazione del materiale probatorio risulti assai ristretto: nelle sentenze del 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia e 5 gennaio 2010, Bongiorno ed altri contro Italia, la Corte EDU ha censurato il mancato rispetto del principio di pubblicità dell'udienza esclusivamente in relazione alla fase di merito del giudizio e non a quella di legittimità (C. cost., sentenze n. 80 del 2011, n. 135 del 2014; n. 109 del 2015; n. 263 del 2017; *ex multis*, Cass. pen., Sez. 5, n. 2737 del 19/07/2016, dep. 20/01/2017, Rv. 268912; Sez. 6, n. 50437 del 28/09/2017, Rv. 271500; Sez. 3, n. 22 del 30/11/2018, dep. 02/01/2019, Rv. 274745).

ART. 8 CEDU

TRANSESSUALE CON IDENTITÀ FISICA, SOCIALE E FAMILIARE MODIFICATA DA LUNGO TEMPO - RICHIESTA DI RIASSEGNAZIONE DEL SESSO NEL REGISTRO DELLO STATO CIVILE - RIFIUTO INGIUSTIFICATO - DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - VIOLAZIONE - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Quinta Sezione, 9 luglio 2020, Y.T. c. Bulgaria

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203898>

CLASSIFICAZIONE: Rispetto della vita privata - Richiesta di **riassegnazione del sesso** nel registro dello stato civile – **Transessuale** con **identità** fisica, sociale e familiare modificata da lungo tempo - **Rifiuto** ingiustificato- Principio dell'indisponibilità dello stato delle persone, dell'affidabilità e della coerenza dello stato civile - Interesse generale che giustifica il rifiuto - **Bilanciamento** con il diritto del richiedente al riconoscimento della sua identità sessuale.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI: Art. 8 CEDU.

RIFERIMENTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE: Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione CM/Rec (2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure per combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere del 31 marzo 2010 (parte rilevante: "IV. *Diritto al rispetto della vita privata e familiare ...: Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per garantire il pieno riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso di una persona in tutti i settori della vita, in particolare consentendo di modificare il nome e il genere della persona interessata nei documenti funzionario in modo rapido, trasparente e accessibile; Gli Stati membri dovrebbero inoltre garantire, se del caso, che gli attori non statali riconoscano il cambiamento e apportino le modifiche corrispondenti in documenti importanti come diplomi o certificati di lavoro*"); **Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione 2048 (2015)** su "Discriminazione nei confronti dei transgender in Europa" del 22 aprile 2015 (parte rilevante: "6. ... *l'Assemblea invita gli Stati membri: ... 6.2. per quanto riguarda il riconoscimento legale del genere: 6.2.1. stabilire procedure rapide, trasparenti e accessibili, basate sull'autodeterminazione, che consentano alle persone transgender di cambiare nome e sesso su certificati di nascita, carte d'identità, passaporti, diplomi e altri documenti simili; rendere tali procedure disponibili a tutti coloro che desiderano utilizzarle, indipendentemente dall'età, dallo stato di salute, dalla situazione finanziaria o dalla detenzione attuale o passata; ...*"; **Risoluzione 1728 (2010)**, intitolata "Discriminazione basata sull'orientamento sessuale e identità di genere" del 29 aprile 2010 (parte rilevante: "16. *Di conseguenza, l'Assemblea invita gli Stati membri ad affrontare questi problemi e, in particolare: 16.11. affrontare le discriminazioni e le violazioni*

dei diritti umani nei confronti delle persone transgender e, in particolare, garantire i diritti di tali persone nella legge e nella pratica: ... 16.11.2. documenti ufficiali che riflettono l'identità di genere scelta, senza obbligo preliminare di sottoporsi a sterilizzazione o altre procedure mediche come un'operazione di conversione del sesso o terapia ormonale ... "; **Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Relazione su leggi e pratiche discriminatorie e atti di violenza contro le persone a causa del loro orientamento sessuale o identità di genere (A/HRC/19/41)** del 17 novembre 2011 (parti rilevanti: "G. Riconoscimento di genere e questioni correlate: 71. In molti paesi, le persone transgender non possono ottenere il riconoscimento legale delle loro preferenze di genere, incluso cambiare il genere e il nome sui documenti di identità ufficiali, quindi ci sono molte difficoltà pratiche, in particolare quando si presentano per un posto di lavoro, si applicano per alloggio, credito bancario o prestazioni sociali o andare all'estero.... 73. Il Comitato per i diritti umani ha espresso preoccupazione per l'assenza di disposizioni che garantiscano il riconoscimento giuridico dell'identità delle persone transgender. Ha esortato gli Stati a riconoscere il diritto delle persone transgender di cambiare genere consentendo l'emissione di nuovi certificati di nascita e ha preso atto con soddisfazione dell'adozione di leggi che facilitano il riconoscimento legale del cambiamento di genere.... VII. Conclusioni e Raccomandazioni ... 84. L'Alto Commissario raccomanda agli Stati membri: ... h) agevolare il riconoscimento giuridico del genere di preferenza delle persone transgender e adottare misure per consentire l'emissione di nuovi documenti di identità indicanti il genere di preferenza e il nome scelto, fatti salvi altri diritti dell'uomo").

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI: AP, Garçon e Nicot c. Francia, n. 79885/12 e altri 2, §§ 92-94, 6 aprile 2017; X v. l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, n. 29683/16, § 38, 17 gennaio 2019; Hämäläinen v. Finlandia [GC], n. 37359/09, §§ 62-67, CEDU 2014,; Söderman c. Svezia [GC], n. 5786/08, § 78, CEDU 2013; SV c. Italia, n. 55216/08, §§ 60-75, 11 ottobre 2018; Christine Goodwin, v. Regno Unito [GC], n. 28957/95, §§ 77 78, CEDU 2002 VI.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta sezione, caso Y.T. c. BULGARIE, 9 luglio 2020, ricorso n. 41701/16

ABSTRACT

L'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non si limita ad imporre allo Stato di astenersi da interferenze arbitrarie nella vita privata dell'individuo, atteso che a questo impegno negativo possono essere aggiunti obblighi positivi inerenti l'effettivo rispetto della vita privata o familiare, i quali, al pari degli obblighi negativi, vanno determinati tenendo conto del giusto equilibrio tra l'interesse generale e gli interessi dell'individuo. Costituisce violazione dell'art. 8 cit. il rifiuto delle autorità nazionali di riconoscere legalmente al richiedente la riassegnazione del sesso nel registro dello stato civile, nonostante la sua identità fisica, sociale e familiare risulti

modificata da lungo tempo, ove non siano esplicitate ragioni sufficienti e pertinenti del rigetto e non sia spiegato perché in altri casi la riassegnazione potrebbe essere riconosciuta, risolvendosi tale rifiuto in un'interferenza ingiustificata con il diritto del richiedente al rispetto della sua vita privata.

IL CASO

Il ricorrente è un cittadino bulgaro nato nel 1970 che, alla nascita, è stato iscritto nei registri dello stato civile con nome femminile e che nel 2015 ha presentato domanda all'autorità giudiziaria bulgara per ottenere la modifica dei suoi nomi, patronimico e cognome, nonché la sostituzione della menzione relativa al sesso e il suo numero di identificazione civile nei registri elettronici, sostenendo che tali dati non corrispondevano alla realtà e che desiderava ottenere il loro cambiamento attraverso i tribunali in modo che il comune fosse obbligato a trasferire le suddette modifiche nei registri dello stato civile.

Il richiedente affermava di essere diventato consapevole dall'adolescenza che la sua identità di genere era di sesso maschile e di aver quindi condotto una vita sociale come uomo con un nome e un cognome maschili; esponeva che dal 2008 viveva con una donna, la quale aveva dato alla luce un bambino nel 2010 usando l'inseminazione artificiale con un donatore e che il richiedente e il figlio si identificano tra loro come padre e figlio.

Il richiedente precisava altresì che, secondo le competenze mediche, egli presentava le caratteristiche del vero transessualismo, con un'identificazione consapevole e permanente con il sesso maschile e che nel 2014 si era sottoposto, di propria iniziativa, a un intervento chirurgico per rimuovere le ghiandole mammarie e il tessuto parenchimale.

Il tribunale distrettuale respingeva le modifiche richieste osservando, dal punto di vista procedurale, che il procedimento, avviato dal richiedente sulla base dell'articolo 19, paragrafo 1 della legge sui registri civili, si era svolto ai sensi dell'articolo 73 e 76 di questa legge, che consentivano la modifica dei dati relativi allo stato civile delle persone, ma ritenendo, nel merito, che tali disposizioni non consentivano di verificare la veridicità delle circostanze di fatto sulla base delle quali erano stati registrati i dati sullo stato civile.

Conseguentemente, per quanto riguardava la modifica del nome, il tribunale osservava che la legge condizionava la formazione del nome patronimico e del cognome alla menzione del sesso. Nel caso di specie, in assenza di alcuna menzione nei registri civili del fatto che il ricorrente fosse un maschio, era impossibile cambiare il suo nome.

Tale decisione veniva confermata dal tribunale regionale, il quale aggiungeva che la sola aspirazione socio-psicologica di una persona non può giustificare una decisione che autorizza la riassegnazione del sesso e che nella specie la conversione sessuale richiesta appariva in realtà incompleta e artificiale, sicché l'accoglimento della istanza avrebbe comportato una situazione di arbitrarietà tale da riflettersi nella stabilità della vita sociale.

Con riferimento alla prassi giurisprudenziale bulgara che riconosce il diritto dei transessuali alla conversione sessuale, il tribunale regionale affermava di non considerarsi vincolato dalla stessa,

ritenendo necessario, per la certezza del diritto, che i cambiamenti nello stato civile fossero espressamente previsti dalla legge e realizzati sotto la supervisione di un tribunale.

LE RISPOSTE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, ha affermato preliminarmente l'applicabilità dell'art. 8 della Convenzione, osservando che **il diritto al rispetto della vita privata include l'identificazione di genere come un aspetto dell'identità personale e che ciò riguarda tutti gli individui, comprese le persone transgender**, indipendentemente dal fatto che desiderino o meno iniziare un trattamento di riassegnazione del sesso approvato dalle autorità. La Corte ha anche osservato che, sebbene il diritto bulgaro non preveda alcuna procedura dedicata esclusivamente alla riassegnazione di genere, tuttavia attribuisce, negli articoli 73 e 76 della legge sui registri civili, la possibilità di chiedere ai tribunali la autorizzazione alla modifica dei dati essenziali di identificazione personale, incluso il sesso e il numero di identificazione civile, nei registri e nei documenti di stato civile.

Pertanto, tenuto conto del potere di riqualificazione della azione spettante al giudice, poteva ritenersi che il ricorrente avesse esperito i rimedi interni, alla luce dei poteri conferitigli dagli artt. 73 e 76 della legge citata, per quanto non espressamente invocati.

Nel merito, la Corte ha in primo luogo ribadito che, sebbene lo scopo principale dell'articolo 8 della Convenzione sia proteggere l'individuo da interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche, tale norma non si limita a costringere lo Stato ad astenersi da simili interferenze, poiché a questo impegno negativo possono essere aggiunti obblighi positivi inerenti all'effettivo rispetto della vita privata o familiare; ed ha altresì aggiunto che nel determinare se esiste un obbligo - positivo o negativo - si deve tener conto del giusto equilibrio tra l'interesse generale e gli interessi dell'individuo (v. *Söderman c. Svezia* [GC], n. 5786 / 08, § 78, CEDU 2013).

Per quanto riguarda tale bilanciamento, la Corte ha sottolineato l'importanza del diritto alla identità di genere, area in cui gli Stati contraenti godono di un limitato margine di apprezzamento (*AP, Garçon e Nicot c. Francia*, n. 79885/12 e altri 2, §§ 92-94, 6 aprile 2017; *Hämäläinen v. Finlandia* [GC], n. 37359/09, §§ 62-67, CEDU 2014; *SV c. Italia*, n. 55216/08, §§ 60-75, 11 ottobre 2018).

E anche se il diritto bulgaro non prevede un'unica procedura specifica per le richieste di conversione sessuale, la legittimazione a tale richiesta può essere dedotta dagli articoli 73 e 76 della legge sui registri civili, nonché da altre disposizioni di diritto interno riguardanti le conseguenze del cambio di sesso che, indirettamente, confermano anche la possibilità di riconoscere ufficialmente tale cambiamento.

Tale possibilità, nella specie, è stata negata dai tribunali bulgari con disparati argomenti e, soprattutto, sulla base della considerazione che l'interesse generale non consentiva il cambio legale di sesso, e ciò pur avendo accertato che il richiedente aveva intrapreso un viaggio di transizione sessuale modificando il suo aspetto fisico e che la sua identità sociale e familiare era già maschile da molto tempo.

Ma il principio dell'indisponibilità dello stato delle persone, della garanzia dell'affidabilità e della coerenza dello stato civile e, più in generale, del requisito della sicurezza del diritto, riguarda l'interesse generale e giustifica l'implementazione di procedure rigorose con l'obiettivo in particolare di verificare le motivazioni profonde di una richiesta di cambiamento legale di identità. E, nel caso al suo esame, i tribunali bulgari non avevano in alcun modo sviluppato il loro ragionamento sull'esatta natura di questo interesse generale, nè avevano effettuato, nel rispetto del margine di apprezzamento concesso, una valutazione per bilanciare tale interesse con il diritto del richiedente al riconoscimento della sua identità di genere.

La Corte ha quindi ravvisato, nelle motivazioni dei tribunali, una rigidità del ragionamento, che ha posto il ricorrente, per un periodo irragionevole e continuo, in una situazione inquietante, con sentimenti di vulnerabilità, umiliazione e ansia.

LE CONCLUSIONI DELLA CORTE

La Corte ha rilevato di non avere la competenza, nel contesto della presente causa, di analizzare in astratto la compatibilità delle condizioni per la riassegnazione del sesso commentate nella presente decisione con la Convenzione ed ha altresì preso atto della esistenza di una richiesta (formulata in data 27/4/2020) di decisione interpretativa posta all'assemblea plenaria della Corte suprema della cassazione bulgara, con procedimento ancora pendente, sulla seguente questione: se sia ammissibile e, nell'ipotesi affermativa, a quali condizioni, riconoscere il cambio di sesso legale quando viene stabilita la transessualità del richiedente.

La Corte ha tuttavia fatto riferimento alle raccomandazioni formulate dagli organismi internazionali, in particolare dal Comitato dei Ministri e dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nonché dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani.

Ha concluso che il rifiuto delle autorità nazionali di riconoscere legalmente la riassegnazione del sesso del richiedente senza esporre ragioni sufficienti e pertinenti e senza spiegare perché in altri casi tale riassegnazione potrebbe essere riconosciuta, integra un'interferenza ingiustificata con il diritto del richiedente al rispetto della sua vita privata.

Di conseguenza, nella fattispecie in esame ha ritenuto esservi stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

OSSERVAZIONI FINALI

Nel nostro ordinamento, la materia è regolata dalla l. 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*).

La riconduzione del diritto al cambiamento di sesso nell'area dei diritti inviolabili della persona è stata sancita dalla sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale secondo la quale *"la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale"*.

Sul piano testuale le norme di cui alla l. n. 164 del 1982 (il cui art. 3, abrogato nella sua originaria formulazione per effetto dell'art. 34 comma 39 del d.lgs n. 150 del 2011, è attualmente trasfuso, senza variazioni testuali, nel quarto comma dell'art. 31 del d.lgs n. 150 del 2011) non contengono l'obbligo indefettibile di procedere alla mutazione dei caratteri sessuali anatomici primari mediante trattamento chirurgico come, invece, può riscontrarsi nelle normative di altri paesi europei.

Ciò ha dato luogo a diverse soluzioni interpretative, in ordine alla necessità, ai fini della rassegnazione del sesso, della modifica preventiva per via chirurgica dei caratteri sessuali primari (questione che, come emerge dalla sentenza della Corte Edu qui esaminata, si è posta anche nell'ordinamento bulgaro ed attualmente è rimessa all'esame della Assemblea plenaria della Corte suprema della cassazione bulgara).

In proposito ha segnato un arresto importante la sentenza della Prima Sezione della Corte di cassazione che, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme alla giurisprudenza della CEDU dell'art. 1 della l. n. 164 del 1982, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, per prima ha affermato che *“per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Invero, l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale”* (Cass., sez. 1, 20/07/2015, n. 15138, Rv. 636001 - 01).

Con specifico riferimento alla valutazione del bilanciamento degli interessi in gioco, la medesima sentenza ha altresì affermato che *“l'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche”*.

Tale principio ha trovato piena conferma da parte della Corte costituzionale (sent. n. 221 del 05/11/2015) secondo cui *“l'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che – in coerenza con supremi valori costituzionali – rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere.*

Tuttavia, non si può prescindere da un rigoroso accertamento giudiziale delle modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e del suo carattere definitivo (Corte Cost., sentenza 05/11/2015 n° 221 cit.).

ART. 8 CEDU

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - DIRITTO A RICHIEDERE L'ALTRUI AIUTO ECONOMICO IN DIFETTO DI ALTRE POSSIBILITÀ DI SOPRAVVIVENZA - INCLUSIONE - MENDICITÀ INOFFENSIVA E NON INVASIVA - REPRESSIONE PENALE - VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Terza Sezione, 19 gennaio 2021, Lacatus c. Svizzera

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207377>

CLASSIFICAZIONE:

Dignità umana - Persone estremamente vulnerabili e prive di **altri strumenti di sopravvivenza - Diritto di chiedere l'altrui aiuto in assenza** di altri **mezzi di sostentamento - MendicITÀ inoffensiva** e non invasiva - Applicazione automatica della **sanzione penale** – Assenza di un effettivo interesse pubblico – **Misura non proporzionata** alla lotta contro la criminalità organizzata ed alla tutela dei diritti dei passanti, residenti e titolari di esercizi commerciali – Violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Sussistenza.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Art. 8 CEDU.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU:

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

Sentenze CORTE COSTITUZIONALE:

Corte cost. n. 115 del 22 marzo 2011;

Corte cost. n. 519 del 15 dicembre 1995;

Corte cost. n. 102 del 24 aprile 1975.

Sentenze CORTE DI CASSAZIONE:

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

Sez. 1, n. 13526 del 10/3/2010, Sava, Rv. 246831;
Sez. 3, n. 24269 del 27/5/2010, K., Rv. 247704;
Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, dep. 2007, Djorgjevic, Rv. 236023;
Sez. 5, n. 2390 del 24/10/1995, dep. 1996, Senka, Rv. 204369;
Sez. 5, n. 43868 del 9/11/2005, Molnar, Rv. 232834.

Corte E.D.U., Terza Sezione, 19 gennaio 2021, *Lacatus contro Svizzera*

ABSTRACT

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

IL CASO

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

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

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

La questione sottoposta alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

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

I principi stabiliti dalla Corte EDU

Premessa

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

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

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

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

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

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

Le affermazioni della Corte EDU nel caso concreto.

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

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

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

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

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

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

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

Anche l’ulteriore argomento del Governo, riferito all’interesse pubblico connesso alla tutela dei diritti dei passanti, dei residenti o di titolari di imprese ed esercizi commerciali, è stato ritenuto infondato dalla Corte di Strasburgo, atteso che non si è contestato alla ricorrente di aver posto in essere forme aggressive o invadenti di elemosina, magari foriere di denunce da parte di terzi. Pertanto, i giudici europei non hanno condiviso l’argomento del Tribunale Federale secondo cui misure meno restrittive non avrebbero avuto lo stesso risultato o un risultato comparabile ed hanno ritenuto che la sanzione inflitta alla ricorrente non costituisca una misura proporzionata né all’obiettivo della lotta contro la criminalità organizzata, né a quello di tutelare i diritti dei passanti, dei residenti e dei proprietari di esercizi commerciali.

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

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

Si è pure ricordato, quale monito particolarmente rilevante, il parere del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla povertà estrema e sui diritti umani³, secondo cui l'obiettivo di **rendere la povertà meno visibile** in una città ed attrarre investimenti **non è una ragione legittima** per la criminalizzazione della mendicizia, avuto riguardo alla comparazione con il rispetto dei diritti umani⁴.

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

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

Opinioni dissenzienti

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

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

Osservazioni finali.

Essere poveri non è un reato.

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

³ Il Rapporto (A/66/265, 4 agosto 2011), sottoposto all'Assemblea delle Nazioni Unite, testualmente afferma:
32. *L'interdiction de la mendicité et du vagabondage représente une violation grave des principes d'égalité et de non-discrimination. Une telle mesure dote les agents de police d'un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'application des lois et rend les personnes vivant dans la pauvreté plus vulnérables au harcèlement et à la violence. Elle ne fait que contribuer à perpétuer les attitudes sociales discriminatoires envers les plus pauvres et les plus vulnérables.(...)* 35. *Souvent, la motivation profonde de ces mesures est de rendre la pauvreté moins visible dans la ville et d'attirer les investissements, les projets de développement et les citoyens (non pauvres) vers les centres urbains. Ces objectifs ne sont pas légitimes au regard du droit relatif aux droits de l'homme et ne justifient pas les sanctions sévères qui sont souvent imposées en application des réglementations.*

⁴ Cfr. il par. 79 della pronuncia della Corte EDU in commento, in cui si dà atto di come il Governo faccia valere come argomento importante quello secondo cui il fenomeno dell'accattonaggio possa diminuire l'attrattiva turistica della città di Ginevra, da tutti apprezzata per la sua calma, la sua sicurezza e possa avere sensibili ricadute economiche.

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

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

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

Intesa in tal senso, ammonisce la Corte EDU, la criminalizzazione della mendicizia si pone in contrasto con l'art. 8 della Convenzione Europea sui Diritti Umani, che tutela il diritto alla vita privata come espressione della personalità individuale nel senso più ampio. Peraltro, non va sottovalutata la prospettiva della violazione della libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 10 della Convenzione ed evocata dalla ricorrente e dai giudici che hanno espresso un'opinione dissenziente in ordine all'assorbimento delle ulteriori questioni poste nel ricorso, visto che la richiesta di elemosina potrebbe essere considerata un modo per esprimere, non verbalmente, ma tramite il proprio comportamento, un disagio e una condizione di bisogno.

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

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

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

Dopo l'intervento della Corte costituzionale volto a frenare l'incidenza delle ordinanze sindacali d'urgenza sui diritti di libertà della persona (cfr., in tema, la sentenza n. 115 del 2011 Corte cost.)⁵, con la legge n. 48 del 2017 di conversione del d.l. n. 14 del 2017, all'art. 54 del Tuel, è stato aggiunto il comma 4-*bis*, il quale prevede, nell'elenco dei fenomeni criminosi o di illegalità, che mettono in pericolo la sicurezza urbana, anche l'accattonaggio, pur specificando che tale condotta deve essere realizzata attraverso l'impiego di minori e disabili.

Inoltre, l'introduzione del nuovo **art. 669-bis cod. pen., che sanziona l'esercizio molesto dell'accattonaggio**, ad opera della citata novella del 2018, ha destato molte perplessità, sebbene non abbia avuto, allo stato, alcun riflesso rilevante in giurisprudenza. In particolare, è stato osservato come, in un quadro punitivo quale era quello costituito nel diritto penale italiano, nel quale non difettava "la copertura normativa e quindi il controllo, preventivo e parapunitivo, sulle condotte potenzialmente devianti che possono affiorare da condizioni di marginalità"⁶, non fosse necessario, se non per la sua eco simbolica nel senso dell'incremento delle politiche di sicurezza urbana, un "ritorno al passato", attraverso il recupero della vecchia formula incriminatoria dell'art. 670, comma 2, cod. pen.

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

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

Risultano significativi, in tale direzione, gli orientamenti con cui, da un lato, si è ritenuta non invocabile, da parte degli autori delle condotte di riduzione in schiavitù, qualsiasi causa di giustificazione dell'esercizio del diritto con riferimento alle proprie tradizioni sociali-consuetudinarie, e, dall'altro, irrilevante, per escludere la finalità di sfruttamento, la circostanza che un margine degli introiti dell'accattonaggio vada a beneficio delle persone offese dal reato⁷.

Un nuovo ed ulteriore orizzonte in questo percorso sembra oggi schiudersi alla luce della recentissima **pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarte Sezione, 16 febbraio 2021, V.C.L. e A.N. contro Gran Bretagna**, che ha ritenuto che l'esercizio dell'azione penale nei confronti delle vittime del reato di riduzione in schiavitù, coinvolte nella commissione

⁵ Nel giudizio principale era censurato un provvedimento sindacale con il quale si era fatto divieto di accattonaggio in vaste zone del territorio comunale, prevedendo, per i trasgressori, una sanzione amministrativa pecuniaria, con possibilità di pagamento in misura ridotta solo per le prime due violazioni accertate. Oggetto del divieto, in particolare, è la richiesta di denaro in luoghi pubblici, effettuata anche in forma petulante e molesta, di talché il provvedimento sindacale si estendeva, secondo il rimettente, alle forme di mendicizia non invasiva o molesta.

⁶ F. Curi, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano". Il nuovo art. 669-bis c.p. del d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in Dir. Pen. Cont. e ID., *Le alterne vicende del reato di mendicizia*, in AA.VV., *Il decreto Salvini. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, a cura di F. Curi, Pisa 2019, p. 265 ss.

⁷ Si richiamano, tra le molte, le sentenze Sez. 1, n. 23869 del 3/6/2010, Bruzzese, Rv. 247982; Sez. 1, n. 13526 del 10/3/2010, Sava, Rv.246831; Sez. 3, n. 24269 del 27/5/2010, K., Rv. 247704; Sez. 3, n. 2841 del 26/10/2006, dep.2007, Djorgjevic, Rv.236023; per le consuetudini non scriminanti, cfr. Sez. 5, n. 2390 del 24/10/1995, dep. 1996, Senka, Rv.204369; per la finalità di sfruttamento non esclusa da margini di introiti per le vittime: Sez. 5, ord. n. 43868 del 9/11/2005, Molnar, Rv. 232834.

di specifici reati, può, in determinate circostanze, integrare una violazione, da parte dello Stato, del dovere di proteggerle, derivante dall'art. 4 della Convenzione - dovere che impone l'adozione di tutte le misure necessarie alla loro tutela.

ART. 8 CEDU

VITTIMA DI ABUSI SESSUALI – RICOSTRUZIONE PARTICOLAREGGIATA DELLE MODALITÀ DI CONSUMAZIONE DELL'ILLECITO INNANZI AI PRESUNTI RESPONSABILI – NON NECESSARIETÀ DELLA STESSA PER L'ACCERTAMENTO DEI FATTI O PER LA LORO QUALIFICAZIONE GIURIDICA – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 8 – SUSSISTENZA.

Corte EDU, Seconda Sezione, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. Turchia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207811>

Si rinvia a pag. 63 per il Report.

ART. 8 CEDU

COPPIE DELLO STESSO SESSO - PROVVEDIMENTO STRANIERO DI ADOZIONE - RICONOSCIMENTO DEI SUOI EFFETTI - CONFORMITÀ ALL'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE - FONDAMENTO - PRINCIPI DELL'AUTODETERMINAZIONE NELLE SCELTE RELAZIONALI DEL MINORE E DEGLI ASPIRANTI GENITORI E DEL PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE ALLA STABILITÀ AFFETTIVA - LIMITI - NECESSARIA ESCLUSIONE DI VICENDE DI SURROGAZIONE DI MATERNITÀ.

Cass., Sez. Un. Civ., 31 marzo 2021, n. 9006

Disponibile in www.italgiure.giustizia.it

CLASSIFICAZIONE

Famiglia – Adozione – Coppie dello stesso sesso – Riconoscimento degli effetti di un provvedimento straniero di adozione – Ordine pubblico internazionale – Vita familiare - Superiore interesse del minore – Necessaria esclusione di vicende di surrogazione di maternità.

RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI

Artt. 8 e 14 Cedu;

Art. 24 Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea;

Artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo;

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

Artt. 2, 3, 29, 31 Cost.;

L. n. 184 del 1983, art. 6, 25, 35;

L. n. 218 del 1995, artt. 16 e 65;

L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20;

D. Lgs. n. 153 del 2013;

D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18

D.P.R. n. 445 del 2000, art. 47

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI:

Corte EDU: Corte Edu 19/2/2013, *X ed altri c. Austria*; Corte Edu 26/06/2014 *Labassee c. Francia e Mennesson c. Francia*; Corte EDU 21/4/2014, *Zhou c. Italia*; Corte Edu 13/10/2015, *S.H. c. Italia*; Grand Chambre della Corte Edu 24/1/2017, *caso Paradiso e Campanelli*; Avis consultatif del 9/4/2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese in applicazione del Protocollo 16.

Corte costituzionale: Corte Cost. n. 536 del 1989; Corte Cost. n. 138 del 2010; Corte Cost. 170 del 2014; Corte Cost. n. 221 del 2019; Corte Cost. n. 230 del 2020; Corte Cost. n. 237 del 2020; Corte Cost. n. 32 e 33 del 2021.

Corte di cassazione: Cass. n. 9912 del 1991; Cass. n. 601 del 2013; Cass., n. 12962 del 2016; Cass. n. 19599 del 2016; Cass. n. 14007 del 2017; Sez. U. n. 12193 del 2019; Cass. n. 3643 del 2020; Cass., n. 7668 del 2020; Cass., n. 8029 del 2020; Cass. n. 1476 del 2021; Sez. U. n. 9006 del 2021.

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass, Sez. Un., n. 9006 del 12/01/2021, dep. 31/03/2021

ABSTRACT

Chiamate a decidere "se possa costituire espressione di principi fondamentali ed irrinunciabili dell'ordinamento il disfavore dell'ordinamento interno per l'accesso all'adozione legittimante da parte delle coppie dello stesso sesso" e "se il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico che l'autorità giudiziaria italiana deve compiere, ai sensi della l. n. 218 del 1995, artt. 41, 64, 65, 66 ai fini del riconoscimento in Italia di un provvedimento giudiziario straniero di adozione c.d. legittimante, debba o non includere la valutazione estera di adottabilità del minore", le Sezioni Unite hanno affermato che il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale. Secondo la Corte, infatti, non costituisce elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale, ove sia esclusa la sussistenza di una ipotesi di gestazione per altri a fondamento della filiazione. La Suprema Corte ha, inoltre, escluso che il consenso prestato dai genitori biologici all'adozione si ponga in contrasto con i principi dell'ordine pubblico internazionale salvo il caso in cui le parti provino ed emerga con obiettività probatoria che la determinazione di privarsi del figlio minore da parte dei genitori biologici discenda da un intervento di carattere oneroso degli adottanti o che il consenso prestato sia stato la conseguenza di un accordo vietato e sanzionato penalmente nel nostro diritto interno perché incidente sui diritti inviolabili della persona.

IL CASO

La pronuncia delle Sezioni Unite origina dalla richiesta da parte di un cittadino italiano naturalizzato statunitense e di un cittadino americano, coniugati secondo la legge dello stato di New York, di ottenere la trascrizione nell'ordinamento italiano del provvedimento di adozione legittimante del figlio minore. *L'adoption order* era stato emesso dalla *Surrogate Court* dello Stato di New York sulla base del consenso preventivo dei genitori biologici e dopo un'indagine, effettuata da agenzia pubblica equiparabile ai Servizi Sociali, sull'idoneità della coppia adottante. A fronte del rifiuto opposto dall'ufficiale dello Stato Civile di procedere alla trascrizione, l'adita Corte d'Appello di Milano dichiarava l'efficacia del provvedimento di adozione ordinando all'Ufficiale dello Stato Civile di procedere alla sua trascrizione.

Avverso tale pronuncia propone ricorso per cassazione il Sindaco di S., in qualità di ufficiale di Governo, lamentando la contrarietà del provvedimento giurisdizionale straniero ai principi desumibili dalla Costituzione italiana (art. 29) ed all'ordine pubblico internazionale.

Con ordinanza interlocutoria viene, dunque, richiesto alle Sezioni Unite di chiarire:

1. se il combinato disposto di cui agli artt. 6 della legge n. 184 del 1983 e 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016, che consente l'adozione c.d. legittimante soltanto alla coppia eterosessuale coniugata e non anche a quella omoaffettiva, ancorché unita civilmente, sia di ostacolo al riconoscimento nell'ordinamento italiano del provvedimento estero di adozione legittimante di minore da parte di coppia omoaffettiva, perché in contrasto con l'ordine pubblico internazionale;
2. se la valutazione straniera sullo stato di adottabilità del minore possa comporre lo scrutinio di compatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale, tenuto conto che il controllo giurisdizionale eseguito era stato fondato sull'accertamento del consenso preventivo da parte dei genitori biologici.

I PRINCIPI STABILITI DALLE SEZIONI UNITE

Quanto alla prima questione sollevata dall'ordinanza interlocutoria, il problema si è posto in quanto la parte ricorrente contestava la nozione di ordine pubblico internazionale adottata dalla Corte d'Appello di Milano, la quale aveva ammesso il riconoscimento della sentenza straniera di adozione legittimante richiamando l'arresto della Cassazione n. 19599 del 2016, in cui era stata accolta una nozione di ordine pubblico composta esclusivamente dai principi fondamentali *"desumibili dalla Carta Costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo"*.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 9006 del 2021 - dopo aver chiarito che la valutazione della conformità dell'atto alla nozione di ordine pubblico internazionale è limitata agli effetti che esso è destinato a produrre nel nostro ordinamento (e non al suo contenuto, né alla conformità della legge estera a quella interna regolativa dei medesimi istituti) – dichiarano, a chiare lettere, di voler prestare adesione alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 (nello stesso senso: Cass, Sez. Un., n. 11601/2017), secondo cui la nozione di ordine pubblico internazionale non ha soltanto una funzione di limite al riconoscimento degli atti stranieri ma anche di promozione (S.U. 16601 del 2017) e di tutela dei diritti fondamentali della persona (Cass. n. 19405 del 2013), attraverso i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, dalle Convenzioni sui diritti della persona, cui l'Italia ha prestato adesione, e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'uomo, oltre a quelli derivanti dalla Costituzione e dalle leggi ordinarie, quale strumento di attuazione dei valori consacrati nella Costituzione. La nozione di ordine pubblico internazionale include, dunque, i valori condivisi dalla comunità internazionale e i principi fondamentali previsti dalla Costituzione e dalle leggi che ad essa si ispirano, così come interpretate dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità cui non può prescindere nella ricostruzione dell'ordine pubblico in un determinato momento storico.

La Suprema Corte ha dovuto verificare se il limite di accesso all'adozione piena alle coppie coniugate e la non equiparazione unione civile/matrimonio stabilita dalla legge ordinaria n. 76 del 2016, art. 1, comma 20, siano espressione dei principi fondamentali che disegnano la trama dell'ordine pubblico internazionale attuale, così da impedire il riconoscimento nel nostro ordinamento dell'atto straniero di adozione.

Secondo la Suprema Corte l'esame dei più recenti interventi della giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., n. 221 del 2019; Corte Cost., n. 237 del 2020; Corte Cost., n. 230 del 2020) e di legittimità (Corte Cass., n. 7668 del 2020; Corte Cass., n. 8029 del 2020) non permette di includere tra i principi di ordine pubblico internazionale, che possono costituire il limite al riconoscimento dell'atto estero di adozione, le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva legittimante contenute nella L. n. 184 del 1983, art. 6 e dalla L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20 **ove, tuttavia, sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. Nel caso di specie, infatti, alla base della costituzione dello *status* genitoriale adottivo della coppia richiedente non risulta essere un accordo di surrogazione di maternità, realizzato mediante una forma di fecondazione eterologa penalmente vietata nel nostro ordinamento. Dunque, oggetto del sindacato giurisdizionale è la compatibilità dello *status* genitoriale, di natura intrinsecamente adottiva.**

Nella sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019, invero, il limite, per contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale, al riconoscimento di provvedimenti esteri, richiesto da coppie omoaffettive, è stato individuato esclusivamente nel ricorso alla gestazione per altri, ma senza ricondurre a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a *status* filiali. La caratteristica della omoaffettività e del genere maschile della coppia ha costituito, infatti, un mero presupposto di fatto ma non l'oggetto della contrarietà ai principi di ordine pubblico, incentrata esclusivamente sul divieto di surrogazione di maternità. La valutazione di compatibilità è stata compiuta, in quell'occasione, assumendo come principi cardine il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare (Cass. 14007 del 2017) ed il *favor* verso la continuità degli *status filiali* da bilanciare, tuttavia, con il limite incompressibile della dignità dei soggetti coinvolti senza includere, però, nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale il limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio. La differenza di genere per le coppie omogenitoriali maschili, dunque, costituisce un discrimine soltanto se il progetto genitoriale comune si fonda sul ricorso alla gestazione per altri.

A tal riguardo, la Suprema Corte osserva come ormai sia un punto fermo nella giurisprudenza l'ininfluenza dell'orientamento sessuale nelle controversie riguardanti l'affidamento dei minori e la responsabilità genitoriale all'interno del conflitto familiare (Cass. 601 del 2013), dal momento che non sussistono riscontri scientifici sulla inidoneità genitoriale di una coppia formata da

persone dello stesso sesso (Corte Cass., n. 601 del 2013; Corte Cass., n. 12962 del 2016; Corte Cost., n. 32 e 33 del 2021).

Le Sezioni Unite hanno precisato, infatti, che i principi di derivazione costituzionale e convenzionale, come **il principio dell'autodeterminazione nelle scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori** (art. 2 Cost.; **art. 8 Cedu**), **il principio del preminente interesse del minore alla stabilità affettiva, relazionale e familiare di origine convenzionale** (24 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea; art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo; **art 8 CEDU**), il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno e fuori del matrimonio o adottivi (artt. 3 e 31 Cost. e l. n. 219 del 2012; d. lgs. n. 154 del 2013), si pongono in condizione di evidente sovraordinazione e preminenza rispetto al divieto di adozione legittimante per le coppie dello stesso sesso.

D'altro canto, si osserva che sia la legge interna (l. n. 184 del 1983 così come modificata dalla l. n. 149 del 2001 e dalla recente legge sulla continuità affettiva n. 173 del 2015) che il diritto vivente (CEDU caso Zhou contro Italia sentenza 21/4/2014 e S.H. contro Italia sentenza 13/10/2015; Cass. 3643 del 2020 e 1476 del 2021) hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall'obiettivo di conservare la continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella relazione familiare.

La Suprema Corte sottolinea, peraltro, come l'unione matrimoniale, così come prevista nell'art. 29 Cost., sebbene rappresenti il modello di relazione familiare cui la normativa interna assicura, allo stato attuale, il massimo grado di tutela giuridica, non costituisce più, specialmente dopo la riforma della filiazione, il modello unico (o quello ritenuto esclusivamente adeguato) per la nascita e la crescita dei figli minori, alla luce, soprattutto, della continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, realizzata mediante un'interpretazione aperta dell'art. 2 Cost. (Corte Cost. n. 138 del 2010 e 170 del 2014) e dell'art. 8 Cedu (Caso X ed altri contro Austria sentenza del 19/2/2013, Labassee contro Francia e Mennesson contro Francia sentenze del 26 giugno 2014; Avis consultatif del 9 aprile 2019, richiesto dalla Corte di Cassazione francese in applicazione del Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018, cui l'Italia non ha ancora aderito). Simili considerazioni hanno condotto la Corte ad affermare il principio di diritto secondo cui *"Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione"*.

Quanto alla seconda questione di massima di particolare importanza, la Corte premette che non può escludersi, in astratto, la comparazione delle condizioni di adottabilità poste a base del provvedimento estero, di cui si chiede il riconoscimento, con i principi di ordine pubblico

internazionale. È consapevole, la Corte, che l'adozione consensuale può in concreto mascherare pratiche illecite, tuttavia, sottolinea che, affinché alla valutazione degli effetti "formali" dell'atto si colleghi quella sulle modalità di produzione degli effetti predetti, deve emergere con obiettività probatoria che alla base del consenso da parte dei genitori biologici vi sia un intervento di carattere oneroso con gli adottanti, o che lo stesso fosse la conseguenza di un accordo sanzionato penalmente nel nostro diritto interno, come l'accordo di surrogazione di minore; altrimenti, si giungerebbe a confondere il limite costituito dall'ordine pubblico internazionale con la regolamentazione giuridica interna dell'adozione legittimante.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza, sia di legittimità (Cass. n. 9912 del 1991) che costituzionale (Corte Cost. n. 536 del 1989), il fondamento consensuale dei procedimenti adottivo non può, di per sé, ritenersi incompatibile con i principi di ordine pubblico. Non può cioè ravvisarsi un'aprioristica contrarietà all'ordine pubblico internazionale del modello di adozione consensuale, ove vi sia stato il "rispetto d'irrinunciabili garanzie" e "in presenza di provvedimenti a contenuto effettivamente adottivo" (Corte Cost. n. 536 del 1989).

Peraltro, nel caso di specie *l'adoption order* non si era fondato solo sul consenso dei genitori biologici del minore, ma anche sul risultato di un'indagine, svolta secondo le prescrizioni normative della legge interna, relativa all'idoneità genitoriale della coppia adottante, così da assicurare il *best interest of the child*.

In base a queste osservazioni, la Suprema Corte afferma il principio di diritto secondo cui "*con l'esame del provvedimento giurisdizionale, alla luce delle deduzioni ed allegazioni delle parti, porta nel caso di specie ad escludere il rilievo della condizione di adottabilità, sulla valutazione di compatibilità del provvedimento estero di adozione legittimante con i principi di ordine pubblico internazionale*".

ART. 8 CEDU

DEGENTE MINORE - STATO VEGETATIVO PERMANENTE - ORDINE GIUDIZIALE DI INTERRUZIONE DELLA VENTILAZIONE MECCANICA - RICORSO DELLA MADRE - DEDOTTA LESIONE DEL DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Quarta Sezione, 20 aprile 2021, Parfitt c. Regno Unito

Si rinvia a pag. 38 per il Report.

ART. 9 CEDU

TRATTAMENTO PENITENZIARIO - DETENUTI DI RELIGIONE EBRAICA - OMESSA FORNITURA DI PASTI KOSHER - VIOLAZIONE DEL DIRITTO ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Quarta Sezione, 9 giugno 2020, Erlich e Kastro c. Romania

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203114>

CLASSIFICAZIONE

ART. 9 CEDU – LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA E DI RELIGIONE – OBBLIGAZIONI POSITIVE – TRATTAMENTO PENITENZIARIO – FORNITURA DI PASTI KOSHER A DETENUTI DI RELIGIONE EBRAICA – MARGINE DI APPREZZAMENTO RISERVATO AGLI STATI – POSSIBILITÀ PER I DETENUTI DI PROCURARSI I PRODOTTI NECESSARI PER LA PREPARAZIONE DI PASTI KOSHER A SPESE DELL'AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA – INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione E.D.U., art. 9

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte E.D.U.: Corte Edu 25/5/1993, Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993; Corte Edu, 27/6/2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia; Corte Edu (GC), 10/11/2005, Leyla Şahin c. Turchia; Corte Edu, 7/12/2010, Jakóbski c. Polonia; Corte Edu 15/1/2013, Eweida e altri c. Regno Unito; Corte Edu, 17/12/2013, Vartic c. Romania; Corte Edu (GC), 1/7/2014, S.A.S. c. Francia; Corte Edu (GC), 26/4/2016, İzzettin Doğan e altri c. Turchia; Corte Edu, 10/1/2017, Osmanoğlu et Kocabaş c. Svizzera.

Corte di cassazione, Sez. 1, n. 51209 del 25/09/2018, Onda, Rv. 274377

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 4, 9 giugno 2020, ric. nn. 23735/16 e 23740/16 Erlich e Kastro c. Romania.

Abstract

*La Corte EDU ha ritenuto **insussistente la violazione dell'art. 9 CEDU** nei confronti dei due **ricorrenti, di religione ebraica**, detenuti presso un istituto penitenziario rumeno per **l'omessa fornitura di pasti kosher**. In particolare, la Corte Edu, ha ritenuto che, sia pure entro il margine di apprezzamento riconosciuto nella materia, lo Stato convenuto ha adempiuto alle obbligazioni*

positive derivanti dall'art. 9, rilevando, tra l'altro, che, a seguito di una decisione giudiziaria, l'istituto penitenziario, avvalendosi della collaborazione di una fondazione religiosa ebraica, aveva provveduto alla somministrazione di pasti kosher ai due detenuti i quali avevano anche avuto la possibilità di procurarsi all'interno dell'istituto i prodotti necessari alla loro preparazione, senza, peraltro, adire l'Autorità giudiziaria civile per ottenere il rimborso delle relative spese.

Il caso

Nehemia Erlich e Charli Kastro, cittadini israeliani di religione ebraica, proponevano ricorso lamentando l'omessa somministrazione di pasti kosher durante la loro detenzione presso l'istituto penitenziario di Rahova in Romania.

Tale ricorso, inizialmente rigettato dal giudice in considerazione del fatto che i due detenuti avevano ricevuto determinati prodotti dai loro familiari e che gli stessi avrebbero, comunque, potuto procurarseli presso lo spaccio interno dell'istituto, veniva successivamente accolto dal Tribunale di Bucarest sulla base di due circostanze: 1) l'istituto penitenziario non disponeva delle strutture necessarie per la preparazione di pasti kosher; 2) il loro acquisto all'esterno della struttura avrebbe richiesto la predisposizione di un'apposita procedura di appalto del servizio. Pertanto, il Tribunale ordinava all'istituto penitenziario di Rahova di permettere ai ricorrenti di ricevere quotidianamente, a spese dell'amministrazione, i pasti kosher, assicurandone, altresì, la distribuzione alle medesime condizioni offerte agli altri detenuti. Il Tribunale precisava, infine, che i due detenuti potevano adire il giudice civile per il rimborso delle spese sostenute per l'acquisto dei prodotti necessari alla preparazione di detti pasti.

Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo

I due ricorrenti hanno adito la Corte Edu lamentando la violazione degli artt. 3 e 14 della Convenzione nonché dell'art. 1 Protocollo 12 in conseguenza della mancata somministrazione di pasti kosher. In particolare, è stato dedotto che la legislazione dello Stato convenuto non riconosce la religione ebraica né assicura misure adeguate in relazione alle correlate esigenze di alimentazione, rilevando, peraltro, l'alto costo delle materie prime vendute nello spaccio interno al penitenziario e, comunque, la necessità di rispettare i precetti religiosi che impongono, tra l'altro, la presenza di un rabbino durante la preparazione dei pasti kosher.

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte, inquadrando la questione nell'ambito delle obbligazioni positive derivanti dall'art. 9 CEDU⁸, ha preliminarmente ribadito il valore fondamentale della libertà di pensiero, di coscienza e di religione, riconoscendo, altresì, che, nell'ambito di una società democratica, in cui coesistono diversi gruppi, rientra nel margine di apprezzamento degli Stati la scelta di introdurre delle limitazioni alla libertà di manifestare la propria religione o le proprie convinzioni, al fine di tutelare gli interessi dei diversi gruppi e di assicurare il rispetto delle convinzioni di ciascuno - anche in chiave ateistica, agnostica, scettica o di pura indifferenza.

⁸ Si richiamano, Corte Edu, 17/12/2013, Vartic c. Romania, e, con riferimento ai precetti alimentari della religione ebraica, Corte Edu (GC), 27/6/2000, Cha'are Shalom Ve Tzedek c. Francia, §§ 13-19.

Alla luce di tale premessa, la Corte ha rilevato che la legislazione rumena non solo riconosce, anche a livello costituzionale, la libertà religiosa (in relazione alla quale, la religione ebraica rientra tra i culti riconosciuti), ma presenta un quadro normativo sufficientemente dettagliato quanto all'esercizio di tale libertà nell'ambito penitenziario.

Quanto alla specifica questione della preparazione e distribuzione dei pasti kosher nell'ambito penitenziario, la Corte Edu ha ritenuto che la scelta di adottare una regolamentazione specifica al riguardo rientra nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato che meglio conosce le specifiche esigenze locali.

Con riferimento al caso di specie, la Corte ha ritenuto che la soluzione adottata dal Tribunale di prima istanza ha permesso di sopperire, con effetto immediato, alla carenza di una regolamentazione specifica per i detenuti di religione ebraica. A seguito di tale decisione, infatti, sono state predisposte all'interno dell'istituto penitenziario delle misure organizzative (quali una cucina separata destinata al confezionamento di pasti kosher e la possibilità per i due ricorrenti di procurarsi, in deroga alle norme vigenti e a spese dell'amministrazione, i prodotti necessari per la preparazione di tali cibi sul posto) che la Corte Edu, tenuto conto dei relativi oneri finanziari², ha reputato adeguate al rispetto delle convinzioni religiose dei due ricorrenti (i quali, peraltro, con riferimento ai costi sostenuti, non hanno adito il giudice civile per ottenerne il rimborso né avanzato analoga istanza agli organi interni dell'istituto).

² Quanto all'operato specifico del penitenziario di Rahova, la Corte ha rilevato che, nel caso di specie, a differenza del caso *Jakóbski c. Polonia del 7/12/2010* (in cui è stata riconosciuta la violazione dell'art. 9 CEDU in relazione alla omessa somministrazione di un vitto vegetariano ad un detenuto buddista), la somministrazione di pasti kosher comporta degli oneri finanziari (per gli alimenti specifici, le modalità di preparazione e la necessaria presenza di un ministro del culto) che devono essere bilanciati con quelli generali in modo da non compromettere il trattamento riservato agli altri detenuti.

Sulla base di tali peculiarità della fattispecie e del margine di apprezzamento riservato agli Stati, la Corte ha, pertanto, escluso all'unanimità la sussistenza della violazione dell'art. 9 CEDU.

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

Con la decisione in commento la Corte Edu, pur richiamando le obbligazioni positive gravanti sugli **Stati** in ordine alla adozione delle misure necessarie a garantire l'esercizio della libertà religiosa, ha riservato al loro **margine di apprezzamento** l'adozione di una specifica regolamentazione che assicuri la conformità ai precetti religiosi del vitto somministrato ai detenuti negli istituti penitenziari.

Nell'ambito dell'ordinamento interno, la materia dell'alimentazione dei detenuti è regolamentata, in linea generale, dall'art. 9, ord. pen. che disciplina sia la somministrazione del vitto giornaliero ai detenuti e agli internati, sulla base di apposite tabelle approvate con decreto ministeriale, che la possibilità per gli stessi di acquistare, a proprie spese, generi alimentari e di conforto, presso gli spacci gestiti direttamente dalla amministrazione carceraria o da imprese che esercitano la

vendita a prezzi controllati dall'autorità comunale che non possono essere superiori a quelli comunemente praticati nel luogo in cui è sito l'istituto.

Inoltre, quanto alle esigenze alimentari connesse ai precetti religiosi, l'art. 11, d.P.R. 230 del 2000, prevede che nella formulazione delle tabelle vittuarie si deve anche tenere conto, in quanto possibile, delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose.

Sez. 1, n. 51209 del 25/9/2018, Rv. 274377, pronunciandosi in generale in tema di alimentazione del detenuto, ha affermato che **l'amministrazione penitenziaria deve applicare tali tabelle vittuarie** o dare adeguato conto delle contingenti ragioni, di ordine organizzativo, finanziario o di altra natura, che le impediscano di adeguarvisi. (Fattispecie in cui la Corte, rilevando che il giudice non può sostituirsi agli organi tecnici e amministrativi espressamente deputati a stabilire cosa rientri in una alimentazione sana ed equilibrata, ha annullato con rinvio l'ordinanza con cui il tribunale di sorveglianza, senza alcun riferimento a tali tabelle e sul solo rilievo della fungibilità della carne con il pesce a fini nutrizionali, aveva rigettato il reclamo di un detenuto che lamentava la mancata somministrazione di pesce diverso da quello azzurro in conseguenza della sua intolleranza a quest'ultimo).

ART. 10 CEDU

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - APPARTENENTI ALLA MAGISTRATURA - SPETTANZA - MODALITÀ DI ESERCIZIO - DOVERE DI LEALTÀ E CORRETTEZZA - REVOCA DI INCARICO GIUDIZIARIO - CORRELAZIONE CON L'ESERCIZIO DI DETTA LIBERTÀ - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Kovesi c. Romania

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-202415>

CLASSIFICAZIONE

EQUO PROCESSO - DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO - TUTELA DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - OPINIONI ESPRESSE DA MAGISTRATO SU QUESTIONI DI RILEVANZA GIUDIZIARIA E POLITICA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, art. 6, EQUO PROCESSO, DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO - art. 10 LIBERTÀ DI ESPRESSIONE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Vilho Eskelinen and Others v. Finland [GC], 63235/00, Information Note 96, 19 April 2007, and compare Suküt v. Turkey (dec.), 59773/00, Information Note 100, 11 September 2007; Baka v. Hungary [GC], 20261/12, Information Note 197, 23 June 2016; Wille v. Liechtenstein [GC], 28396/95, Information Note 11, 28 October 1999; Brisc v. Romania, 26238/10, Information Note 224, 11 December 2018; Kudeshkina v. Russia, 29492/05, Information Note 116, 26 February 2009; Morice v. France [GC], 29369/10, Information Note 184, 23 April 2015

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 4, 5 maggio 2020, ric. n. 3594/19, Kovesi c. Romania.

Abstract

La Corte ha affermato:

- (a) che per valutare se una pretesa integri un **diritto assoggettabile a controllo giurisdizionale**, la stessa deve superare il "Test Eskelinen" (Grande camera 19 aprile 2017) ovvero non essere sottratta al controllo giurisdizionale per espressa disposizione di legge giustificata dalla necessità di tutelare il superiore interesse dello Stato;
- (b) che il controllo giurisdizionale sui **provvedimenti di revoca degli incarichi giudiziari** è necessario per impedire arbitri del potere esecutivo e non può essere escluso, dato che tale

limitazione sarebbe contraria all'interesse dello Stato; il controllo per essere "effettivo" e, dunque, coerente con le garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione, non deve essere limitato alla legalità formale della procedura, ma deve garantire il riesame del merito del provvedimento.

*- (c) **La libertà di espressione** è riconosciuta anche agli appartenenti alla **magistratura** che devono esercitarla con lealtà e correttezza tenuto conto della rilevanza dei temi giudiziari nel dibattito pubblico. La revoca da un incarico giudiziario se correlata all'esercizio della libertà di espressione si traduce in una ingerenza non compatibile con le garanzie previste dall'art. 10 della Carta di Roma.*

1. Il caso

La ricorrente ha rivestito la funzione di Procuratore Capo del Dipartimento nazionale anticorruzione della Romania, assunto per nomina del Presidente dello Stato rumeno, lo stesso organo che la rimuoveva dall'incarico, al termine di una contrastata procedura.

La rimozione della Kovesi dall'incarico di Procuratore capo della DNA era stata chiesta dal Ministro di giustizia sulla base della rilevazione di una serie di addebiti, per lo più riconducibili alle opinioni che la ricorrente aveva espresso in qualità di capo della Procura nazionale contro le riforme legislative in materia di corruzione che, tra l'altro, prevedevano la depenalizzazione di alcune ipotesi di abuso di ufficio.

Sulla richiesta del Ministro, l'organo di autogoverno della magistratura esprimeva parere contrario.

Il Presidente della Romania aveva inizialmente respinto la richiesta di revoca; il Ministro di giustizia si rivolgeva allora alla Corte costituzionale denunciando un conflitto di poteri con il Presidente: La Corte costituzionale, riconosciuto il conflitto, ordinava la firma del decreto di revoca.

La ricorrente non aveva preso parte al procedimento di fronte alla Corte costituzionale e lamentava di non avere potuto godere di un riesame effettivo della legittimità del decreto di rimozione che sarebbe stato emesso a causa delle opinioni da essa espresse sulle iniziative governative in materia di corruzione. La Kovesi lamentava inoltre la compressione della libertà di espressione dato che il mandato di Procuratore capo della DNA le era stato revocato a causa delle opinioni che aveva pubblicamente espresso nell'esercizio delle sue funzioni.

2. La ratio decidendi

La Corte ha ribadito che per verificare se vi è una lesione delle garanzie previste dall'art. 6 della Carta, nella parte in cui la stessa tutela il diritto ad un ricorso effettivo, occorre verificare **se il ricorrente vanti un "diritto"** che legittima il controllo giurisdizionale.

Per effettuare tale verifica la Corte si attiene all'interpretazione offerta dalla **Grande camera nel caso Eskelinen v. Finlandia (Corte Edu, GC, 19 aprile 2017)** secondo cui il diniego di un controllo giurisdizionale deve avere una base legale ed essere giustificato dalla tutela del superiore interesse dello Stato (§§ 119 e 124).

La Corte afferma che la revisione giudiziaria di un provvedimento amministrativo per essere conforme alle garanzie convenzionali deve essere "effettiva" e non "formale", non essendo sufficiente il controllo della sola regolarità della procedura, senza il riesame del merito del provvedimento (§ 154).

Quanto alla **libertà di espressione**, la Corte ribadisce che ingerenze sono ammissibili solo nei casi previsti dalla legge e quando sono giustificate da uno scopo legittimo catalogabile tra quelli indicati dall'art. 10 della Convenzione.

Si afferma che la libertà di espressione appartiene anche ai **magistrati** che devono esercitarla con lealtà e correttezza anche in considerazione della rilevanza che ha il dibattito pubblico sui temi della giustizia (§ 201)

Si afferma altresì che il grado di tutela riservato dallo Stato alla libertà di espressione si misura anche dalla effettività del controllo giurisdizionale riservato ai casi in cui se ne lamenta la violazione (§ 203)

3. La decisione

In via preliminare la Corte sottopone la pretesa della ricorrente al "test Eskelinen" al fine di verificare se la stessa integrasse un diritto tutelabile per via giudiziaria. Il test dava esito positivo non solo perché la Romania prevedeva un controllo (seppur formale) nei confronti del decreto di revoca, ma anche perché l'esclusione della tutela giudiziaria non sarebbe stata comunque giustificato da alcuna ragione di interesse pubblico tenuto conto del riconosciuto interesse pubblico ad evitare decisioni arbitrarie dell'esecutivo incidenti sulla magistratura (§124).

La Corte, nel merito, ha ritenuto che la Romania abbia violato **l'art. 6** della Convenzione dato che non ha concesso alla ricorrente la possibilità di un **ricorso effettivo**: la Kovesi, infatti, aveva a disposizione solo uno strumento di revisione "formale" del decreto di revoca senza alcuna tutela in ordine al riesame delle ragioni sostanziali poste a fondamento del provvedimento.

Contrariamente a quanto ritenuto dal governo rumeno la Corte rilevava che la ricorrente aveva esaurito le vie di ricorso interne; la stessa non era infatti onerata né dell'impugnazione della proposta di revoca avanzata dal Ministro, in quanto si trattava di un atto endoprocedimentale, né del parere del Consiglio superiore della magistratura che, oltre a non essere decisivo, era anche favorevole alla ricorrente.

La Corte rilevava infine la violazione dell'**art. 10** della Convenzione, riconoscendo **il nesso causale** tra le opinioni espresse dalla ricorrente nell'esercizio delle sue funzioni e la revoca dell'incarico di Procuratore capo del Dipartimento anticorruzione (§188). **La rimozione** si traduceva pertanto in una **lesione della libertà di espressione** di cui dispongono anche gli appartenenti alla magistratura, che devono esercitarla con lealtà e correttezza in considerazione della rilevanza del dibattito pubblico sui temi della giustizia.

4. Note

La decisione è di particolare rilievo:

- sia perché, pur essendo stata emessa nei confronti di uno Stato che prevede l'iniziativa governativa per la revoca di una funzione apicale della magistratura requirente, ribadisce la

necessità di un **controllo giurisdizionale** effettivo nei confronti del provvedimento di rimozione di un magistrato, **funzionale ad evitare arbitri del potere esecutivo**;

- sia perché ribadisce i confini della **libertà di espressione del magistrato**.

Nella affine materia dei limiti alle manifestazioni del pensiero del magistrato in relazione a processi in corso, la Corte si è già espressa rilevando tanto il dovere di discrezione e di riservatezza che incombe sui magistrati in ragione della loro delicatissima funzione, quanto la necessità che sia preservata la fiducia dei cittadini nel potere giudiziario, sicché i magistrati devono avvalersi **della propria libertà d'espressione con discrezione** ogni volta che l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario agli occhi del pubblico rischiano di essere messe in discussione (**Corte E.D.U., sez. seconda, 9 luglio 2013, Di Giovanni c. Italia**; C. eur. dir. uomo, sent. Grande Camera 28 ottobre 1999, *Wille c. Liechtenstein*, ric. 28396/95). La libertà di espressione dei magistrati trova infatti il proprio limite nella tutela dell'imparzialità (**Corte EDU, dec. Previti v. Italia**, 8 dicembre 2009, § 157). Applicando questi principi, la Corte ha concluso per la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione in una causa in cui il Presidente del Tribunale aveva pubblicamente utilizzato espressioni che sottintendevano una valutazione negativa della causa prima di presiedere l'organo giudiziario chiamato a deciderla (**Corte Edu, Buscemi c. Italia**, n 29569/95, §§ 67-69).

ART. 10 CEDU

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - ATTIVITÀ GIORNALISTICA - RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - USO DI ESPRESSIONI CAUSTICHE E PROVOCATORIE - LESIONE DELL'ALTRUI REPUTAZIONE - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Prima Sezione, 5 novembre 2020, Balaskas c. Grecia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205545>

CLASSIFICAZIONE

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA– DIFFAMAZIONE – INGIURIA

RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, artt. 8-10

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Selmouni v. France n. 25803/94; *Remli v. France*, 23 aprile 1996; *Fressoz e Roire c. Francia*, n. 29183/95; *Azinas c. Cipro*, n. 56679/00; *Gäfgen v. Germany* n. 22978/05; *Karapanagiotou e altri v. Greece*, n. 1571/08, 28 ottobre 2010; *Handyside v. the United Kingdom*, 7 dicembre 1976; *Stoll v. Switzerland*, n. 69698/01; *Pentikäinen v. Finland*, n. 11882/10; *Bédat v. Switzerland*, n. 56925/08, 29 marzo 2016; *Axel Springer AG v. Germany*, n. 39954/08, 7 febbraio 2012; *A. v. Norway*, n. 28070/06, 9 aprile 2009; *Sidabras e Džiautas v. Lithuania*, n. 55480/00 e 59330/00; *Couderc e Hachette Filipacchi Associés v. France*, n. 40454/07; *Von Hannover v. Germany* (n. 2), n. 40660/08 e 60641/08; *Ungváry e Irodalom Kft v. Hungary*, n. 64520/10, 3 dicembre 2013; *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy v. Finland* n. 931/13; *Minelli c. Svizzera*, n. 14991/02, 14 giugno 2005; *Petrenco c. Moldova*, n. 20928/05, 30 marzo 2010; *Janowski v. Poland* n. 25716/94; *Nikula v. Finland*, n. 31611/96; *Busuioc v. Moldova*, n. 61513/00, 21 dicembre 2004; *Lešník v. Slovakia*, n. 35640/97; *Gollnisch c. Francia*, n. 48135/08 del 7 giugno 2011; *GRA Stiftung gegen Rassismus e Antisemitismus c. Svizzera*, n. 18597/13, 9 gennaio 2018; *Pedersen e Baadsgaard v. Denmark* n. 49017/99; *Mika v. Greece*, n. 10347/10, 19 dicembre 2013; *Koutsoliontos e Pantazis v. Greece*, n. 54608/09 e 54590/09, 22 settembre 2015; *Kapsis e Danikas v. Greece*, n. 52137/12, 19 gennaio 2017; *Athanasios Makris v. Greece*, n. 55135/10, 9 marzo 2017; *Paraskevopoulos v. Greece*, n. 64184/11, 28 giugno 2018; *Scharsach e News Verlagsgesellschaft v. Austria*, n. 39394/98; *Katrami v. Greece*, n. 19331/05, 6 dicembre 2007; *I Avgi Publishing e Press Agency S.A. e Karis v. Greece*, n. 15909/06, 5 giugno 2008; *Radio France e altri v. France*, n. 53984/00; *Ziemiński v. Poland* (nr. 2), n. 1799/07, 5 luglio 2016; *Cumpănă e Mazăre c. Romania* n. 33348/96; *Paraskevopoulos v. Greece*, n. 64184/11; *Gašior v. Poland*, n. 43797/98, 6 aprile 2006.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., 5 novembre 2020, caso **Balaskas c. Grecia**

Abstract

- *La Corte ha ritenuto esperiti tutti i mezzi di impugnazione interni, ricordando che scopo dell'art. 35, par. 1 della Convenzione è quello di offrire agli Stati contraenti la possibilità di prevenire o porre rimedio alle violazioni contestate prima che le accuse siano formulate e che la regola deve essere applicata in maniera flessibile e senza eccessivi formalismi.*

- *Ha ravvisato una violazione dell'art. 10 della Convenzione, non avendo i giudici nazionali operato un bilanciamento dei diritti in conflitto, secondo i criteri stabiliti nei precedenti della Corte.*

- *Sebbene il ricorrente avesse descritto il preside come "neonazista" e "teorico dell'organizzazione "Alba Dorata", utilizzando, dunque, espressioni caustiche e provocatorie, ha ritenuto che il contenuto dell'articolo non fosse finalizzato a cagionare una lesione alla reputazione del predetto e che, al contrario, dovesse essere garantita la tutela del diritto alla libertà di espressione del giornalista.*

- *Ha, infine, riconosciuto la sproporzione della pena, rispetto alle circostanze del caso concreto, poiché il ricorrente, in qualità di giornalista, aveva il diritto di informare i lettori circa le opinioni politiche espresse dal preside di una scuola su una questione di interesse pubblico.*

Il Caso

Il ricorso riguarda la condanna di un giornalista per avere proferito offese col mezzo della stampa. Costui, in particolare, il 19 novembre 2013 aveva pubblicato un articolo sul giornale locale "Empros", definendo "neonazista" e "teorico dell'organizzazione "Alba Dorata" il preside di un liceo di Mitilene (Lesbos), il quale il precedente 17 novembre aveva pubblicato sul blog personale un articolo dal titolo "*La più grande delle bugie: quella del Politecnico del 1973*", riferendosi alla contestazione studentesca che aveva contribuito alla fine della dittatura militare in Grecia, il cui anniversario è peraltro celebrato come giorno di vacanza scolastica.

A seguito della pubblicazione dell'articolo, il preside aveva denunciato il giornalista per diffamazione a mezzo stampa. Nel corso del giudizio di primo grado, il ricorrente aveva invocato l'articolo 367, par. 1, del codice penale, per sostenere che quanto riportato era vero e fondato sul legittimo interesse a informare i lettori sul fatto che il preside di una scuola aveva divulgato quel suo punto di vista tra gli studenti, proprio nell'anniversario dell'evento.

Il tribunale aveva condannato il giornalista alla pena sospesa di sei mesi di reclusione, avendo ritenuto che le frasi "noto preside neonazista" e "teorico dell'organizzazione Alba Dorata" non costituissero semplici affermazioni in punto di fatto, ma veri e propri giudizi di valore e che, dalle modalità espressive, fosse emersa l'intenzione di ledere l'onore e la reputazione del preside, potendo, espressioni più adeguate, realizzare ugualmente l'interesse all'informazione.

L'imputato interponeva appello e sosteneva la legittimità della sua condotta, ribadendo la veridicità di quanto pubblicato oltre all'esistenza di un interesse legittimo alla pubblicazione. Egli aveva esercitato il suo diritto alla libertà di espressione e le definizioni utilizzate per descrivere l'autore del *post* si fondavano su numerose prove (il preside aveva più volte pubblicato sul *blog* articoli in cui aveva espresso il proprio sostegno al nazionalsocialismo e alla razza ariana; era stato denunciato dall'associazione dei professori della Scuola Primaria per le sue idee di impronta fascista; analoga denuncia era stata presentata nel maggio 2015 dall'Unione dei professori delle scuole superiori). Le espressioni erano intese, da un lato, a informare il pubblico circa le affermazioni fatte dal preside proprio il giorno dell'anniversario della rivolta del Politecnico; dall'altro, a ristabilire la verità su quei fatti, alla luce delle false allegazioni contenute nel *post*. La Corte d'Appello confermava la decisione di primo grado, ribadendo le motivazioni dei primi giudici. La Corte di Cassazione, infine, respingeva il ricorso, con il quale il ricorrente aveva dedotto l'inadeguatezza della motivazione, la mancanza di una base legale e la erronea interpretazione dell'art. 367 par. 2 del codice penale: la Corte d'appello aveva ommesso ogni riferimento alle prove da cui sarebbe emersa l'intenzione del giornalista di offendere la reputazione del preside e non aveva indicato le espressioni diverse che il ricorrente avrebbe potuto utilizzare per esprimere critiche nei confronti di un personaggio pubblico, quale il preside di un liceo locale, e informare i lettori delle opinioni di costui su un tema sensibile come la rivolta del Politecnico. La Corte, al contrario, riteneva la sentenza sufficientemente motivata, quanto alla natura ingiuriosa delle espressioni utilizzate, e non necessaria una indicazione delle diverse, più corrette, espressioni utilizzabili.

I criteri di ammissibilità (art. 35 della Convenzione)

La Corte, in risposta all'assunto del Governo, secondo cui il ricorrente, nel ricorso per cassazione, non aveva fatto espresso riferimento all'art. 10 della Convenzione, impedendo a quel giudice di esaminare la questione, ha richiamato i principi affermati in *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 74, ECHR 1999-V, e *Remli v. France*, 23 aprile 1996, § 33, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, per ricordare che lo scopo dell'art. 35 par. 1 della Convenzione (esaurimento dei mezzi di ricorso nazionali) è quello di offrire agli Stati contraenti la possibilità di prevenire o porre rimedio alle violazioni prima che tali accuse siano presentate. Ha, poi, riconosciuto che la regola deve essere applicata in maniera flessibile e senza eccessivi formalismi e che, pertanto, non è necessario che nei procedimenti nazionali sia espressamente richiamato l'articolo della Convenzione invocato (cfr. *Fressoz e Roire c. Francia* [GC], n. 29183/95, § 39, CEDU 1999-I e *Azinas c. Cipro* [GC], n. 56679/00, § 38, ECHR 2004 III), ma solo che siano formulati argomenti difensivi che offrano alle autorità nazionali l'opportunità di porre rimedio alle violazioni contestate (cfr. *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 142, ECHR 2010, and *Karapanagiotou e altri v. Greece*, no. 1571/08, § 29, 28 ottobre 2010). Il che era avvenuto nel caso di specie, avendo il ricorrente, sia pure implicitamente, fatto riferimento, nel ricorso per cassazione, al suo diritto alla libertà d'espressione e presentato tesi difensive che, in sostanza, facevano riferimento all'art. 10 della Convenzione, sostenendo di avere scritto l'articolo senza

intenzione di insultare il preside, ma esercitando, in quanto giornalista, un legittimo diritto di critica nei confronti di un soggetto pubblico, informando i lettori delle idee da costui espresse, argomenti tutti rigettati dalla Corte di cassazione.

Il merito

La violazione dell'art. 10 [<<1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. [...] 2. L'esercizio di queste libertà che importano dei doveri e delle responsabilità può essere subordinato a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni, previste dalla legge, che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei delitti, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti di altri, per impedire la diffusione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario>>].

La Corte ha ritenuto che la condanna del ricorrente equivallesse a una "ingerenza della pubblica autorità" sul diritto alla libertà di espressione e si è occupata di verificare se, nel caso concreto, tale limitazione fosse "prevista dalla legge", avesse perseguito uno o più degli obiettivi legittimi di cui al paragrafo 2, e se potesse considerarsi "necessaria in una società democratica".

Quanto ai primi profili, ha rilevato che una restrizione alla libertà d'espressione è effettivamente prevista negli articoli 361 e 367 del codice penale e persegue lo scopo legittimo di proteggere la reputazione o i diritti dei terzi, nei termini di cui all'articolo 10, paragrafo 2.

Pertanto, la verifica si è limitata al connotato della necessità della limitazione in una società democratica e, sul punto, ha richiamato i principi già espressi in *Handyside v. The United Kingdom*, 7 dicembre 1976, Series A n. 24, *Stoll v. Switzerland*, [GC], n. 69698/01, § 101, ECHR 2007-V, *Pentikäinen v. Finland*, [GC], n. 11882/10, § 87, ECHR 2015, *Bédat v. Switzerland*, [GC], n. 56925/08, § 48, 29 marzo 2016 (in sintesi: (i) la libertà d'espressione è un caposaldo delle società democratiche e riguarda anche le manifestazioni offensive, sebbene sia soggetta ad alcune eccezioni, da individuarsi rigorosamente; (ii) l'aggettivo "necessario", di cui al paragrafo 2 dell'art. 10, implica l'esistenza di un pressante bisogno sociale, il cui apprezzamento è rimesso, entro certi limiti, agli Stati contraenti, spettando alla Corte di indicare i criteri di compatibilità delle restrizioni con i parametri di cui all'art. 10, paragrafo 2; (iii) spetta alla Corte verificare se le decisioni degli Stati Parti siano adottate in conformità a tali criteri, sotto il profilo della proporzionalità rispetto allo scopo perseguito e se le motivazioni adottate dalle autorità nazionali siano adeguate e pertinenti).

La Corte, chiamata a operare tale vaglio, verifica dunque se le autorità abbiano operato un corretto bilanciamento dei diritti in gioco (nel caso di specie, quelli alla libertà d'espressione e al rispetto della vita privata di cui all'articolo 8). Tale ultimo diritto, peraltro, deve risultare seriamente in pericolo (cfr. *Bédat*, sopra citata, § 72; *Axel Springer AG v. Germany* [GC], n. 39954/08, § 83, 7 febbraio 2012; *A. v. Norway*, n. 28070/06, § 64, 9 aprile 2009) e non può essere invocato allorché la lesione della reputazione del soggetto sia conseguenza prevedibile

delle sue azioni, come ad esempio nell'ipotesi di commissione di un reato (cfr. *Axel Springer AG*, sopra citata, § 83, e *Sidabras e Džiautas v. Lithuania*, n. 55480/00 e 59330/00, § 49, ECHR 2004-VIII).

Richiamati i criteri rinvenibili nella stessa giurisprudenza della Corte (vale a dire: il contributo offerto a una questione di interesse pubblico; la qualità pubblica della persona interessata; il soggetto della notizia riportata; il comportamento precedente della persona interessata; il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione; ove sia in discussione l'articolo 10, anche il modo in cui le informazioni sono state ottenute; la veridicità delle informazioni; la gravità della pena prevista per i giornalisti o gli editori; con rinvio ai casi *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], n. 40454/07, § 93, ECHR 2015; *Von Hannover v. Germany (n. 2)* [GC], n. 40660/08 e 60641/08, §§ 108-13, ECHR 2012; *Axel Springer AG v. Germany* [GC], n. 39954/08, § 89-95, 7 febbraio 2012; *Ungváry e Irodalom Kft v. Hungary*, n. 64520/10, § 45, 3 dicembre 2013; *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy v. Finland* [GC], n. 931/13, §§ 165-166, ECHR 2017), la Corte ha ritenuto esistente, nel caso concreto, un conflitto tra il diritto del ricorrente alla libertà di espressione e quello del preside B.M. al rispetto della sua vita privata, in quanto le affermazioni del primo erano idonee a ledere la reputazione del secondo e a recargli pregiudizio in ambito professionale: le accuse erano gravi al punto da essere astrattamente lesive dei diritti di B.M., ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

Nel procedere alla verifica della corretta applicazione dei summenzionati criteri da parte delle autorità nazionali, ha però osservato che – nel campo della manifestazione di idee politiche e delle questioni di pubblico interesse – l'ambito delle restrizioni di cui all'articolo 10, par.2, è più limitato, con conseguente maggiore espansione del diritto alla libertà d'espressione; inoltre, un certo grado di ostilità e la gravità di alcune affermazioni non escludono il diritto ad un livello elevato di protezione del diritto, data l'esistenza di una questione di interesse pubblico, soprattutto quando tali espressioni siano atte a suscitare un animato dibattito su temi di importanza sociale.

Nel caso di specie, il ricorrente aveva inteso pubblicare informazioni su un recente *post* rilasciato dal preside sulla rivolta studentesca del Politecnico, evento che aveva contribuito alla caduta della dittatura militare in Grecia, tanto da essere celebrato come vacanza scolastica. Le sue affermazioni, nel periodo in cui ricopriva quel ruolo, erano state in grado di suscitare accese polemiche. L'articolo del ricorrente riguardava una questione di interesse pubblico e, in quanto giornalista, egli aveva il diritto di fornire informazioni in merito. I giudici nazionali non avevano esaminato l'articolo nel suo complesso, concentrandosi, piuttosto, sulle espressioni utilizzate dal ricorrente, avulse però dal contesto, omettendone una più ampia valutazione alla luce della sussistenza di una questione di interesse pubblico.

La Corte ha proseguito, ribadendo la necessità di distinguere tra i privati e le persone che ricoprono cariche pubbliche: mentre un privato può rivendicare una più penetrante tutela del suo diritto alla vita privata, lo stesso non vale per le personalità pubbliche (cfr. *Minelli c. Svizzera*, n. 14991/02, 14 giugno 2005, e *Petrenco c. Moldova*, n. 20928/05, § 55, 30 marzo 2010), il

diritto alla *privacy* essendo strettamente correlato alle funzioni svolte dal soggetto. Con specifico riferimento ai dipendenti pubblici, poi, ha rilevato che costoro devono godere della fiducia della collettività, sì da poter assolvere i loro compiti e può essere necessario proteggerli, nell'esercizio delle funzioni, da attacchi verbali inutilmente offensivi (cfr. *Janowski v. Poland* [GC], no. 25716/94, § 33, ECHR 1999-I; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, § 48, ECHR 2002-II and *Busuioc v. Moldova*, no. 61513/00, § 64, 21 dicembre 2004); per i politici, invece, il margine di critica è più ampio (cfr. *Lešník v. Slovakia*, no. 35640/97, § 53, ECHR 2003-IV).

Orbene, B.M. era un pubblico dipendente, precisamente il preside di una scuola locale, il quale aveva, tuttavia, regolarmente manifestato su un *blog* personale le sue idee su questioni politiche. Di conseguenza, anche se un preside non può essere considerato alla stregua di un personaggio pubblico, egli si era esposto alla critica giornalistica allorché aveva divulgato opinioni in grado di provocare un acceso dibattito. Gli insegnanti, peraltro, proprio perché rappresentano l'autorità agli occhi degli studenti, hanno particolari doveri e responsabilità connessi all'esercizio della funzione, estesi in qualche misura anche alle attività poste in essere al di fuori del contesto scolastico (in proposito cita *Gollnisch c. Francia*, n. 48135/08 del 7 giugno 2011 e i casi ivi richiamati). Di conseguenza, B.M., dichiarando pubblicamente le sue opinioni politiche, avrebbe dovuto mettere in conto che le sue parole sarebbero state attentamente scrutinate e mostrare una maggiore tolleranza verso potenziali critiche alle sue affermazioni da parte di soggetti che non condividevano il suo punto di vista (cfr. *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Svizzera*, n. 18597/13, § 65, 9 gennaio 2018).

Secondo la Corte, i giudici nazionali non hanno richiamato espressamente tali principi. In particolare, la Corte d'appello ha dato conto del fatto che il contenuto dell'articolo del ricorrente e i giudizi ivi espressi erano strettamente correlati alla qualità di B.M., ma hanno ommesso di considerare, da un lato, fino a che punto un pubblico dipendente e la sua condotta anteatta possano condizionare il grado di protezione allo stesso garantita; dall'altro, di considerare il fatto che l'articolo aveva riguardato idee politiche pubblicate su un *blog*, tali da attirare una maggiore attenzione e dare luogo a un acceso dibattito.

Sotto altro profilo, la Corte ha osservato che è necessario distinguere, per valutare la motivazione delle decisioni censurate, tra le affermazioni sui fatti e i giudizi di valore, atteso che, a differenza delle prime, la verità dei secondi non è suscettibile di prova. Tuttavia, anche nel caso in cui una affermazione si traduca in un giudizio di valore, deve esistere una base di fatto sufficiente per giustificarla, in mancanza della quale essa deve considerarsi eccessiva (cfr. *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, § 76, ECHR 2004-XI; e, quanto alla Grecia, *Mika v. Greece*, n. 10347/10, § 31, 19 dicembre 2013; *Koutsoliontos e Pantazis v. Greece*, n. 54608/09 e 54590/09, § 40, 22 settembre 2015; *Kapsis e Danikas v. Greece*, no. 52137/12, § 34, 19 gennaio 2017; *Athanasios Makris v. Greece*, n. 55135/10, § 26, 9 marzo 2017; *Paraskevopoulos v. Greece*, n. 64184/11, § 32, 28 giugno 2018).

Orbene, ricordando che l'uso di termini quali "neo-fascista" e "nazi" non giustifica di per sé una condanna per diffamazione basata sullo speciale stigma correlato a tali attributi (cfr. *Scharsach*

e *News Verlagsgesellschaft v. Austria*, no. 39394/98, § 43, ECHR 2003-XI), la Corte ha precisato come, nel caso di specie, i giudici nazionali avessero classificato le frasi "conosciuto preside neo-nazista" e "teorico dell'organizzazione Alba Dorata" quali giudizi di valore, omettendo tuttavia di valutare se avessero una sufficiente base fattuale, considerati gli articoli in precedenza pubblicati dal preside. Quanto, invece, alle modalità con cui il soggetto era stato descritto nell'articolo, dovevano considerarsi altri fattori, quali la diffusività della pubblicazione, a livello cioè locale o nazionale, la correttezza dei metodi impiegati per ottenere l'informazione e il rispetto verso la persona. Nella specie, i giudici nazionali hanno ritenuto che il ricorrente avesse utilizzato i termini sopra richiamati con l'intento di insultare B.M., senza però considerare il contesto generale. Sia la Corte d'appello, che quella di cassazione, infatti, hanno ritenuto che le espressioni contestate non fossero necessarie per perseguire l'interesse legittimo invocato dal ricorrente, il quale avrebbe potuto fare ricorso a frasi diverse. Ma, osserva la Corte, i giudici nazionali sono tenuti a valutare se il contesto in cui si inseriscono i fatti, l'interesse pubblico e l'intenzione dell'autore dell'articolo incriminato giustificano una eventuale dose di provocazione o enfaticizzazione (cfr. *Kapsis and Danikas*, § 38 e *Koutsoliontos e Pantazis*, § 43, sopra richiamate; *I Avgi Publishing e Press Agency S.A. e Karis v. Greece*, no. 15909/06, § 33, 5 giugno 2008). A tal proposito, pur ammettendo che il linguaggio utilizzato dal ricorrente era stato provocatorio e che l'articolo era caustico, siccome contenente critiche piuttosto gravi, la Corte ha ritenuto che il linguaggio non fosse manifestamente offensivo, ricordando che la presentazione di un articolo di stampa e il suo stile investono decisioni redazionali, sulle quali, in linea di principio, non spetta ai giudici pronunciarsi. Nel caso in esame, né le dichiarazioni contestate, né l'articolo nel suo complesso potevano essere intesi come un attacco personale gratuito o un'ingiuria nei confronti del preside. Infine, quanto all'entità della sanzione, la Corte ha affermato che la pena detentiva non è di per sé sproporzionata nei casi di diffamazione (richiamando i casi *Radio France e altri v. France*, n. 53984/00, § 40, ECHR 2004-II; *Lindon, Otchakovsky-Laurens e Julys* sopra citata, § 47; *Ziemiński v. Poland* (nr. 2), n. 1799/07, § 46, 5 luglio 2016), ma che deve ritenersi particolarmente grave, allorché esistano altri mezzi di intervento e risposta, soprattutto di natura civilistica. Quanto alla libertà d'espressione, poi, ha affermato che la pena detentiva è compatibile con la previsione di cui all'art. 10 solo quando siano in gioco altri diritti fondamentali, come nel caso di discorsi di incitamento all'odio o alla violenza (cfr. *Cumpănă e Mazăre c. Romania* [GC], n. 33348/96, § 115, CEDU 2004 XI, *Paraskevopoulos v. Greece*, no. 64184/11, § 42, 28 giugno 2018). Dal momento che la natura e l'entità della pena sono fattori rilevanti ai fini dello scrutinio della proporzionalità della limitazione del diritto (si citano, in proposito, *Katrami v. Greece*, n. 19331/05, § 38, 6 dicembre 2007; *Mika v. Greece*, n. 10347/10, § 32, 19 dicembre 2013; *Athanasios Makris v. Greece*, n. 55135/10, §38, 9 marzo 2017), le circostanze del caso in questione non giustificavano una pena detentiva, trattandosi di un classico esempio di critica nei confronti di persona nota all'interno di una comunità locale, nell'ambito di un dibattito su una questione di interesse pubblico, a nulla rilevando il fatto che la

pena fosse stata sospesa (cfr., sul punto specifico, *Marchenko v. Ukraine*, no. 4063/04, § 52, 19 febbraio 2009, and *Malisiewicz-Gąsior v. Poland*, no. 43797/98, § 67, 6 aprile 2006).

In conclusione, la Corte ha ritenuto all'unanimità che i giudici nazionali non avevano applicato le norme interne in conformità ai principi sanciti dall'articolo 10 della Convenzione, né fornito ragioni pertinenti e sufficienti a giustificare la limitazione della libertà d'espressione del ricorrente, limitazione non necessaria in una società democratica, con violazione, dunque, dell'art. 10 della Convenzione.

ART. 10 CEDU

ATTIVITÀ GIORNALISTICA - ORGANIZZAZIONI RITENUTE ILLEGALI - PUBBLICAZIONE DI MATERIALE RIFLETENTE IL LORO PUNTO DI VISTA - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - FONDAMENTO - DIRITTO DEL PUBBLICO AD ESSERE INFORMATI SU SITUAZIONI DI CONTRASTO POLITICO.

Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Sabuncu e altri c. Turchia

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-206212>

CLASSIFICAZIONE

DIRITTO ALLA LIBERTÀ ED ALLA SICUREZZA – DEROGHE E LIMITI **ALL'ART. 5 § 1 CEDU** – DETENZIONE PROLUNGATA DI GIORNALISTI/EDITORI DOVUTA AD UNA IRRAGIONEVOLE EQUIPARAZIONE DELL'IMPOSTAZIONE EDITORIALE, COPERTA DAL PRINCIPIO DI LIBERTÀ DI STAMPA, CON LA PROPAGANDA IN FAVORE DI ORGANIZZAZIONI TERRORISTICHE – INTERPRETAZIONE DELLE DISPOSIZIONI PENALI NEL SENSO DI QUALIFICARE COME TERRORISTA, O PERSONA CHE PRESTA ASSISTENZA A TERRORISTI, CHIUNQUE ESPRIMA OPINIONI CONTRARIE A QUELLE CONDIVISE DALLE AUTORITÀ – **VIOLAZIONE DELL'ART. 5 § 1 CEDU** - SUSSISTENZA.

DIRITTO AD UNA RAPIDA VERIFICA GIURISDIZIONALE DELLA LEGALITÀ DELLA CUSTODIA CAUTELARE – PERIODO COMPRESO TRA I SETTE ED I SEDICI MESI DI CUSTODIA CAUTELARE DOVUTO AL CARICO DI LAVORO ECCEZIONALE DELLA CORTE COSTITUZIONALE TURCA A SEGUITO DELLA DICHIARAZIONE DELLO STATO DI EMERGENZA NEL LUGLIO 2016 - **VIOLAZIONE DELL'ART. 5 § 4 CEDU** - INSUSSISTENZA.

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DETENZIONE APPLICATA PRIMA DEL PROCESSO PER PRESUNTI REATI COMMESSI DA GIORNALISTI NELL'ESERCIZIO DELLA LORO PROFESSIONE – INTERFERENZA CON IL DIRITTO DI LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – **VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU** – SUSSISTENZA.

LIMITE ALL'APPLICAZIONE DELLE RESTRIZIONI AI DIRITTI – SUSSISTENZA DI ULTERIORE FINALITÀ ALLA CUSTODIA CAUTELARE NON COMPATIBILE - **VIOLAZIONE DELL'ART. 18 CEDU** – INSUSSISTENZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI: Art. 5 § 1 CEDU; Art. 5 § 4 CEDU; Art. 10 CEDU; Art. 18 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNAZIONALI

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata in Roma il 4 novembre 1950, art. 34.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU)

Assanidze c. Georgia [GC], n. 71503/01; Weeks c. Regno Unito, 2 marzo 1987; Labita c. Italia [GC], n. 26772/95; Al-Jedda c. Regno Unito [GC], n. 27021/08; Buzadji c. Moldavia [GC], n. 23755/07; Brogan ed altri c. Regno Unito, 29 novembre 1988; Murray c. Regno Unito, 28 ottobre 1994; Yüksel ed altri c. Turchia, 31 maggio 2016; Fox, Campbell and Hartley c. Regno Unito, 30 agosto 1990; Kandjov c. Bulgaria, 6 novembre 2008; N.D. and N.T. v. Spagna [GC], n. 8675/15 and 8697/15, 13 febbraio 2020; A. ed altri c. Regno Unito [GC], n. 3455/05; Creangă c. Romania [GC], n. 29226/03, 23 febbraio 2012; Stögmüller c. Austria, 10 novembre 1969, n. 9; McKay c. Regno Unito [GC], n. 543/03; Ilgar Mammadov c. Azerbaijan, n. 15172/13, 22 maggio 2014; Nedim Şener c. Turchia, n. 38270/11, 8 luglio 2014; Şık c. Turchia, n. 53413/11, 8 luglio 2014; and Gözel and Özer c. Turchia, n. 43453/04 e 31098/05, 6 luglio 2010; Akgün c. Turchia, n. 19699/18, 2 aprile 2019; Mehmet Hasan Altan c. Turchia, n. 13237/17, 20 marzo 2018; Şahin Alpay c. Turchia, n. 16538/17, 20 marzo 2018; Kavala c. Turchia, n. 28749/18, 10 dicembre 2019.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 2, 10 novembre 2020, ric. n. 23199/2017 Sabuncu ed altri c. Turchia.

Abstract

La libertà di espressione del giornalista consente la pubblicazione di materiale che riferisca il punto di vista di organizzazioni ritenute illegali, considerato il diritto del pubblico di essere informato dei differenti punti di vista nel contesto di una situazione di conflitto politico, ivi incluso il punto di vista di organizzazioni ritenute illegali dal governo in carica.

Costituisce violazione degli artt. 15 § 1 e 10 della Convenzione EDU la condotta della autorità di uno Stato che, allo scopo di giustificare la condizione di detenzione di giornalisti in epoca anteriore al processo, operino una sovrapposizione o confusione concettuale tra il diritto di critica verso il governo, in un contesto di pubblico dibattito, ed i pretesti utilizzati da organizzazioni terroristiche per giustificare azioni violente, equiparando, cioè, la critica legittima, manifestazione della libertà di espressione, con l'assistenza alle organizzazioni terroristiche e la propaganda in favore delle stesse, impropriamente qualificando come terrorista, o fiancheggiatore di terroristi, chiunque esprima una visione contrastante con quella sostenuta dal governo.

Il caso

Il caso esaminato si basa sui ricorsi di giornalisti del quotidiano turco Cumhuriyet e di *managers* della omonima fondazione, principale azionista della società editrice del predetto quotidiano. Il

Cumhuriyet, in particolare, è uno dei più vecchi quotidiani della Turchia, edito dal 1924, considerato di centro-sinistra ed esponente dei principi del secolarismo, oltre che noto per la sua impostazione critica verso l'attuale governo.

Il 31/10/2016 i ricorrenti, ad eccezione di Akin Atalay che si trovava all'estero e che, quindi, era stato sottoposto a misura restrittiva in un secondo momento, vennero tratti in arresto dalla polizia di Istanbul, in quanto sospettati di aver commesso reati puniti dalle normative contro il terrorismo e di aver svolto attività propagandistica in nome e per conto delle organizzazioni PKK/KCK (Partito Curdo dei Lavoratori/Unione dei Sindacati Curdi) e FETÖ/PDY (Organizzazione del Terrore Fethullahista/Struttura Statale Parallela), considerate organizzazioni terroristiche dalle autorità turche.

Sin dal momento dell'arresto e, nell'immediatezza, innanzi al pubblico ministero, i ricorrenti si erano proclamati innocenti ed avevano fatto istanza di scarcerazione, invocando la libertà di stampa. Il pubblico ministero aveva richiesto all'autorità giudiziaria competente l'applicazione della custodia cautelare nella fase precedente il processo; detta richiesta era stata accolta, in funzione dei reati di cui i ricorrenti erano sospettati, ritenendosi sussistenti le esigenze cautelari del pericolo di fuga e dell'inquinamento delle prove, valutate come inadeguate altre misure coercitive meno afflittive.

In particolare Önder Çelik, Mustafa Kemal Güngör, Hakan Karasinir, Hacı Musa Kart, Güray Tekin Öz, Bülent Utku, Ahmet Kadri Gürsel and Turhan Günay Akin Atalay, pur senza essere accusati della redazione di specifici articoli, erano stati ritenuti gli ispiratori di articoli firmati da altri giornalisti, pubblicati nel periodo in cui i predetti avevano occupato posizioni manageriali nella Fondazione Cumhuriyet. Nel caso di Mehmet Murat Sanbucu, capo editore del quotidiano, questi era stato ritenuto fortemente sospettato di essere l'autore dei reati ascrittigli in base al mutamento di impostazione del Cumhuriyet tra la fine del 2013 e gli inizi del 2014.

Tutte le successive e reiterate istanze di revoca della detenzione erano state rigettate sia dal Giudice di primo grado che dal Giudice di secondo grado, nel corso delle rispettive fasi processuali, entrambe concluse con pronunce di condanna.

Nel settembre 2018 la Corte di Cassazione turca annullava il giudizio di appello su conforme richiesta del pubblico ministero, rinviando gli atti alla Corte di Assise; quest'ultima assolveva il solo Ahmet Kadri Gürsel, confermando, inoltre, la legittimità della detenzione sofferta dagli altri ricorrenti; al momento della pronuncia della sentenza da parte della Corte EDU, il giudizio risulta ancora pendente presso la Divisione penale plenaria della Corte di Cassazione turca.

La stessa Corte costituzionale turca, investita dai ricorsi dei giornalisti, aveva rigettato le istanze, ritenendo a maggioranza – con il dissenso di sei componenti su quindici, incluso il Presidente – che non fosse stato né arbitrario né infondato, da parte delle autorità investigative e giudiziarie, considerare che sussistessero evidenti indizi di colpevolezza, alla luce sia del linguaggio utilizzato negli articoli pubblicati dal quotidiano che degli argomenti oggetto di diffusione attraverso i sistemi di comunicazione, anche considerato l'impatto che essi avevano avuto sulla pubblica opinione all'epoca della loro pubblicazione.

Le osservazioni e le conclusioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

In riferimento agli artt. 5 §1 e 10 della Convenzione, la Corte ha osservato che il materiale giornalistico esaminato dalle autorità giudiziarie e di polizia turche fosse suscettibile di essere catalogato in: 1) articoli basati sulla critica alle autorità politiche; 2) articoli, messaggi e *reportage* contenenti affermazioni provenienti da soggetti ritenuti rappresentanti di organizzazioni illegali; 3) affermazioni e critiche provenienti da giornalisti del Cumhuriyet circa le modalità di contrasto delle organizzazioni illegali da parte delle autorità giudiziarie ed amministrative; 4) informazioni sensibili su tematiche di pubblico interesse.

I giudici di Strasburgo hanno osservato che, anche assumendo che tutti gli articoli citati fossero attribuibili ai ricorrenti, questi ultimi non avrebbero potuto essere ragionevolmente sospettati di propaganda terroristica in epoca coeva alla loro detenzione, né, tantomeno, di aver dato assistenza a dette organizzazioni; sicché, non avendo i sospetti raggiunto il livello minimo di ragionevolezza, le misure detentive adottate si erano basate unicamente su meri sospetti, nulla di diverso essendo emerso nelle successive fasi processuali.

In particolare, la Corte ha osservato che gli articoli e le pubblicazioni riferiti ai ricorrenti fossero inquadrabili all'interno dei confini del dibattito pubblico su fatti e vicende già noti; che essi rappresentassero l'esercizio delle libertà tutelate dalla Convenzione EDU e che non evocassero né sostenessero l'uso della violenza nella sfera dell'azione politica, né fossero indicativi di alcun ricorso o contributo, da parte dei ricorrenti, con modalità violente, a forme di lotta politica o, comunque, in favore di organizzazioni terroristiche.

In riferimento alla possibilità di deroghe ai principi sanciti dall'art. 15 della Convenzione EDU in periodi di emergenza, la Corte di Strasburgo ha notato che i ricorrenti erano stati privati della libertà personale ai sensi dell'art. 100 del codice di procedura penale turco - a norma del quale è richiesta la presenza di fatti evidenti che costituiscano la base del forte livello di sospetto richiesto - e che le misure restrittive erano state adottate in base alla legislazione vigente prima e dopo la dichiarazione dello stato di emergenza dichiarato dal governo turco dal luglio 2016 al luglio 2018, non essendo stato, peraltro, emendato in alcun modo il predetto art. 100 durante lo stato di emergenza, con la conseguenza che nessuna deroga avrebbe potuto essere applicata all'art. 15 della Convenzione, in tal modo essendo stata integrata la violazione alla predetta disposizione.

La Corte EDU ha significativamente sottolineato come le autorità giudiziarie turche avessero ritenuto che i ricorrenti avessero attuato tattiche di "guerra asimmetrica" al fine di manipolare la pubblica opinione e di indebolire il governo ed il Presidente della Repubblica; in tal modo, in realtà, per giustificare la condizione di detenzione in epoca anteriore al processo, le autorità giudiziarie coinvolte avevano operato una confusione concettuale tra il diritto di critica verso il governo in un contesto di pubblico dibattito ed i pretesti utilizzati dai terroristi per giustificare azioni violente, equiparando la critica legittima, manifestazione della libertà di espressione, con l'assistenza alle organizzazioni terroristiche e la propaganda in favore delle stesse; in tal modo era stata posta in essere un'interpretazione non solo difficilmente conciliabile con le libertà

riconosciute dalla legislazione interna dello Stato, ma anche foriera di notevoli rischi per il sistema convenzionale, in quanto fondata sulla qualificazione come terrorista, o fiancheggiatore di terroristi, di ogni persona che esprima una visione contrastante con quella sostenuta dal governo.

Tale situazione risulta, all'evidenza, inconciliabile con una democrazia pluralista, e incapace di evitare il rischio che vengano alimentati indebiti sospetti nei confronti di giornalisti che, pur sostenendo le opposizioni politiche, non promuovano l'uso della violenza.

Conclusivamente, la Corte EDU ha considerato che la detenzione pre-processuale dei ricorrenti, in quanto basata su meri sospetti, avesse costituito violazione dell'art. 5 § 1 della Convenzione EDU ed avesse rappresentato, altresì, per otto degli stessi, un'interferenza con l'esercizio dei loro diritti di libertà di espressione, in quanto collocata nel contesto di un procedimento penale per gravi accuse, direttamente connesse alla loro attività di giornalisti, con conseguente violazione anche dell'art. 10 CEDU.

Quanto al diritto ad ottenere una rapida decisione in tema di libertà personale, la Corte EDU ha rilevato che i periodi di detenzione dei ricorrenti - compresi tra un massimo di sedici mesi ed un minimo di sette mesi e due giorni - erano coincisi con il periodo di dichiarazione dello stato di emergenza da parte del governo turco, durato dal luglio 2016 e sino al luglio 2018; inoltre, l'istanza dei ricorrenti alla Corte costituzionale era risultata complessa e presentava caratteri di novità, avendo i predetti dedotto non solo che la loro detenzione fosse basata su invalidi presupposti, ma anche che le accuse mosse contro di loro fossero incostituzionali. In conclusione, benché l'esame delle istanze, da parte della Corte costituzionale adita non potesse essere considerato rapido, ciò nondimeno, anche in considerazione del carico lavorativo affrontato dal predetto organo nella fase di emergenza, è stata ritenuta non sussistente alcuna violazione dell'art. 5 § 4 della Convenzione EDU.

Infine, quanto alla violazione dell'art. 18 della CEDU - secondo il quale "Le limitazioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà non possono essere applicate che per lo scopo per il quale sono state previste" - la Corte di Strasburgo non ha ritenuto individuabile, al di là di ogni ragionevole dubbio, una finalità non prescritta dalla Convenzione rispetto alla quale la detenzione dei ricorrenti fosse funzionale.

ART. 10 CEDU

GIORNALISTA - DATI RELATIVI ALLA TELEFONIA MOBILE DELLO STESSO - RICHIESTA DI ACCESSO AD ESSI - A TUTELA DEL DIRITTO DI UN PRIVATO - RISCHIO DI DISVELAMENTO DI "FONTI" GIORNALISTICHE - INGERENZA NON CONSENTITA NELLA LIBERTÀ DI STAMPA - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Quinta Sezione, 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-208882>

CLASSIFICAZIONE: Libertà di espressione – Protezione delle **fonti giornalistiche** - Interferenza con i diritti della ricorrente dovuta **all'accesso giudiziario autorizzato** ai dati delle comunicazioni di **telefonia mobile**, ritenuta non necessaria in una società democratica, grossolanamente sproporzionata e non giustificata da un requisito imperativo di interesse pubblico - Violazione dell'**art. 10** Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Sussistenza.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Art. 10 CEDU

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNAZIONALI

Conferenza Ministeriale Europea sulla Politica dei Mass Media- Praga, 7.8. dicembre 1994.

Risoluzione del Parlamento Europeo sulla Riservatezza delle fonti giornalistiche – 18 gennaio 1994, Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea n. C44/34. Raccomandazione n. R (2000) 7 sul diritto dei giornalisti di non svelare le loro fonti di informazione, adottata dal Comitato di Ministri del Consiglio d'Europa l'8 marzo 2000.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Goodwin c. Regno Unito (GC), 27 marzo 1996; Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi (GC), 14 settembre 2010; Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. ed altri c. Paesi Bassi, 22 novembre 2012; Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Lussemburgo, 18 aprile 2013 ; Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia [GC], no. 931/13, 27 giugno 2017; Becker c. Norvegia, 5 ottobre 2017; Nagla c. Lettonia, 16 luglio 2013; Roemen e Schmit c. Lussemburgo, 25 febbraio 2003; Voskuil c. Paesi Bassi, 22 novembre 2007; Martin ed altri c. Francia, 12 aprile 2012; Ressiott ed altri c. Francia, 28 giugno 2012 Ernst ed altri c. Belgio, 15 luglio 2003; Görmüş ed altri c. Turchia, 19 January 2016

Sentenza in esame: Corte E.D.U., Quinta sezione, 1 aprile 2021, Sedletska contro Ucraina

ABSTRACT

Considerata l'importanza che riveste la protezione delle fonti giornalistiche per la libertà di stampa in una società democratica, l'acquisizione di dati sensibili di un giornalista - quali i dati telefonici e le localizzazioni da ciò enucleabili, che rappresentano altrettante potenziali limitazioni alla riservatezza delle fonti giornalistiche - si concilia con l'art. 10 della Convenzione EDU **solo** se possa ritenersi che tali **interferenze** siano **necessarie** a causa di un imperativo interesse pubblico; il che non è ravvisabile per il solo fatto che una parte richieda l'esibizione dei dati sensibili, lamentando la violazione di un proprio diritto per la cui tutela la conoscenza dei dati appaia necessaria, né nel caso in cui il pubblico ministero ritenga necessaria tale acquisizione in funzione investigativa.

Per accertare l'esistenza di un "**requisito imperativo**", in particolare, potrebbe non essere sufficiente la dimostrazione, per colui che richiede la divulgazione di una fonte, lo scopo di esercitare un diritto o evitare un danno; così come nei casi riguardanti **perquisizioni a domicilio di giornalisti e luoghi di lavoro**, nonché il sequestro di materiale giornalistico, anche nell'ipotesi di acquisizione di **dati sensibili**, come quelli forniti da un **gestore di telefonia mobile**, tali misure, anche se improduttive di effetti immediati, possono costituire un tipo più drastico di interferenza rispetto ad un ordine mirato di divulgare l'identità della fonte, poiché tali misure consentono all'autorità competente di ottenere l'accesso ad un'ampia gamma di materiale utilizzato dai giornalisti nel disbrigo delle loro funzioni professionali.

IL CASO

Il caso posto all'attenzione della sentenza della Corte EDU riguarda una giornalista ucraina di Radio Free Europe/Radio Liberty, nonché caporedattrice di un programma televisivo i cui servizi, in molti casi, hanno riguardato vicende coinvolgenti pubblici ministeri e politici.

Nel 2015 l'Ufficio nazionale anticorruzione dell'Ucraina (NABU) aveva avviato un procedimento penale contro un pubblico ministero, K., nell'ambito del quale, nel 2016, era stato intercettato il telefono della partner di K., sig.ra N.; nel novembre 2017 il sito web dei media Obozrevatel pubblicava un articolo in cui si affermava che nella precedente estate il capo della NABU, S., aveva tenuto una riunione a porte chiuse con alcuni rappresentanti dei media, durante la quale aveva divulgato informazioni riservate su alcune indagini penali in corso, tra cui quello contro K.; tra l'altro, nel corso dell'incontro, i rappresentanti dei media avevano ascoltato la registrazione di una conversazione telefonica tra la partner di K. ed un suo conoscente, concernente la vita privata della donna.

A seguito di due denunce, da parte di un deputato al Parlamento e della stessa sig.ra N., intercettata, che avevano denunciato S. per aver violato le regole di riservatezza relative ai procedimenti penali in corso, nonché il diritto della sig.ra N. al rispetto della sua vita privata, venivano individuati i giornalisti presenti all'incontro, tra cui la Sedletska, la quale, convocata dalle autorità inquirenti, sosteneva di non poter essere sentita come testimone, in quanto ciò avrebbe portato all'identificazione delle sue fonti giornalistiche, rifiutandosi, pertanto, di rispondere alle domande relative al presunto incontro con S.

L'autorità inquirente, quindi, **presentava una richiesta al Tribunale distrettuale di Kiev per l'accesso ai dati delle comunicazioni della ricorrente, detenuti dal gestore di telefonia mobile**, che includevano date, orari, durata delle chiamate, numeri di telefono, messaggi di testo inviati e ricevuti (SMS, MMS) e la posizione della richiedente al momento di ogni chiamata o messaggio; ciò al fine di stabilire l'ora ed il luogo esatti dell'incontro con S.

Il Tribunale distrettuale autorizzava la raccolta dei dati richiesti, con ordinanza non impugnabile e valida per un mese, rilevando come, in base al diritto interno, fosse possibile esaminare la questione senza che la ricorrente fosse chiamata in causa, in quanto sussistevano sufficienti motivi per ritenere che esistesse una minaccia reale che le informazioni potessero essere alterate o distrutte.

A seguito di notizie apparse su di un sito web dei media, che riferiva dei controlli delle telefonate nei confronti di giornalisti, la ricorrente e il suo avvocato richiedevano al Tribunale distrettuale una copia dell'ordinanza, ma la richiesta veniva respinta; nonostante l'ordinanza fosse inappellabile, inoltre, la giornalista l'ha ugualmente impugnata, chiedendone la sospensione.

Nel settembre 2018 la **Corte d'Appello ha ritenuto di accogliere il ricorso**, osservando che, nel caso di specie, l'ordinanza poteva ritenersi impugnabile in quanto ricadeva nei casi previsti dalla legge, in cui il provvedimento avrebbe comportato il sequestro di oggetti o documenti, senza i quali un imprenditore individuale o una persona giuridica non sarebbe in grado di svolgere la propria attività; riferendosi, in particolare, all'importanza delle fonti giornalistiche per l'attività professionale della ricorrente, la Corte d'appello ha deciso che questa eccezione poteva essere applicata nel suo caso, ritenendo, in ogni caso, non adeguatamente motivata l'ordinanza impugnata, e sostituendola con una diversa, che autorizzava l'accesso ai dati sulle date e gli orari di presenza del telefono cellulare della ricorrente in sei strade e luoghi specifici a Kiev durante un periodo specifico, nel corso del quale sarebbe avvenuto l'incontro; ciò al fine di garantire una rapida indagine penale e, nel contempo, tutelare i diritti della giornalista.

LE OSSERVAZIONI E LE CONCLUSIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

La Corte di Strasburgo, ribadendo la propria giurisprudenza – secondo cui la **tutela delle fonti giornalistiche è uno dei cardini della libertà di stampa**, poiché, senza tale protezione, le fonti potrebbero essere dissuase dall'aiutare la stampa a informare su questioni di interesse pubblico, con la conseguenza che il ruolo vitale di vigilanza pubblica della stampa potrebbe essere compromesso, così come la sua capacità di fornire informazioni accurate e affidabili – ha osservato che "fonte" giornalistica comprende "qualsiasi persona che fornisce informazioni a un giornalista" e le "informazioni che identificano una fonte" includono qualsiasi informazione che possa condurre all'identificazione di una fonte, nonché "le circostanze di fatto dell'acquisizione

di informazioni da una fonte da parte di un giornalista” ed “il contenuto non pubblicato delle informazioni fornite da una fonte a un giornalista”.

La Corte rileva che, **nel caso di specie, l'autorizzazione all'acquisizione dei dati risultava funzionale ad approfondire l'indagine** sulla fuga di informazioni riservate relative ad un procedimento penale in corso ed alla vita privata della sig.ra N., sicché l'ingerenza in questione perseguiva alcuni degli “scopi legittimi” elencati nell'art. 10 § 2, in particolare, “la prevenzione di ... reato” e la “tutela della reputazione o dei diritti altrui”; inoltre, l'accesso ai dati delle comunicazioni della ricorrente era stato autorizzato dalle autorità giudiziarie nazionali ai sensi del codice di rito nazionale, sicché aveva fondamento nel diritto interno.

La ricorrente si è lamentata della lesione delle garanzie procedurali, in quanto la decisione del Tribunale era stata presa in un'udienza a cui ella non era stata ammessa a partecipare, come previsto dal medesimo codice di rito interno, in casi eccezionali; in particolare, ciò è possibile quando la parte richiedente deposita una richiesta di accesso ad oggetti e documenti, dimostrando che esistono motivi sufficienti per ritenere sussistente una minaccia reale di alterazione o distruzione di tali beni; in tutti gli altri casi, invece, i giudici nazionali sono tenuti a citare il le persone interessate da tali richieste di accesso.

Nel caso della ricorrente detta salvaguardia non era stata attuata per la particolare interpretazione della disposizione del codice di rito da parte dell'A.G. che, senza enunciare ragioni specifiche, aveva operato un riferimento alla “minaccia dell'informazione”, laddove sarebbe stato necessario fornire ragioni più ampie per giustificare il provvedimento, perché i dati in questione, conservati dall'operatore di telefonia mobile della ricorrente, non erano in suo possesso personale.

In conseguenza di tale decisione **la richiedente non era stata informata dell'autorizzazione ottenuta dalle autorità inquirenti ad accedere ai dati delle sue comunicazioni e, una volta venutane a conoscenza, non era stata messa nelle condizioni di far valere eventuali garanzie procedurali esistenti nel diritto interno, in quanto non le era stata fornita neanche una copia dell'autorizzazione.**

Rispetto a tale situazione la Corte di Strasburgo ha manifestato profonda preoccupazione che ciò possa risolversi in atti arbitrari; tuttavia, nel caso particolare, la ricorrente era comunque venuta a conoscenza dell'esistenza dell'ordinanza impugnata, tanto è vero che la Corte d'Appello ne aveva disposto l'annullamento.

La Corte EDU rileva che il punto cruciale è, in ogni caso, quello di verificare se l'interferenza fosse necessaria in una società democratica, vista l'importanza della tutela del giornalismo e delle fonti per la libertà di stampa, laddove le limitazioni alla riservatezza delle fonti giornalistiche richiedono un esame che sia il più attento possibile.

La Corte ha già affermato che per accertare l'esistenza di un “requisito imperativo” potrebbe non essere sufficiente la dimostrazione, per colui che richiede la divulgazione di una fonte, lo scopo di esercitare un diritto o evitare un danno; in una serie di casi riguardanti perquisizioni a domicilio di giornalisti e luoghi di lavoro e il sequestro di materiale giornalistico, la Corte, infatti, ha

riconosciuto che tali misure, anche se improduttive, costituivano un tipo più drastico di interferenza rispetto ad un ordine mirato di divulgare l'identità della fonte, poiché tale misure avevano consentito all'autorità competente di ottenere l'accesso ad un'ampia gamma di materiale utilizzato dai giornalisti nel disbrigo delle loro funzioni professionali.

Nel caso di specie **la Corte EDU ha ritenuto che le ragioni addotte dall'A.G. non fossero sufficienti a dimostrare che l'interferenza era stata proporzionata e corrispondente ad una pressante esigenza sociale.**

A questo proposito, i giudici di Strasburgo osservano in primo luogo che la Corte distrettuale aveva autorizzato il pubblico ministero a raccogliere un'ampia gamma di dati di comunicazioni protette della richiedente, riguardanti la sua persona ed i suoi contatti professionali per un periodo di sedici mesi, suscettibili di includere informazioni riguardanti fonti riservate che non avevano alcuna rilevanza per il procedimento penale relativo ad S., e l'ordinanza, inoltre, non conteneva garanzie che escludessero tale possibilità; sicché la Corte EDU ha concluso che la portata dei dati per i quali era stato autorizzato l'accesso fosse grossolanamente sproporzionata rispetto agli obiettivi legittimi di indagare su una presunta fuga di informazioni e di proteggere la vita privata della signora N.

Basandosi sulle specifiche vicende del caso, la Corte di Strasburgo ha ritenuto come non fosse possibile trarre una conclusione definitiva sul fatto che non era stata preservata l'integrità dei dati delle comunicazioni della richiedente durante il periodo di validità dell'ordinanza del Tribunale distrettuale; la nuova autorizzazione all'accesso ai dati rilasciata dalla Corte d'Appello, che avrebbe potuto rimuovere la minaccia di identificazione delle fonti della richiedente non correlate al procedimento contro S., non aveva raggiunto tale scopo, in quanto neanche la Corte d'Appello aveva assolto all'onere di dimostrare che l'acquisizione dei dati di geolocalizzazione fosse giustificata dal requisito imperativo del pubblico interesse, indicando, cioè, la funzione di contrastare gravi fenomeni di criminalità grave, accertando, altresì, che non ci fossero misure alternative ragionevoli per ottenere le informazioni richieste dal pubblico ministero; in altri termini, avrebbe dovuto essere dimostrato chiaramente il legittimo interesse alla divulgazione nel senso della prevalenza sulla tutela finalizzata alla non divulgazione dei dati protetti.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, **la Corte ha ritenuto come l'autorizzazione all'accesso ai dati non fosse giustificata da una "esigenza imperativa di interesse pubblico" e, quindi, necessaria in una società democratica, con conseguente violazione dell'articolo 10 della Convenzione.**

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in esame si colloca nel solco della giurisprudenza di Strasburgo che individua nella concreta e dimostrata sussistenza di un interesse pubblico prevalente la possibilità di limitare in qualsiasi modo la libertà di stampa in riferimento all'aspetto della divulgazione delle fonti giornalistiche.

In tal senso, infatti, si è pronunciata la recente sentenza della Corte E.D.U., Terza sezione, emessa il 6 ottobre 2020, nel caso Jecker contro Svizzera.

Il concetto di "divulgazione delle fonti giornalistiche" risulta interpretato dai giudici di Strasburgo con particolare ampiezza, nella misura in cui si è affermato come tale divulgazione possa scaturire anche attraverso l'acquisizione di dati sensibili (quali quelli costituiti dalla geolocalizzazione dei contatti telefonici del giornalista), come effetto indiretto discendente da un'attività investigativa il cui oggetto sia ben più circoscritto rispetto all'ampiezza dei dati potenzialmente acquisibili.

In tal senso, quindi – così come in precedenza affermato in riferimento ad altri tipi di attività intrusiva, quali le perquisizioni - sono stati ribaditi i limiti inderogabili che devono essere rispettati in tali forme di limitazione, anche indirette: la concreta sussistenza di un **rilevante interesse pubblico che, nel caso di un'indagine penale, deve essere circoscritta a "gravi forme di criminalità"**, ed un'accurata motivazione dei provvedimenti da cui possano discendere limiti anche potenziali alla tutela della riservatezza delle fonti giornalistiche, in coerenza con i principi di cui all'art. 10 della Convenzione.

Significativi, inoltre, appaiono ulteriori due profili individuati dalla Corte EDU: 1) l'insufficienza di una pretesa violazione di diritti altrui, alla cui tutela appaia funzionale l'acquisizione di dati riservati di un giornalista, per poter adottare provvedimenti che ne dispongano l'acquisizione; 2) la necessità che sia sempre garantita la possibilità di far valere le garanzie procedurali previste dal diritto interno, qualora sia in discussione la possibilità di accedere a dati riservati che possano, anche come effetto secondario, svelare le fonti riservate di un giornalista.

Sotto altro profilo la pronuncia va ricollegata anche all'orientamento manifestato dalla CGUE con la sentenza emessa dalla Grande Sezione in data 2 marzo 2021, H.K., C-746/18, nel giudizio penale incidentale promosso dall'Autorità giurisdizionale dell'Estonia, laddove è stato affermato che *"Soltanto gli obiettivi della lotta contro le forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica sono atti a giustificare l'accesso delle autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate da quest'ultimo e tali da permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone interessate (v., in tal senso, sentenza del 2 ottobre 2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, punto 54), senza che altri fattori attinenti alla proporzionalità di una domanda di accesso, come la durata del periodo per il quale viene richiesto l'accesso a tali dati, possano avere come effetto che l'obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati in generale sia idoneo a giustificare tale accesso (par. 35)"*.

ART. 11 CEDU

RIUNIONE NON APPROVATA DALL'AUTORITÀ - DUPLICE DIVIETO LEGISLATIVO - DI CELEBRAZIONE DI RIUNIONI PUBBLICHE NELLO STESSO LUOGO E DI PROPOGAZIONE DI IDEE DI NATURA FASCISTA O SCIOVINISTA - VIOLAZIONE DELLA LIBERTÀ DI RIUNIONE - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Csiszer et Csibi c. Romania

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202456>

CLASSIFICAZIONE

ART. 11 CEDU – LIBERTÀ DI RIUNIONE – SANZIONE PER L'ORGANIZZAZIONE DI UNA RIUNIONE CHE NON È STATA APPROVATA DALL'AUTORITÀ A CAUSA DELLO SVOLGIMENTO DI UN'ALTRA RIUNIONE PUBBLICA NELLO STESSO LUOGO – LEGGE NAZIONALE CHE VIETA L'ORGANIZZAZIONE SIMULTANEA E NELLO STESSO LUOGO DI RIUNIONI PUBBLICHE: NON CONTRARIETÀ DI PER SÉ ALL'ART. 11 CEDU SE NON NEL CASO IN CUI COSTITUISCA UN OSTACOLO NASCOSTO ALLA LIBERTÀ DI RIUNIONE PACIFICA – POSSIBILITÀ PER I RICHIEDENTI DI CAMBIARE IL LUOGO DELLA RIUNIONE RENDENDOLO CONFORME ALLA LEGGE – CARATTERE COMMEMORATIVO DELLA RIUNIONE (A SFONDO FASCISTA-NAZIONALISTA), CHE POTEVA GENERARE UNA CERTA TENSIONE SOCIALE FAVOREVOLE ALLA VIOLENZA – **INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE – ART. 14 CEDU** (DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE) – MANCATA DIMOSTRAZIONE IN CONCRETO DI UNA **DISPARITÀ DI TRATTAMENTO** FONDATA SULL'**APPARTENENZA ETNICA – MANIFESTA INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU, artt. 11 e 14

Norme rilevanti dell'ordinamento italiano: art. 17 Cost., XII disposizione transitoria e finale Cost.; art. 18 del r.d. n. 773 del 1931; art. 5 della legge n. 645 del 1952.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU richiamate: *Primov e altri c. Russia*, n. 17391/06, § 91, 12 giugno 2014; *Radomilja e altri c. Croazia* [GC], nn. 37685/10 et 22768/12, § 114 et 126, 20 marzo 2018; *Kudrevičius e altri c. Lituania* [GC], n. 37553/05, § 85, 86, 142-146, CEDH 2015; *Djavit An c. Turchia*, n. 20652/92, § 39, CEDH 2003-III; *Rotaru c. Romania* [GC], n. 28341/95, § 52, CEDH 2000-V; *Sindicatul «Păstorul cel Bun» c. Romania* [GC], n. 2330/09, § 153, CEDH 2013; *Sidiropoulos e altri c. Grèce*, 10 luglio 1998, § 38, 1998-IV; *Éva Molnár c. Ungheria*, n. 10346/05, § 37, 41, 7 ottobre 2008; *Balçık e altri c. Turchia*, n. 25/02, § 49, 29 novembre 2007; *Fáber c. Ungheria*, n. 40721/08, § 41, 47, 24 luglio 2012; *Oya Ataman c. Turchia*, n. 74552/01, § 39,

CEDH 2006-XIV; *Malofeyeva c. Russia*, n. 36673/04, § 136, 30 maggio 2013; *Frumkin c. Russia*, n. 74568/12, § 97, 5 gennaio 2016; *Vona c. Ungheria*, n. 35943/10, § 63, CEDH 2013; *Ziliberberg c. Moldavia*, n. 61821/00, 4 maggio 2004; *Molla Sali c. Grecia* [GC], n. 20452/14, § 123, 133, 19 dicembre 2018; *Konstantin Markin c. Russia* [GC], n. 30078/06, § 125, CEDH 2012; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* [GC], n. 57325/00, § 177, CEDH 2007-IV.

Corte costituzionale: n. 27 del 1958, n. 90 del 1970, n. 11 del 1979 (sulla libertà di riunione in generale); n. 1 del 1957, n. 74 del 1958, n. 4 del 1972, n. 15 del 1973 (sul divieto di riunioni fasciste).

Corte di cassazione: Sez. 1, n. 1574 del 01/12/1978, dep. 09/02/1979, Rv. 141133; Sez. 2, n. 1564 del 27/10/1980, dep. 28/02/1981, Rv. 147810; Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Rv. 259826 (sulla compatibilità con la Costituzione dell'art. 5 della legge n. 645 del 1952); Sez. 1, n. 3826 del 18/01/1972, Rv. 121162; Sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, dep. 07/03/2017, Rv. 269753; Sez. 5, n. 36162 del 18/04/2019, Rv. 277526 (sulla natura di "pericolo concreto" del reato di cui all'art. 5 della legge n. 645 del 1952).

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 4, 5 maggio 2020, ric. nn. 71314/13 e 68028/14, Csiszer et Csibi c. Romania.

Abstract

*La Corte EDU ha ritenuto insussistente la violazione dell'art. 11 CEDU nei confronti dei due ricorrenti, ai quali era stata irrogata la sanzione dell'ammenda, per avere organizzato – il 1 ° dicembre 2010, data della festa nazionale rumena – un incontro commemorativo per celebrare l'istituzione del Battaglione Szekely, formazione militare ungherese creata il 1 ° dicembre 1918, per combattere contro l'esercito rumeno che era entrato in Transilvania, arresasi all'esercito rumeno nell'aprile 1919. In particolare, i ricorrenti sono stati puniti per avere organizzato **una riunione vietata, sulla base dell'art. 26, § 1 a), della legge n. 60/1991**; i tribunali nazionali hanno anche indicato che questo incontro aveva violato la sezione 9 della stessa legge n. 60/1991, che **vieta le riunioni** pubbliche che **perseguono**, tra l'altro, la **propagazione di idee di natura fascista e/o sciovinista**, la diffamazione del paese e della nazione e l'istigazione all'odio nazionale. La Corte considera che il rifiuto deliberato dei richiedenti di conformarsi alle regole applicabili nel diritto interno costituisca un comportamento che ha reso la riunione proposta contraria al diritto nazionale. La Corte ha anche ritenuto manifestamente insussistente la violazione dell'art. 14 CEDU, in relazione alla discriminazione fondata sull'etnia lamentata dal secondo ricorrente; ha osservato, in particolare, che questo non ha dimostrato che le persone che si trovano nella stessa sua situazione – vale a dire persone che desiderano organizzare riunioni commemorative in contrasto con l'art. 5, § 2, della legge n. 60/1991 – non sono state sanzionate dalle autorità.*

Il caso

Lóránt Csiszer e Barna Csibi, cittadini rumeni affermano di appartenere al gruppo etnico Sicul, di lingua ungherese, presente principalmente in Transilvania e legato storicamente agli ungheresi. Il municipio di Cluj-Napoca ha organizzato vari eventi nel centro della città per celebrare la festa nazionale della Romania, tra cui una parata militare e concerti all'aperto. Csibi aveva inviato una lettera al sindaco, chiedendo di potere organizzare, lo stesso giorno, una riunione commemorativa della creazione e delle attività del "Battaglione Szekely". Il municipio ha negato a Csibi il suo consenso alla riunione, sulla base del fatto che un altro evento, già approvato, si sarebbe svolto nello stesso luogo ed ha anche comunicato che non consentiva l'incontro che si svolgesse in qualsiasi altra parte del centro città. Contro tale diniego, Csibi ha adito il tribunale amministrativo, il quale ha respinto il suo ricorso. Le forze dell'ordine hanno arrestato Csiszer e Csibi mentre stavano lasciando un ristorante in una strada perpendicolare al luogo in cui avevano programmato di svolgere la riunione, con altre sei persone.

Csiszer è stato sanzionato con un'ammenda (equivalente a circa 2.200,00 euro) e ha presentato ricorso al tribunale di primo grado, che lo ha respinto. La decisione è stata confermata con sentenza definitiva del tribunale della contea. Analogamente sono stati respinti i ricorsi, in primo e secondo grado, di Csibi, che era stato sanzionato con un'ammenda (equivalente a circa 1.100,00 euro). I giudici nazionali hanno notato, in primo luogo, che **il battaglione Szekely**, il cui comando era in Ungheria, era parte della della "Guardia ungherese" e **aveva un'ideologia fascista**, tanto che, al momento in cui i ricorrenti e gli altri componenti del loro gruppo erano stati arrestati, **mostravano simbologie fasciste** e nazionaliste ungheresi di vario tipo.

La questione sottoposta alla corte europea dei diritti dell'uomo

Invocando l'art. 11 CEDU, i ricorrenti hanno sostenuto che le sanzioni loro imposte avevano violato il loro diritto alla **libertà di riunione**. Il primo richiedente prospetta anche una violazione del suo diritto alla **libertà di espressione**, garantito dall'art. 10 CEDU. Richiamando l'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione), il secondo richiedente sostiene di avere subito una **discriminazione** nel godimento del suo diritto alla libertà di riunione, a causa della sua appartenenza a una minoranza etnica nel paese.

Le risposte della Corte EDU

Premessa

La Corte evidenzia preliminarmente che, per gli stessi fatti, il primo richiedente ha invocato due disposizioni della Convenzione, l'art. 10 e l'art. 11, e ritiene che, con riferimento al caso di specie, venga principalmente in rilievo la libertà di riunione, perché il richiedente aveva cercato, non solo di esprimere un parere, ma anche di farlo con altre persone, e aveva lamentato, essenzialmente, di essere stato punito per aver organizzato un incontro pacifico. L'art. 11 è, dunque, considerato *lex specialis*, rispetto alla previsione generale dell'art. 10; cosicché non è necessario considerare la questione separatamente dal punto di vista dell'art. 10, anche se di tale disposizione bisogna comunque tenere conto nell'interpretazione dell'art. 11.

Quanto alla violazione dell'art. 11 (lamentata da entrambi i ricorrenti).

La Corte rileva che i richiedenti erano stati puniti per aver organizzato una riunione proibita, sulla base della sezione 26, § 1 (a), della Legge n. 60/1991, in base alla quale costituivano violazioni "l'organizzazione e lo svolgimento di riunioni pubbliche non segnalate, non registrate o vietate". Inoltre, i tribunali nazionali hanno indicato che il raduno in questione violava l'art. 9 della legge n. 60/1991; una disposizione che vieta le riunioni pubbliche che perseguono, tra l'altro, la propagazione di idee di natura fascista e/o sciovinista, la diffamazione del paese e della nazione e istigazione all'odio nazionale. Per giustificare le sanzioni inflitte ai richiedenti, le autorità nazionali hanno anche affermato che essi avevano organizzato la riunione nonostante il mancato consenso dell'autorità, motivato sul rilievo che questa si sarebbe tenuta nello stesso luogo in cui doveva tenersi un'altra riunione precedentemente fissata. La Corte afferma che è importante che gli organizzatori di eventi e i partecipanti rispettino **le regole del gioco democratico**, di cui sono gli attori, nell'osservanza delle normative in vigore. Ribadisce, altresì, che **le autorità nazionali dispongono di un ampio potere discrezionale nel determinare le misure appropriate da adottare per prevenire disordini durante una riunione**, ma ricorda anche che una situazione irregolare non giustifica di per sé un'interferenza con la libertà di riunione, precisando che i limiti di tolleranza delle autorità per quanto riguarda un'assemblea irregolare dipendono dalle circostanze specifiche della fattispecie. Rileva, sul punto, che i tribunali nazionali avevano confermato che la sezione 5, § 2, della legge n. 60/1991 proibiva lo svolgimento simultaneo di due riunioni separate nello stesso luogo e che i richiedenti erano stati informati dalle autorità nazionali dell'applicazione di questa disposizione e della possibilità di svolgere la loro riunione in altro luogo. Sebbene i richiedenti non siano stati accusati di alcun comportamento violento, la Corte ritiene **giustificata la preoccupazione delle autorità nazionali** circa un possibile rapido deterioramento della situazione: a causa dell'ampiezza delle manifestazioni legalmente previste, non sarebbe stato facile garantire, in totale sicurezza, lo svolgimento simultaneo di due incontri pubblici nello stesso settore della città. Al fine di qualificare la riunione commemorativa controversa come "vietata" e quindi rafforzare la necessità di imporre sanzioni agli interessati, i tribunali nazionali hanno fatto riferimento, tenuto conto dell'argomento della commemorazione, all'articolo 9, lettera a), della legge n. 60/1991, tenendo conto della **natura fascista e nazionalista della celebrazione** del "Battaglione Szekely" e della qualità dei richiedenti come membri dell'unità "Sicules", nonché del fatto che uno dei partecipanti alla riunione commemorativa recava segni che ricordavano il nome di Albert Wass, legato all'ideologia fascista e nazionalista ungherese. La Corte richiama, sul punto, il principio secondo cui **idee o comportamenti non possono essere esclusi dalla protezione della Convenzione semplicemente perché possono creare un sentimento di disagio** tra gruppi di cittadini o perché alcune persone potrebbero esserne offese. Tuttavia, nel contesto della celebrazione della festa nazionale della Romania, lo svolgimento della riunione commemorativa controversa avrebbe potuto generare una certa **tensione sociale favorevole alla violenza**, data la particolare sensibilità dell'opinione pubblica nei confronti delle idee delle

parti interessate; dunque non possono essere considerate irragionevoli o arbitrarie le conclusioni raggiunte dai tribunali rumeni nel ritenere legittima l'imposizione di sanzioni ai ricorrenti. Si osserva, inoltre, che l'assenza di una classificazione penale non toglie ai fatti in questione la natura di fatti pericolosi per l'ordine pubblico. In tale contesto, gli importi delle ammende, fissati entro i limiti stabiliti dalla legge, unitamente alla previsione di garanzie procedurali e di difesa inducono la Corte a ritenere che le autorità nazionali non abbiano superato il loro margine di apprezzamento e che le sanzioni denunciate dai richiedenti possano essere considerate "necessarie in una società democratica" e "proporzionate allo scopo perseguito".

Si esclude, pertanto, la violazione dell'articolo 11 della Convenzione.

Quanto alla violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 11 (lamentata dal secondo ricorrente).

La Corte ribadisce che, affinché sorga un problema ai sensi dell'art. 14 della Convenzione, ci deve essere una differenza nel trattamento delle persone collocate in **situazioni analoghe o comparabili**. Sul punto, in primo luogo, la Corte nota che il secondo richiedente non ha dimostrato che le persone nella sua stessa situazione – vale a dire le persone che desiderano organizzare riunioni commemorative contrarie all'art. 5, § 2, della legge n. 60/1991 – non sono state sanzionate dalle autorità. In secondo luogo, osserva che non era il trasporto in sé di una bandiera da parte di uno dei membri del gruppo a cui apparteneva la persona interessata, che ha causato a quest'ultimo la sanzione in questione, ma l'organizzazione di una riunione commemorativa contraria al suddetto art. 5, § 2.

Si ritiene, pertanto, la manifesta infondatezza della denunciata violazione dell'art. 14.

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

La Corte EDU ritiene che la duplice motivazione fornita dai tribunali nazionali rumeni per ritenere corretta l'irrogazione di sanzioni pecuniarie in relazione all'organizzazione della riunione commemorativa cui hanno partecipato i ricorrenti sia coerente con l'art. 11 CEDU, che garantisce la libertà di riunione. Infatti, **gli ordinamenti nazionali, possono, da un lato, regolamentare lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico evitando che più riunioni si svolgano contemporaneamente, dall'altro, vietare le riunioni pubbliche che perseguano la propagazione di idee di natura fascista e/o sciovinista, la diffamazione del paese e della nazione e l'istigazione all'odio nazionale, così generando una tensione sociale favorevole alla violenza.**

Venendo all'**ordinamento italiano**, quanto al primo di tali profili, va ricordato che la disciplina generale della libertà di riunione è contenuta nell'art. 17 Cost. e nell'art. 18 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. n. 773 del 1931), che ha subito negli anni l'intervento adeguatore della Corte costituzionale. A seguito delle sentenze C. cost. n. 27 del 1958, n. 90 del 1970, n. 11 del 1979, il sistema – per la parte che qui rileva – può essere sinteticamente ricostruito come segue: a) per le sole riunioni in luogo pubblico, che devono comunque svolgersi pacificamente e senza armi, deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per

comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica (art. 17 Cost.); b) i promotori di una riunione in luogo pubblico o aperto al pubblico devono darne avviso, almeno tre giorni prima, al questore (art. 18, primo comma, t.u.l.p.s.); c) i contravventori – da intendersi come i promotori che omettono l'avviso – sono puniti con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da lire mille a quattromila (art. 18, terzo comma, t.u.l.p.s.); d) il questore, nel caso di omesso avviso ovvero per ragioni di ordine pubblico, di moralità o di sanità pubblica, può impedire che la riunione abbia luogo e può, per le stesse ragioni, prescrivere modalità di tempo e di luogo alla riunione (art. 18, quarto comma, t.u.l.p.s.); e) i contravventori al divieto o alle prescrizioni dell'Autorità sono puniti con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da lire duemila a quattromila; con le stesse pene sono puniti coloro che nelle predette riunioni prendono la parola; ma non è punibile chi, prima dell'ingiunzione dell'Autorità o per obbedire ad essa, si ritira dalla riunione (art. 18, quinto e sesto comma, t.u.l.p.s.); f) sono escluse da questa disciplina le riunioni elettorali (art. 18, settimo comma, t.u.l.p.s.).

Quanto al secondo di tali profili, vanno richiamati, in particolare, la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione, che vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del partito fascista, e l'art. 5 della legge n. 645 del 1952 (come modificato dall'art. 11 della legge n. 152 del 1975), il quale **punisce** con la reclusione e la multa «**chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste**» Su tale ultima disposizione, si è più volte pronunciata la Corte costituzionale (sentenze n. 1 del 1957, n. 74 del 1958, n. 4 del 1972, n. 15 del 1973), ritenendone la compatibilità con i principi costituzionali. Sulla stessa linea, la Corte di cassazione penale ha più volte esplicitato che la libertà di riunione trova un limite nella XII disposizione transitoria della Costituzione (Sez. 1, n. 1574 del 01/12/1978, dep. 09/02/1979, Rv. 141133; Sez. 2, n. 1564 del 27/10/1980, dep. 28/02/1981, Rv. 147810; Sez. 1, n. 37577 del 25/03/2014, Rv. 259826) e che il richiamato art. 5 della legge n. 645 del 1952 è compatibile con la Costituzione, perché prevede un **reato di pericolo concreto**, che non sanziona le manifestazioni del pensiero e dell'ideologia fascista in sé, ma soltanto quelle manifestazioni che determinino il pericolo di ricostituzione di organizzazioni fasciste, in relazione al momento e all'ambiente in cui sono compiute, attentando concretamente alla tenuta dell'ordine democratico e dei valori ad esso sottesi (Sez. 1, n. 3826 del 18/01/1972, Rv. 121162; Sez. 1, n. 11038 del 02/03/2016, dep. 07/03/2017, Rv. 269753; Sez. 5, n. 36162 del 18/04/2019, Rv. 277526).

ART. 13 CEDU

MALTRATTAMENTI A DANNI DI UN MINORE - DECESSO DELLA VITTIMA - RESPONSABILITÀ CIVILE DELLO STATO PER INEFFICIENZA DEL SUO SISTEMA GIUDIZIARIO - PRESUPPOSTO LEGISLATIVO - COLPA GRAVE QUALE SOMMA DI COLPE SEMPLICI - VIOLAZIONE DEL DIRITTO AD UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO - ESCLUSIONE.

Corte EDU, Quinta Sezione, 4 giugno 2020, Association Innocence en danger et Association enfance e partage c. Francia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202716>

CLASSIFICAZIONE

ART. 3 CEDU – (VIOLAZIONE MATERIALE) – OBBLIGHI POSITIVI – DIFETTO DI MISURE NECESSARIE E APPROPRIATE DELLO STATO PER LA PROTEZIONE DI UN MINORE VITTIMA DI MALTRATTAMENTI POSTI IN ESSERE DAI SUOI GENITORI CHE HANNO CAGIONATO IL SUO DECESSO – ASSENZA DI INCHIESTA SULL’AMBIENTE FAMILIARE, ASCOLTO DEL MINORE SENZA PARTECIPAZIONE DI UNO PSICOLOGO.

ART. 13 CEDU – DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO – RICORSO EFFICACE – NECESSITÀ NON PROCRASTINABILE DI CONFIGURARE UNA COLPA GRAVE AL FINE DI IMPEGNARE LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER IL CATTIVO FUNZIONAMENTO DEL SERVIZIO GIUSTIZIA – CONFIGURAZIONE DELLA COLPA GRAVE ANCHE NEL CASO DI PLURIMI ELEMENTI DI COLPA SEMPLICE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Convenzione EDU, artt. 3 e 13

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Benmouna et autres c. Francia n.51097/13, 15 settembre 2015); Bălșan c. Romania, no 49645/09, 23 mai 2017), Valentin Câmpeanu c. Roumanie ([GC], no 47848/08; Comité Helsinki bulgare c. Bulgaria, nos 35653/12 et 66172/12, 28 juin 2016; Opuz c. Turchia, no 33401/02; Z. e altri c. Regno Unito [GC], no 29392/95, CEDH 2001 V; E. e altri c. Regno Unito, no 33218/96, § 88, 26 novembre 2002; M.C. et A.C. c. Roumanie, no 12060/12, §§ 109-110, 12 avril 2016, et D.M.D. c. Roumanie, no 23022/13, §§ 40-41, 3 octobre 2017); Talpis c. Italia, no 41237/14, 2 marzo 2017

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte E.D.U., Sez. 5, 4 giugno 2020, ric. n. 15343/15 e n. 16806/15, Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. Francia.

Abstract

La Corte Edu ha accertato la violazione dell'art. 3 della Convenzione, in ragione del difetto di misure necessarie e appropriate da parte dello Stato per la protezione di una minore, sottoposta dai genitori a maltrattamenti che ne hanno cagionato il decesso; ha negato la violazione dell'articolo 13 della Convenzione in combinato con l'art. 3 della Convenzione, lamentata per asserita assenza di effettività di un mezzo di impugnazione, affermando che tale effettività non dipende dalla certezza di un verdetto favorevole. Ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, ha condannato lo Stato francese a versare un euro simbolico per danni morali e € 15 000 per spese.

1. Il caso

La Corte di Strasburgo ha esaminato i ricorsi di due associazioni per la difesa dell'infanzia che, dopo avere esperito infruttuosamente tutti ricorsi interni volti ad accertare la responsabilità civile dello Stato francese, per il difetto di funzionamento della giustizia in relazione alla morte di una minore in conseguenza degli abusi perpetrati dai suoi genitori, hanno adito la Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

Il caso riguarda la morte, nel 2009, di una minore di otto anni (M.) a seguito delle sevizie inflitte dai genitori. Le richieste alla Corte sono state presentate da due associazioni di tutela dell'infanzia.

Secondo i richiedenti, a fronte di sospetti di maltrattamenti nei confronti di una minore da parte dei genitori, il difetto di misure necessarie e appropriate dello Stato per la protezione di un minore, possibile vittima di maltrattamenti posti in essere dai suoi genitori che hanno cagionato il decesso, costituisce una situazione contraria agli artt. 2, 3 (divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti), e 6 della Convenzione, nonché l'art. 13 per l'assenza di un rimedio effettivo

La Corte, riquilificata l'oggetto del giudizio sotto il profilo della violazione dell'art. 3, laddove i richiedenti prospettavano la violazione dell'art. 2 (diritto alla vita) e art. 6 (diritto ad un processo equo), constata che le plurime segnalazioni di sospetto di maltrattamenti provenienti dalla direttrice della scuola dal giugno 2008 e nel corso del 2009, determinavano **l'obbligo positivo dello Stato di procedere ad indagini** e conclude che le **misure** adottate dalle autorità tra il momento della segnalazione e il decesso della minore **non** erano state **sufficienti** a proteggerla dai gravi abusi dei suoi genitori.

Per quanto riguarda l'azione di responsabilità civile dello Stato per il funzionamento difettoso del servizio pubblico della giustizia, la Corte precisa che non è irragionevole che il legislatore francese preveda, per fondare la responsabilità civile dello Stato in questo particolare contesto, l'esistenza di una "colpa grave", che può essere costituita da una somma di colpe semplici che abbiano comportato un malfunzionamento del servizio della giustizia e il fatto che l'associazione richiedente non abbia soddisfatto le condizioni non era sufficiente per concludere che non vi fosse stato un ricorso effettivo. Essa era stata in grado di adire il giudice al fine di vedere

esaminate le sue doglianze in merito alle inadempienze che rimproverava ai servizi di polizia e al pubblico ministero. Il giudice era competente a pronunciarsi su tali censure e ha proceduto al loro esame, senza limitarsi ad un esame isolato delle sole colpe gravi, al termine di un procedimento nel corso del quale l'associazione ricorrente ha potuto far valere tutti i suoi argomenti e motivi.

2. La ratio decidendi

La Corte ricorda, dapprima, la sua giurisprudenza relativa alla legittimazione delle due associazioni che, pur non essendo qualificabili quali «**vittime dirette**», bensì quali «**vittime indirette**», esse avevano comunque i requisiti, in presenza di «**circostanze eccezionali**», stante l'assenza di soggetti qualificabili vittime dirette, ad adire in giudizio per fare valere la violazione della Convenzione (§§ 119, 120, 131).

La Corte, poi, precisa che la questione posta, come specificato l'oggetto della questione, concerne il profilo se la **responsabilità civile dello Stato** possa essere ricondotta nell'alveo **dell'art. 3 della Convenzione** per maltrattamenti da parte di entità diverse da esso stesso, e ricorda che l'obbligo che l'articolo 1 **impone** alle Alte Parti Contraenti di garantire a qualsiasi persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione per la loro ordinazione, in combinazione con l'articolo 3, di **adottare misure atte ad impedire che dette persone siano sottoposte a torture o a trattamenti inumani** o degradanti, **anche se somministrati da privati**. Tali disposizioni devono consentire una protezione efficace, in particolare dei bambini e di altre **persone vulnerabili** (Talpis c. Italia), e includere misure ragionevoli per impedire maltrattamenti di cui le autorità erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza in conseguenza delle ripetute segnalazioni dei dirigenti scolastici e dei servizi sociali. La Corte imputa allo Stato l'inefficienza dei suoi servizi giudiziari (non quelli sociali) ad apprestare una valida ed efficace protezione che passa attraverso una **seria indagine volta ad accertare le responsabilità penali**. Il sospetto di maltrattamento, che viene ricondotto nell'alveo del comportamento vietato dall'art. 3 Convenzione (divieto di tortura) prevale sulla preoccupazione di rispetto della privacy della vita familiare (§ 161). La Corte rileva, inoltre che, nell'ambito di questa indagine, erano state adottate misure utili e pertinenti, quali l'audizione filmata del bambino e il suo esame da parte di un medico legale (§ 163), ma le investigazioni e le misure disposte dal Pubblico Ministero non si erano rivelate efficaci in quanto non era stata svolta una investigazione in ambito familiare necessaria in questa tipologia di indagini per reati commessi in contesto familiare.

La Corte conclude che il sistema **ha mancato di proteggere la minore** dai gravi abusi che ha subito da parte dei suoi genitori e che hanno portato alla sua morte. Si è pertanto verificata una **violazione dell'articolo 3 della Convenzione** (§ 175-176).

Con riguardo al profilo denunciato di violazione **dell'art. 13 della Convenzione**, la Corte precisa che non le sembra irragionevole che il legislatore francese abbia inquadrato la possibilità di impegnare la responsabilità civile dello Stato in questo particolare contesto esigendo una colpa

grave, che può essere costituita da una somma di colpe semplici che abbiano comportato un malfunzionamento del servizio della giustizia. Essa può altresì ammettere che l'attuazione di questo regime di responsabilità in un quadro limitato corrisponde ad una scelta del legislatore che tiene conto della complessità del funzionamento della giustizia e mira a garantire una certa serenità nell'esercizio della funzione di investigare e giudicare.

Nella fattispecie, la Corte rileva che una delle due associazioni è stata in grado di adire il giudice giudiziario al fine di vedere esaminate le sue lagnanze in merito alle inadempienze che rimproverava ai servizi di polizia e al pubblico ministero. Il giudice francese era competente a pronunciarsi su tali censure e ha proceduto al loro esame, senza limitarsi ad un esame isolato delle sole colpe gravi, al termine di un procedimento nel corso del quale l'associazione ricorrente ha potuto far valere tutti i suoi argomenti e motivi.

La Corte ritiene che il solo fatto che la domanda dell'associazione richiedente sia stata respinta non costituisce di per sé un elemento sufficiente per giudicare il carattere «effettivo o meno» del ricorso. Infatti, **l'efficacia di un ricorso ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione** non dipende dalla certezza di un esito favorevole per il ricorrente e l'oggetto di questa disposizione è quello di fornire un mezzo attraverso il quale i singoli possano ottenere, a livello nazionale, una risposta appropriata prima e di attivare il meccanismo Cedu (§ 185). Ha rilevato, infine, che le condizioni di coinvolgimento della responsabilità dello Stato sono state mitigate poco per volta nel corso del tempo dalla giurisprudenza francese nella interpretazione della **“colpa grave”** e quindi non è stato impedito il ricorso effettivo. Le singole negligenze se prese singolarmente non integrano di per sé colpa grave, ma il funzionamento difettoso del servizio giudiziario può derivare dalla somma delle negligenze e quindi caratterizzare una colpa grave tale da impegnare la responsabilità dello Stato (§ 189). La Corte ha concluso che non vi era stata violazione dell'articolo 13 combinato con l'articolo 3 della Convenzione.

Ai sensi dell'art. 41 Cedu la Corte ha affermato che la Francia deve versare all'associazione Innocence en Danger un euro simbolico per danni morali e € 15 000 per spese. L'Associazione Infanzia non ha presentato una domanda a titolo di soddisfazione equa.

3. La decisione

La Corte ha accertato la violazione dell'art. 3 della Convenzione, ha negato la violazione dell'articolo 13 della Convenzione in combinato con l'art. 3 della Convenzione, per quanto riguarda l'associazione Innocence en Danger. Ha condannato lo Stato francese a versare un euro simbolico per danni morali e € 15 000 per spese.

4. Osservazioni

La Corte con la decisione in commento si pone in linea di continuità con la giurisprudenza (Opuz c. Turchia; Talpis c. Italia) che ha ritenuto la violazione dell'art. 3 della Convenzione, sotto il profilo procedurale, per il mancato adempimento degli obblighi positivi di protezione, il difetto di funzionamento dell'autorità giudiziaria a fronte delle segnalazioni di sospetto maltrattamento e,

in tale ambito, ha ricondotto nell'alveo precettivo dell'art. 3 della Convenzione l'obbligo positivo di tutela in capo allo Stato contraente di fronte a comportamenti integranti la nozione di tortura e di comportamenti disumani e degradanti, quali i maltrattamenti posti in essere in ambito familiare, e ne costituisce, al contempo, un'ulteriore evoluzione dal momento che i richiedenti erano delle associazioni aventi finalità di tutela dell'infanzia, e non i soggetti persone fisiche direttamente coinvolti (come nei casi Talpis e Opuz) a cui viene riconosciuta la qualità di «vittime indirette», presupposto che in presenza di circostanze eccezionali derivanti dall'assenza di soggetti qualificabili quali vittime dirette, è stata riconosciuta la legittimazione ad agire e la domanda ricevibile.

La Corte, anche in questo caso, riafferma i principi già espressi nella sua giurisprudenza per cui le norme della Convenzione non solo contengono obblighi negativi e di astensione, in virtù dei quali gli agenti pubblici non devono violare indebitamente la sfera delle persone; ma anche obblighi positivi e procedurali di adoperarsi perché altri non violi i diritti di ciascuno.

La decisione merita anche di essere segnalata perché riconosce che sugli Stati grava infatti l'obbligo di "esercitare la debita diligenza nel prevenire, indagare, punire i responsabili e risarcire le vittime", obbligo che è normativamente previsto dalla Convenzione di Istanbul (adottata il 7 aprile 2011 a Istanbul ed entrata in vigore, dopo aver raggiunto il numero minimo di ratifiche richiesto, il 1° agosto 2014) che ricondotto nell'alveo precettivo dell'art. 3 della Convenzione contribuisce a rafforzare la tutela delle vittime c.d. vulnerabili.

Sotto altro profilo conferma la necessità per le **c.d. vittime vulnerabili** di azioni efficaci volte agli accertamenti dei fatti nei quali assume rilievo l'audizione del minore in modalità protetta, principi del tutto in linea con la giurisprudenza di legittimità (Sez. 3, n. 10374 del 29/11/2019, S., Rv. 278546 - 01; Sez. 3, n. 58318 del 09/11/2018, S., Rv. 274739 - 02; Sez. 3, n. 47702 del 14/06/2018, M., Rv. 274947 - 01; Sez. 3, n. 44448 del 16/10/2013, L., Rv. 258314 - 01). Sul versante delle fonti sovranazionali devono, per completezza, qui essere ricordate la **Convenzione** del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007 per la protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, sottoscritta a **Lanzarote**, ratificata con la legge n. 172 del 2012 che ha apportato modifiche al codice penale; la Direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, la Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI; e la **Direttiva n. 29 del 25 ottobre 2012**, sulle norme minime in materia di **diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, recepita con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che ha introdotto modifiche in tema di diritto di informazione della persona offesa**; al diritto di accedere ai servizi di assistenza; al diritto di partecipare al procedimento penale e, infine, al diritto di ricevere protezione.

ART. 14 CEDU

ISTRUZIONE PUBBLICA - SCUOLA PRIMARIA - MINORE AFFETTO DA AUTISMO - TUTORAGGIO SPECIALIZZATO - INATTUAZIONE - DISCRIMINAZIONE - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, 10 settembre 2020, G.L. c. Italia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204322>

CLASSIFICAZIONE

Istruzione pubblica – Scuola primaria - Minore affetto da **autismo** - Tutoraggio specializzato – Diritto – Inattuazione – Discriminazione – Sussistenza – **Violazione dell’art. 14 della Convenzione combinata con la violazione dell’art. 2 del Protocollo n.1.**

ABSTRACT

Viola il principio generale di non discriminazione e quello specifico del diritto all’istruzione **lo Stato** che **non assicura** ad un bambino disabile – nella specie, durante i suoi primi due anni di scuola primaria-di beneficiare del **tutoraggio specializzato** previsto dalla legge.

IL CASO

La ricorrente, una bambina nata nel 2004 ed affetta da autismo, non ha potuto, durante i suoi primi due anni di scuola primaria dal 2010 al 2012, beneficiare dell'assistenza specialistica cui aveva diritto ai sensi della legislazione vigente. Di conseguenza, la sua famiglia ha dovuto sostenere i costi necessari per fruire di assistenza specialistica privata. I tribunali amministrativi nazionali hanno respinto il ricorso della minore.

LE OSSERVAZIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

L'ordinamento giuridico italiano garantisce il diritto all'istruzione dei bambini con disabilità sotto forma di educazione inclusiva nelle normali scuole pubbliche; un insegnante di sostegno deve essere presente nelle classi che integrano bambini disabili e vengono forniti altri assistenti se la situazione dello studente lo richiede. Il minore disabile, in particolare, ha diritto a che lo Stato provveda ad una "sistemazione ragionevole" al fine di assicurare il richiamato diritto.

La Corte ritiene che l'articolo 14 della Convenzione debba essere interpretato alla luce dei requisiti stabiliti dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CRPDH). Secondo questo strumento, La discriminazione fondata sull’handicap comprende tutte le forme di discriminazione, incluso il rifiuto di "*aménagement raisonnable*", ossia di "sistemazione ragionevole" che le persone con disabilità hanno il diritto di aspettarsi: si tratta delle "modifiche" e degli "aggiustamenti necessari e appropriati che non impongono un onere sproporzionato o indebito e che sono volti ad assicurare a queste persone il godimento o l'esercizio, sulla base

dell'uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali". La discriminazione sulla base della disabilità include tutte le forme di discriminazione, compresa la negazione di tali soluzioni ragionevoli.

La Corte è consapevole, e lo riconosce espressamente, che non spetta ad essa definire la "sistemazione ragionevole" da attuare nel campo dell'istruzione per soddisfare le esigenze educative delle persone con disabilità, essendo tale valutazione rimessa agli Stati contraenti. Tuttavia, la Corte statuisce nel contempo –sulla base del principio di sussidiarietà– che gli Stati devono essere particolarmente attenti alle loro scelte in questo settore, dato l'impatto di queste sui bambini con disabilità, la cui particolare vulnerabilità non può essere ignorata.

Nella specie, il governo aveva evidenziato che, a causa dello stanziamento dei soli fondi disponibili per i bisogni delle persone con sclerosi laterale amiotrofica (SLA), l'amministrazione non disponeva di risorse finanziarie che potessero essere rapidamente assegnate al sostegno educativo, e che, per altro verso, aveva istituito un'assistenza specializzata fornita dai dipendenti della scuola.

La Corte ritiene non esimente l'assistenza interna (in ragione della sua esiguità) e ritiene infondata l'eccezione relativa alla mancanza di risorse finanziarie, essendo comunque necessario verificare se fosse stato rispettato un giusto equilibrio tra le esigenze educative della minore e la limitata capacità dell'amministrazione di farvi fronte, e se le restrizioni di bilancio invocate dall'amministrazione avevano avuto lo stesso impatto sull'offerta di istruzione per i bambini non disabili come per i bambini con disabilità.

La Corte ha quindi concluso all'unanimità per la sussistenza della violazione degli obblighi convenzionali in capo allo Stato. La discriminazione subita dalla ricorrente era stata tanto più grave, secondo la Corte, in quanto avvenuta nel contesto della **scuola primaria**, obbligatoria nella maggior parte dei Paesi e nella quale venivano insegnate le basi dell'educazione e dell'integrazione sociale dei bambini, dando loro la prima esperienza di vita in una comunità. Lo Stato italiano è stato condannato al risarcimento dei danni, liquidati in euro 10.000 per danno morale e 2.520 per danno patrimoniale.

PRINCIPIO AFFERMATO: Il campo di applicazione dell'articolo 14 include non solo il divieto di discriminazione basata sulla disabilità, ma anche l'obbligo degli Stati di garantire "soluzioni ragionevoli" in grado di correggere le disuguaglianze fattuali che, non potendo essere giustificate, costituiscono una discriminazione.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Art. 14, 41 CEDU e 2 Prot. 1.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNAZIONALI

articolo 15 della Carta sociale europea

Raccomandazione Rec (2006) 5 del Comitato dei Ministri sul Piano d'azione del Consiglio d'Europa per promuovere i diritti e la piena partecipazione delle persone con disabilità nella società e migliorare la qualità della vita delle persone con disabilità in Europa 2006-2015
Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (CRPDH).

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):

Ponomaryovi c. Bulgaria, 5335/05, 2011

Çam c. Turchia, 51500/08, 2016

Şanlısoy c. Turchia (dicembre), 77023/12, 2016

Enver Şahin c. Turchia, 23065/12, 2018

Stoian c. Romania, 289/14, 2019.

Zehnalová et Zehnal c. République ceca (déc.), no 38621/97, 2002

Mółka c. Polonia (déc.), n. 56550/00, 2006

Farcaş c. Romania (déc.), n. 32596/04 2010

ART. 14 CEDU

CORTE E.D.U., Prima Sezione, Sentenza 4.2.2021, Jurčić c. Croazia, rg. n. 54711/15

CLASSIFICAZIONE

Art 14 (+ Art 1 P1) • Discriminazione ingiustificata e diretta in base al sesso derivante dal rifiuto di attribuire l'indennità di maternità alla donna incinta che si è sottoposta a fecondazione in vitro poco prima dell'impiego • Obblighi finanziari imposti a uno Stato durante la gravidanza di una donna inidonei a giustificare una differenza di trattamento basata sul sesso • Carattere problematico delle misure di assicurazione spesso rivolte alle donne incinte e alle donne che hanno concluso un contratto di lavoro in una fase avanzata della loro gravidanza o con familiari stretti • Protezione lavorativa delle donne durante la gravidanza e sua indipendenza dalla presenza al lavoro durante la maternità • Misure di protezione della maternità essenziali per sostenere il principio della parità di trattamento tra uomini e donne nel mondo del lavoro • Conclusione delle autorità che la fecondazione in vitro ha reso la ricorrente medicalmente inidonea a trovare un impiego equivale a scoraggiarla dal cercare un lavoro a causa di una possibile gravidanza e indicativo di stereotipi di genere, in diretta violazione del diritto nazionale e internazionale.

ABSTRACT

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

IL CASO

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

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

LE OSSERVAZIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

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

(a) Vi era una differenza di trattamento

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

b) la differenza di trattamento non era giustificata

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

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

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

Secondo la Corte, però, ritenere che la ricorrente –in ragione delle sue condizioni- avrebbe dovuto **astenersi dall'instaurare il rapporto viola il diritto interno e internazionale, essendo equivalente a scoraggiare la donna dal cercare lavoro a causa della sua possibile gravidanza.**

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

Considerazione di elementi aggiuntivi:

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

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

Conclusioni:

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

PRINCIPIO AFFERMATO

Il rifiuto di assumere una donna incinta, ovvero di riconoscerle una prestazione previdenziale, in ragione del suo stato di gravidanza costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso, che non può essere giustificata dagli interessi finanziari dello Stato. Di conseguenza, la differenza di trattamento a cui è stata sottoposta la ricorrente, in quanto donna rimasta incinta a seguito di fecondazione in vitro, non essendo obiettivamente giustificata o necessaria, costituisce

violazione dell'art. 14 Convenzione EDU, con conseguente responsabilità dello Stato anche per il risarcimento dei danni morali.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

Articolo 14

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

RIFERIMENTI GIURISDIZIONALI (CEDU):

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

PROT. n. 1 CEDU - ART. 1

LAVORO PUBBLICO - EMOLUMENTO EROGATO CON COSTANZA E SENZA RISERVE DAL DATORE DI LAVORO - PERCEZIONE DELLO STESSO IN BUONA FEDE DAL DIPENDENTE - AZIONE DI RIPETIZIONE DELL'INDEBITO - Rispetto DEL DIRITTO DI proprietà - NECESSITÀ - Interferenza sproporzionata - SUSSISTENZA.

Corte EDU, Prima Sezione, 11 febbraio 2021, Casarin. c. Italia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207842>

CLASSIFICAZIONE

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

ABSTRACT

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

IL CASO

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

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

La ricorrente, pur provvedendo alla restituzione rateale delle somme (con riserva), adiva il giudice per sentirle dichiarare irripetibili, ed il Tribunale di Pinerolo accoglieva la domanda in ragione del legittimo affidamento della lavoratrice riposto sulla correttezza dei pagamenti ricevuti

e della buona fede della stessa. La sentenza veniva però riformata dalla Corte d'appello che affermava la piena ripetibilità delle somme; il ricorso in cassazione della lavoratrice veniva rigettato.

LE OSSERVAZIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

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

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

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

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

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

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

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

La Corte ricorda in particolare che:

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

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

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

PRINCIPIO AFFERMATO

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

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI: art. 1 Prot. 1; art. 14 CEDU

RIFERIMENTI GIURISDIZIONALI (CEDU):

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

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

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

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

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

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

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

PROT. n. 7 CEDU - ART. 1

STRANIERO - ESPULSIONE - RAGIONI DI SICUREZZA NAZIONALE - GARANZIE PROCEDIMENTALI - DIRITTO ALL'INFORMAZIONE SUI FATTI RILEVANTI - CONTENUTO - GARANZIE PROCEDIMENTALI - ASSISTENZA DIFENSIVA - DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE.

Corte EDU, Grande Camera, 15 ottobre 2020, Muhammad e Muhammad c. Romania

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205510>

Classificazione

Stranieri – Espulsione – Motivi di sicurezza nazionale – Informazioni riservate – **Garanzie procedurali** – Diritto all'informazione sui fatti rilevanti – Diritto di accesso al contenuto dei documenti e alle informazioni rilevanti – Limitazioni – Giustificazione – Sufficiente compensazione – **Controllo sui fattori di bilanciamento** – Necessità.

Riferimenti normativi convenzionali

Articolo 1 Protocollo n. 7 Cedu

Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano

Articolo 13, c. 1, decreto legislativo n. 286 del 1998; articolo 3, c. 1, legge n. 155 del 2005

Pronuncia segnalata

Corte Edu, Grande Camera, Muhammad e Muhammad c. Romania, 15 ottobre 2020 (ricorso n. 80982/12)

Abstract

La Corte europea, con la pronuncia in esame, si è soffermata sul contenuto minimo di garanzie procedurali che va assicurato allo straniero raggiunto da un provvedimento di espulsione per ragioni di sicurezza nazionale. Sulla premessa che occorre operare un bilanciamento ragionevole di contrapposti interessi, ha affermato che spetta in ogni caso allo straniero il diritto ad una informazione sui fatti che giustificano l'espulsione, per quanto non particolarmente puntuale e dettagliata, dovendosi tener conto del concorrente e opposto interesse delle Autorità statali alla non divulgazione di notizie riservate o addirittura segrete; e che allo straniero va riconosciuto il diritto di reclamo, o impugnazione, avverso il provvedimento di espulsione con la garanzia di assistenza difensiva nel procedimento di riesame del provvedimento.

Riferimenti giurisprudenziali

Sentenze CEDU

Riguardo all'inadeguato controllo giudiziario con riferimento all'ordine di lasciare il paese per motivi di sicurezza nazionale, sulla base di informazioni "riservate": **Ljatifi c. ex-repubblica**

Yugoslava di Macedonia (ricorso n. 19017/16) – Sull'effettivo rimedio di tutela in caso di mancato godimento di garanzie procedurali: **Baltaji c. Bulgaria** (ricorso n. 12919/04); **Takush c. Grecia** (ricorso n. 2853/09); **Sharma c. Lettonia** (ricorso n. 28026/05) – Con riferimento alle pratiche amministrative di espulsione: **Berdzenishvili ed altri c. Russia** (ricorso n. 14594/07 ed altri).

Sentenze della Corte di cassazione

Corte di cassazione civile:

Sez. 1, Sentenza n. 27790 del 16/12/2005, Rv. 588217, secondo cui "in tema di giudizio sul ricorso dello straniero avverso il decreto prefettizio di espulsione, viola il diritto di difesa, immanente anche a siffatto procedimento, la decisione adottata all'esito dell'acquisizione, su ordine del giudice, del verbale dal fermo dello straniero, senza che sia stato possibile al ricorrente esercitare il contraddittorio con riguardo alla documentazione acquisita";

Sez. 6-1, Sentenza n. 4794 del 11/03/2016, Rv. 639018, secondo cui "il giudice investito dell'impugnazione del provvedimento di espulsione ha piena cognizione dei fatti di causa, che deve accertare anche in base ai documenti prodotti solo in sede processuale, secondo le regole generali vevoli per i giudizi davanti a lui, finalizzati a correggere, grazie alla pienezza del contraddittorio e del diritto di difesa, eventuali lacune o errori del procedimento amministrativo. (In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha cassato la decisione impugnata, che aveva ritenuto legittima l'espulsione considerando irrilevante l'esistenza, sul passaporto del ricorrente, di un visto d'ingresso rilasciato dall'autorità diplomatica francese, in quanto non esibito al momento dell'espulsione)";

Sez. 1, Sentenza n. 20670 del 25/10/2005, Rv. 583524, secondo cui "nel procedimento camerale "ex" art. 737 cod. proc. civ. - con cui si svolge l'opposizione al decreto prefettizio di espulsione dello straniero -, affinché il principio del contraddittorio possa dirsi rispettato è necessario, ma nel contempo sufficiente, che gli scritti e i documenti prodotti da una delle parti, ed acquisiti al fascicolo d'ufficio, siano posti a disposizione della controparte e che, in relazione al contenuto di essi, a quest'ultima venga offerta la possibilità di approntare le sue difese. Ne deriva che, perché sia configurabile una violazione del principio del contraddittorio in conseguenza della produzione documentale effettuata all'udienza nella quale il giudice si è riservato di provvedere sull'espulsione, è necessario che la parte formuli una richiesta esplicita di rinvio dell'udienza al fine di esaminare la documentazione prodotta dalla controparte".

Sez. 1, Sentenza n. 5208 del 10/03/2006, Rv. 593730, secondo cui "in tema di espulsione amministrativa dello straniero, l'obbligo dell'autorità procedente di tradurre la copia del relativo decreto nella lingua conosciuta dallo straniero stesso non può ritenersi adempiuto attraverso la traduzione orale, come risulta dalla inequivoca portata del testo normativo, che fa riferimento alla consegna del testo tradotto all'interessato, e come è desumibile altresì dalla funzione di garanzia del precetto normativo, che ha la finalità di assicurare allo straniero la completa cognizione della contestazione espulsiva al fine di consentirgli di apprestare le difese tecniche. Né può assumere alcun valore di "completamento" della validità dell'atto la sottoscrizione del

verbale di consegna dello stesso da parte del destinatario, che ne attesta esclusivamente la ricezione, e non già la comprensione”.

Il caso

I ricorrenti, Adeel Muhammad e Ramzan Muhammad, cittadini pakistani, giunsero in Romania – il primo nel 2009 ed il secondo 2012 – con un visto per studenti, avendo ottenuto entrambi una borsa di studio – “*Erasmus Mundus*” – presso la Facoltà di Economia dell’Università “Lucian Blaga” con sede a Sibiu.

Con una nota del 4 dicembre 2012 il Servizio di *intelligence* rumeno (*Serviciul român de informații* – SRI) richiese alla Procura Generale presso la Corte d’Appello di Bucarest, allegando documentazione “strettamente riservata” l’avvio di una procedura per la dichiarazione di Adeel e Ramzan Muhammad quali “persone non gradite” in Romania, per un periodo di quindici anni, per poi provvedere alla loro espulsione.

La Procura della Repubblica procedette all’espulsione, ritenendo, sulla base della documentazione riservata, che i due soggetti potessero mettere in pericolo la sicurezza nazionale; ciò ai sensi dell’articolo 85, paragrafo 1 dell’ordinanza di emergenza (*ordonanței de urgență a Guvernului* – “OUG”) n. 194/2002 sullo *status* degli stranieri in Romania (“OUG n. 194/2002”) in combinato disposto con la sezione 3, punti (i) e (l), della legge n. 51 del 1991 sulla sicurezza nazionale e dell’articolo 44 della legge n. 535 del 2004 sulla prevenzione e la lotta al terrorismo.

A giudizio della Procura, la documentazione ricevuta era utilizzabile stante la conformità della stessa alle disposizioni dell’Ordine Governativo n. 585 del 2002 contenente le norme nazionali per la protezione delle informazioni riservate.

Da quella documentazione si traeva:

- lo svolgimento, ad opera dei due cittadini pakistani, di attività a sostegno di un gruppo fondamentalista islamista collegato ad *al-Qaeda*, il loro legame con vari gruppi terroristici ed il loro addestramento.

La Corte, a cui era stato assegnato inizialmente il caso, con sentenza interlocutoria del 5 dicembre 2012 affermò di non poter accedere ai documenti “riservati” posti a fondamento del provvedimento di espulsione, così come stabilito dalla legge n. 182/2002 in materia di protezione delle informazioni riservate per avere accesso al documento presentato dalla Procura della Repubblica.

Il caso venne assegnato successivamente a una diversa Corte, autorizzata ad accedere alla documentazione “riservata”, che, accogliendo la richiesta della Procura, pronunciò sentenza dichiarando i due cittadini pakistani “persone non gradite” per un periodo di quindici anni; ordinò quindi di trattenerli in custodia amministrativa (*luare în custodia publică*), in attesa dell’espulsione. Per la Corte, invero, dai documenti dei servizi segreti emergeva in maniera chiara un rischio per la sicurezza nazionale.

Con ricorso alla Corte Suprema i due cittadini pakistani lamentarono di non essere stati informati della facoltà di essere assistiti da un difensore e di non aver potuto accedere ai documenti riservati posti alla base dell'espulsione, con violazione del diritto a un equo processo.

Con sentenza del 20 dicembre 2012 la Corte Suprema respinse il ricorso, ritenendo, da un lato, che la Corte d'Appello non fosse tenuta ad esibire la documentazione riservata per tutelare la sicurezza nazionale; dall'altro, che non vi fosse stata alcuna violazione del diritto ad un equo processo, avendo i ricorrenti beneficiato di sufficienti garanzie procedurali (convocazione a processo da parte delle autorità, partecipazione all'udienza, assistenza di un interprete, rappresentanza legale e tempo sufficiente per predisporre le proprie difese).

Adeel e Ramzan Muhammad hanno dunque fatto **ricorso alla Corte europea** adducendo la violazione dei diritti riconosciuti dall'**articolo 13 della Convenzione** e dall'**articolo 1 del protocollo n. 7 della Convenzione**. Hanno denunciato di non aver ricevuto adeguata informazione sulle accuse e di non aver avuto accesso ai documenti riservati posti a fondamento della richiesta di espulsione.

I ricorsi, assegnati alla Terza Sezione del Tribunale, sono stati dichiarati inammissibili con riferimento agli articoli 5 e 8 della Convenzione.

Successivamente sono stati assegnati alla Quarta Sezione della Corte e, il 26 febbraio 2019, alla Grande Camera.

Le conclusioni della Corte EDU

La Corte ha esaminato i ricorsi **esclusivamente con riferimento all'articolo 1 del Protocollo n. 7 della Convenzione**.

Le garanzie previste dall'articolo 1 del protocollo n. 7 si sarebbero dovute effettivamente applicare ai due ricorrenti, essendo costoro "legalmente residenti" in Romania al momento dell'avvio del procedimento di espulsione, in virtù del visto di soggiorno di lunga durata ottenuto per la prosecuzione degli studi universitari (cfr. Georgia contro Russia (I)GC], n. 13255/07, § 228, CEDU 2014, e Sejdovic e Sulejmanovic v. Italia (dic.), no. 57575/00, 14 marzo 2002).

La Relazione di accompagnamento al Protocollo n. 7 precisa che l'art. 1 definisce uno **standard "minimo" di garanzie del procedimento di espulsione**, e specificamente: il **diritto di presentare rilievi** contro l'espulsione, il **diritto** di ottenere una **rivalutazione del caso** e il **diritto e di essere assistiti da un difensore**.

La Corte, pur premettendo che le garanzie di essere informati circa gli elementi di fatto rilevanti nella procedura di espulsione e di avere accesso alla relativa documentazione non sono assicurate in modo assoluto e vanno valutate in relazione ad interessi concorrenti, ad esempio quello alla sicurezza nazionale, ha accolto i ricorsi.

Come per alcuni procedimenti penali, il procedimento di espulsione amministrativa può essere caratterizzato dalla presenza di interessi concorrenti – come quelli nazionali di sicurezza o di proteggere i testimoni a rischio di rappresaglie o, anche, di segretezza dei metodi di investigazione della Polizia –, da valutarsi nel bilanciamento con i diritti dello straniero.

Nel caso in cui si operi detto bilanciamento, allo straniero deve essere data l'effettiva possibilità di proporre impugnazione contro l'espulsione e di essere protetto da qualsiasi arbitrarietà.

La Corte ha già affermato che, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, anche nel caso in cui vengano in rilievo la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico sono da considerarsi legittime quelle limitazioni dei diritti procedurali tali da non comprometterne l'essenza.

Sulla base di queste considerazioni ha ritenuto di dover verificare se le restrizioni potessero dirsi giustificate dalle circostanze del caso, per poi valutare se fossero state sufficientemente controbilanciate con garanzie procedurali capaci di preservare l'essenza dei diritti spettanti agli stranieri.

Ha allora osservato che ai ricorrenti fu negato il diritto di conoscere i fatti rilevanti per la loro espulsione e le Autorità interne non specificarono quali fossero le reali ragioni di sicurezza nazionale da tutelare. Fatto quest'ultimo tanto più grave dal momento che informazioni ben più dettagliate rispetto a quelle fornite ai ricorrenti furono successivamente diffuse dai Servizi segreti.

Costoro ricevettero, invero, solo **informazioni molto generiche sui profili giuridici delle accuse a loro carico.**

Secondo la Corte, una **semplice elencazione delle disposizioni di legge rilevanti** non può essere considerata sufficiente a rappresentare un'**adeguata informazione** in ordine alle accuse.

In conclusione, esaminato il procedimento nel suo complesso e tenendo conto del margine di discrezionalità concesso agli Stati in queste materie, la Corte ha dichiarato che le **limitazioni imposte al godimento dei diritti di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 7** non sono state controbilanciate nel procedimento interno in maniera tale da preservare l'essenza stessa di questi diritti.

Osservazioni finali.

L'ordinamento nazionale attribuisce al Ministro dell'interno il potere di disporre l'espulsione dello straniero per "motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato" (art. 13, c. 1, d. lgs. 286/1998) o per "motivi di prevenzione del terrorismo" (art. 3, c. 1, l. 155/2005). In tale ultimo caso, la decisione può essere adottata anche dal Prefetto, su delega del Ministro.

Entrambi i tipi di espulsione sono ad elevata discrezionalità, con conseguente limitata sindacabilità in sede giurisdizionale. Giudice competente è il T.A.R. Lazio, sede di Roma.

I presupposti dei provvedimenti di **espulsione** non sono tassativi, e quella disposta **per motivi di prevenzione del terrorismo** non è soggetta a convalida giurisdizionale, è immediatamente esecutiva e non può essere sospesa cautelatamente.

Ove sia apposto il segreto di Stato, il giudizio dinnanzi al giudice amministrativo resta sospeso per due anni.

TAR Lazio, sez. I ter, 13 dicembre 2019, n. 14373 ha affermato che l'espulsione disposta dal Ministro dell'interno ex art. 13, co. 1, TUI e 3, co. 1, d.l. 144/2005 è espressione dell'esercizio di alta discrezionalità amministrativa e ha natura di misura preventiva. Ne consegue che il

giudizio di pericolosità dell'interessato per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale è sindacabile solo per manifesta irragionevolezza ovvero travisamento o difetto di istruttoria.

TAR Lazio, sez. I ter, 20 settembre 2019, n. 11181 ha ritenuto che il ritrovamento in casa di un soggetto straniero di immagini relative ad un contesto etnico-religioso a sfondo terroristico giustifica (anche in forza della elevata discrezionalità in ordine alla sussistenza di ragioni di ordine pubblico affidate agli organi del Ministero dell'Interno) la decisione di procedere all'espulsione dello stesso, dovendosi ritenere preminente l'interesse alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, interesse essenziale ed insopprimibile della collettività, rispetto all'interesse del ricorrente a permanere, anche per breve durata e per particolari condizioni economiche e familiari, sul territorio italiano.

STRANIERO - ESPULSIONE - MINACCIA PER MOTIVI DI SICUREZZA DELLO STATO - MANCATA INDICAZIONE DEGLI STESSI ALL'INTERESSATO - DEFICIT INFORMATIVO - "COMPENSAZIONE" CON LA DEVOLUZIONE DELLA DECISIONE AD ALTE AUTORITÀ GIUDIZIARIE INDIPENDENTI - IRRILEVANZA.

Corte EDU, Quarta Sezione, 9 marzo 2021, Hassine c. Romania

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208411>

CLASSIFICAZIONE: Espulsione di uno straniero - Art. 35 § 1 della Convenzione - Esaurimento delle vie di ricorso interne - Garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri - Violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 - Danno non patrimoniale - Risarcimento - Danno non patrimoniale - Giusta soddisfazione.

RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI: Art. 35 § 1 CEDU; Art. 1 del Protocollo n. 7; Art. 41 CEDU.

RIFERIMENTI NAZIONALI SUL REGIME GIURIDICO DEGLI STRANIERI IN ROMANIA:

Decreto governativo urgente (OUG) n. 194/2002, art. 85 (La dichiarazione di uno straniero come persona indesiderabile: 1. La dichiarazione [che una persona è] indesiderabile è una misura presa nei confronti di uno straniero che ha svolto, sta svolgendo o [nei cui confronti] esistono forti indizi che intende svolgere attività di natura tale da minare la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico. 2. Il provvedimento di cui al paragrafo 1 è pronunciato dalla Corte d'appello di Bucarest, su richiesta del pubblico ministero ..., che si rivolge alla Corte d'appello su proposta delle istituzioni preposte al mantenimento dell'ordine pubblico e alla tutela della sicurezza nazionale che abbiano tali indicazioni ... 3. I dati e le informazioni su cui si basa la proposta di dichiarare uno straniero indesiderabile per motivi di sicurezza nazionale sono messi a disposizione della [Corte d'appello], alle condizioni previste dalla legislazione che disciplina le attività di sicurezza nazionale e la protezione delle informazioni classificate. 4. La richiesta di cui al paragrafo 2 è esaminata in camera di consiglio, con le parti convocate. La corte d'appello informa lo straniero interessato dei fatti su cui si basa la domanda, nel rispetto delle disposizioni delle leggi che regolano le attività di sicurezza nazionale e la protezione delle informazioni classificate. 5. La corte d'appello emette una sentenza motivata entro dieci giorni dalla data in cui le è stata presentata la domanda di cui al paragrafo 2. La decisione del tribunale è definitiva. Quando il tribunale dichiara uno straniero indesiderabile per motivi di sicurezza nazionale, non indica nella sua sentenza i dati e le informazioni su cui si basa la decisione. 6. La sentenza viene comunicata allo straniero e, quando la corte d'appello dichiara lo straniero persona indesiderabile, all'Ufficio romeno per l'immigrazione, per l'esecuzione. 7. Il diritto di soggiorno dello straniero cessa alla data della pronuncia della sentenza che lo dichiara indesiderabile. 8.

L'esecuzione della sentenza con la quale lo straniero è stato dichiarato indesiderabile viene effettuata con l'espulsione dello straniero alla frontiera o al suo paese d'origine, dal personale specializzato dell'Ufficio Rumeno per l'Immigrazione. 9. Uno straniero può essere dichiarato indesiderabile per un periodo da cinque a quindici anni ..."); **Art. 86** (Ricorsi contro la sentenza emessa ai sensi dell'articolo 85 § 5: "1. Contro la sentenza di cui all'articolo 85 § 5 può essere presentato ricorso all'Alta Corte di Cassazione e di Giustizia entro dieci giorni dalla data in cui essa è stata comunicata [all'interessato]. L'Alta Corte decide sul ricorso entro cinque giorni dalla data della sua presentazione. 2. Un ricorso ai sensi del comma 1 non ha effetto sospensivo sull'esecuzione della decisione con cui lo straniero è stato dichiarato indesiderabile. In casi debitamente giustificati e per evitare un danno imminente, lo straniero può chiedere al tribunale la sospensione dell'esecuzione della decisione che lo dichiara indesiderabile, in attesa della decisione sul ricorso. Il tribunale deciderà sulla richiesta di sospensione d'emergenza, la decisione emessa in questo caso è esecutiva"); **Art. 92** (Divieto di deportazione: "1. L'allontanamento dello straniero è vietato nei seguenti casi: ... b) lo straniero è il genitore di un minore che ha la cittadinanza rumena, se il minore è a suo carico o se c'è un obbligo di pagare gli alimenti, obbligo che lo straniero adempie regolarmente; c) lo straniero è sposato con un cittadino rumeno ...; ... 3 Le disposizioni del primo paragrafo ... non si applicano agli stranieri che rappresentano un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale ..."); **Art. 97** (Detenzione amministrativa di stranieri : "1. Il collocamento in detenzione amministrativa è una misura di restrizione temporanea della libertà di movimento sul territorio rumeno, ordinata da un magistrato contro lo straniero che non ha potuto essere allontanato sotto scorta nei termini previsti dalla legge, in una delle seguenti situazioni: ... c) lo straniero è stato dichiarato persona indesiderabile sul territorio rumeno; ... 2. La misura della detenzione amministrativa è ordinata dal procuratore designato a tal fine [all'interno] della Procura presso la Corte d'Appello di Bucarest, per un periodo di 30 giorni, su richiesta dell'Ufficio dell'Immigrazione rumeno, al fine di compiere tutti i passi necessari per l'allontanamento sotto scorta. 3. La misura può anche essere ordinata dal tribunale contemporaneamente alla decisione con cui lo straniero è dichiarato indesiderabile o ne viene ordinata l'espulsione. In questo caso, la detenzione amministrativa è ordinata fino all'allontanamento dal territorio rumeno, per un periodo che non può superare i 18 mesi. ... (9) Gli stranieri contro i quali è stata ordinata la misura della detenzione amministrativa ai sensi del paragrafo 2 possono presentare un reclamo, entro cinque giorni dalla decisione di detenzione amministrativa, alla Corte d'appello ..., che è tenuta a decidere sul reclamo entro tre giorni dal suo ricevimento. La presentazione di una denuncia non ha alcun effetto sospensivo sulla procedura di rimozione)."

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI: Muhammad e Muhammad c. Romania [GC], n. 80982/12, §§ 49-51, 53, 125-127, 168 E 170, 15 ottobre 2020; Vučković e altri c. Serbia (Obiezione preliminare) [GC], nn. 17153/11 e 29 Altri, §§ 69-77, 25 marzo 2014; Gherghina c. Romania [GC], n. 42219/07, §§ 83-89, 9 luglio 2015; A.M. c. Francia, n. 56324/13, § 38, 12

luglio 2016; Georgia c. Russia (I) (Meriti) [GC], n. 13255/07, § 228, CEDU 2014 (estratti); Sejdovic e Sulejmanovic c. Italia (dec.), n. 57575/00, 14 marzo 2002.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quarta sezione, caso Hassine c. Romania, 9 marzo 2021, ricorso n. 36328/13

ABSTRACT

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

IL CASO

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

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

L'8 novembre 2012 il ricorrente ha inviato alla Corte d'appello una richiesta di rinvio dell'udienza, prevista per il 9 novembre 2012, al fine di poter preparare la sua difesa e assumere un difensore. Il 9 novembre 2012, alle ore 9, la Corte d'appello ha esaminato il caso e, in assenza del ricorrente, ha respinto la richiesta di rinvio, sottolineando l'urgenza del procedimento; pertanto, alle ore 11:00 dello stesso giorno è stata notificata al ricorrente una nuova citazione allo scopo di consentire la sua partecipazione all'udienza prevista più tardi quel giorno alle ore 13:30.

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

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

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

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

LE RISPOSTE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

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

La Corte europea dei diritti dell'uomo, rispondendo alle doglianze proposte dal ricorrente - secondo le quali il suo collocamento in detenzione amministrativa (in vista dell'allontanamento dal paese) costituiva una privazione illegale della libertà - ha preliminarmente richiamato i principi applicabili al mancato esaurimento dei rimedi interni, ricordando che gli Stati non sono responsabili nei confronti di un organismo internazionale finché non hanno avuto la possibilità di rimediare alla situazione nel loro ordinamento giuridico interno. Ha quindi osservato che nel caso di specie la Corte d'appello aveva ordinato due misure nei confronti del ricorrente: una prima misura che lo dichiarava persona indesiderabile e una seconda misura che decideva il suo

collocamento in detenzione amministrativa. Il ricorrente avrebbe potuto contestare entrambe le misure con un unico ricorso e, dunque, aveva a disposizione un rimedio per contestare anche la misura della detenzione amministrativa, ma non l'aveva utilizzato, atteso davanti all'Alta Corte aveva impugnato solo la misura che lo dichiarava persona indesiderabile.

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

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

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

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

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

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

In proposito la Corte ha indicato come elementi che potrebbero compensare sufficientemente le limitazioni dei "diritti procedurali" degli stranieri interessati: - l'adeguatezza delle informazioni fornite loro sui motivi della loro espulsione e l'accesso al contenuto dei documenti su cui le autorità si sono basate; - la fornitura di informazioni sull'andamento del procedimento e sulle disposizioni adottate a livello nazionale per compensare la limitazione dei loro diritti, nonché la rappresentanza degli stranieri e il coinvolgimento di un'autorità indipendente nel procedimento. La Corte ha chiarito, tuttavia, che il rispetto dell'articolo 1 del protocollo n. 7 non richiede necessariamente l'attuazione cumulativa di tutti gli elementi sopra elencati e che la valutazione della natura e della portata dei fattori compensativi da introdurre può variare a seconda delle circostanze del caso particolare.

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

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

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

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

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

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

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

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

3) SULLA PRESUNTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

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

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

4) APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

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

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

LE CONCLUSIONI DELLA CORTE

Alla luce di un esame complessivo delle restrizioni poste ai diritti processuali del ricorrente e degli elementi posti in essere nel caso di specie per compensarle, e tenendo conto del margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati a questo proposito, la Corte ha ritenuto che le limitazioni subite dal ricorrente nel godimento dei suoi diritti ai sensi dell'articolo 1 del protocollo n. 7 CEDU non fossero state compensate nel procedimento interno in modo tale da preservare la sostanza stessa di tali diritti.

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

OSSERVAZIONI FINALI

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

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

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

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

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

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

Il Testo Unico sull'immigrazione non riconosce allo straniero il diritto di essere informato del procedimento o di essere sentito, sicché la tutela dei diritti si sposta nella fase successiva all'adozione del provvedimento di espulsione, in sede di contenzioso giurisdizionale. In particolare le garanzie previste a favore dello straniero soggetto a un provvedimento di espulsione si concentrano: nell'obbligo di motivare l'espulsione; nell'obbligo di notificarla all'interessato; nell'indicazione delle modalità e dei termini di impugnazione; nella traduzione del provvedimento di espulsione in una lingua conosciuta allo straniero espulso, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato.

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

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

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

PROT. n. 7 CEDU - ART. 5

MATRIMONIO RELIGIOSO - DELIBAZIONE DI SENTENZA ECCLESIASTICA DI NULLITÀ - DIVORZIO - PASSAGGIO IN GIUDICATO - CONSEGUENZE ECONOMICHE - ASSEGNO DIVORZILE - UGUAGLIANZA TRA CONIUGI - SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE - FONDAMENTO - ART. 5 PROT. N. 7 CEDU.

Cass., Sez. Un. Civ., 31 marzo 2021, n. 9004

Disponibile in www.italgiure.giustizia.it

CLASSIFICAZIONE

Famiglia – Matrimonio religioso – Sentenza ecclesiastica di nullità – Delibazione -Divorzio – Conseguenze economiche - Giudicato – Assegno divorzile – Uguaglianza tra coniugi – Solidarietà post-coniugale

RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI: Artt. 8 e 12 CEDU; art. 5 Prot. 7 CEDU; art. 1 Prot. 1 CEDU.

RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNI: Artt. 2 e 29 Cost., 2909 c.c., 324 c.p.c.; L. 898/1970

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte di Cassazione: 9 dicembre 1993 n. 12144; SS.UU., 13 febbraio 1993 n. 1824; 23 marzo 2001, n. 4202; 4 marzo 2005 n. 4795; 11 febbraio 2008 n. 3186; 24 luglio 2012 n. 12989; 18 settembre 2013 n. 21331; 11 maggio 2018, n. 11553; 23 gennaio 2019, n. 1882

Corte EDU: Babiarz c. Polonia

PRONUNCIA SEGNALATA

Cass. civ., Sez. U, n. 9004 del 31/03/2021.

ABSTRACT

Chiamate a decidere a seguito dell'ordinanza del 25 febbraio 2020, n. 5078, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione hanno confermato un progressivo orientamento, già evidenziato da Cass. 23 gennaio 2019, n. 1882. In materia di divorzio, la sentenza ecclesiastica esecutiva di nullità del matrimonio concordatario, successiva al giudicato sulla pronuncia di cessazione degli effetti civili ma intervenuta prima che sia divenuta definitiva la decisione sulle conseguenze economiche, non comporta la cessazione del giudizio civile di scioglimento del vincolo coniugale. Questo può dunque proseguire, sia ai fini della fase attributiva di accertamento della spettanza, sia ai fini della quantificazione e liquidazione dell'assegno divorzile.

IL CASO

La vicenda ha origine da una pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, che viene impugnata dal marito solo relativamente al capo concernente l'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile in favore dell'ex moglie, con conseguente passaggio in giudicato della pronuncia sullo *status*. Durante la pendenza del giudizio d'appello, interviene la sentenza ecclesiastica di nullità del vincolo matrimoniale, successivamente deliberata nell'ordinamento civile. A fronte del riconoscimento, il marito ricorre in Cassazione censurando la sentenza d'appello per non aver dichiarato cessata la materia del contendere, sostenendo che il venir meno della validità del matrimonio con *efficacia ex tunc* avrebbe comportato la sopravvenuta carenza di interesse della moglie a resistere nel giudizio avente ad oggetto la liquidazione dell'assegno di divorzio.

Le Sezioni Unite hanno così puntualizzato che la deliberazione della sentenza ecclesiastica non solo non incide sul capo della sentenza divorzile relativo allo *status* (intangibile in quanto *res iudicata* ai sensi degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.), ma non è idonea ad esplicare effetti neanche in ordine alla determinazione delle conseguenze economiche derivanti dalla pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

L'affermazione di questo principio segna un'ulteriore tappa nel cammino che la giurisprudenza da decenni ha intrapreso al fine di individuare i rapporti tra giudizio di nullità del matrimonio religioso e giudizio di divorzio. Nel vigore del Concordato lateranense e sino a Cass. 9 dicembre 1993 n. 12144, era stato affermato che l'esistenza della pronuncia di divorzio non impedisse il successivo riconoscimento in sede civile della sentenza canonica di nullità del vincolo (Cass., 3 novembre 1988 n. 5923, 21 marzo 1980 n. 1905) la quale, una volta deliberata, travolgeva il provvedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio eventualmente presente, con tutte le relative statuizioni, comprese quelle di natura economica. A sostegno di tale interpretazione si adduceva che la pronuncia di divorzio, incidendo unicamente sul matrimonio-rapporto, in difetto di specifica eccezione sul punto, non fa stato in ordine alla validità originaria del vincolo. Il menzionato rilievo acquistava ulteriore efficacia in presenza della riserva di giurisdizione a favore dei tribunali ecclesiastici in materia matrimoniale, ora venuta meno secondo quanto stabilito da Cass. SS.UU. 13 febbraio 1993 n. 1824 - che ha posto il criterio della prevenzione a fondamento del tema del concorso tra la giurisdizione ecclesiastica e quella civile -, in quanto il difetto di giurisdizione precludeva al giudice statale il potere di sindacare la validità originaria del vincolo, sicché *a fortiori* la pronuncia di divorzio non poteva far stato, neppure implicitamente, su tale aspetto.

Un diverso orientamento si fa strada nella giurisprudenza di legittimità a partire da Cass., 23 marzo 2001, n. 4202 ove, pur ribadendo che giudizio di divorzio e giudizio di nullità presentano differenti *petitum* e *causa petendi* e che dunque la pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio non impedisce la successiva deliberazione della sentenza canonica di invalidità del vincolo, si ritiene comunque che, relativamente ai capi del provvedimento di divorzio contenenti

statuizioni di natura economica, debba essere applicata la regola secondo cui, una volta accertata con sentenza passata in cosa giudicata la spettanza di un diritto, stanti gli effetti sostanziali del giudicato ex art. 2909 c.c. questa non è suscettibile di formare oggetto di un nuovo giudizio "al di fuori degli eccezionali e tassativi casi di revocazione previsti dall'art. 395 c.p.c." (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331). Da ciò deriva, stando a questa ricostruzione, l'intangibilità della pronuncia che attribuisce l'assegno di divorzio, una volta che sulla stessa si sia formato il giudicato, nonostante il sopravvenire della dichiarazione di invalidità originaria del vincolo. A simile conclusione non osta il rilievo che le sentenze che operano la cessazione degli effetti civili del matrimonio siano soggette al principio *rebus sic stantibus*, in quanto suscettibili di modifica ai sensi dell'art. 9 della legge 1° dicembre 1970 n. 898 in presenza di mutamenti delle condizioni originarie: tale modifica presuppone invero la presenza di giustificati motivi sopravvenuti, da intendere "come circostanze che abbiano alterato l'assetto economico fra le parti, o di relazione con i figli, e non come circostanze che sarebbero state impeditive della emanazione della sentenza di divorzio e dell'attribuzione dell'assegno, le quali non sono idonee ad incidere sul giudicato se non nei limiti in cui sono utilizzabili attraverso il rimedio della revocazione" (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331, *cit.*). Nel senso della sopravvivenza delle statuizioni economiche contenute nel giudicato di divorzio nonostante l'intervenuto riconoscimento civile della nullità ecclesiastica si esprime di recente Cass., 11 maggio 2018, n. 11553, richiamando numerosi precedenti (Cass. 18 settembre 2013 n. 21331, 24 luglio 2012 n. 12989, 11 febbraio 2008 n. 3186, 4 marzo 2005 n. 4795, 23 marzo 2001 n. 4202).

LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE

La sentenza delle Sezioni Unite, in contrasto con la tesi propugnata nell'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 5078) e confermando quanto statuito da Cass., Sez. I, 23 gennaio 2019, n. 1882, ha chiarito che in tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile scaturito dalla domanda di scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.

Secondo la Corte, inoltre, questa conclusione troverebbe un'ulteriore ed indiretta conferma nello stesso testo dell'Accordo del 1984. In base all'art. 8, infatti, lo Stato italiano si è impegnato, per un verso, a riconoscere effetti civili ai «matrimoni contratti secondo le norme di diritto canonico», per altro verso a dichiarare efficaci «le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici» alle condizioni previste, restando invece rimessa alla competenza dello Stato italiano la disciplina dei rapporti patrimoniali fra i coniugi derivanti dai conseguiti effetti civili dei matrimoni concordatari, come si evince dal disposto dell'art. 8, comma primo, che sostanzialmente rimanda in proposito alle disposizioni del codice civile. Diversamente, "ogni

statuizione riguardo al venire meno di tali effetti, con riferimento alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni concordatari, è rimessa dall'art. 8, comma secondo, ultima parte, esplicitamente alla giurisdizione ed implicitamente alla normativa dello Stato italiano" (si veda Cass., 4202/2001 *cit.*).

In motivazione, dopo aver ribadito la diversità di *petitum* e *causa petendi* tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario - volto ad ottenere l'accertamento dell'invalidità originaria del vincolo coniugale - e quello di cessazione degli effetti civili, avente piuttosto ad oggetto il matrimonio-rapporto, le Sezioni Unite hanno chiarito che il fondamento dell'assegno divorzile non va ricercato nell'esistenza di un matrimonio valido, ma nella constatazione dell'intervenuta dissoluzione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla nonché nella necessità di in riequilibrio delle condizioni economico-patrimoniali dei coniugi.

Tale affermazione si pone in linea di continuità con l'evoluzione giurisprudenziale in materia di assegno divorzile, il cui definitivo approdo è stato raggiunto da SS.UU. n. 18287 dell'11 luglio 2018. In quell'occasione, i giudici di legittimità hanno avuto modo di precisare che, accanto all'aspetto assistenziale, l'assegno post-matrimoniale svolge altresì una funzione perequativa e compensativa, fondata sui canoni di solidarietà e uguaglianza di cui agli artt. 2 e 29 Cost.

I suddetti parametri permeano la vita matrimoniale non solo nella sua fase fisiologica ma soprattutto in caso di dissoluzione del vincolo. È proprio il verificarsi della crisi che va innegabilmente ad incidere sulla regolazione dei profili economico-patrimoniali, imponendo al giudice un rigoroso accertamento circa la mancanza di mezzi adeguati da parte del coniuge richiedente (art. 5, comma 6, L. divorzio) che dia particolare rilievo, tra gli altri elementi, al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale. In definitiva, le statuizioni economiche pronunciate nel giudizio di divorzio rinvengono la loro essenziale giustificazione in quel dovere inderogabile di solidarietà economica, il cui adempimento non postula, quale necessario ed attuale suo presupposto, lo *status* di coniuge, ma è richiesto ad entrambi gli ex coniugi, quali 'persone singole', a tutela della persona economicamente più debole (c.d. 'solidarietà post-coniugale').

Anche negli ordinamenti europei continentali l'assegno divorzile assolve una funzione composita; ai sensi del codice francese esso è destinato «à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives» (art. 270). Analogamente si esprime il codice civile spagnolo, che attribuisce all'assegno divorzile la funzione di compensazione del «desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» (art. 97). Anche la legge divorzile austriaca prevede il riferimento al rapporto matrimoniale per la determinazione dell'assegno dovuto dall'ex coniuge per colpa esclusiva o prevalente del quale il divorzio sia stato pronunziato (§ 69). Puntuale è il riferimento del codice tedesco al livello di vita matrimoniale: «Das Mass des Unterhalts bestimmt sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen» (la misura del mantenimento si determina secondo il rapporto di vita matrimoniale).

Il principio di solidarietà post-coniugale, che innerva l'intera disciplina del diritto di famiglia, trova una sua declinazione anche nella decisione in rassegna la quale, nell'indagare il rapporto tra il giudizio di divorzio e la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio non può non tenere conto della perdurante coesistenza di diritti e doveri inderogabili che accompagnano la coppia anche nella fase successiva allo scioglimento del vincolo.

LE GARANZIE PREVISTE DALLA CEDU

La definizione dell'assegno divorzile alla stregua di uno strumento funzionale a presidiare una concezione di matrimonio ispirata al principio della pari dignità dei ruoli trova pieno riscontro nella prospettiva sovranazionale e, in specie, nell'art. 5 del Protocollo addizionale n.7 alla CEDU, rubricato "Eguaglianza dei coniugi"⁹: *"I coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civilistico tra loro, nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso. Questo articolo non impedirà allo Stato di adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi dei figli"*. Alla luce di tale disposizione risulta evidente l'esigenza di garantire pari diritti e responsabilità tra i coniugi non solo durante il matrimonio ma anche in caso di scioglimento.

Come si legge nell'*Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 22.XI.1984*¹⁰, non sussiste alcun obbligo per lo Stato di prevedere lo scioglimento del matrimonio ma, laddove ciò avvenga, è necessario che il fondamentale canone di uguaglianza e solidarietà non venga escluso o paralizzato¹¹. L'attuazione di tali canoni, infatti, non può essere compromessa, paradossalmente, proprio nella fase patologica della vita familiare, sovente caratterizzata da conflitti anche aspri, e in cui gli effetti negativi della asimmetrica divisione dei pesi nella vita familiare si manifestano con maggiore durezza, proprio con riferimento al coniuge più debole.

Peraltro, se come sostiene la Corte nella citata ordinanza interlocutoria, la solidarietà post-coniugale assurge a *"fonte genetica delle obbligazioni patrimoniali tra ex-coniugi, a prescindere dalla esistenza e validità dell'atto costitutivo"*, allora inevitabilmente da detta obbligazione sorge lo speculare diritto di credito vantato dal coniuge più debole. In una prospettiva di stampo sovranazionale, tale diritto trova piena tutela nell'alveo dell'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla CEDU, rubricato: "Protezione della proprietà"¹²: *"Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di*

⁹ Nella versione in lingua inglese il testo è il seguente: **"Article 5 – Equality between spouses.**

Spouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a private law character between them, and in their relations with their children, as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution. This article shall not prevent States from taking such measures as are necessary in the interests of the children".

¹⁰ Reperibile all'indirizzo

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96fd>

¹¹ Affermazioni di tenore analogo sono rinvenibili nella giurisprudenza della Corte EDU, che richiama gli artt. 8 e 12 della Convenzione EDU. V. *Babiarz v. Poland application no. 1955-10* "The Court has already held that neither Article 12 nor 8 of the Convention can be interpreted as conferring on individuals a right to divorce").

¹² Nella versione in lingua inglese il testo è il seguente: **"Article 1 of Protocol No. 1 – Right to property** *Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law"*.

pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”.

Questa disposizione assicura, invero, una tutela ampia del diritto di proprietà, che non si arresta ai soli diritti reali, come accade nel sistema italiano; si tratta di un concetto di proprietà autonomo, indipendente dalle formali classificazioni degli Stati membri e non limitato alla tutela di beni materiali e dei diritti reali, ma che estende il proprio ambito applicativo anche ai diritti di credito¹³. Ne deriva che, qualora una legislazione nazionale non riconosca un particolare interesse come “diritto” o anche come “diritto di proprietà”, ciò non preclude che detto interesse sia da ricomprendersi a pieno titolo nel significato autonomo dell’art.1 del Protocollo addizionale n. 1. Se dunque tale diritto di credito, che discende dal matrimonio-rapporto e, in specie, dal dovere di cd. solidarietà post-coniugale, deve ritenersi ormai acquisito nel patrimonio dell’ex coniuge debole, non sarebbe ammissibile in alcun modo l’intervento di una successiva sentenza che ne spogli il legittimo proprietario. La fine di un matrimonio, consacrata da una sentenza irrevocabile sullo *status*, cristallizza un nuovo diritto del coniuge più debole, a prescindere che il giudizio non sia ancora terminato per la spettanza e la liquidazione dell’assegno divorzile, poiché la fonte genetica dell’assegno non è il matrimonio-atto, bensì quella “solidarietà post-coniugale” che trova una sua declinazione sia nel diritto interno che a livello sovranazionale.

¹³ Il significato autonomo di proprietà si desume dalla *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*: “The concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 is an autonomous one, covering both “existing possessions” and assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation”. “Possessions” include rights “in rem” and “in personam”. The term encompasses immovable and movable property and other proprietary interests” (p. 7, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf):

REPORT RELATIVI ALLA NORMATIVA EUROUNITARIA

**CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA,
ARTT. 7, 8, 11 e 52, § 1.**

COMUNICAZIONI ELETTRONICHE - TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI - DIRETTIVA 2002/58/CE - ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER FINALITÀ DI INDAGINE PENALE - INFORMAZIONI PRECISE SULLA VITA PRIVATA - INGERENZA GRAVE NEI DIRITTI FONDAMENTALI - AMMISSIBILITÀ NEI SOLI PROCEDIMENTI PER VIOLAZIONI PENALI GRAVI - UTILIZZAZIONE DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE OTTENUTI COME ELEMENTI DI PROVA - CONDIZIONI E LIMITI.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 marzo 2021, in C-746/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238381&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=314097>

CLASSIFICAZIONE

Trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche – Direttiva 2002/58/CE – Accesso delle autorità nazionali ai dati conservati per finalità di indagine penale – Dati rivelatori di informazioni precise sulla vita privata – Ingerenza grave nei diritti fondamentali – Ammissibilità nei soli procedimenti per violazioni penali gravi - Utilizzazione dei dati illegittimamente ottenuti come elementi di prova – Valutazione riservata al diritto nazionale nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività

Trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche – Direttiva 2002/58/CE – Accesso delle autorità nazionali ai dati conservati – Necessità di controllo preventivo effettuato da autorità in posizione di terzietà ed indipendenza - Autorizzazione concessa dal pubblico ministero per l'acquisizione di dati necessari ai fini delle indagini penali – Contrasto con il diritto dell'Unione

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

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)

Artt. 191, comma 1, e 240 cod. proc. pen.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI CORTE GIUSTIZIA

Grande Sez., 6 ottobre 2020, *La Quadrature du net* e aa. (C-511/18, C-512/18, C-520/18); Grande Sez., 6 ottobre 2020, *Privacy International* (C-623/17); Grande Sez., 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal* (C-207/16); Grande Sez., 21 dicembre 2016, *Tele 2 Sverige AB e a.* (C-203/15 e C-698/15); Grande Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e a.* (C-293/12 e C-594/12).

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI CORTE DI CASSAZIONE PENALE

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; Sez. U, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, Rv. 216247; Sez. U, n. 6 del 23/02/2000, D'Amuri, Rv. 215841).

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 2 marzo 2021 – C-746/18 – U.K. c. Prokuratuur

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 l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo.

Spetta al diritto nazionale, tuttavia, stabilire le regole relative all'ammissibilità ed alla valutazione di informazioni e di elementi di prova eventualmente ottenuti mediante un accesso delle autorità nazionali ai dati suddetti che sia contrario al diritto dell'Unione. Tali regole non possono essere meno favorevoli di quelle disciplinanti situazioni analoghe assoggettate all'ordinamento interno (principio di equivalenza) e non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti garantiti dall'Unione, in particolare di quello al giusto processo (principio di effettività). Richiedendosi il controllo preventivo di un'autorità terza ed indipendente, il diritto dell'Unione osta altresì ad una normativa nazionale che attribuisca al pubblico ministero la potestà di autorizzare l'accesso ai dati medesimi, quando a tale organo spetti il compito di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale.

1. Il caso.

La domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte di cassazione dell'Estonia - 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.

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di H.K. per alcuni furti di beni di modico valore e di contenute somme di denaro, per aver usato la carta bancaria di un terzo arrecandogli un danno di circa 4.000 euro e per aver compiuto atti di violenza nei confronti di persone partecipanti ad un procedimento giudiziario a suo carico. L'imputata è stata in primo grado condannata alla pena detentiva di due anni, con sentenza confermata in grado d'appello, anche sulla scorta di processi verbali redatti in base a dati relativi a comunicazioni elettroniche che l'autorità incaricata dell'indagine, previa autorizzazione del pubblico ministero, aveva raccolto presso un fornitore di servizi.

2. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia.

Secondo il giudice del rinvio, si pone la questione se i processi verbali redatti in base ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche possano essere considerati come costituenti elementi di prova ammissibili perché acquisiti in conformità all'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11, nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta di Nizza.

A) Detto giudice considera che la risposta a tale questione presuppone di stabilire se il suddetto articolo 15, paragrafo 1, letto alla luce della Carta, debba essere interpretato nel senso che l'accesso delle autorità nazionali a dati che consentano di identificare la fonte e la destinazione di una comunicazione telefonica a partire dal telefono fisso o mobile di un sospettato, di determinare la data, l'ora, la durata e la natura di tale comunicazione, di identificare e localizzare le apparecchiature di comunicazione utilizzate costituisce un'ingerenza nei diritti fondamentali in questione di gravità tale da limitarne l'accesso alla lotta contro le forme gravi di criminalità, indipendentemente dal periodo per il quale le autorità nazionali hanno richiesto l'accesso ai dati conservati.

B) Il giudice del rinvio ritiene tuttavia che la durata di tale periodo costituisca un elemento essenziale per valutare la gravità dell'ingerenza consistente nell'accesso ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione. Pertanto, qualora detto periodo sia molto breve o la quantità di dati raccolti sia molto limitata, occorrerebbe chiedersi se l'obiettivo della lotta contro la criminalità in generale, e non soltanto della lotta contro le forme gravi di criminalità, possa giustificare una siffatta ingerenza.

C) Infine, il giudice del rinvio nutre dubbi quanto alla possibilità di considerare il pubblico ministero estone come un'autorità amministrativa indipendente che possa autorizzare l'accesso dell'autorità incaricata dell'indagine a dati relativi alle comunicazioni elettroniche.

3. La *ratio decidendi*.

Nell'esaminare congiuntamente le prime due questioni, la Corte ha richiamato i principi da essa di recente affermati nella pronuncia Grande Sez., 6 ottobre 2020, *La Quadrature du net* e a.

In particolare, si è ribadito che, conformemente al principio di proporzionalità, soltanto la lotta contro le forme gravi di criminalità e la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta, come quella che comporta la conservazione dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, sia questa generalizzata e indifferenziata oppure mirata. Pertanto, soltanto ingerenze nei suddetti diritti fondamentali che non presentino un carattere grave – ad es. l'acquisizione dei dati di comunicazioni elettroniche al solo scopo di identificare l'utente interessato, e senza che tali dati possano essere associati ad informazioni relative alle comunicazioni effettuate – possono essere giustificate dall'obiettivo, cui mira la normativa in discussione nel procedimento principale, della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento di reati in generale. Per contro, l'acquisizione di dati relativi al traffico o all'ubicazione, suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate da quest'ultimo e tali da permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone interessate, è consentita soltanto in funzione della lotta contro forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica, senza che possano al proposito rilevare altri fattori attinenti alla proporzionalità di una domanda di accesso, come la ristretta durata del periodo cui si riferiscono i dati ovvero la quantità degli stessi. Del resto, la quantità dei dati disponibili e le informazioni concrete sulla vita privata della persona interessata che ne derivano sono circostanze che possono essere valutate solo dopo la consultazione dei dati stessi, mentre la valutazione della gravità dell'ingerenza costituita dall'accesso si effettua necessariamente in funzione del rischio generalmente afferente alla categoria di dati richiesti per la vita privata delle persone interessate.

Quanto al problema circa l'ammissibilità come prova dei processi verbali contenenti l'acquisizione dei dati, la Corte ribadisce che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, spetta, in linea di principio, al solo diritto nazionale stabilire le regole relative all'ammissibilità e alla valutazione, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di persone sospettate di atti criminali, di informazioni e di elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati in questione, contraria al diritto dell'Unione, od anche mediante un accesso delle autorità nazionali ai dati suddetti, contrario a tale diritto dell'Unione. Le regole procedurali applicabili ai ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dall'Unione, tuttavia, non possono essere meno favorevoli di quelle disciplinanti situazioni analoghe assoggettate all'ordinamento interno (principio di equivalenza) e non devono rendere impossibile in pratica, o eccessivamente difficile,

l'esercizio dei diritti (principio di effettività). Quanto a quest'ultimo, si ricorda che l'obiettivo di evitare che informazioni od elementi di prova ottenuti in modo illegittimo arrechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso dei reati può essere raggiunto in modi diversi. Pena la violazione delle regole del giusto processo, al giudice penale nazionale è imposto di escluderne l'utilizzo qualora l'imputato non sia in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito alle informazioni e agli elementi di prova suddetti, riconducibili ad una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idonei ad influire in maniera preponderante sulla valutazione dei fatti. Al di fuori di tale situazione, è possibile fare ricorso a norme e prassi nazionali che disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova ovvero che consentano di tenere conto del loro carattere illegittimo in sede di determinazione della pena.

Esaminando la terza questione pregiudiziale, la Corte ribadisce che 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 ed è 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 deve intervenire 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 pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale assumendo poi nel processo la qualità di parte, nemmeno se, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo *status*, detto organo sia tenuto a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento.

4. La decisione.

Sulle prime due questioni, la Corte ha quindi concluso che l'art. 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «*deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo*».

Sulla terza questione, la Corte ha concluso che la medesima disciplina deve essere interpretata nel senso che essa «*osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale*».

5. Osservazioni.

Giunta all'esito di un tormentato – e non sempre lineare – percorso legislativo ed interpretativo sulla disciplina concernente la conservazione e l'accesso ai dati delle telecomunicazioni elettroniche per finalità di indagine penale, la decisione in esame afferma due principi di forte impatto sull'ordinamento nazionale italiano, che aprono scenari in parte inediti. In attesa di un auspicabile intervento normativo, magari effettuato con legislazione d'urgenza, tenendo conto degli interessi in gioco, l'immediata cogenza delle statuizioni della Corte di giustizia circa il significato da attribuire alle norme eurounitarie impone all'interprete nazionale di confrontarsi sin d'ora con il "diritto vivente" e, probabilmente, di rivedere orientamenti sviluppatisi, almeno in sede di legittimità, lungo una direttrice finora sostanzialmente univoca.

5.1. Il quadro normativo.

Com'è noto, sul piano nazionale la materia è regolata dall'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cod. pr.), disposizione dettata – e fatta oggetto di ripetute modifiche ed integrazioni – anche tenendo conto della disciplina di matrice eurounitaria. Sin dall'inizio (cfr. art. 26, l. 3 febbraio 2003, n. 14, c.d. legge comunitaria 2002), il legislatore delegato che ha approvato il codice della *privacy* aveva infatti il compito di attuare anche la direttiva 2002/58/CE del Parlamento e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

La citata direttiva – che, nella versione successivamente modificata, in particolare dalla dir. 2009/136/CE, costituisce tuttora il pilastro normativo che regola la materia, dopo l’annullamento della dir. 2006/24/CE, di cui *infra* si dirà – mira ad armonizzare le «disposizioni nazionali necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata e alla riservatezza, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche e per assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all’interno della Comunità» (art. 1, par. 1) e, per quanto qui interessa, «non si applica.. alle attività dello Stato in settori che rientrano nel diritto penale» (art. 1, par. 3). Che quest’ultimo macrosettore possa formare oggetto di una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata in via generale a tutela della vita privata lo si ricava ulteriormente, con chiarezza, dai successivi artt. 5, 6 e 15 della direttiva. Se i primi dettano obblighi concernenti la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite la rete pubblica di comunicazione e dei relativi dati facendo espressamente salvi i controlli e gli accessi previsti dall’art. 15, par. 1, quest’ultima disposizione – che ha costituito oggetto di interpretazione nella sentenza in esame - a sua volta prevede, per quanto qui interessa, che «gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6... qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell’articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una misura necessaria, opportuna, e proporzionata all’interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati...A tal fine gli Stati membri possono tra l’altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo».

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 di attuazione 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 soli 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. mod. conv., con mod., dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, aveva esteso il periodo di detenzione di tutti i dati fino al 30 giugno 2017). Per finalità connesse alle indagini penali, si stabilisce quindi che, «entro il termine di cui al comma 1, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'articolo 391-*quater* del codice di procedura penale. La richiesta di accesso diretto alle comunicazioni telefoniche in entrata può essere effettuata solo quando possa derivarne un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397; diversamente, i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-*undecies*, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo».

Al di là di quest'ultima previsione, concernente la richiesta di dati relativi alla parte processuale privata su richiesta del proprio difensore, con riguardo ai temi correlati alla decisione in esame, la richiamata disciplina si segnala per due aspetti, che sin dall'origine hanno qualificato l'attuazione in sede nazionale della disciplina comunitaria. In primo luogo, nell'ambito del periodo di conservazione dei dati, la possibilità di accesso per finalità di indagine non viene altrimenti disciplinata e, in particolare, non si prevedono limitazioni né con riferimento alla gravità dei reati oggetto di indagine che giustificano l'accesso – o ad altri presupposti e condizioni – né quanto alla natura e quantità dei dati ottenibili. In secondo luogo, il controllo preventivo sull'accesso è stato rimesso al pubblico ministero, al quale è stato affidato – come si comprende dal provvedimento richiesto, un decreto *motivato* – quel giudizio discrezionale sul bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco imposto sin dall'origine dall'art. 15, par. 1, della direttiva (l'effettività delle indagini, da un lato, la tutela dei diritti di riservatezza ed alla vita privata degli interessati, d'altro lato).

5.2. La Direttiva 2006/24/CE (annullata) e la sentenza *digital rights*.

Con la Direttiva 2006/24/CE, del 15 marzo 2006, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio e poi annullata dalla Corte di giustizia con sent. Grande Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, il legislatore europeo ha inteso modificare la direttiva 2002/58/CE al dichiarato fine di «armonizzare le disposizioni degli Stati membri relative agli obblighi, per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione, relativi alla conservazione di determinati dati da essi generati o trattati, allo scopo di garantirne la disponibilità ai fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale» (art. 1, par. 1).

Al predetto fine, modificandosi l'art. 15 della citata direttiva del 2002 con l'inserimento di un paragrafo 1-*bis*, la Direttiva 2006/24/CE prevedeva l'inapplicabilità del paragrafo 1 di tale

disposizione nella parte in cui consentiva che Stati membri potessero adottare disposizioni in materia di conservazione dei dati finalizzate all'accertamento ed al perseguimento di reati.

Come anche si ricava dalle precisazioni contenute nei *considerando* che nella direttiva del 2006 precedono l'articolato normativo, il legislatore eurounitario aveva preso atto che le discipline adottate dagli Stati membri in materia differivano considerevolmente (n. 5), sì da costituire un ostacolo al mercato interno delle comunicazioni elettroniche (n. 6) e da rendere necessario dettare una disciplina comune agli Stati membri, in base ai principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall'art. 5 del Trattato (n. 21). Impregiudicata la facoltà degli Stati membri di adottare misure legislative concernenti il diritto di accesso e ricorso ai dati da parte di autorità nazionali da esse designate, nel rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e, in particolare, del suo art. 8, sicché l'ingerenza di un'autorità pubblica nel diritto alla riservatezza deve rispondere a criteri di necessità e proporzionalità e deve quindi perseguire scopi specifici, espliciti e legittimi nonché essere esercitata in modo adeguato, pertinente e non eccessivo rispetto allo scopo ricercato (considerando n. 25), si riconosceva nel contempo come i dati relativi alle comunicazioni elettroniche costituiscono uno strumento particolarmente importante e valido nella prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati, in particolare della criminalità organizzata (n. 7), sì che risulta necessario assicurare che i dati conservati restino a disposizione delle autorità di contrasto per un certo periodo di tempo (n. 8).

La direttiva 2006/24/CE prevedeva, pertanto, tra l'altro:

- l'obbligo degli Stati membri di adottare misure che garantissero la conservazione dei dati (specificamente indicati nell'art. 5) generati o trattati nel quadro della fornitura dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico di una rete pubblica (art. 1);

- l'obbligo di adottare misure per garantire che detti dati – da conservarsi per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni (art. 6), salva la possibilità di proroghe per periodi limitati al fine di affrontare circostanze particolari (art. 12) – fossero accessibili soltanto alle autorità nazionali, in casi specifici e in conformità a criteri di necessità e proporzionalità;

- misure per la protezione e sicurezza dei dati conservati (art. 7), soggette alla verifica di un'autorità nazionale di controllo indipendente (art. 9), ed un'adeguata disciplina contenente responsabilità e sanzioni per il caso di violazioni (art. 13).

Com'è noto, con la citata sentenza *Digital Rights*, nel 2014 la Corte di giustizia ha dichiarato l'invalidità di tale direttiva, ritenendo che «il legislatore dell'Unione ha ecceduto i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità alla luce degli articoli 7, 8 e 52, paragrafo 1, della Carta» (punto 69).

Nel giungere a tale conclusione, la Corte ha innanzitutto constatato che «la conservazione dei dati per permettere alle autorità nazionali competenti di disporre di un accesso eventuale agli stessi, come imposto dalla direttiva 2006/24, risponde effettivamente a un obiettivo di interesse generale» (punto 44) e che, «tenuto conto della crescente importanza dei mezzi di comunicazione elettronica, i dati che debbono essere conservati in attuazione della detta direttiva permettono alle autorità nazionali competenti in materia di perseguimento di reati di

disporre di possibilità supplementari di accertamenti dei reati gravi e, al riguardo costituiscono quindi uno strumento utile per le indagini penali. Pertanto la conservazione dei suddetti dati può essere considerata come idonea a realizzare l'obiettivo perseguito dalla suddetta direttiva» (punto 49).

Si è ritenuto, tuttavia, che la disciplina dettata dalla direttiva – imponendo un obbligo generalizzato di conservazione concernente tutti i mezzi di comunicazione elettronica, il cui uso è estremamente diffuso – da un lato, implica «un'ingerenza nei diritti fondamentali della quasi totalità della popolazione europea» (punto 56), «senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione a seconda dell'obiettivo di lotta contro i reati gravi» (punto 57) e senza alcuna deroga; d'altro lato, «non prevede alcun criterio oggettivo che permetta di delimitare l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati e il loro uso ulteriore a fini di prevenzione, di accertamento o di indagini penali riguardanti reati che possano, con riguardo alla portata e alla gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti agli articoli 7 e 8 della Carta, essere considerati sufficientemente gravi da giustificare siffatta ingerenza. Al contrario, la direttiva 2006/24 si limita a rinviare all'articolo 1, paragrafo 1, in maniera generale ai reati gravi come definiti da ciascuno Stato membro nel proprio diritto interno» (punto 60). Inoltre, «per quanto riguarda l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati e al loro uso ulteriore, la direttiva 2006/24 non contiene le condizioni sostanziali e procedurali ad esso relative» (punto 61), «non prevede alcun criterio oggettivo che permetta di limitare il numero di persone che dispongono dell'autorizzazione di accesso e uso ulteriore dei dati conservati a quanto strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. Soprattutto, l'accesso ai dati conservati da parte delle autorità competenti non è subordinato ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente» (punto 62). Anche la previsione dei termini di durata di conservazione dei dati senza ulteriori distinzioni e criteri è stata censurata (punti 63 e 64), sicché si è concluso che «la direttiva 2006/24 non prevede norme chiare e precise che regolino la portata dell'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta» (punto 65) e «non prevede garanzie sufficienti, come richieste dall'art. 8 della Carta, che permettano di assicurare una protezione efficace dei dati conservati contro i rischi di abuso nonché contro eventuali accessi e usi illeciti dei suddetti dati» (punto 66), non garantendo che i fornitori dei servizi applichino «un livello particolarmente elevato di protezione e di sicurezza attraverso misure tecniche e organizzative» (punto 67) e non imponendo «che i dati di cui trattasi siano conservati sul territorio dell'Unione» (punto 68).

Come si vede, la valutazione che nella sentenza *Digital Rights* ha indotto la Corte di giustizia a dichiarare l'invalidità della direttiva 2006/24/CE è stata articolata, complessa e fondata su una serie di *deficit* di tutela colmati dalla stessa sentenza (e dalla successiva giurisprudenza) con l'indicazione di stringenti condizioni per l'applicazione della direttiva del 2002, da quest'ultima non specificamente previste (tanto che, dopo l'intervento sostanzialmente "normativo" della Corte, il legislatore europeo non è più intervenuto sui temi qui trattati, non direttamente coinvolti dalle previsioni poi adottate con la direttiva 2009/136/CE del Parlamento

europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, che ha modificato su altri punti la dir. 2002/58/CE).

In questo contesto, per quanto specificamente riguarda le questioni affrontate dalla recente decisione in esame, la sentenza ha focalizzato l'attenzione sul rapporto di necessaria proporzionalità tra gravità dell'ingerenza e gravità del reato (così, con chiarezza, il punto 60 più sopra riportato) e ha ritenuto necessario che la richiesta di accesso ai dati, anche per le indagini penali, fosse subordinata ad un previo controllo esercitato da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente (punto 62).

5.3. Le successive sentenze *Tele 2 Sverige e Watson e Ministerio Fiscal*.

I principi affermati dalla sentenza *Digital Rights* e, in particolare, quelli da ultimo richiamati, sono stati riaffermati nelle decisioni intervenute sul punto negli anni successivi, che, dall'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE, letto alla luce degli articoli 7, 8, 11, 52, par. 1, della Carta di Nizza, hanno tratto principi "codificati" dalla stessa Corte di giustizia.

In particolare, con la sent. Grande Sez., 21 dicembre 2016, *Tele 2 Sverige e Watson* si è affermato, in primo luogo, che la richiamata disciplina deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica. In secondo luogo, che il suddetto art. 15 dir. 2002/58 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione.

L'apparente limitazione dell'accesso ai dati alla repressione delle gravi forme di criminalità sancito da tale ultima decisione è stato di lì a poco chiarito con la sent. Grande Sez., 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, con cui si è precisato che la disciplina in parola dev'essere interpretata nel senso che l'accesso delle autorità pubbliche ai dati che mirano all'identificazione dei titolari di carte SIM attivate con un telefono cellulare rubato, come il cognome, il nome e, se del caso, l'indirizzo di tali titolari, comporta un'ingerenza nei diritti fondamentali di questi ultimi, sanciti dai suddetti articoli della Carta dei diritti fondamentali, che non presenta una gravità tale da dover limitare il suddetto accesso, in materia di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, alla lotta contro la criminalità grave.

5.4. Gli orientamenti della Corte di legittimità.

Confrontandosi con le pronunce più sopra citate, la Corte di cassazione ha sino ad oggi affermato che l'art. 132 cod. pr. non contrasta con le riportate norme di diritto eurounitario quali

doverosamente interpretate alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia al proposito formatasi.

In particolare, dalla giurisprudenza di legittimità penale si ricava che:

- in tema di acquisizione di dati contenuti in tabulati telefonici, la disciplina prevista dall'art. 132 d.lgs n. 196 del 2003 è compatibile con il diritto sovranazionale in tema di tutela della *privacy* come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. 5, n. 33851 del 24/04/2018, M., Rv. 273892; Sez. 3, n. 36380 del 19/04/2019, D'Addiego, n.m.);

- nella motivazione della prima decisione, in particolare, si osserva che nella disciplina domestica che disciplina l'acquisizione dei dati si rinvencono: l'enunciazione della finalità di repressione dei reati; la delimitazione temporale dell'attività di memorizzazione; l'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria, funzionale all'effettivo controllo della stretta necessità dell'accesso ai dati, nonché al rispetto del principio di proporzionalità in concreto, intervento correttamente affidato al pubblico ministero, stante la posizione di indipendenza che tale organo riveste nell'ambito della giurisdizione;

- nella motivazione della seconda si aggiunge che la soluzione adottata dal legislatore domestico è coerente con il sistema di tipo accusatorio, nel quale, nel corso delle indagini preliminari, è il pubblico ministero l'autorità giudiziaria che procede, e con il sistema processuale che prevede, mediante le indagini difensive ed i poteri riconosciuti ai difensori anche in tema di acquisizione del dato, l'estensione, anche se parziale, del potere investigativo alla difesa, dovendosi anche tenere conto del fatto l'acquisizione del dato genera una compromissione decisamente inferiore rispetto a quella relativa alla captazione delle conversazioni, sia telefoniche che ambientali, la cui tutela è affidata invece al controllo del giudice per le indagini preliminari;

- una successiva sentenza (Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, R., Rv. 277353), tenendo anche conto della citata decisione emessa dalla Corte di giustizia nel caso *Ministerio Fiscal*, ha confermato la compatibilità dell'art. 132 c. priv. con il diritto sovranazionale, benché lo stesso non limiti l'attività di acquisizione dei dati alle indagini relative a reati particolarmente gravi, predeterminati dalla legge, osservando che dalla giurisprudenza eurounitaria si ricava solo la necessità della proporzione tra la gravità dell'ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata, che l'accesso ai dati comporta, e quella del reato oggetto di investigazione, in base ad una verifica che deve essere compiuta in concreto dall'autorità giudiziaria che autorizza l'accesso dei dati (proporzione – rileva la sentenza – che nel caso di specie non era stata contestata dal ricorrente, il quale aveva riportato condanna per il reato di tentato incendio doloso di abitazione al cui interno si trovavano delle persone);

- da ultimo, Sez. 2, n. 5741 del 10/12/2019, dep. 2020, Rv. 278568, ha confermato la compatibilità della disciplina italiana del c.d. "*data retention*" di cui all'art. 132 cod. pr. con le direttive europee come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia poiché la deroga stabilita dalla norma alla riservatezza delle comunicazioni è prevista per un periodo di tempo

limitato, ha come esclusivo obiettivo l'accertamento e la repressione dei reati ed è subordinata alla emissione di un provvedimento da parte di un'autorità giurisdizionale, osservando che, nella fattispecie in esame, non poteva neppure dubitarsi della gravità dei reati oggetto di processo, trattandosi di associazione a delinquere finalizzata alla consumazione di reati contro il patrimonio, nonché di molteplici episodi di furti aggravati ed anche di rapina;

- queste ultime decisioni, peraltro, nel valorizzare l'esigenza di un effettivo controllo sul rispetto del principio di proporzionalità in sede di decreto autorizzativo di accesso ai dati – profilo la cui importanza era emersa con nettezza nelle citate sentenze della Corte di giustizia – avevano superato il più risalente orientamento che tendeva invece a svalutare l'obbligo di motivazione del provvedimento acquisitivo, rilevando il modesto livello di intrusione nella sfera di riservatezza delle persone (cfr. Sez. 1, n. 37212 del 28/04/2014, Liuzzi e a., Rv. 260589; Sez. 1, n. 46086 del 26/09/2007, Toma, Rv. 238170).

5.5. Le più recenti pronunce della Corte di Giustizia: *Privacy International e La quadrature du net*.

Successivamente alle citate pronunce della Corte di cassazione e qualche mese prima della decisione qui in esame, la Corte di giustizia, con due sentenze emesse lo stesso giorno, è tornata sul tema, ulteriormente precisando i limiti delle possibilità di conservazione e accesso ai dati delle comunicazioni elettroniche, soprattutto con riguardo alle finalità di protezione della sicurezza nazionale.

Con la sent. Grande Sez., 6 ottobre 2020, *Privacy International*, dopo aver affermato che una normativa nazionale che consente ad un'autorità statale di imporre ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di trasmettere ai servizi di sicurezza e di intelligence dati relativi al traffico e dati relativi all'ubicazione ai fini della salvaguardia della sicurezza nazionale rientra nel campo di applicazione della dir. 2002/58/CE, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'art. 15, par. 1, stessa direttiva, letto alla luce dell'articolo 4, par. 2, TUE nonché degli articoli 7, 8, 11, 52, par. 1, della Carta di Nizza, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che consente a un'autorità statale di imporre ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, ai fini della salvaguardia della sicurezza nazionale, la trasmissione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione ai servizi di sicurezza e di intelligence.

Con la coeva sent. Grande Sez., 6 ottobre 2020, *La Quadrature du net* e aa. – ampiamente citata dalla decisione qui in esame – la Corte ha dettato ulteriori precisazioni circa l'interpretazione da assegnarsi all'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE, letto alla luce delle già più volte richiamate disposizioni della Carta di Nizza sul diritto alla protezione della vita privata, dei dati personali, della libertà di espressione e sugli stringenti limiti alla possibilità di apportarvi restrizioni, statuendo che esso deve essere interpretato nel senso che esso osta a misure legislative che prevedono, ai fini di cui all'art. 15, par. 1, a titolo preventivo, una conservazione

generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Per contro, tale disciplina non osta a misure legislative

- che consentano, a fronte di una minaccia grave, attuale o prevedibile per la sicurezza nazionale, il ricorso a un'ingiunzione - suscettibile di un controllo effettivo, da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente - che imponga ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere, per un periodo temporalmente limitato, a una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione;
- che, per un periodo temporalmente limitano allo stretto necessario e a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale, di lotta alle forme gravi di criminalità e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica, prevedano una 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, ovvero la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione o dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica;
- che consentano, a fini di lotta alle forme gravi di criminalità e, *a fortiori*, di salvaguardia della sicurezza nazionale, il ricorso a un'ingiunzione che imponga ai fornitori di servizi 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 relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui detti fornitori di servizi dispongono, 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.

Ancora - si è detto - la citata disciplina deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale che, salva la possibilità di controllo effettivo, da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente, impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di ricorrere, da un lato, all'analisi automatizzata nonché alla raccolta in tempo reale, in particolare, dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione e, dall'altro, alla raccolta in tempo reale dei dati tecnici relativi all'ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate, quando ciò sia limitato a situazioni nelle quali uno Stato membro si trova ad affrontare una minaccia grave, attuale o prevedibile per la sicurezza nazionale e la misura sia limitata alle persone nei confronti delle quali esiste un valido motivo per sospettare che esse siano implicate, in un modo o nell'altro, in attività di terrorismo.

Da ultimo - per quanto qui interessa - la sentenza *La Quadrature du net* ha affermato che un giudice nazionale non può applicare una disposizione di diritto interno che lo autorizzi a limitare nel tempo gli effetti di una dichiarazione di illegittimità ad esso incombente, in forza di tale diritto, nei confronti di una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, a fini, in particolare, di salvaguardia della sicurezza nazionale e di lotta alla criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico

e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con l'articolo 15, par. 1, della direttiva 2002/58. Questa disposizione, interpretata alla luce del principio di effettività, impone al giudice penale nazionale di non tenere conto delle informazioni e 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 della commissione di reati, 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 che possono influenzare in modo preponderante la valutazione dei fatti.

5.6. I nuovi scenari aperti dalla sentenza in esame.

La delineata evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sfociata nella decisione qui in esame, apre nuovi scenari sul giudizio di compatibilità dell'art. 132 cod. pr. con la normativa eurounitaria di riferimento, e la disciplina domestica mostra oggi con evidenza la sua inadeguatezza. Pur potendo, in questa sede di prima lettura, accennarsi soltanto ai problemi che, da subito, si porranno agli interpreti, sembra di poter affermare che sotto un primo profilo - quello del giudizio di proporzione tra accesso ai dati e gravità del reato - s'impone, ed è possibile, un'interpretazione convenzionalmente orientata. Sotto altro profilo - quello della competenza ad adottare il relativo provvedimento - la soluzione è meno scontata e, probabilmente, richiede una scelta *tranchante* che appare tuttavia consentita dall'interpretazione analogica. Altro grosso nodo problematico, poi, concerne l'utilizzabilità processuale degli elementi di prova acquisiti in violazione della disciplina eurounitaria, soprattutto se ciò sia avvenuto prima della pronuncia della sentenza *U.K. c. Prokuratuur*.

5.6.1. Il necessario giudizio di proporzione tra ingerenza nella sfera privata e gravità del reato oggetto di indagine.

Come si è visto, su questo aspetto - pur non regolato dall'art. 132 cod. pr. - la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, in sede di controllo (postumo) sulla legittimità dell'acquisizione dei dati, ha mostrato attenzione, ma la decisione in commento costringerà, soprattutto al momento dell'autorizzazione all'accesso dei dati, ad un sindacato più penetrante che, da un lato, dovrà considerare la "gravità delle infrazioni" oggetto di indagine e, dall'altro lato, la tipologia di dati acquisibili. L'ultima pronuncia della Corte di Giustizia - puntualizzando argomentazioni già in precedenza svolte - ha affermato con nettezza che, al di là del criterio secondo cui l'ingerenza nella sfera privata dev'essere limitata, "in funzione delle circostanze del caso di specie" a quanto "strettamente necessario ai fini dell'indagine", l'accertamento ed il perseguimento "di reati in generale" (*id est*, anche non gravi) può giustificare l'accesso ai dati delle telecomunicazioni elettroniche "al solo scopo di identificare l'utente interessato". Per contro, l'accesso a dati idonei a "permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone

interessate" – ciò che si ha quando i dati consentono "di conoscere la data, l'ora, la durata e i destinatari delle comunicazioni effettuate...i luoghi in cui tali comunicazioni sono avvenute o la frequenza delle stesse con determinate persone...l'ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate" – richiede che si proceda per "forme gravi di criminalità" (oppure per la "prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica").

L'attuale giurisprudenza di Lussemburgo sembra incrinare, dunque, la tradizionale impostazione interpretativa domestica – avallata dalle Sezioni unite della Cassazione e dalla stessa Corte costituzionale (cfr., anche per riferimenti a quest'ultima, Sez. U, n. 6 del 23/02/2000, D'Amuri, Rv. 215841; Sez. U, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, Rv. 216247) – secondo cui l'acquisizione dei dati delle comunicazioni telefoniche conservati in archivi informatici dal gestore del servizio, per il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza che ne deriva, può essere assistita da garanzie processuali meno stringenti rispetto a quelle imposte quando si tratti di procedere all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni. Se una qualche distinzione potrebbe pur sempre – forse – ragionevolmente predicarsi, quando si tratti di "dati che permettono di trarre precise conclusioni sulla vita privata" lo scollamento tra i presupposti e le garanzie necessarie per assicurare tutela ai diversi diritti fondamentali coinvolti certamente si riduce.

Sul piano dell'individuazione della "gravità delle infrazioni" che giustificano l'accesso ai dati delle comunicazioni elettroniche e, dunque, la lesione del diritto, potrebbe esservi ancora un (limitato) spazio di differenziazione e – a questo punto – sarebbe probabilmente opportuno l'intervento del legislatore nazionale, anche per assicurare un livello di tutela minimo uniforme. Nelle more, il provvedimento che autorizza l'accesso certo dovrà farsi carico del giudizio di proporzione, sicché difficilmente potranno essere avallate letture minimaliste sul contenuto dell'obbligo di motivazione come quelle fornite dalla più data giurisprudenza di legittimità sopra riportata (si allude alle più risalenti Sez. 1, n. 37212 del 28/04/2014, Liuzzi e a., Rv. 260589; Sez. 1, n. 46086 del 26/09/2007, Toma, Rv. 238170). Allo stato, un obiettivo termine di paragone si può certamente rinvenire nell'individuazione dell'astratta gravità dei reati che giustificano il ricorso allo strumento dell'intercettazione di comunicazioni e conversazioni (per un riferimento di questo tipo cfr., in motivazione, Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, R., Rv. 277353). Chi, poi, si spingesse ad applicare in via analogica la previsione di cui all'art. 266, comma 1, cod. proc. pen. farebbe ricorso ad una soluzione assolutamente prudenziale e garantista, difficilmente attaccabile in giudizio.

5.6.2. Individuazione dell'autorità competente ad autorizzare l'accesso ai dati conservati dai gestori dei servizi di comunicazione elettronica.

Su questo piano, come si accennava, la decisione della Corte di giustizia è fortemente innovativa rispetto alla precedente giurisprudenza, che – non essendo mai stata posta una specifica questione interpretativa sul punto – aveva sempre ritenuto sufficiente l'autorizzazione all'accesso ai dati proveniente da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente, così

legittimando l'avallo della previsione di cui all'art. 132, comma 2, cod. pr. da parte della citata giurisprudenza domestica di legittimità. Difficilmente questa conclusione potrà essere oggi ribadita.

Basta leggere la sentenza *U.K. c. Prokuratuur* nella parte in cui riporta le norme del diritto estone che definiscono la funzione, i poteri ed il ruolo processuale del pubblico ministero di quel paese, per rendersi conto di come si tratti di figura sostanzialmente sovrapponibile a quella del pubblico ministero nostrano.

Deve ragionevolmente escludersi, pertanto, che il principio interpretativo fissato dalla decisione in esame possa consentire di affermare che – nonostante la posizione istituzionale di indipendenza e l'obbligo di condurre accertamenti anche a favore dell'indagato (art. 358 cod. proc. pen.) – l'autorità che ha il compito di condurre le indagini preliminari (art. 326 cod. proc. pen.), sovrintendendo e dirigendo l'operato delle forze di polizia (art. 327 cod. proc. pen.), al fine di esercitare l'opzione tra la richiesta di archiviazione e l'esercizio dell'azione penale (art. 405 cod. proc. pen.), per poi assumere nel successivo giudizio il ruolo di parte processuale che sostiene le ragioni dell'accusa sottoponendo al giudice le prove a carico (art. 493 cod. proc. pen.), si trovi in quella situazione di "terzietà" che gli consenta di operare un obiettivo ed imparziale bilanciamento tra le ragioni di chi ha richiesto l'accesso ai dati perché ritenuti necessari ai fini delle investigazioni (quand'anche si tratti della polizia) e la tutela dei diritti fondamentali delle persone a cui gli stessi si riferiscono, per non dire della situazione, sino ad oggi non certo estranea alla prassi, in cui l'iniziativa investigativa sia direttamente riconducibile allo stesso pubblico ministero, senza che, pertanto, vi sia alterità tra chi effettua la richiesta di accesso e chi la valuta. Secondo l'interpretazione della Corte di giustizia – che fa salvo il solo "caso di urgenza debitamente giustificata", con controllo differito "entro termini brevi" – l'art. 15 della direttiva, interpretato alla luce dei principi sulla tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza, impone che "l'autorità incaricata del controllo preventivo, da un lato, non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale". Tradotto nel linguaggio procedurale domestico è agevole scorgere il profilo del giudice per le indagini preliminari (art. 328 cod. proc. pen.).

Ciò posto, richiamando gli oramai consolidati principi che attestano il primato del diritto eurounitario e l'obbligo, per i giudici nazionali, di non applicare disposizioni domestiche che contrastino con il diritto dell'Unione nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia (cfr., *ex multis*, Sez. 7, n. 21579 del 06/03/2008, Boujlaib, Rv. 239960; Sez. 1, n. 18586 del 29/04/2011, Sterian e a., Rv. 250233; Sez. 1, Sentenza n. 39566 del 05/10/2011, Goncalves Pereira, Rv. 251176; Sez. 3, n. 28413 del 10/07/2012, Cifone, Rv. 253241; Sez. 3, n. 43955 del 15/09/2016, Tomassi, Rv. 267936), deve ritenersi non più applicabile l'art. 132, comma 2, cod. pr. nella parte in cui consente che i dati conservati dai gestori dei servizi telefonici necessari ai fini di un'indagine penale possano essere acquisiti con decreto motivato del pubblico ministero.

In attesa di auspicabile – a questo punto, complessivo - intervento del legislatore in materia, tuttavia, il vuoto normativo procedurale in tal modo creatosi sembra poter essere colmato con ricorso all'interpretazione analogica, di regola non preclusa in campo processuale. Sussistendo, infatti, l'*eadem ratio* e trattandosi di conclusione che certamente si pone in linea con le statuizioni contenute nella decisione della Corte di giustizia – anche con riguardo alla parziale deroga nei casi di urgenza (dove il "giustificato motivo" di cui parla la Corte ben può essere ravvisato nel rischio di grave pregiudizio alle indagini) - non sembra pertanto precluso adottare, *mutatis mudandis*, il meccanismo procedurale delineato nell'art. 267, commi 1 e 2, cod. proc. pen.

5.6.3. Conseguenze processuali dell'illegittimo accesso ai dati.

Come si è posto in evidenza, la Corte di giustizia ha espressamente affermato che rientra nella competenza degli ordinamenti nazionali individuare le conseguenze di un illegittimo accesso ai dati delle comunicazioni elettroniche, precisando che non necessariamente queste debbono portare alla radicale inutilizzabilità degli elementi di prova in tal modo acquisiti, fermi restando i principi di equivalenza ed effettività.

Al proposito, in forza del generale principio circa l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge (art. 191, comma 1, cod. proc. pen.) – che la giurisprudenza di legittimità, anche con specifico riguardo al mezzo di prova qui in esame, ha ritenuto in via generale applicabile alle prove assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali (Sez. U, n. 6 del 23/02/2000, D'Amuri, Rv. 215841; Sez. U, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, Rv. 216247) – tale conseguenza è stata senza esitazione affermata proprio con riguardo alla violazione delle disposizioni in tema di conservazione e acquisizione dei tali delle comunicazioni elettroniche (cfr. 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) ed è in linea (principio di equivalenza) con altre specifiche, analoghe, previsioni del codice di rito (cfr. artt. 240, comma 2, e 271, comma 1, cod. proc. pen.).

Con particolare riguardo ai dati acquisiti in un forza di un provvedimento motivato del pubblico ministero, in contrasto con le statuizioni per la prima volta affermate dalla Corte di giustizia con la pronuncia in esame, l'applicabilità di tali principi è dunque ragionevolmente predicabile con effetto dal 2 marzo u.s. in poi (a norma dell'art. 91, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, «la sentenza produce effetti vincolanti dal giorno in cui è pronunciata»). Meno scontato, invece, è che ciò possa valere anche per i dati precedentemente acquisiti in osservanza all'art. 132, comma 2, cod. pr.

Se è ben vero che le sentenze interpretative della Corte di giustizia hanno di regola efficacia *ex tunc* – salva la possibilità, per la stessa Corte, di escludere la portata retroattiva, come espressamente previsto con riguardo alle sentenze di annullamento dall'art. 264, par. 2, T.F.U.E., con disposizione da tempo ritenuta applicabile anche in relazione alle pronunce interpretative (cfr. Corte giust., sent. 27 febbraio 1985, *Société des produits de maïs*; Corte

giust., sent. 15 ottobre 1980, *Providence agricole de la Champagne*) - occorrerà verificare l'applicabilità di tale principio in un caso in cui la norma euronitaria interpretata (art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE) nemmeno menziona un provvedimento di autorizzazione all'accesso e le precedenti decisioni della Corte che tale obbligo procedurale hanno introdotto non ne specificavano, nel dettaglio, i caratteri. La decisione in esame, cioè, sembra avere, sul punto, carattere davvero innovativo e, se così è, non essendo controverso che le sentenze interpretative della Corte di giustizia vengono sostanzialmente assimilate a "fonti del diritto" vincolanti per gli Stati membri (cfr., *ex multis*, Corte cost., sentt. 113/1985, 389/1989, 284/2007), potrebbe ritenersene - magari, previa consultazione della stessa Corte con lo strumento del rinvio pregiudiziale - l'efficacia *ex nunc*, sì da considerare non illegittimamente acquisiti i dati in questione sulla scorta della normativa nazionale applicabile in forza del principio *tempus regit actum*. Fermo restando che, laddove non sia ancora decorso il periodo di conservazione dei dati previsto dalla disciplina nazionale, può essere buona norma rinnovare l'acquisizione utilizzando il modello processuale garantista più sopra indicato, il quesito sull'utilizzabilità dei dati in precedenza acquisiti sulla base di una disposizione domestica di cui era arduo riconoscere la non conformità al diritto dell'Unione è tema obiettivamente controvertibile, a cui la giurisprudenza sarà probabilmente chiamata a fornire risposta. Anche su questo punto, peraltro, tenendo anche conto di quanto affermato nella decisione in esame (punto 43) circa la possibilità per gli ordinamenti nazionali di prevedere conseguenze diverse dalla radicabile inutilizzabilità dei dati illegittimamente acquisiti, un auspicabile intervento del legislatore potrebbe disciplinare in termini diversi le situazioni verificatesi in epoca precedente al 2 marzo 2021.

**CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA,
ARTT. 46 E 47**

MIGRANTI IRREGOLARI - PROCEDURE COMUNI PER L'ESPULSIONE - PROVVEDIMENTO DI RIMPATRIO - MODIFICA DELLA DESTINAZIONE RISPETTO A QUELLA GIÀ INDICATA - DIRITTO DI IMPUGNARE - DAVANTI AD UN'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE, CHE GODA DI GARANZIE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA - SUSSISTENZA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 14 maggio 2020, in cause riunite C-924/19 e C-925/19

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0924&from=FR>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE – POLITICA D'ASILO E D'IMMIGRAZIONE – DIRETTIVA 2013/32/UE – DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE – ARTICOLO 33, PARAGRAFO 2 – MOTIVI D'IRRICEVIBILITÀ – ARTICOLO 40 – DOMANDE ULTERIORI – ARTICOLO 43 – PROCEDURE ALLA FRONTIERA – DIRETTIVA 2013/33/UE – ARTICOLI 2, LETT. H, 8 E 9 – DETENZIONE – LEGITTIMITÀ – DIRETTIVA 2008/115/UE – ARTICOLO 13 – MEZZI DI RICORSO EFFETTIVI – ARTICOLO 15 – DETENZIONE – LEGITTIMITÀ – DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO – ARTICOLO 47 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA – PRINCIPIO DI PRIMAZIA DEL DIRITTO DELL'UNIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 13 della direttiva 2008/115 CE; art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; artt. 33 e 40 della direttiva 2013/32/UE; art. 15 della direttiva 2011/95/UE; art. 33, paragrafo 2, lett. d) della direttiva 32/2013 UE; art. 43 della direttiva 32/2013 UE; art. 15 della direttiva 2008/115 CE; artt. 2 lett h), 8, 9, 17 e 26 della direttiva 33/2013 UE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte EDU 21 novembre 2019, Ilias et Ahmed c. Hongrie (CE:ECHR:2019:1121JUD004728715); CGUE, 11 dicembre 2014, Boudjlida, C-249/13, EU:C:2014:2431; CGUE 8 maggio 2018, K.A. e.a. (Regroupement familial in Belgique), C-82/16, EU:C:2018:308; CGUE, 19 giugno 2018, Ghandi, C-181/16, EU:C:2018:465; CGUE 18 dicembre 2014, Abdida, C-562/13, EU:C:2014:2453; CGUE 16 maggio 2017, Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373; CGUE 13 dicembre 2017, El Hassani, C-403/16, EU:C:2017:960; CGUE 27 febbraio 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117; CGUE 19 marzo 2020, Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal (Tompá), C-564/18, EU:C:2020:218; CGUE 13 gennaio

2004, Kühne & Heitz, C-453/00, EU:C:2004:17; CGUE 19 settembre 2006, i-21 Germany et Arcor, C-392/04 et C-422/04, EU:C:2006:586; CGUE 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84; CGUE 14 settembre 2017, K., C-18/16, EU:C:2017:680; Corte EDU, 22 giugno 2017, S.M.M.c. Royaume-Uni, CE:ECHR:2017:0622JUD 007745012; CGUE 30 novembre 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, EU:C:2009:741; CGUE 5 giugno 2014, Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320; CGUE, 15 gennaio 2013, Krízan e.a., C-416/10, EU:C:2013:8.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Grande Sezione, 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU FMS, FNZ (C-924/19 PPU) e SA, SA junior (C-925/19 PPU) v. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság; Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság.

Abstract

- Ai sensi dell'art. 13 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in tema di norme e procedure comuni per l'espulsione dei migranti irregolari, qualora un'autorità amministrativa di uno Stato membro modifichi un precedente provvedimento di rimpatrio adottato nei confronti di cittadini di paesi terzi che siano arrivati irregolarmente nel territorio di detto Stato, sostituendo una diversa destinazione a quella precedentemente indicata, ad essi deve essere riconosciuto il diritto di impugnare davanti ad un'autorità giurisdizionale, che goda di garanzie di terzietà ed indipendenza, il provvedimento recante la modifica dello Stato di destinazione, non essendo sufficiente la possibilità a loro riconosciuta di dolersi di tale provvedimento dinanzi ad un'autorità amministrativa gerarchicamente sovraordinata a quella che ha adottato l'atto, in quanto comunque posta sotto il controllo del potere esecutivo e come tale non indipendente. L'assenza di una norma, nell'ordinamento dello Stato membro, che preveda la possibilità di un ricorso giurisdizionale avverso un tale provvedimento non impedisce all'autorità giurisdizionale adita dai migranti di riconoscersi competente a pronunciarsi sul ricorso, in base al principio di primazia del diritto dell'Unione europea, che esige in tali casi il rispetto del diritto ad una piena ed efficace tutela giurisdizionale.

- Con il ricorso giurisdizionale proposto contro la decisione amministrativa che conferma la nuova destinazione assegnata al migrante, dopo che sia stata precedentemente dichiarata inammissibile la sua domanda di protezione internazionale con un provvedimento confermato con una sentenza di un'autorità giudiziaria passata in giudicato, il giudice nuovamente adito per contestare la legittimità della modifica della destinazione di espulsione deve estendere il suo sindacato anche al presupposto provvedimento di inammissibilità della domanda di protezione internazionale. Quest'ultimo deve essere giudicato illegittimo alla stregua dell'art. 33 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 (relativa alle procedure comuni per la concessione e la revoca della protezione internazionale), nella misura

in cui a motivo dell'inammissibilità sia stata posta la sola circostanza che il richiedente asilo sia arrivato nel territorio dello Stato membro attraverso uno Stato di transito in cui egli non sia stato esposto a persecuzioni o a rischi di gravi attentati, ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente le norme relative alle condizioni per godere del beneficio della protezione internazionale.

- Ai sensi dell'art. 33, paragrafo 2, lett. d) della direttiva 2013/32, quando una decisione della CGUE, intervenuta successivamente ad una sentenza di un'autorità giudiziaria di uno Stato membro, passata in giudicato, di conferma del rigetto di una domanda di asilo, abbia constatato la contrarietà al diritto dell'Unione europea di una normativa dello Stato membro che consente di dichiarare inammissibile una domanda di protezione internazionale sulla base del motivo che il richiedente sia giunto sul suo territorio transitando per uno Stato nel quale egli non era esposto a persecuzioni o a rischio di gravi attentati o nel quale gli era assicurato un livello di protezione adeguato, egli può ripresentare la domanda di protezione alle autorità dello Stato che gliel'ha precedentemente rigettata, in quanto la sopravvenuta pronuncia della CGUE costituisce un elemento nuovo che consente al soggetto interessato di ottenere un nuovo esame della sua situazione, nonostante il precedente rigetto confermato con sentenza irrevocabile.

- Secondo le direttive 2008/115/CE e 2013/33/UE, in materia di accoglienza dei richiedenti asilo, qualora questi ultimi siano obbligati a rimanere all'interno di una zona di transito delimitata e recintata con filo spinato, dalla quale non possono volontariamente allontanarsi, essi devono essere considerati come privati della loro libertà, e dunque come ridotti in stato di detenzione. L'art. 43 della direttiva 2013/32/UE deve essere interpretato nel senso che lo Stato membro cui viene presentata una domanda di protezione internazionale non può porre il richiedente in uno stato di detenzione in una zona di transito alla sua frontiera per un periodo di tempo superiore a quattro settimane, a decorrere dal giorno in cui la domanda di protezione sia presentata all'autorità competente a riceverla.

- Ai sensi degli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, il richiedente asilo può essere posto in uno stato di detenzione solo previa adozione di un formale provvedimento, suscettibile di impugnazione in sede giurisdizionale, con il quale l'autorità competente motivi espressamente in merito alla necessità e alla proporzionalità di una tale misura che, in ogni caso, non può mai essere giustificata dal solo fatto che il migrante non abbia mezzi economici sufficienti per provvedere al suo sostentamento. D'altronde, anche se l'art. 9 della citata direttiva non impone agli Stati membri di fissare un termine massimo di durata dello stato di detenzione cui sia stato sottoposto un richiedente asilo, tuttavia quest'ultimo non può essere privato della libertà se non per il tempo strettamente necessario alla solerte definizione del procedimento amministrativo innescato dalla sua domanda, previa costante verifica dell'attualità del motivo in relazione al quale si sia resa indispensabile la privazione della libertà personale.

- Ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2008/115, i migranti irregolari non possono essere tenuti in uno stato di detenzione solo per il fatto che nei loro confronti sia stato adottato un provvedimento di espulsione e che essi non siano in grado di provvedere da sé al proprio sostentamento,

potendo essere privati della libertà solo in base ad un provvedimento espresso, impugnabile in sede giurisdizionale, previa verifica della necessità e della proporzionalità di una tale misura, che può in ogni caso durare per un periodo superiore a diciotto mesi e non può essere mantenuta che per il tempo strettamente necessario a porre in esecuzione l'ordine di espulsione.

- Il principio di primazia del diritto dell'Unione europea ed il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, impongono all'autorità giudiziaria di uno Stato membro, anche in assenza di una disposizione di diritto interno che le attribuisca tale potere, di dichiararsi competente e di pronunciarsi sulla richiesta di un migrante, la cui domanda di asilo sia stata rigettata, tesa a far accertare l'illegittimità del suo stato di detenzione, nonché di ordinare la sua immediata liberazione quando accerti che l'ulteriore protrarsi dello stato di detenzione è contrario al diritto dell'Unione.

- Ai sensi degli artt. 17 e 26 della direttiva 2013/33, l'autorità giudiziaria adita da un richiedente asilo la cui permanenza in uno stato di detenzione sia giudicata contraria al diritto dell'Unione può su sua richiesta, come misura provvisoria nelle more della sentenza definitiva, ordinare alla competente autorità dello Stato membro di assegnare al migrante un alloggio, o, in alternativa, un assegno in denaro affinché egli possa procurarsi un alloggio. L'autorità giudiziaria adita ha il potere di conoscere del diritto del richiedente asilo ad un alloggio o, in alternativa, ad un assegno in denaro per procurarsi un alloggio, anche in assenza di una norma interna che le attribuisca tale potere, in virtù del principio di primazia del diritto dell'Unione europea e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva riconosciuto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

I casi di specie e le questioni poste alla Corte

Dinanzi ad un tribunale ungherese due coniugi, provenienti dall'Afghanistan, avevano presentato una domanda di asilo all'autorità ungherese preposta nella zona di transito di Röszke (Ungheria), affermando che essi avevano lasciato il loro paese per ragioni politiche passando prima per la Turchia, poi per la Bulgaria ed infine per la Serbia, prima di arrivare in Ungheria, precisando che non avevano fatto altre domande di asilo nei paesi che avevano attraversato e che in essi non erano stati fatti oggetto di trattamenti persecutori né di attentati alla loro vita.

L'autorità ungherese competente a ricevere la domanda di asilo li aveva, allora, collocati nella zona di transito di Röszke, dove essi ancora dimorano. In data 25 aprile 2019 l'autorità ungherese rigettò la domanda di asilo in quanto irricevibile, dunque senza esaminarne il merito, sulla base del motivo che essi erano giunti in Ungheria passando per un paese che non li aveva sottoposti a trattamenti persecutori e nel quale essi non avevano corso rischi di attentati tali da giustificare la concessione nel paese ungherese dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria. Di conseguenza, l'autorità ungherese ne dispose l'espulsione verso la Serbia.

I coniugi, allora, proposero ricorso contro il rigetto della loro domanda di asilo dinanzi all'autorità giudiziaria ungherese, che rigettò il ricorso con sentenza passata in giudicato. L'autorità ungherese di polizia dell'immigrazione, senza un provvedimento espresso e senza fornire una

motivazione, impose ai coniugi di dimorare nel settore della zona di transito di Röszke riservata ai richiedenti asilo di cui era stata rigettata la domanda, in applicazione di una disposizione di legge interna.

In data 23 maggio 2019, l'autorità di prima istanza di polizia dell'immigrazione ungherese veniva informata del fatto che le autorità serbe avevano rifiutato di riammettere i coniugi sul loro territorio, in quanto, non essendo essi passati illegalmente sul territorio serbo per giungere in Ungheria, non si erano realizzate le condizioni previste dall'art. 3, paragrafo 1, dell'accordo di riammissione concluso tra la Serbia e l'Unione europea.

Nonostante questo rifiuto di riammissione da parte della Serbia, le autorità ungheresi si erano rifiutate di esaminare il merito della domanda di asilo precedentemente dichiarata irricevibile, limitandosi a modificare la decisione di espulsione, disponendo l'allontanamento dei coniugi verso l'Afghanistan.

Questi ultimi avevano proposto opposizione in via amministrativa avverso questa ultima decisione.

Vedendosi rigettata anche l'ultima opposizione, i coniugi adirono l'autorità giudiziaria rimettente, benché quest'ultima non avesse il potere di pronunciarsi secondo il diritto nazionale ungherese. Essi dedussero, innanzitutto, che contro il nuovo provvedimento di espulsione avevano diritto di adire un giudice; in secondo luogo, che l'indicazione del nuovo paese di destinazione, l'Afghanistan, verso il quale erano stati respinti, era illegittima: in particolare, le autorità ungheresi avrebbero dovuto valutare nel merito la domanda di asilo, sia perché la Serbia si era rifiutata di accoglierli, sia perché l'irricevibilità della domanda di asilo era stata dichiarata sulla base di un motivo, quello dello Stato di transito sicuro, che non trova riscontro nel diritto dell'Unione.

I coniugi proposero anche un secondo ricorso "in carenza", in quanto l'autorità di polizia dell'immigrazione ungherese di primo grado non aveva provveduto ad attribuire loro un alloggio situato fuori dalla zona di transito di Röszke.

Dopo aver riunito i suddetti ricorsi, l'autorità giudiziaria rimettente ha devoluto varie questioni alla Corte di Giustizia tra cui, per quel che in questa sede rileva:

-se sia compatibile con l'art. 33 della direttiva 2013/32 il diritto di uno stato membro in virtù del quale una domanda è irricevibile nel quadro della procedura di asilo se il richiedente sia arrivato in Ungheria attraverso un paese in cui egli non sia stato esposto a persecuzioni o a rischio di attentati gravi, o nel quale gli era garantito un adeguato livello di protezione;

- se, ai sensi dell'art. 6 e dell'art. 38, paragrafo 4, della direttiva 2013/32, così come del considerando 34, letti insieme con l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si possa ritenere che l'autorità competente dello Stato membro debba procedere ad esaminare nel merito la domanda di asilo del migrante dopo che, sulla base del motivo del "paese di transito sicuro", abbia dichiarato inammissibile la domanda e lo abbia espulso verso un paese che, tuttavia, si sia rifiutato di accoglierlo;

- se, nel caso in cui si ritenga che l'autorità ungherese abbia l'obbligo di esaminare nel merito la domanda di asilo precedentemente dichiarata inammissibile, l'impulso debba provenire dal richiedente asilo con una nuova domanda (non operando in tal caso le preclusioni per le domande ulteriori di cui all'art. 33, paragrafo 2, lett. d e all'art. 40 della direttiva 2013/32), o se invece l'esame nel merito della domanda di asilo debba essere iniziata o proseguita d'ufficio;
- se il giudice di uno Stato membro, conformemente all'art. 13 della direttiva 2008/115 e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, possa conoscere il ricorso proposto dal richiedente asilo contro la decisione amministrativa di modifica della destinazione di espulsione, presa dall'autorità competente dopo che la domanda di asilo era stata dichiarata inammissibile con provvedimento confermato con sentenza passata in giudicato, nonostante che il diritto nazionale non riconosca all'interessato il diritto di adire un giudice contro detta decisione;
- se la condizione in cui i migranti richiedenti asilo, e quelli la cui domanda di asilo sia stata rigettata, sono costretti a dimorare, nella zona di transito di Röske, possa essere qualificata sostanzialmente come detenzione, come tale non protraibile oltre il termine di quattro settimane, previsto dall'art. 43 della direttiva 2013/32, a partire dalla data di presentazione della domanda di asilo all'autorità di frontiera competente a riceverla;
- se sia compatibile con il diritto dell'Unione che un migrante richiedente asilo continui a rimanere in un sostanziale stato di detenzione anche dopo il decorso del termine di quattro settimane previsto dall'art. 43 della direttiva 2013/32, per il solo motivo che egli non sia in grado di provvedere economicamente alle sue esigenze di vita;
- se sia compatibile con gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33, applicabili in base all'art. 26 della direttiva 2013/32, che un migrante richiedente asilo sia posto in uno stato di sostanziale detenzione a tempo indeterminato senza un provvedimento espresso e ricorribile dinanzi ad un giudice, che spieghi i motivi per i quali quello stato di sostanziale detenzione sia nel caso di specie necessario e perché esso non possa essere sostituito con misure meno afflittive;
- se anche alla stregua della direttiva 2008/115 la condizione in cui i ricorrenti nell'ambito del giudizio *a quo* sono stati costretti a dimorare nella zona di transito di Röske possa essere qualificata come detenzione e se sia conforme alle disposizioni di questa direttiva il fatto che tale detenzione sia stata disposta ed eseguita senza la previa adozione di un provvedimento ricorribile dinanzi a un giudice, espresso e motivato in ordine alla necessità e alla proporzionalità di una tale misura;
- se, anche alla stregua della direttiva 2008/115, uno stato di sostanziale detenzione nel quale siano di fatto costretti i migranti non possa avere una durata indeterminata;
- se, ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il giudice di uno Stato membro dinanzi al quale venga dedotta l'illegittimità dello stato di detenzione in corso possa pure in assenza di una norma di diritto interno che a tanto lo legittimi, disporre, quale misura provvisoria, un ordine all'autorità amministrativa di assegnare al migrante un alloggio al

di fuori della zona di confine nella quale egli sia costretto a dimorare o, in alternativa, un assegno che gli consenta di procurarsi un alloggio al di fuori di detta zona.

Un diverso ricorso, proponente tuttavia le medesime questioni, era stato presentato dinanzi all'autorità giudiziaria rimettente da un cittadino iraniano e da suo figlio minorenni: anche essi erano stati posti in sostanziale stato di detenzione, senza un provvedimento espresso e motivato, all'interno della zona di transito di Röszke sin dal loro arrivo in Ungheria; anche la loro domanda di asilo era stata dichiarata irricevibile dall'autorità ungherese; anche essi, dopo essere stati in un primo momento espulsi verso la Serbia, che si era rifiutata di accoglierli, erano stati poi espulsi verso il loro paese d'origine. Facevano, pertanto, valere il loro diritto ad una pronuncia nel merito sulla domanda di asilo, oltre che l'illegittimità dello stato di detenzione in cui erano sostanzialmente costretti nella zona di transito di Röszke.

Le risposte della CGUE

Innanzitutto, deve darsi conto che ai sensi dell'art. 107 del regolamento di procedura della Corte, la decisione delle questioni ad essa prospettate ha seguito le regole della procedura pregiudiziale di urgenza, in quanto il giudizio principale aveva ad oggetto il protrarsi delle restrizioni della libertà personale dei ricorrenti, della cui legittimità il giudice *a quo* aveva sollevato il dubbio dinanzi alla CGUE.

Inoltre, i richiedenti asilo, che avevano proposto ricorso nel giudizio *a quo*, rischiavano di essere rimpatriati proprio nei territori dai quali essi erano fuggiti.

Sicché si giustificava l'adozione della procedura d'urgenza.

Nel merito delle questioni ad essa sottoposte, la Corte ha chiarito che la modifica della destinazione del paese verso il quale deve essere espulso un migrante di cui sia stata dichiarata irricevibile la domanda di asilo deve essere intesa quale nuovo provvedimento di espulsione, con la conseguenza che contro di esso deve comunque essere garantita la possibilità di adire un giudice terzo e imparziale da parte dell'interessato, non essendo sufficiente, alla stregua del diritto dell'Unione, il controllo previsto da parte di un'autorità amministrativa gerarchicamente sovraordinata a quella che ha emesso il nuovo provvedimento, e non autonoma dall'apparato amministrativo.

Peraltro, nel caso di specie, il rifiuto dell'autorità ungherese di esaminare nel merito le domande di asilo proposte dai migranti afgani ed iraniani, dopo che la Serbia, individuata come paese di transito sicuro, si era rifiutata di accoglierli, e la loro nuova espulsione verso i paesi dai quali fuggivano si ponevano in sostanziale violazione del principio di *non-refoulement*.

Ne consegue che, proprio per garantire la piena attuazione del diritto dell'Unione, il giudice ungherese *a quo* ben poteva considerarsi competente a conoscere i ricorsi presentati dai richiedenti asilo contro l'individuazione della nuova destinazione di espulsione, nonostante la mancanza di una norma nazionale attributiva della *potestas iudicandi* in tali fattispecie.

La CGUE ha anche chiarito che la dichiarazione di irricevibilità della domanda di asilo, pronunciata dall'autorità ungherese competente e confermata con una sentenza passata in giudicato

precedentemente all'introduzione del giudizio *a quo*, era contraria al diritto dell'Unione, in quanto la valutazione di "paese terzo sicuro" quale condizione ostativa all'accoglimento della domanda di asilo non poteva essere fatta in relazione ad un paese attraverso il quale il migrante era solo transitato, in quanto il semplice transito non può costituire una linea di connessione sufficiente, ai sensi del diritto dell'Unione, tra il migrante e il paese da lui attraversato, tale da consentire alle autorità del paese al quale sia stata proposta la domanda di asilo di dichiararla irricevibile sulla base della divisata "sicurezza" del paese di transito per il migrante.

La Corte ha inoltre affermato che la sua affermazione della contrarietà al diritto dell'Unione della dichiarazione di irricevibilità della domanda di asilo costituisce un fatto nuovo che il migrante può porre a base di una nuova domanda che le autorità dello Stato membro hanno l'obbligo di esaminare.

Tale obbligo non sussiste, tuttavia, in assenza della domanda del soggetto interessato ad ottenere l'asilo: lo Stato membro non ha l'obbligo di riattivare d'ufficio l'esame nel merito della domanda già dichiarata irricevibile.

Al di fuori del caso in cui la contrarietà al diritto dell'Unione della dichiarazione di irricevibilità di una domanda di asilo sia stata accertata successivamente da una sentenza della CGUE o, incidentalmente, dall'autorità giudiziaria dello Stato membro, l'autorità amministrativa competente non può, sulla base di una sua diversa valutazione del quadro giuridico, riesaminare detta domanda, se la relativa dichiarazione di irricevibilità è stata confermata da una sentenza di un'autorità giudiziaria nazionale passata in giudicato: a ciò osterebbe il principio di intangibilità del giudicato.

La CGUE si è, inoltre, occupata di stabilire in cosa consista lo stato di detenzione previsto dalle direttive 2013/32, 2013/33 e 2008/115.

Prima di procedere a tale inquadramento, la CGUE ha chiarito l'ambito di applicazione delle dette direttive: le prime due si applicano ai migranti la cui domanda di asilo sia ancora pendente dinanzi all'autorità amministrativa in prima istanza; la direttiva 2008/115, invece, si applica ai richiedenti asilo dopo che la loro domanda sia stata rigettata.

Dopo aver fatto questa precisazione, la Corte ha affermato che tra detenzione e restrizione della libertà di movimento non vi è una differenza qualitativa, bensì quantitativa: si ha detenzione quando un soggetto, come i ricorrenti nel giudizio principale, è costretto a soggiornare in un piccolo alloggio di pochissimi metri quadri posto in una zona di confine, recintata con del filo spinato e sorvegliata da vigilanza armata, dove l'unica via aperta è quella verso uno Stato, come nel caso di specie la Serbia, che già si era rifiutato di accogliere i migranti.

La Corte ha, poi, affermato che il tempo massimo di detenzione dei richiedenti asilo alla frontiera, ai sensi della direttiva 2013/32, è di quattro settimane.

Ciò non esclude, ai sensi della direttiva 2013/33, che, al di fuori della zona di confine, i richiedenti asilo possano essere posti in detenzione: peraltro nessuna norma della direttiva 2013/33 fissa un termine di durata massima di un tale stato di detenzione.

Tuttavia, un richiedente asilo può essere posto in detenzione solo con un provvedimento scritto, ricorribile in sede giurisdizionale, periodicamente riesaminabile e motivato in merito alla necessità e alla proporzionalità della misura detentiva rispetto allo scopo da essa perseguito, che è sostanzialmente quello di evitare una fuga del soggetto richiedente.

La detenzione del richiedente asilo, dunque, costituisce l'*extrema ratio*, e non può essere la condizione ordinaria in cui possa essere tenuto un richiedente asilo.

Un richiedente asilo, inoltre, non può essere costretto in uno stato di detenzione per il solo fatto che non dispone di mezzi economici sufficienti per provvedere alle proprie esigenze di vita.

Analoghe considerazioni e analoghe regole valgono con riferimento alla direttiva 2008/115: qui però il termine massimo per tenere in detenzione un migrante espulso in attesa dell'esecuzione dell'espulsione è di diciotto mesi.

Dopo aver chiarito questi principi, la Corte ha affermato che il giudice *a quo*, pur in assenza di una norma nazionale *ad hoc*, deve considerarsi, in conformità al diritto dell'Unione, competente a sindacare la legittimità dello stato di detenzione nel quale siano costretti i richiedenti asilo e che, nel caso in cui accerti l'illegittimità della detenzione, può immediatamente porli in libertà, ordinando all'autorità amministrativa nazionale, come misura provvisoria in attesa della decisione finale, di fornire a loro un alloggio fuori dalla zona di confine in cui essi sono reclusi o, in alternativa, un assegno in denaro che consenta loro di procurarsi un alloggio e poter soggiornare fuori della zona di confine.

**CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA,
ARTT. 46 E 47**

DIRITTO ALL'EQUO PROCESSO - "MARKET ABUSE" - PROCEDIMENTO PER L'IRROGAZIONE DI SANZIONI AMMINISTRATIVE - DICHIARAZIONI CHE POTREBBERO IMPLICARE LA PENALE RESPONSABILITÀ DEL DICHIARANTE - DIRITTO AL SILENZIO - SUSSISTENZA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, in C-481/19
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=237202&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=313729>

CLASSIFICAZIONE

Artt. 47 e 48 CDFUE e art. 6 CEDU – *Fair trial (Equo processo)* – Diritto al silenzio ed illeciti amministrativi di natura sostanzialmente penale – Rinvio pregiudiziale – Ravvicinamento delle legislazioni – Direttiva 2003/6/CE – Articolo 14, paragrafo 3 – Regolamento (UE) n. 596/2014 – Articolo 30, paragrafo 1, lettera b) – Abusi di mercato – Sanzioni amministrative aventi carattere penale – Omessa collaborazione con le autorità competenti – Articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Diritto di mantenere il silenzio e di non contribuire alla propria incolpazione.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, causa C-481/19, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Corte costituzionale italiana, con ordinanza del 6 marzo 2019, pervenuta in cancelleria il 21 giugno 2019, nel procedimento *DB contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 47 e 48 CDFUE e art. 6 CEDU.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE: sentenza del 18 ottobre 1989 *Orkem/Commissione*, 374/87; sentenza del 29 giugno 2006, *Commissione/SGL Carbon*, C-301/04 P; sentenza del 25 gennaio 2007, *Dalmine/Commissione*, C-407/04 P; sentenza del 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08; sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*; sentenza del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e C-597/16; sentenza del 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15; sentenza del 12 dicembre 2019, *Slovenské elektrárne*, C-376/18.

Sentenze CEDU: sentenza del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*; sentenza dell'8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*; sentenza del 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*; sentenza del 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*; sentenza del 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*; sentenza del 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*; sentenza del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*; sentenza del 15 novembre 2016, *GC, A e B c. Norvegia*; 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*; sentenza del 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*; sentenze del 21 maggio 2019, *Commissione/Ungheria*, C-235/17; sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18; sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, C-336/19; sentenza del 18 ottobre 1989, *Orkem/Commissione*, 374/87; sentenza del 29 giugno 2006, *Commissione/SGL Carbon*, C-301/04 P; sentenza del 25 gennaio 2007, *Dalmine/Commissione*, C-407/04 P; sentenza del 14 maggio 2019, *M e a.* C-391/16, C-77/17 e C-78/17; sentenza del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*.

Sentenze Corte di cassazione: Sez. U, n. 36258 del 24/5/2012, Biondi, Rv. 253152; Sez. 5, n. 2337 del 22/12/1998, dep. 1999, Sica, Rv. 212618; Sez. 2, n. 28620 del 1/7/2009, Ostuni, Rv. 244730; Sez. 3, n. 9239 del 19/1/2010, B., Rv. 246233; Sez. 2, n. 22651 del 21/04/2010, Di Perna, Rv. 247426; Sez. 1, n. 2653 del 26/10/2011, dep. 2012, M., Rv. 251828; Sez. 6, n. 8958 del 27/1/2015, Scarpa, Rv. 262499; n. 6348 del 28/01/2015, Drago, Rv. 262617; Sez. 6, n. 18755 del 16/4/2015, Scagnelli, Rv. 263550; Sez. 4, n. 46423 del 23/10/2015, Sperti, Rv. 265287; Sez. 3, n. 50565 del 29/10/2015, Rossi, Rv. 265592; Sez. 3, n. 4090 del 25/11/2015, dep. 2016, Tonti Donaggio, Rv. 265713 Sez. 3, n. 3396 del 23/11/2016, dep. 2017, Caliendo, Rv. 268927; Sez. 2, n. 16563 del 01/03/2017, Cazanave, Rv. 269507; Sez. 2, n. 28388 del 21/4/2017, Leo, Rv. 270339; Sez. 5, n. 57703 del 14/9/2017, G., Rv. 271894; Sez. 4, n. 20115 del 4/4/2018, Prendi, Rv. 272747; Sez. 4, n. 24439 del 27/4/2018, Stamatopoulou, Rv. 273744; Sez. 6, n. 28008 del 19/06/2019, Arena, Rv. 276381; Sez. 3, n. 43254 del 19/09/2019, C, Rv. 277259; Sez. 5, n. 17232 del 17/1/2020, Boglione, Rv. 279169; Sez. 2, n. 16036 del 12/2/2020, Piano; Sez. 5, n. 32422 del 24/9/2020, Barzaghi, Rv. 279778; Sez. 4, n. 36478 del 2/12/2020, Gallo, Rv. 280082; Sez. 5, n. 7995 del 9/12/2020, dep. 2021, Chiaravalloti.

Abstract

La Grande Sezione della Corte di Giustizia, interpretando gli artt. 47 e 48 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, alla luce anche della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritto ad un "processo equo", ha stabilito che il diritto al silenzio, che è al centro della nozione di "fair trial", osta a che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità amministrativa competente, a titolo della direttiva 2003/6 o del regolamento n. 596/2014, risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un "illecito amministrativo punitivo" oppure la sua responsabilità penale.

In particolare, l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione

del mercato (abusi di mercato), e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato), che abroga la direttiva 2003/6 e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, vanno letti nel senso che essi non impongono agli Stati membri di sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un procedimento formalmente amministrativo, ma diretto all'applicazione di una sanzione sostanzialmente penale, aperto nei suoi confronti dall'autorità amministrativa competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte dalle quali possa derivare una responsabilità a suo carico per illeciti formalmente o sostanzialmente penali.

La Corte ha aggiunto che il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi omessa collaborazione della persona interessata con le autorità competenti, come in caso di rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da queste ultime o di manovre dilatorie intese a rinviare lo svolgimento di tale audizione.

La domanda di pronuncia pregiudiziale

La domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dalla Corte costituzionale italiana ha avuto ad oggetto l'interpretazione degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), nonché l'interpretazione e la validità dell'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato) (GU 2003, L 96, pag. 16), e dell'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) che abroga la direttiva 2003/6 e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione (GU 2014, L 173, pag. 1).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone DB alla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB), vertente sulla legittimità di sanzioni inflitte a DB a motivo di illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di omessa collaborazione nell'ambito di un'indagine attivata dalla stessa Autorità Indipendente.

In sintesi, il giudice del rinvio pregiudiziale chiede di sapere *se l'articolo 14, paragrafo 3, della Direttiva 2003/6 e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale.*

Il caso

Con decisione del 2 maggio 2012, la CONSOB ha inflitto a DB, sulla base dell'articolo 187-bis del

Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, il d.lgs. n. 58 del 1998, due sanzioni pecuniarie dell'importo, rispettivamente, di euro 200.000 e di euro 100.000, per un illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate commesso tra il 19 febbraio e il 26 febbraio 2009 e composto di due condotte, vale a dire operazioni effettuate con abuso di informazioni privilegiate e comunicazione illecita di informazioni privilegiate.

La CONSOB ha altresì inflitto a DB una sanzione pecuniaria dell'importo di euro 50.000 per l'illecito amministrativo previsto dall'articolo 187-*quinqüesdecies* del Testo unico, in ragione del fatto che l'interessato, dopo aver chiesto a più riprese il rinvio della data dell'audizione alla quale era stato convocato nella sua qualità di persona informata dei fatti, una volta presentatosi a tale audizione aveva rifiutato di rispondere alle domande che gli erano state rivolte.

Inoltre, la CONSOB ha inflitto la sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, prevista dall'articolo 187-*quater*, comma 1, del Testo unico, per una durata di 18 mesi e ha ordinato la confisca per equivalente del profitto dell'illecito o dei mezzi utilizzati per ottenerlo, a norma dell'articolo 187-*sexies* del medesimo Testo unico.

DB ha proposto opposizione contro tali sanzioni dinanzi alla Corte d'Appello di Roma, che l'ha rigettata e, quindi, ha adito con ricorso la Corte Suprema di cassazione.

Con ordinanza n. 3831 del 2018, la Cassazione ha sottoposto alla Corte costituzionale due questioni incidentali di legittimità costituzionale, delle quali – sottolinea la Corte di Lussemburgo - solo la prima è pertinente nel contesto del presente rinvio pregiudiziale¹⁴.

La questione rilevante verte sull'articolo 187-*quinqüesdecies* del Testo unico, là dove tale disposizione sanziona il fatto di non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB ovvero il fatto di ritardare l'esercizio delle funzioni di vigilanza di quest'ultima, anche nei confronti di colui al quale la CONSOB, nell'esercizio di dette funzioni, contesti un abuso di informazioni privilegiate.

Nella sua decisione di rinvio, la Corte costituzionale fa osservare che la questione di costituzionalità dell'articolo 187-*quinqüesdecies* del Testo unico viene sollevata in riferimento a vari diritti e principi, alcuni dei quali sanciti dal diritto nazionale, ossia il diritto alla difesa e il principio della parità tra le parti nel processo, previsti dalla Costituzione italiana, ed altri riconosciuti dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione.

Secondo la Corte costituzionale, il diritto di mantenere il silenzio e di non contribuire alla propria

¹⁴ Lo scrutinio di costituzionalità delle disposizioni censurate nel caso di specie ha dapprima indotto la Consulta a dichiarare illegittimo l'art. 187-*sexies* t.u.f. (tanto il testo vigente all'epoca dei fatti, quanto – in via consequenziale – la versione modificata ad opera del d. lgs. 107/2018: cfr. Corte cost., sent. 112/2019) nella parte in cui non circoscriveva la confisca al "profitto" degli illeciti di *market abuse*, mentre a proposito della seconda questione è stato formulato un duplice rinvio pregiudiziale alla CGUE (v. Corte cost., ord. 117/2019). Oggetto di quest'ultimo provvedimento è appunto la sanzionabilità del rifiuto di rispondere a domande dell'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari (CONSOB) qualora ciò si traduca nel rendere dichiarazioni autoaccusatorie rispetto a fattispecie incriminatrici ovvero illeciti amministrativi comunque riportabili alla *matière pénale* in prospettiva CEDU.

incolpazione (in prosieguo: il «diritto al silenzio»), fondato sulle disposizioni costituzionali, del diritto dell'Unione e del diritto internazionale invocate, non può giustificare il rifiuto della persona interessata di presentarsi all'audizione disposta dalla Consob, né il ritardo di detta persona a presentarsi a tale audizione, purché sia garantito il diritto di quest'ultima di non rispondere alle domande che le vengono rivolte in occasione di tale audizione.

Tale garanzia, invece, sarebbe mancata nel caso di specie.

Il giudice del rinvio sottolinea, in particolare, che occorre, anzitutto, prendere in considerazione il rischio che, per effetto dell'obbligo di cooperazione con l'autorità competente, il sospetto autore di un illecito amministrativo suscettibile di una sanzione a carattere penale possa contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale nei propri confronti.

Ed infatti, nell'ordinamento italiano, l'abuso di informazioni privilegiate addebitato a DB è previsto al tempo stesso come illecito amministrativo e come illecito penale, ed i relativi procedimenti possono essere attivati e proseguiti parallelamente, nei limiti in cui ciò sia compatibile con il principio *ne bis in idem* sancito dall'articolo 50 della Carta (sul quale si richiamano le sentenze del 2018 della Corte di Lussemburgo ed in particolare la sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, punti da 42 a 63).

Inoltre, la Corte costituzionale, compiendo una ricognizione sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorda che il diritto al silenzio, scaturente dall'articolo 6 CEDU, risulta violato quando dei soggetti vengono sanzionati dal diritto nazionale per non aver risposto alle domande delle autorità amministrative nell'ambito di procedimenti di accertamento di violazioni amministrative punibili con sanzioni a carattere penale (si richiamano Corte EDU, 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*, § da 63 a 71; 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*, § da 38 a 41, e 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, § da 50 a 58).

Secondo il giudice del rinvio, dato che l'articolo 187-*quinquiesdecies* del Testo unico è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano in esecuzione di un obbligo specifico imposto dall'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e costituisce, oggi, l'attuazione dell'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, *un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità del citato articolo 187-quinquiesdecies rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione, nel caso in cui le suddette disposizioni del diritto derivato dell'Unione dovessero essere intese nel senso che impongono agli Stati membri di sanzionare il silenzio osservato, nell'ambito di un'audizione dinanzi all'autorità competente, da una persona sospettata di abuso di informazioni privilegiate.*

La Corte costituzionale, tuttavia, sottolinea come *sia lecito dubitare della compatibilità di tali disposizioni, se così intese, con gli articoli 47 e 48 della Carta, che sembrano parimenti riconoscere il diritto al silenzio entro limiti identici a quelli risultanti dall'articolo 6 della CEDU e dalla Costituzione italiana.*

Il giudice del rinvio rileva, altresì, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui la persona sottoposta ad un'indagine nell'ambito di una procedura di accertamento di violazioni delle norme dell'Unione in materia di concorrenza è obbligata a rispondere a quesiti di mero

fatto, potrebbe risolversi comunque in una limitazione significativa della portata del diritto dell'interessato di non contribuire, neppure indirettamente, mediante le proprie dichiarazioni, alla propria incolpazione. Tale giurisprudenza, che si sarebbe formata con riguardo a persone giuridiche e non fisiche, e in larga misura in epoca antecedente all'adozione della Carta, apparirebbe *difficilmente conciliabile con il carattere penale che la Corte ha riconosciuto, nella sentenza del 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, alle sanzioni amministrative previste nell'ordinamento giuridico italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate.*

Infine, la Corte costituzionale giustifica il proprio rinvio pregiudiziale sulla base della considerazione del fatto che la questione se gli articoli 47 e 48 della Carta impongano, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riguardante l'articolo 6 della CEDU, di rispettare il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni a carattere penale non è ancora stata affrontata dalla Corte o dal legislatore dell'Unione; il giudice del rinvio, pertanto, reputa necessario, prima di pronunciarsi sulla questione di costituzionalità che gli è stata sottoposta, chiedere alla Corte di Lussemburgo di procedere all'interpretazione e, se del caso, alla verifica della validità, in rapporto agli articoli 47 e 48 della Carta, dell'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6, nonché dell'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014.

Alla luce di tali circostanze, la Corte costituzionale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

1) *Se l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile ratione temporis, e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva".*

2) *Se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile ratione temporis, e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014 siano compatibili con gli articoli 47 e 48 della [Carta], anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di articolo 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva".*

I principi stabiliti dalla Corte di Giustizia

Premessa: la ricevibilità delle questioni pregiudiziali.

La Corte di Lussemburgo ha dovuto chiarire, anzitutto, la ricevibilità e la rilevanza delle questioni pregiudiziali proposte, poiché il Consiglio dell'Unione Europea ne dubitava alla luce della inapplicabilità del Regolamento n. 596/2014 al giudizio *a quo*.

Conformemente alla sua consolidata giurisprudenza, dunque, la Corte ha ricordato che le

questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli definisce sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, sono assistite da una presunzione di rilevanza.

Il rifiuto della Corte di statuire su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora risulti in modo manifesto che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione o l'esame della validità di quest'ultimo non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, o anche quando il problema sia di natura ipotetica, oppure la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le sono sottoposte nonché per comprendere le ragioni per le quali il giudice nazionale ritiene di aver bisogno delle risposte a tali questioni per dirimere la controversia dinanzi ad esso pendente (v., in tal senso, sentenze del 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, punti da 40 a 42, e del 12 dicembre 2019, *Slovenské elektrárne*, C-376/18, punto 24).

Nel caso di specie, i giudici di Lussemburgo evidenziano che la Corte costituzionale ritiene di doversi pronunciare sulla *costituzionalità dell'articolo 187-quinquiesdecies* del Testo unico *non soltanto nella sua versione in vigore alla data dei fatti di cui al procedimento principale, la quale aveva trasposto l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6, ma anche nella sua versione attualmente in vigore, che dà attuazione all'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014.*

In proposito, detto giudice fa riferimento alla coerenza e al rapporto di continuità esistente tra le disposizioni della direttiva 2003/6 e quelle del regolamento n. 596/2014, che giustificano un esame complessivo delle disposizioni, tra loro analoghe, di cui all'articolo 14, paragrafo 3, di detta direttiva e all'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), di tale regolamento.

Peraltro, come risulta dal fascicolo presentato dal giudice del rinvio, *una dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 187-quinquiesdecies del Testo unico avrebbe un'incidenza anche sulla versione attualmente in vigore di tale articolo, che dà attuazione all'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014.*

Le affermazioni della Corte di Giustizia sulle questioni pregiudiziali.

1. La Grande Sezione evidenzia anzitutto la polivalenza delle questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte costituzionale, che riguardano, invero, direttamente gli articoli 47 e 48 della Carta, volti alla tutela del diritto a che la propria causa sia esaminata equamente ed alla garanzia della presunzione di innocenza, ma abbracciano anche i diritti garantiti dall'articolo 6 della CEDU.

La Corte di Giustizia rammenta, infatti, ancora una volta, che, sebbene la Convenzione non costituisca, fintanto che l'Unione non vi avrà aderito, uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, come confermato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE.

Inoltre, l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta stabilisce che i diritti riconosciuti da quest'ultima

corrispondenti a diritti garantiti dalla CEDU hanno un significato e una portata identici a quelli attribuiti a tali diritti dalla suddetta convenzione, con una disposizione chiaramente finalizzata a garantire la necessaria coerenza tra tali, rispettivi diritti, senza pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, punti 24 e 25).

Secondo le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), l'articolo 47, secondo comma, della Carta corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU e l'articolo 48 della Carta «corrisponde» esattamente all'articolo 6, paragrafi 2 e 3, della CEDU.

La Corte di Giustizia, dunque, nell'interpretazione che effettua in merito ai diritti garantiti dall'articolo 47, secondo comma, e dall'articolo 48 della Carta, deve tener conto dei diritti corrispondenti garantiti dall'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto *soglia di protezione minima* [v., in tal senso, sentenze del 21 maggio 2019, *Commissione/Ungheria* (Usufrutti su terreni agricoli), C-235/17, punto 72; del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, punto 124, nonché del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, C-336/19, punto 56].

2. Svolta tale fondamentale premessa, la Corte di Giustizia evidenzia un dato altrettanto importante che discende proprio dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: *anche se l'articolo 6 della CEDU non menziona espressamente il diritto al silenzio, quest'ultimo costituisce una norma internazionale generalmente riconosciuta, che si trova al centro della nozione di equo processo; ponendo l'imputato al riparo da una coercizione abusiva da parte delle autorità, tale diritto contribuisce ad evitare errori giudiziari e a garantire il risultato a cui mira il citato articolo 6* (v., in tal senso, Corte EDU, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 45).

Orbene, tenuto conto che la protezione del diritto al silenzio mira a garantire che, in una causa penale, l'accusa fondi la propria argomentazione senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti mediante costrizione o pressioni, in spregio alla volontà dell'imputato (v., in tal senso, Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68), tale diritto risulta violato in una situazione in cui un "sospetto", minacciato di sanzioni per il caso di mancata deposizione, o depone o viene punito per essersi rifiutato di deporre (v., in tal senso, Corte EDU, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 267).

E la Corte di Giustizia evidenzia anche che – secondo la giurisprudenza di Strasburgo – *il diritto al silenzio non può ragionevolmente essere limitato alle confessioni di illeciti o alle osservazioni che chiamino direttamente in causa la persona interrogata, bensì comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona* (v., in tal senso, Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 71, e 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*, § 34).

Pur nell'ampiezza della nozione di "diritto al silenzio" oggetto di tutela nell'egida della Carta e

della Convenzione, la Grande Sezione sembra, tuttavia, chiamare fuori dall'ambito di garanzia riconosciute alcuni comportamenti di macroscopica omessa collaborazione con le autorità della persona interessata, là dove chiarisce che il diritto al silenzio non può giustificare *qualsiasi omessa collaborazione* con le autorità competenti, qual è il caso di un *rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa*.

3. La Corte di Giustizia giunge, quindi, ad un ulteriore snodo essenziale della sua decisione: la questione relativa ai presupposti in presenza dei quali il diritto al silenzio deve essere rispettato anche nell'ambito di procedure di accertamento di illeciti amministrativi.

Ebbene, anzitutto i giudici europei rammentano che *tale diritto viene in gioco nel contesto di procedure suscettibili di sfociare nell'inflizione di sanzioni amministrative che hanno natura sostanzialmente penale*, ricordando, altresì, quali sono oramai gli approdi consolidati che conducono a valutare il carattere penale di una sanzione (solo) formalmente amministrativa: il richiamo è ai tre criteri di *Engel*¹⁵, recepiti in modo omogeneo dalla giurisprudenza della Corte EDU e da quella della Corte di Giustizia: la qualificazione giuridica dell'illecito nell'ordinamento interno; la natura dell'illecito; il grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire (e la Corte rinvia, per tutte, alla propria sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, punto 28).

Ebbene, secondo una valutazione che la Corte di Lussemburgo da sempre ritiene propria del giudice interno (e del rinvio), alla luce di tali criteri, la Corte costituzionale ha già sottolineato come le sanzioni amministrative in discussione nel procedimento principale abbiano natura penale in base alla stessa giurisprudenza della Corte Europea: alcune delle sanzioni amministrative inflitte dalla Consob paiono, infatti, perseguire una finalità repressiva e presentare un elevato grado di severità, tale per cui esse sono suscettibili di avere natura penale (v., in tal senso, le sentenze della Corte di Giustizia del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e C-597/16, punto 38, nonché del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16, punti 34 e 35, nonché *Menci* C-524/15, sempre del 20 marzo 2018).

La Corte europea dei diritti dell'uomo è, per parte sua, giunta, in sostanza, alla medesima conclusione (per tutte, il richiamo è alla sentenza Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, § 101).

Ma la Corte di Giustizia evoca un'ulteriore, importante rilievo, che tocca il piano della integrazione tra procedimenti, l'uno, gestito dalla CONSOB, diretto ad irrogare la sanzione formalmente amministrativa; l'altro, di natura propriamente penale, volto ad infliggere la sanzione penale da parte dell'autorità giudiziaria.

Ebbene, afferma la Corte, anche supponendo che, nel caso di specie, le sanzioni in questione nel procedimento principale inflitte a DB dall'autorità di vigilanza non dovessero presentare carattere

¹⁵ Chiamati così dalla prima pronuncia della Corte EDU che li ha enunciati: *Engel e altri c. Paesi Bassi* del 8 giugno 1976.

penale, la necessità di rispettare il diritto al silenzio nell'ambito di un procedimento di indagine condotto da detta autorità potrebbe risultare altresì dal fatto, evidenziato dal giudice del rinvio, che, in base alla normativa nazionale, gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura sono utilizzabili, nell'ambito di un procedimento penale intentato nei confronti di questa stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di un illecito penale.

4. La Grande Sezione, alla luce di tutte le argomentazioni sviluppate (ai punti da 35 a 44 della sentenza in commento), afferma, dunque, che, tra le garanzie che discendono dall'articolo 47, secondo comma, e dall'articolo 48 della Carta, e al cui rispetto sono tenuti sia le istituzioni dell'Unione sia gli Stati membri allorché attuano il diritto dell'Unione, figura, segnatamente, il diritto al silenzio di una persona fisica «imputata» ai sensi della seconda delle disposizioni sopra citate.

Tale diritto osta, in particolare, a che tale persona venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente a titolo della direttiva 2003/6 o del regolamento n. 596/2014 risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

E non vi è distanza tra tale valutazione e la giurisprudenza della Corte relativa alle norme dell'Unione in materia di concorrenza, che costituisce un ulteriore "fronte" di frizione tra diritti individuali garantiti e obblighi di tutela collettivi che fanno capo alla legislazione dell'Unione Europea.

Da tale giurisprudenza, infatti, risulta, sì, che, nell'ambito di un procedimento inteso all'accertamento di una violazione di tali norme, l'impresa interessata può essere costretta a fornire tutte le informazioni necessarie relative ai fatti di cui essa può avere conoscenza e a fornire, ove occorra, i documenti pertinenti che siano in suo possesso, anche quando questi possano servire per dimostrare, segnatamente nei suoi confronti, l'esistenza di un comportamento anticoncorrenziale (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 1989, Orkem/Commissione, 374/87, punto 34; del 29 giugno 2006, Commissione/SGL Carbon, C-301/04 P, punto 41, e del 25 gennaio 2007, Dalmine/Commissione, C-407/04 P, punto 34). Tuttavia, la Corte, in proposito, ha statuito anche che l'impresa in questione non può vedersi imporre l'obbligo di fornire risposte in virtù delle quali essa si troverebbe a dover ammettere l'esistenza di una violazione siffatta (v., in tal senso, sentenze del 18 ottobre 1989, Orkem/Commissione, 374/87, punto 35, e del 29 giugno 2006, Commissione/SGL Carbon, C-301/04 P, punto 42).

E, in ogni caso, come indicato dallo stesso giudice del rinvio, la giurisprudenza richiamata in materia di concorrenza – a giudizio della Corte di Lussemburgo – presenta un carattere di diversità di fondo con quella oggetto del rinvio in esame: essa *riguarda procedimenti suscettibili di portare all'inflizione di sanzioni ad imprese e ad associazioni di imprese e non può applicarsi per analogia quando si tratta di stabilire la portata del diritto al silenzio di persone fisiche che, come DB, sono oggetto di un procedimento per abuso di informazioni privilegiate.*

5. Un'ultima osservazione viene dedicata dalla Corte ai dubbi sollevati, dal giudice del rinvio, in merito alla validità, con riferimento al diritto al silenzio sancito dall'articolo 47, secondo comma, e dall'articolo 48 della Carta, dell'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e dell'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014: tali disposizioni del diritto derivato dell'Unione si prestano ad essere interpretate in conformità al *diritto al silenzio* così come delineato dall'analisi della giurisprudenza europea?

E cioè, tali disposizioni possono essere interpretate nel senso che esse non impongono di sanzionare una persona fisica per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente a titolo della direttiva summenzionata o del regolamento sopra citato risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale?

La Corte risponde positivamente a tale interrogativo, ricordando che, secondo un principio ermeneutico generale, *un testo del diritto derivato dell'Unione deve essere interpretato, per quanto possibile, in un modo che non pregiudichi la sua validità e in conformità con l'insieme del diritto primario e, segnatamente con le disposizioni della Carta.*

Così, qualora un testo siffatto si presti a più di un'interpretazione, occorre preferire quella che rende la disposizione conforme al diritto primario anziché quella che porta a constatare la sua incompatibilità con quest'ultimo [sentenza del 14 maggio 2019, *M e a.* (Revoca dello status di rifugiato), C-391/16, C-77/17 e C-78/17, punto 77].

Peraltro, sia il considerando 44 della direttiva 2003/6 che il considerando 77 del regolamento n. 596/2014 sottolineano d'altronde che i due atti normativi rispettano i diritti fondamentali e i principi sanciti dalla Carta.

Più specificamente, per quanto riguarda, l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6, esso stabilisce che gli Stati membri devono determinare le sanzioni applicabili in caso di omessa collaborazione nell'ambito di un'indagine svolta ai sensi dell'articolo 12 di detta direttiva. Quest'ultimo articolo precisa che, in tale contesto, l'autorità competente deve poter richiedere informazioni a qualsiasi persona e, se necessario, convocare e procedere all'audizione di una determinata persona.

Ebbene, afferma la Corte (ammettendo forse una certa quota di non chiarezza delle norme), se i termini delle due disposizioni di cui sopra non escludono, in maniera espressa, che l'obbligo imposto agli Stati membri di stabilire le sanzioni applicabili in un caso siffatto si applichi anche in caso di rifiuto, da parte di una persona sottoposta ad audizione, di fornire alla suddetta autorità risposte che siano suscettibili di far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale, *niente nella formulazione dell'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 osta neppure ad un'interpretazione di tale disposizione secondo cui detto obbligo non si applica in un caso siffatto.* Quanto all'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, tale disposizione impone di stabilire delle sanzioni amministrative per l'omessa collaborazione o la mancata

ottemperanza ad un'indagine, a un'ispezione o a una richiesta quali previste dall'articolo 23, paragrafo 2, di detto regolamento, il cui punto b) precisa che ciò comprende l'interrogatorio di una persona al fine di ottenere delle informazioni.

La Corte osserva in proposito come occorra, tuttavia, evidenziare che, se l'articolo 30, paragrafo 1, del regolamento n. 596/2014 esige dagli Stati membri che essi provvedano affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare sanzioni e altre misure appropriate, segnatamente nelle ipotesi contemplate al punto b) di tale disposizione, esso tuttavia non impone ai suddetti Stati membri di prevedere l'applicazione di sanzioni o misure siffatte alle persone fisiche che, nell'ambito di un'indagine concernente un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale, rifiutino di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la loro responsabilità per tale violazione o la loro responsabilità penale.

La Corte conclude, dunque, nel senso che tanto l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 quanto l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014 si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

Così interpretate, le citate disposizioni del diritto derivato dell'Unione non possono veder pregiudicata la loro validità, con riferimento agli articoli 47 e 48 della Carta, per il fatto che esse non escludono espressamente l'infrazione di una sanzione per un rifiuto siffatto.

6. Un monito finale.

La Corte di Giustizia chiude la sua decisione ricordando che, in tale contesto ermeneutico, gli Stati membri devono utilizzare il potere discrezionale ad essi conferito da un testo del diritto derivato dell'Unione in modo conforme ai diritti fondamentali (v., in tal senso, sentenza del 13 marzo 2019, E., punti 53 e 54).

Nell'ambito dell'attuazione di obblighi risultanti dalla direttiva 2003/6 o dal regolamento n. 596/2014, incombe dunque a detti Stati membri assicurare, come si è sottolineato al punto 45, che, in conformità al diritto al silenzio garantito dagli articoli 47 e 48 della Carta, l'autorità competente non possa sanzionare una persona fisica per il suo rifiuto di fornire a tale autorità risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

Osservazioni finali e spunti per una lettura della giurisprudenza di legittimità.

L'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di

detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

Tale conclusione della Corte di Giustizia non appariva scontata, ma è sicuramente coerente al percorso ermeneutico che, a partire dal tema del *ne bis in idem*, ha indirizzato le Corti europee ad offrire una valutazione sostanzialistica dell'illecito penale.

Il piano processuale sul quale si incentra l'analisi della Corte di Lussemburgo integra quello oramai non più solo processuale ma divenuto sostanziale del *ne bis in idem* (principio garantito dagli artt. 4 Prot. n. 7 CEDU e 50 CDFUE).

Un illecito "sostanzialmente penale e formalmente amministrativo", soprattutto nel caso in cui si innesti in materie di doppio binario sanzionatorio legislativamente dichiarato (quale quella degli abusi di mercato), deve vedersi riconosciute alcune garanzie fondamentali che rendono la procedura applicativa della sanzione sostanzialmente penale conforme al *fair trial* e la predispongono a non essere foriera di ulteriori, future violazioni del diritto ad un processo equo, emergenti nel contesto di un'accusa anche formalmente penale elevata nel procedimento parallelo, dati i risultati probatori "osmotici" (dovuti, appunto alla stessa struttura normativa degli illeciti e dei loro procedimenti applicativi: ne è un esempio la disciplina del d. lgs. n. 58 del 1998, ma potrebbe esserlo anche quella dei reati tributari e delle relative sanzioni amministrative).

Sullo sfondo una consapevolezza muove la Corte di Giustizia: il diritto al silenzio deve essere considerato un canone «ormai definitivamente acquisito dalla civiltà giuridica occidentale»¹⁶, che è diventato stabile patrimonio di tutti gli ordinamenti giuridici europei, dei quali riflette una scelta ideologica, prima ancora che giuridica, irrinunciabile, e tale canone non può non abbracciare anche gli illeciti "sostanzialmente penali" che oramai la giurisprudenza europea ha fatto entrare a pieno titolo nel sistema di *diritto penale europeo* sempre più percepito come attuale e cogente dai giudici nazionali.

Non è poco tale estensione, che rende manifesta una delle garanzie processualpenalistiche fondamentali al procedimento "formalmente amministrativo" ma applicativo di sanzioni che rientrano in quella nozione allargata di *matière pénale* divenuta oramai patrimonio comune anche del nostro ordinamento penale¹⁷.

La CDFUE e la CEDU non contemplano espressamente il diritto al silenzio, ma si è visto –

¹⁶ Per una breve sintesi sul tema, con specifico riguardo alla sentenza della Corte di Giustizia C-481/19, DB c. CONSOB, e per un richiamo alla definizione suddetta – che è di P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in Enc. Dir., Annali, III, Milano, 2010 – cfr. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*, in *Sistemapenale.it* 16 febbraio 2021. Per un primo commento alla sentenza della Corte di Giustizia del 2 febbraio 2021, vedi anche E. BASILE, *La Corte di Giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sistemapenale.it*, 3 febbraio 2021; nonché M. BALDARI, *La CGUE riconosce il "diritto al silenzio" nei procedimenti sanzionatori dinanzi alla Consob*, in *Giustizia Insieme*, 3 marzo 2021.

¹⁷ Oltre alle più recenti sentenze della Corte di Giustizia citate – *Menci*, *Garlsson Real Estate* e *Di Puma-Zecca*, del 2018 – ed oltre alle pronunce della Corte EDU *Engel c. Paesi Bassi* del 1976 e *Grande Stevens c. Italia* del 2014, sulla nozione di *matière pénale* si rammenta la pronuncia *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016, che ha aperto nuove frontiere per la verifica delle violazioni al principio di *ne bis in idem* nell'ambito dei procedimenti in materie caratterizzate da doppio binario sanzionatorio, richiamando il criterio della *sufficiently close connection in substance and time* e indicando il canone del complessivo peso afflittivo della sanzione integrata.

dall'analisi della sentenza in commento - come entrambe le Corti garanti del rispetto dei due superiori strumenti pattizi europei da parte delle decisioni dei giudici dei Paesi aderenti abbiano coltivato tale diritto fondamentale nell'alveo della nozione di *equo processo*, rinvenibile negli artt. 47 e 48 della Carta e nell'art. 6 della Convenzione.

La Corte di Strasburgo ha enucleato il diritto al silenzio in modo forte, abbinandolo non soltanto alla presunzione d'innocenza, ma - appunto - al principio del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU: il diritto al silenzio costituisce uno degli elementi essenziali della *fairness* processuale¹⁸.

La concezione sostanzialistica della nozione di illecito penale secondo gli *Engel criteria* ha poi determinato l'ampliamento del raggio di azione del principio del *nemo tenetur se detegere* al di là dei confini del processo penale, per ricomprendervi tutte quelle procedure che possono concludersi con l'irrogazione di una sanzione di natura formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, attraverso sentenze della Corte EDU in cui il diritto al silenzio viene declinato - sia rispetto alla prova "dichiarativa", che a quella "materiale" - come garanzia operante anche in procedimenti amministrativi o tributari (cfr. le sentenze *Funke c. Francia*, del 1996; *Chambaz c. Svizzera*, del 2012, entrambe già richiamate, e *Corbet e a. c. Francia* del 19 marzo 2015, in relazione ad accertamenti condotti dall'amministrazione delle dogane; dalle autorità fiscali; dalle commissioni parlamentari d'inchiesta).

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha, nel suo bagaglio di garanzie, non soltanto il diritto ad un equo processo e la presunzione di innocenza previsti dagli artt. 47 e 48 della Carta, ma anche la direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza, che contiene un'espressa previsione del diritto al silenzio ed a non autoincriminarsi, dettata dall'art. 7¹⁹. I parr. 4 e 5 di tale norma disciplinano la rilevanza che l'autorità giudicante può attribuire all'esercizio del diritto al silenzio: se da un lato si può valorizzare a favore del reo il comportamento collaborativo, dall'altro lato si afferma che non si può impiegare la condotta silente ai fini di dimostrare la responsabilità dell'accusato.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, fino alla sentenza in *DB c. CONSOB* in commento, si era espressa, tuttavia, soltanto in relazione agli illeciti in materia di concorrenza sanzionati dalla Commissione.

In definitiva, tutti gli strumenti di matrice europea e la stessa giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, sono comunque consapevoli della necessità di lasciare uno spazio di manovra agli Stati, in maniera tale da consentire - ad alcune condizioni - alcune *forme di sollecitazione, da parte dell'autorità pubblica*, nei confronti del soggetto accusato affinché questi possa rivelare elementi a proprio svantaggio: si pensi alle forme di prova "reale" che provengono dall'imputato e indipendentemente dalla sua volontà (si pensi ai prelievi di materiale biologico, come per i test del DNA o per gli accertamenti circa l'assunzione di sostanze psicotrope).

In tal senso, il privilegio contro l'autoincriminazione non costituirebbe una garanzia di carattere

¹⁸ Cfr., ad esempio, Corte Edu, 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*; 8 febbraio 1996, *Murray c. Regno Unito*; 29 giugno 2007, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*; 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*.

¹⁹ Sul tema, cfr. V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020.

assoluto, ma troverebbe alcune eccezioni (nella giurisprudenza della Corte EDU, la sentenza *Murray c. Regno Unito* cit. detta la linea, poi progressivamente consolidata, tra ipotesi di *coercizione propria e impropria*: soltanto le forme coattive di sollecitazione definibili "improprie" costituirebbero una violazione dell'art. 6 CEDU, stilando una triade di fattispecie in cui si verificherebbe una *improper compulsion*, seguendo la sentenza *Ibrahim c. Regno Unito* del 2016, cit.).

Nell'ordinamento italiano, il diritto al silenzio ed il suo assioma, il principio *nemo tenetur se detegere*, non hanno trovato esplicito richiamo nella Costituzione, nondimeno essi assurgono al ruolo di corollario centrale dell'inviolabilità del diritto di difesa, previsto dall'art. 24 Cost.: sul punto, vi è unanime consenso sia nella giurisprudenza della Consulta (cfr. le pronunce n. 485 del 2002; 291 del 2002; 451 del 2002; 202 del 2004), sia in dottrina²⁰, dove si evocano, peraltro, anche radici del diritto al silenzio che affondano nei principi dettati dall'art. 27 e dall'art. 111 della Costituzione (quanto alle modalità di ricostruzione della presunzione di non colpevolezza ed alla struttura garantita del processo penale), nonché all'art. 13 Cost.²¹.

La Cassazione, dal canto suo, ancora una volta nel caso della sentenza in commento, marca il proprio ruolo di giudice interno "sentinella" della tutela dei diritti protetti dalla Carta e dalla Convenzione, nella lettura che di essi forniscono le Corti europee.

Il dialogo che la Suprema Corte ha costruito con la Corte costituzionale e che, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, è continuato dinanzi alla Corte di Giustizia costituisce un esempio virtuoso dell'effetto moltiplicatore dei diritti fondamentali che le forme di una moderna ermeneutica a più voci producono.

Era stata proprio la Corte di cassazione, infatti, con l'ordinanza Cass. Civ., ord. 3831 del 24/1/2018 (dep. 16.2.2018) ad indicare in qualche modo la strada dell'ampliamento del diritto al silenzio al procedimento volto ad irrogare una sanzione di natura amministrativa "punitiva"²²: la strada è stata poi percorsa e tratteggiata doviziosamente dalla Corte costituzionale, fino alla pronuncia del 2 febbraio 2021 della Corte di Giustizia.

D'altra parte, come è stato sottolineato già nei primi commenti alla sentenza della Corte di Giustizia del 2 febbraio 2021, il diritto al silenzio ha trovato attento, ma anche problematico, riscontro nella giurisprudenza della Cassazione Penale, muovendosi tra diversi accenti, che oscillano tra il riconoscimento di tale diritto come essenziale presidio di tutela dell'imputato e la percezione diffusa di una natura non assoluta della garanzia in esame.

Alcune sentenze recenti hanno affermato che il giudice non solo non può ricavare dal silenzio dell'imputato prova della sua colpevolezza, ma neppure può negare benefici quali la sospensione

²⁰ Per tutti, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

²¹ Per approfondimenti, P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1082; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, p. 146. 43 G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979

²² Sull'ordinanza, per un approfondimento relativo alla questione del diritto al silenzio, v. G.L. GATTA, "Nemo tenetur se detegere" e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F., in *Dir. pen. cont.*, 4/2018.

condizionale o la non menzione della condanna nel casellario penale per il solo fatto che egli abbia esercitato il *diritto di tacere* e finanche di mentire per difendersi (Sez. 5, n. 17232 del 17/1/2020, Boglione, Rv. 279169; Sez. 5, n. 57703 del 14/9/2017, G., Rv. 271894; Sez. 3, n. 4090 del 25/11/2015, dep. 2016, Tonti Donaggio, Rv. 265713)²³, fermo il limite della calunnia quando non ci si limiti a ribadire l'insussistenza delle accuse contro sé stesso ma si assumano ulteriori iniziative dirette a coinvolgere l'accusatore - di cui pure conosce l'innocenza - nella incolpazione specifica, circostanziata e determinata di un fatto concreto (cfr., tra le tante pronunce, Sez. 6, n. 18755 del 16/4/2015, Scagnelli, Rv. 263550; Sez. 2, n. 28620 del 1/7/2009, Ostuni, Rv. 244730).

Altra recente pronuncia (la sentenza Sez. 2, n. 16036 del 12/2/2020, Piano), analizzando l'art. 7 della Direttiva 2016/343/UE e la giurisprudenza della Corte EDU e ritenendo l'affermazione coerente con gli approdi di quest'ultima, ha evidenziato che il diritto al silenzio non s'atteggia come un diritto assoluto sicché, se dal contegno silente dell'accusato non può desumersi la prova della sua colpevolezza, quando ci si trovi di fronte a un contesto probatorio che richiede necessariamente una spiegazione, la scelta dell'interessato di non fornirla può ben essere considerata nella valutazione degli elementi a carico, alla stregua di riscontro negativo o di argomento di prova (richiamando anche Sez. 1, n. 2653 del 26/10/2011, dep. 2012, M., Rv. 251828, nonché Sez. 2, n. 22651 del 21/04/2010, Di Perna, Rv. 247426; n. 6348 del 28/01/2015, Drago, Rv. 262617; Sez. 2, n. 16563 del 01/03/2017, Cazanave, Rv. 269507; Sez. 3, n. 43254 del 19/09/2019, C, Rv. 277259 Sez. 6, n. 28008 del 19/06/2019, Arena, Rv. 276381).

Sulla distanza tra mendacio e silenzio si basano, poi, pronunce che ne rimarcano la valenza ai fini di determinare il diritto o non alla riparazione per ingiusta detenzione (cfr., da ultimo, Sez. 4, n. 36478 del 2/12/2020, Gallo, Rv. 280082; Sez. 4, n. 46423 del 23/10/2015, Sperti, Rv. 265287; con impostazione parzialmente differente cfr. anche Sez. 4, n. 24439 del 27/4/2018, Stamatopoulou, Rv. 273744).

Molto interessanti, altresì, le sentenze che valorizzano il diritto al silenzio dal punto di vista della struttura accusatoria del processo: non è consentito al giudice desumere dalla rinuncia dell'imputato a rendere l'interrogatorio elementi o indizi di prova a suo carico, atteso che allo stesso è riconosciuto il diritto al silenzio e che l'onere della prova grava sull'accusa (Sez. 6, n. 8958 del 27/1/2015, Scarpa, Rv. 262499; Sez. 3, n. 9239 del 19/1/2010, B., Rv. 246233).

Tale affermazione è espressione di un più generale principio, pure evocato da una parte dell'ermeneusi della Cassazione (con opzioni che si pongono in un'ottica disomogenea con alcune opzioni già richiamate pure presenti tra gli orientamenti di legittimità), secondo cui, in tema di valutazione della prova, non è consentito al giudice valorizzare, ai fini della decisione, comportamenti -commissivi od omissivi- dell'imputato che siano manifestazione di diritti soggettivi e facoltà processuali che l'ordinamento gli attribuisce quali espressione del diritto di

²³ Le prime due sentenze sono citate nella nota alla pronuncia della Corte di Giustizia C-481/10 del 2 febbraio 2021 citata di M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo*, cit.

difesa e di libera scelta della strategia processuale ritenuta più opportuna; strategia che ben può porsi in atto anche attraverso il silenzio (Sez. 5, n. 2337 del 22/12/1998, dep. 1999, Sica, Rv. 212618).²⁴

Altro terreno di verifica della valenza del diritto al silenzio e, più in generale, delle espressioni processuali riferibili al principio del *nemo tenetur se detegere* è quello della concedibilità o meno delle circostanze attenuanti generiche, campo in cui la giurisprudenza di legittimità si muove con accenti, ancora una volta, non del tutto omogenei (cfr. per una lettura recente di sintesi, Sez. 5, n. 7995 del 9/12/2020, dep. 2021, Chiaravalloti, che richiama Sez. U, n. 36258 del 24/5/2012, Biondi, Rv. 253152; cfr. altresì, per i differenti accenti proposti, Sez. 3, n. 50565 del 29/10/2015, Rossi, Rv. 265592; Sez. 3, n. 3396 del 23/11/2016, dep. 2017, Caliendo, Rv. 268927; Sez. 2, n. 28388 del 21/4/2017, Leo, Rv. 270339; Sez. 4, n. 20115 del 4/4/2018, Prendi, Rv. 272747; Sez. 5, n. 32422 del 24/9/2020, Barzaghi, Rv. 279778).

La sintetica panoramica proposta mette in luce l'ampiezza del tema del diritto al silenzio nell'ambito del processo penale ed è prevedibile che l'eco della sentenza DB c. CONSOB della Corte di Giustizia non si limiterà al campo degli abusi di mercato e dei procedimenti in contesti di doppio binario sanzionatorio, ma riproporrà con nuova forza la questione generale della valenza del principio *nemo tenetur se detegere* nel processo penale.

²⁴ D'altra parte, il diritto al silenzio e quello a mentire non possono fungere da scriminanti del delitto di false generalità declinate alla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 495 cod. pen., con la finalità di sfuggire all'esecuzione di un mandato di arresto internazionale (Sez. 5, n. 15654 del 5/2/2014, Vlatko, Rv. 259876).

TRATTATO SULL'UNIONE EUROPEA

ART. 19

GIURISDIZIONE - INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ - INDIPENDENZA DELLA IZBA DYSZYPLINARNA (CAMERA DISCIPLINARE) DEL SĄD NAJWYŻSZY (CORTE SUPREMA DELLA POLONIA).

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 8 aprile 2020, in C-791/19

CLASSIFICAZIONE

GIURISDIZIONE - INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ - PROVVEDIMENTI PROVVISORI - ARTICOLO 279 TFUE - RICHIESTA DI PROVVEDIMENTI PROVVISORI - ARTICOLO 19, PARAGRAFO 1, SECONDO COMMA, TUE - INDIPENDENZA DELLA IZBA DYSZYPLINARNA (CAMERA DISCIPLINARE) DEL SĄD NAJWYŻSZY (CORTE SUPREMA, POLONIA).

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di giustizia UE Grande Sezione, 8 aprile 2020, causa C-791/19, Commissione c. Polonia.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225141&pageIndex=0&clang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6293241>

1. Premessa

Nell'ordinanza dell'8 aprile 2020, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha accolto l'istanza cautelare avanzata dalla Commissione e, ritenendo giustificata l'adozione di misure provvisorie, ha disposto l'immediata sospensione, da parte della Polonia, dei poteri riconosciuti alla Camera disciplinare della Corte suprema in ordine alle cause disciplinari riguardanti i giudici.

Nel 2017 la Polonia ha adottato il nuovo regime disciplinare per i giudici del Sąd Najwyższy (Corte suprema) e dei tribunali ordinari. In particolare, nell'ambito di tale riforma legislativa, all'interno del Sąd Najwyższy è stata creata una nuova Camera, la Izba Dyscyplinarna (Camera disciplinare).

La giurisdizione dell'Izba Dyscyplinarna concerne i casi disciplinari riguardanti i giudici della Corte Suprema e, in appello, quelli relativi ai giudici dei tribunali ordinari.

1.1. Ritenendo che, con l'adozione del nuovo regime disciplinare per i giudici, la Polonia non abbia adempiuto ai propri obblighi ai sensi del diritto dell'Unione, il 25 ottobre 2019 la Commissione ha proposto un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia.

La Commissione ha sostenuto che il nuovo regime disciplinare non garantisce l'indipendenza e l'imparzialità della Izba Dyscyplinarna, composta esclusivamente da giudici selezionati dal Krajowa Rada Sądownictwa (il Consiglio nazionale della magistratura; "il KRS"), tutti di nomina parlamentare.

Con la sua sentenza del 19 novembre 2019 *AK e a.* la Corte, sulla base di una questione sollevata dal Sąd Najwyższy - Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Corte suprema - Camera del lavoro e delle assicurazioni sociali), ha affermato, tra l'altro, che il diritto dell'Unione osta alla definizione di casi concernenti l'applicazione del diritto dell'UE rientranti nella giurisdizione esclusiva di un tribunale che non sia un tribunale indipendente e imparziale.

In seguito, la Corte Suprema polacca remittente, nelle sentenze del 5 dicembre 2019 e del 15 gennaio 2020, ha dichiarato specificamente che, alla luce delle circostanze e modalità con cui è stata costituita, dell'entità dei suoi poteri, della sua composizione e del coinvolgimento del Consiglio Nazionale della Magistratura nella sua costituzione, l'Izba Dyscyplinarna non può essere considerata un tribunale ai fini né del diritto dell'UE né del diritto polacco.

Dopo tali sentenze, tuttavia, l'Izba Dyscyplinarna ha continuato a svolgere le sue funzioni giudiziarie.

2. Il procedimento cautelare

Perdurando l'attività dell'Izba e in attesa della sentenza dei giudici di Lussemburgo sull'azione per inadempimento, la Commissione ha quindi chiesto alla Corte di giustizia, il 13 gennaio 2020, con procedimento sommario, di ordinare alla Polonia di adottare le seguenti misure provvisorie: in primo luogo, sospendere l'applicazione delle disposizioni che costituiscono la base della giurisdizione della Izba Dyscyplinarna del Sąd Najwyższy, sia in primo grado che in appello, in casi disciplinari concernenti i giudici; inoltre, astenersi dal rinviare i casi pendenti dinanzi all'Izba Dyscyplinarna ad un collegio la cui composizione non soddisfi i requisiti di indipendenza definiti, in particolare in *AK e a.*, ed infine, comunicare alla Commissione, al più tardi un mese dopo la notifica dell'ordine della Corte di giustizia che imponga le misure provvisorie richieste, tutte le misure che ha adottato per conformarsi pienamente a tale statuizione.

Nell'ordinanza in epigrafe, la Grande Sezione ha in primo luogo respinto gli argomenti della Polonia concernenti l'inammissibilità della domanda di provvedimenti provvisori proposta dalla Commissione.

2.1. In particolare, per quanto riguarda la propria competenza ad ordinare le misure provvisorie controverse, la Corte ha sottolineato che, sebbene l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza degli stessi, nondimeno, nell'esercizio di tale attività, gli Stati membri sono tenuti ad adempiere ai loro obblighi derivanti dal diritto dell'UE.

Se, pertanto, spetta a ciascuno Stato membro garantire che il regime disciplinare applicabile ai giudici dei tribunali nazionali che fanno parte del loro sistema interno, nei settori in cui operi il diritto dell'Unione, sia conforme al principio di indipendenza del potere giudiziario, la Corte è tenuta a verificare che il sistema adottato garantisca che le decisioni emesse nei procedimenti disciplinari avviati contro i giudici siano attribuite ad un organo che a sua volta soddisfi le garanzie inerenti a un'effettiva tutela giudiziaria, compresa quella di indipendenza. Essa è, quindi, competente ad ordinare provvedimenti provvisori per la sospensione dell'applicazione

delle disposizioni relative ai poteri dell'Izba Dyscyplinarna per quanto riguarda il regime disciplinare dei giudici.

2.2. I giudici di Lussemburgo hanno evidenziato, poi, la ricorrenza sia del *fumus boni juris* – apparendo *prima facie* non infondati gli argomenti addotti dalla Commissione a sostegno dell'assenza di indipendenza ed imparzialità dei procedimenti disciplinari nei confronti di magistrati - che del *periculum in mora*, consistente nel rischio di pregiudizio grave e irreparabile agli interessi dell'Unione, che possano realizzarsi e produrre i propri effetti prima che sia presa la decisione finale. In particolare, si osserva nell'ordinanza che, per i giudici della Corte Suprema e dei tribunali ordinari, la semplice prospettiva di essere soggetti a procedimenti disciplinari che possano essere deferiti a un organo la cui indipendenza non sarebbe garantita potrebbe incidere sulla loro indipendenza.

La Corte ha sottolineato, quindi, che la circostanza che l'indipendenza del Sąd Najwyższy non sia assicurata può causare gravi danni all'ordinamento giuridico europeo e, pertanto, ai diritti che per gli individui derivano dal diritto dell'Unione e dai valori stabiliti dall'articolo 2 TUE, su cui è fondata l'Unione stessa, in particolare, lo stato di diritto.

2.3. Anche nel bilanciamento di interessi contrapposti, il giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che la concessione delle misure provvisorie non comporti né lo scioglimento della Izba Dyscyplinarna né, di conseguenza, la soppressione dei suoi servizi amministrativi e finanziari, ma solo la sospensione provvisoria della sua attività fino alla pronuncia della sentenza definitiva, statuendo, altresì, che il danno risultante per le persone interessate dalla sospensione di tali casi sarebbe inferiore a quello derivante dall'esame degli stessi da parte di un soggetto, l'Izba Dyscyplinarna, la cui mancanza di indipendenza e imparzialità non può, a prima vista, essere esclusa.

Hanno quindi concluso che una ponderazione degli interessi coinvolti nella fattispecie conduca ad un giudizio di opportunità nella concessione delle misure provvisorie richieste dalla Commissione, che sono state, quindi, accolte.

Regolamento n. 604/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013

STRANIERI - PROTEZIONE INTERNAZIONALE - OBBLIGHI INFORMATIVI EX ART. 4 DEL REG. 603/2013 - VIOLAZIONE - CONSEGUENZE - ANNULLAMENTO DELLA DECISIONE DI TRASFERIMENTO - CONTRASTO - RINVIO PREGIUDIZIALE.

Cass., Sez. 2 Civ., 29 marzo 2021, ord. interl. n. 8668

Disponibile in www.Italgiure.giustizia.it

CLASSIFICAZIONE

Stranieri - protezione internazionale - obblighi informativi ex art. 4 del reg. Dublino III - violazione - conseguenze - annullamento della decisione di trasferimento - contrasto - rinvio pregiudiziale.

RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

Art. 3 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25/2008, nella versione aggiornata a seguito delle modifiche apportate dal decreto legislativo 18 agosto 2015, n.142 e dal decreto-legge 17 febbraio 2017, n.13, convertito con modificazioni nella legge 13 aprile 2017, n. 46.

RIFERIMENTI NORMATIVI DIRITTO UE

Art. 4, art. 18 e art. 27 del Regolamento (UE) n. 604/2013; art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI:

Corte di Giustizia 26 luglio 2017, Mengesteab, C-670/2016, punti 93 e 95; Corte di Giustizia 7 giugno 2016, Mehrdad Ghezelbash, C-63/2015; Corte di Giustizia 10 dicembre 2013, Shamsu Abdullahi, C-394/2012;

Cass. civ., Sez. II, n. 8282 del 22/09/2020; Cass. civ., Sez. II, n. 17963 del 25/06/2020; Cons. Stato, Sez. III, n. 4199 del 07/05/2015; Cass. civ., Sez. I, n. 23585, 23586, 23587 del 23/09/2020.

Abstract

La Seconda Sezione Civile ha sollevato innanzi alla Corte di Giustizia UE, ex art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), la questione pregiudiziale concernente l'interpretazione dell'art. 4 del Regolamento (UE) n. 604 del 2013 (cd. Dublino III) rispetto al successivo art. 27 e, in specie, circa la rilevanza dell'obbligo informativo contemplato dall'art. 4 del cit. Regolamento: se, cioè, la mancata consegna dell'opuscolo e la violazione degli obblighi previsti da tale disposizione imponga al Giudice nazionale l'adozione di una decisione di annullamento della decisione di trasferimento ovvero se occorra comunque verificare la rilevanza

di tali violazioni alla luce delle circostanze allegare dal ricorrente, sì da confermare la decisione di trasferimento tutte le volte che non emergano ragioni per l'adozione di una decisione di trasferimento di contenuto diverso.

Il caso

Il sig. CZA ha presentato domanda di protezione internazionale in Italia. La domanda è stata esaminata attraverso l'Unità Dublino, competente, ai sensi dell'art. 35 del Regolamento (UE) n. 604/2013 (c.d. Dublino III), a determinare lo Stato membro UE tenuto ad esaminare la domanda d'asilo presentata da un cittadino di un Paese terzo (o apolide). L'Unità ha adottato – ai sensi dell'art. 18, par. 1, lett. b) - la decisione di trasferimento del sig. CZA verso la Slovenia, Paese nel quale egli aveva in precedenza presentato domanda di protezione internazionale.

Contro tale decisione ha proposto ricorso il sig. CZA lamentando la violazione dell'art. 4 del Regolamento Dublino III, che riconosce ai richiedenti protezione il diritto di ricevere dagli Stati membri le informazioni ivi elencate.

Il Tribunale di Catanzaro ha ritenuto non provata la consegna dell'opuscolo informativo previsto dal menzionato articolo 4; ha inoltre ritenuto insufficienti la mera produzione del verbale di colloquio personale redatto in base all'articolo 5 del Regolamento nonché la consegna di un altro opuscolo informativo. Il giudice di prime cure ha pertanto annullato la decisione dell'Unità di Dublino unicamente sulla base della violazione del suddetto obbligo informativo sancito dall'articolo 4.

Nel caso oggetto del giudizio principale, quindi, l'autorità amministrativa aveva effettivamente svolto il colloquio informativo previsto dall'articolo 5 del Regolamento.

Su ricorso del Ministero dell'interno, presso il quale è incardinata l'Unità Dublino, il giudice di legittimità è stato quindi chiamato a valutare la rilevanza della sola mancata consegna al sig. CZA dell'opuscolo informativo previsto dall'articolo 4 del Regolamento, nell'ambito del procedimento di ripresa in carico disciplinato dall'articolo 18, paragrafo 1, lettera b) del medesimo Regolamento.

La normativa interna e dell'Unione Europea

Nel diritto nazionale, l'impugnazione della decisione di trasferimento del richiedente, il quale risulti aver già presentato una precedente domanda di protezione internazionale in altro Stato membro del sistema Dublino, è regolata dall'art. 3 del D.lgs. 25/2008, nella versione successiva alle modifiche apportate dal D.lgs. 142/2015 e dal D.L. 13/2017, convertito con modificazioni nella L. 46/2017.

Quanto al diritto dell'Unione Europea, il Regolamento UE n. 604/2013, il cosiddetto Regolamento Dublino III individua i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale. La *ratio* della normativa *de qua* consiste nell'assicurare che la domanda presentata da un soggetto extracomunitario venga esaminata da uno solo degli Stati membri. All'interno dei principi elencati nel regolamento l'art. 4 prevede che

il richiedente la protezione internazionale possa fornire informazioni su familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela presenti negli Stati membri; deve, inoltre, essere informato della possibilità di impugnare la decisione di trasferimento ovvero di chiederne la sospensione. Tali informazioni devono essere fornite non appena sia presentata una domanda di protezione internazionale, sia per iscritto, mediante apposito opuscolo predisposto dalla Commissione Europea, sia oralmente laddove dovesse essere necessario per una migliore comprensione ed intellegibilità di quanto scritto.

Le previsioni rilevanti di diritto europeo sono i considerando 18 e 19, l'art. 4, l'art. 18 e l'art. 27 del Reg. (UE) n. 604/2013 e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In particolare, l'art. 4, rubricato "Diritto di informazione", al paragrafo 2 sancisce l'obbligo delle autorità competenti dello Stato membro ove sia presentata una domanda di protezione internazionale di fornire al richiedente alcune informazioni sopra indicate (di cui al paragrafo 1) per iscritto e in una lingua comprensibile.

L'art. 27, che si occupa dei mezzi di impugnazione, prevede il «diritto a un ricorso effettivo avverso una decisione di trasferimento o a una revisione della medesima, in fatto e in diritto, dinanzi a un organo giurisdizionale».

La Seconda Sezione Civile della Corte di Cassazione ha disposto il rinvio pregiudiziale alla CG UE in relazione all'interpretazione del richiamato art. 4 rispetto all'art. 27 del Reg. UE 604/2013 nell'ipotesi in cui l'autorità amministrativa abbia svolto il colloquio informativo ai sensi dell'art. 5 del Regolamento ma non abbia consegnato l'opuscolo informativo nell'ambito del procedimento di ripresa in carico regolato dall'art. 18, par. 1, lett. b) del medesimo Regolamento.

Nella giurisprudenza nazionale si sono formati due diversi orientamenti interpretativi sull'articolo 4 del Regolamento e, in particolare, sulla rilevanza e sulle conseguenze della sua violazione.

Secondo un primo orientamento, la norma ha carattere essenziale e deve essere inderogabilmente applicata qualora sia avviata una qualsiasi procedura di determinazione dello Stato competente oppure qualora sia esaminata una domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento Dublino III. Per tale ragione, la sua violazione comporta la irrimediabile illegittimità della decisione di trasferimento che, se impugnata dall'interessato per violazione degli obblighi informativi a carico dello Stato, deve essere annullata.

In base a tale interpretazione non rileva pertanto, ai fini della nullità della decisione di trasferimento, la mancata allegazione o dimostrazione, da parte del richiedente, di uno specifico *vulnus* al suo diritto di azione e difesa in giudizio (Cass. civ. Sez. II, 24/03/2021, n. 8282; Cass. civ. Sez. II, 27/08/2020, n. 17963).

Secondo tale restrittivo orientamento, le specifiche garanzie informative e partecipative previste dagli artt. 4 e 5 del Regolamento UE 604/2013 sono finalizzate ad assicurare l'effettività dell'informazione e l'uniformità della stessa in tutto il territorio dell'Unione Europea indipendentemente dall'eventuale conoscenza *aliunde* conseguita dallo straniero circa le sue garanzie e prerogative in relazione al procedimento.

Anche il Consiglio di Stato ha adottato tale interpretazione "rigorosa", evidenziando che il sistema

delle garanzie partecipative fissato dai Regolamenti dell'Unione Europea per regolare i trasferimenti degli stranieri, in relazione al Paese nel quale hanno presentato per la prima volta la domanda di protezione internazionale, rappresenta un aspetto essenziale ed inderogabile della relativa disciplina.

Esso, infatti, costituisce il dato distintivo fondamentale che distingue una procedura regolata dal diritto - in funzione dei valori che si vogliono proteggere - dal traffico di esseri umani, che spesso caratterizza i flussi migratori. Ne consegue l'impossibilità di adottare un criterio sostanzialistico che miri ad accertare se lo straniero venga di fatto informato dei diritti e delle garanzie che gli spettano. Ciò per due ragioni: la prima fondamentale ragione è l'autonoma e sovrastante rilevanza delle procedure partecipative, che è superiore nella scala dei valori giuridici - attenendo direttamente alla ratio fondamentale della intera procedura di protezione internazionale - rispetto all'immediato oggetto della procedura principale in atto, che ha invece il limitato e strumentale scopo di determinare la competenza degli Stati ad esaminare le relative istanze.

La seconda ragione, altrettanto importante, riguarda il fatto che le garanzie partecipative di cui si tratta sono fissate in via di dettaglio - e senza rinvii agli ordinamenti nazionali se non per gli aspetti giurisdizionali - da un minuzioso regolamento della Unione Europea, la cui interpretazione in ogni caso non spetta al giudice nazionale, ma agli organi della Unione Europea e alla Corte di giustizia come giudice di ultima istanza (Cons. Stato, Sez. III, 08/09/2015, n. 4199).

Secondo un orientamento più sostanzialista, la violazione dell'articolo 4 del Regolamento non può essere fatta valere nel caso in cui venga impugnata una decisione di trasferimento per ripresa in carico ai sensi dell'articolo 18 del Regolamento, potendo il richiedente asilo lamentare solo carenze sistemiche nella procedura d'asilo e nelle condizioni di accoglienza nello Stato membro designato alla luce dell'art. 3, paragrafo 2, comma 2 del Regolamento. Per l'invalidità del procedimento non è quindi sufficiente la mera violazione di norme procedurali, come la mancata consegna dell'opuscolo informativo se è stato garantita l'effettività degli obblighi informativi.

In particolare, dette decisioni si fondano sul principio secondo cui "il riconoscimento della protezione internazionale è fondato su un sistema "comune" di asilo (art.78 T.F.U.E.), che postula un principio generale di reciproca fiducia tra i sistemi di asilo nazionali ed il mutuo riconoscimento delle decisioni emesse dalle singole autorità nazionali (Cass. Sez. Un., 8044/2018). Lo spirito di reciproca fiducia si fonda su un sistema comune di valori e di regole che tutti gli Stati membri sono chiamati a rispettare nella decisione di trasferimento a seguito della ripresa in carico già accettata da parte di uno Stato membro (Cass. civ. Sez. I, 27/10/2020, n. 23585; Cass. civ. Sez. I, 27/10/2020, n. 23586; Cass. civ. Sez. I, 27/10/2020, n. 23587).

La Corte, nutrendo dei dubbi sull'interpretazione dell'art.4 del regolamento Dublino III - anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia 26 luglio 2017, Mengesteab, C-670/2016, punti 93 e 95) -, ha sollevato rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE dinanzi Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione a due questioni:

se l'art. 4 del regolamento debba essere interpretato nel senso che con il ricorso proposto, ai

sensi dell'art. 27 del regolamento (UE) 604/2013, nei confronti di una decisione di trasferimento adottata da uno Stato membro, secondo il meccanismo dell'art. 26 del regolamento ed in base all'obbligo di ripresa in carico di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettera b) del medesimo regolamento, possa farsi valere la sola mancata consegna dell'opuscolo informativo disciplinata dall'art. 4, paragrafo 2, del regolamento, da parte dello Stato che ha adottato il provvedimento di trasferimento;

se l'articolo 27 del regolamento, letto in combinazione con il considerando 18 e il considerando 19 e con l'articolo 4 del medesimo regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata violazione degli obblighi previsti dall'articolo 4 impone al Giudice l'adozione di una decisione di annullamento della decisione di trasferimento; 3) in caso di risposta negativa al quesito sub 2) se l'articolo 27 del regolamento, letto in combinazione con il considerando 18 e il considerando 19 e con l'articolo 4 del medesimo regolamento, debba essere interpretato nel senso che il rimedio effettivo in caso di accertata violazione degli obblighi previsti dall'articolo 4 impone al Giudice di verificare la rilevanza di tale violazione alla luce delle circostanze allegare dal ricorrente e consente di confermare la decisione di trasferimento tutte le volte che non emergano ragioni per l'adozione di una decisione di trasferimento di contenuto diverso.

Giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea

Nonostante il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri, con il Regolamento Dublino III il legislatore dell'Unione ha introdotto, a seguito delle pronunce della Corte EDU (M.S.S. v. Belgium and Greece, appl. n. 30696/09) e della CGUE (sentenza del 21 dicembre 2011, N.S. e a., C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865) all'art. 3, par. 2, una specifica deroga all'applicazione dei rigidi criteri di competenza introdotti nei Capi III e IV, che prevede l'impossibilità di trasferire un richiedente verso un Paese che presenta «carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza [...], che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante». In particolare, la Corte di Giustizia, con la decisione del 10 dicembre 2013, Shamsu Abdullahi, C-394/2012 ha affermato che l'articolo 19, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003 deve essere interpretato nel senso che, nelle circostanze in cui uno Stato membro abbia accettato la presa in carico di un richiedente asilo, quale Stato membro del primo ingresso nel territorio dell'Unione europea, il richiedente può contestare la scelta di tale criterio soltanto deducendo l'esistenza di carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza; il richiedente deve allegare quindi motivi seri e comprovati relativi al rischio di subire trattamenti inumani o degradanti, ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Sempre in ordine all'effettività del rimedio, si richiama la decisione della Corte di Giustizia del 7 giugno 2016, Mehrdad Ghezelbash, C-63/2015, nella quale si afferma che il ricorso previsto dall'art.27, paragrafo 1 del Regolamento UE N.604/2013 deve essere effettivo tale da comprendere sia questioni di diritto che di fatto, ribadendo la necessità che al richiedente sia

fornita l'informazione relativa alla possibilità di impugnare una decisione di trasferimento.

All'effettività del rimedio va bilanciata l'esigenza di garantire, da parte dello Stato membro lo scopo del Regolamento, che è quello di giungere ad una celere e corretta individuazione dello Stato membro competente nel rispetto dei diritti fondamentali del richiedente asilo e al contempo scoraggiare i movimenti secondari.

Sul contemperamento di tali esigenze si pone la decisione della Corte di Giustizia del 26 luglio 2017, *Mengesteab*, C-670/2016. Secondo i giudici di Lussemburgo, l'articolo 27, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, deve essere letto alla luce del considerando 19 di tale regolamento, dev'essere interpretato nel senso che un richiedente la protezione internazionale può invocare, nell'ambito di un ricorso esercitato contro una decisione di trasferimento adottata nei suoi confronti, la scadenza di un termine indicato all'articolo 21, paragrafo 1, di detto regolamento, e ciò anche se lo Stato membro richiesto è disposto a prendere tale richiedente in carico.

Il caso che ha generato il rinvio pregiudiziale riguardava il rigetto della domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino eritreo in Germania, del quale erano state rilevate le impronte digitali in Italia; l'autorità giudiziaria tedesca aveva quindi ordinato il suo trasferimento verso l'Italia e pronunciato nei suoi confronti il divieto d'ingresso e di soggiorno per la durata di sei mesi dalla data dell'allontanamento.

Il ricorrente aveva fatto ricorso avverso detta decisione, sostenendo che la Germania fosse competente ad esaminare la sua domanda di protezione internazionale. In applicazione dell'articolo 21, paragrafo 1, del Regolamento Dublino III, dato che la richiesta di presa in carico era stata presentata dopo la scadenza del termine di tre mesi dalla domanda di protezione internazionale, nonostante le autorità italiane non avessero risposto alla richiesta di ripresa in carico formulata dalle autorità tedesche.

Il giudice di rinvio aveva formulato alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale:

- 1) Se un richiedente asilo possa far valere il trasferimento della competenza in capo allo Stato membro richiedente per decorso del termine per la presentazione della richiesta di presa in carico (articolo 21, paragrafo 1, terzo comma, del [regolamento Dublino III]).
- 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione: se un richiedente asilo possa far valere il trasferimento della competenza anche quando lo Stato membro richiesto conferma la sua disponibilità a prenderlo in carico.

Anche in questo caso, la Corte di Giustizia ha richiamato l'art.27, paragrafo 1 del Regolamento N.604/2013, ribadendo che il ricorso deve essere effettivo e può vertere tanto sulle questioni di diritto che di fatto. Inoltre, tale formulazione non riporta alcun limite circa gli argomenti che il richiedente asilo può dedurre nel contesto di tale ricorso.

Tuttavia, come rilevato nell'ordinanza interlocutoria di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia,

la sentenza del 26 luglio 2017, Mengesteab, C-670/2016, ha chiarito un aspetto fondamentale della disciplina contenuta nel Regolamento Dublino III. Da una lettura complessiva della normativa europea emerge, infatti, che il primo Stato membro presso il quale viene presentata una domanda di protezione internazionale ricopre un ruolo specifico e, si potrebbe dire, di "chiusura" del sistema (punto 93); sicché, quando lo Stato membro competente non può essere designato sulla base dei criteri elencati nel Regolamento, è competente il primo Stato membro nel quale la domanda è stata presentata. Conseguentemente, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha specificato che una lettura eccessivamente formalistica degli obblighi procedurali ed informativi contenuti nel Regolamento condurrebbe all'esito inaccettabile di mettere in discussione lo *status* particolare che il regolamento Dublino III conferisce al primo Stato membro in cui viene presentata una domanda di protezione internazionale (punto 95).

In conclusione, la Corte di Giustizia ha affermato che l'articolo 20, paragrafo 2, del regolamento n. 604/2013 deve essere interpretato nel senso che una domanda di protezione internazionale si considera presentata quando l'autorità preposta all'esecuzione degli obblighi derivanti da tale regolamento un atto, redatto da un'autorità pubblica in cui si attesta che un cittadino di paese terzo ha chiesto protezione internazionale, corredato dalle informazioni principali contenute nella domanda di protezione internazionale, senza che sia necessaria la produzione dell'atto o della sua copia.

Osservazioni

Con l'ordinanza interlocutoria del 29.3.2021 n.8668, la Seconda Sezione Civile n. 8668 del 2021 interroga la Corte di Giustizia in ordine alla conformità allo scopo del Regolamento N.604/2013 - di giungere ad una celere e corretta individuazione dello Stato membro competente nel rispetto dei diritti fondamentali del richiedente asilo e, al contempo, di scoraggiare i movimenti secondari - dell'orientamento nazionale secondo cui, in caso di accertata violazione degli articoli e/o del regolamento, il Giudice debba necessariamente annullare la decisione amministrativa di trasferimento.

Nell'espone il proprio punto di vista, la Corte ha spiegato che un'interpretazione che valorizzi la specifica allegazione da parte del richiedente delle circostanze rilevanti a condurre ad una diversa decisione, assicura l'effettività del rimedio predisposto dal Regolamento e consente, al contempo, il tempestivo ed efficace funzionamento delle procedure individuate dal Regolamento per la determinazione dello Stato membro competente all'esame della domanda di protezione internazionale.

L'esigenza di garantire rimedi effettivi ai richiedenti protezione internazionale è stata messa in luce anche da altre pronunce della giurisprudenza di legittimità, volte a verificare se la violazione di una norma di carattere procedurale comporti *ex se* un vizio della procedura ovvero richieda l'allegazione di uno specifico pregiudizio arrecato ai diritti di difesa della parte.

Tale problematica si è posta, nel diritto interno, in caso di mancanza della videoregistrazione del colloquio con il richiedente dinanzi alla commissione territoriale, nelle ipotesi previste dall'art.

35 bis, comma 11, del d.lgs. n. 25 del 2008.

Con la sentenza n. 32399 dell'11/12/2019, la Prima Sezione Civile ha affermato che, nei procedimenti in materia di riconoscimento della protezione internazionale, il giudice deve necessariamente fissare l'udienza di comparizione delle parti, configurandosi altrimenti la nullità del decreto pronunciato all'esito del ricorso per violazione del principio del contraddittorio qualora il ricorrente abbia dedotto in che modo sia stato lesa il proprio diritto di difesa per effetto del denunciato vizio procedimentale

Ancora, in ipotesi di delega non consentita della trattazione o dell'istruzione ad un giudice diverso da quello investito della controversia, è stato affermato che, ove l'attività svolta dal delegato non implichi l'esercizio di funzioni decisorie o quanto meno valutative, riservate dalla legge all'organo decidente, la relativa violazione possa essere fatta valere come motivo d'impugnazione soltanto a condizione che la parte indichi lo specifico pregiudizio che ne sia derivato, per effetto dell'incidenza sulla determinazione della competenza ovvero sul contraddittorio o sui diritti della difesa (Cass., Sez. I, 22/07/2005, n. 15503; 13/08/2004, n. 15767; 07/02/2001, n. 1731).

La denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme processuali non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione, con la conseguenza che è inammissibile l'impugnazione con la quale si lamenti un mero vizio del processo, senza prospettare anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa o altro pregiudizio per la decisione di merito (Cass., 20/11/2020, n. 26419; Cass., 19/03/2014, n. 6330; Cass., 18/12/2014, n. 26831; Cass., 21/11/2016, n. 23638).

In altre pronunce, la Cassazione ha ravvisato *in re ipsa* palesi ricadute sul diritto di difesa allorché la violazione riguardi un elemento centrale del procedimento di protezione internazionale

In materia di protezione internazionale, è stato affermato che una violazione processuale incidente su un elemento centrale del procedimento, diretto a consentire al giudice di valutare il colloquio con il richiedente in tutti i suoi risvolti, ivi compresi quelli non verbali, anche in ragione della natura camerale del giudizio, ha delle palesi ricadute sullo svolgimento del contraddittorio e sull'esercizio del diritto di difesa (Cass., Sez. I, 17/04/2019, n. 10786; Cass., Sez. I, 23/10/2019, n. 27075). Ne consegue che il giudice relatore, cui il collegio investito della decisione abbia delegato il compito di procedere all'audizione del richiedente, non può subdelegare tale adempimento ad un giudice onorario, determinandosi altrimenti un vizio del procedimento che può essere fatto valere come motivo di ricorso per cassazione senza che occorra, a tal fine, la specifica indicazione del pregiudizio derivatone, sotto il profilo dell'incidenza sulla determinazione della competenza ovvero sul contraddittorio o sui diritti di difesa (Cass., Sez. I, 17/09/2020, n. 24362). Quest'ultimo orientamento - invero minoritario, come confermano i numerosi precedenti in senso contrario (Cass., Sez. VI-I, nn. 28966 e 28917 del 2010; Sez. II, n. 28366 e 26699 del 2020; Sez. I, nn. 26258, 26257, 26119 del 2020; Sez. III,

n. 24363 del 2020) - è stato recentemente superato da Cass., SS.UU., 26/02/2021, n. 5425. Ivi si puntualizza che, in materia di protezione internazionale, non è affetto da nullità il procedimento nel cui ambito un giudice onorario del tribunale, su delega del giudice professionale designato per la trattazione del ricorso, abbia proceduto all'audizione del richiedente, rimettendo poi la causa per la decisione al collegio della sezione specializzata, poiché l'art. 10 d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, recante riforma organica della magistratura onoraria, consente ai giudici professionali di delegare compiti e attività, compresa l'assunzione di testimoni, ai giudici onorari anche nei procedimenti collegiali, mentre l'art. 11 del medesimo decreto vieta l'assegnazione di affari ai giudici onorari solo per specifiche tipologie di giudizi, tra i quali non rientrano quelli di cui all'art. 35bis del d.lgs. n. 25 del 2008. Peraltro, l'estraneità al collegio giudicante del giudice onorario delegato all'audizione del richiedente asilo non assume rilievo rispetto al principio di immutabilità del giudice, di cui all'art. 276 cod. proc. civ. dato che per i procedimenti camerali tale principio non opera con riferimento ad attività svolte in diverse fasi processuali.

In altra decisione in materia di protezione internazionale, la Corte di legittimità ha affermato che, allorché il richiedente impugni la decisione della Commissione territoriale e la videoregistrazione del colloquio non sia disponibile, il giudice deve fissare l'udienza per la comparizione delle parti, configurandosi, in difetto, la nullità del decreto che decide il ricorso per violazione del principio del contraddittorio, a nulla rilevando la circostanza che il ricorrente abbia omesso di prospettare anche le ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato un pregiudizio per la decisione di merito, in quanto la mancata videoregistrazione del colloquio, incidendo su un elemento centrale del procedimento, ha palesi ricadute sul suo diritto di difesa, essendo l'udienza di comparizione delle parti conseguenza obbligata della mancanza della videoregistrazione (Cass., Sez. I, 09/07/2019, n. 27075).

Regolamento n. 1215/2012 del Parlamento e del Consiglio, del 12 dicembre 2012

COMPETENZA TERRITORIALE - CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO - STIPULAZIONE PRESSO UNO STATO MEMBRO - ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ LAVORATIVA PRESSO ALTRO STATO MEMBRO - MANCATA ESECUZIONE DEL CONTRATTO - INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE TERRITORIALMENTE COMPETENTE.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 25 febbraio 2021, in C-804/19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238167&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6294040>

CLASSIFICAZIONE

Competenza territoriale – Stipulazione di un contratto di lavoro subordinato presso uno Stato membro per l'esercizio di attività presso altro Stato membro – Mancata esecuzione del contratto – Individuazione del giudice territorialmente competente – Applicazione dei criteri comunitari ovvero nazionali.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 20-23 del Regolamento (UE) n. 1215/2012;

Normativa interna: 413 cod.proc.civ.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

sulla nozione di contratto individuale di lavoro, sentenza del 14 settembre 2017, Nogueira e a. C-168/16 e C-169/16, punti 47 e 48; sentenze del 10 settembre 2015, Holterman Ferho Exploitatie e a., C-47/14, EU:C:2015:574, punti 40 e 41, e dell'11 aprile 2019, Bosworth e Hurley, C-603/17, EU:C:2019:310, punti 25 e 26.

sulla creazione di norme uniformi di competenza giurisdizionale internazionale, sentenze del 3 luglio 1997, Benincasa, C-269/95, punto 25; del 17 novembre 2011, Hypoteční banka, C-327/10, punti 33 e 45; e del 7 luglio 2016, Hőszig, C-222/15, punto 31).

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E., Prima sezione, 25 febbraio 2021

Causa C-804/19 (procedimento BU contro Markt24 GmbH),

Abstract

Le disposizioni dell'articolo 21 del Regolamento n. 1215/2012 debbono essere applicate a un rapporto di lavoro nell'ambito del quale, sebbene il contratto di lavoro sia stato concluso in uno Stato membro per prestazioni lavorative da svolgersi in altro Stato membro, le prestazioni lavorative non siano state mai fornite dalla lavoratrice, tenutasi disponibile per l'esecuzione dell'incarico di lavoro per svariati mesi.

Il caso

Una sig.ra austriaca è stata assunta con contratto stipulato presso la città di Salisburgo da una società con sede a Monaco di Baviera come manutentrica di pulizie, con contratto a tempo determinato da eseguirsi presso la stessa Monaco di Baviera. Dopo 3 mesi, la lavoratrice – pur essendo rimasta disponibile a svolgere l'attività lavorativa - veniva licenziata dall'azienda tedesca, non avendo mai reso in favore della stessa alcuna prestazione.

La lavoratrice si rivolgeva così al Giudice di Salisburgo per invocare quanto dovutole in termini di indennità, arretrati e ferie non retribuite.

Il giudice *a quo* decideva di formulare alla Corte di Giustizia Europea una serie di pregiudiziali in ordine all'interpretazione dell'art. 21 del Regolamento 1215/2012.

Si chiedeva, in particolare, alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi sulla corretta determinazione di giurisdizione nel caso in cui il ricorrente, pur in forza di un regolare contratto di lavoro, non avesse mai reso la dovuta prestazione.

Questi i quesiti:

1) Se l'articolo 21 del regolamento n. 1215/2012 debba essere applicato a un rapporto di lavoro nell'ambito del quale, sebbene il contratto di lavoro sia stato concluso in Austria per prestazioni lavorative da svolgersi in Germania, le prestazioni lavorative non siano state poi fornite dalla lavoratrice, tenutasi disponibile per l'esecuzione di incarichi di lavoro per svariati mesi in Austria. In caso di risposta affermativa alla prima questione:

2) Se l'articolo 21 del regolamento n. 1215/2012 debba essere interpretato nel senso che possa trovare applicazione una disposizione nazionale, quale l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), [dell'ASGG], che consenta ad una lavoratrice di proporre l'azione giurisdizionale (agevolata) nel luogo di residenza nel corso ovvero al termine del rapporto di lavoro.

3) Se l'articolo 21 del regolamento n. 1215/2012 debba essere interpretato nel senso che possa trovare applicazione una disposizione nazionale, quale l'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), dell'ASGG, che consenta ad un lavoratore di proporre l'azione giurisdizionale (agevolata) nel luogo in cui debba ovvero, al termine del rapporto di lavoro, dovesse essere corrisposta la retribuzione.

In caso di risposta negativa alla seconda e alla terza questione:

4) Se l'articolo 21 del regolamento n. 1215/2012 debba essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un rapporto di lavoro in cui la lavoratrice non abbia fornito prestazioni lavorative,

l'azione giurisdizionale debba essere proposta nello Stato membro in cui la lavoratrice stessa sia rimasta disponibile per l'esecuzione di incarichi di lavoro.

Se l'articolo 21 del regolamento n. 1215/2012 debba essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un rapporto di lavoro in cui la lavoratrice non abbia fornito prestazioni lavorative, l'azione giurisdizionale debba essere intentata nello Stato membro in cui abbiano avuto luogo le trattative e la conclusione del contratto di lavoro sebbene, nel contratto medesimo, siano state pattuite o previste prestazioni lavorative da svolgere in un altro Stato membro.

In caso di risposta negativa alla prima questione:

5) Se l'articolo 7, punto 1, del regolamento n. 1215/2012 debba essere applicato a un rapporto di lavoro nell'ambito del quale, sebbene il contratto di lavoro sia stato concluso in Austria per prestazioni lavorative da svolgersi in Germania, le prestazioni lavorative non siano state poi fornite dalla lavoratrice, tenutasi disponibile per l'esecuzione di incarichi di lavoro per svariati mesi in Austria, laddove sia applicabile una disposizione nazionale, quale l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), dell'ASGG, che consenta ad una lavoratrice di proporre l'azione giurisdizionale (agevolata) nel luogo di residenza nel corso ovvero al termine del rapporto di lavoro ovvero una disposizione nazionale, quale l'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), dell'ASGG, che consenta ad un lavoratore di proporre l'azione giurisdizionale (agevolata) nel luogo in cui nel luogo in cui debba ovvero, al termine del rapporto di lavoro, dovesse essere corrisposta la retribuzione».

La decisione della CGUE:

Rilevato che la determinazione di giurisdizione (competenza) in materia di contratto da lavoro è disciplinata dall'art. 20 all'art. 23 del predetto Regolamento, la Corte di Giustizia Europea ha posto la sua attenzione sul contenuto dell'art. 21, secondo cui " 1. Il datore di lavoro domiciliato in uno Stato membro può essere convenuto: a) davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato in cui è domiciliato; o b) in un altro Stato membro: i) davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui o da cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o a quello dell'ultimo luogo in cui o da cui la svolgeva abitualmente; o ii) qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui è o era situata la sede d'attività presso la quale è stato assunto."

Da tale assunto, ancorché non prevista la particolare fattispecie del caso in esame, i Giudici di Lussemburgo sono stati chiari: in una controversia di lavoro la competenza giurisdizionale va individuata secondo quanto previsto dalle norme del Regolamento, posto che gli artt. 20-23 si riferiscono ai "contratti individuali di lavoro". Nell'ambito di tale nozione rientra il caso di specie, il quale presuppone un vincolo di subordinazione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, dato che la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona sia obbligata a svolgere, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la sua direzione, prestazioni in contropartita delle quali ha il diritto di percepire una retribuzione.

Pertanto, la lavoratrice austriaca (assunta per svolgere la prestazione di lavoro a Monaco di

Baviera) avrebbe dovuto convenire il datore di lavoro innanzi il Tribunale di Monaco e non a quello di Salisburgo, fermo restando il dovere per il giudice nazionale di accertare preliminarmente, caso per caso, l'esistenza di una succursale o di altra sede.

In ordine all'applicazione del diritto nazionale, sia la convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale tati membri, sia il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e il regolamento n. 1215/2012, che sono succeduti a tale convenzione, hanno come obiettivo la creazione di norme uniformi di competenza giurisdizionale internazionale.

Invero, quando una controversia che presenta un elemento di estraneità rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento e il convenuto è domiciliato nel territorio di uno Stato membro, le norme uniformi di competenza previste dal regolamento n. 1215/2012 devono prevalere sulle norme nazionali sulla competenza.

La CGUE ha, inoltre, aggiunto che un datore di lavoro domiciliato nel territorio di uno Stato membro può essere citato, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, lettera a), di tale regolamento, davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui è domiciliato oppure, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, lettera b), i) e ii), di tale regolamento, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui o da cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o a quella dell'ultimo luogo in cui la svolgeva abitualmente o, qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui è o era situata la sede d'attività presso la quale è stato assunto. Dovendosi interpretare il «luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività» (articolo 19, punto 2, lettera a), del regolamento n. 44/2001, che corrisponde all'articolo 21, paragrafo 1, lettera b), i), del regolamento n. 1215/2012) nel senso del luogo in cui, o dal quale, il lavoratore svolge effettivamente la parte essenziale dei suoi obblighi nei confronti del datore di lavoro, quando il contratto di lavoro non è stato eseguito, l'intenzione espressa dalle parti del contratto in merito al luogo di esecuzione è, in linea di principio, l'unico elemento che consente di stabilire un luogo di lavoro abituale: il ricorso va, dunque, proposto dinanzi a un giudice dello Stato membro in cui il lavoratore era tenuto, conformemente al contratto di lavoro, ad adempiere la parte essenziale dei suoi obblighi nei confronti del datore di lavoro, Monaco di Baviera (salvo che il giudice di rinvio, come previsto dall'art. 7, punto 5, applichi il criterio della esistenza di una succursale presso la città di Salisburgo).

Il dispositivo:

La CGUE conclude affermando che:

1) Le disposizioni contenute nella sezione 5 del capo II del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,

intitolato «Competenza in materia di contratti individuali di lavoro», devono essere interpretate nel senso che si applicano ad un ricorso giurisdizionale di un lavoratore dipendente domiciliato in uno Stato membro contro un datore di lavoro domiciliato in un altro Stato membro nel caso in cui il contratto di lavoro è stato negoziato e concluso nello Stato membro del domicilio del lavoratore e prevedeva che il luogo di esecuzione del lavoro si trovasse nello Stato membro del datore di lavoro, anche se tale lavoro non è stato eseguito per un motivo imputabile a quest'ultimo.

2) Le disposizioni della sezione 5 del capo II del regolamento n. 1215/2012 devono essere interpretate nel senso che ostano all'applicazione delle norme nazionali sulla competenza giurisdizionale a un ricorso come quello di cui al punto 1 del dispositivo della presente sentenza, indipendentemente dal fatto che tali norme si rivelino più vantaggiose per il lavoratore.

3) L'articolo 21, paragrafo 1, lettera b), i), del regolamento n. 1215/2012 deve essere interpretato nel senso che un ricorso come quello di cui al punto 1 del dispositivo della presente sentenza può essere proposto dinanzi all'autorità giurisdizionale del luogo in cui, o a partire dal quale, il lavoratore era tenuto, conformemente al contratto di lavoro, ad adempiere la parte essenziale dei suoi obblighi nei confronti del datore di lavoro, fatto salvo l'articolo 7, punto 5, di tale regolamento.

Osservazioni

1. Le principali fonti normative che disciplinano i principi giurisdizionali in tema di controversie internazionali di lavoro sono il regolamento (UE) "rifusione" n. 1215/2012 detto "Bruxelles 1" ed il regolamento (CE) n. 593 /2008 detto "Roma 1". Si è giunti all'adozione di tali norme attraverso un excursus temporale che ha visto il susseguirsi di diversi interventi, e più specificatamente:

I. Per il regolamento n.1215/2012:

a) Convenzione di Bruxelles del 1968 la cui originale disposizione era priva di disposizioni in tema contratti di lavoro individuale facendo riferimento a principi generali di diritto contrattuale, se non per la competenza giurisdizionale facente riferimento al luogo di adempimento dell'obbligazione;

b) Convenzione del 1989 in cui si ratificava l'adesione di Spagna e Portogallo alla precedente del 1968;

c) Regolamento CE 44/2001 concernente la determinazione delle competenze giurisdizionali e dell'esecuzione delle sentenze di diritto civile e commerciale;

d) Successivamente, il regolamento 44/2001, è stato sostituito dall'attuale RE 1215/2012 che trova applicazione per tutti i procedimenti avviati dopo il 10 gennaio 2015. Rilevante novità sotto il profilo giurisdizionale è rappresentata dal fatto che il lavoratore può invocare l'applicazione delle norme che disciplinano la giurisdizione anche se il datore di lavoro è domiciliato presso un paese extra UE.

II. Per il regolamento CE Roma I:

a) Convenzione di Roma del 1980 che già prevedeva una serie di disposizioni da applicare alle

controversie individuali di lavoro;

b) Regolamento Roma I del 1980, adottato il 17 Giugno 2008 e che trova applicazione a tutti i contratti stipulati dopo il 17 dicembre 2009;

Tali Regolamenti trovano applicazione nei confronti dei datori di lavoro e dei lavoratori i cui requisiti soggettivi si sono nel tempo cristallizzati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, ed adottati con la finalità di limitare l'autonomia delle parti in tema di scelta del foro competente, affinché vi potesse trovare maggior tutela la parte debole del rapporto di lavoro, cioè il lavoratore.

2. Finalità. Il Regolamento Bruxelles I, dottando previsioni rigide, si è posto il fine di limitare drasticamente l'autonomia delle parti nella scelta del foro competente, relegandone la scelta in residuali ipotesi (come ad esempio posteriormente al sorgere della controversia o se l'accordo consente al lavoratore di adire autorità giurisdizionali diverse da quelle alle quali il lavoratore potrebbe altrimenti rivolgersi ai sensi del regolamento).

In linea con tale politica, dunque, il Regolamento prevede diverse modalità di adire all'autorità giudiziaria, in caso di controversia, a seconda che il ricorrente sia il datore di lavoro, ovvero il lavoratore. Nel primo caso, il datore potrà convenire il lavoratore di uno stato membro UE solamente nello Stato membro ove risulti domiciliato. Diversamente, in caso in cui il lavoratore intenda convenire in giudizio il datore di lavoro, il Regolamento Bruxelles I prevede una più ampia ipotesi di alternative, e più specificatamente:

- Presso il luogo di domicilio del datore , ovvero nel luogo in cui è situata una sua succursale (art. 20 del Regolamento);
- Nel luogo di domicilio ove svolge l'attività il lavoratore;
- Presso il luogo ove è allocata la sede del datore al momento dell'assunzione nel caso in cui il lavoratore non svolga attività abituale in un solo luogo, ma in più di essi;

Il Regolamento Roma I indica le norme per stabilire la legge da applicare ai contratti internazionali di lavoro, conferendo alle parti un margine di autonomia nella scelta della legge applicabile, senza dimenticare la tutela della parte debole, secondo quanto previsto dall'art. 8 il cui contenuto, ai fini di una chiara ed esaustiva esposizione qui si riporta "1. Un contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti conformemente all'articolo 3. Tuttavia, tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo. 2. Nella misura in cui la legge applicabile al contratto individuale di lavoro non sia stata scelta dalle parti, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo. 3. Qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma del paragrafo 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore. 4. Se dall'insieme delle circostanze

risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese."

Dal contenuto dell'art. 8 si evince dunque che il Regolamento Roma I stabilisce una gerarchia tra i diversi criteri di collegamento circa la legge da applicare, prevedendo al contempo una clausola derogatoria (art. 8, comma 4 secondo cui "se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese, cfr. sentenza Schlecker/Boedeker, C-64/12.)

3. La giurisdizione in Caso di distacco transnazionale del lavoratore, ai Sensi della Direttiva 96/71 Ce.

Per ciò che afferisce la giurisdizione in caso di controversie derivanti da distacco transnazionale di un lavoratore, la direttiva 2014/67 UE applicativa della direttiva madre 96/71 ha previsto in favore del lavoratore, la possibilità di convenire il datore presso un ulteriore foro, ossia quello in cui era, ovvero è, distaccato.

Tuttavia, tale ipotesi è percorribile solo nel caso in cui il lavoratore voglia rivendicare condizioni di lavoro e di occupazione ai sensi dell'art. 3 della predetta direttiva.

Questa di fatto non deroga al regolamento Roma I, ma offre al lavoratore una ulteriore tutela; egli potrà invocare l'applicazione della legge dello Stato ospitante qualora questa sia più favorevole rispetto a quella dello Stato in cui abitualmente rende la sua prestazione.

Dunque, ai sensi dell'art. 8 paragrafo 2 del regolamento Roma I, il paese non cambia per il solo fatto di svolgere attività occasionale presso un altro Stato, per cui trova applicazione in via generale la legge del paese ove svolge abitualmente l'attività; la possibilità del lavoratore di veder applicata la legge del paese ospitante , così come precedentemente esposto, rimane a condizione che la stessa preveda un trattamento più favorevole, ovvero in caso di rivendicazione delle condizioni occupazionali e di lavoro

Regolamento n. 492/2011 del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011

DOMANDA DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE - LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI - FIGLI DI LAVORATORI FRONTALIERI - RIMBORSO DELLE SPESE DI TRASPORTO SCOLASTICO - REQUISITI - RESIDENZA IN UN LAND - ESCLUSIONE DEI FIGLI CHE FREQUENTANO LA SCUOLA IN TALE LAND E RISIEDONO IN UNO STATO MEMBRO DIVERSO DA QUELLO DELL'ISTITUTO SCOLASTICO FREQUENTATO -ESCLUSIONE DEI CITTADINI NAZIONALI RESIDENTI NEGLI ALTRI LÄNDER.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Nona Sezione, 2 aprile 2020, in C-830/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224885&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6294314>

CLASSIFICAZIONE

DOMANDA DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE – LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI – FIGLI DI LAVORATORI FRONTALIERI – VANTAGGI SOCIALI – SISTEMA DI RIMBORSO DELLE SPESE DI TRASPORTO SCOLASTICO – REQUISITO DELLA RESIDENZA IN UN LAND – ESCLUSIONE DEI FIGLI CHE FREQUENTANO LA SCUOLA IN TALE LAND E RISIEDONO IN UNO STATO MEMBRO DIVERSO DA QUELLO DELL'ISTITUTO SCOLASTICO FREQUENTATO – ESCLUSIONE DEI CITTADINI NAZIONALI RESIDENTI NEGLI ALTRI LÄNDER.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Regolamento UE n. 492/2011 del 5 aprile 2011

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

sentenza del 20 giugno 2013, Giersch ea., C-20/12, EU:C:2013:411, punto 40; sentenze del 12 maggio 1998, Martínez Sala, C-85/96, EU:C:1998:217, punto 25, e del 20 giugno 2013; sentenza del 10 ottobre 2019, Krah, C-703/17, EU:C:2019:850, punto 21; sentenza del 18 luglio 2007, Hartmann, C-212/05, EU:C:2007:437, punti da 28 a 31; sentenza del 13 marzo 2019, Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach, C-437/17, EU:C:2019:193, punti 31 e 32; ordinanza del 19 giugno 2008, Kurt, C-104/08, non pubblicata, EU:C:2008:357, punti 22 e 23); sentenza del 15 dicembre 1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, punto 96; sentenza del 10 luglio 2019, Aubriet, C-410/18, EU:C:2019:582, punto 31).

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Sez. 9, 2 aprile 2020, causa C-830/18, Landkreis Südliche Weinstraße.

Abstract

La normativa del Bundesland Renania-Palatinato che sottopone il diritto a fruire del servizio di scuola bus alla residenza nel Land costituisce una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori transfrontalieri e delle loro famiglie.

Nel caso del trasporto scolastico nel Land della Renania-Palatinato, tale condizione di residenza non è giustificata da motivi imperativi di interesse generale relativi all'organizzazione del sistema scolastico.⁵⁴

Il caso

PF, tedesco, frequenta la scuola media di Landkreis (distretto) Südliche Weinstraße nel Land della Renania-Palatinato (Germania), ma risiede in Francia con i suoi genitori, anche di nazionalità tedesca. Sua madre lavora in Germania. Dall'anno scolastico 2015-2016, il Landkreis ha rifiutato di sostenere i costi di trasporto scolastico di PF sulla base del fatto che, secondo la legislazione della Renania-Palatinato, sarebbe tenuto ad organizzare il trasporto scolastico solo per gli alunni residenti in questo Land.

L'Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Tribunale amministrativo superiore della Renania-Palatinato), adito nel caso, ha sollevato pregiudiziale comunitaria.

Le questioni

-La Corte nota, in primo luogo, che la madre di PF, una cittadina tedesca, dopo aver mantenuto la sua occupazione in Germania e trasferito il suo domicilio in Francia, beneficia come "lavoratore migrante" del principio della parità di trattamento nei confronti di dal suo Stato membro di origine, ovvero la Germania.

-La Corte ha quindi rilevato che una misura che condiziona il rimborso delle spese di il trasporto scolastico verso una residenza nel Land in questione è suscettibile, per sua natura, a svantaggiare più i lavoratori frontalieri che risiedono in altro Stato membro e costituisce una discriminazione indiretta, in linea di principio vietata dal diritto dell'Unione.

Secondo la Corte, il fatto che anche i lavoratori nazionali, che risiedono negli altri Länder, sono soggetti a questa condizione è dunque irrilevante.

-La Corte ha anche osservato che la condizione in questione costituisce non solo una discriminazione indiretta, ma anche un ostacolo libera circolazione dei lavoratori in quanto è probabile che prevenga o scoraggi cittadino di uno Stato membro di lasciare il proprio Stato di origine per esercitare il proprio diritto alla libertà la circolazione.

-Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'eventuale giustificazione della condizione di residenza in questione, la Corte accetta che l'organizzazione del sistema educativo nel Land della Renania-Palatinato possa astrattamente costituire un obiettivo legittimo e tuttavia, secondo la Corte, le disposizioni sul trasporto terrestre non hanno un legame sufficientemente stretto con l'organizzazione del sistema scolastico affinché si ritenga che tali disposizioni continuino un obiettivo legittimo.

Il dispositivo

1) L'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (UE) n.492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, deve essere interpretato nel senso che una normativa nazionale che subordina la presa in carico del trasporto scolastico da parte di un Land al requisito della residenza nel territorio di tale Land costituisce una discriminazione indiretta, in quanto, per sua stessa natura, può incidere maggiormente sui lavoratori frontalieri che su quelli nazionali.

2) L'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n. 492/2011 deve essere interpretato nel senso che le difficoltà pratiche connesse all'efficace organizzazione del trasporto scolastico all'interno di un Land non costituiscono un motivo imperativo di interesse generale che può giustificare una misura nazionale qualificata come discriminazione indiretta.

Regolamento n. 492/2011 del Parlamento e del Consiglio del 5 aprile 2011

RINVIO PREGIUDIZIALE - PREVIDENZA SOCIALE DEI LAVORATORI MIGRANTI - LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI - PARITÀ DI TRATTAMENTO - VANTAGGI SOCIALI - ASSEGNO FAMILIARE - NOZIONE DI "FAMILIARI" - ESCLUSIONE DEL FIGLIO DEL CONIUGE DI LAVORATORI NON RESIDENTI - DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RISPETTO AL FIGLIO DEL CONIUGE DI LAVORATORI RESIDENTI - GIUSTIFICAZIONE.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sesta Sezione, 2 aprile 2020, in C-802/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224888&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6294687>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE - PREVIDENZA SOCIALE DEI LAVORATORI MIGRANTI - LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI - PARITÀ DI TRATTAMENTO - VANTAGGI SOCIALI - ASSEGNO FAMILIARE - NOZIONE DI "FAMILIARI" - ESCLUSIONE DEL FIGLIO DEL CONIUGE DI LAVORATORI NON RESIDENTI - DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RISPETTO AL FIGLIO DEL CONIUGE DI LAVORATORI RESIDENTI - GIUSTIFICAZIONE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Articolo 45 TFUE - Regolamento (CE) n. 883/2004, articolo 1, lettera i) - Direttiva 2004/38/CE, Articolo 2, punto 2- Regolamento (UE) n.492/2011, Articolo 7, paragrafo 2.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenza del 18 dicembre 2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava ea.*, C-447/18, EU:C:2019:1098, punto 22 e giurisprudenza citata; sentenza del 18 dicembre 2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava ea.*, C-447/18, EU:C:2019:1098, punto 23e giurisprudenza citata; sentenze del 14giugno 2016, *Commissione/Regno Unito*, C-308/14, EU:C:2016:436, punto 60, e del 21giugno 2017, *Martinez Silva*, C-449/16, EU:C:2017:485, punto 22; sentenza del 15dicembre 2016, *Depesme ea.*, da C-401/15a C-403/15, EU:C:2016:955, punto 64; sentenze del 13aprile 2010, *Bressol ea.*, C-73/08, EU:C:2010:181, punto 40; sentenza del 10 luglio 2019, *Aubriet*, C-410/18, EU:C:2019:582, punto 26; sentenza del 14dicembre 2016, *Bragança Linares Verruga ea.*, C-238/15, EU:C:2016:949, punto 41; sentenza del 10luglio 2019, *Aubriet*, C-410/18, EU:C:2019:582, punto 29).

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Sez. 6, 2 aprile 2020, causa C-802/18, Caisse pour l'avenir des enfants.

Abstract

Uno Stato membro non ha il diritto di rifiutare diversare un assegno familiare per il figlio del coniuge di un lavoratore frontaliero in assenza di rapporti genitore-figlio con tale lavoratore. Tale indennità costituisce un vantaggio sociale e una prestazione di sicurezza sociale; pertanto è soggetto al principio della parità di trattamento.

Il caso

FV lavora in Lussemburgo e risiede in Francia con sua moglie GW. La coppia ha due bambini. HY, figlio di GW da una precedente relazione, nato nel 2000, vive con FV e GW. GW ha la sola responsabilità genitoriale nei confronti di HY.

Fino all'entrata in vigore della legge lussemburghese del 23 luglio 2016, la famiglia ha beneficiato degli assegni familiari lussemburghesi per i tre figli a causa dello status di lavoratore frontaliero di FV.

Dall'entrata in vigore di tale legge, che ha modificato il codice di sicurezza sociale escludendo i figli di un coniuge o di un partner dal concetto di "membri della famiglia", la famiglia non aveva più diritto a tali assegni in relazione a HY.

Con decisione dell'8 novembre 2016, la Caisse pour l'avenir des enfants (Fondo per il futuro dei bambini) (Lussemburgo) ha ritenuto che FV non avesse più diritto all'assegno di famiglia in relazione a HY dal 1 ° agosto 2016.

Nel giudizio avanti le autorità lussemburghesi (a seguito di appello proposto dalla Cassa Previdenziale avverso la sentenza del Consiglio arbitrale per la previdenza sociale che aveva accolto la domanda del lavoratore), il Conseil supérieur de la sécurité sociale ha sottoposto alla Corte le questioni pregiudiziali, tra l'altro, al fine di accertare se un'indennità familiare collegata a un lavoro dipendente di un lavoratore frontaliero in uno Stato membro costituisca un vantaggio sociale, ai sensi del regolamento libera circolazione dei lavoratori, e se il diritto dell'Unione osti a che uno Stato membro preveda che i lavoratori frontalieri possano ricevere un'indennità familiare connessa allo svolgimento di un lavoro dipendente solo nei confronti dei propri figli, ad esclusione dei figli del coniuge con che non hanno rapporti genitore-figlio, mentre esiste il diritto a ricevere tale indennità per tutti i bambini residenti in quello Stato membro.

Le questioni

-Con la sentenza in commento, la Corte inizia osservando che il concetto di vantaggio sociale nel caso di i lavoratori che sono cittadini di altri Stati membri include tutti i vantaggi che, indipendentemente dal fatto che siano legati a un contratto di lavoro, sono generalmente concessi ai lavoratori nazionali principalmente a causa di il loro status oggettivo di lavoratori o in virtù del semplice fatto della loro residenza sul territorio nazionale.

Rileva poi la Corte che l'assegno di famiglia in questione costituisce un vantaggio sociale ed è collegato, per un lavoratore frontaliero come FV, all'esecuzione di lavoro dipendente in Lussemburgo, essendo peraltro concesso senza alcuna valutazione individuale e discrezionale dei bisogni personali.

-Inoltre, la Corte rileva che i familiari di un lavoratore migrante sono beneficiari indiretti della parità di trattamento accordata, per quanto riguarda i vantaggi sociali, a tale lavoratore dal regolamento relativo alla libera circolazione dei lavoratori. Beneficia di tali vantaggi sociali, secondo la Corte, non solo un bambino che ha una relazione figlio-genitore con quel lavoratore, ma anche un figlio del coniuge o del partner registrato di quel lavoratore, ove quel lavoratore sostiene le spese di mantenimento del bambino.

-La Corte afferma infatti che il principio della parità di trattamento proibisce non solo la discriminazione diretta, basata sulla nazionalità, ma anche su qualsiasi forma indiretta di discriminazione, che, attraverso l'applicazione di altri criteri distintivi, portano allo stesso risultato, come avviene nella specie con riferimento al criterio della residenza. Poiché i non residenti sono nella maggioranza dei casi cittadini stranieri, l'esclusione dal beneficio costituisce una discriminazione indiretta sulla base della nazionalità che è ammesso solo se è obiettivamente giustificato, cosa che non si verifica nel caso di specie.

Dispositivo

1) L'articolo 45TFUE e l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (UE) n.492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, devono essere interpretati nel senso che un assegno familiare connesso all'esercizio, da parte di un lavoratore frontaliero, di un'attività di lavoro dipendente in uno Stato membro costituisce un vantaggio sociale, ai sensi di dette disposizioni.

2) L'articolo 1, lettera i), e l'articolo 67 del regolamento (CE) n.883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, letti in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento n.492/2011 e con l'articolo 2, punto 2, 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 ostano a disposizioni di uno Stato membro in forza delle quali i lavoratori frontalieri possono percepire un assegno familiare connesso all'esercizio, da parte loro, di un'attività di lavoro dipendente in uno Stato membro solo per i propri figli, e non per i figli del coniuge con i quali non hanno un legame di filiazione pur occupandosi del loro mantenimento, mentre tutti i minori residenti in detto Stato membro hanno diritto al percepimento di tale allocazione.

Regolamento n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009

RINVIO PREGIUDIZIALE - MARCHIO DELL'UNIONE EUROPEA - DIRITTI CONFERITI DAL MARCHIO - USO - STOCCAGGIO DI PRODOTTI AL FINE DI OFFRIRLI O DI IMMETTERLI IN COMMERCIO - MAGAZZINAGGIO IN VISTA DELLA SPEDIZIONE DI PRODOTTI, VENDUTI SU UN SITO PER IL COMMERCIO ON-LINE, CHE VIOLANO UN DIRITTO DI MARCHIO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, 2 aprile 2020, in C-567/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224883&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6295015>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE - MARCHIO DELL'UNIONE EUROPEA - REGOLAMENTO (CE) N. 207/2009 - ARTICOLO 9 - REGOLAMENTO (UE) 2017/1001 - ARTICOLO 9 - DIRITTI CONFERITI DAL MARCHIO - USO - STOCCAGGIO DI PRODOTTI AL FINE DI OFFRIRLI O DI IMMETTERLI IN COMMERCIO - MAGAZZINAGGIO IN VISTA DELLA SPEDIZIONE DI PRODOTTI, VENDUTI SU UN SITO PER IL COMMERCIO ON-LINE, CHE VIOLANO UN DIRITTO DI MARCHIO.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 9, paragrafi 1 e 2 del regolamento n. 207/2009 nella versione anteriore alle modifiche ad opera del regolamento 2015/2424; art. 9 del regolamento 2017/1001; art. 14 della direttiva 2000/31/CE; art. 11 della direttiva 2004/48/CE.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

L'Oréal e a., C-324/09, EU:C:2011:474, 12 luglio 2011, punto 103; M.A.S. e M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, punto 24, 5 dicembre 2017; Spedidam, C-484/18, EU:C:2019:970, punto 29, 14 novembre 2019; Dobersberger, C-16/18, EU:C:2019:1110, punti 18 e 19, 19 dicembre 2019; Google France e Google, da C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, punti 56, 57 e 65, 23 marzo 2010; Daimler, C-179/15, EU:C:2016:134, punti 39, 40 e 41, 3 marzo 2016; Mitsubishi Shoji Kaisha e Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe, C-129/17, EU:C:2018:594, punto 38, 25 luglio 2018; Frisdranken Industrie Winters, C-119/10, EU:C:2011:837, punti 29, 30 e 35, 15 dicembre 2011; TOP Logistics e a., C-379/14, EU:C:2015:497, punti 42 e 45, 16 luglio 2015.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE, Sez. 5, 2 aprile 2020, C-567/18 Coty Germany GmbH contro Amazon Services Europe Sàrl, Amazon Europe Core Sàrl, Amazon FC Graben GmbH, Amazon EU Sàrl.

Abstract

- L'articolo 9, paragrafo 2, lettera b), del regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul marchio [dell'Unione europea], e l'articolo 9, paragrafo 3, lettera b), del regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che una persona che conservi per conto di un terzo prodotti che violano un diritto di marchio, senza essere a conoscenza di tale violazione, si deve ritenere che non stocchi tali prodotti ai fini della loro offerta o della loro immissione in commercio ai sensi delle succitate disposizioni, qualora non persegua essa stessa dette finalità.

Il caso

La Coty Germany GmbH (in prosieguo: «Coty»), azienda che distribuisce profumi ed è titolare di una licenza sul marchio dell'Unione europea *DAVIDOFF*, convenne in giudizio alcune società del gruppo Amazon, tra le quali Amazon Services Europe e Amazon FC Graben, per sentirle condannare ad astenersi dallo stoccare o spedire, o far stoccare o far spedire, in Germania profumi recanti il marchio *Davidoff Hot Water*, se tali prodotti non fossero stati immessi in commercio nell'Unione con il suo consenso.

A fondamento della domanda proposta, la Coty sostenne che le società convenute, avendo consentito l'immissione sul mercato di quei prodotti, avevano posto in essere un comportamento idoneo a violare il diritto sul marchio controverso.

In particolare, Amazon Services Europe aveva offerto a venditori terzi la possibilità di pubblicare, per tali prodotti, offerte di vendita sul sito Internet www.amazon.de; mentre Amazon FC Graben, che gestisce un deposito, aveva a sua volta conservato i prodotti in contestazione, nell'ambito del programma «Logistica di Amazon».

Il Landgericht (Tribunale del Land, Germania) respinse l'azione proposta da Coty; tale sentenza fu confermata in secondo grado, ritenendo il giudice d'appello che Amazon Services Europe non avesse né stoccato né spedito i prodotti in questione e che Amazon FC Graben avesse conservato tali prodotti per conto di venditori terzi.

La Coty propose ricorso per cassazione («Revision») dinanzi al giudice del rinvio.

La questione devoluta alla CGUE

Il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania), rilevando che l'esito dell'impugnazione - nella parte in cui Coty aveva contestato la valutazione del giudice d'appello, secondo il quale Amazon FC Graben non era responsabile come autore della violazione di un diritto di marchio - dipendeva dall'interpretazione dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera b), del regolamento n. 207/2009 e dell'articolo 9, paragrafo 3, lettera b), del regolamento 2017/1001, decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «*Se una persona che conserva per conto di un terzo prodotti che violano un diritto di marchio, senza essere a conoscenza di tale violazione, effettui lo stoccaggio di tali prodotti ai*

fini dell'offerta o dell'immissione in commercio, nel caso in cui solo il terzo, e non anche essa stessa, intenda offrire o immettere in commercio detti prodotti».

La risposta della CGUE

La Corte di Giustizia, in via preliminare, ha richiamato il tenore dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 207/2009 (la cui sostanza è ripresa all'articolo 9, paragrafi 1 e 2, del regolamento 2017/1001), a mente del quale il marchio dell'Unione europea conferisce al suo titolare il diritto esclusivo di vietare a qualsiasi terzo di *usare* nel commercio un segno identico a tale marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato, o un segno che, a motivo della sua identità o somiglianza con il marchio dell'Unione europea e dell'identità o somiglianza dei prodotti e dei servizi contraddistinti da tale marchio e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, oppure un segno identico o simile al marchio dell'Unione europea per prodotti o servizi che non sono simili a quelli per i quali tale marchio è stato registrato, se quest'ultimo gode di notorietà nell'Unione e l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebito vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio oppure rechi pregiudizio agli stessi.

Nelle norme citate, peraltro, è riportato un elenco non tassativo dei *tipi di uso* che possono essere vietati dal titolare di un marchio, tra i quali figurano l'offerta dei prodotti, la loro immissione in commercio oppure il loro *stoccaggio* a tali fini.

L'art. 9 dei regolamenti di cui si discorre non definisce la nozione di «*usare*», ma la stessa Corte ha evidenziato di aver tuttavia già avuto occasione di sottolineare che, nella sua accezione abituale, il verbo «*usare*» implica un *comportamento attivo e un controllo, diretto o indiretto, sull'atto che costituisce l'uso* (v., sentenze 3 marzo 2016, Daimler, C-179/15, EU:C:2016:134, punti 39 e 40, nonché del 25 luglio 2018, Mitsubishi Shoji Kaisha e Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe, C-129/17, EU:C:2018:594, punto 38).

Del resto, ha osservato ancora la Corte, le disposizioni in esame hanno lo scopo di fornire al titolare di un marchio uno strumento legale che gli consenta di vietare, e quindi di far cessare, ogni uso del suo marchio fatto da un terzo senza il suo consenso: conseguentemente, solo un terzo che abbia il controllo, diretto o indiretto, sull'atto che costituisce l'uso è effettivamente in grado di cessare tale uso e quindi di conformarsi a detto divieto (v., sentenza del 3 marzo 2016, Daimler, C-179/15, EU:C:2016:134, punto 41).

Quale esempio applicativo di tale principio, la Corte ha ricordato un precedente relativo al caso di un'impresa la cui attività principale consisteva nel riempimento di lattine con bevande prodotte da essa stessa o da terzi, che un prestatore di servizi che si limiti a riempire, su incarico e su istruzioni di un terzo, lattine già provviste di segni simili a marchi e quindi ad eseguire semplicemente una parte tecnica del processo di produzione del prodotto finale, senza avere il minimo interesse nella presentazione esterna di dette lattine e in particolare nei segni che vi figurano: in tale ipotesi è stato ritenuto che l'impresa non «usa» essa stessa tali segni, bensì crea unicamente le condizioni tecniche necessarie perché il terzo possa usarli (v., sentenza del

15 dicembre 2011, Frisdranken Industrie Winters, C-119/10, EU:C:2011:837, punto 30). 62

Invero, ha ulteriormente precisato la Corte, il fatto di creare le condizioni tecniche necessarie per l'uso di un segno e di essere remunerati per tale servizio non significa che chi rende tale servizio usi egli stesso il segno (v., sentenze del 23 marzo 2010, Google France e Google, da C-236/08 a C-238/08, EU: C:2010:159, punto 57, e del 15 dicembre 2011, Frisdranken Industrie Winters, C-119/10, EU:C:2011:837, punto 29).

Ne consegue, ha infine concluso la Corte, che, affinché il magazzinaggio di prodotti rivestiti di segni identici o simili a marchi possa essere qualificato come «*uso*» di tali segni, occorre pure che l'operatore economico che effettua tale magazzinaggio persegua in prima persona le finalità cui si riferiscono tali disposizioni, che consistono nell'offerta dei prodotti o nella loro immissione in commercio. Diversamente, non si può ritenere che l'atto che costituisce l'uso del marchio lo compia tale persona né che il segno sia utilizzato nell'ambito della sua comunicazione commerciale.

Nel caso di specie, dunque, la Corte di giustizia ha escluso che le resistenti nel procedimento principale facessero *uso* del segno nell'ambito della loro comunicazione commerciale, atteso che il giudice del rinvio aveva chiarito che non avevano esse stesse offerto in vendita i prodotti in questione né li avevano immessi in commercio.

Infine, la Corte non ha esaminato l'ulteriore questione sottoposta dalla Coty – finalizzata ad esaminare se il ruolo svolto dalle resistenti nel procedimento principale con riferimento a norme giuridiche diverse dall'articolo 9 del regolamento n. 207/2009 o dall'articolo 9 del regolamento 2017/1001, quali l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 o l'articolo 11, prima frase, della direttiva 2004/48 - atteso che il giudice del rinvio non aveva sollevato tale questione nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

Regolamento n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2001

RINVIO PREGIUDIZIALE - PERSONE GIURIDICHE DI DIRITTO PRIVATO - ATTIVITÀ DI CLASSIFICAZIONE E DI CERTIFICAZIONE DI NAVI - MANCATO ESERCIZIO DI ATTIVITÀ "IURE IMPERII" - RICORSO PER RISARCIMENTO DANNI - NOZIONE DI «MATERIA CIVILE E COMMERCIALE» EX ART. 1, § 1, REG. 44/2001.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 7 maggio 2020, in C-641/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226287&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6295396>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE – COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE – REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001 – ARTICOLO 1, PARAGRAFO 1 – NOZIONI DI "MATERIA CIVILE E COMMERCIALE" E DI "MATERIA AMMINISTRATIVA" – AMBITO DI APPLICAZIONE – ATTIVITÀ DELLE SOCIETÀ DI CLASSIFICAZIONE E DI CERTIFICAZIONE DELLE NAVI – ACTA IURE IMPERII E ACTA IURE GESTIONIS – PREROGATIVE DEI PUBBLICI POTERI – IMMUNITÀ GIURISDIZIONALE.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Sez. 1, 7 maggio 2020, causa C-641/18, Lg e altri contro Rina spa ed Ente Registro Italiano Navale.

Rinvio pregiudiziale proposto dal tribunale di Genova con ordinanza del 28.9.2018

Il caso

Nel 2006, la nave Al Salam Boccaccio' 98, battente bandiera della Repubblica di Panama, naufragò nel Mar Rosso, procurando la morte di oltre 1.000 persone. Alcuni familiari delle vittime e alcuni passeggeri sopravvissuti al naufragio hanno adito il Tribunale di Genova per chiedere la condanna di Rina SpA e dell'Ente Registro Italiano Navale, le due società, entrambe con sede legale in Genova, che avevano effettuato le operazioni di classificazione e di certificazione della nave naufragata. Secondo i ricorrenti l'operato delle due società era stato negligente e inadeguato e aveva avuto una incidenza causale sul naufragio. Le società Rina hanno eccepito l'incompetenza del giudice adito invocando il principio consuetudinario internazionale dell'immunità giurisdizionale, in quanto le operazioni di classificazione e di certificazione erano state effettuate per delega della Repubblica di Panama e, di conseguenza, hanno costituito una esplicazione di prerogative sovrane dello Stato delegante. Gli attori hanno contrastato l'eccezione di difetto di giurisdizione rilevando che la controversia deve qualificarsi come ricadente nella materia civile e commerciale e quindi soggetta all'applicazione del cd.

Regolamento Bruxelles I (Reg. 44/2001). Il giudice adito, interrogandosi quanto alla competenza dei giudici italiani, ha sollevato questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia UE.

La questione pregiudiziale

«Se gli artt. 1 § 1, e 2 § del regolamento n. 44/2001 siano da interpretarsi – anche alla luce dell’articolo 47 della Carta, dell’articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del considerando 16 della direttiva 2009/15 – nel senso di escludere che, in relazione a una controversia intentata per il risarcimento dei danni da morte e alla persona causati dal naufragio di un traghetto passeggeri e adducendo responsabilità per condotte colpose, un giudice di uno Stato membro possa negare la sussistenza della propria giurisdizione riconoscendo l’immunità giurisdizionale in favore di enti e persone giuridiche private esercenti attività di classificazione e/o di certificazione, aventi sede in tale Stato membro, e con riferimento all’esercizio di tale attività di classificazione e/o di certificazione per conto di uno Stato terzo».

La decisione

“L’articolo 1, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che un ricorso per risarcimento danni proposto contro persone giuridiche di diritto privato che esercitano un’attività di classificazione e di certificazione di navi per conto e su delega di uno Stato terzo rientra nella nozione di «materia civile e commerciale» ai sensi di tale disposizione e, di conseguenza, nell’ambito di applicazione di tale regolamento, qualora tale attività non sia esercitata in forza di prerogative dei pubblici poteri ai sensi del diritto dell’Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare. Il principio di diritto internazionale consuetudinario sull’immunità giurisdizionale non osta all’esercizio, da parte del giudice nazionale adito, della competenza giurisdizionale prevista da detto regolamento in una controversia relativa a un siffatto ricorso, qualora detto giudice constati che tali organismi non si sono avvalsi delle prerogative dei pubblici poteri ai sensi del diritto internazionale”.

I motivi della decisione

Sebbene la decisione lasci ampio spazio al giudice del rinvio nella valutazione della attività delle società RINA ai fini della loro qualificazione come attività di diritto privato (e *iure gestionis*) o sovrane (*iure imperii*) tuttavia nella sua motivazione la Corte prende una posizione univoca circa la qualificazione delle attività di classificazione e certificazione come attività rientranti nella prima categoria sia sulla base dell’interpretazione corrente in diritto internazionale sia con riferimento alla giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi relativamente alle attività di attestazione (sentenza 16.6.2015 *Rina Services* C-593/13 §§ da 16 a 21) e alla volontà espressa dal legislatore eurounitario nel considerando n. 16 della direttiva

2009/15²⁵, sia infine con un significativo riferimento all'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali

dell'Unione che garantisce l'accesso alla giustizia e preclude pertanto una interpretazione del principio di *State immunity* che comporti la privazione della tutela giurisdizionale nel contesto europeo.

La sentenza si segnala dunque per una serie di affermazioni di rilievo al di là del contenuto specifico della decisione. In particolare:

- Sulla ricevibilità del ricorso: "il regolamento n. 44/2001 è applicabile non solo quando la controversia riguarda più Stati membri, ma anche quando essa riguarda un solo Stato membro qualora esista un elemento di estraneità a causa del coinvolgimento di uno Stato terzo. Infatti, detta situazione è tale da sollevare questioni relative alla determinazione della competenza degli organi giurisdizionali nell'ordinamento internazionale (v., in tal senso, sentenze del 1.3.2005, *Owusu*, C-281/02, §§ da 24 a 27, e del 17.3.2016, *Taser International*, C-175/15, § 20)".

- Sulla nozione di "materia civile e commerciale": E' una nozione autonoma (sentenza 23.10.2014 *Fly LAL – Lithuanian Airlines* C-302/13 §24) che si caratterizza per il suo contenuto ampio (sentenza 6.2.2019, NK C-537/17 § 26) e va individuata con riferimento al singolo caso avendo riguardo alla natura del rapporto fra le parti e all'oggetto della lite (sentenza 23.10.2014 *Fly LAL – Lithuanian Airlines* C-302/13 §24). Restano al di fuori della materia civile e commerciale pertanto i rapporti intercorrenti con pubbliche autorità che agiscono nell'esercizio di pubblici poteri (sentenza 28.4.2009 *Apostolides* C-420/07) e non siano soggetti all'applicazione del diritto privato e commerciale. Nel caso in esame nessuna di queste condizioni sussiste trattandosi di una azione risarcitoria nei confronti di soggetti non qualificabili come pubbliche autorità (ma come imprese a scopo di lucro che esercitano le loro attività in condizioni di concorrenza e non dispongono di poteri decisionali connessi all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri).

- Sulla nozione di esercizio di pubblici poteri: Si verte in tale contesto quando l'attività è riconducibile all'autonomia decisionale propria dell'esercizio di prerogative riservate ai pubblici poteri. Nella specie questa ipotesi non ricorre perché le attività di classificazione²⁶ e di certificazione non comportano un potere decisionale che prescinda dal quadro normativo, di fonte preminentemente internazionale predefinito²⁷ ²⁸al fine di garantire le condizioni di sicurezza in mare in particolare per quanto riguarda la costruzione, l'attrezzatura e la navigabilità della

²⁵ «Quando un organismo riconosciuto, i suoi ispettori o il suo personale tecnico provvedono al rilascio dei certificati obbligatori per conto dell'amministrazione, gli Stati membri dovrebbero considerare la possibilità di permettere loro, per quanto concerne tali attività delegate, di essere soggetti a garanzie giuridiche commisurate e ad una protezione giurisdizionale, incluso l'esercizio di adeguate azioni di difesa, eccezion fatta per l'immunità, prerogativa che può essere invocata dai soli Stati membri, quale inseparabile diritto di sovranità che come tale non può essere delegato».

²⁶ "L'attività di certificazione consiste nel rilascio di un certificato regolamentare da parte dello Stato di bandiera o in nome di quest'ultimo da parte di uno degli organismi abilitati da tale Stato ad effettuare ispezioni nonché nel rilascio di taluni documenti e certificati, conformemente alla convenzione SOLAS. Le attività di classificazione e di certificazione sono spesso esercitate dalla stessa società".

²⁷ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982 (in prosieguo: la «convenzione di Montego Bay»), entrata in vigore il 16 novembre 1994 e approvata a nome della Comunità europea con decisione 98/392/CE del Consiglio, del 23 marzo 1998 (GU 1998, L 179, pag. 1).

²⁸ Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare, conclusa a Londra il 1° novembre 1974 (cd. «convenzione SOLAS»), di cui tutti gli Stati membri dell'Unione Europea sono parti contraenti.

nave. È pertanto irrilevante di per sé che le attività siano esercitate su delega di uno Stato (sentenza 9.3.2017, Pula Parking C-551/15 § 35) e/o per conto di uno Stato (sentenza 21.4.1993, Sonntag C-172/91 § 21) né che abbiano una finalità pubblica (Sonntag § 22) perché l'elemento determinante è l'esercizio di poteri che esorbitano dalla sfera delle norme applicabili ai rapporti fra privati.

- Sull'immunità giurisdizionale degli Stati: Il principio di diritto internazionale consuetudinario basato sull'assunto che *par in parem non habet imperium* vincola le istituzioni dell'Unione e fa parte del diritto dell'Unione ma non ha un valore assoluto sia perché trova nella prassi internazionale una applicazione limitata ai soli atti compiuti dagli Stati *iure imperii* (sentenza 19.7.2012, Mahamdia, C-154/11 §§ 54 e 55), sia perché il giudice nazionale che attua il diritto dell'Unione applicando il regolamento n. 44/2001 deve rispettare le esigenze derivanti dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali UE (sentenza del 25 maggio 2016, Meroni, C-559/14, § 44). Pertanto, nel caso di specie, il giudice del rinvio dovrebbe comunque assicurarsi che, qualora accogliesse l'eccezione di immunità giurisdizionale, gli attori non sarebbero privati del loro diritto fondamentale di adire un giudice, e della tutela giurisdizionale effettiva di cui all'articolo 47 della Carta. La Corte inoltre rinvia alle conclusioni dell'Avvocato Generale (§§ 108-128) per ribadire che l'immunità giurisdizionale degli organismi di diritto privato, quali le società Rina, non è generalmente riconosciuta per quanto riguarda le operazioni di classificazione e di certificazione delle navi, qualora esse non siano state compiute *iure imperii* ai sensi del diritto internazionale. Infine, come si è accennato, la Corte di Giustizia rileva che il considerando n. 16 della direttiva 2009/15 conferma la volontà del legislatore europeo di attribuire una portata limitata al principio di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità giurisdizionale degli Stati trattandosi di una prerogativa che può essere invocata solo dagli Stati quale inseparabile espressione della sovranità e che come tale non può essere delegata a soggetti che agiscono esclusivamente *iure gestionis*.

Direttiva 2001/29 del Parlamento e del Consiglio, del 22 maggio 2001

RINVIO PREGIUDIZIALE - PROPRIETÀ INTELLETTUALE - DIRITTO D'AUTORE E DIRITTI CONNESSI - NOZIONE DI "COMUNICAZIONE AL PUBBLICO" - IMPRESA DI NOLEGGIO DI AUTOVETTURE EQUIPAGGIATE DI SERIE CON APPARECCHI RADIO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, 2 aprile 2020, in C-753/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224895&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6295968>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE - PROPRIETÀ INTELLETTUALE - DIRITTO D'AUTORE E DIRITTI CONNESSI - DIRETTIVA 2001/29/CE - ARTICOLO 3, PARAGRAFO 1 - DIRETTIVA 2006/115/CE - ARTICOLO 8, PARAGRAFO 2 - NOZIONE DI "COMUNICAZIONE AL PUBBLICO" - IMPRESA DI NOLEGGIO DI AUTOVETTURE EQUIPAGGIATE DI SERIE CON APPARECCHI RADIO.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001; art. 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006; Trattato dell'OMPI, adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 ed approvato dalla Comunità europea con decisione 2000/278/CE del Consiglio, del 16 marzo 2000.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, 15 marzo 2012, punti 49 e 50,; Verwertungsgesellschaft Rundfunk, C-641/15, EU:C:2017:131, 16 febbraio 2017, punto 19; Football Association Premier League e a., C-403/08 nonché C-429/08, EU:C:2011:631, 4 ottobre 2011, punto 189; SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, 15 marzo 2012, punti da 51 a 56; AKM, C-138/16, EU:C:2017:218, 16 marzo 2017, punto 22; del Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, 7 agosto 2018, punto 19; Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers, C-263/18, EU:C:2019:1111, 19 dicembre 2019, punto 61; Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, 14 giugno 2017, punto 25; SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, 15 marzo 2012, punto 82; Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, 15 marzo 2012, punto 31; Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, 14 giugno 2017, punto 26; Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, 31 maggio 2016, punti 47 e 54; SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, 7 dicembre 2006, punto 50.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Sez. 5, 2 aprile 2020, C-753/18, Föreningen Svenska Tonsättares

Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim), Svenska artisters och musikers intresseorganisation ek. för. (SAMI) contro Fleetmanager Sweden AB, Nordisk Biluthyrning AB. 64

Abstract

Il noleggio di autoveicoli equipaggiati con impianti radio non costituisce una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.

Il caso

La questione pregiudiziale è sorta nell'ambito di due distinte controversie.

La prima, instaurata dalla STIM (società svedese di gestione dei diritti dei compositori di opere musicali e dei loro editori) nei confronti di una società di noleggio di autoveicoli stabilita in Svezia, che offriva, direttamente o tramite intermediari, autoveicoli in noleggio, equipaggiati con apparecchi radio, per periodi non superiori a 29 giorni (in base alla normativa nazionale, è considerato quale noleggio di breve durata).

La seconda, promossa dalla NB (altra società di noleggio di autoveicoli equipaggiati con apparecchi radio, per periodi di breve durata) nei confronti della SAMI (organizzazione svedese di gestione dei diritti affini di artisti interpreti o esecutori).

Tali controversie riguardavano, rispettivamente, la sussistenza di una comunicazione non autorizzata d'opere musicali al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, da parte di società di noleggio di autoveicoli provvisti di impianti radio, nonché la facoltà, per un ente di gestione collettiva di diritti affini di artisti interpreti o esecutori, di pretendere un'equa remunerazione da parte delle società medesime qualora il noleggio di tali autoveicoli desse luogo ad una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115.

Entrambe le controversie, dunque avevano ad oggetto responsabilità ed obblighi, sotto il profilo del diritto d'autore, delle società di noleggio, quale conseguenza del fatto che gli autoveicoli noleggiati a persone private o ad imprese poneva opere musicali a disposizione del pubblico, senza disporre della necessaria autorizzazione

Risultate entrambe soccombenti in secondo grado, sia la STIM che la SAMI proposero ricorso per cassazione dinanzi allo Högsta domstolen (Corte suprema, Svezia).

La questione devoluta alla CGUE

In tale contesto, lo Högsta domstolen (Corte suprema), decise di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: 65

«1) Se il noleggio di autoveicoli equipaggiati con serie con impianti radio implichi che il

noleggiatore dei veicoli medesimi costituisca un utilizzatore che proceda ad una "comunicazione al pubblico" ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 ovvero, rispettivamente, ad una "comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115.

2) *In qual misura rilevino le dimensioni dell'attività di autonoleggio nonché la durata dei singoli noleggi.»*

La risposta della CGUE

In primo luogo, la Corte di Giustizia ha focalizzato la domanda posta dal giudice di rinvio con la prima questione pregiudiziale, rilevando che essa era volta a conoscere se l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 e l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 debbano essere interpretati nel senso che il noleggio di autoveicoli equipaggiati con impianti radio costituisca una *comunicazione al pubblico* ai sensi di tali disposizioni.

In proposito, la Corte ha ricordato la propria giurisprudenza, secondo la quale la locuzione «*comunicazione al pubblico*» deve essere interpretata nel senso che essa possiede lo stesso significato nelle due menzionate disposizioni [v., sentenze del 15 marzo 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punti 49 e 50, nonché del 16 febbraio 2017, Verwertungsgesellschaft Rundfunk, C-641/15, EU:C:2017:131, punto 19] ed esprime una nozione che associa due elementi cumulativi, vale a dire un «atto di comunicazione» di un'opera e la comunicazione dell'opera stessa ad un «pubblico» (sentenze del 16 marzo 2017, AKM, C-138/16, EU:C:2017:218, punto 22; del 7 agosto 2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, punto 19, nonché del 19 dicembre 2019, Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers, C-263/18, EU:C:2019:1111, punto 61).

Ciò premesso, la Corte ha proseguito osservando che, a mente del considerando 27 della direttiva 2001/29, «*la mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della presente direttiva*», ed ha quindi affermato che ciò vale parimenti per quanto riguarda la fornitura d'un impianto radio integrato in un autoveicolo di noleggio, che consenta di captare, senza alcun intervento aggiuntivo da parte della società di noleggio, la radiodiffusione terrestre accessibile nelle zone in cui il veicolo si trova.

Infatti, una siffatta fornitura si distingue dagli atti di comunicazione con cui prestatori di servizi trasmettano deliberatamente opere protette alla propria clientela, distribuendo volutamente un segnale a mezzo di ricevitori installati nei loro locali (sentenza del 31 maggio 2016, Reha Training, C-117/15, EU: C:2016:379, punti 47 e 54 nonché la giurisprudenza citata).

Ne consegue, ha concluso la Corte, che le società di noleggio di autoveicoli, mettendo a disposizione del pubblico autoveicoli equipaggiati con impianti radio, non compiono un «atto di comunicazione» al pubblico di opere protette.

Né rileva in contrario la circostanza, pure dedotta dalla STIM e dalla Sami, che le società di noleggio di autoveicoli metterebbero a disposizione dei propri clienti spazi qualificati dalle ricorrenti come «pubblici» (vale a dire gli abitacoli degli autoveicoli di noleggio), atteso che la

messa a disposizione di spazi di tal genere, al pari della fornitura degli impianti radio stessi, non costituisce un atto di comunicazione e che, peraltro, è irrilevante la natura privata o pubblica del luogo in cui avviene la comunicazione (sentenza del 7 dicembre 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punto 50).

Infine, alla luce della risposta fornita alla prima questione, la Corte non ha ritenuto che occorresse rispondere alla seconda questione.

Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000

RINVIO PREGIUDIZIALE - PARITA' DI TRATTAMENTO IN MATERIA DI OCCUPAZIONE E DI CONDIZIONI DI LAVORO - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI FONDATE SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE - DICHIARAZIONI PUBBLICHE CHE ESCLUDONO L'ASSUNZIONE DI PERSONE OMOSESSUALI - SANZIONI - PERSONA GIURIDICA RAPPRESENTATIVA DI UN INTERESSE COLLETTIVO - LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN GIUDIZIO "IURE PROPRIO" - DIRITTO AD OTTENERE IL RISARCIMENTO DEL DANNO - SUSSISTENZA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 23 aprile 2020, in C-507/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=225526&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6296255>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE - PARITA' DI TRATTAMENTO IN MATERIA DI OCCUPAZIONE E DI CONDIZIONI DI LAVORO - DIRETTIVA 2000/78/CE - ARTICOLO 3, PARAGRAFO 1, LETTERA A), ARTICOLO 8, PARAGRAFO 1, E ARTICOLO 9, PARAGRAFO 2 - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI FONDATE SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE - CONDIZIONI DI ACCESSO ALL'OCCUPAZIONE E AL LAVORO - NOZIONE - DICHIARAZIONI PUBBLICHE CHE ESCLUDONO L'ASSUNZIONE DI PERSONE OMOSESSUALI - ARTICOLO 11, PARAGRAFO 1, ARTICOLO 15, PARAGRAFO 1, E ARTICOLO 21, PARAGRAFO 1, DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA - DIFESA DEI DIRITTI - SANZIONI - PERSONA GIURIDICA RAPPRESENTATIVA DI UN INTERESSE COLLETTIVO - LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN GIUDIZIO, SENZA AGIRE IN NOME DI UNA DETERMINATA PERSONA LESA OPPURE IN ASSENZA DI UNA PERSONA LESA - DIRITTO AD OTTENERE IL RISARCIMENTO DEL DANNO.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 2, art. 3, paragrafo 1, lett. a), art. 8, paragrafo 1, art. 9, paragrafo 2, art. 17 della direttiva 2000/78; art. 11, paragrafo 1, art. 15, paragrafo 1, art. 21, paragrafo 1, art. 52, paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 2, comma 1, lett. a), art. 3, comma 1, lett. a), art. 5 del d.lgs. n. 216 del 2003.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Nikiforidis, C-135/15, EU:C:2016:774, §28, 18 ottobre 2016; SM, C-129/18, EU:C:2019:248, §50, 26 marzo 2019; Deckmyn e Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:c:2014:2132, §19, 3 settembre 2014; Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625, §65, 29 luglio 2019; E.B., C-258/17, EU:C:2019:2017, §40, 15 gennaio 2019; Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, §47, 17 aprile 2018; Runevič-Vardyn e Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, §43, 12 maggio 2011; CHEZ

Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, §42, 16 luglio 2015; Asociația Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, §§44 e 45, §§ da 47 a 51, §37, §§62 e 63, 25 aprile 2013.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Grande Sezione, 23 aprile 2020, C-507/18, N.H. v. Associazione avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford. 71

Abstract

- Nel campo di applicazione della direttiva 2000/78, che ha come obiettivo la lotta alle discriminazioni consistenti nello stabilire condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, fondate, tra l'altro, sulle tendenze sessuali degli aspiranti, rientrano anche le dichiarazioni rese da un soggetto nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali egli mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nell'esercizio della propria attività professionale, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, sebbene, nel tempo in cui quelle dichiarazioni furono rese, non fosse in corso, né fosse stata programmata, una procedura di selezione di personale, purché da quelle dichiarazioni emerga chiaramente la volontà del soggetto di escludere da ogni forma di collaborazione nell'esercizio della sua attività professionale un'intera categoria di persone, per motivi fondati esclusivamente sulle loro tendenze sessuali.

- La direttiva 2000/78 deve essere interpretata nel senso di consentire che, in base alla normativa nazionale, un'associazione di avvocati, avente la finalità statutaria di assistere in giudizio le persone che hanno un determinato orientamento sessuale e di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità ed indipendentemente da un concomitante scopo di lucro dell'associazione stessa, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale per far rispettare gli obblighi imposti dalla direttiva citata, oltre che, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persone e non sia identificabile una persona lesa.

Il caso

Un'associazione di avvocati che difende in giudizio i diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali, transgender o intersessuate (LGBTI) convenne in giudizio NH, avvocato, dinanzi al Tribunale di Bergamo, ritenendo che avesse pronunciato frasi discriminatorie fondate sull'orientamento sessuale dei lavoratori, in violazione dell'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 216 del 2003.

Con ordinanza del 6 agosto 2014 il Tribunale adito, in funzione di giudice del lavoro, dichiarò illecito, in quanto direttamente discriminatorio, il comportamento di NH.

Egli aveva dichiarato, durante un'intervista radiofonica, di non voler assumere e di non volersi avvalere della collaborazione, nel proprio studio legale, di persone omosessuali. Su tali premesse fattuali, il Tribunale condannò NH a versare all'associazione attrice la somma di euro 10.000 a

titolo di risarcimento del danno, ordinando la pubblicazione del provvedimento per estratto su un quotidiano nazionale.

Con sentenza del 23 gennaio 2015, la Corte di Appello di Brescia rigettò il ricorso di NH.

Avverso la sentenza d'appello NH propose ricorso per cassazione, deducendo sia la violazione dell'art. 5 del d.lgs. n. 216 del 2003, avendo la Corte di Appello riconosciuto ad un'associazione di avvocati la legittimazione ad agire, sia la violazione dell'art. 2, comma 1, lett. a) e dell'art. 3 del citato d.lgs., in quanto egli aveva espresso un'opinione concernente la professione di avvocato non presentandosi in veste di datore di lavoro, bensì come semplice cittadino, essendo quelle dichiarazioni avulse da qualsiasi ambito professionale effettivo.

Le questioni devolute alla CGUE

La Corte di Cassazione, in sede di rinvio pregiudiziale, con ordinanza del 30 maggio 2018, pose due questioni alla Corte di Giustizia.

La prima attiene alla legittimazione ad agire dell'associazione di avvocati.

In particolare, la Corte di Cassazione chiese alla Corte di Giustizia se, ai sensi dell'art. 9, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, l'associazione di avvocati potesse essere considerata un ente esponenziale rappresentativo degli interessi delle persone LGBTI.

Il dubbio nasceva dalla considerazione che alcuni atti degli organi dell'UE (in particolare, la raccomandazione 2013/396/UE della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione [GU 2013, L 201, pag. 60] e la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Comitato delle regioni, intitolata "Verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi" [COM(2013) 401, in fine]) prevedono quale indice della legittimazione ad agire di un ente esponenziale l'assenza in capo ad esso di uno scopo di lucro, oltre al collegamento tra l'obiettivo indicato nello statuto dell'ente e la tutela dei diritti asseritamente violati.

In secondo luogo, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza del 30 maggio 2018, sempre con riferimento alla *legitimitas ad causam* dell'associazione di avvocati, chiese alla Corte di Giustizia di chiarire se tale ente esponenziale, sulla base dello scopo statutario di promuovere il rispetto, anche in giudizio, dei diritti delle persone LGBTI, potesse, sulla base di un interesse proprio e diretto, chiedere ed ottenere anche il risarcimento del danno conseguente ai comportamenti discriminatori tenuti nei confronti delle persone a tutela delle quali agiva.

La seconda questione sulla quale la CGUE fu chiamata a pronunciarsi attiene alla sfera oggettiva di applicazione della direttiva 2000/78 sulla lotta contro la discriminazione in materia di occupazione e lavoro e della normativa nazionale di recepimento: in sostanza, la Suprema Corte chiese alla Corte di Giustizia di chiarire se l'avvocato, che nel corso di un'intervista radiofonica aveva dichiarato che mai si sarebbe avvalso della collaborazione, presso il suo studio, di persone omosessuali, avesse tenuto una condotta discriminatoria rilevante ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78, ed in particolare degli artt. 2 e 3 della stessa, o se, invece, avesse fatto

semplicemente uso della libertà di pensiero e di espressione, tutelata dall'art. 11, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, visto che, nel caso di specie, non era in corso una trattativa individuale per l'assunzione di dipendenti o collaboratori, non era stata formulata un'offerta di lavoro né avviata una selezione destinata a concludersi con l'assunzione di personale o di collaboratori.

Le risposte della CGUE

La Corte di Giustizia ha affrontato per prima la seconda delle questioni oggetto del rinvio pregiudiziale.

In particolare, ha affermato la necessità di una interpretazione della direttiva 2000/78 in maniera uniforme in tutti gli Stati membri e coerente con la sua finalità, che è quella di offrire ad ogni persona una tutela efficace contro le discriminazioni fondate segnatamente sull'orientamento sessuale, anche in attuazione dell'art. 19, paragrafo 1, TFUE (v. sentenza 15 gennaio 2019, E.B., C-258/17, EU: C: 2019:17, punto 40 e la giurisprudenza ivi citata).

Sulla base di tale finalità, la nozione di "*condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro*", ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, lett. a) della direttiva 2000/78, non può essere oggetto di una interpretazione restrittiva (v. sentenze 12 maggio 2011, Runevič-Vardyn e Wardyn, C-391/09, EU: C:2011: 291, punto 43, nonché del 16 luglio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU: C:2015: 480, punto 42).

Ne consegue che, affinché rientrino nel campo della tutela apprestata dalla direttiva, non è necessario che le dichiarazioni discriminatorie siano proferite nel corso di una procedura di selezione in corso o programmata; è sufficiente che esse possano essere effettivamente ricondotte alla politica di assunzioni che un determinato datore di lavoro intenda seguire nell'ambito della sua attività professionale o imprenditoriale, ed il nesso tra tali dichiarazioni e le "*condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro*" deve essere valutato dal giudice nazionale tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto.

Non è nemmeno necessario che le dichiarazioni discriminatorie siano rese da un attuale datore di lavoro, potendo avere esse rilievo anche se pronunciate da un potenziale datore di lavoro, o da qualcuno che sia socialmente percepito come in grado di influenzare la politica di assunzioni di determinati e potenziali datori di lavoro.

Rilevano, infine, oltre che il contenuto oggettivamente discriminatorio delle dichiarazioni, anche le modalità con cui siano rese.

Un conto, infatti, è una conversazione privata; altro conto è la pubblicità e la diffusione date alle dichiarazioni discriminatorie, specialmente nel caso in cui il dichiarante si serva dei media o dei social network per esprimere il suo pensiero.

Fatte queste precisazioni, la Corte di Giustizia ha escluso che l'applicazione della tutela antidiscriminatoria di cui alla direttiva 2000/78 possa determinare una compressione illecita della libertà di espressione.

Infatti, come risulta dall'art. 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

europea, la libertà di espressione non è un diritto assoluto e il suo esercizio può incontrare delle limitazioni, purché queste siano previste dalla legge, abbiano carattere di proporzionalità e rispettino il contenuto essenziale del diritto che limitano.

Nel caso di specie, la Corte di Giustizia ha affermato che gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2000/78 rispettano il nucleo essenziale del diritto di libera espressione del pensiero, determinandone una compressione proporzionata rispetto agli scopi perseguiti, in quanto vietano solo le dichiarazioni che per modalità e contesto di espressione ostacolano la realizzazione degli obiettivi previsti dalla direttiva 2000/78.

D'altronde, se determinate dichiarazioni, come quelle oggetto del procedimento *a quo*, fossero ritenute frutto dell'esercizio della libertà di espressione per il solo fatto che, al tempo in cui esse furono rilasciate, non era in corso, né era stata programmata, alcuna procedura di selezione di personale, la tutela offerta dalla direttiva 2000/78 rischierebbe di essere "illusoria".

Con riferimento, poi, alla questione della *legitimitas ad causam* dell'associazione di avvocati, ed in particolare con riferimento all'esercizio dell'azione giudiziaria volta al conseguimento delle misure di tutela antidiscriminatoria, la Corte di Giustizia ha precisato che ai sensi dell'art. 9, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni ed altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un interesse legittimo a garantire che le disposizioni della detta direttiva siano rispettate, il diritto di avviare un procedimento giurisdizionale o amministrativo per conto o a sostegno di una persona che si ritenga lesa e con il suo consenso, volto all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla suddetta direttiva.

Orbene, anche se la citata disposizione non impone che gli Stati membri attribuiscono ad un'associazione, come quella che ha esercitato l'azione risarcitoria nel procedimento *a quo*, la legittimazione ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi scaturenti dalla direttiva 2000/78, nel caso in cui non sia identificabile alcuna persona lesa, tuttavia l'art. 8, paragrafo 1, della direttiva in parola, letto unitamente al considerando n. 28 di quest'ultima, consente che gli Stati membri introducano o mantengano, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento e di non discriminazione, disposizioni più favorevoli di quelle previste dalla direttiva.

A tale proposito, la Corte di Giustizia aveva già affermato, in un suo precedente arresto, che l'art. 9, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 non osta a che uno Stato membro, nella propria normativa nazionale, riconosca alle associazioni aventi un legittimo interesse a far garantire il rispetto di tale direttiva il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi da essa derivanti senza agire in nome di una determinata persona lesa ovvero in assenza di una persona lesa identificabile (sentenza del 25 aprile 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, punto 37).

Anche le sanzioni idonee a reprimere le condotte discriminatorie accertate possono essere stabilite liberamente nell'ambito delle legislazioni nazionali, purché esse siano, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2000/78, effettive, proporzionate e dissuasive, anche quando non vi sia alcuna

persona lesa identificabile (v. sentenza CGUE ult. cit., punti 62 e 63).

Ne consegue, in conclusione, che la direttiva 2000/78 non osta a che la legislazione di uno Stato membro attribuisca ad un ente associativo, che tra i fini statutari abbia quello di promuovere il rispetto e difendere i diritti delle persone LGBTI, ad prescindere da un concomitante fine di lucro, la legittimazione ad agire in giudizio, anche in via risarcitoria, per tutelarle contro condotte discriminatorie, nel caso in cui non sia identificabile alcuna persona lesa.

Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999

LICENZIAMENTO COLLETTIVO ILLEGITTIMO - STRUMENTI DI TUTELA - INDENNITÀ IN LUOGO DI REINTEGRAZIONE - AMBITO APPLICATIVO - LAVORATORI ASSUNTI CON CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO CONVERTITO IN RAPPORTO A TEMPO INDETERMINATO SUCCESSIVAMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA NORMATIVA MENO VANTAGGIOSA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 17 marzo 2021, in C-652/19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238962&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6296627>

CLASSIFICAZIONE

Licenziamento collettivo illegittimo – Applicazione di un regime di tutela meno vantaggioso (indennità piuttosto che reintegra) ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato convertito in rapporto a tempo indeterminato successivamente all'entrata in vigore della normativa meno vantaggiosa (7.3.2015)

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E., Seconda sezione, 17 marzo 2021, Causa C-652/19:

KO contro Consulmarketing SpA, in fallimento,

con l'intervento di:

Filcams CGIL, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL),

Abstract

La clausola 4 dell'Accordo Quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE del Consiglio deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che estende un nuovo regime di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo illegittimo ai lavoratori il cui contratto a tempo determinato, stipulato prima della data di entrata in vigore di tale normativa, è convertito in contratto a tempo indeterminato dopo tale data; né la materia dei criteri di scelta e della eventuale sanzione, nell'ambito di un licenziamento collettivo, tocca la direttiva 98/59, per cui non può essere esaminata alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi; Clausola 4 dell'accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla Direttiva

1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo Quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato; Artt. 20 e 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Normativa interna: artt. 5 legge n. 223 del 1991, come modificata dalla legge n. 92 del 2012; art. 18, comma 4, della legge n. 300 del 1970 come modificata dalla legge n. 92 del 2012: artt. 1, 3 e 10 d.lgs. n. 23 del 2015

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

sentenza del 30 aprile 2020, CTT – Correios de Portugal, C-661/18, EU:C:2020:335, punto 28

("l'interpretazione delle disposizioni nazionali incombe ai giudici degli Stati membri e non alla Corte e non spetta a quest'ultima pronunciarsi sulla compatibilità di norme di diritto interno con le disposizioni del diritto dell'Unione. Per contro, la Corte è competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto dell'Unione che consentano a detto giudice di valutare la compatibilità di norme di diritto interno con la normativa dell'Unione");

ordinanza del 4 giugno 2020, Balga, C-32/20, non pubblicata, EU:C:2020:441, punto 31 e giurisprudenza citata (la direttiva 98/59 non mira ad istituire un meccanismo di compensazione economica generale a livello dell'Unione in caso di perdita del lavoro, né tanto meno ad armonizzare le modalità di cessazione definitiva delle attività di un'impresa);

sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punti da 28 a 30 sulla clausola 4 dell'Accordo Quadro e sul diritto del lavoratore a tempo determinato alle medesime "condizioni di impiego" dei dipendenti assunti a tempo indeterminato;

sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 38;

sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 39, sulla nozione di "ragioni obiettive" di cui al punto 1 della clausola 4 dell'Accordo Quadro;

sentenza del 19 luglio 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, punto 37, la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri;

sentenza del 21 novembre 2018, Viejobueno Ibáñez e de la Vara González, C-245/17, EU:C:2018:934, punto 51, sul principio di non discriminazione nell'ambito della clausola 4 dell'Accordo Quadro;

Il caso

La lavoratrice KO di cui al procedimento principale è stata assunta, con contratto di lavoro a tempo determinato, dalla Consulmarketing a partire dal 14.1.2013; il 31.3.2015 tale contratto

a tempo determinato è stato trasformato in contratto a tempo indeterminato. Il 19.1.2017 la Consulmarketing ha avviato una procedura di licenziamento collettivo che ha interessato 350 lavoratori, tra cui KO, e all'esito della quale tutti i lavoratori sono stati licenziati.

Il giudice investito dell'impugnazione del licenziamento collettivo, ritenuto illegittimo per violazione dei criteri di scelta, ha disposto la reintegrazione nel posto di lavoro per tutti i lavoratori, ad esclusione della KO, alla quale ha applicato il mero regime indennitario in quanto destinataria delle modifiche legislative concernenti il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo (artt. 1, 3 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015).

In sede di opposizione (nell'ambito del quale, da un lato, la società è stata dichiarata fallita e, dall'altro, la Filcams CGIL e la CGIL sono intervenute volontariamente a sostegno della lavoratrice), il giudice ha ritenuto di sollevare questione pregiudiziale: invero, la conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, ai fini della fissazione del regime di tutela in caso di licenziamento collettivo illegittimo, sarebbe assimilata a una nuova assunzione e, in quest'ottica, la lavoratrice non potrebbe rivendicare, in forza della normativa nazionale, la reintegrazione nel posto di lavoro né il risarcimento dei danni, ma solo un'indennità. Il giudice del rinvio si è chiesto se tale situazione sia compatibile con la direttiva 98/59 e con la clausola 4 dell'accordo quadro, letti alla luce degli articoli 20 e 30 della Carta dei diritti fondamentali: A) l'indennità non costituisce una compensazione adeguata per un licenziamento collettivo illegittimo (ai sensi dell'articolo 30 della Carta, interpretata alla luce dell'articolo 24 della Carta sociale europea, a sua volta interpretata dal Comitato europeo dei diritti sociali nel senso che una sanzione derivante da un licenziamento collettivo illegittimo è considerata adeguata quando prevede, 1°: il rimborso delle perdite economiche subite dal lavoratore interessato tra il giorno del suo licenziamento e la decisione che condanna il datore di lavoro a detto rimborso, 2°: una possibilità di reintegrare tale lavoratore nell'impresa nonché, 3°: un'indennità di importo sufficientemente elevato da dissuadere il datore di lavoro e compensare il danno subito da detto lavoratore); B) sussiste una diversità di trattamento tra lavoratori assunti prima del 7.3.2015 e dopo tale data.

Il giudice ha, pertanto, sottoposto alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nella clausola 4 dell'[accordo quadro] sulle condizioni di impiego ostino alle previsioni normative dell'articolo 1, secondo comma e dell'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/2015 che, con riferimento ai licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, contengono un duplice regime differenziato di tutela in forza del quale viene assicurata nella medesima procedura una tutela adeguata, effettiva e dissuasiva ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti in data antecedente al 7 marzo 2015, per i quali sono previsti i rimedi della reintegrazione ed il pagamento dei contributi a carico del datore di lavoro e introduce, viceversa, una tutela meramente indennitaria nell'ambito di un limite minimo ed un limite massimo di minore effettività ed inferiore capacità dissuasiva per i rapporti di lavoro a tempo determinato aventi una pari anzianità lavorativa, in quanto costituiti precedentemente a tale data, ma convertiti a

tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015.

2) Se le previsioni contenute negli articoli 20 e 30 della [Carta] e nella direttiva [98/59] ostino ad una disposizione normativa come quella di cui all'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/15 che introduce per i soli lavoratori assunti (ovvero con rapporto a termine trasformato) a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, una disposizione secondo cui, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, diversamente dagli altri analoghi rapporti di lavoro costituiti in precedenza e coinvolti nella medesima procedura, non è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro e che introduce, viceversa, un concorrente sistema di tutela meramente indennitario, inadeguato a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all'altro modello coesistente, applicato ad altri lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione».

La decisione della CGUE:

La CGUE fa una premessa metodologica, rilevando che le questioni pregiudiziali vanno riformulate come intese all'interpretazione, da un lato, della clausola 4 dell'accordo quadro e, dall'altro, della direttiva 98/59, letta alla luce degli articoli 20 e 30 della Carta. Invero, si puntualizza, la CGUE svolge una interpretazione del diritto dell'Unione, non invadendo il campo dei giudici del rinvio (ai quali soli è demandato il compito di interpretare il diritto interno).

In ordine all'applicazione concorrente, nell'ambito di una stessa e unica procedura di licenziamento collettivo, di due diversi regimi di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo illegittimo (in quanto effettuato in violazione dei criteri di scelta), la CGUE precisa che:

- con riguardo al secondo quesito (artt. 20 e 30 della Carta e direttiva 98/59)

1) la direttiva 98/59 mira solamente ad un'armonizzazione parziale delle procedure da seguire nel caso di licenziamento collettivo (l'obiettivo principale della direttiva consiste nel far precedere i licenziamenti collettivi da una consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e dall'informazione dell'autorità pubblica competente, al fine di evitare o ridurre i licenziamenti nonché di attenuarne le conseguenze ricorrendo a misure sociali di accompagnamento intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati);

2) le modalità della tutela che deve essere accordata a un lavoratore che è stato oggetto di un licenziamento collettivo illegittimo (a seguito di una violazione dei criteri su cui il datore di lavoro deve basarsi per determinare i lavoratori da licenziare) sono manifestamente prive di collegamento con gli obblighi di notifica e di consultazione risultanti dalla direttiva 98/59, e sono dunque di competenza esclusiva degli Stati membri (insomma, trattandosi di normativa nazionale che non è attuativa del diritto dell'Unione, non può essere esaminata alla luce delle garanzie della Carta e, in particolare, dei suoi articoli 20 e 30);

- con riguardo alla clausola 4 dell'Accordo Quadro:

1) la tutela accordata a un lavoratore in caso di licenziamento illegittimo rientra nella nozione di

«condizioni di impiego» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro (CGUE 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, p. 28-30) e, ai fini della comparabilità tra lavoratori a tempo determinato e a tempo indeterminato, vanno considerati diversi fattori, come la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego;

2) spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a valutare i fatti, determinare se la lavoratrice si trovasse in una situazione comparabile a quella dei lavoratori assunti a tempo indeterminato nel corso del medesimo periodo dallo stesso datore di lavoro;

3) posto che la differenza del regime sanzionatorio tra la lavoratrice e gli altri dipendenti non dipende da un diverso (e discriminatorio) computo dell'anzianità di servizio (punto 4 della clausola 4) bensì da una specifica previsione transitoria del d.lgs. n. 23 del 2015, la differenza di trattamento può essere giustificata se ricorrono "ragioni oggettive" di cui al punto 1 della clausola 4, ossia elementi precisi e concreti che contraddistinguono la condizione di impiego a tempo determinato, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, in quanto rispondente ad una reale necessità, e sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti necessaria a tal fine; detti elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro;

4) il trattamento meno favorevole della lavoratrice è giustificato dall'obiettivo di politica sociale perseguito dal decreto legislativo n. 23 del 2015 consistente nell'incentivare i datori di lavoro ad assumere lavoratori a tempo indeterminato; rafforzare la stabilità dell'occupazione favorendo la conversione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato costituisce un obiettivo legittimo del diritto sociale e, peraltro, un obiettivo perseguito dall'Accordo Quadro (che ritiene il rapporto di lavoro a tempo indeterminato la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori) e gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire un determinato scopo fra gli altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo

5) il d.lgs. n. 23 del 2015 ha perseguito una riforma del diritto sociale italiano volta a promuovere la creazione, attraverso l'assunzione o la conversione di un contratto a tempo determinato, di rapporti di lavoro a tempo indeterminato: se il nuovo regime di tutela non si applicasse ai contratti (a tempo determinato) che sono stati convertiti, sarebbe escluso sin dall'inizio qualsiasi effetto di incentivo alla conversione dei contratti a tempo determinato in vigore al 7.3.2015 in contratti a tempo indeterminato;

6) di conseguenza, l'assimilazione a una nuova assunzione della conversione di un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato rientra in una più ampia riforma del diritto sociale italiano il cui obiettivo è quello di promuovere le assunzioni a tempo indeterminato; in tali circostanze, una siffatta misura di assimilazione si inserisce in un contesto particolare, dal punto di vista sia fattuale che giuridico, che giustifica in via eccezionale la differenza di trattamento;

7) ininfluenza la constatazione che il d.lgs. n. 23 del 2015 operi una regressione del livello di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato perché il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato dall'Accordo Quadro soltanto riguardo alle differenze di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in situazioni comparabili (e dunque le eventuali differenze di trattamento tra determinate categorie di personale a tempo indeterminato non rientrano nell'ambito del principio di non discriminazione sancito da tale Accordo);

Osservazioni

Il Tribunale di Milano ha proposto in Europa una questione che, sostanzialmente, era stata risolta in senso negativo dalla Corte costituzionale italiana (n. 194/2018). Il giudice delle leggi, dichiarando illegittimo il meccanismo automatico di calcolo dell'indennità risarcitoria basato sull'anzianità (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015), ha infatti respinto l'ulteriore eccezione che era stata sollevata sotto il profilo della disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti (rispetto alla data del 7.3.2015), osservando che non è precluso al legislatore di dettare discipline ragionevolmente differenziate nel tempo in vista del dichiarato obiettivo governativo di incentivare le assunzioni a tempo indeterminato (ed a prescindere dai suoi esiti in concreto). In ordine all'interpretazione dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 23 del 2015, si registra una pronuncia della Suprema Corte (sentenza 16/01/2020, n.823) che ha precisato il regime del cd. "contratto a tutele crescenti" si applica ai contratti a tempo determinato stipulati anteriormente al 7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del suddetto decreto) nelle ipotesi in cui gli effetti della conversione del rapporto - a seguito di novazione ovvero in ragione del tipo di vizio accertato - si producano con decorrenza successiva alla predetta data, mentre risulta irrilevante l'epoca della pronuncia giudiziale di accertamento della nullità dell'apposizione del termine, posto che quest'ultima, avendo efficacia meramente dichiarativa, opera con effetto "ex tunc" dalla illegittima stipulazione del contratto.

In sintesi, la Corte occupandosi di una ipotesi di "conversione giudiziale" di un contratto a tempo determinato (per ritenuta nullità del termine) intervenuta in data successiva al 7.3.2015, ha ritenuto che - pur potendo il Governo adottare, in forza della legge delega, una innovativa disciplina di tutela per i licenziamenti illegittimi esclusivamente "per i nuovi assunti" - tali lavoratori non possono essere assimilati ai "nuovi assunti". Invero, la sentenza che accerta la nullità della clausola appositiva del termine e ordina la ricostituzione del rapporto illegittimamente interrotto, cui è connesso l'obbligo del datore di riammettere in servizio il lavoratore, ha natura dichiarativa e non costitutiva, con conseguente effetto ex tunc della conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato operata a decorrere dalla illegittima stipulazione del contratto a termine (Cass. 26 marzo 2019, n. 8385).

Richiamando i principi della legge delega (legge n. 183 del 2014, art. 1), di parità di trattamento (come declinati dalla Corte Costituzionale, anche con riguardo al "fluire del tempo" quale "valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche"), di non discriminazione tra lavoratori

assunti a tempo determinato e a tempo indeterminato, la Corte ha ritenuto attratti nell'alveo della nuova disciplina le seguenti ipotesi:

1) la conversione volontaria (idest: trasformazione) per effetto di una manifestazione di volontà delle parti successiva all'entrata in vigore del decreto, con effetto novativo;

2) le ipotesi di conversione giudiziale di contratti a termine stipulati anteriormente al D.Lgs. n. 23 del 2015, ma che producano i loro effetti di conversione dopo la sua entrata in vigore, perchè successivo è il vizio che li colpisce, quali: a) la continuazione del rapporto di lavoro oltre trenta giorni (in caso di contratto a termine di durata inferiore a 6 mesi) ovvero oltre 50 giorni (in caso di contratto a termine di durata superiore a 6 mesi), ai sensi del D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 2 (Cass. 21 gennaio 2016, n. 1058, in riferimento al previgente termine di 20, anzichè di 30 giorni), qualora la scadenza sia successiva al 7.3.2015 (da essa considerandosi "il contratto... a tempo indeterminato"); b) la riassunzione entro 10 giorni dalla scadenza del primo contratto a termine (qualora di durata inferiore a 6 mesi) ovvero entro 20 giorni (in caso di contratto a termine di durata superiore a 6 mesi), ai sensi del D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 3, qualora il secondo contratto (che "si considera a tempo indeterminato") sia stato stipulato dopo il 7.3.2015; c) il superamento "per effetto di una successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti" nel "rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore... complessivamente" dei "trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro", sicchè "il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato" (art. 5, comma 4 bis), qualora detto superamento sia successivo al 7 marzo 2015 (Cass. s.u. 31 maggio 2016, n. 11374, p.ti da 54 a 59 in motivazione, ad illustrazione delle suddette ipotesi ed in particolare di quest'ultima, debitamente differenziata, proprio in merito alla diversa decorrenza rispetto a quella di successione di contratti a termine senza soluzione di continuità, prevista dal D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 4, per escluderne il contrasto con la clausola n. 5 dell'Accordo Quadro, recepito nella Direttiva n. 1999/70/CE).

Direttiva 1993/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993

RINVIO PREGIUDIZIALE - TUTELA DEI CONSUMATORI - DIRETTIVA 93/13/CEE - CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI STIPULATI CON I CONSUMATORI - ARTICOLO 1, § 1 - ARTICOLO 2, LETTERA B) - NOZIONE DI "CONSUMATORE" - CONDOMINIO.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 2 aprile 2020, in C-329/19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224881&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6296875>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE - TUTELA DEI CONSUMATORI - DIRETTIVA 93/13/CEE - CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI STIPULATI CON I CONSUMATORI - ARTICOLO 1, PARAGRAFO 1 - ARTICOLO 2, LETTERA B) - NOZIONE DI "CONSUMATORE" - CONDOMINIO.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Direttiva 93/13/CEE, artt. 1 §.1 e 2 Lett. b); art., paragrafo 1, dodicesimo considerando: «(...) per le legislazioni nazionali nella loro forma attuale è concepibile solo un'armonizzazione parziale; (...) occorre lasciare agli Stati membri la possibilità di garantire, nel rispetto del trattato, un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe di quelle della presente direttiva».

Decreto legislativo 06/09/2005, n. 206, artt. 33 e 36

Artt. 1117, 1117 bis, 1129, 1131 c.c.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Sez. 1, 2 aprile 2020, causa C-329/19, Condominio Di Milano, via Meda c. Eurothermo Spa

Abstract

La Corte di Giustizia della UE su una questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Milano, sez. II civile, con un'ordinanza di sospensione dell'1/4/19, nella causa C-329/19 depositata il 2 aprile (EU:C:2020:263), ha indicato che le norme poste a tutela del consumatore possono riferirsi a un contratto concluso dal Condominio. La decisione è analoga anche alla causa C-20/19 (EU:C:2020:273) della stessa data, in cui è stato riconosciuto che le norme sulle assicurazioni sulla vita (soprattutto quelle sul consenso informato e sul diritto alla rinuncia) sono invocabili anche da una società, equiparandola, *de facto*, ad un consumatore.

1. La conclusione della Corte europea

“Gli artt. 1 §.1 e 2 Lett. b) Direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell’ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell’ambito di applicazione della suddetta direttiva”.

2. Il caso

Un Condominio ha impugnato un precetto notificato assieme al verbale di mediazione da una ditta che gli forniva energia termica per chiedere la refusione di € 21025,43, pari agli interessi di mora. La richiesta era fondata su una clausola del contratto di fornitura in forza della quale il Condominio, in caso di ritardato pagamento, s’impegnava a versare «interessi di mora al tasso del 9,25% e ciò dal momento della scadenza del termine di pagamento al saldo». Il Condominio eccepì il carattere abusivo della clausola ed il giudice di rinvio, pur ravvisandolo e riconoscendo la sua facoltà di annullarla di ufficio, ha sollevato dubbi sul fatto che il ricorrente possa essere considerato un consumatore, al di là della sua qualificazione nel diritto interno e della giurisprudenza della Cassazione che gli attribuisce questa qualità, posto che non è una persona fisica.

3. Natura del Condominio nel diritto italiano

La giurisprudenza e la dottrina non sono univoche nel ravvisare un’esatta qualificazione della natura del Condominio, come evidenziato *amplius* nell’ordinanza di rinvio alla CGUE: per l’orientamento prevalente è un ente di gestione sprovisto di personalità giuridica distinta dai suoi partecipanti (Cass. Civ. nn. 26557/17 e 12911/12). Questa tesi genera dubbi sulla possibilità di equipararne la soggettività a quella degli enti collettivi non riconosciuti come persone giuridiche (Cass. Civ. n. 19663/14). Negli ultimi tempi, tuttavia, si è sviluppato un indirizzo che vede il Condominio come un soggetto giuridico autonomo, ovvero distinto dai singoli condomini che lo compongono, ancorché non dotato di autonomia patrimoniale perfetta (Cass. Civ. n. 8150/17; Sez. U, Sentenza n. 19663 del 18/09/2014, che lo qualifica quale autonomo soggetto giuridico munito di una legittimazione ad agire). In ogni caso la giurisprudenza di legittimità riconosce che l’amministratore del Condominio, nel siglare un contratto con un professionista, agisce quale mandatario dei singoli condomini, perciò il contratto può essere considerato come concluso da un consumatore e potrà invocarne le relative tutele riconosciute dalla legge (Cass. Civ. nn. 10679/15 e 452/05).

4. Nozione di consumatore

Secondo l’interpretazione della CGUE e la Direttiva 93/13 recepita dal codice del consumo (e da tutte le altre analoghe norme comunitarie) il consumatore può essere solo una persona fisica

che agisce per fini privati esulanti da quelli professionali e/o commerciali (22 novembre 2001, Cape e Idealservice MN RE (C 541/99 e C 542/99, EU:C:2001:625). È evidente, per quanto sopra esplicito, che il Condominio non vi rientri. Si noti che l'unica sentenza della CGUE, analoga alla fattispecie, ha riconosciuto la qualità di Consumatore solo perché i singoli condomini (e non il Condominio come nel nostro caso) avevano siglato un contratto col fornitore di energia termica (sentenza del 5 dicembre 2019, EVN Bulgaria Toplofikatsia e Toplofikatsia Sofia ,C - 708/17 e C 725/17, EU:C:2019:1049, punto 59).

5. Estensione della tutela anche a chi non è una persona fisica

Gli artt. 169 TFUE e 8 Direttiva 93/13 sanciscono che «gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore da essa disciplinato, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore». Il Considerando 13 della Direttiva 93/13 sancisce che «gli Stati membri dovrebbero restare competenti, conformemente al diritto dell'Unione, per l'applicazione delle disposizioni di tale direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione», estendendo perciò le sue tutele anche a chi, come il Condominio, non è un consumatore ai sensi dell'art.2 della stessa: questa estensione è concessa, più precisamente, «a condizione che una siffatta interpretazione da parte dei giudici nazionali garantisca un livello di tutela più elevato per i consumatori e non pregiudichi le disposizioni dei trattati». Orbene, il suddetto orientamento della Cassazione che qualifica il Condominio come consumatore «s'inscrive nell'obiettivo di tutela dei consumatori perseguito dalla summenzionata direttiva» (v., in tal senso, sentenza del 7 agosto 2018, Banco Santander e Escobedo Cortés, C-96/16 e C- 94/17, EU:C:2018:643, punto 69): perciò l'estensione delle tutele dei consumatori è lecita ed il Condominio potrà validamente invocare il carattere abusivo della contestata clausola.

Direttiva 1993/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993

RINVIO PREGIUDIZIALE - TUTELA DEI CONSUMATORI - DIRETTIVA 93/13/CEE – ART. 7, § 1 - CREDITO AL CONSUMO - CONTROLLO DEL CARATTERE ABUSIVO DELLE CLAUSOLE - MANCATA COMPARIZIONE DEL CONSUMATORE - POTERI D’UFFICIO DEL GIUDICE - PORTATA.

Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Sesta Sezione, 4 giugno 2020, causa C-495/19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226972&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6297147>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE – TUTELA DEI CONSUMATORI– DIRETTIVA 93/13/CEE – ARTICOLO 7, PARAGRAFO 1 – CREDITO AL CONSUMO – CONTROLLO DEL CARATTERE ABUSIVO DELLE CLAUSOLE – MANCATA COMPARIZIONE DEL CONSUMATORE – PORTATA DEI POTERI D’UFFICIO DEL GIUDICE

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

sentenza del 7 novembre 2019, Profi Credit Polska, C 419/18 e C 483/18, EU:C:2019:930;

sentenza del 17 maggio 2018, Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, C 147/16, EU:C:2018:320;

sentenza dell’11 marzo 2020, Lintner, C 511/17, EU:C:2020:188.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia Unione Europea, 04 giugno 2020, Sesta Sezione, Kancelaria Medius SA vs. RN, in causa C 495/19.

Abstract

- “l’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev’essere interpretato nel senso che esso osta all’interpretazione di una disposizione nazionale la quale impedisca a un giudice, che sia investito di un ricorso proposto da un professionista nei confronti di un consumatore e rientrante nell’ambito di applicazione della direttiva stessa e che statuisca in contumacia per mancata comparizione del consumatore all’udienza cui era stato convocato, di adottare i mezzi

istruttori necessari per valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali sulle quali il professionista ha fondato la propria domanda, qualora detto giudice nutra dubbi in merito al carattere abusivo di tali clausole, ai sensi della citata direttiva”.

Il caso e le questioni poste alla Corte

La Kancelaria Medius, società polacca con sede a Cracovia, che offre servizi di recupero crediti, ha proposto ricorso innanzi al Tribunale circondariale di Trzcianka, per ottenere dalla RN il pagamento di 1 231 zloty polacchi, pari a circa EUR 272, oltre interessi, sulla base di un contratto di credito al consumo stipulato da un istituto bancario con sede a Varsavia.

A sostegno del proprio ricorso, la Kancelaria Medius ha prodotto copia di un contratto quadro privo della firma di RN, nonché taluni documenti attestanti la stipulazione del contratto di cessione del credito in suo favore.

Il Tribunale circondariale di Trzcianka ha ritenuto che i documenti e le prove prodotti dalla Kancelaria Medius non dimostrassero l'esistenza del credito in questione e, stante la mancata costituzione del RN in giudizio, ha pronunciato sentenza contumaciale, respingendo il ricorso.

La Kancelaria Medius ha interposto appello innanzi al Tribunale regionale di Poznań, sostenendo che il giudice di primo grado avrebbe dovuto accogliere il ricorso sulla base degli elementi probatori dalla stessa addotti, in conformità al disposto di cui all'art. 339 del codice di procedura civile polacco, che, in materia di procedimento contumaciale, prevede rispettivamente, ai commi 1 e 2, che “se il convenuto non compare all'udienza o se, nonostante la comparizione, non vi partecipi, il tribunale pronuncia una sentenza contumaciale” e che “in tal caso, le dichiarazioni del ricorrente relative alle circostanze di fatto esposte nell'atto introduttivo o nelle memorie notificate al convenuto prima dell'udienza si presumono rispondenti al vero, salvo che esse sollevino dubbi legittimi o siano state invocate allo scopo di eludere la legge”.

Il giudice d'appello, accertato che la controversia aveva ad oggetto un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, ha deciso di sospendere il procedimento, sottoponendo alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione interpretativa relativa all'art.7, paragrafo 1, direttiva 93/13, nel senso che il giudice nazionale, in un negozio stipulato tra un professionista ed un consumatore, in caso di contumacia del convenuto-consumatore, debba basarsi sulle dichiarazioni fornite dall'attore nell'atto introduttivo o debba adottare d'ufficio i mezzi istruttori necessari per l'accertamento del carattere abusivo della clausola sulla quale il professionista ha fondato la domanda, sebbene la disciplina nazionale inibisca espressamente tale forma di accertamento, prevedendo l'automatica condanna, sulla base degli elementi probatori addotti dal professionista, del consumatore contumace.

La risposta della Corte di Giustizia

La Corte adita, innanzitutto, ha ritenuto ricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, avendo la stessa ad oggetto una controversia sorta tra un professionista e un consumatore derivante da un contratto di credito al consumo redatto in termini standardizzati, rientrante nel campo di

applicazione della direttiva 93/13, atta a disciplinare la specifica materia delle clausole dei contratti stipulati tra le due categorie sopra menzionate che non siano state oggetto di trattativa individuale tra le parti.

La Corte di Giustizia, pur riconoscendo la necessità, ricavata dalla previsione di cui all'art. 7, paragrafo 1, direttiva 93/13, di apprestare una tutela concreta ed efficace al consumatore in ragione della posizione di inferiorità dallo stesso rivestita, quanto a potere contrattuale e grado d'informazione, nei rapporti con il professionista, ha, nondimeno, rimarcato il ruolo preminente rivestito dagli ordinamenti nazionali degli Stati Membri nella definizione delle procedure applicabili all'esame del carattere asseritamente abusivo di una clausola contrattuale.

La ripartizione di competenze così definita non ha, tuttavia, a detta della Corte, valenza assoluta, dovendo il perseguimento di siffatta esigenza organizzativa essere coordinata con la preminente necessità, positivizzata all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, di garantire il diritto ad un ricorso ed a una tutela giurisdizionale effettiva.

Ed è proprio in ragione di siffatta esigenza di tutela che la Corte di Giustizia ha definito l'iter procedurale cui i giudizi nazionali sono tenuti ad attenersi al fine di scongiurare il rischio di addossare sul contraente debole del rapporto – il consumatore – le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'apposizione, ad un contratto concluso con un professionista, di una clausola avente carattere abusivo per il sol fatto che l'accertamento della natura vessatoria della previsione negoziale sia precluso dalla disciplina contemplata dalla legislazione nazionale.

Al riguardo, la Corte ha statuito che la violazione del diritto di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, conseguente all'omessa previsione, entro i singoli ordinamenti nazionali, di una specifica disciplina diretta a consentire l'accertamento del carattere abusivo di una clausola, può, *in primis*, essere fronteggiata attraverso l'adozione, da parte del giudice nazionale, di un'interpretazione della legislazione interna conforme al diritto dell'Unione.

Solo se tale procedura interpretativa non risulti in concreto praticabile, il giudice nazionale sarà tenuto a verificare, sulla base degli elementi addotti dalle parti ovvero d'ufficio, il carattere abusivo della previsione negoziale astrattamente riconducibile all'ambito di applicazione della direttiva 93/13, adottando le misure istruttorie necessarie e, se del caso, disapplicando qualsiasi disposizione o giurisprudenza nazionale che ostino a tale esame.

Detta attività istruttoria- afferma la Corte di Lussemburgo- non confligge con il principio dispositivo né con il divieto di pronuncia ultra petita, in quanto l'indagine si basa sulle stesse clausole contrattuali poste a fondamento della domanda e sull'interpretazione delle norme processuali tali da assicurare un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla direttiva 93/2013.

In conclusione, la Corte ha ritenuto che "l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'interpretazione di una disposizione nazionale la quale impedisca a un giudice, che sia investito di un ricorso proposto da un professionista nei confronti di un consumatore e rientrante nell'ambito di applicazione della

direttiva stessa e che statuisca in contumacia per mancata comparizione del consumatore all'udienza cui era stato convocato, di adottare i mezzi istruttori necessari per valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali sulle quali il professionista ha fondato la propria domanda, qualora detto giudice nutra dubbi in merito al carattere abusivo di tali clausole, ai sensi della citata direttiva".

Direttiva 1992/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992

CONGEDO PARENTALE SUPPLEMENTARE - CCNL (FRANCESE) - RISERVA ALLE SOLE "DONNE CHE SI PRENDONO CURA IN PRIMA PERSONA DEL PROPRIO FIGLIO" - ESCLUSIONE DEL PADRE - DISCRIMINAZIONE BASATA SUL SESSO - CONDIZIONI.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 18 novembre 2020, in C-463/19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233871&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6297366>

CLASSIFICAZIONE

Congedo parentale supplementare (ossia successivo a quello legale) – ccnl (francese) che riserva tale diritto solamente alle "donne che si prendono cura in prima persona del proprio figlio" – Padre che richiede di beneficiare del medesimo diritto – Possibile discriminazione basata sul sesso

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 1, 8, 10, 11 della Direttiva 1992/85/CEE sul miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento

Artt. 1, 14, 15 e 28 della Direttiva 2006/54/CE concernente pari opportunità tra uomini e donne.

Normativa interna: art. 31 e 37 Cost.; artt. 32 e ss T.U. n. 151/2001

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

sulla incomparabilità di situazione tra donne e uomini durante il congedo legale: 27 ottobre 1998, Boyle e a., C-411/96; 18 marzo 2014, D., C-167/12; 12 luglio 1984, Hofmann, C-1984/273; 4 ottobre 2018, Dicu, C. 12/17;

sulle prescrizioni minime dettate dalla direttiva 92/85: 13 febbraio 2014, TSN e YTN, C-512/11 e C-513/11; 14 luglio 2016, Ornano, C-335/15;

sulla uguaglianza tra donne e uomini con riguardo alla qualità di genitore: 25 ottobre 1988, Commissione/Francia, 312/86; 12 dicembre 2019, Instituto Nacional de la Seguridad social, C- quattro 50/18;

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E., Prima sezione, 18 novembre 2020

Causa C-463/19: *Syndicat CFTC du personnel de la Caisse primaire d'assurance maladie del la Moselle c. Caisse primaire d'assurance maladie de Moselle*

con l'intervento di Mission nationale de controle et d'audit des organismes de sécurité sociale

Abstract

Il diritto al congedo supplementare (ossia successivo a quello legale) riservato – da un ccnl - alle donne può rappresentare una discriminazione a danno degli uomini solamente nella misura in cui si evinca, dalla valutazione di determinati indici (condizioni di concessione, durata, modalità di fruizione, livello di tutela giuridica connesso), che detto congedo è previsto per tutelare la qualità di "genitore" della madre.

Ove, diversamente, emerga che detto congedo supplementare sia previsto in funzione della protezione della condizione biologica della donna durante dopo la gravidanza e della protezione delle particolari relazioni tra la donna il suo bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, risulta giustificata la riserva alle sole donne, con esclusione di altre persone.

Il caso

Nell'ordinamento francese è previsto un congedo di maternità legale, che consiste nella fruizione – per la donna – di 6 settimane prima della data presunta del parto e di 10 settimane successive a tale data.

La disciplina di fonte negoziale (nella specie il ccnl relativo al personale che lavora presso enti previdenziali) prevede, in aggiunta, un ulteriore – facoltativo - periodo di congedo di 3 mesi con retribuzione al 50% (ovvero di 1 mese e mezzo, con retribuzione al 100%) per "la dipendente che si prende cura in prima persona dei propri figli".

Un padre ha chiesto di beneficiare di tale congedo e si è visto rifiutare la domanda, perché tale vantaggio è riservato, dal contratto collettivo, alle lavoratrici.

Il Tribunale francese - tenuto conto di un arresto della Corte di Cassazione (21 settembre 2017) che ha individuato nella clausola contrattuale lo scopo di attribuire alle donne un congedo di maternità supplementare al termine del congedo legale di maternità, per la protezione della particolare relazione tra la donna e il bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto - ha sollevato questione pregiudiziale ponendosi il problema della discriminazione per ragioni di sesso. In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto se la direttiva 2006/54 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione di un contratto collettivo nazionale che riserva alle lavoratrici che si prendono cura in prima persona del proprio figlio il diritto ad un congedo dopo il termine del congedo legale di maternità, mentre i lavoratori di sesso maschile sono privati del diritto a tale congedo.

La decisione della CGUE:

La CGUE rammenta che la direttiva 92/85 contiene prescrizioni minime (dirette alle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento) per tutelare una situazione specifica di vulnerabilità delle donne. Questo periodo minimo di congedo di maternità (un periodo complessivo di 14 settimane che ogni Stato membro può elevare) è volto a garantire, da un lato, la protezione della condizione biologica della donna durante e dopo la gravidanza e, dall'altro, la protezione delle particolari relazioni tra la donna e il suo bambino durante il periodo successivo alla gravidanza e al parto, onde evitare che tali relazioni siano turbate dal cumulo degli oneri derivanti dal contemporaneo svolgimento di un'attività lavorativa.

Sotto questo aspetto, tale congedo può essere legittimamente riservato alla madre, ad esclusione di ogni altra persona, tenuto conto del fatto che solo la madre può subire la pressione indesiderata di riprendere prematuramente il lavoro.

Diversamente, per quanto concerne la qualità di genitore, la situazione di un lavoratore di sesso maschile e quella di un lavoratore di sesso femminile sono comparabili per quanto riguarda l'educazione dei figli. Di conseguenza, misura intesa la protezione delle donne in qualità di genitori non possono trovare giustificazione se garantite esclusivamente alle lavoratrici.

Conseguentemente, una differenza di trattamento tra uomini e donne risulta compatibile con la direttiva 2006/54 solamente se è diretta tutelare la madre con riguardo tanto alle conseguenze della gravidanza quanto alla sua condizione di maternità, vale a dire se è intesa a garantire la protezione della condizione biologica della donna nonché delle particolari relazioni che quest'ultima con il proprio figlio durante il periodo successivo al parto (e non meramente la sua qualità di genitore).

Si tratterà, dunque, rileva la Corte, di interpretare (da parte del giudice del rinvio) la clausola del ccnl per comprendere se il diritto ad un congedo di maternità supplementare intende fornire una protezione alla condizione biologica della donna (al pari del congedo di maternità) ovvero alla madre in qualità di genitore.

Il solo fatto che un congedo segua immediatamente il congedo legale di maternità non è sufficiente per ritenere che esso possa essere riservato alle lavoratrici che si prendono cura in prima persona del proprio figlio, dovendo, invece, prendere in considerazione altri elementi quali le condizioni di concessione del congedo supplementare (diritto potestativo ovvero diritto subordinato al consenso del datore di lavoro), la durata e le modalità di fruizione dello stesso nonché il livello di tutela giuridica ad esso connesso (protezione o meno contro licenziamento, diritto di riprendere le proprie mansioni o mansioni equivalenti, mantenimento di una retribuzione).

Il dispositivo:

La CGUE conclude affermando che:

gli artt. 14 e 28 della direttiva 2006/54/CE, letti alla luce della direttiva 92/85/CEE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla disposizione di un contratto collettivo nazionale che riserva alle lavoratrici che si prendono cura in prima persona del proprio figlio il diritto ad un congedo dopo la scadenza del congedo legale di maternità, a condizione che tale congedo supplementare sia diretta tutelare le lavoratrici con riguardo tanto alle conseguenze della gravidanza quanto la loro condizione di maternità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare prendendo in considerazione, in particolare, le condizioni di concessione di detto congedo, le modalità e la durata del medesimo nonché il livello di protezione giuridica adesso connesso.

Osservazioni

La sentenza si segnala per l'enucleazione dei parametri da utilizzare per cogliere il discrimine tra congedo riservato alla madre (in quanto previsto a protezione della condizione biologica delle

donne) e congedo finalizzato all'esercizio della qualità di genitore (spettante, in condizione di parità, sia alle madri che ai padri).

Lo Stato italiano, avvalendosi della facoltà prevista dalla direttiva 92/85, e nello spirito di protezione previsto dalla Costituzione (artt. 31 e 37), ha una tutela particolarmente incisiva a favore non solo della lavoratrice in gravidanza ma anche del padre lavoratore.

L'art. 16 del T.U. n.151 del 2001 prevede il congedo di maternità, che comporta l'obbligo della lavoratrice di astenersi e, per il datore di lavoro, quello di farla astenersi dal lavoro, incorrendo, altrimenti, in sanzioni penali. Il periodo complessivo (2 mesi prima della data presunta del parto e 3 mesi dopo il parto) è più ampio di quello previsto dalla direttiva 92/85. Il padre lavoratore non gode, di massima, del congedo di maternità, con l'eccezione dei casi di decesso o grave infermità della madre, abbandono del bambino da parte della madre o affidamento esclusivo del bambino all'altro genitore (art. 28 T.U.).

Com'è noto, successivamente al congedo di maternità, ciascun genitore può fruire (si tratta di un diritto potestativo di, non di un obbligo) del congedo parentale, continuativo o frazionato, (art. 32 T.U.) finalizzato a consentire ai genitori di non lavorare per assistere il figlio nei primi mesi o anni di vita.

La diversità di natura e disciplina del congedo di maternità rispetto al congedo parentale rende evidente, alla luce degli elementi evidenziati dalla sentenza della CGUE in commento, il diverso obiettivo perseguito dai due istituti, in consonanza con la direttiva 92/85 e nel rispetto della direttiva 2006/54, ossia rispettivamente la condizione biologica della donna (che giustifica la riserva del primo congedo alle donne) e la qualità di genitore (che deve essere esercitata da entrambi i genitori).

Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999

LICENZIAMENTO COLLETTIVO ILLEGITTIMO - STRUMENTI DI TUTELA - INDENNITÀ IN LUOGO DI REINTEGRAZIONE - AMBITO APPLICATIVO - LAVORATORI ASSUNTI CON CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO CONVERTITO IN RAPPORTO A TEMPO INDETERMINATO SUCCESSIVAMENTE ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA NORMATIVA MENO VANTAGGIOSA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 17 marzo 2021, in C-652/19
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238962&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6297652>

CLASSIFICAZIONE

Licenziamento collettivo illegittimo – Applicazione di un regime di tutela meno vantaggioso (indennità piuttosto che reintegra) ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato convertito in rapporto a tempo indeterminato successivamente all'entrata in vigore della normativa meno vantaggiosa (7.3.2015)

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E., Seconda sezione, 17 marzo 2021, Causa C-652/19:

KO contro Consulmarketing SpA, in fallimento,
con l'intervento di:

Filcams CGIL, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL),

Abstract

La clausola 4 dell'Accordo Quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE del Consiglio deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che estende un nuovo regime di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo illegittimo ai lavoratori il cui contratto a tempo determinato, stipulato prima della data di entrata in vigore di tale normativa, è convertito in contratto a tempo indeterminato dopo tale data; né la materia dei criteri di scelta e della eventuale sanzione, nell'ambito di un licenziamento collettivo, tocca la direttiva 98/59, per cui non può essere esaminata alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi; Clausola 4 dell'accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo Quadro CES, UNICE e CEEP

sul lavoro a tempo determinato; Artt. 20 e 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Normativa interna: artt. 5 legge n. 223 del 1991, come modificata dalla legge n. 92 del 2012; art. 18, comma 4, della legge n. 300 del 1970 come modificata dalla legge n. 92 del 2012: artt. 1, 3 e 10 d.lgs. n. 23 del 2015

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

sentenza del 30 aprile 2020, CTT – Correios de Portugal, C-661/18, EU:C:2020:335, punto 28

("l'interpretazione delle disposizioni nazionali incombe ai giudici degli Stati membri e non alla Corte e non spetta a quest'ultima pronunciarsi sulla compatibilità di norme di diritto interno con le disposizioni del diritto dell'Unione. Per contro, la Corte è competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto dell'Unione che consentano a detto giudice di valutare la compatibilità di norme di diritto interno con la normativa dell'Unione");

ordinanza del 4 giugno 2020, Balga, C-32/20, non pubblicata, EU:C:2020:441, punto 31 e giurisprudenza citata (la direttiva 98/59 non mira ad istituire un meccanismo di compensazione economica generale a livello dell'Unione in caso di perdita del lavoro, né tanto meno ad armonizzare le modalità di cessazione definitiva delle attività di un'impresa);

sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punti da 28 a 30 sulla clausola 4 dell'Accordo Quadro e sul diritto del lavoratore a tempo determinato alle medesime "condizioni di impiego" dei dipendenti assunti a tempo indeterminato;

sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 38; sentenza del 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, EU:C:2018:603, punto 39, sulla nozione di "ragioni obiettive" di cui al punto 1 della clausola 4 dell'Accordo Quadro;

sentenza del 19 luglio 2017, Abercrombie & Fitch Italia, C-143/16, EU:C:2017:566, punto 37, la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri;

sentenza del 21 novembre 2018, Viejobueno Ibáñez e de la Vara González, C-245/17, EU:C:2018:934, punto 51, sul principio di non discriminazione nell'ambito della clausola 4 dell'Accordo Quadro;

Il caso

La lavoratrice KO di cui al procedimento principale è stata assunta, con contratto di lavoro a tempo determinato, dalla Consulmarketing a partire dal 14.1.2013; il 31.3.2015 tale contratto a tempo determinato è stato trasformato in contratto a tempo indeterminato. Il 19.1.2017 la Consulmarketing ha avviato una procedura di licenziamento collettivo che ha interessato 350 lavoratori, tra cui KO, e all'esito della quale tutti i lavoratori sono stati licenziati.

Il giudice investito dell'impugnazione del licenziamento collettivo, ritenuto illegittimo per violazione dei criteri di scelta, ha disposto la reintegrazione nel posto di lavoro per tutti i lavoratori, ad esclusione della KO, alla quale ha applicato il mero regime indennitario in quanto

destinataria delle modifiche legislative concernenti il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo (artt. 1, 3 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015).

In sede di opposizione (nell'ambito del quale, da un lato, la società è stata dichiarata fallita e, dall'altro, la Filcams CGIL e la CGIL sono intervenute volontariamente a sostegno della lavoratrice), il giudice ha ritenuto di sollevare questione pregiudiziale: invero, la conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, ai fini della fissazione del regime di tutela in caso di licenziamento collettivo illegittimo, sarebbe assimilata a una nuova assunzione e, in quest'ottica, la lavoratrice non potrebbe rivendicare, in forza della normativa nazionale, la reintegrazione nel posto di lavoro né il risarcimento dei danni, ma solo un'indennità. Il giudice del rinvio si è chiesto se tale situazione sia compatibile con la direttiva 98/59 e con la clausola 4 dell'accordo quadro, letti alla luce degli articoli 20 e 30 della Carta dei diritti fondamentali: A) l'indennità non costituisce una compensazione adeguata per un licenziamento collettivo illegittimo (ai sensi dell'articolo 30 della Carta, interpretata alla luce dell'articolo 24 della Carta sociale europea, a sua volta interpretata dal Comitato europeo dei diritti sociali nel senso che una sanzione derivante da un licenziamento collettivo illegittimo è considerata adeguata quando prevede, 1°: il rimborso delle perdite economiche subite dal lavoratore interessato tra il giorno del suo licenziamento e la decisione che condanna il datore di lavoro a detto rimborso, 2°: una possibilità di reintegrare tale lavoratore nell'impresa nonché, 3°: un'indennità di importo sufficientemente elevato da dissuadere il datore di lavoro e compensare il danno subito da detto lavoratore); B) sussiste una diversità di trattamento tra lavoratori assunti prima del 7.3.2015 e dopo tale data.

Il giudice ha, pertanto, sottoposto alla CGUE le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nella clausola 4 dell'[accordo quadro] sulle condizioni di impiego ostino alle previsioni normative dell'articolo 1, secondo comma e dell'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/2015 che, con riferimento ai licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, contengono un duplice regime differenziato di tutela in forza del quale viene assicurata nella medesima procedura una tutela adeguata, effettiva e dissuasiva ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti in data antecedente al 7 marzo 2015, per i quali sono previsti i rimedi della reintegrazione ed il pagamento dei contributi a carico del datore di lavoro e introduce, viceversa, una tutela meramente indennitaria nell'ambito di un limite minimo ed un limite massimo di minore effettività ed inferiore capacità dissuasiva per i rapporti di lavoro a tempo determinato aventi una pari anzianità lavorativa, in quanto costituiti precedentemente a tale data, ma convertiti a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015.

2) Se le previsioni contenute negli articoli 20 e 30 della [Carta] e nella direttiva [98/59] ostino ad una disposizione normativa come quella di cui all'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/15 che introduce per i soli lavoratori assunti (ovvero con rapporto a termine trasformato) a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, una disposizione secondo cui, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, diversamente dagli altri

analoghi rapporti di lavoro costituiti in precedenza e coinvolti nella medesima procedura, non è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro e che introduce, viceversa, un concorrente sistema di tutela meramente indennitario, inadeguato a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all'altro modello coesistente, applicato ad altri lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione».

La decisione della CGUE:

La CGUE fa una premessa metodologica, rilevando che le questioni pregiudiziali vanno riformulate come intese all'interpretazione, da un lato, della clausola 4 dell'accordo quadro e, dall'altro, della direttiva 98/59, letta alla luce degli articoli 20 e 30 della Carta. Invero, si puntualizza, la CGUE svolge una interpretazione del diritto dell'Unione, non invadendo il campo dei giudici del rinvio (ai quali soli è demandato il compito di interpretare il diritto interno).

In ordine all'applicazione concorrente, nell'ambito di una stessa e unica procedura di licenziamento collettivo, di due diversi regimi di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo illegittimo (in quanto effettuato in violazione dei criteri di scelta), la CGUE precisa che:

- con riguardo al secondo quesito (artt. 20 e 30 della Carta e direttiva 98/59)

1) la direttiva 98/59 mira solamente ad un'armonizzazione parziale delle procedure da seguire nel caso di licenziamento collettivo (l'obiettivo principale della direttiva consiste nel far precedere i licenziamenti collettivi da una consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e dall'informazione dell'autorità pubblica competente, al fine di evitare o ridurre i licenziamenti nonché di attenuarne le conseguenze ricorrendo a misure sociali di accompagnamento intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati);

2) le modalità della tutela che deve essere accordata a un lavoratore che è stato oggetto di un licenziamento collettivo illegittimo (a seguito di una violazione dei criteri su cui il datore di lavoro deve basarsi per determinare i lavoratori da licenziare) sono manifestamente prive di collegamento con gli obblighi di notifica e di consultazione risultanti dalla direttiva 98/59, e sono dunque di competenza esclusiva degli Stati membri (insomma, trattandosi di normativa nazionale che non è attuativa del diritto dell'Unione, non può essere esaminata alla luce delle garanzie della Carta e, in particolare, dei suoi articoli 20 e 30);

- con riguardo alla clausola 4 dell'Accordo Quadro:

1) la tutela accordata a un lavoratore in caso di licenziamento illegittimo rientra nella nozione di «condizioni di impiego» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro (CGUE 25 luglio 2018, Vernaza Ayovi, C-96/17, p. 28-30) e, ai fini della comparabilità tra lavoratori a tempo determinato e a tempo indeterminato, vanno considerati diversi fattori, come la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego;

- 2) spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a valutare i fatti, determinare se la lavoratrice si trovasse in una situazione comparabile a quella dei lavoratori assunti a tempo indeterminato nel corso del medesimo periodo dallo stesso datore di lavoro;
- 3) posto che la differenza del regime sanzionatorio tra la lavoratrice e gli altri dipendenti non dipende da un diverso (e discriminatorio) computo dell'anzianità di servizio (punto 4 della clausola 4) bensì da una specifica previsione transitoria del d.lgs. n. 23 del 2015, la differenza di trattamento può essere giustificata se ricorrono "ragioni oggettive" di cui al punto 1 della clausola 4, ossia elementi precisi e concreti che contraddistinguono la condizione di impiego a tempo determinato, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, in quanto rispondente ad una reale necessità, e sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti necessaria a tal fine; detti elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro;
- 4) il trattamento meno favorevole della lavoratrice è giustificato dall'obiettivo di politica sociale perseguito dal decreto legislativo n. 23 del 2015 consistente nell'incentivare i datori di lavoro ad assumere lavoratori a tempo indeterminato; rafforzare la stabilità dell'occupazione favorendo la conversione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato costituisce un obiettivo legittimo del diritto sociale e, peraltro, un obiettivo perseguito dall'Accordo Quadro (che ritiene il rapporto di lavoro a tempo indeterminato la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori) e gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire un determinato scopo fra gli altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo
- 5) il d.lgs. n. 23 del 2015 ha perseguito una riforma del diritto sociale italiano volta a promuovere la creazione, attraverso l'assunzione o la conversione di un contratto a tempo determinato, di rapporti di lavoro a tempo indeterminato: se il nuovo regime di tutela non si applicasse ai contratti (a tempo determinato) che sono stati convertiti, sarebbe escluso sin dall'inizio qualsiasi effetto di incentivo alla conversione dei contratti a tempo determinato in vigore al 7.3.2015 in contratti a tempo indeterminato;
- 6) di conseguenza, l'assimilazione a una nuova assunzione della conversione di un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato rientra in una più ampia riforma del diritto sociale italiano il cui obiettivo è quello di promuovere le assunzioni a tempo indeterminato; in tali circostanze, una siffatta misura di assimilazione si inserisce in un contesto particolare, dal punto di vista sia fattuale che giuridico, che giustifica in via eccezionale la differenza di trattamento;
- 7) ininfluenza la constatazione che il d.lgs. n. 23 del 2015 operi una regressione del livello di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato perché il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato dall'Accordo Quadro soltanto riguardo alle differenze di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in situazioni

comparabili (e dunque le eventuali differenze di trattamento tra determinate categorie di personale a tempo indeterminato non rientrano nell'ambito del principio di non discriminazione sancito da tale Accordo);

Osservazioni

Il Tribunale di Milano ha proposto in Europa una questione che, sostanzialmente, era stata risolta in senso negativo dalla Corte costituzionale italiana (n. 194/2018). Il giudice delle leggi, dichiarando illegittimo il meccanismo automatico di calcolo dell'indennità risarcitoria basato sull'anzianità (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015), ha infatti respinto l'ulteriore eccezione che era stata sollevata sotto il profilo della disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti (rispetto alla data del 7.3.2015), osservando che non è precluso al legislatore di dettare discipline ragionevolmente differenziate nel tempo in vista del dichiarato obiettivo governativo di incentivare le assunzioni a tempo indeterminato (ed a prescindere dai suoi esiti in concreto). In ordine all'interpretazione dell'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 23 del 2015, si registra una pronuncia della Suprema Corte (sentenza 16/01/2020, n.823) che ha precisato il regime del cd. "contratto a tutele crescenti" si applica ai contratti a tempo determinato stipulati anteriormente al 7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del suddetto decreto) nelle ipotesi in cui gli effetti della conversione del rapporto - a seguito di novazione ovvero in ragione del tipo di vizio accertato - si producano con decorrenza successiva alla predetta data, mentre risulta irrilevante l'epoca della pronuncia giudiziale di accertamento della nullità dell'apposizione del termine, posto che quest'ultima, avendo efficacia meramente dichiarativa, opera con effetto "*ex tunc*" dalla illegittima stipulazione del contratto.

In sintesi, la Corte occupandosi di una ipotesi di "conversione giudiziale" di un contratto a tempo determinato (per ritenuta nullità del termine) intervenuta in data successiva al 7.3.2015, ha ritenuto che - pur potendo il Governo adottare, in forza della legge delega, una innovativa disciplina di tutela per i licenziamenti illegittimi esclusivamente "per i nuovi assunti" - tali lavoratori non possono essere assimilati ai "nuovi assunti". Invero, la sentenza che accerta la nullità della clausola appositiva del termine e ordina la ricostituzione del rapporto illegittimamente interrotto, cui è connesso l'obbligo del datore di riammettere in servizio il lavoratore, ha natura dichiarativa e non costitutiva, con conseguente effetto *ex tunc* della conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato operata a decorrere dalla illegittima stipulazione del contratto a termine (Cass. 26 marzo 2019, n. 8385).

Richiamando i principi della legge delega (legge n. 183 del 2014, art. 1), di parità di trattamento (come declinati dalla Corte Costituzionale, anche con riguardo al "fluire del tempo" quale "valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche"), di non discriminazione tra lavoratori assunti a tempo determinato e a tempo indeterminato, la Corte ha ritenuto attratti nell'alveo della nuova disciplina le seguenti ipotesi:

1) la conversione volontaria (id est: trasformazione) per effetto di una manifestazione di volontà delle parti successiva all'entrata in vigore del decreto, con effetto novativo;

2) le ipotesi di conversione giudiziale di contratti a termine stipulati anteriormente al D. Lgs. n. 23 del 2015, ma che producano i loro effetti di conversione dopo la sua entrata in vigore, perché successivo è il vizio che li colpisce, quali: a) la continuazione del rapporto di lavoro oltre trenta giorni (in caso di contratto a termine di durata inferiore a 6 mesi) ovvero oltre 50 giorni (in caso di contratto a termine di durata superiore a 6 mesi), ai sensi del D. Lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 2 (Cass. 21 gennaio 2016, n. 1058, in riferimento al previgente termine di 20, anziché di 30 giorni), qualora la scadenza sia successiva al 7.3.2015 (da essa considerandosi "il contratto... a tempo indeterminato"); b) la riassunzione entro 10 giorni dalla scadenza del primo contratto a termine (qualora di durata inferiore a 6 mesi) ovvero entro 20 giorni (in caso di contratto a termine di durata superiore a 6 mesi), ai sensi del D. Lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 3, qualora il secondo contratto (che "si considera a tempo indeterminato") sia stato stipulato dopo il 7.3.2015; c) il superamento "per effetto di una successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti" nel "rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore... complessivamente" dei "trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro", sicché "il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato" (art. 5, comma 4 bis), qualora detto superamento sia successivo al 7 marzo 2015 (Cass. Sez. U. 31 maggio 2016, n. 11374, p.ti da 54 a 59 in motivazione, ad illustrazione delle suddette ipotesi ed in particolare di quest'ultima, debitamente differenziata, proprio in merito alla diversa decorrenza rispetto a quella di successione di contratti a termine senza soluzione di continuità, prevista dal D. Lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 4, per escluderne il contrasto con la clausola n. 5 dell'Accordo Quadro, recepito nella Direttiva n. 1999/70/CE).

Direttiva 2003/19/CE della Commissione, del 21 marzo 2003

CITTADINO DI PAESE TERZO - TITOLARITÀ DI PERMESSO DI SOGGIORNO DI LUNGA DURATA - ORDINE DI ALLONTANAMENTO DAL TERRITORIO DI STATO MEMBRO - PRESUPPOSTO - COMMISSIONE DI UN REATO PUNIBILE CON PENA PRIVATIVA DELLA LIBERTÀ DI ALMENO UN ANNO - MANCATO ESAME CIRCA L'ESISTENZA DI UNA MINACCIA EFFETTIVA E SUFFICIENTEMENTE GRAVE PER L'ORDINE PUBBLICO O LA PUBBLICA SICUREZZA - OMESSA CONSIDERAZIONE DELLA DURATA DEL SUO SOGGIORNO NEL TERRITORIO DI TALE STATO MEMBRO E DELLE CONDIZIONI SOGGETTIVE E FAMILIARI - CONTRARIETÀ CON L'ART. 12 DELLA DIR. 2003/109.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Nona Sezione, 11 giugno 2020, in C-448/19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=227296&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6298210>

CLASSIFICAZIONE

RINVIO PREGIUDIZIALE – STATUS DEI CITTADINI DI PAESI TERZI CHE SIANO SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO – DIRETTIVA 2003/109/CE – ARTICOLO 12 – ADOZIONE DI UNA DECISIONE DI ALLONTANAMENTO NEI CONFRONTI DI UN SOGGIORNANTE DI LUNGO PERIODO – ELEMENTI DA PRENDERE IN CONSIDERAZIONE – GIURISPRUDENZA NAZIONALE – MANCATA PRESA IN CONSIDERAZIONE DI TALI ELEMENTI COMPATIBILITÀ – DIRETTIVA 2001/40/CE – RICONOSCIMENTO RECIPROCO DELLE DECISIONI DI ALLONTANAMENTO DEI CITTADINI DI PAESI TERZI – RILEVANZA.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 12, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2003/109; art. 1, paragrafo 1, e art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/40.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, EU:C:2010:39, 26 gennaio 2010, punto 23; López Pastuzano, C-636/16, EU:C:2017:949, del 7 dicembre 2017;, punti 25, 26, 27 e 29.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia UE Sez. 9, 11 giugno 2020, causa C-448/19, WT contro Subdelegación del Gobierno en Guadalajara.

Abstract

L'articolo 12 della direttiva 2003/109 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro la quale, come interpretata dalla giurisprudenza nazionale con

riferimento alla direttiva 2001/40, prevede l'allontanamento di qualsiasi cittadino di un paese terzo titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata che abbia commesso un reato punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno, senza esaminare se tale cittadino di un paese terzo costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza e senza considerare la durata del suo soggiorno nel territorio di tale Stato membro, la sua età, le conseguenze per lui e per i suoi familiari e i suoi vincoli con lo Stato membro di soggiorno o l'assenza di vincoli con il suo paese d'origine.

Il caso

La questione pregiudiziale è sorta nell'ambito di un ricorso proposto dinanzi al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Guadalajara (Tribunale amministrativo n. 1 di Guadalajara) avverso una decisione di allontanamento dal territorio spagnolo adottata dalla rappresentanza del governo nella provincia di Guadalajara nei confronti di WT, cittadino marocchino titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata in Spagna.

Tale decisione era stata emessa in sede amministrativa ritenendo che nella specie sussistessero i presupposti per l'applicazione del motivo di allontanamento di cui all'articolo 57, paragrafo 2, della legge 4/2000, essendo emerso che tra il 2011 ed il 2014 il WT aveva subito diverse condanne, di cui tre con pene detentive superiori a un anno.

Nel suo ricorso WT aveva affermato che le sue precedenti condanne penali non potevano, da sole, giustificare il suo allontanamento dal territorio spagnolo e che, avendo egli risieduto in quello Stato membro per più di dieci anni, si era integrato nella società spagnola, di cui aveva anche assimilato la cultura; in quel paese, inoltre, egli aveva i suoi legami di tipo familiare e professionale.

Con sentenza del 3 luglio 2017 il Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 1 de Guadalajara ha respinto il ricorso e WT ha interposto appello avverso tale sentenza dinanzi al giudice del rinvio, il Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Corte superiore di giustizia di Castiglia-La Manca, Spagna), lamentando una violazione dell'articolo 12 della direttiva 2003/109.

Il giudice del rinvio premetteva di essere vincolato dalla giurisprudenza del Tribunal Supremo (Corte Suprema) il quale, con due sentenze del 19 e del 27 febbraio 2019, riferendosi in particolare all'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), primo trattino, della direttiva 2001/40, aveva dichiarato che è necessario procedere all'allontanamento automatico di stranieri soggiornanti di lungo periodo condannati per reati dolosi punibili con pene privative della libertà personale superiori ad un anno, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 2, della legge 4/2000, senza applicare il paragrafo 5 del medesimo articolo.

Il medesimo giudice del rinvio, tuttavia, riteneva che le citate sentenze del Tribunal Supremo fossero incompatibili con le disposizioni della direttiva 2003/109, come interpretate dalla Corte di Giustizia nelle sue sentenze dell'8 dicembre 2011, Ziebell (C-371/08, EU:C:2011:809) e del 7 dicembre 2017, López Pastuzano (C-636/16, EU:C:2017:949), mentre la citata giurisprudenza

nazionale si basava sulla direttiva 2001/40, avente natura puramente procedurale, al fine di trarre conclusioni non condivisibili in diritto.

La questione devoluta alla CGUE

In tale contesto, la Corte superiore di giustizia di Castiglia-La Mancia, decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con l'articolo 12 della direttiva 2003/109 [...], e con – inter alia – le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del 7 dicembre 2017 (C-636/16) e dell'8 dicembre 2011 (C-371/08), un'interpretazione come quella contenuta nelle sentenze del Tribunal Supremo (Corte suprema) del 19 febbraio 2019, n. 191 e del 27 febbraio 2019, n. 257, conformemente alla quale, attraverso un'interpretazione della direttiva 2001/40, si può giungere ad affermare che qualsiasi cittadino di un paese terzo titolare di permesso di soggiorno di lunga durata che abbia commesso un reato punito con una pena privativa della libertà di almeno un anno può e deve essere oggetto di allontanamento in maniera "automatica", vale a dire senza che occorra minimamente valutarne la situazione personale, familiare, sociale o lavorativa».

La risposta della CGUE

In primo luogo, la Corte di Giustizia ha premesso di non avere competenza a pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di norme di diritto nazionale, anche di origine giurisprudenziale, con il diritto dell'Unione, ma di essere competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto dell'Unione utili a pronunciarsi sulla detta compatibilità per la definizione della causa della quale è adito (sentenza del 26 gennaio 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, EU:C:2010:39, punto 23).

Ha quindi osservato che il giudice del rinvio aveva chiesto, in sostanza, se l'articolo 12 della direttiva 2003/109 debba essere interpretato nel senso che esso osti ad una normativa di uno Stato membro che, come interpretata dalla giurisprudenza nazionale con riferimento alla direttiva 2001/40, preveda l'allontanamento di qualsiasi cittadino di un paese terzo titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata che abbia commesso un reato punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno, senza che occorra esaminare se tale cittadino di un paese terzo costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza e senza tenere in considerazione la durata del suo soggiorno nel territorio di tale Stato membro, la sua età, le conseguenze per lui e per i suoi familiari e i suoi vincoli con lo Stato membro di soggiorno o l'assenza di vincoli con il suo paese d'origine.

A tale proposito la Corte ha richiamato la sua sentenza del 7 dicembre 2017, *López Pastuzano* (C-636/16, EU:C:2017:949) che, al punto 29, rispondendo ad una analoga questione sollevata da un giudice spagnolo, ha dichiarato che l'articolo 12 della direttiva 2003/109 deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro che, come interpretata da una parte degli organi giurisdizionali di tale Stato, non preveda l'applicazione delle condizioni di

tutela contro l'allontanamento di un cittadino di uno Stato terzo soggiornante di lungo periodo con riferimento a tutte le decisioni amministrative di allontanamento, indipendentemente dalla natura o dalle modalità giuridiche di tale misura; in particolare, dai punti da 25 a 27 della citata sentenza della Corte, emerge, in sostanza, che l'articolo 12 della direttiva 2003/109 osta all'adozione, da parte di uno Stato membro, di una decisione di allontanamento nei confronti di un cittadino di un paese terzo soggiornante di lungo periodo sulla sola base delle condanne penali di cui sia stato oggetto in passato, senza stabilire se tale cittadino di un paese terzo costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza di tale Stato membro e senza considerare i vari elementi elencati al paragrafo 3 di detto articolo, vale a dire la durata del suo soggiorno nel territorio dello Stato membro di cui trattasi, la sua età, le conseguenze di un allontanamento per quest'ultimo e per i suoi familiari, nonché i vincoli con il paese di soggiorno o l'assenza di vincoli con il suo paese d'origine.

Ciò posto, ha aggiunto la Corte, le disposizioni della direttiva 2001/40 non possono giustificare una diversa interpretazione dell'articolo 12 della direttiva 2003/109, atteso che la prima direttiva non disciplina le condizioni di adozione, da parte di uno Stato membro, di una decisione di allontanamento nei confronti di un cittadino di un paese terzo soggiornante di lungo periodo che si trovi nel proprio territorio, ma mira invece a consentire il riconoscimento, da parte di uno Stato membro, di una decisione di allontanamento adottata da un'autorità competente di un altro Stato membro nei confronti di un cittadino di un paese terzo che si trovi nel territorio del primo Stato membro.

Ne consegue, ha concluso la Corte, l'articolo 12 della direttiva 2003/109 dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro la quale, come interpretata dalla giurisprudenza nazionale con riferimento alla direttiva 2001/40, prevede l'allontanamento di qualsiasi cittadino di un paese terzo titolare di un permesso di soggiorno di lunga durata che abbia commesso un reato punibile con una pena privativa della libertà di almeno un anno, senza esaminare se tale cittadino costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza e senza considerare la durata del suo soggiorno nel territorio di tale Stato membro, la sua età, le conseguenze per lui e per i suoi familiari e i suoi vincoli con lo Stato membro di soggiorno o l'assenza di vincoli con il suo paese d'origine.

Direttiva 2003/88/CE del Parlamento e del Consiglio, del 4 novembre 2003

RAPPORTO DI LAVORO - CONGEDI SPECIALI RETRIBUITI - *DIES A QUO* E COMPUTO DI DETTI CONGEDI - IN SPECIE, SOVRAPPOSIZIONE DI TALI CONGEDI CON GIORNI FESTIVI, DI FERIE O DI RIPOSO SETTIMANALE.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 4 giugno 2020, in C-588/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226978&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6298419>

CLASSIFICAZIONE

CONTROVERSIA COLLETTIVA DI LAVORO RELATIVA ALLE CONDIZIONI DI APPLICAZIONE DEI CONGEDI SPECIALI RETRIBUITI (ES. PER NASCITA DI UN FIGLIO; DECESSO, MALATTIA, OPERAZIONE CHIRURGICA DI UN FAMILIARE; TRASLOCO; INCARICHI ELETTIVI; ECC.) - *DIES A QUO* E COMPUTO DI DETTI CONGEDI - IN SPECIE, SOVRAPPOSIZIONE DI TALI CONGEDI CON GIORNI FESTIVI, DI FERIE O DI RIPOSO SETTIMANALE.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Direttiva 2003/88/CE, articoli 5 e 7;

Accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale, del 18 giugno 2009, contenuto nell'allegato della direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

14 maggio 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402;

19 novembre 2019, TSN e AKT, C-609/17 e C-610/17, EU:C:2019:981;

20 gennaio 2009, Schultz-Hoff e a., C-350/06 e C-520/06, EU:C:2009:18;

21 giugno 2012, ANGED, C-78/11, EU:C:2012:372;

30 giugno 2016, Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502;

4 ottobre 2018, Dicu, C-12/17, EU:C:2018:799, punto 37 e giurisprudenza citata sulla incompatibilità tra assenza per ferie e assenza per malattia, cfr. sentenze CGUE:

10 settembre 2009, Vicente Pereda, C-277/08, EU:C:2009:542;

21 giugno 2012, ANGED, C-78/11, EU:C:2012:372;

30 giugno 2016, Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502;

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E., Grande Sezione, 4 giugno 2020, causa C-588/18, Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (Fetico), Federación Estatal de Servicios, Movilidad y

Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Grupo de Empresas DIA SA, Twins Alimentación SA.

Abstract

- La Corte ha sottolineato che l'obiettivo della direttiva 2003/88 è fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori, facendo godere ai lavoratori periodi minimi di riposo – giornaliero e settimanale – e periodi di pausa adeguati e prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro.

- I congedi speciali mirano unicamente a consentire ai lavoratori di assentarsi dal lavoro al fine di rispondere a determinate esigenze o obblighi che richiedono la loro personale partecipazione (impedita dall'obbligo di presenza sul posto di lavoro), e pertanto i lavoratori non possono avvalersene in occasione dei periodi di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite.

- Qualora i fatti che giustificano la concessione di uno dei congedi speciali retribuiti si verifichino nel corso di un periodo di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite, i suddetti lavoratori non possono beneficiare di tali congedi speciali retribuiti durante un periodo di lavoro successivo.

Il Caso

Su sollecitazione dei sindacati dei lavoratori, il giudice del rinvio sottolinea che, ai sensi dell'articolo 46 del CCNL 13 luglio 2016 settore Commercio (Spagna), la durata del congedo retribuito per matrimonio è espressa in «giorni di calendario», mentre quella degli altri congedi speciali retribuiti è espressa in «giorni», senza che sia precisato se si tratti di giorni di calendario o di giorni lavorativi. Inoltre, tale disposizione non preciserebbe a partire da quando ha inizio il congedo. Il giudice del rinvio rileva, tuttavia, che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del codice civile spagnolo, che è di applicazione suppletiva nelle materie disciplinate da altre leggi, «i giorni festivi non sono esclusi dal computo civile dei termini».

Secondo il giudice del rinvio, dunque, si pone un problema di computo di tali congedi ove gli stessi coincidano con periodi di riposo settimanale e di ferie annuali retribuite garantiti dal diritto dell'Unione.

Le organizzazioni sindacali dei lavoratori chiederebbero, infatti, che, nel caso in cui uno dei congedi retribuiti previsti all'articolo 46 del CCNL (nascita di un figlio, decesso, incidente, malattia grave o ricovero ospedaliero di familiari fino al secondo grado di consanguineità o affinità, trasloco, funzioni sindacali o di rappresentanza, esami, ecc.) si verifichi durante un periodo di ferie o di riposo settimanale), i congedi speciali retribuiti - che hanno come fatto generatore tale determinato evento - possano essere goduti al di fuori di detti periodi.

Il giudice di rinvio, pertanto, si chiede se è conforme agli articoli 5 e 7 della direttiva 2003/88 il fatto di prevedere che le esigenze e gli obblighi cui danno luogo gli eventi di cui all'articolo 46 possano giustificare i congedi speciali previsti da tale disposizione solo al di fuori dei periodi di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite, sebbene tali esigenze e obblighi rinviino a finalità diverse da quelle alle quali i suddetti periodi sono dedicati.

La questione processuale

Preliminarmente, la Corte di giustizia rileva che l'obiettivo della direttiva 2003/88 è fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante un ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti la durata dell'orario di lavoro (sentenza del 14 maggio 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, punto 36 e la giurisprudenza citata), in particolare, facendo godere ai lavoratori periodi minimi di riposo – giornaliero e settimanale – e periodi di pausa adeguati e prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro. Trattandosi di prescrizioni minime di sicurezza e salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, è salva la facoltà degli Stati membri di applicare disposizioni nazionali più favorevoli alla tutela dei lavoratori (sentenza del 19 novembre 2019, TSN e AKT, C-609/17 e C-610/17, EU:C:2019:981, punto 34 e giurisprudenza ivi citata), considerato altresì che l'Unione e gli Stati membri hanno, nel settore della politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel Trattato FUE, competenza concorrente (art. 2, paragrafo 2, TFUE). Peraltro, l'esercizio delle competenze proprie degli stati membri non può avere l'effetto di pregiudicare la tutela minima garantita ai lavoratori dalla detta direttiva e, in particolare, la possibilità di poter effettivamente fruire dei periodi minimi di riposo settimanale e di ferie annuali retribuite previsti dagli articoli 5 e 7 di quest'ultima. In questa prospettiva, la Corte di giustizia ha già osservato che lo scopo del diritto alle ferie annuali retribuite (consistente nel permettere al lavoratore di riposarsi e di godere di un periodo di riposo e di svago) è diverso da quello del diritto al congedo per malattia (consistente nel permettere al lavoratore di ristabilirsi da una malattia: v., in tal senso, sentenze del 20 gennaio 2009, Schultz-Hoff e a., C-350/06 e C-520/06, EU:C:2009:18, punto 25, del 21 giugno 2012, ANGED, C-78/11, EU:C:2012:372, punto 19, e del 30 giugno 2016, Sobczyszyn, C-178/15, EU:C:2016:502, punto 25), con conseguente impossibilità di far coincidere detti periodi (e possibilità, per il lavoratore, di fruire delle ferie in periodo diverso da quello della malattia).

Diversamente, la Corte di giustizia, con riguardo ai giorni di congedo speciale (concessi ai sensi dell'articolo 46 del CCNL 13 luglio 2016 al fine di consentire ai lavoratori di rispondere ad esigenze o obblighi determinati), rileva che gli stessi non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/88, ma piuttosto nell'esercizio, da parte di uno Stato membro, delle proprie competenze (v., per analogia, sentenza del 19 novembre 2019, TSN e AKT, C-609/17 e C-610/17, EU:C:2019:981, punto 35 e giurisprudenza ivi citata).

Invero, la possibilità di fruire di tali congedi speciali retribuiti dipende da due condizioni cumulative, vale a dire il verificarsi di uno degli eventi specificamente previsti da tale normativa, da un lato, e il fatto che le esigenze o gli obblighi che giustificano la concessione del congedo speciale sorgano durante un periodo di lavoro, dall'altro.

Nei limiti in cui mirano unicamente a consentire ai lavoratori di assentarsi dal lavoro al fine di rispondere a determinate esigenze o obblighi che richiedono la loro personale presenza, i congedi speciali retribuiti previsti dalle disposizioni di cui trattasi nel procedimento principale sono

indissolubilmente connessi all'orario di lavoro in quanto tale, cosicché i lavoratori non possono avvalersene in occasione dei periodi di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite. Pertanto, tali congedi speciali non sono assimilabili al congedo per malattia.

Considerata la stretta connessione dell'evento (che fonda il diritto al congedo speciale) con l'orario di lavoro deve, dunque, escludersi che, qualora i fatti che giustificano la concessione di uno dei congedi speciali retribuiti si verificano nel corso di un periodo di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite, i suddetti lavoratori possano beneficiare di tali congedi speciali retribuiti durante un periodo di lavoro successivo.

In ordine, poi, al paventato cumulo tra diritti sanciti dall'accordo quadro 18.6.2009, contenuto nell'allegato della direttiva 2010/18/UE dell'8 marzo 2010 (in materia di congedo parentale) e dalla direttiva in materia di orario di lavoro 2003/88/UE nonché al consolidato orientamento della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia in base al quale un congedo garantito dal diritto dell'Unione non può pregiudicare il diritto di fruire di un altro congedo garantito da tale diritto e avente una finalità distinta dal primo, la Corte di giustizia rileva che l'accordo quadro citato si limita a stabilire che i lavoratori sono autorizzati ad assentarsi dal lavoro per cause di forza maggiore derivanti da ragioni familiari urgenti, connesse a malattie o infortuni, che rendono indispensabile la presenza immediata del lavoratore. Ne consegue che i diritti minimi previsti dall'accordo quadro del 2009 (clausola 7) non sono assimilabili ai congedi speciali oggetto della causa *de qua*.

Il dispositivo

La Corte di giustizia conclude, pertanto, affermando che:

Gli articoli 5 e 7 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, devono essere interpretati nel senso che essi non si applicano ad una normativa nazionale che non consente ai lavoratori di avvalersi dei congedi speciali previsti da tale normativa in giornate in cui detti lavoratori devono lavorare, allorché le esigenze e gli obblighi cui rispondono tali congedi speciali si verificano durante periodi di riposo settimanale o di ferie annuali retribuite di cui ai suddetti articoli.

Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006

TRIBUTI ARMONIZZATI - RETTIFICA DICHIARAZIONI IVA - POSSIBILITÀ - CONDIZIONI - ANCHE IN DEROGA A PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI TRIBUTARI DEFINITIVI PER DECORSO DEL TERMINE DI IMPUGNAZIONE - SUSSISTENZA.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quinta Sezione, 2 luglio 2020, in C-835/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228046&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6298983>

CLASSIFICAZIONE

Tributi armonizzati – possibilità di rettifica dichiarazioni IVA – anche in deroga a provvedimenti amministrativi tributari divenuti definitivi per decorso del termine di impugnazione – sussiste.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E. n. C-835/2018 – soc. Terracult s.r.l. / Romania – depositata il 2 luglio 2020

(rinvio pregiudiziale da Corte d'appello di Timisoara del 21 novembre – 24 dicembre 2018)

RIFERIMENTI NORMATIVI

Ai sensi dell'articolo 267 TFUE, viene chiesta l'interpretazione degli articoli 167, 168, 179, 180 e 182 della direttiva 2006/112/CE («direttiva IVA»), nonché dei principi di neutralità fiscale, di effettività e di proporzionalità che derivano da tali articoli.

Il principio

È contrario ai principi costitutivi dell'Unione, specialmente alla libertà concorrenza e stabilimento nonché alla disciplina dei tributi armonizzati e neutralità IVA, che un contribuente non possa correggere per fatti nuovi (o successivamente scoperti) la propria dichiarazione IVA (nella specie, ai fini del rimborso) per esservi intervenuto un accertamento tributario, divenuto definitivo per infruttuoso decorso dei termini di impugnazione in via amministrativa.

Il fatto

Tra il 10 ed il 14 ottobre 2013, la soc. Donauland con base in Romania aveva ceduto una partita di colza alla soc. tedesca Almos Alfons Mosel Handels GmbH, ma non era in grado di documentarne l'effettivo trasporto in Germania, come richiestole nel corso di un'ispezione tributaria svolta durante tutto marzo 2014, donde subiva la ripresa a tassazione IVA ad aliquota

rumena piena del 24%, con relative sanzioni. Il provvedimento impositivo restava non opposto. Verso la fine dello stesso marzo 2014, la soc. Almos rilevava che alcune fatture emesse dalla Donauland avevano codice identificativo tedesco e ne chiedeva la rettifica con la corretta intestazione alla propria filiale Almos di diritto rumeno e basata in Romania, dove la merce era stata consegnata, escludendo quindi il regime intracomunitario in principio erroneamente applicato. La Donauland vi provvedeva e, per l'effetto della correzione, esponeva in dichiarazione IVA la maggior somma del tributo nel periodo ottobre 2013 per portarla in deduzione in quello stesso mese di marzo 2014, ora per all'ora. Donde scaturiva un nuovo procedimento amministrativo che si concludeva nel 2017 con provvedimento impositivo di conferma dell'originaria ripresa a tassazione non opposta. Nel frattempo, durante il 2016, la Donauland veniva fusa per incorporazione nella soc. Terracult che spiccava ricorso avverso il secondo accertamento, esitando un rigetto amministrativo, poi confermato nel primo grado di merito, debitamente impugnato in appello dalla società contribuente.

Il giudizio

In giudizio la società contribuente (incorporante la primiera accertata) ebbe a rappresentare che originariamente la merce ceduta fosse destinata ad esportazione, secondo la stessa commessa dell'ordinante, donde era stato emesso codice fiscale tedesco del partner commerciale acquirente, con esenzione IVA su cessione intracomunitaria; solo successivamente (ma nel corso del primo accertamento), l'operatore tedesco aveva chiesto lo storno, cui aveva proceduto la contribuente, riportando poi in dichiarazione -nello stesso mese di marzo 2014- l'IVA ricevuta per portarla in compensazione con quanto pagato nel medesimo periodo. E forse per questo non opponeva il coevo accertamento amministrativo. Contestava all'Amministrazione finanziaria statale la cristallizzazione dei fatti nell'atto impositivo che non teneva conto delle circostanze successivamente emerse e, doppiamente, la conferma dell'accertamento con il secondo atto impositivo del 2017, cui quei fatti erano stati rappresentati.

Avverso la prima sentenza sfavorevole, invocava la giustizia riparatrice della Corte d'appello di Timisoara che sollevava questione pregiudiziale, chiedendo se gli atti amministrativi di accertamento tributario definitivi prevalgano sulla volontà delle parti di a correggere le proprie dichiarazioni tributarie con efficacia retroattiva ed in contrasto con quanto accertato in sede amministrativa.

Con la sentenza in commento la Corte europea ha ritenuto incompatibile con i principi comunitari e con la neutralità dell'IVA ogni limitazione amministrativa statale alla correzione delle dichiarazioni tributarie tese a riequilibrare le posizioni, riportando l'IVA a neutralità.

Il c.d. "giudicato dell'amministrazione". Note minime.

Si può opporre un atto amministrativo definitivo alla volontà del contribuente di rettificare una propria dichiarazione? In ragione di fatti sopravvenuti o per la sopravvenuta conoscenza di fatti pregressi al provvedimento amministrativo? L'arresto del Giudice comunitario appena riportato dice di no, sancendo che non è nei poteri di uno Stato firmatario limitare le facoltà del contribuente di modificare le proprie dichiarazioni IVA in ragione di accertamenti amministrativi definitivi e, si badi bene, anche se divenuti definitivi perché quello stesso contribuente non li ha impugnati nei termini di legge.

L'assunto istintivamente ci riporta alla disfida fra dogma della volontà e dogma della dichiarazione tra i civilisti, italiani e tedeschi, a cavaliere del XX secolo: nell'assunzione di un'obbligazione, nella stipula di un contratto, deve avere la precedenza la volontà reale dell'autore oppure quanto ha dichiarato? Vale ciò che è o ciò che appare? Ma come si può conoscere cioè che è, se non attraverso ciò che si manifesta? E che tutela accordare a chi, rispetto ad una volontà interna e alla sua dichiarazione ha recepito, incolpevolmente, una terza cosa? Nella controversia si introdusse così un terzo elemento, il dogma dell'affidamento e, con il terzo contendente, il duello degenerò in rissa. Cosa resta oggi di quell'infiammata polemica? Neppure i tizzoni anneriti e combusti, ormai tradotti in articoli del codice civile del 1942 che, bordeggiando con cautela tra i due estremi, declina una responsabilità verso sé stessi (tematizzata da Zitelmann ed importata in Italia da Ravà), distinguendo tra la più semplice volontà di immettersi nel traffico giuridico e la più articolata volontà degli effetti del negozio.

Genera preoccupazione nei Paesi di tradizione codicistica e di impianto amministrativo francese l'affermazione di una primazia della volontà individuale capace di travolgere l'operato dell'amministrazione, forse perché di quell'affermazione si legge la matrice tutta anglosassone che ha di sé permeato l'intero apparato eurocomunitario, agglutinato sui principi tutti liberali di primazia individuale e libertà delle forme. Perché, se il precedente trova seguito, una dichiarazione di rettifica e di rimborso (entro i due anni dal versamento o, a questo punto, anche oltre?) è in grado di superare la stabilità degli accertamenti amministrativi. Abbiamo detto la parola: stabilità.

Il "giudicato dell'amministrazione" è espressione nota ai pratici per significare un atto amministrativo non più soggetto ai rimedi ordinari, né a quello straordinario al Capo dello Stato: un provvedimento che non può più essere conosciuto dal giudice amministrativo per un annullamento in via generale, semmai disapplicato dal giudice ordinario in via particolare. Solo l'organo che l'ha generato può, in via di autotutela, rimuoverlo dal mondo giuridico e neppure in modo facile. Incidere infatti su di un atto amministrativo è attività di secondo grado che dev'essere sostenuta da un interesse pubblico chiaro e dimostrato, diverso dal mero ripristino della legalità e tanto più forte quanto maggiore è il tempo passato dal momento dell'efficacia del provvedimento. Ad onta di chi (Enrico Guicciardi) ritenesse il ripristino della legalità violata dalla P.A. un motivo più che valido per rimuove un atto che non "doveva" e quindi non "poteva" essere adottato, il Consiglio di Stato con giurisprudenza ultra secolare (che Giannini amava definire

“pietrificata”) afferma come l’alterazione dell’assetto (legittimo o, finanche, illegittimo) impresso dalla stratificazione dei provvedimenti amministrativi costituisca un affidamento in capo ai cittadini sulla regolarità dell’azione amministrativa che meriti di essere tutelato, imponendo la motivazione di più che validi motivi a sostegno della modifica dello *status quo*. Ed infatti, lo stesso provvedimento amministrativo di secondo grado è soggetto ai rimedi di impugnazione, sia interni che esterni, dovendosi preparare a dimostrare gli argomenti che giustificano la modifica del preesistente.

Si è sostenuto, infatti, che l’azione amministrativa è retta dal principio di legalità, nel perseguimento del pubblico interesse che è tale perché interesse “proprio di ciascuno, ma non esclusivo di alcuno”. Essa è assistita dalla presunzione di legittimità che si traduce nell’attributo dell’esecutorietà, per cui i provvedimenti sono passibili di esecuzione forzata da parte della stessa P.A., fino a che un giudice specialissimo non ne disponga la sospensione degli effetti esecutivi (la “sospensiva”). Ora, il comportamento ripetuto con la presunzione di legittimità, di doverosità secondo legge, costituiscono gli elementi della consuetudine, cioè di una fonte del diritto. Ma stiamo andando oltre: questo valga solo per dare conto della particolare rilevanza della prassi amministrativa che diviene, *ipso facto*, consuetudine. Donde l’intuizione dei grandi maestri (Benvenuti, Nigro) che introducono il concetto di co-amministrazione con la partecipazione attiva del cittadino, destinatario dell’azione amministrativa. Perché la pubblica amministrazione ha questo di particolare: che titolare dei poteri che essa esercita (il popolo) e destinatario della sua azione amministrativa (ancora il popolo) coincidono. La partecipazione al procedimento amministrativo, plasmata sul processo, è ritmata da contributi dei privati e delle P.A., quella precedente e le altre coinvolte, nell’accertamento dei fatti, anche con apporti tecnico scientifici, e al perseguimento dei fini indicati dalla legge, consapevoli che la verità non la si possiede, ma vi ci si avvicina guardando il medesimo obiettivo da più punti di vista. La definizione di quest’attività nel provvedimento amministrativo ha una valenza probatoria qualificata e mira a una fissità su cui edificare i successivi atti pubblici e privati. Proprio in ragione dell’esigenza di certezza giuridica di tutti i consociati, i provvedimenti sono soggetti ad un termine di impugnazione (non di prescrizione, ma) decennale normalmente di sessanta giorni da parte di chi ritenga di esserne lesa. Ora, il decorso del termine ha una rilevanza che eccede la sfera giuridica del destinatario per incidere su quella della comunità, consentendo di individuare un accertamento (non giurisdizionale, ma amministrativo) con valenza di titolo affidabile per la prosecuzione dell’azione dei pubblici poteri. La sua revocazione in dubbio non è ammessa se non per esigenze ulteriori e superiori al ripristino della legalità. Ove, poi, non si tratti di legalità, ma di diverso apprezzamento delle circostanze di fatto, nuove o di sopravvenuta notizia, i margini sono così esigui da rendere l’autotutela ancor più aggravata dalla necessità di tutelare le posizioni compromesse con un indennizzo, cioè ristoro patrimoniale per attività che, seppur lecita, viene ritenuta odiosa.

Ben ci par chiaro che consentire a chi poteva chiedere l’annullamento dell’accertamento (e non lo ha fatto) la facoltà di vanificarlo facendovi prevalere la sua propria dichiarazione equivalga a

consentire di sciogliersi dal contratto che risulti non (più) conveniente, richiamandosi ad un dogma della propria volontà di cui si dà altro significato rispetto a quello percepito al momento della stipula. E questo sia che si voglia accedere alla concezione del debito tributario come obbligazione o come soggezione al verificarsi di determinati presupposti di legge.

La possibilità di far valere la propria rettifica di dichiarazione o emendazione dell'errore (usbergo sotto cui si cela –comunque- un diverso apprezzamento di convenienza) ed in assenza di un termine chiaro entro cui farlo, appare non tanto come una prevalenza della neutralità dell'IVA, quanto piuttosto come una distorsione della concorrenza, consentendo una discrezionalità, un'alea imprenditoriale oltre i termini ed i confini certi (nell'interesse di tutti) entro cui deve muoversi, proprio perché quell'alea non diventi azzardo, trascinando altri con sé.

Il principio affermato dalla Corte europea, una volta ammesso, non pare strettamente circoscrivibile ai tributi armonizzati, investendo anche gli altri, cioè quel "nocciolo duro" in cui si concentra la residua sovranità statale, come afferma quella stessa Corte.

Ed assisteremo di nuovo alla contrapposizione fra dogma dell'accertamento e dogma della volontà.

Direttiva 2008/94/CE del Parlamento e del Consiglio, del 22 ottobre 2008

**INFORTUNIO SUL LAVORO - DECESSO DEL LAVORATORE SUBORDINATO -
RISARCIMENTO DEL DANNO AI SUPERSTITI - PAGAMENTO DA PARTE DELL'ENTE
PREVIDENZIALE - MANCATA INCLUSIONE DEL DANNO MORALE - DATORE DI LAVORO
INSOLVENTE - SUBENTRO DEL FONDO DI GARANZIA - ESCLUSIONE.**

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Prima Sezione, 25 novembre 2020, in C-799/19

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=234321&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6299729>

CLASSIFICAZIONE

Decesso di un lavoratore subordinato a seguito di infortunio sul lavoro – risarcimento del danno ai superstiti – pagamento, da parte dell'ente previdenziale, del danno patrimoniale e biologico, con esclusione del danno morale - datore di lavoro insolvente – subentro del fondo di garanzia – esclusione

RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 2 e 3 della Direttiva 2008/94/CE relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro

Normativa interna: art. 2, legge 29 maggio 1982, n. 297, Fondo di garanzia per il pagamento del TFR in sostituzione del datore di lavoro insolvente. Artt. 1 e 2, decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, intervento del Fondo anche per le retribuzioni maturate negli ultimi tre mesi del rapporto.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

sulla nozione di "stato di insolvenza": 18 aprile 2013, Mustafa, C-247/12; 10 luglio 1997, Bonifaci e a. e Berto e a., C-94/95; 25 febbraio 2016, Stroumpoulis e a., C-292/14;

sulla circoscritta tutela alle "retribuzioni" da parte degli organismi di garanzia: 25 luglio 2018, Guigo, C-338/17; 16 dicembre 2004, Olaso Valero, C-520/03; 28 giugno 2018, Checa Honrado, C-57/17;

sulla discrezionalità degli Stati membri in ordine alla nozione di "retribuzione": 2 marzo 2017, Eschenbrenner, C-496/15; 28 giugno 2018, Checa Honrado, C-57/17.

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E., Prima sezione, 25 novembre 2020

Causa C-799/19: *NI, OJ, PK c. Socialna poist'ovna*

Abstract

Affinché un datore di lavoro sia considerato in stato di insolvenza (tale da consentire l'intervento di un organismo di garanzia per i crediti del lavoratore), devono ricorrere due condizioni: deve essere stata richiesta l'apertura di un procedimento concorsuale fondato sull'insolvenza del datore di lavoro e devono essere stati pronunciati vuoi un'ordinanza di apertura di tale procedimento, vuoi un accertamento della chiusura definitiva dell'impresa in caso di insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura di un procedimento siffatto. L'accertamento della insolvenza del datore di lavoro nel corso di una procedura esecutiva per la riscossione di un credito non realizza tali condizioni.

In caso di insolvenza del datore di lavoro sono garantiti, al lavoratore, esclusivamente i diritti retributivi relativi ad un periodo determinato.

Il caso

A seguito del decesso del marito in un infortunio sul lavoro, la moglie ha chiesto il risarcimento del danno morale e materiale. La cassa di previdenza slovacca ha versato integralmente il risarcimento del danno patrimoniale, rifiutandosi di erogare il danno morale, rilevando che detto risarcimento non è compreso nell'assicurazione sociale né sussiste un fondo di garanzia predisposto per tali risarcimenti. L'aggressione del patrimonio del datore di lavoro non ha avuto alcun esito, essendo stato accertato, in sede di procedura esecutiva, lo stato di insolvenza.

Il Tribunale adito ha, dunque, posto la questione pregiudiziale se la nozione di "diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro" di cui all'art. 3 della direttiva 2008/94 possa includere anche il danno non patrimoniale derivante dal decesso del lavoratore per infortunio sul lavoro e se possa considerarsi in "stato di insolvenza" anche il datore di lavoro contro il quale sia stato avviato un procedimento di esecuzione forzata (in relazione al diritto al risarcimento del danno non patrimoniale) nell'ambito del quale il credito sia stato dichiarato irrecuperabile per indigenza del datore di lavoro.

La decisione della CGUE:

La CGUE rammenta che, affinché un datore di lavoro sia considerato in stato di insolvenza, devono ricorrere due condizioni: deve essere stata richiesta l'apertura di un procedimento concorsuale fondato sull'insolvenza del datore di lavoro e devono essere stati pronunciati vuoi un'ordinanza di apertura di tale procedimento, vuoi un accertamento della chiusura definitiva dell'impresa in caso di insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura di un procedimento siffatto.

La richiesta o l'apertura di un procedimento esecutivo e l'accertamento che un credito è irrecuperabile a causa dell'insolvenza, di fatto, del datore di lavoro non rispondono alle suddette condizioni giacché esse non perseguono la soddisfazione concorsuale dei creditori e non comportano né lo spossessamento parziale o totale del debitore né la designazione di un curatore o di persona che eserciti una funzione simile.

La CGUE rammenta, peraltro, che gli Stati membri possono avvalersi della facoltà di estendere la tutela ad altre situazioni di insolvenza come quella accertata dal giudice slovacco.

In ordine all'ambito dei diritti dei lavoratori tutelati in caso di insolvenza del datore di lavoro, la CGUE sottolinea che le direttive 2008/94 e 80/987 contemplano esclusivamente diritti retributivi dei lavoratori subordinati relativi ad un periodo determinato. Gli Stati membri sono quindi tenuti ad assicurare, nei limiti di un massimale che hanno la facoltà di fissare per la garanzia di pagamento dei diritti non pagati, la corresponsione della totalità solamente di tali crediti; peraltro, la nozione di "retribuzione" (utile, per l'appunto, al fine di determinare l'obbligo dell'organismo di garanzia) è stabilita da ogni Stato membro, che deve quindi precisare le indennità che rientrano nell'ambito di applicazione della garanzia.

Il dispositivo:

La CGUE conclude affermando che:

l'art. 2 della direttiva 2008/94/CE deve essere interpretato nel senso che un datore di lavoro non può essere considerato in "stato di insolvenza" qualora sia stato oggetto di una domanda di apertura di un procedimento esecutivo a titolo di un diritto al risarcimento, riconosciuto da una decisione giudiziaria, ma il credito sia stato dichiarato irrecuperabile nell'ambito dell'esecuzione a causa dell'insolvenza di fatto di tale datore di lavoro.

Gli artt. 1 e 3 della direttiva 2008/94/CE devono essere interpretati nel senso che un'indennità dovuta da un datore di lavoro ai superstiti a titolo di danno morale subito a seguito del decesso di un dipendente dopo un infortunio sul lavoro può essere considerata come "diritto dei lavoratori subordinati, derivante da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro" solo qualora essa rientri nella nozione di "retribuzione" come definita dal diritto nazionale, ciò che spetta al giudice nazionale determinare.

Direttiva 2008/104/CE del Parlamento e del Consiglio, del 19 novembre 2008

Lavoro tramite agenzia interinale - Successione di contratti e di proroghe presso la medesima impresa utilizzatrice - Assenza di temporaneità del rapporto - Ricorso abusivo al lavoro tramite agenzia interinale.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 14 ottobre 2020, in C-681/18

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=232406&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6299951>

CLASSIFICAZIONE

Lavoro tramite agenzia interinale – Successione di contratti e di proroghe presso la medesima impresa utilizzatrice – Integra un ricorso abusivo al lavoro tramite agenzia interinale ove si tradisca il carattere temporaneo tipico del lavoro interinale.

RIFERIMENTI NORMATIVI

Direttiva 2008/104/CE - D.lgs. n. 276 del 2003 (in particolare, art. 20 come modificato dal d.l. n. 34 del 2014 e art. 22) – C.C.N.L. Agenzie di somministrazione di lavoro (art. 47)

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE:

sentenza del 17 marzo 2015, AKT, C-533/13,

PRONUNCIA SEGNALATA

Corte di Giustizia U.E., Seconda Sezione, 24 ottobre 2020,

JH contro KG

Abstract

Considerato il carattere temporaneo del lavoro interinale, l'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2008/104, prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie, per evitare che il contratto interinale sia applicato abusivamente e, in particolare, per prevenire missioni/adibizioni

successive presso lo stesso datore di lavoro utilizzatore aventi lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva

Il Caso

Un lavoratore (dipendente) assunto da un'agenzia interinale, è stato assegnato all'impresa utilizzatrice KG, tra il marzo 2014 e il novembre 2016, mediante una successione di contratti di somministrazione di lavoro (8 in tutto) prorogati più volte (17 in tutto).

Il quadro normativo e negoziale vigente all'epoca dei fatti prevedeva:

- la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato da parte dei C.C.N.L. (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003; la disposizione non prevedeva più, a seguito della novella del d.l. n. 34 del 2014, che la somministrazione di lavoro a tempo determinato fosse ammessa solo a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, né la necessità di indicare tali ragioni nel contratto scritto);
 - l'articolo 47 del C.C.N.L. per le agenzie di somministrazione di lavoro, disponeva che le proroghe dei contratti fossero disciplinate esclusivamente dal contratto collettivo; in particolare, i contratti a tempo determinato potevano essere prorogati al massimo 6 volte e il singolo contratto, comprensivo delle proroghe, non poteva avere una durata superiore a 36 mesi.

La questione processuale

Il giudice del rinvio ha ritenuto che la normativa nazionale fosse contraria alla direttiva 2008/104 e, in particolare, all'articolo 5, paragrafo 5, di tale direttiva, letto alla luce del suo considerando 15, nella misura in cui non permettesse alcun controllo

giurisdizionale sulle ragioni del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale, non fissasse limiti alle adibizioni successive dello stesso lavoratore presso la medesima impresa utilizzatrice e, infine, non prevede il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro.

Preliminarmente, la Corte di giustizia UE rileva che l'obiettivo della direttiva 2008/104 è, da una parte, rispondere alle esigenze di flessibilità delle imprese (contribuendo alla creazione di posti di lavoro) e dall'altra, consentire ai lavoratori dipendenti di conciliare la vita privata e la vita professionale, contribuendo alla creazione di posti di lavoro, alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato.

In particolare, secondo la giurisprudenza della Corte UE 1) la direttiva 2008/104 va intesa nel senso che essa delimita l'ambito entro il quale deve svolgersi l'attività legislativa degli Stati membri in materia di divieti o di restrizioni imposti riguardo al ricorso, da parte delle imprese, al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale e non, invece, nel senso che essa impone l'adozione di una determinata normativa in materia, quand'anche per finalità di prevenzione di abusi; 2) i

principi elaborati con riferimento alla direttiva sui contratti a tempo determinato non sono utilizzabili con riguardo al lavoro interinale.

Dunque, la direttiva 2008/104 non obbliga gli Stati membri ad adottare specifiche disposizioni in materia di successione e proroga dei contratti interinali e di cause giustificative al ricorso a detti contratti.

Peraltro, l'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2008/104, prevede che gli Stati membri adottino le misure necessarie, per evitare che il contratto interinale sia applicato abusivamente e, in particolare, per prevenire missioni/adibizioni successive presso lo stesso datore di lavoro utilizzatore aventi lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva, visto il carattere temporaneo del lavoro interinale.

La direttiva 2008/104 è, inoltre, finalizzata anche a far sì che gli Stati membri si adoperino affinché il lavoro tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice non diventi una situazione permanente per un lavoratore.

Da una parte, infatti, la direttiva riguarda rapporti di lavoro temporanei, transitori o limitati nel tempo, e non rapporti di lavoro permanenti; dall'altra, precisa, i rapporti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune di rapporti di lavoro e che i lavoratori interinali devono essere informati dei posti vacanti nell'impresa utilizzatrice, affinché possano aspirare, al pari degli altri dipendenti dell'impresa, a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato.

Pertanto, la direttiva osta a che uno Stato membro non adotti alcuna misura al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale.

Questo obiettivo può essere raggiunto, dagli Stati membri, anche attraverso l'azione degli organi giurisdizionali.

Quindi, nel caso di specie, il giudice del rinvio dovrà controllare la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro in oggetto, tenendo conto sia della direttiva 2008/104 stessa, sia del diritto nazionale che la traspone nell'ordinamento giuridico italiano, in modo da verificare se, come sostenuto da JH, sussista un rapporto di lavoro a tempo indeterminato al quale è stata artificialmente attribuita la forma di una successione di contratti di lavoro tramite agenzia interinale con lo scopo di eludere gli obiettivi della direttiva 2008/104, ed in particolare la natura temporanea del lavoro interinale.

Indici di un utilizzo fraudolento del lavoro interinale possono consistere nelle suddette circostanze: 1) se le missioni/adibizioni successive del medesimo lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice conducano a una durata complessiva dell'attività presso tale impresa più lunga di quanto possa ragionevolmente qualificarsi come «temporaneo»; 2) quando non viene fornita alcuna spiegazione oggettiva al fatto che l'impresa utilizzatrice interessata ricorra ad una successione di contratti di lavoro tramite agenzia interinale.

Il dispositivo

La Corte di giustizia conclude, pertanto, affermando che:

L'articolo 5, paragrafo 5, prima frase, della direttiva 2008/104 deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che non limita il numero di missioni successive che un medesimo lavoratore tramite agenzia interinale può svolgere presso la stessa impresa utilizzatrice e che non subordina la legittimità del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano tale ricorso. Per contro, tale disposizione deve essere interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro non adotti alcuna misura al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale, nonché ad una normativa nazionale che non preveda alcuna misura al fine di evitare l'assegnazione ad un medesimo lavoratore tramite agenzia interinale di missioni successive presso la stessa impresa utilizzatrice con lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva 2008/104 nel suo insieme.