

**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 PENALE**

## **AREA PENALE**

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

#### **INDICE**

##### **ART. 1 CEDU**

- **OBBLIGO DI RISPETTARE I DIRITTI DELL'UOMO – CAMPO DI APPLICAZIONE LIMITATO ALLE PERSONE SOTTO LA GIURISDIZIONE DEGLI STATI PARTI DELLA CONVENZIONE – RICHIEDENTI ASILO – VISTO PER IL SOGGIORNO DI BREVE DURATA DI CITTADINI SIRIANI.**

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

##### **ART. 2 CEDU**

- **DIRITTO ALLA VITA (VIOLAZIONI PROCEDURALI E SOSTANZIALI) – 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 PROPORZIONALITA.**

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

- **DIRITTO ALLA VITA – OBBLIGHI POSITIVI – DETENZIONE CARCERARIA – SUICIDIO DEL DETENUTO - PREVISIONE, PREVEDIBILITA' E GESTIONE DEL RISCHIO – OBBLIGHI DELLE AUTORITA' NAZIONALI – VALUTAZIONE DELLA NECESSARIA DILIGENZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 CEDU.**

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



- **DIRITTO ALLA VITA – VIOLENZA DI GENERE - VIOLENZA DOMESTICA – OBBLIGHI DI INDAGINI EFFICACI E DI INFORMAZIONE ALLA VITTIMA.**

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



- **DIRITTO ALLA VITA – OBBLIGHI POSITIVI – RISCHI PREVENTIVABILI PER L'USO ILLECITO DI ARMI DA PARTE DI PRIVATI - 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 – SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 17 settembre 2020, Kotilainen e altri c. Finlandia.....pag. 35*



**• DIRITTO ALLA VITA - TUTELA DELLA SALUTE - RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – INTERRUZIONE DEL MANTENIMENTO IN VITA MEDIANTE VENTILAZIONE MECCANICA.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 20 aprile 2021, caso Parfitt c. Regno Unito.....pag. 39*

**ART. 3 CEDU**

**• DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI (VIOLAZIONI MATERIALI).**

**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 – VIOLAZIONE ANCHE DELL'ART. 13 CEDU – DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 4 giugno 2020, Association Innocence en danger et Association enfance e partage c. Francia .....pag. 45*

**• ABUSI SESSUALI PATITI DA MINORENNI IN UN ORFANOTROFIO - OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI - QUADRO LEGISLATIVO E REGOLAMENTARE ADEGUATO – INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU SUL PIANO SOSTANZIALE - NECESSITÀ DI INDAGINE EFFICACE – CARENZE INVESTIGATIVE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU SUL PIANO SOSTANZIALE.**

*Corte EDU, Grande Camera, 2 febbraio 2021, X e altri contro Bulgaria.....pag. 51*



**• VIOLAZIONI MATERIALI E PROCEDURALI - RICORSO ALLA FORZA DA PARTE DELLA POLIZIA – NECESSITÀ DI GARANZIE SUFFICIENTI AD AFFRONTARE IL RISCHIO DI ABUSO D'AUTORITÀ E DI VIOLAZIONE DELLA DIGNITÀ UMANA DURANTE L'INTERVENTO DI FORZE SPECIALI – MANCATO RISPETTO DELLE GARANZIE PROCEDURALI.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 30 aprile 2020, Castellani c. Francia...pag. 59*

**• VIOLAZIONI MATERIALI E PROCEDURALI - VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI POSITIVI DI PROTEZIONE DEI SOGGETTI SOTTOPOSTI AL CONTROLLO DELLO STATO – INEFFICACIA DELLE INDAGINI PER L'ACCERTAMENTO DEI FATTI DENUNCIATI – DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA – ARRESTO O DETENZIONE ILLEGITTIMI – RAGIONEVOLEZZA DELLA CUSTODIA CAUTELARE.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 26 maggio 2020, I.E. C. Moldavia.....pag. 65*

**• VIOLAZIONI MATERIALI E PROCEDURALI - SOGGETTO TRATTENUTO PRESSO L'AUTORITÀ DI POLIZIA GIUDIZIARIA E SOTTOPOSTO A MANIFESTAZIONI DI VIOLENZA FISICA E PSICHICA - COSTRIZIONE A SOTTOSCRIVERE UNA**

**DICHIARAZIONE AMMISSIVA DI COLPEVOLEZZA - DIRITTO AD UNA RAPIDA VERIFICA GIURISDIZIONALE DELLA SUSSISTENZA DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - QUALIFICA DI "VITTIMA" AI SENSI DELL'ART. 34 CEDU - PERSISTENZA DELLO STATUS DI "VITTIMA" A PRESCINDERE DA OGNI RISARCIMENTO O COMPENSAZIONE NON ACCOMPAGNATA DAL PERSEGUIMENTO DEI RESPONSABILI DELLA CONDOTTA IN VIOLAZIONE ALL'ART. 3 CEDU.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 26 gennaio 2021, Zličić contro Serbia.....pag. 72*



• **SPAZIO CARCERARIO, MODALITA' DI COMPUTO E FATTORI COMPENSATIVI.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 20 ottobre 2020, Badulescu contro Portogallo... pag. 80*

*Corte EDU, Terza Sezione, 24 novembre 2020, Bardali c. Svizzera .....pag. 84*

*Corte EDU, Quinta Sezione, 25 marzo 2021, Bivolaru e Moldovan c. Francia.....pag. 89*

*Cass. Sez. U, n. 6551 del 24/09/2020, dep. 2021, Ministero della Giustizia (in procedimento Comisso), Rv. 280433. ....pag. 104*



• **VIOLAZIONI MATERIALI - RICHIEDENTI ASILO - OBBLIGHI POSITIVI - DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO - DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - ESCLUSIONE.**

*Corte EDU, Grande Camera, 5 maggio 2020, M.N. e altri c. Belgio.....pag. 112*

• **DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI (VIOLAZIONI PROCEDURALI).**

**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.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 2 luglio 2020, N.H. e altri c. Francia.....pag. 113*

• **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.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 15 aprile 2021, K.I. contro Francia.....pag. 118*



• **ART. 3 E ART. 13 CEDU - DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO - ISTANZA DI REVOCA O DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CUSTODIALE - RILEVANZA DEI MOTIVI DELLA REVOCA - INDICAZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 14 gennaio 2021, Kargakis c. Grecia..... pag. 126*

**• DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI – INDAGINE EFFICACE – VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA – ECCESSIVA DURATA DI UN PROCEDIMENTO PENALE RELATIVO AD ABUSI SESSUALI.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. Turchia .....pag. 131*

**• RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE - ESTRADIZIONE – CONSEGNA IN ESECUZIONE DI MANDATO DI ARRESTO EUROPEO - RISCHIO DI TRATTAMENTO INUMANO O DEGRADANTE A CAUSA DELLE CONDIZIONI DI DETENZIONE NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI DELLO STATO DI EMISSIONE – APPLICAZIONE DELLA “PRESUNZIONE DI PROTEZIONE EQUIVALENTE”.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 25 marzo 2021, Bivolaru e Moldovan c. Francia .....pag. 142*

#### **ART. 4 CEDU**

**• DIVIETO DI RIDUZIONE IN SCHIAVITU' E DIVIETO DI LAVORO FORZATO – TRATTA A FINI DI PROSTITUZIONE. ABUSO DI POTERE SU UNA PERSONA VULNERABILE, MEDIANTE COERCIZIONE INDIVIDUALE E/O INGANNO DELLA VITTIMA – NECESSITÀ DI AVVIARE INDAGINI TEMPESTIVE - NECESSITÀ DI TUTELARE LA PERSONA OFFESA, TENENDO CONTO DELLA SUA CONDIZIONE DI VITTIMA DI TRAUMI PSICOLOGICI, ALLO SCOPO DI GARANTIRE LA GENUINITÀ DELLE SUE DICHIARAZIONI ACCUSATORIE.**

*Corte EDU, Grande Camera, 25 giugno 2020, S.M. c. Croazia.....pag. 143*

**• DIVIETO DI RIDUZIONE IN SCHIAVITÙ - OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI NEI CONFRONTI DELLE VITTIME DELLA TRATTA - MINORE IMPUTATO IN UN PROCEDIMENTO PENALE - ASSENZA DI UN ACCERTAMENTO INIZIALE E RAPIDO DEL SUO STATUS.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, V.C.L. e A.N. c. Regno Unito del 16 febbraio 2021.....pag. 149*

#### **ART. 5 CEDU**

**• 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 – VIOLAZIONE ANCHE DELL'ART. 10 CEDU.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Sabuncu ed altri c. Turchia.....pag. 163*

## ART. 6 CEDU

- **EQUO PROCESSO, OVERTURNING DI CONDANNA E RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 20 ottobre 2020, Tondo c. Italia.....pag. 168*

*Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (2).....pag. 175*



- **EQUO PROCESSO, OVERTURNING DI CONDANNA E RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA – ESAME DELL’IMPUTATO.**

*Corte EDU, Prima sezione, 8 luglio 2021, Maestri ed altri v. Italia.....pag. 180*



- **EQUO PROCESSO, OVERTURNING DI CONDANNA E RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA – RITO ABBREVIATO.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia.....pag. 186*



- **EQUO PROCESSO, TUTELA DELLA VITTIMA E RICHIESTA DI UDIENZA PUBBLICA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 14 maggio 2020, Mraović c. Croazia.....pag. 190*



- **EQUO PROCESSO – UTILIZZAZIONE DI DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI NON ASSUNTE IN CONTRADDITTORIO – LEGITTIMITA’ – CONDIZIONI – TEST AL KHAWAJA.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 28 gennaio 2020, Lobarev ed altri c. Russia..... pag. 195*



- **DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - MANCATA INDAGINE SULLO STATUS DEI RICORRENTI QUALI POTENZIALI VITTIME DI TRATTA.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, V.C.L. e A.N. c. Regno Unito del 16 febbraio 2021...pag. 200*



- **DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO – ECCESSIVA DURATA DELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI – PRESCRIZIONE DEL REATO - OSTACOLO ALLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE.**

*Corte E.D.U., Prima Sezione, 18 marzo 2021, Petrella c. Italia.....pag. 201*



- **ACCESSO AD UN TRIBUNALE ISTITUITO DALLA LEGGE - IMPOSSIBILITÀ PER UN MAGISTRATO DI OTTENERE UN CONTROLLO GIURISDIZIONALE NELL’AMBITO DI**

**PROCEDIMENTI DISCIPLINARI A SUO CARICO - NECESSITÀ DI SALVAGUARDARE L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA E LA FIDUCIA NEL SUO FUNZIONAMENTO.**

*Corte europea diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia.....pag. 214*



**• EQUO PROCESSO - DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO - LIBERTA' DI ESPRESSIONE DEI MAGISTRATI ED OPINIONI MANIFESTATE SU QUESTIONI DI RILEVANZA GIUDIZIARIA E POLITICA – REVOCA DI UN INCARICO GIUDIZIARIO – NECESSITA' DI UN RIESAME NEL MERITO DEL PROVVEDIMENTO.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 5 maggio 2020, Kovesi c. Romania.....pag. 226*



**• PRESUNZIONE D'INNOCENZA – LICENZIAMENTO PER DISTRAZIONE DI FONDI BASATO SU PROVE RACCOLTE IN UN PROCEDIMENTO PENALE CONCLUSO PER IMPROCEDIBILITÀ A CAUSA DI AMNISTIA.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 20 ottobre 2020, Gutu c. Moldavia.....pag. 231*



**• PRESUNZIONE DI INNOCENZA – SOGGETTO ASSOLTO DA UN'IMPUTAZIONE PENALMENTE RILEVANTE O COMUNQUE PROSCIOLTO CON FORMULA DIVERSA DALL'ASSOLUZIONE (PRESCRIZIONE) - 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 - LINGUAGGIO UTILIZZATO DAL GIUDICE CIVILE NEL GIUDIZIO RELATIVO AL RISARCIMENTO DEI DANNI - RILEVANZA.**

*Corte EDU, Terza sezione, 20 ottobre 2020, Pasquini c. San Marino e Corte EDU, Prima sezione, 10 dicembre 2020, Papageorgiou c. Grecia .....pag. 239*



**• EQUO PROCESSO - UTILIZZAZIONE DI PROVE ACQUISITE IN VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – TOTALE IRRILEVANZA DELLE PROVE STESSE AI FINI DELLA DECISIONE ADOTTATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – INSUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 26 gennaio 2021, Zličić contro Serbia.....pag. 246*



**• EQUO PROCESSO E SANZIONE DISCIPLINARE INFLITTA A DUE AVVOCATI PER COMPORTAMENTI TENUTI NELLA LORO QUALITÀ, NEL CORSO DI UN PROCEDIMENTO PENALE – CONDANNA AD UNA AMMENDA PARI A 6200 EURO – NATURA DI SANZIONE SOSTANZIALMENTE PENALE – ESCLUSIONE – APPLICABILITÀ DEGLI ARTT. 6 E 7 CEDU - ESCLUSIONE.**

*Corte EDU, Grande Camera, 22 dicembre 2020, Gestur Jónsson e Ragnar Halldór Hall c. Islanda.....pag. 247*



**• L'AZIONE CIVILE NEL PROCESSO PENALE E LE GARANZIE DEL GIUSTO PROCESSO NEL CASO DI ANNULLAMENTO CON RINVIO AL GIUDICE CIVILE.**

## ART. 7 CEDU

• **FONTI DEL DIRITTO – SENTENZE DELLA CORTE EDU CHE DICHIARINO VIOLAZIONI DELLA CONVENZIONE – EFFICACIA NEI CONFRONTI DI SOGGETTI NON RICORRENTI, MA CHE SI TROVINO NELLE MEDESIME CONDIZIONI DEL RICORRENTE – LIMITI – SENTENZE PILOTA E ORIENTAMENTI CONSOLIDATI DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA.**

*Concorso esterno in associazione mafiosa – Effetti della sentenza C. EDU Contrada c. Italia del 14 aprile 2015.*

*Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054.....pag. 285*



• **PREVEDIBILITA' E SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI – BASE LEGALE E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE – DECISIONE IN TEMA DI CONDOTTE DI DIFFUSIONE DI INFORMAZIONI IDONEE AD INQUINARE I MERCATI.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 28 maggio 2020, Georgouleas e Nestoras c. Grecia...pag. 297*



• **MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA INCIDENTI SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SUI DIRITTI FONDAMENTALI – NOZIONE DI PENA – ESCLUSIONE – FINALITÀ PREVENTIVA E NON PUNITIVA – INAPPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ, DEL DIVIETO DI *BIS IN IDEM* E DEI PRINCIPI DEL *FAIR TRIAL* PENALE – APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI PARITÀ DELLE ARMI, AVUTO RIGUARDO AL DIRITTO AL GRATUITO PATROCINIO.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 19 gennaio 2021, Timofeyev e Postupkin c. Russia...pag. 301*

• **PRINCIPIO DI LEGALITA' - SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO – PRESCRIZIONE DEL REATO - IRRETROATTIVITÀ DELLE MODIFICHE SFAVOREVOLI – RETROATTIVITÀ DELLE MODIFICHE FAVOREVOLI.**

*Report sulla giurisprudenza convenzionale e nazionale aggiornato ad aprile 2020...pag. 313*



• **RILEVANZA DEL CONCETTO DI "DIRITTO" AI SENSI DELL'ART. 7 CEDU – RILEVANZA DEL CONCETTO DI "LEGGE" AI SENSI DEGLI ARTICOLI DA 8, 9, 10 E 11 CEDU – PRINCIPIO DI NON RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE – REQUISITI DELLA CHIAREZZA E DELLA PREVEDIBILITÀ DELLA NORMA INCRIMINATRICE – TECNICA DEL RINVIO NORMATIVO – LEGITTIMITÀ – CONDIZIONI.**

*Corte EDU, Grande Camera, Parere consultivo su richiesta della Corte costituzionale armena, 7 ottobre 2019, ricorso n. 150/2020.....pag. 321*



## ART. 8 CEDU

• **DIRITTO ALLA 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 - 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 CEDU.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 19 gennaio 2021, Lacatus contro Svizzera..... pag. 327*



• **DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - INTEGRITÀ FISICA E MORALE - MANCANZA DI PROTEZIONE DELL'INTEGRITÀ PERSONALE DI UN MINORE VULNERABILE.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 9 febbraio 2021, N.Ç. c. Turchia .....pag. 336*

• **DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - INTEGRITÀ FISICA E MORALE - "VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA" DI UNA VITTIMA DI VIOLENZA SESSUALE A SEGUITO DI RILIEVI MORALIZZANTI E STEREOTIPI SESSISTI NELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA - INDAGINE EFFICACE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia.....pag. 337*



• **DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE - FAMIGLIA NATURALE E CONVIVENTE DI FATTO - AMBITO DI TUTELA - DIFFERENZE TRA LA CEDU (ARTT. 8 E 12) E LA CDFUE (ART. 9) - ART. 384 C.P. - SCUSANTE A NATURA SOGGETTIVA CHE INVESTE DIRETTAMENTE LA COLPEVOLEZZA.**

*Cass.Pen.,Sez.U, n. 10381 del 26/11/2020, dep. 17/03/2021, Fialova, Rv.280574 p.348*



• **INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI O COMUNICAZIONI - UTILIZZAZIONE IN ALTRI PROCEDIMENTI - TUTELA DELLA RISERVATEZZA - UTILIZZO, NELLE INDAGINI DISCIPLINARI, NON IN CONFORMITÀ ALLA LEGGE - DIVIETO.**

*Corte europea diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia.....pag. 352*

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

*Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, Centrum för rättvisa c. Svezia.*

*Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, Big Brothers Watch e altri c. Regno Unito.....pag. 353*



**• INDAGINI PRELIMINARI – ACCERTAMENTO TECNICO DNA - ACQUISIZIONE DI CAMPIONE DI MATERIALE BIOLOGICO (SALIVA) – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - MANCATA PREVISIONE LEGISLATIVA - VIOLAZIONE PROCEDURALE DELL'ART. 8 CEDU – SUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 14 aprile 2020, Dragan Petrović c. Serbia.....pag. 362*



**• OBBLIGHI DI NATURA PROCEDURALE IN MATERIA DI SALUTE – EFFETTIVITÀ DELLE INDAGINI E DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO - NEGLIGENZA MEDICA – PARTO PREMATURO E RITARDATO INTERVENTO CHIRURGICO – GRAVE DISABILITÀ ALLA NASCITA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 26 marzo 2020, Barletta and Farnetano c. Italia.....pag. 366*



**• PERQUISIZIONE DA PARTE DELLA POLIZIA DEL CORTILE DI UNA CASA E DELLA CELLA FRIGORIFERA AL SUO INTERNO – NOZIONE DI "DOMICILIO" – LUOGHI ISPEZIONATI NON INCOMPATIBILI CON L'USO RESIDENZIALE O PERSONALE E NON CHIARAMENTE DISTINTI E SEPARATI DALLA CASA – RICERCA E SEQUESTRO SENZA IL CONSENSO DEI RICORRENTI E SENZA LA PREVIA AUTORIZZAZIONE DI UN GIUDICE – MANCANZA DI UN CONTROLLO GIURISDIZIONALE A POSTERIORI EFFETTIVO SULL'ATTIVITÀ SVOLTA DALLA POLIZIA NEL DOMICILIO – MANCANZA DI GARANZIE PROCEDURALI SUFFICIENTI A PREVENIRE IL RISCHIO DI ABUSO DI POTERE DA PARTE DELLE AUTORITÀ – CONFIGURABILITÀ DI INTERFERENZE "NON PREVISTE" DALLA LEGGE – VIOLAZIONE DELL'ART. 8 CEDU.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 8 dicembre 2020, Bostan c. Moldavia.....pag. 372*

#### **ART. 9 CEDU**

**• LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA E DI RELIGIONE – OBBLIGAZIONI POSITIVE – TRATTAMENTO PENITENZIARIO. FORNITURA DI PASTI KOSHER A DETENUTI DI RELIGIONE EBRAICA – CONDIZIONI PER L'INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 9 giugno 2020, Erlich e Kastro c. Romania.....pag. 377*

#### **ART. 10 CEDU**

**• BLOCCO DI SITI WEB DI NOTIZIE  
• LIBERTÀ DI ESPRESSIONE IN GENERALE.  
DISCORSO POLITICO MILITANTE - BOICOTTAGGIO DEI PRODOTTI PROVENIENTI DA ISRAELE PUNITO COME DISCRIMINATORIO, SENZA MOTIVI PERTINENTI E SUFFICIENTI - ASSENZA DI ESPRESSIONI RAZZISTE O ANTISEMITE E DI APPELLI ALL'ODIO, ALLA VIOLENZA E ALL'INTOLLERANZA – ASSENZA DI VIOLENZA O DANNI MATERIALI.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Vladimir Kharitonov c. Russia*

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Flavius e altri c. Russia*

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Bulgakov c. Russia*

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Engel c. Russia*

*Corte EDU, Quinta Sezione, 11 giugno 2020, Baldassi e a. c. Francia ..... pag. 381*



• **LIBERTA' DI ESPRESSIONE DEI MAGISTRATI - ORDINAMENTO GIUDIZIARIO - DISCIPLINA DELLA MAGISTRATURA - SANZIONI DISCIPLINARI IRROGATE AD UN MAGISTRATO PER DICHIARAZIONI RILASCIATE AI MEDIA ANCHE NELLA QUALITÀ DI PRESIDENTE DI UN'ASSOCIAZIONE DI GIUDICI E PUBBLICI MINISTERI.**

*Corte europea diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia.....pag. 402*



• **LIBERTA' DI ESPRESSIONE DEI MAGISTRATI ED OPINIONI MANIFESTATE SU QUESTIONI DI RILEVANZA GIUDIZIARIA E POLITICA - CRITERI DI LEALTA' E CORRETTEZZA - REVOCA DI UN INCARICO GIUDIZIARIO - QUESTIONE ULTERIORE: EQUO PROCESSO - DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 5 maggio 2020, Kovesi c. Romania.....pag. 403*



• **DIRITTO DI CRONACA E DIFFAMAZIONE - DIRITTO DEI CITTADINI AD ESSERE INFORMATI SU FATTI DI PARTICOLARE INTERESSE PUBBLICO.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 16 gennaio 2020, Magosso e Brindani c. Italia.....pag. 404*



• **DIRITTO DI CRONACA - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE DEL GIORNALISTA - ESTENSIONE ALLA PUBBLICAZIONE DI MATERIALE CHE RIFERISCA IL PUNTO DI VISTA DI ORGANIZZAZIONI RITENUTE ILLEGALI.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Sabuncu ed altri c. Turchia.....pag. 407*



• **DIRITTO DI CRONACA E DIFFAMAZIONE - POSIZIONE DI INTERESSE PUBBLICO DEL DIFFAMATO - RILEVANZA - PROPORZIONALITA' DELLA SANZIONE DELLA RECLUSIONE - ESCLUSIONE.**

*Corte EDU, 5 novembre 2020, Balaskas c. Grecia.....pag. 408*



• **DIRITTO DI CRONACA E SEGRETO DELLE FONTI GIORNALISTICHE. GIORNALISMO D'INCHIESTA - INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DI UNA GIORNALISTA DI DIVULGARE L'IDENTITÀ DI UN RIVENDITORE DI DROGA - ELEMENTI DA CONSIDERARE PER STABILIRE LA NECESSITÀ DI DIVULGARE L'IDENTITÀ DI UNA FONTE GIORNALISTICA.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 6 ottobre 2020, Jecker contro Svizzera...pag. 417*

- **LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – PROTEZIONE DELLE FONTI GIORNALISTICHE – ACCESSO GIUDIZIARIO AI DATI – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 – SUSSISTENZA – CONDIZIONI.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 1 aprile 2021, Sedletska contro Ucraina.....pag. 422*

#### **ART. 11 CEDU**

- **ART. 11 CEDU – LIBERTÀ DI RIUNIONE – SANZIONE PER L'ORGANIZZAZIONE DI UNA RIUNIONE NON APPROVATA DALL'AUTORITÀ A CAUSA DELLO SVOLGIMENTO DI UN'ALTRA RIUNIONE PUBBLICA NELLO STESSO LUOGO – LEGITTIMITA' DI UNA LEGGE NAZIONALE CHE DISPONGA IN TAL SENSO – CONDIZIONI.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Csiszer et Csibi c. Romania.....pag. 429*

#### **ART. 12 CEDU**

- **DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE – FAMIGLIA NATURALE E CONVIVENTE DI FATTO – AMBITO DI TUTELA – DIFFERENZE TRA LA CEDU (ARTT. 8 E 12) E LA CDFUE (ART. 9) – ART. 384 C.P. – SCUSANTE A NATURA SOGGETTIVA CHE INVESTE DIRETTAMENTE LA COLPEVOLEZZA.**

*Cass. Pen., Sez. U, n. 10381 del 26/11/2020, dep. 17/03/2021, Fialova, Rv. 280574.....pag. 436*

#### **ART. 13 CEDU**

- **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 – VIOLAZIONE ANCHE DELL'ART. 3 CEDU – DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 4 giugno 2020, Association Innocence en danger et Association enfance e partage c. Francia .....pag. 437*



- **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.**

*Corte E.D.U., Prima Sezione, 18 marzo 2021, Petrella c. Italia.....pag. 438*



- **ART. 13 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO – ISTANZA DI REVOCA O DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CUSTODIALE – RILEVANZA DEI MOTIVI DELLA REVOCA – INDICAZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 14 gennaio 2021, Kargakis c. Grecia.....pag. 439*

## ART. 14 CEDU

- **DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – MANCATA DIMOSTRAZIONE IN CONCRETO DI UNA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO FONDATA SULL'APPARTENENZA ETNICA – MANIFESTA INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Csiszer e Csibi c. Romania...pag. 440*

### PROT. N. 7 CEDU - ART. 1

- **STRANIERI – ESPULSIONE – MOTIVI DI SICUREZZA NAZIONALE – INFORMAZIONI RISERVATE – GARANZIE PROCEDIMENTALI – 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.**

*Corte EDU, Grande Camera, 15 ottobre 2020, Muhammad e Muhammad c. Romania.....pag. 441*

### PROT. N. 7 CEDU - ART. 4

- **NE BIS IN IDEM – SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI. SANZIONE DISCIPLINARE DELLA SOSPENSIONE DALL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE MEDICA, PER COLPA PROFESSIONALE – SANZIONE PENALE PER FRODE, CON RIFERIMENTO ALLO STESSO FATTO – APPLICAZIONE DEI CRITERI "ENGEL" – NON RICONDUCEBILITÀ DELLA SANZIONE DISCIPLINARE ALLA CATEGORIA DELLA SANZIONE SOSTANZIALMENTE PENALE.**

*Corte EDU, Quinta Sezione (in comitato), 22 ottobre 2020, Faller e Steinmetz c. Francia.....pag. 448*



- **CRITERI IDENTIFICATIVI DELLA NATURA PENALE DELLA SANZIONE - GENERALITÀ DEL DIVIETO.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Prina c. Romania.....pag. 452*



- **NE BIS IN IDEM - PROCEDIMENTI COMPLEMENTARI E DOPPIA SANZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 8 ottobre 2020, Bajčić c. Croazia ...pag. 456*

## PROTOCOLLO N. 15 ALLA CEDU

- *Report sulla legge 15 gennaio 2021, n. 11, di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali (Strasburgo, 24 giugno 2013).....pag. 461*

## **AREA PENALE**

### **REPORT RELATIVI ALLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (CDFUE)**

#### **INDICE**

##### **Art. 19 CDFUE**

- **PROCEDURA DI CONSEGNA TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA – ACCORDO SULLO SPAZIO ECONOMICO EUROPEO (SEE) – ART. 36 – ESTRADIZIONE VERSO UNO STATO TERZO DI UN CITTADINO DI PAESE MEMBRO DEL SEE – VERIFICA DELLE CONDIZIONI PER DISPORRE L'ESTRADIZIONE - CONTENUTO.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 aprile 2020, C-897/19... pag.477*

##### **Artt. 47 e 48 CDFUE (e art. 6 CEDU)**

- **EQUO PROCESSO – ILLECITI AMMINISTRATIVI DI NATURA SOSTANZIALMENTE PENALE – DIRETTIVA 2003/6/CE – ARTICOLO 14, PARAGRAFO 3 – REGOLAMENTO (UE) N. 596/2014 – ARTICOLO 30, PARAGRAFO 1, LETTERA B) – ABUSI DI MERCATO – OMESSA COLLABORAZIONE CON LE AUTORITÀ COMPETENTI – DIRITTO DI MANTENERE IL SILENZIO E DI NON CONTRIBUIRE ALLA PROPRIA INCOLPAZIONE.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, causa C-481/19 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale italiana, con ordinanza del 6 marzo 2019, nel procedimento DB contro CONSOB).....pag. 484*

##### **Art. 52 CDFUE**

- **TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE - TABULATI TELEFONICI – DIRETTIVA 2002/58/CE – ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER FINALITÀ DI INDAGINE PENALE – AMMISSIBILITÀ NEI SOLI PROCEDIMENTI PER VIOLAZIONI PENALI GRAVI - UTILIZZAZIONE DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE OTTENUTI COME ELEMENTI DI PROVA - 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.**

*Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18, U.K. c. Prokuratuur (domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte di cassazione dell'Estonia).....pag. 503*

## **AREA PENALE**

### **REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE**

#### **INDICE**

- **CONVENZIONE DI BERNA DEL 19 SETTEMBRE 1979 ATTUATA CON LA LEGGE 157 DEL 1992.**

**FURTO AGGRAVATO DI FAUNA AI DANNI DEL PATRIMONIO INDISPONIBILE DELLO STATO (CD. *FURTO VENATORIO*) NELL'IPOTESI DI UCCELLAGIONE – CONFIGURABILITÀ ANCHE DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE N. 157 DEL 1992 NEL CASO IN CUI LA CONDOTTA SIA POSTA IN ESSERE DA PERSONA NON MUNITA DI LICENZA DI CACCIA.**

*Corte di cassazione, Quinta Sezione Penale, n. 16981 del 18/2/2020, Ferremi, pag. 524*

- **DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI DEL 13 GIUGNO 2002 RELATIVA AL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO: ARTT. 1, 3, 4, 4-BIS, 5; DECISIONE QUADRO 2008/909/GAI DEL 27 NOVEMBRE 2008.**

**COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE – MANDATO D'ARRESTO EUROPEO – CONSEGNA SUBORDINATA ALLA CONDIZIONE CHE LA PERSONA INTERESSATA SIA RINVIATA NELLO STATO MEMBRO DI ESECUZIONE PER SCONTARVI LA PENA O LA MISURA DI SICUREZZA PRIVATIVE DELLA LIBERTÀ EVENTUALMENTE PRONUNCIATE NEI SUOI CONFRONTI NELLO STATO MEMBRO DI EMISSIONE – CONDIZIONI DEL RINVIO – INDICAZIONE - ADATTAMENTO DELLA PENA IRROGATA NELLO STATO MEMBRO DI EMISSIONE – CRITERI – INDIVIDUAZIONE.**

*Corte di Giustizia dell'Unione europea, Quarta Sezione, 11 marzo 2020, C-314/18.. pag.535*

- **DIRETTIVA 2014/41/UE DEL 3 APRILE 2014, ARTT. 1, § 1, 2, LETT. C), 4, 6, 9; DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI DEL 13 GIUGNO 2002, ARTT. 1, 6; D.LGS. 21 GIUGNO 2017, N. 108, ARTT. 4, 5, 8, 27; L. 22 APRILE 2005, N. 69, ARTT. 17, 28.**

**COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE – ORDINE EUROPEO DI INDAGINE EMESSE DALLA PROCURA DI UNO STATO MEMBRO - NOZIONI DI "AUTORITÀ GIUDIZIARIA" E DI "AUTORITÀ DI EMISSIONE" - INDIPENDENZA RISPETTO AL POTERE ESECUTIVO – NECESSITÀ – IRRILEVANZA – DIFFERENZE RISPETTO AL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO – RAGIONI.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 8 dicembre 2020, C-584/19, A. e a.....pag. 541*

***AREA PENALE***

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



## ART. 1 CEDU

**OBBLIGO DI RISPETTARE I DIRITTI DELL'UOMO – CAMPO DI APPLICAZIONE LIMITATO ALLE PERSONE SOTTO LA GIURISDIZIONE DEGLI STATI PARTI DELLA CONVENZIONE – RICHIEDENTI ASILO – VISTO PER IL SOGGIORNO DI BREVE DURATA DI CITTADINI SIRIANI.**

*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 EDU, Grande Camera, 5 maggio 2020, caso M.N. AND OTHERS c./BELGIO, Applications n. 3599/18

### 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 «civile» (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 afgano, 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

**DIRITTO ALLA VITA (VIOLAZIONI PROCEDURALI E SOSTANZIALI) – 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 PROPORZIONALITA.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 2 aprile 2020, Kukhalashvili e altri 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 PROPORZIONALITA’

### **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 EDU, Quinta sezione, 2 aprile 2020, caso **KUKHALASHVILI e altri v. GEORGIA**, Applications nn. 8938/07, 41891/07

## **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

**DIRITTO ALLA VITA – OBBLIGHI POSITIVI – DETENZIONE CARCERARIA – SUICIDIO DEL DETENUTO - PREVISIONE, PREVEDIBILITA' E GESTIONE DEL RISCHIO – OBBLIGHI DELLE AUTORITA' NAZIONALI – VALUTAZIONE DELLA NECESSARIA DILIGENZA – VIOLAZIONE DELL'ART. 2 CEDU.**

*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](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.

### PRONUNCE SEGNALATE

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

## **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 risolve 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

### **DIRITTO ALLA VITA – VIOLENZA DI GENERE - VIOLENZA DOMESTICA – OBBLIGHI DI INDAGINI EFFICACI E DI INFORMAZIONE ALLA VITTIMA.**

*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

### **Corte E.D.U., Seconda sezione, 4 agosto 2020, Tërshana contro 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’aver 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

equivocche, 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 concludenti, **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

**DIRITTO ALLA VITA – OBBLIGHI POSITIVI – RISCHI PREVENTIVABILI PER L'USO ILLECITO DI ARMI DA PARTE DI PRIVATI.**

**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 – SUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

*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 Tinarlıoğlu 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 Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 17 settembre 2020, Kotilainen e altri c. Finlandia (ricorso n. 62439/12).

### **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 delle 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

### **DIRITTO ALLA VITA - TUTELA DELLA SALUTE - RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – INTERRUZIONE DEL MANTENIMENTO IN VITA MEDIANTE VENTILAZIONE MECCANICA.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 20 aprile 2021, caso 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 essere 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

**DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI (VIOLAZIONI MATERIALI).  
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 – VIOLAZIONE  
ANCHE DELL’ART. 13 CEDU – DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO.**

*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 mars 2017

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

CORTE EDU, Sezione 5, 4 giugno 2020, caso. AFFAIRE ASSOCIATION INNOCENCE EN DANGER ET ASSOCIATION ENFANCE ET PARTAGE c. Francia, Applications n. 15343/2015 e 16806/2015

### **ABSTRACT**

*La Corte Edu 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. 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, ri-qualificato 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 maltrattamento 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 dalla Convenzione, 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 scollartici 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 rilevate 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. 3 CEDU

**ABUSI SESSUALI PATITI DA MINORENNI IN UN ORFANOTROFIO - OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI - QUADRO LEGISLATIVO E REGOLAMENTARE ADEGUATO - INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU SUL PIANO SOSTANZIALE - NECESSITÀ DI INDAGINE EFFICACE - CARENZE INVESTIGATIVE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU SUL PIANO SOSTANZIALE.**

*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 orfanotrofio - Obblighi positivi degli Stati** - Quadro legislativo e regolamentare adeguato – Sussistenza – Misure protettive speciali idonee a proteggere i soggetti vulnerabili – Mancanza di prova circa la consapevolezza del pericolo – **Non violazione dell'art. 3 CEDU sul piano sostanziale.**

**Denuncia di abusi sessuali subiti da minorenni in un orfanotrofio – Necessità di indagine efficace** – Criteri – Obblighi procedurali alla luce della Convenzione di Lanzarote – 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 orfanotrofio sono sufficientemente gravi da rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3 CEDU. Sul piano sostanziale, la disposizione impone l'obbligo di adottare un quadro normativo adeguato a proteggere i bambini contro le violazioni gravi alla loro integrità e di adottare misure preventive in caso di rischio reale e concreto di maltrattamenti e trattamenti degradanti. Nel caso di specie, alla luce dell'adeguatezza del sistema penale della Bulgaria e delle regole di funzionamento dell'orfanotrofio ed in assenza di consapevolezza, o colpevole ignoranza, di situazioni di pericolo da parte delle autorità, non è stata ravvisata la violazione sostanziale dell'art. 3 CEDU.**

**2. A fronte di una denuncia di trattamento inumano o degradante, l'art. 3 CEDU rende necessario lo svolgimento di un'indagine efficace, dovendosi garantire l'effettiva attuazione delle leggi nazionali che tutelano il diritto a non essere maltrattati. Laddove si tratti abusi sessuali commessi su minorenni, l'obbligo procedurale è disciplinato anche**

da documenti internazionali come la **Convenzione di Lanzarote**: gli Stati sono tra l'altro tenuti ad adottare le misure legislative e di altro tipo appropriate per fornire il sostegno necessario al bambino e a coloro che ne hanno la custodia, nonché a procedere all'ascolto del minore ed alla valutazione delle specifiche accuse mosse. **Nella specie**, per la natura incompleta delle indagini e la non obiettività palesata dall'organo che per primo le aveva condotte, sono state ravvisate **carenze investigative** sufficientemente gravi da far ritenere integrata la **violazione, sul piano procedurale, dell'art. 3 CEDU, interpretato alla luce degli altri strumenti internazionali applicabili, in particolare della Convenzione di Lanzarote.**

## **IL CASO**

I **ricorrenti**, cittadini italiani **di origine bulgara**, sono **tre fratelli** - un maschio e due femmine - collocati in un orfanotrofio in Bulgaria e poi **adottati da una coppia italiana** nel giugno 2012, quando avevano rispettivamente **12, 10 e 9 anni**. Qualche mese dopo l'adozione, i genitori, allarmati perché la bambina più piccola aveva accusato il fratello di averla toccata sessualmente, dopo aver raccolto le confidenze dei figli circa certe pratiche sessuali tenute da loro, e da altri bambini, presso l'orfanotrofio, li avevano sottoposti a valutazione da parte di due psicologi specializzati in abusi su minori. All'esito di alcune sedute di terapia con i bambini, in parte videoregistrate, gli 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 ommesso di adottare le misure che avrebbero potuto evitare tale rischio.

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

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

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

Con riguardo all'obbligo di adottare misure preventive rispetto alla situazione di vulnerabilità dei ricorrenti e al dovere delle autorità che li avevano in cura di esercitare una particolare vigilanza, la Corte rileva che, sulla base della documentazione prodotta dal



Governo, **non è stato accertato che alcuna autorità bulgara fosse a conoscenza degli abusi denunciati.**

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

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

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

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

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

avrebbero commesso, le autorità bulgare avrebbero dovuto provvedere alla loro audizione per chiarire i fatti. **Si sarebbero potute inoltre considerare altre misure investigative**, nella specie certamente appropriate e proporzionate (la sorveglianza dell'istituto, l'intercettazione di conversazioni telefoniche, l'uso di agenti sotto copertura, la perquisizione dello studio del fotografo indicato come coinvolto nelle riprese degli atti sessuali).

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

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

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

## ART. 3 CEDU

### **VIOLAZIONI MATERIALI E PROCEDURALI - RICORSO ALLA FORZA DA PARTE DELLA POLIZIA – NECESSITÀ DI GARANZIE SUFFICIENTI AD AFFRONTARE IL RISCHIO DI ABUSO D’AUTORITÀ E DI VIOLAZIONE DELLA DIGNITÀ UMANA DURANTE L’INTERVENTO DI FORZE SPECIALI – MANCATO RISPETTO DELLE GARANZIE PROCEDURALI.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 30 aprile 2020, Castellani c. Francia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202412>

### **CLASSIFICAZIONE**

#### **Art. 3 CEDU – Divieto di trattamenti inumani e degradanti (violazioni materiali) –**

Ricorso alla forza – Irruzione di un’unità speciale della polizia nel domicilio di una persona indiziata di reato, al mattino presto, per procedere al suo arresto e ad interrogarlo nell’ambito di un procedimento penale che lo vedeva coinvolto – Necessità di garanzie sufficienti ad affrontare il rischio di abuso d’autorità e di violazione della dignità umana durante l’intervento delle forze speciali – Mancato rispetto delle garanzie procedurali nel caso di specie – Lesioni derivanti dall’impiego di una forza fisica non resa strettamente necessaria dal comportamento dell’indiziato ricorrente – Violazione dell’art. 3 CEDU - Sussistenza.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Art. 3 CEDU.

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

**Sentenze CEDU:** *Gutsanovi c. Bulgarie*, (n.34529/10), 15 ottobre 2013; *Douet c. France*, (n. 16705/10), 3 ottobre 2013; *Ghedir et autres c. France* (n. 20579/12), 16 luglio 2015; *Boukrourou et autres c. France*, (n. 30059/15), 16 novembre 2017; *Rehbock c. Slovénie*, (n. 29462/95), 28 novembre 2000; *Raninen c. Finlande*, 16 dicembre 1997; *Bouyid c. Belgique [GC]*, (n.23380/09), 28 settembre 2015; *Kučera v. Slovakia*, (n. 48666/99), 17 Luglio 2007.

**Sentenze Corte di cassazione:** Sez. 5, n. 50208 del 11/10/2019, S., Rv. 277841; Sez. 5, n. 47079 del 8/7/2019, R., Rv. 277544-01,02, Sez. 6, n. 22529 del 18/3/2015, Vieidr, Rv. 263690.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta Sezione, 30 aprile 2020, Castellani c. Francia (ricorso n. 43207/16).**

### **Abstract**

*La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU (Divieto di trattamenti inumani e degradanti) nel caso del ricorrente, vittima di atti di violenza da parte delle GIPN, un'unità armata speciale delle forze di polizia francesi, durante il suo arresto, avvenuto in casa in presenza della compagna e della figlia.*

*La Corte ha rilevato la violazione dell'art. 3 CEDU sia sotto il profilo procedurale che sostanziale.*

***Sul piano procedurale***, l'operazione di polizia a casa del ricorrente non era stata predisposta né condotta in modo tale che i mezzi utilizzati fossero quelli strettamente necessari a realizzare l'obiettivo finale, e cioè il suo arresto per essere interrogato in quanto indagato in un procedimento per subornazione di testimone e minaccia di morte ai danni di un avvocato, testimone in un diverso procedimento avente ad oggetto violenze dirette contro le forze dell'ordine, nel quale erano stati condannati tre componenti di una famiglia di cui il ricorrente era amico e vicino di casa.

*La Corte ha evidenziato il mancato rispetto delle garanzie procedurali dell'ordinamento interno francese che consentono il ricorso all'unità delle forze speciali denominata GIPN (Gruppi di intervento della polizia nazionale), essendo stato autorizzato il supporto di tale gruppo di polizia solo allo scopo di arrestare i membri della famiglia E.H., già condannati per violenze e sequestro di persona ai danni di funzionari di polizia, e non il ricorrente.*

*L'intervento nei confronti di quest'ultimo da parte dell'unità speciale era avvenuto senza che fosse informato il giudice istruttore e senza il consenso del Direttore del Dipartimento di Pubblica Sicurezza.*

*La Corte ha, altresì, ricordato che, secondo la propria giurisprudenza, sarebbe stato rilevante per la scelta delle modalità dell'arresto anche accertare se il ricorrente fosse solo in casa oppure vivesse con la figlia e la moglie.*

***Sul piano sostanziale***, rilevato che al ricorrente è stata riconosciuta la legittima difesa per aver colpito uno dei poliziotti intervenuti credendolo un malvivente, sicché egli era stato assolto dal reato di resistenza, la Corte ha sottolineato la particolare violenza dell'azione del gruppo di poliziotti, che indossavano elmetti, erano protetti da scudi e gli avevano inferto numerosi colpi, provocandogli lesioni gravi sia fisiche (consistite nella frattura di una costola, del naso, della mascella destra e del telaio orbitale, oltre ad

*ecchimosi multiple su tutto il corpo, determinando la necessità di un intervento chirurgico e un'infermità parziale permanente), sia psichiche.*

*La Corte ha stabilito, pertanto, che i mezzi utilizzati dalle forze di polizia non fossero quelli strettamente necessari per l'arresto del ricorrente ed ha affermato che l'innegabile uso sproporzionato della forza nei suoi confronti non era stato determinato dalla sua condotta.*

## **IL CASO**

Il 10 giugno 2002, la sig.ra O., compagna dell'avvocato-testimone nel procedimento a carico di alcuni componenti della famiglia E.H., ha indicato al telefono che la persona che aveva aggredito e minacciato il suo compagno insieme all'uomo chiamato N.E.H. il mattino del 27 aprile 2002 era tale, Joseph Castellani, amico della famiglia E.H. e successivamente identificato nel ricorrente.

In seguito a tale notizia, il 18 giugno 2002, i poliziotti della circoscrizione di pubblica sicurezza di Nizza hanno chiesto ed ottenuto il supporto del gruppo d'intervento della polizia nazionale denominato GIPN per procedere all'arresto dei membri della famiglia E.H. e, dopo l'arresto di due di loro, su richiesta della polizia di Nizza, il capo dell'unità GIPN ha accettato di intervenire anche per l'arresto del Castellani, chiamato in causa nella medesima vicenda delittuosa, il quale, secondo il reparto di Polizia di Nizza, era un soggetto pericoloso.

Si è proceduto a questa operazione nello stesso giorno, verso le sei del mattino, presso il domicilio del ricorrente.

L'unità GIPN era composta da dieci funzionari, vestiti con tuta d'intervento, cappucci, caschi e muniti di scudo e armi.

Le circostanze dell'operazione di polizia sono oggetto di contrastanti versioni delle parti: Castellani ha raccontato di aver colpito inizialmente, con una barra di ferro, un poliziotto, agendo tuttavia in stato di legittima difesa, poiché ignorava la qualifica degli uomini che avevano fatto irruzione in casa sua e aveva creduto si trattasse di malviventi; in un secondo momento, quando oramai egli non stava più opponendo resistenza, era stato duramente picchiato dalle forze dell'ordine;

i poliziotti, invece, hanno riferito che, nonostante il ricorrente non potesse avere frainteso la loro identità, egli si era ribellato violentemente, costringendoli a fare un uso, pertanto, proporzionato della forza.

Il ricorrente, dopo che il giudice istruttore ha fatto cadere le accuse mosse contro di lui per i reati di subornazione di testimone e di minaccia di morte che avevano portato al suo arresto, ha adito l'autorità giudiziaria francese sia per vedere riconosciute le responsabilità dei poliziotti per le lesioni nei suoi confronti ed il mancato soccorso mentre si trovava ristretto nelle camere di sicurezza subito dopo l'arresto, sia per ottenere risarcimento dallo Stato.

Nel giugno 2009 Castellani è stato anche assolto dall'accusa di resistenza a pubblico ufficiale, ritenuta la legittima difesa, e condannato a pena sospesa soltanto in relazione all'irregolare detenzione di un'arma, ritrovata nella sua abitazione.

Il lungo percorso giudiziario del ricorrente si è chiuso con la pronuncia del 27.6.2015 della Corte d'Appello di Montpellier (divenuta definitiva dopo la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso proposto da Castellani dinanzi alla Corte di cassazione), che ha stabilito come non poteva ritenersi provato che l'intervento dei GIPN fosse stato determinato da una negligenza coinvolgente la responsabilità dello Stato o che fosse stato inutile o sproporzionato alla luce delle condotte realizzate dal Castellani per difendersi ma anche della sua pervicacia nel resistere all'arresto, ritenendo tuttavia che lo Stato dovesse essere dichiarato responsabile per le gravi negligenze relative alla mancata assistenza medica di costui durante la fase dell'arresto in cui era stato ristretto nelle camere di sicurezza della polizia, con condannando a pagare una somma a titolo di risarcimento.

## **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

La questione sottoposta ai giudici di Strasburgo è la seguente: se la scelta di far intervenire il corpo speciale della polizia francese GIPN nelle circostanze che hanno condotto all'arresto del ricorrente e l'uso della forza da parte dei poliziotti nelle forme in cui si è accertato che essa si è manifestata configurano una violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

## **LE RISPOSTE DELLA CORTE EDU**

### **Premessa**

La Corte ha precisato, all'esordio delle sue riflessioni, che tutte le certificazioni mediche acquisite hanno documentato che il ricorrente ha subito significative lesioni fisiche e psichiche derivate dal suo arresto, che è avvenuto all'esito di un'irruzione effettuata nella sua casa da numerosi poliziotti delle forze speciali GIPN, incappucciati e armati, avvenuta molto presto al mattino, dopo aver forzato il cancello e la porta d'ingresso e dinanzi alla figlia ed alla compagna.

Simili modalità di azione della polizia gli hanno provocato inevitabilmente un forte sentimento di paura ed ansia, unito al rischio di essere umiliato anche agli occhi della sua famiglia.

### **Le affermazioni sul piano della violazione delle garanzie procedurali.**

I giudici di Strasburgo hanno ribadito una precedente decisione secondo cui l'intervento di unità speciali delle forze di polizia - di solito, secondo le indicazioni del Ministero dell'Interno, impiegate in situazioni di estrema violenza o particolarmente pericolose che richiedono reazioni immediate e decise - può determinare rischi particolari di abuso di autorità e violazione della dignità umana, sicché esso deve essere accompagnato da sufficienti garanzie procedurali (si cita la sentenza *Kučera v. Slovakia*, no. 48666/99, § 122, 17 luglio 2007).

Nel caso del ricorrente tali garanzie non sono state osservate, poiché l'intervento delle forze speciali di polizia era stato autorizzato correttamente, nel rispetto delle regole previste dall'ordinamento interno francese (e cioè l'autorizzazione del giudice istruttore e l'assenso del Direttore del Dipartimento di Pubblica Sicurezza), solo in relazione all'arresto dei membri della famiglia E.H., già condannati per violenze e sequestro di persona ai danni di funzionari di polizia, e non per quello del ricorrente, pure coinvolto nell'indagine, ma in relazione al quale i GIPN erano entrati in azione solo per una richiesta estemporanea del capo della polizia di Nizza, che aveva evidenziato una sua pericolosità, senza tuttavia che vi fosse il supporto di prove al riguardo.

Sulla singolarità di un intervento delle forze speciali nei confronti di un soggetto quale era il ricorrente, la Corte EDU cita anche alcune decisioni dell'autorità giudiziaria francese nell'ambito della vicenda.

La Corte ha, altresì, ricordato come sarebbe stato rilevante, per la scelta delle modalità dell'arresto, anche accertare se il ricorrente fosse solo in casa oppure vivesse con la figlia e la moglie, per le conseguenze che ne sarebbero potute derivare per queste ultime.

Le conclusioni della Corte, pertanto, sono state nel senso che l'operazione di polizia effettuata a casa del ricorrente non è stata predisposta né eseguita nel modo che avrebbe assicurato che i mezzi impiegati fossero quelli strettamente necessari al raggiungimento dell'obiettivo perseguito, e cioè l'arresto di un soggetto indiziato di aver commesso un reato.

### **Le affermazioni sul piano delle violazioni sostanziali all'art. 3 CEDU**

La Corte premette come non siano in discussione due fatti: le lesioni subite dal ricorrente sono state causate dai poliziotti intervenuti in casa sua; il Sig. Castellani ha colpito uno di loro con una barra di ferro e, in relazione a tale condotta, i giudici francesi hanno definitivamente accertato, con sentenza passata in giudicato, che il ricorrente si è trovato in uno stato di legittima difesa, avendo ragionevolmente creduto di essere vittima di un'aggressione in casa propria.

Di conseguenza, i giudici di Strasburgo hanno respinto l'argomento del Governo (analogo a quello della sentenza della Corte d'Appello di Montpellier divenuta definitiva) secondo cui il ricorrente ha volontariamente aggredito i poliziotti.

Ed invece, l'azione di così tanti poliziotti, che indossavano elmetti ed erano protetti da scudi, era stata particolarmente violenta, per le pesanti modalità con le quali era avvenuta e le gravi lesioni riportate dal ricorrente, sia fisiche (frattura di una costola, del naso, della mascella destra e del telaio orbitale, oltre ad ecchimosi multiple su tutto il corpo; necessità di un intervento chirurgico; un'infermità parziale permanente), che psichiche (stress post-traumatico).

Per queste ragioni, la Corte ha stabilito che i mezzi utilizzati non erano strettamente necessari per l'arresto del ricorrente e che la forza fisica usata contro di lui non è stata resa necessaria dalla sua condotta, rilevando la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

### **Osservazioni finali**

La Corte è stata chiamata a decidere un caso particolarmente complesso per le sue implicazioni procedurali e le sue conseguenze lesive sul ricorrente.

Un caso che rappresenta icasticamente il contrasto tra i diritti individuali inviolabili ed il potere dello Stato di accertare i reati e punirne gli autori, determinando la necessità di regole e garanzie precise, poiché, afferma la Corte, se è vero che l'art. 3 CEDU non proibisce il ricorso alla forza da parte della polizia durante un arresto, tuttavia impone che l'uso della forza sia proporzionato e assolutamente necessario per le circostanze concrete del fatto (cfr. §§ 52,53,54).

Le garanzie procedurali, nella prospettiva della Corte EDU, perdono qualsiasi carattere meramente formalistico ed assurgono a baluardo del rispetto effettivo dei diritti di chi venga sottoposto ad un procedimento penale ed entri in contatto con le forze dell'ordine e l'apparato repressivo dello Stato.

La violazione dell'art. 3 CEDU è stata ritenuta sussistente per la sproporzione evidente che i giudici hanno rilevato tra la personalità del ricorrente, i reati per i quali era indiziato e la sua condotta al momento dell'arresto, da un lato, e, dall'altro, l'intervento di polizia, effettuato da dieci uomini di un reparto speciale, armati e travisati, che lo hanno aggredito andando al di là dell'uso della forza necessario ad ottenere lo scopo.



## ART. 3 CEDU

**VIOLAZIONI MATERIALI E PROCEDURALI - VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI POSITIVI DI PROTEZIONE DEI SOGGETTI SOTTOPOSTI AL CONTROLLO DELLO STATO - INEFFICACIA DELLE INDAGINI PER L'ACCERTAMENTO DEI FATTI DENUNCIATI - DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA - ARRESTO O DETENZIONE ILLEGITTIMI - RAGIONEVOLEZZA DELLA CUSTODIA CAUTELARE.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 26 maggio 2020, I.E. c. Moldavia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202526>

### **CLASSIFICAZIONE**

TRATTAMENTI DISUMANI E DEGRADANTI - VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI POSITIVI DI PROTEZIONE DEI SOGGETTI SOTTOPOSTI AL CONTROLLO DELLO STATO - INEFFICACIA DELLE INDAGINI PER L'ACCERTAMENTO DEI FATTI DENUNCIATI - DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA - ARRESTO O DETENZIONE ILLEGITTIMI - RAGIONEVOLEZZA DELLA CUSTODIA CAUTELARE

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

CONVENZIONE EDU, artt. 3 (*sostanziale*), 3 (*processuale*), 5 §1.

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

*A. v. the United Kingdom*, 23 settembre 1998, § 22, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI; *Z. and Others v. the United Kingdom* [GC], n. 29392/95, §§ 73-75, ECHR 2001-V; *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], n. 41720/13, § 115, 25 giugno 2019; *Osman v. the United Kingdom*, 28 ottobre 1998, § 116, *Reports* 1998-VIII; *Preminyin v. Russia*, n. 44973/04, § 71, 10 febbraio 2011; *Gjini v. Serbia*, n. 1128/16, § 77, 15 gennaio 2019; *M.C. v. Bulgaria*, n. 39272/98, § 151, ECHR 2003-XII; *Denis Vasilyev v. Russia*, n. 32704/04, §§ 98-99-100, 17 dicembre 2009; *Mudric v. the Republic of Moldova*, n. 74839/10, § 42, 16 luglio 2013; *Hovhannisyan v. Armenia*, n. 18419/13, § 51, 19 luglio 2018; *Stoica v. Romania*, n. 42722/02, § 67, 4 marzo 2008; *Gorgiev v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, n. 26984/05, § 64, 19 aprile 2012; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], n. 39630/09, § 186, ECHR 2012; *Kuparidze v. Georgia*, n. 30743/09, § 60, 21 settembre 2017; *Gorea v. Moldova*, n. 21984/05, § 47, 17 luglio 2007; *Batı and Others v. Turkey*, nn. 33097/96 e 57834/00, § 133, ECHR 2004-IV; *Assanidze v. Georgia* [GC], n. 71503/01, § 171, ECHR 2004-II; *Ilaşcu and Others v.*

*Moldova and Russia* [GC], n. 48787/99, § 461, ECHR 2004-VII; *Buzadji v. the Republic of Moldova* [GC], n. 23755/07, § 84, 87, 102, 5 luglio 2016); *Saadi v. the United Kingdom* [GC], n. 13229/03, § 67, 68, 69, ECHR 2008; *Ilseher v. Germany* [GC], nn. 10211/12 and 27505/14, § 135, 4 dicembre 2018; *Baranowski v. Poland*, n. 28358/95, § 50, ECHR 2000-III; *Creangă v. Romania* [GC], n. 29226/03, § 101, 23 febbraio 2012; *Bozano v. France*, 18 dicembre 1986, Series A n. 111; *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, ECHR 2002-I; *S., V. and A. v. Denmark* [GC], nn. 35553/12 and 2 others, § 76, 22 ottobre 2018; *Letellier v. France*, 26 giugno 1991, § 35, Serie's A n. 207; e *Idalov v. Russia* [GC], n. 5826/03, § 140, 22 maggio 2012.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

Corte E.D.U., 26 maggio 2020, *Application no. 45422/13 I.E. v. The Republic of Moldova*

### **Abstract**

- *La Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 3 della Convenzione, sia sotto il profilo sostanziale, che sotto quello procedurale.*

- *Quanto al primo aspetto, ha ribadito l'obbligo degli Stati di protezione dei detenuti da maltrattamenti e trattamenti disumani e degradanti, in particolare minori o soggetti vulnerabili, affermando che esso opera anche in caso di non coinvolgimento diretto dei rappresentanti dello Stato, configurandosi come dovere di protezione del benessere fisico dei soggetti in posizione vulnerabile, posti sotto il controllo delle autorità. Esso non va inteso, tuttavia, in maniera da renderne eccessivamente difficile l'adempimento allorché i maltrattamenti siano posti in essere ad opera di soggetto privato.*

- ***Sotto il profilo procedurale, ha precisato che l'art. 3 richiede che gli Stati svolgano indagini effettive, tali dovendosi considerare – in linea di principio – quelle in grado di condurre all'accertamento dei fatti e alla identificazione e, se del caso, alla punizione dei responsabili, tuttavia ribadendo che si tratta di una obbligazione di mezzi e non di risultato.***

- ***La Corte è chiamata a scrutinare anche la tempestività della reazione delle autorità, rispetto all'epoca della denuncia e l'obbligo dello Stato sorge – ipso facto – allorché i fatti siano posti all'attenzione delle autorità, pur in difetto di formale denuncia.***

- *La Corte ha, infine, riscontrato una violazione dell'articolo 5 §1 e, quindi, la arbitrarietà del mantenimento della detenzione preventiva sofferta dal ricorrente – soggetto minore degli anni diciotto, per il quale il termine massimo di custodia cautelare non poteva superare i quattro mesi, secondo il codice di procedura penale dello Stato – rilevando che **il pubblico ministero, pur essendo a conoscenza di tutte le condotte ascritte al ricorrente sin dall'inizio, aveva artificiosamente promosso un procedimento***

***distinto per ogni singolo reato***, attendendo lo scadere del termine relativo al primo procedimento per promuovere gli altri due, con il risultato di determinare un arbitrario prolungamento della custodia sofferta.

### Il Caso

#### Il procedimento penale

Il 13 agosto del 2012, il ricorrente – all’epoca minorenne e incensurato – veniva arrestato per concorso in un omicidio occorso il precedente 12 agosto. La vittima era stata derubata, la sua automobile bruciata per nascondere le prove del delitto. Il provvedimento di custodia cautelare era stato prorogato sino al 9 dicembre 2012, allorché il giovane veniva rimesso in libertà, salvo a essere nuovamente e immediatamente arrestato per la rapina aggravata e il danneggiamento coevi all’omicidio, reati per i quali il 6 dicembre 2012 il pubblico ministero competente per il procedimento per omicidio aveva iscritto distinti procedimenti; il 18 dicembre successivo, peraltro, l’organo inquirente avrebbe riunito i procedimenti poiché i reati erano stati posti in essere dalla stessa persona. Nella nuova richiesta cautelare, si richiamavano le accuse formulate nel primo procedimento, ma il giudice riteneva non applicabile il termine massimo di quattro mesi, poiché la custodia riguardava fatti diversi.

Il 27 dicembre 2012, il giudice dell’appello cautelare rigettava l’impugnazione proposta dal difensore, con riferimento alla scadenza del termine massimo di custodia cautelare.

#### Le violenze denunciate

Il 9 ottobre del 2012, il direttore del carcere aveva constatato che il ricorrente presentava lesioni e zoppicava; dopo un iniziale silenzio, il ricorrente aveva riferito al direttore e allo psicologo della prigione di essere stato pesantemente picchiato e stuprato per via anale dagli ex compagni di cella, sia alla fine di settembre che agli inizi di ottobre.

Il successivo 19 ottobre il detenuto presentava formale denuncia.

Il 16 novembre 2012 il pubblico ministero archiviava il procedimento per mancanza di elementi a sostegno delle accuse, ma le indagini erano riaperte, a seguito di impugnazione del difensore, il 22 marzo 2013 dall’organo di Procura sovraordinato e i cinque soggetti denunciati formalmente accusati di percosse e stupro. Un nuovo esame medico legale consentiva di accertare segni di ferite, ma la insufficiente descrizione di esse nel primo rapporto rendeva difficile determinarne tempo e modalità. Alcuni testimoni riferivano delle confidenze ricevute dal ricorrente in ordine ai subiti maltrattamenti e stupro. All’epoca dei fatti, era già noto che gli accusati erano soggetti con pesanti precedenti, anche per violenza sessuale e omicidio.

Il processo a carico degli accusati risultava ancora pendente.

#### La decisione della Corte

La violazione dell'art. 3 CEDU [*<<Nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti>>*].

I giudici di Strasburgo hanno condannato lo Stato per violazione dell'art. 3, sotto entrambi i profili, sostanziale e procedurale.

Richiamati i propri precedenti (cfr. *A. v. the United Kingdom*, 23 settembre 1998, § 22, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI; *Z. and Others v. the United Kingdom* [GC], n. 29392/95, §§ 73-75, ECHR 2001-V; *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], n. 41720/13, § 115, 25 giugno 2019), la Corte ha ribadito che il combinato disposto di cui agli artt. 1 e 3 della Convenzione fa obbligo agli Stati di adottare misure atte ad assicurare che gli individui sottoposti alla loro giurisdizione non siano soggetti a maltrattamenti, anche da parte di altri soggetti privati; che, con specifico riferimento ai minorenni, tali misure devono assicurare una protezione effettiva secondo i parametri delineati in *Osman v. the United Kingdom*, 28 ottobre 1998, § 116, *Reports* 1998-VIII, e in *Z. and Others* no. 29392/95, § 73; infine, che il non coinvolgimento diretto di rappresentanti dello Stato non esonera quest'ultimo dagli obblighi di cui all'art. 3 (cfr. *Preminyin v. Russia*, n. 44973/04, § 71, 10 febbraio 2011), che non deve essere interpretato, però, in maniera da rendere eccessivamente difficile per le autorità scongiurare che trattamenti disumani o degradanti siano perpetrati da un privato ai danni di un altro (oltre a *Preminyin*, § 73, già citata, il rinvio è a *Gjini v. Serbia*, no. 1128/16, § 77, 15 gennaio 2019).

La Corte ha, inoltre, affermato che l'art. 3 richiede che gli Stati svolgano indagini effettive, anche laddove gli atti di violenza siano posti in essere da soggetti privati (cfr. *M.C. v. Bulgaria*, n. 39272/98, § 151, ECHR 2003-XII; *Denis Vasilyev v. Russia*, no. 32704/04, §§ 98-99, 17 dicembre 2009; *Mudric v. the Republic of Moldova*, n. 74839/10, § 42, 16 luglio 2013), precisando che può parlarsi di indagini effettive – in linea di principio – allorché esse siano in grado di condurre all'accertamento dei fatti e alla identificazione e, se del caso, punizione dei responsabili (cfr. *Hovhannisyán v. Armenia*, n. 18419/13, § 51, 19 luglio 2018).

Tuttavia, sul punto, i giudici di Strasburgo hanno precisato che si tratta di una obbligazione di mezzi e non di risultato e che, nel relativo scrutinio, va considerata la tempestività della reazione delle autorità rispetto all'epoca della denuncia, avuto riguardo all'avvio delle indagini, ai ritardi nell'assumere decisioni e al tempo impiegato nella fase iniziale (cfr. *Denis Vasilyev*, sopra cit., § 100; e a *Stoica v. Romania*, n. 42722/02, § 67, 4 marzo 2008).

L'obbligo dello Stato di condurre indagini effettive sorge – *ipso facto* – una volta che i fatti siano giunti all'attenzione delle autorità, anche in difetto di formale denuncia, l (cfr. *Gorgiev v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, n. 26984/05, § 64, 19 aprile 2012; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], n. 39630/09, § 186, ECHR 2012).

Quanto al profilo sostanziale, la Corte ha ricordato che le norme internazionali consentono un certo margine di manovra circa le modalità per garantire la separazione tra detenuti minorenni e maggiorenni, dovendosi verificare se le condizioni della detenzione, nel loro complesso, siano conformi all'obbligo dello Stato ai sensi dell'art. 3 della Convenzione (sul punto, *Kuparidze v. Georgia*, no. 30743/09, § 60, 21 settembre 2017).

Nel caso in esame, il ricorrente – incensurato e, dunque, in condizione di particolare vulnerabilità, aggravata da una sospetta condizione di ritardo mentale – era stato collocato in cella insieme a cinque detenuti, alcuni condannati per crimini gravi, quali omicidio e violenza sessuale e uno, sembra, anche per stupro di minorenne, situazione che, secondo la Corte, ha creato il pericolo che egli divenisse vittima di abusi (sul punto, *Gorea v. Moldova*, n. 21984/05, § 47, 17 luglio 2007), richiamando sul punto le indicazioni del Consiglio di Europa e delle Nazioni Unite, secondo cui i giudicabili devono essere detenuti separatamente dai condannati.

Inoltre, autorità erano già venute a conoscenza delle lesioni prima della denuncia formale e, pertanto, avrebbero dovuto preoccuparsi, considerate anche le condizioni mentali della vittima, che questa potesse essere restia a denunciare i fatti per paura di rappresaglie.

Proprio l'insufficienza delle misure adottate rispetto ai fatti accaduti il 9 ottobre 2012, aveva consentito la reiterazione degli abusi, tenuto conto dell'obbligo alle autorità di reagire in caso di segnali di maltrattamenti anche in assenza di formale denuncia.

Quanto al profilo procedurale, La Corte ha riconosciuto che, dopo la denuncia del ricorrente, il pubblico ministero aveva assunto alcune iniziative, ma non aveva aperto formalmente un'indagine, soprattutto in considerazione del fatto che il proctologo non aveva trovato segni di stupro. Sul punto, ha rilevato la incompletezza della consulenza del medico proctologo sotto due distinti profili (lo specialista aveva visitato il denunciante il 26 ottobre senza trovare segni di penetrazione anale, ma non aveva precisato che ciò poteva dipendere dal lasso temporale trascorso; inoltre, pur espressamente richiesto, aveva taciuto sulla riferita depilazione anale).

Sul punto, la Corte ha ribadito che le autorità devono considerare la condizione di vulnerabilità delle vittime, le quali possono essere restie a denunciare i fatti (*Bati and Others v. Turkey*, nos. 33097/96 e 57834/00, § 133, ECHR 2004-IV), ricordando che il ritardo iniziale delle indagini era proseguito dopo la loro riapertura (marzo 2013), essendosi esse concluse solo nel luglio 2015, laddove il processo era ancora pendente in primo grado al maggio 2017.

La violazione dell'art. 5 §1 CEDU [<<Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge>>].

La Corte ha ribadito che l'art. 5, letto in combinato disposto con gli artt. 2, 3 e 4 della Convenzione, è al primo posto tra i diritti fondamentali che proteggono la sicurezza fisica

dell'individuo e che il suo scopo è quello di prevenire limitazioni della libertà arbitrarie e ingiuste (vedi *Assanidze v. Georgia* [GC], n. 71503/01, § 171, ECHR 2004-II; *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], n. 48787/99, § 461, ECHR 2004-VII; *Buzadji v. the Republic of Moldova* [GC], n. 23755/07, § 84, 5 luglio 2016); ogni privazione della libertà, oltre a dover rientrare in una delle eccezioni espressamente declinate alle lettere a-f dell'art. 5 § 1, deve essere anche legittima (cfr. *Saadi v. the United Kingdom* [GC], n. 13229/03, § 67, ECHR 2008; *Ilınseher v. Germany* [GC], nn. 10211/12 e 27505/14, § 135, 4 dicembre 2018).

L'espressione "nei modi previsti dalla legge" contenuta nell'art. 5 § 1, infatti, rinvia alle leggi nazionali e stabilisce l'obbligo di conformarsi ad esse, cosicché, di norma, spetta innanzitutto ai giudici nazionali interpretare e applicare la legge interna. Tuttavia la situazione è diversa ove il mancato rispetto della legge comporti di per sé una violazione della Convenzione. In tali casi, infatti, la Corte deve verificare se la legge interna sia stata effettivamente osservata (sul punto, cfr. *Baranowski v. Poland*, n. 28358/95, § 50, ECHR 2000-III, and *Creangă v. Romania* [GC], n. 29226/03, § 101, 23 febbraio 2012) e, nonostante non fornisca una definizione di condotta arbitraria ai sensi dell'art. 5 citato, ha richiamato il principio generale ricavabile dai suoi precedenti: la detenzione deve considerarsi "arbitraria" tutte le volte in cui, nonostante appaia rispettosa della lettera della legge, vi sia stata mala fede o raggirio da parte delle autorità (cfr., sul punto, *Bozano v. France*, 18 dicembre 1986, Series A n. 111; *Čonka v. Belgium*, n. 51564/99, ECHR 2002-I; *Saadi*, cit., §§ 68 and 69; *S., V. and A. v. Denmark* [GC], nn. 35553/12 and 2 others, § 76, 22 ottobre 2018).

Nella specie, la Corte ha osservato che l'art. 186 co. 4 del cod. proc. pen. moldavo espressamente indica in quattro mesi il termine massimo di detenzione nei confronti di soggetti minori di età, a prescindere dallo *status detentionis* (si tratti, cioè, di soggetti sospettati, indagati o imputati). La difesa del ricorrente, peraltro, aveva espressamente rilevato davanti ai giudici nazionali e in sede di osservazioni, che il pubblico ministero era a conoscenza sin dall'inizio di tutte le condotte ipotizzate a carico del minore, cosicché non poteva affermarsi che egli avesse appreso delle ulteriori condotte solo durante le indagini per l'omicidio, essendo state le stesse poste in essere nel medesimo contesto spazio-temporale, come peraltro confermato da alcune circostanze fattuali: in primo luogo, i procedimenti aperti successivamente erano stati riuniti con quello originario; inoltre, una delle accuse successive (quella di danneggiamento dell'autovettura della vittima) era stata descritta nel primo procedimento per omicidio quale condotta posta in essere allo scopo di occultare l'omicidio stesso; ancora, nella seconda richiesta cautelare il pubblico ministero aveva fatto rinvio all'accusa di omicidio per fondare il quadro cautelare; infine, la tempistica della seconda richiesta, formulata alla scadenza del termine massimo relativo al primo

procedimento, aveva messo in risalto, secondo gli assunti difensivi, la mala fede delle autorità procedenti.

Secondo la Corte, tale strumentale separazione dei procedimenti relativi alle accuse mosse al ricorrente, all'evidente scopo di prolungare il termine massimo di custodia, costituisce prova di mala fede da parte delle autorità, cosicché il periodo di custodia successivo al 9 dicembre 2012 deve considerarsi arbitrario, secondo l'art. 5 § 1 della Convenzione.

## ART. 3 CEDU

**VIOLAZIONI MATERIALI E PROCEDURALI - SOGGETTO TRATTENUTO PRESSO L'AUTORITÀ DI POLIZIA GIUDIZIARIA E SOTTOPOSTO A MANIFESTAZIONI DI VIOLENZA FISICA E PSICHICA - COSTRIZIONE A SOTTOSCRIVERE UNA DICHIARAZIONE AMMISSIVA DI COLPEVOLEZZA - DIRITTO AD UNA RAPIDA VERIFICA GIURISDIZIONALE DELLA SUSSISTENZA DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI - QUALIFICA DI "VITTIMA" AI SENSI DELL'ART. 34 CEDU - PERSISTENZA DELLO STATUS DI "VITTIMA" A PRESCINDERE DA OGNI RISARCIMENTO O COMPENSAZIONE NON ACCOMPAGNATA DAL PERSEGUIMENTO DEI RESPONSABILI DELLA CONDOTTA IN VIOLAZIONE ALL'ART. 3 CEDU.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 26 gennaio 2021, Zličić contro Serbia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207467>

**CLASSIFICAZIONE: Divieto di trattamenti inumani o degradanti** – Soggetto **trattenuto** presso l'autorità di **polizia** giudiziaria e sottoposto a manifestazioni di **violenza fisica e psichica**, ivi inclusa la costrizione a sottoscrivere una **dichiarazione ammissiva di colpevolezza** – **Violazione dell'art. 3 CEDU** - Sussistenza.

**Diritto ad una rapida verifica giurisdizionale della sussistenza di trattamenti inumani o degradanti** – Caratteristiche e requisiti di tale tipologia di indagine anche in relazione al dovere sancito dall'art. 1 della medesima Convenzione, al fine di rendere efficace il principio convenzionale di cui all'art. 3 - **Violazione dell'art. 3 CEDU** - Sussistenza.

**Qualifica di "vittima" ai sensi dell'art. 34 CEDU** – Persistenza dello status di "vittima", come individuato dall'art. 34 CEDU, a prescindere da ogni **condotta risarcitoria o compensativa non accompagnata dal perseguimento dei responsabili** della condotta in violazione all'art. 3 CEDU – **Sostanziale impunità** degli agenti dello Stato, anche a seguito di una mancata effettiva indagine pubblica. Irrilevanza della possibilità, per il ricorrente, di poter agire in giudizio con ulteriore azione privata – **Violazione dell'art. 3 CEDU** – Sussistenza.

**Principio del giusto processo** – Utilizzazione di **prove acquisite** in violazione dell'art. 3 CEDU – Totale **irrilevanza** delle prove stesse ai fini della decisione adottata – **Violazione dell'art. 6 § 1 CEDU** – Insussistenza



**RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:** Art. 3 CEDU; Art. 6 § 1 CEDU; Art. 34 CEDU.

**RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):**

Pretty c. Regno Unito, n. 2346/02, ECHR 2002-III; Ilias e Ahmed c. Ungheria [GC], n. 47287/15, 21 novembre 2019; Rooman c. Belgio [GC], no. 18052/11, 31 gennaio 2019; Gäfgen c. Germania [GC], no. 22978/05, ECHR 2010; Price c. Regno Unito, n.33394/96, ECHR 2001-VII; Jalloh c. Germania [GC], n. 54810/00, 11 luglio 2006; Z.A. ed altri c. Russia [GC], n. 61411/15 tre successivi, 21 novembre 2019; Labita c. Italia [GC], no. 26772/95, ECHR 2000-IV; Hurtado c. Svizzera, 28 gennaio 1994; Wieser c. Austria, no. 2293/03, 22 febbraio 2007; Bouyid c. Belgium [GC], no. 23380/09, ECHR 2015; Rodić ed altri c. Bosnia. Erzegovina, no. 22893/05, 27 maggio 2008; Selmouni c. Francia [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V; Ribitsch c. Austria, 4 dicembre 1995; Irlanda c. Regno Unito, 18 gennaio 1978; Salman c. Turchia [GC], no. 21986/93, ECHR 2000-VII; Assenov ed altri c. Bulgaria, 28 ottobre 1998; Almaši c. Serbia, o. 21388/15, 8 ottobre 2019; Stanimirović c. Serbia, n. 26088/06, 18 ottobre 2011; Batı ed altri c. Turchia, n. 33097/96 e 57834/00, ECHR 2004-IV; Krsmanović c. Serbia, n. 19796/14, 19 Dicembre 2017; Ognyanova e Choban c. Bulgaria, n. 46317/99, 23 febbraio 2006; Antipenkov c. Russia, no. 33470/03 15 ottobre 2009; Mikiashvili c. Georgia, n. 18996/06, 9 ottobre 2012; Vladimir Romanov c. Russia, no. 41461/02, 24 luglio 2008; **Cestaro c. Italia, n. 6884/11, 7 aprile 2015;** **Bartesaghi Gallo ed altri c. Italia n.12131/13 e n. 43390/13 del 22 giugno 2017;** Matko c. Slovenia, n. 43393/98, 2 novembre 2006; Stojnšek c. Slovenia, n. 1926/03, 23 giugno 2009; Schenk c. Svizzera, 12 luglio 1988; Teixeira de Castro c. Portogallo, 9 giugno 1998; Heglas c Repubblica Ceca, n. 5935/02, 1 marzo 2007; P.G. e J.H. c. Regno Unito, n. 44787/98, ECHR 2001-IX; Allan c. Regno Unito, n. 48539/99, ECHR 2002-IX; İçöz c. Turchia, n. 54919/00, 9 gennaio 2003; Göçmen c. Turchia, n. 72000/01, 17 ottobre 2006; El Haski c. Belgio, n. 649/08, 25 settembre 2012

**Corte E.D.U., Seconda sezione, 26 gennaio 2021, Zličić contro Serbia**

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

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

3. Ad una violazione dell'art. 3 della Convenzione **non può essere posto rimedio solo attraverso una condotta risarcitoria o compensativa della vittima, indipendentemente dal perseguimento dei responsabili** e dalla loro punizione, perché ciò realizzerebbe una sostanziale impunità per gli autori della violazione, soprattutto nel caso in cui sia mancata una effettiva indagine pubblica, sicché, in tale situazione, il soggetto conserva la qualifica di "vittima" della violazione, non potendo essergli neanche richiesto l'esercizio concreto di altra iniziativa giurisdizionale, ancorché in linea procedimentale prevista dall'ordinamento nazionale, a fronte della carenza di indagini o dell'inerzia del pubblico ministero, principale organo investigativo.

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

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

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

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

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

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

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

Tale condanna era stata confermata in appello ed in Cassazione.

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

essere assoggettato a violenza durante la custodia da parte della polizia e di non essere costretto a fare affermazioni autoaccusatorie.

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

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

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

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

Nel caso in esame la Corte – ribadito che essa non ha il compito di sostituirsi alla valutazione effettuata dall'autorità giudiziaria dello Stato, non essendo, tuttavia, vincolata alle statuizioni delle predette autorità, in applicazione del canone dell'al di là di ogni ragionevole dubbio – ha rilevato - alla luce delle specifiche connotazioni del caso, con particolare riferimento alla condanna dello Stato in sede civile basata, in entrambi i gradi di giudizio, sulla piena condivisione della versione del ricorrente, oltre che sulla mancanza di una plausibile versione alternativa da parte del Governo - la sussistenza della violazione

dell'art. 3 CEDU anche sotto l'aspetto costituito dalla sottoscrizione di un documento confessorio, effettuata per effetto di una minaccia.

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

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

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

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

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

In tale situazione il ricorrente va ancora individuato quale "vittima" della violazione, e, benché in linea di principio avrebbe potuto agire ulteriormente, dopo il rigetto della prima denuncia in sede penale, con un'ulteriore azione prevista dall'ordinamento processuale nazionale, al fine di denunciare le lesioni lievi patite, tuttavia il pubblico ministero aveva già ricevuto una denuncia che lo aveva messo nelle condizioni di svolgere un'accurata indagine, sicché **nessun ulteriore onere poteva essere posto a carico del ricorrente** essendo, al contrario, responsabilità del pubblico ministero, organo sicuramente meglio

attrezzato, anche se non in via esclusiva, a svolgere le dovute indagini. In tal senso la Corte ha concluso per la sussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU nelle sue articolazioni sostanziali e procedurali.

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

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

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

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

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

Principi analoghi sono stati pronunciati con la condanna dello Stato italiano per i **fatti commessi dalla polizia nella scuola Diaz-Pertini di Genova, al termine del summit del G8 nel 2011**. Si osservò in quella occasione che i maltrattamenti subiti dal ricorrente dovessero essere qualificati come «tortura» nel senso dell'articolo 3 della Convenzione, posto che essi erano stati inflitti intenzionalmente e con premeditazione nonché in maniera del tutto gratuita e ingiustificata. Affinché **un'inchiesta sia effettiva nella pratica, la condizione preliminare è che lo Stato abbia promulgato delle disposizioni di**

**diritto penale che sanzionino le pratiche contrarie all'articolo 3.** Infatti, l'assenza di una legislazione penale sufficiente a prevenire e punire effettivamente gli autori di atti contrari all'articolo 3 può impedire alle autorità di perseguire questi illeciti, di valutarne la gravità, di pronunciare pene adeguate e di escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa alleggerire eccessivamente la sanzione, a scapito del suo effetto preventivo e dissuasivo. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la legislazione penale italiana sia inadeguata rispetto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e al tempo stesso sprovvista di effetti dissuasivi per prevenire efficacemente la loro reiterazione.

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

## ART. 3 CEDU

### SPAZIO CARCERARIO, MODALITA' DI COMPUTO E FATTORI COMPENSATIVI.

*Corte EDU, Terza Sezione, 20 ottobre 2020, Badulescu contro 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.*

##### **Sentenza 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 EDU, Badulescu contro Portogallo, 20 ottobre 2020, ricorso n. 33729/2018.**

### **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 mancanza 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

### SPAZIO CARCERARIO, MODALITA' DI COMPUTO E FATTORI COMPENSATIVI.

*Corte EDU, 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.

##### **Sentenze della Corte di cassazione**

Sez. 1, n. 30030 dell’11/09/2020, Adinolfi, Rv. 279793-01; Sez. U, n. 37218 del 24/09/2020, Commisso; 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 incontroverso 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 incontroverso 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

### SPAZIO CARCERARIO, MODALITA' DI COMPUTO E FATTORI COMPENSATIVI.

Corte EDU, Quinta Sezione, 25 marzo 2021, *Bivolaru e Moldovan c. Francia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208760>

### CLASSIFICAZIONE

**RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE ESTRADIZIONE PER L'ESTERO** – Consegna disposta in esecuzione di un mandato di arresto europeo - Rischio di trattamento inumano o degradante a causa delle condizioni di detenzione negli istituti penitenziari dello Stato di emissione – Applicazione della “presunzione di protezione equivalente” – Rilevanza - Limiti.

**ISTITUTI DI PREVENZIONE E DI PENA (ORDINAMENTO PENITENZIARIO)** - Divieto di trattamenti inumani o degradanti – Spazio minimo individuale intramurario - Fattori compensativi del trattamento detentivo – Rilevanza – Condizioni.

### RIFERIMENTI NORMATIVI

CEDU, art. 3; CFUE, art. 4; TUE, artt. 78, 82; Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, art. 33, par. 1; Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, artt. 1, par. 3, 2, 3, 4, 4-bis; legge 22 aprile 2005, n. 69, artt. 1, co. 3 e 3-ter, 2, 18, 18-bis, 18-ter.

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

**A)** Corte EDU, Grande Camera, *Bosphorus Hava Yollar Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, 30 giugno 2005, § 155, n. 45036/98; Corte EDU, Grande Camera, 23 maggio 2016, *Avotins c. Lettonia*, n. 17502/07; Corte EDU, 6 marzo 2013, *Michaud c. Francia*, n. 12323/11; Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, n. 7334/13.

**B)** Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-404/15, *Aranyosi e Căldăraru*; Corte giust. UE, 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*;

**C)** Sez. U, 6551 del 20 settembre 2020, dep. 2021, *Commisso*, Rv. 280433; Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, *Barbu*, Rv. 267296.

### PRONUNCIA SEGNALATA

Corte EDU, Sez. V, 25 marzo 2021, *Bivolaru e Moldovan c. Francia*, nn. 40324/16 e 12623/17

## **ABSTRACT**

*La Corte EDU si è pronunciata in relazione ad caso avente ad oggetto due mandati esecutivi di arresto europeo richiesti dalla Romania alla Francia nei confronti di due cittadini rumeni condannati in absentia, stabilendo i seguenti principi: a) nell'adempimento dei loro obblighi internazionali gli Stati contraenti restano comunque vincolati al rispetto degli obblighi stabiliti dalla CEDU; b) se l'organizzazione internazionale in questione (nel caso in esame, l'Unione europea) conferisce ai diritti fondamentali (nel caso in esame, il divieto di subire trattamenti inumani o degradanti negli istituti di pena dello Stato di emissione) un livello equivalente o comparabile di protezione rispetto a quello ad essi garantito dalla CEDU, le misure adottate per adempiere quegli obblighi internazionali devono ritenersi giustificate; c) l'applicabilità della "presunzione di protezione equivalente" si fonda sui due presupposti dell'assenza in capo alle autorità nazionali di margini discrezionali in relazione all'adempimento dell'obbligo internazionale e della piena attuazione del potenziale del meccanismo di vigilanza e controllo sul rispetto dei diritti fondamentali all'interno dell'organizzazione; d) il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea non può essere applicato in modo automatico e meccanico a discapito dei diritti fondamentali; e) qualora la regola basata sulla presunzione di protezione equivalente sia in concreto configurabile, la CEDU verifica se le modalità di applicazione dello strumento di riconoscimento reciproco renda manifestamente carente o meno la tutela dei diritti convenzionali; f) tali principi non si applicano solo al mandato d'arresto europeo, ma anche a tutti i meccanismi euro-unitari di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.*

### **1. Il caso.**

Con la sentenza in esame la Corte EDU si è pronunciata su due ricorsi aventi ad oggetto la consegna disposta a seguito della emissione di due mandati esecutivi di arresto europeo richiesti dalla Romania alla Francia nei confronti di due cittadini rumeni (Codrut Moldovan e Gregorian Bivolaru) rispettivamente condannati, il primo, alla pena di sette anni e mesi sei di reclusione per il reato di traffico di esseri umani, ed il secondo, in possesso dello *status* di rifugiato politico in Svezia, alla pena di sei anni di reclusione per reati in materia sessuale.

A fronte di m.a.e. emessi per l'esecuzione di condanne definitive emesse *in absentia*, le autorità giudiziarie francesi hanno accolto entrambe le richieste sulla base di differenti percorsi procedurali.

Per quel che attiene alla posizione del Moldovan, condannato nel 2015 per il reato di traffico di esseri umani dalla Romania alla Francia ed ivi posto in stato di arresto, era stata contestata l'esecuzione del m.a.e. allegando il fatto che in Romania egli avrebbe subito

una detenzione in condizioni incompatibili con le garanzie previste dall'art. 3 CEDU: le autorità francesi, dopo aver richiesto informazioni supplementari ed assicurazioni sul punto alla Romania, avevano disposto l'esecuzione del m.a.e. respingendone il ricorso per cassazione.

Nei confronti del Bivolaru, invece, dopo il suo arresto a Parigi, il m.a.e. era stato contestato allegando in particolare la natura politica della condanna e il rischio di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU per ragioni discriminatorie di ordine politico e religioso; dal 2005, infatti, egli aveva ottenuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato da parte della Svezia. Ciò nonostante, anche il suo ricorso veniva respinto dalla Corte di cassazione francese, che ne disponeva la consegna alla Romania in esecuzione del m.a.e.

Dinanzi alla Corte EDU entrambi i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 3 CEDU per effetto dell'esecuzione del m.a.e. emesso nei loro confronti, contestando il fatto che le Autorità giudiziarie francesi, nell'eseguire le rispettive "eurordinanze" rumene, non avevano tenuto conto dei rischi individuali di esposizione a trattamenti inumani e degradanti negli istituti penitenziari dello Stato richiedente, con riferimento alla prospettata violazione del parametro convenzionale stabilito dalla su indicata disposizione. Nel caso del Bivolaru, in particolare, il ricorso veniva incentrato anche, e soprattutto, sul problema legato all'apprezzamento delle conseguenze legate allo *status* di rifugiato concessogli da un altro Paese membro dell'Unione europea.

## **2. La ratio decidendi.**

Richiamata preliminarmente la sua consolidata elaborazione giurisprudenziale in merito alle condizioni di applicazione della presunzione di protezione equivalente nelle questioni relative all'applicazione degli strumenti normativi propri del diritto dell'Unione europea (Corte EDU, Grande Camera, *Bosphorus Hava Yollar Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, 30 giugno 2005, § 155, n. 45036/98; Corte EDU, Grande Camera, 23 maggio 2016, *Avotins c. Lettonia*, n. 17502/07; Corte EDU, 6 marzo 2013, *Michaud c. Francia*, n. 12323/11), la Corte EDU ne ha vagliato le implicazioni con riferimento al caso in cui nell'esecuzione di un m.a.e. entrino in giuoco i profili attinenti alle condizioni di detenzione degli istituti penitenziari dello Stato di emissione.

Secondo i principi generali al riguardo enunciati nella sentenza *Bosphorus*, poi sviluppati dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze *Michaud* e *Avotins*, nell'applicare il diritto dell'Unione europea gli Stati contraenti rimangono soggetti agli obblighi liberamente assunti nell'aderire alla Convenzione: siffatti obblighi, tuttavia, devono essere valutati rispetto ai presupposti della presunzione di protezione cd. "equivalente", vale a dire in termini non identici ma "paragonabili" a quelli assicurati dalla Convenzione.

Entro tale prospettiva, afferma la Corte, una misura adottata con la finalità di adempiere agli obblighi giuridici internazionali (nel caso di specie quelli derivanti dall'adesione dei

predetti Stati parti all'Unione europea) può ritenersi giustificata solo se l'organizzazione in questione accordi ai diritti fondamentali un livello di protezione comparabile a quello garantito dalla Convenzione europea e, se ciò accade, deve presumersi che gli Stati parti rispettino i requisiti della Convenzione quando eseguono gli obblighi giuridici derivanti dalla loro appartenenza a quell'organizzazione.

Il compito della Corte, in particolare, consiste nel verificare se le condizioni per l'applicazione della presunzione di protezione equivalente siano state soddisfatte nelle circostanze del caso concreto, accertando se in sede di esecuzione di un mandato di arresto europeo sia riscontrabile o meno una manifesta inadeguatezza dei meccanismi di protezione dei diritti e delle garanzie convenzionali.

Ove tali condizioni non risultino integralmente soddisfatte, la Corte deve esaminare il modo in cui l'autorità giudiziaria di esecuzione ha concretamente proceduto nella trattazione del caso, al fine di accertare l'esistenza di un rischio reale e concreto di violazione dei diritti protetti dalla Convenzione in sede di esecuzione di un mandato europeo di arresto.

Nel sistema UE le condizioni per l'applicazione della presunzione di protezione equivalente sono di duplice ordine: *a)* l'assenza di qualunque margine di discrezionalità in capo alle autorità statali; *b)* la massima espansione delle potenzialità inerenti al meccanismo di controllo previsto dal diritto dell'Unione.

Ora, i principi enunciati nella giurisprudenza della Corte europea si applicano a tutti i meccanismi di mutuo riconoscimento previsti dal diritto dell'Unione europea e la presunzione di protezione equivalente è considerata senz'altro applicabile quando le autorità nazionali attuano il diritto euro-unitario senza margini di apprezzamento discrezionale, ma la stessa può essere superata all'esito di una complessiva valutazione delle circostanze rilevanti in un caso concreto: pur dovendo tener conto, infatti, delle modalità di funzionamento dei meccanismi del mutuo riconoscimento, e in particolare della loro esigenza di effettività, la Corte deve verificare che il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie non sia applicato in maniera automatica e meccanica, a discapito dei diritti fondamentali.

Solo un'adeguata protezione dei diritti tutelati dalla Convenzione conferisce a questo meccanismo la sua piena efficacia, sicchè se dinanzi alle autorità nazionali viene presentata una censura seria e motivata di manifesta insufficienza della tutela di un diritto garantito dalla Convenzione e il diritto dell'UE non consenta di porvi rimedio, esse non possono rinunciare all'esame di tali doglianze per il solo motivo che sono tenute ad applicare la normativa euro-unitaria. In questo caso, dunque, spetta ad esse interpretare ed applicare tale normativa in conformità con la Convenzione.

Ove la presunzione di protezione equivalente sia applicabile nel caso sottoposto alla sua cognizione, è compito della Corte europea stabilire se la protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione risulti viziata nel caso di specie da una insufficienza "manifesta", come tale

idonea a rovesciare il fondamento di tale presunzione, nel qual caso il rispetto della Convenzione come "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo" nel campo dei diritti umani dovrebbe prevalere sull'interesse della cooperazione internazionale (cfr. sent. *Bosphorus*, § 156, e *Michaud*, § 103).

### **3. La decisione.**

Applicando tali parametri ai casi devoluti alla sua cognizione, la Corte EDU è pervenuta a soluzioni differenti, assumendo costantemente come punti fermi nelle sequenze del suo percorso argomentativo i principi affermati nella più recente elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia in merito al rapporto fra il divieto – omologo all'art. 3 CEDU - posto dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali (secondo cui *Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti*) ed il concreto funzionamento del sistema di consegna post-estradizionale fondato sulla Decisione quadro in tema di mandato di arresto europeo.

**3.1. In relazione al primo ricorso**, ha preliminarmente rammentato che l'obbligo giuridico per l'autorità giudiziaria che esegue il m.a.e. discende dalla decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, così come interpretata dalla Corte di giustizia UE sin dalla sua sentenza *Aranyosi e Căldăraru* del 5 aprile 2016, e che, allo stato attuale della giurisprudenza di tale Corte, all'autorità giudiziaria dell'esecuzione è consentito derogare solo in circostanze eccezionali ai principi di fiducia e riconoscimento reciproci tra gli Stati membri rinviando o addirittura rifiutando, se del caso, l'esecuzione del m.a.e.

Verificata la sussistenza nel caso di specie dei presupposti di applicabilità della presunzione di protezione equivalente, la Corte ha rilevato che, sulla base dell'esame dei fatti e delle allegazioni offerte dal primo ricorrente, l'autorità giudiziaria di esecuzione disponeva di solidi elementi fattuali per riconoscere la sussistenza di un rischio reale che egli, in caso di consegna, potesse subire trattamenti inumani e degradanti a causa delle condizioni di detenzione cui sarebbe stato sottoposto in Romania, sicchè non avrebbe dovuto basarsi esclusivamente sulle dichiarazioni delle autorità rumene.

Sebbene il ricorrente avesse prodotto prove di carenze sistemiche e diffuse nelle carceri dello Stato di emissione, ivi compreso l'istituto ove le autorità di emissione intendevano collocarlo, le autorità di esecuzione hanno escluso la presenza di un rischio di violazione della garanzia prevista dall'art. 3 CEDU, senza esaminare in maniera adeguata: *a)* il fatto che, secondo la sua giurisprudenza (Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursic c. Croazia*, n. 7334/13), il limite di 3 mq di superficie calpestabile per detenuto in una cella multipla costituisce lo *standard* minimo applicabile ai fini dell'art. 3 della Convenzione (laddove nel caso in esame la risposta delle Autorità rumene, che consideravano a tal fine anche la presenza di mobili e servizi igienici, era indicativa del fatto che quello spazio minimo non gli sarebbe stato concesso); *b)* il fatto che le assicurazioni fornite dalle Autorità

rumene in merito agli altri aspetti delle condizioni di detenzione nel carcere ove avrebbe dovuto scontare gran parte della pena risultavano formulate in modo stereotipato e non erano state apprezzate ai fini della valutazione del rischio da parte dell'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione; c) la circostanza che, se anche le Autorità dello Stato di emissione non avevano escluso la possibilità che il ricorrente venisse trattenuto in un carcere diverso da quello indicato, le precauzioni al riguardo assunte dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione, sotto la forma di una raccomandazione che il ricorrente doveva esser detenuto in una prigione in grado di offrire condizioni identiche, se non migliori, erano comunque insufficienti per escludere la presenza di un rischio reale di trattamenti inumani e degradanti.

Alla luce delle particolari circostanze del caso in esame, dunque, la Corte ha concluso rilevando una manifesta inadeguatezza della protezione dei diritti fondamentali, in termini tali da confutare la presunzione di protezione equivalente, con il conseguente accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu.

**3.2. In relazione al secondo ricorso**, invece, la Corte ha ritenuto che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, dopo aver svolto un esame approfondito e completo della situazione personale del ricorrente, non era in possesso di una base fattuale sufficientemente solida per ritenere l'esistenza di un rischio reale di violazione dell'art. 3 della Convenzione e rifiutare, sulla base di tale motivo, l'esecuzione del m.a.e.

Preliminarmente, tuttavia, la Corte di Strasburgo ha esaminato il profilo di doglianza concernente il vaglio in concreto effettuato dalle Autorità francesi circa lo *status* di rifugiato concesso, e non revocato, al ricorrente da un altro Stato membro UE (la Svezia), escludendo l'operatività del principio di protezione equivalente sul rilievo che le Autorità di esecuzione avevano respinto la domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiedere chiarimenti sul rapporto tra la disciplina del m.a.e. e lo *status* di rifugiato riconosciutogli da un Paese membro dell'Unione: questione, quella ora indicata, che la Corte di Strasburgo ha considerato rilevante sia sul versante della protezione dei diritti fondamentali da parte del sistema euro-unitario, sia su quello della interrelazione con la tutela offerta dall'art. 33, § 1, della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, trattandosi di un aspetto sul quale la Corte di giustizia non risultava essersi pronunciata.

Nel caso in esame, dunque, la Corte di cassazione francese, decidendo di non attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulle implicazioni sottese all'esecuzione di un m.a.e. emesso nei confronti di una persona in possesso dello *status* di rifugiato - *status* concesso, peraltro, da uno Stato membro al cittadino di un Paese terzo, la Romania, successivamente divenuto Stato membro dell'Unione - si era pronunciata senza utilizzare l'intero potenziale del meccanismo internazionale disponibile per le garanzie di controllo del rispetto dei diritti fondamentali.

Di qui il radicamento della competenza della Corte EDU ai fini del controllo sul modo in cui l'autorità giudiziaria di esecuzione aveva proceduto nel caso di specie, così da accertare se esistesse o meno il rischio che, in caso di esecuzione del m.a.e., il ricorrente sarebbe stato esposto a trattamenti persecutori in ragione delle proprie convinzioni politiche e religiose: controllo che le autorità di esecuzione avevano in effetti svolto scambiando le opportune informazioni con le autorità svedesi, le quali avevano a loro volta risposto in merito allo *status* di rifugiato del ricorrente, chiarendo che intendevano mantenerlo, senza tuttavia esprimersi in merito alla persistenza, dieci anni dopo la sua concessione, del rischio di persecuzione nel suo Paese d'origine.

Alcun elemento sintomatico, tuttavia, emergeva dal *dossier* esaminato dall'autorità giudiziaria di esecuzione, ovvero dal materiale offerto dal ricorrente alla Corte, in ordine alla effettiva sussistenza di un rischio di persecuzione in conseguenza della sua consegna alla Romania.

Sotto tale profilo, pertanto, la Corte ha concluso il suo ragionamento osservando che le autorità giudiziarie di esecuzione avevano verificato l'assenza di motivi discriminatori legati alla richiesta di esecuzione del m.a.e. sulla base di un esame approfondito e completo della situazione personale del ricorrente, mostrando attenzione allo *status* derivante dalla sua posizione di rifugiato.

Con riguardo al diverso, ma connesso, profilo di doglianza inerente alla verifica delle condizioni di detenzione in Romania, il ricorrente si era invece limitato a formulare generiche doglianze, senza offrire specifici riferimenti alla situazione e alle condizioni degli istituti penitenziari nello Stato di emissione, sicché l'autorità giudiziaria di esecuzione non disponeva di sufficienti elementi di prova al riguardo.

A fronte di tale evenienza, in definitiva, la Corte ha ritenuto che la descrizione - fornita dal ricorrente all'autorità giudiziaria di esecuzione - delle condizioni di detenzione nelle carceri rumene non fosse sufficientemente dettagliata né approfondita, con il conseguente rilievo dell'assenza delle condizioni ostative necessarie per opporre il rifiuto del m.a.e., la cui esecuzione, in questo caso, non ha determinato alcuna violazione del diritto previsto dall'art. 3 CEDU.

#### **4. Osservazioni conclusive.**

Particolarmente rilevante appare il quadro dei principi affermati dalla Corte EDU con la decisione in commento, che si segnala non solo per la volontà di avviare un fruttuoso dialogo con la Corte di giustizia sulle tematiche "sensibili" dei rapporti fra l'esecuzione del m.a.e. e le condizioni di detenzione dei diversi sistemi nazionali, ma anche, e soprattutto, per un primo tentativo di razionale ed equilibrata sistemazione delle complesse relazioni fra l'applicazione delle garanzie fondamentali della CEDU e i concreti meccanismi di

funzionamento degli strumenti normativi euro-unitari in materia di cooperazione giudiziaria penale.

Un catalogo di principi e di indicazioni operative, quello delineato dalla Corte, che può sinteticamente riassumersi come segue: *a)* nell'adempimento degli obblighi internazionali gli Stati contraenti restano comunque vincolati al rispetto degli obblighi stabiliti dalla Convenzione; *b)* se l'organizzazione internazionale in questione (nel caso in esame, l'Unione europea) conferisce ai diritti fondamentali un livello equivalente o comparabile di protezione rispetto a quello ad essi garantito dalla CEDU, le misure adottate per adempiere quegli obblighi internazionali devono ritenersi giustificate; *c)* l'applicabilità della presunzione di protezione equivalente si fonda sui due presupposti dianzi richiamati (l'assenza in capo alle autorità nazionali di margini discrezionali in relazione all'adempimento dell'obbligo internazionale; la piena attuazione del potenziale del meccanismo di vigilanza e controllo sul rispetto dei diritti fondamentali all'interno dell'organizzazione); *d)* il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie nell'UE non può essere applicato in modo automatico e meccanico a discapito dei diritti fondamentali; *e)* qualora la regola basata sulla presunzione di protezione equivalente sia in concreto configurabile, la CEDU verifica se le modalità di applicazione dello strumento di riconoscimento reciproco renda manifestamente carente o meno la tutela dei diritti convenzionali; *f)* tali principi non si applicano solo al mandato d'arresto europeo, ma anche a tutti i meccanismi euro-unitari di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

**4.1.** Il tema dei rapporti fra il sistema dei controlli attivabili sulla base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'Unione europea rappresenta da tempo uno degli snodi più delicati nel rapporto fra l'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU e della Corte di giustizia. La CEDU, infatti, non esclude né limita la partecipazione dei propri Stati parti alle organizzazioni internazionali attraverso le quali si realizza la cooperazione internazionale, ma al contempo sottolinea il fatto che la qualità di membro di un'organizzazione internazionale non fa venir meno gli obblighi che derivano dall'adesione alla Convenzione. In applicazione di tali principi, la Corte di Strasburgo, muovendo dal presupposto che il sistema euro-unitario offre una protezione dei diritti umani "equivalente" a quella prevista dalla CEDU, ha costruito le basi della c.d. "presunzione *Bosphorus*", secondo cui opera, per lo Stato la cui condotta costituisce adempimento di un obbligo derivante dalla propria appartenenza all'organizzazione internazionale, la presunzione che tale condotta sia anche convenzionalmente conforme.

Tale accertamento si basa sull'esistenza, nell'ambito dell'Unione europea, non solo di garanzie sostanziali ma anche di meccanismi procedurali di controllo della loro osservanza, che offrono una tutela equivalente a quella prevista dalla CEDU. Per "equivalent", tuttavia, la Corte ha precisato, nella sentenza *Bosphorus*, che la protezione si intende "comparable", not "identical" e la presunzione di conformità che ne consegue è suscettibile di prova



contraria qualora, nelle specifiche circostanze del caso concreto, sia accertato che la protezione dei diritti è stata “*manifestly deficient*” (§156).

Nel successivo caso *Michaud*, la Corte EDU ha ulteriormente chiarito che l’operatività della presunzione è subordinata a due condizioni: l’assenza di qualunque margine di discrezionalità per lo Stato membro nell’adempimento dell’obbligo che deriva dal diritto UE (condizione che tipicamente sussiste nel caso dei regolamenti e manca invece rispetto alle direttive o ad altri strumenti come le decisioni quadro) e lo spiegamento, nella vicenda concreta, del pieno potenziale dei meccanismi di tutela giurisdizionale esistenti a livello UE (con una particolare sottolineatura, rispetto a questi ultimi, del ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia).

Con la pronuncia in esame, tuttavia, la Corte EDU sembra voler fare un passo in avanti nell’affermazione del grado di intensità del controllo sul piano della comparazione delle rispettive forme di tutela dei diritti fondamentali, poiché, da un lato, ha affermato con chiarezza che gli Stati membri UE devono rispettare le garanzie convenzionali quando applicano gli strumenti del riconoscimento reciproco, dall’altro lato ha indicato le modalità del controllo attivabile in relazione alla regola della presunzione di protezione equivalente, riconoscendo per la prima volta che la stessa può essere in concreto superata a causa di una manifesta carenza di tutela nell’applicazione del m.a.e. come strumento di riconoscimento reciproco.

**4.2.** Un ulteriore profilo di interesse della decisione in esame può cogliersi in relazione alle modalità di valutazione delle condizioni di detenzione riscontrabili negli istituti penitenziari dello Stato di emissione ai fini della opponibilità del correlativo motivo di rifiuto della consegna, poiché se la Corte EDU conviene con l’approccio seguito dalla Corte di Lussemburgo là dove entrambe richiedono l’accertamento di un rischio reale e individualizzato di violazione del diritto fondamentale a non subire un trattamento inumano e degradante in conseguenza della consegna, per altro verso essa non segue necessariamente l’approccio basato sul percorso bifasico inaugurato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con la menzionata decisione *Aranyosi e Căldăraru*.

Strettamente connessa a tale rilievo è la rilevante affermazione secondo cui la CEDU agisce quale punto di riferimento nelle ipotesi ritenute non coperte dall’applicazione della presunzione di protezione equivalente (nel caso di specie, a causa della mancata formulazione, da parte della Corte di cassazione francese, di una domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte UE su questioni rilevanti quali quelle relative alle implicazioni, ai fini dell’esecuzione del m.a.e., della concessione dello *status* di rifugiato ad opera di un altro Stato membro UE): in tali evenienze, infatti, il criterio basato sulla “manifesta insufficienza” di tutela viene considerato irrilevante.

Nel sistema di consegna post-estradizionale istituito dalla decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo, fondato, come è noto, sul principio del riconoscimento

reciproco (considerando 6, art. 82, par. 1, TFUE), mentre l'esecuzione del m.a.e. rappresenta la norma (art. 1, par. 2), il rifiuto di darvi esecuzione rappresenta l'eccezione. L'opposizione del rifiuto, che potrebbe aumentare il rischio di impunità e compromettere la sicurezza dei cittadini, nonché la protezione delle vittime dei reati, può essere presa in considerazione, in via di principio, solo nelle circostanze di cui agli artt. 3, 4 e 4 *bis* della decisione quadro. Sebbene non sia previsto un motivo di rifiuto legato alle violazioni dei diritti fondamentali, la decisione quadro non ha l'effetto di modificare l'obbligo degli Stati membri di rispettare i diritti e i principi fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 1, par. 3, considerando 12 e 13).

Al riguardo, infatti, una consolidata linea interpretativa della Corte di giustizia (Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-404/15, *Aranyosi e Căldăraru*; Id., 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*) ha riconosciuto che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in circostanze eccezionali e a determinate condizioni, può rifiutare di dare esecuzione ad un m.a.e. laddove sussista un rischio reale che la consegna dell'interessato possa portare a trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta, a causa delle condizioni di detenzione nello Stato membro di emissione.

Alle autorità giudiziarie competenti per l'esecuzione è dunque affidato il difficile compito di trovare, caso per caso, una equilibrata soluzione al conflitto tra il principio del riconoscimento reciproco e la tutela dei diritti fondamentali.

Per quel che attiene, in particolare, alla protezione da trattamenti inumani o degradanti, il divieto posto dall'art. 4 della Carta ha carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana di cui all'art. 1 della Carta, uno dei valori fondamentali dell'Unione e dei suoi Stati membri, come stabilito dall'articolo 2 TUE.

Come dianzi accennato, la valutazione, al riguardo, va effettuata in due fasi: *a)* le autorità competenti per l'esecuzione del m.a.e. devono avere accesso ad informazioni obiettive, attendibili, specifiche e debitamente aggiornate al fine di stabilire, in una prima fase, se, per quanto riguarda le condizioni di detenzione, nello Stato membro emittente sussistano carenze sistemiche o generalizzate, oppure carenze che colpiscono determinati gruppi di persone o taluni centri di detenzione; *b)* nella seconda fase della valutazione, esse, ai sensi dell'art. 15, par. 2, della decisione quadro, devono ricevere tutte le informazioni necessarie in ordine alle condizioni nelle quali è concretamente previsto che la persona interessata venga detenuta nello Stato membro emittente, così da poter verificare se sussistano motivi seri e comprovati per ritenere che, se consegnata, tale persona correrebbe un rischio reale di subire un trattamento inumano o degradante.

**4.3.** La giurisprudenza di legittimità si è prontamente adeguata alle indicazioni al riguardo offerte dalla Corte di Lussemburgo, stabilendo che, una volta accertata, attraverso l'acquisizione di documenti affidabili, l'esistenza di un generale rischio di trattamento inumano da parte dello Stato membro, va verificato se, in concreto, la persona oggetto del

m.a.e. potrà essere sottoposta ad un trattamento inumano: a tal fine l'autorità giudiziaria può richiedere allo Stato emittente qualsiasi informazione complementare necessaria e dovrà rinviare la propria decisione sulla consegna fino a quando non ottenga, entro un termine ragionevole, notizie che le consentano di escludere la sussistenza del rischio, pronunciando, in caso negativo, una decisione allo stato degli atti (Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, Barbu, Rv. 267296).

Nelle ipotesi in cui non emerga una situazione di pericolo "attuale", la Corte di cassazione ha ritenuto legittima la consegna senza la preventiva necessità di informazioni individualizzanti (nel caso di un m.a.e. emesso dalle autorità belghe sono state ritenute dirimenti le osservazioni avanzate dal Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa nel settembre 2016, dalle quali era emerso un miglioramento delle condizioni della situazione carceraria, tale da rendere non necessaria la verifica d'ufficio, Sez. 6, n. 9391 del 28/02/2018, Jovanovic, Rv. 272341).

Per quel che attiene alle informazioni provenienti dallo Stato di emissione circa il regime carcerario riservato al consegnando, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che lo Stato di esecuzione, in conformità con i principi del mutuo riconoscimento, deve limitarsi a "prenderne atto" (in tal senso v. Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, Barbu, in motivazione; Sez. 2, n. 3679 del 24/01/2017, Ilie, Rv. 269211; Sez. 6, n. 52541 del 09/11/2018, Moisa, in motivazione).

Più di recente si è precisato che, alla luce della evoluzione giurisprudenziale registrata nei più recenti indirizzi interpretativi della Corte di giustizia (Grande Sezione, 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, C - 128/19 e Prima Sezione, 25 luglio 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, C-220/18), qualora lo Stato emittente abbia fornito assicurazioni che la persona interessata non subirà un trattamento inumano e degradante, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione può rifiutare di eseguire la richiesta solo quando, sulla base di elementi precisi, riscontri comunque il pericolo che le condizioni di detenzione siano contrarie all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali UE (Sez. 6, n. 18352 del 11 giugno 2020, C., Rv. 279301).

Si è altresì affermato che sono inammissibili critiche al sistema carcerario estero meramente esplorative, ovvero non sostenute dalla allegazione di attendibili e qualificate fonti in ordine alla sussistenza della carenza denunciata (Sez. 6, n. 24436 del 30/05/2019, Brunga, non mass. relativa ad un m.a.e. greco; Sez. 6, n. 31375 del 06/07/2018, Nwadike, non mass., relativa ad un m.a.e. maltese).

La questione delle condizioni in cui versano gli istituti penitenziari dello Stato di esecuzione non può essere in ogni caso proposta per la prima volta in sede di ricorso per cassazione, in quanto la necessità di attività istruttoria è incompatibile con la competenza attribuita alla Corte di cassazione: la previsione di legge del ricorso per cassazione "anche per il merito" attribuisce alla Corte di cassazione la possibilità di verificare gli apprezzamenti di fatto operati dal giudice della consegna, ma non le conferisce poteri di tipo sostitutivo o

integrativo e tanto meno istruttorio, a fronte di carenze documentali ed informative su aspetti determinanti ai fini della consegna e della giurisdizione dello Stato italiano (Sez. 6, n. 23130 del 21/05/2019, Vasile, non mass.; Sez. 6, n. 32404 del 18/07/2019, Hantig, non mass.). In termini generali si è infatti affermato che, a mente dell'art. 606, comma 3, cod. proc. pen., con il ricorso per cassazione è possibile dedurre violazioni di legge soltanto se le stesse siano state dedotte nel grado precedente, sicché non è possibile devolvere alla cognizione della Suprema Corte questioni mai dedotte davanti al giudice del grado precedente, ivi compreso il caso in cui, come nella specie, la Corte di cassazione sia investita di una cognizione di merito (Sez. 6, n. 43804 del 9/11/2012, Casini, Rv. 253433).

Sulla nozione di "spazio minimo detentivo", inoltre, la Corte di cassazione ha rammentato che per spazio minimo in una cella collettiva deve intendersi quello in cui il soggetto detenuto abbia la concreta possibilità di muoversi (Sez. 6, n. 1562 del 10/01/2019, Sava, non mass.). Infatti, secondo la decisione della Grande Camera, 20/10/2016, *Mursic c. Croazia*, "L'important est de déterminer si les détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule (voir, par exemple, *Ananyev et autres*, précité, §§ 147-148, et *Vladimir Belyayev*, précité, § 342)".

Muovendo da tale considerazione di ordine generale si è affermato, ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 CEDU, che devono essere detratte dalla superficie lorda della cella l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, ove questo assuma la forma e struttura "a castello", e gli armadi, appoggiati o infissi stabilmente alle pareti o al suolo, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente spostabili.

Resta fermo, in ogni caso, che lì dove la superficie così calcolata scenda al di sotto dei tre metri quadrati ciò non integra di per sé la violazione del parametro convenzionale, bensì la "strong presumption" di trattamento contrario ai contenuti dell'art. 3 CEDU, che, a determinate condizioni, viene ritenuta bilanciabile (in tal senso v. Sez. 1, n. 39294 del 03/07/2017, Marsala, non mass.; Corte EDU, Grande Camera, 15/12/2016, Khalifa e altri c. Italia, § 166, con la quale è stato ribadito che uno spazio personale inferiore a 3 mq. in una cella collettiva fa sorgere una "presunzione, forte ma non inconfutabile, di violazione" e che la presunzione in questione può essere confutata, in particolare, dagli effetti complessivi degli altri aspetti delle condizioni di detenzione ai sensi dell'art. 3 CEDU, tali da compensare in maniera adeguata la mancanza di spazio personale, quali, in via cumulativa, "la durata e l'ampiezza della restrizione, il grado di libertà di circolazione e l'offerta di attività all'esterno della cella, nonché del carattere generalmente decente o meno delle condizioni di detenzione nell'istituto).

In tale prospettiva è stato da ultimo affermato che la circostanza che lo spazio disponibile per ciascun detenuto in regime di detenzione cd. "chiuso" sia temporaneamente di poco inferiore al limite dei tre metri quadri (nella specie mq. 2,83) non comporta il rischio di un trattamento carcerario inumano o degradante, in presenza della concreta operatività di fattori compensativi che rendano le condizioni della detenzione conformi agli standards convenzionali (Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355, in presenza di un m.a.e. esecutivo romeno).

**4.4.** Una linea interpretativa, quella dianzi citata, che **le Sezioni Unite** hanno di recente accolto ed ancor meglio precisato, affermando il principio secondo cui «*nella valutazione dello spazio individuale minimo di tre metri quadrati, da assicurare ad ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione EDU, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento nella cella e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello*» (**Sez. U, 6551 del 20 settembre 2020, dep. 2021, Commisso, Rv. 280433**).

Al riguardo, in particolare, le Sezioni Unite hanno considerato come la Grande Camera della Corte EDU abbia optato per una valutazione multifattoriale e cumulativa delle concrete condizioni detentive in cui anche il dato temporale giuoca un ruolo rilevante, specie se il detenuto ha subito condizioni di ristrettezza per periodi non consecutivi. Mentre nel su citato caso Muršić, infatti, i giudici europei hanno rilevato la violazione per il periodo in cui il ricorrente ha trascorso ventisette giorni consecutivi in uno spazio inferiore a tre mq., nel caso trattato da Corte EDU, 17/10/2013, *Belyayev v. Russia*, la stessa Corte ha escluso che 26 giorni consecutivi espriati in uno spazio di poco inferiore ai 3 mq. (2,97 al lordo) avessero raggiunto quella soglia di gravità da integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, in presenza di altri aspetti trattamentali allevianti.

Particolarmente rilevante, ai fini della soluzione della questione rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite, è la modalità di calcolo dello spazio minimo adottata dalla Corte EDU. La Grande Camera, infatti, ha condiviso il metodo utilizzato dal Comitato di prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa, ovvero il fatto che la superficie vada considerata al netto dei servizi igienici, ma comprensiva degli arredi, senza distinzione. Ciò che è importante in tale accertamento, ha sottolineato la Corte europea, è verificare se i detenuti abbiano o meno la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella («*detainees had a possibility to move around within the cell normally*»; «*détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule*» (§ 114).

Ebbene, l'attenzione della Corte di legittimità si è concentrata sui richiamati passaggi argomentativi, in quanto ritenuti espressione di principi consolidati a livello europeo, atteso che sono stati ribaditi anche in sentenze successive al caso *Muršić* (Corte EDU,

sentenza-pilota 25/04/2017, *Rezmives e altri c. Romania*, § 77; Corte EDU, 16/05/2017, *Sylla e Nollomont c. Belgio*, § 27; Corte EDU, 30/01/2020, *J.M.B. et autres c. France*, § 147), per poi sviluppare la considerazione che il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti da parte della Corte EDU è il frutto di una valutazione multifattoriale della complessiva offerta trattamentale, che sulla base di concreti fattori ambientali positivi, pur in presenza di uno spazio vitale inferiore a tre mq., può portare a ritenere, che le complessive condizioni di detenzione siano conformi agli standard convenzionali.

Nella citata sentenza *Muršić*, infatti, la Corte europea ha ribadito che l'attribuzione di uno spazio individuale inferiore al minimo di tre metri quadrati non comporta inevitabilmente e di per sé la violazione dell'art. 3 CEDU, ma fa sorgere soltanto una "forte presunzione", non assoluta, di violazione. Viene, inoltre, stabilito che tale presunzione può essere vinta dalla presenza congiunta di altri aspetti delle condizioni di detenzione, costituiti, ad es., dalla sufficiente libertà di movimento fuori dalla cella, dallo svolgimento di adeguate attività fuori cella e dal rilievo di dignitose condizioni della detenzione in generale (§ 132, § 138).

Ciò premesso, le Sezioni Unite hanno sottolineato che la problematica relativa all'incidenza da riconoscere ai c.d. "fattori compensativi", assume uno specifico rilievo soprattutto nell'ambito della procedura di consegna ad altri Stati di persone arrestate in forza di m.a.e. e, quindi, nei rapporti con autorità giudiziarie straniere.

A tal proposito, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto, a determinate condizioni, l'obbligo per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di sospendere o porre fine alla procedura di consegna, qualora questa rischi, in concreto, di esporre la persona colpita dal mandato ad un trattamento inumano o degradante. Quando tale rischio sia presente, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve rimandare la decisione sulla consegna della persona fino a quando non riceva informazioni che consentano di escluderlo.

Ebbene, la Corte di cassazione si è in più occasioni trovata a decidere sulla legittimità della disposta consegna in favore di Paesi membri dell'Unione in cui le condizioni detentive prevedono uno spazio vitale effettivo, al netto degli arredi fissi, inferiore al limite di tre mq. In diversi casi la violazione dell'art. 3 CEDU è stata esclusa proprio sulla base del riconoscimento di positivi fattori che compensavano l'insufficienza dello spazio (v., ad es., Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355, che ha valorizzato il congruo numero di ore da trascorrere quotidianamente all'esterno delle celle, le adeguate condizioni di igiene, e, dopo l'espiazione di un quinto della pena, la possibilità di accedere al regime di detenzione cd. aperto; Sez. 6, n. 52541 del 09/11/2018, Moisa, Rv. 274296, che ha dato importanza al ridotto lasso di tempo (solo nelle ore notturne) trascorso in cella, all'igiene personale, ai pasti, all'areazione, a condizioni di illuminazione e climatizzazione adeguate, nonché all'accesso all'acqua corrente ed ai servizi sanitari e, ancora alla possibilità di accedere a postazioni telefoniche ed informatiche, all'acquisto di

generi di necessità, alle visite, alla possibilità di lavoro, allo svolgimento di attività educative, sportive, terapeutiche, con accesso agli spazi aperti).

Le Sezioni Unite hanno confermato la correttezza di tale impostazione, accedendo all'interpretazione secondo la quale, se il detenuto è sottoposto al regime c.d. "chiuso", è necessario che gli venga assicurato uno spazio minimo di tre metri quadrati, detratto quello impegnato da strutture sanitarie e arredi fissi; se, al contrario, è sottoposto al regime c.d. "semiaperto", ove gli venga riservato uno spazio inferiore ai tre metri quadrati, è necessario, al fine di escludere o di contenere il pericolo di violazione dell'art. 3 CEDU, che concorrano i seguenti fattori: 1) breve durata della detenzione; 2) sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella assicurata dallo svolgimento di adeguate attività; 3) dignitose condizioni carcerarie (Sez. 6, n. 53031 del 09/11/2017, P, Rv. 271577).

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno sviluppato tale ricostruzione esegetica, applicandola anche a situazioni diverse dalla fruizione di uno spazio minimo inferiore a tre mq. In linea con i principi espressi dalla consolidata giurisprudenza sovranazionale, hanno precisato che in caso di restrizione in una cella collettiva in cui lo spazio sia uguale o superiore al livello minimo di tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati e, quindi, pur non violando la regola "spaziale" dettata dalla Corte EDU, l'incidenza di altri fattori negativi - quali la mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, la cattiva aereazione, in una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, l'assenza di riservatezza nelle toilette, le cattive condizioni sanitarie e igieniche) - può portare a ritenere, comunque, violato l'art. 3 della Convenzione.

È dunque importante che nella presentazione dell'istanza ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen. l'interessato deduca, oltre alla sofferta detenzione in celle collettive con uno spazio individuale inferiore a quattro metri quadrati, anche l'esistenza di alcuni dei fattori negativi sopra indicati, dei quali, hanno precisato le Sezioni Unite, non è, comunque, richiesta la presenza cumulativa.

Infine, se lo spazio individuale in una cella collettiva è stato superiore a quattro metri quadrati, le Sezioni Unite non hanno escluso la possibilità di riconoscere trattamenti carcerari contrari all'art. 3 CEDU; hanno, comunque, specificato che il fattore del sovraffollamento non rileverà in una domanda proposta ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. che, pertanto, dovrà essere basata su fattori differenti.

## ART. 3 CEDU

### **SPAZIO CARCERARIO, MODALITA' DI COMPUTO E FATTORI COMPENSATIVI.**

*Cass. Sez. U, n. 6551 del 24/09/2020, Ministero della Giustizia (in procedimento Commisso), Rv. 280433.*

[Sez. Unite Commisso, n. 6551 del 2021](#)

#### **Classificazione**

Istituti di prevenzione e pena – Art. 3 CEDU – Art. 35-*bis* Ord. pen. – Art. 35-*ter* Ord. pen.  
– **Divieto di trattamenti inumani o degradanti** relativi alla condizione della carcerazione – Giurisprudenza costante della Corte EDU, casi “Torreggiani c. Italia” e “Murstic c. Croazia” – Spazio individuale minimo del detenuto inferiore a tre metri quadrati  
– Spazio individuale del detenuto compreso tra tre e quattro metri quadrati – Modalità di detenzione congiunta di più soggetti – **Condizioni di vivibilità** nella struttura penitenziaria ove sono allocati i detenuti – **Eventuali fattori compensativi** idonei ad attenuare le conseguenze di condizioni detentive inadeguate sotto il profilo dello spazio individuale – **Verifica concreta** sulla ricorrenza di tali fattori – Contemperamento dei fattori, positivi e negativi, funzionali a formulare un giudizio di compatibilità delle condizioni detentive ex art. 3 CEDU – **Natura multifattoriale** dell'accertamento sulle condizioni detentive compiuto dal magistrato di sorveglianza.

#### **Riferimenti normativi convenzionali**

CEDU, art. 3.

#### **Riferimenti normativi interni**

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

#### **Riferimenti giurisprudenziali**

#### **Sentenze della Corte EDU**

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



Corte EDU, Grande Camera, 26/10/2000, Kudla c. Polan; Corte EDU, 21/02/1975, Golder c. Regno Unito.

### **Sentenza della Corte di cassazione.**

**Sez. U, n. 37218 del 24/09/2020, Commisso;** Sez. 1, n. 30030 dell'11/09/2020, Adinolfi, Rv. 279793-01; Sez. 1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220-01; Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355-01; Sez. 1, n. 5835 del 15/11/2018, dep. 2019, Marsano, Rv. 274874-01; Sez. 5, n. 53731 del 07/06/2018, Mocanu, Rv. 275407-01; Sez. 6, n. 53031 del 09/11/2017, P., Rv. 271577-01; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514-01; Sez. 1, n. 52819 del 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268831-01; Sez. 1, n. 52992 del 09/09/2016, Gallo, Rv. 268655-01; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2014, Morello, Rv. 269514-01; Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, Berni, Rv. 257924-01.

### **Pronuncia segnalata**

**Sez, U, n. 6551 del 24/09/2020, Commisso.**

### **Abstract**

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

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

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

*Occorre, al contempo, fare riferimento al complesso dei fattori, positivi e negativi, che connotano l'offerta trattamentale censurata dal detenuto con il rimedio previsto dall'art.*

*35-ter Ord. pen., tenendo conto della necessità di tutelare, per quanto possibile, una condizione di vivibilità carceraria rispettosa dei parametri affermati dall'art. 3 CEDU. Ne deriva ulteriormente che il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti, rilevanti ex art. 3 CEDU, laddove sollecitato con il rimedio giurisdizionale previsto dall'art. 35-ter Ord. pen., costituisce la conseguenza di una **valutazione multifattoriale** dell'offerta trattamentale proposta dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria con riferimento al singolo detenuto reclamante, con la conseguenza che, nel caso di restrizione del condannato in una cella collettiva in cui lo spazio è superiore a tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati, occorre tenere conto di tutti i fattori idonei a qualificare le condizioni di detenzione e funzionali a esprimere un giudizio positivo o negativo sul trattamento carcerario patito.*

### **La vicenda processuale**

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

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

Tali doglianze riguardavano due profili differenti.

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

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

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

Occorreva, pertanto, includere nello spazio disponibile anche l'area impegnata dai letti e

dagli arredi fissi e tenere conto di eventuali criteri compensativi, come indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU con riguardo alle condizioni generali del singolo trattamento penitenziario.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a rispondere al seguente quesito: «Se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie calpestabile della stanza ovvero quella che assicuri il normale movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi e, in particolare, se, tra questi ultimi, debba essere detratto il solo letto a castello ovvero anche quello singolo».

### **La decisione delle Sezioni unite penali**

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

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

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

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

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

Occorre, pertanto, effettuare una **valutazione complessiva delle condizioni di**

**detenzione** di volta in volta esaminate, tenendo conto di tutti i parametri che connotano il trattamento penitenziario patito dal detenuto reclamante.

Si tratta, allora, di valutare globalmente le condizioni di detenzione del soggetto ristretto, tenendo conto della ricorrenza di eventuali fattori negativi, idonei a escludere la rilevanza di **concomitanti fattori compensativi**, che le Sezioni Unite, alla luce dei parametri di cui all'art. 3 CEDU, identificano sintomaticamente «nella mancanza di accesso al cortile o all'aria e alla luce naturale, nella cattiva aereazione, in una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, nell'assenza di riservatezza nelle toilette, nelle cattive condizioni sanitarie e igieniche [...]».

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

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

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

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

### **Considerazioni conclusive nella prospettiva dei rapporti tra le Corti.**

Con la pronuncia in esame le Sezioni unite penali sono intervenute sul tema del **trattamento penitenziario inumano o degradante**, inquadrato nell'art. 3 CEDU, che, in termini generali, deve essere definito alla luce della giurisprudenza sovranazionale

consolidatasi sulla base delle decisioni dei noti casi "Torreggiani c. Italia" e "Murstic c. Croazia": decisioni sulle quali la pronuncia in esame si è soffermata, nel più ampio contesto ermeneutico dei parametri che consentono di ritenere (o meno) il trattamento penitenziario patito, rispettoso dei canoni di umanità (Corte EDU, 20/10/2020, Badulescu c. Portogallo; Corte EDU, 16/07/2019, Sulejmanovic c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 28/02/2008, Scadi c. Italia; Corte EDU, 15/7/2002, Kalachnikov c. Russia; Corte EDU, Grande Camera, 26/10/2000, Kudla c. Polan; Corte EDU, 21/02/1975, Golder c. Regno Unito).

I rapporti tra la giurisprudenza nazionale e quella di Strasburgo sull'argomento, invero, costituiscono una rappresentazione esemplare del **sistema stratificato di fonti normative**, che discende dall'inserimento del nostro Paese nella comunità sovranazionale. Questa stratificazione assume un rilievo peculiare nella materia della tutela dei diritti del detenuto, che è la conseguenza dell'**impianto dogmatico flessibile del diritto penitenziario** – collocato in un ambito sistematico ancipite, che lambisce sia le scienze criminali sia il diritto amministrativo –, che lo rende, probabilmente meno lineare sul piano dei principi, ma certamente più adattabile alla soddisfazione delle istanze di garanzia provenienti da aree del continente, geografiche e culturali, anche diverse da quella italiana. Sotto questo aspetto, tra i molteplici profili di interesse che la sentenza commentata presenta, nell'ottica del riferimento ai parametri giurisprudenziali europei, non può non rilevarsi che la decisione delle Sezioni unite penali rappresenta uno sforzo riuscito di coniugare le istanze di garanzia dei diritti del detenuto provenienti dalla Corte dei diritti umani con la **situazione di grave sovraffollamento** che il sistema penitenziario italiano presenta.

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

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

Nelle ipotesi in cui lo spazio individuale della cella sia inferiore alla misura di **3 metri quadri** – misura che la Corte EDU non ritiene *ex se* sufficiente a garantire adeguati livelli di vivibilità carceraria –, si è confermato anche da parte del massimo Consesso nazionale, che ci si trova di fronte a un'elevata presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, superabile solo attraverso l'accertamento di **adeguati fattori compensativi**: questi devono essere valutati attraverso una verifica concreta, di natura multifattoriale, delle condizioni

detentive patite dal soggetto ristretto all'interno dell'istituto penitenziario, su cui si devono incentrare le doglianze proposte ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen. Sintomatico, da questo punto di vista, è il passaggio della decisione in esame, in cui si afferma: «Il Collegio è consapevole che il principio di umanità della pena [...] che impone il divieto di trattamenti degradanti ha un contenuto di carattere relativo, in quanto ogni pena, come tale, ha un'intrinseca componente di inumanità [...]. Tuttavia, la rilettura di un principio che si pone l'obiettivo di quantificare lo spazio minimo vitale per ogni detenuto, al fine di assicurare il pieno rispetto della dignità della persona nell'espiazione della pena, restituisce al principio stesso un carattere di assolutezza che appartiene alla sensibilità di società e ordinamenti giuridici che hanno a cuore il pieno rispetto dei diritti della persona, anche di chi è recluso» (Sez. U, n. 65551 del 21/09/2020, Comisso).

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

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

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

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

Basti, in proposito, considerare che, a distanza di poco meno di due mesi dall'emissione della sentenza commentata, la Corte EDU ha pronunciato la decisione "Bardali c. Svizzera"

del 24/11/2020, che, pur respingendo il ricorso, sembra allargare ulteriormente gli spazi di tutela della condizione detentiva del condannato, valorizzando i parametri elaborati dal Comitato dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene trattamenti inumani o degradanti nelle sue raccomandazioni: parametri che fanno riferimento alla misura tendenziale di quattro metri per la definizione dello spazio minimo individuale del detenuto.

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

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

**ART. 3 CEDU**

**VIOLAZIONI MATERIALI – RICHIEDENTI ASILO – OBBLIGHI POSITIVI – DIRITTO A RIMEDIO EFFETTIVO – DIRITTO A PROCESSO EQUO – ESCLUSIONE.**

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

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

***Si rimanda a pag. 17 per il Report.***



## ART. 3 CEDU

**DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI (VIOLAZIONI PROCEDURALI).**

**RICHIEDENTI ASILO - LENTEZZA AMMINISTRATIVA OSTATIVA ALL'ACCESSO AL REGIME DI ACCOGLIENZA – CONSEQUENTE 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.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 2 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.

## **PRONUNCIA SEGNALATA:**

***Corte E.D.U., Quinta sezione, 2 luglio 2020, N.H. e altri contro 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 prescindersi 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 sollecitata 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

### **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.**

*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:**

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

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

**CGUE:**

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

**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'OFPPRA (Ufficio francese per la protezione dei rifugiati e degli apolidi) gli aveva revocato lo *status* di rifugiato in seguito alla condanna.

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

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

**LE OSSERVAZIONI E LE CONCLUSIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO** – Preliminarmente la Corte ha chiarito la natura delle **misure provvisorie di cui all'art. 39 del regolamento della Corte**, nel caso di specie applicate al richiedente nel marzo 2019, durante l'esame della sua richiesta. Tale misura ha la finalità di preservare e proteggere i diritti e gli interessi delle parti nel caso in cui il richiedente 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'OFPPRA 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.<sup>1</sup> 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

---

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

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

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

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'OFPPRA 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'art. 3 della Convenzione, in caso di espulsione in Russia - notando che, tuttavia, la stessa CNDA abbia emesso, applicando la stessa normativa interna a casi simili, pareri sfavorevoli all'espulsione di persone verso il Paese di cui hanno la cittadinanza, sulla base del fatto che, seppure avevano perso lo *status* di rifugiato, ne avevano mantenuto la condizione.

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

**ART. 3 E ART. 13 CEDU – DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO – ISTANZA DI REVOCA O DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CUSTODIALE – RILEVANZA DEI MOTIVI DELLA REVOCA – INDICAZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 14 gennaio 2021, Kargakis c. Grecia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207359>

**CLASSIFICAZIONE**

**Art. 13 CEDU in relazione all'art. 3 CEDU – Diritto a un ricorso effettivo** – Istanza di revoca o di sostituzione della misura custodiale – Motivi – Condizioni di salute del ricorrente – Condizioni detentive in violazione dell'art. 3 CEDU – Accoglimento dell'istanza sulla base della sola insussistenza del pericolo di reiterazione del reato – **Sussistenza della violazione.**

**RIFERIMENTI NORMATIVI**

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

**RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

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

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

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

**PRONUNCIA SEGNALATA**

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 14 gennaio 2021, Kargakis c. Grecia (ricorso n. 27025/13).

**Abstract**

*La Corte EDU ha ritenuto **sussistente la violazione dell'art. 13 CEDU**, letto in correlazione con l'art. 3 CEDU, in relazione al ricorso presentato da Kleanthis Kargakis al fine di ottenere la revoca della misura custodiale applicatagli ovvero la sua sostituzione con altra meno afflittiva. In particolare, la Corte Edu ha ritenuto che, nonostante l'accoglimento*

*del ricorso, il Kargakis non aveva ottenuto un'adeguata riparazione in quanto il giudice, nel disporre la sua liberazione, si era limitato a valutare l'insussistenza del pericolo di reiterazione del reato senza esaminare le circostanze, rappresentate dal ricorrente nel corso della procedura, concernenti sia il suostato di salute che le pessime condizioni detentive.*

## **IL CASO**

Il 24 gennaio 2013 Kleanthis Kargakis, mentre era ristretto in stato di custodia cautelare nel carcere di Diavata, veniva ricoverato in ospedale a causa di un probabile ictus cerebrale. Durante tale ricovero gli venivano diagnosticate sia una sindrome da apnea notturna che problematiche nella deambulazione e nel movimento. Il detenuto veniva dimesso il successivo 9 aprile. Sin dal 18 febbraio 2013 il ricorrente aveva presentato un ricorso al fine di ottenere la revoca della misura custodiale o la sua sostituzione con altra meno afflittiva, rappresentando le sue precarie condizioni di salute (era affetto da diabete e costretto su una sedia a rotelle) ed il suo stato di invalidità (pari all'80%). Solo il successivo 1 aprile 2013 il Giudice trasmetteva tale ricorso al Pubblico Ministero per la formulazione del parere. Nello stesso giorno il ricorrente presentava un'istanza per sollecitare l'esame della sua richiesta e, il successivo 9 aprile 2013, depositava una memoria, rappresentando il peggioramento delle sue condizioni di salute determinato anche dalle pessime condizioni di detenzione. In particolare, il ricorrente denunciava le seguenti circostanze: condivisione di una cella di venti metri quadri con altri quattro detenuti con conseguente disponibilità di uno spazio leggermente superiore a tre metri quadri; servizi igienici non adatti ad una persona con disabilità e priva di un'assistenza speciale; scarsa illuminazione della cella; assenza del divieto di fumare per gli altri detenuti; servizio di riscaldamento inadeguato (dal momento che funzionava solo due ore al giorno); disponibilità di acqua calda solo un'ora al giorno; alimentazione inadeguata alle condizioni di salute di una persona diabetica; impossibilità di accedere al cortile che non era stato adattato alle condizioni di una persona sulla sedia a rotelle; assenza di un refettorio cosicché i detenuti erano costretti a consumare i pasti sui loro letti.

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

## **IL RICORSO ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Kleanthis Kargakis ha proposto ricorso alla Corte Edu lamentando la violazione dell'art. 3

CEDU, in relazione alle condizioni di detenzione ed alle cure mediche ricevute mentre si trovava ristretto nella prigione di Diavata, nonché degli artt. 13 e 5, § 4, CEDU in relazione alla carenza di un ricorso effettivo al riguardo ed al mancato esame entro un breve termine del ricorso presentato contro il provvedimento custodiale.

### **LA DECISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

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

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

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

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



competente di conoscere il contenuto del motivo fondato sulla Convenzione EDU e di offrire una forma adeguata di riparazione.

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

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

### **Osservazioni finali**

Con la decisione in commento la Corte Edu prosegue nella sua lettura dell'art. 13 CEDU quale espressione di una garanzia che, priva di una sua autonoma esistenza, integra le altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli. E' stato, infatti, affermato che **l'art. 13 garantisce nel diritto interno la disponibilità di un rimedio che rinforza i diritti e le garanzie riconosciuti dalla Convenzione** (Corte Edu, Grande Camera, 4/5/2000, *Rotaru c. Romania*); pertanto, l'art. 13 può essere applicato solo in combinazione o alla luce di uno o più norme della Convenzione o dei suoi Protocolli di cui

si allega la violazione. In particolare, la Corte Edu ha già riconosciuto la possibile correlazione tra il diritto garantito dall'art. 3 CEDU e l'art. 13 CEDU. Si è, infatti, affermato che, allorché venga denunciata una tortura subita da agenti dello Stato, la **nozione di "rimedio effettivo"** implica, oltre ad un adeguato risarcimento, lo svolgimento di un'indagine approfondita ed efficace, idonea a condurre all'individuazione e punizione dei responsabili (Corte Edu, 18/12/1996, Aksoy c. Regno Unito). Ciò in quanto, la fruizione di rimedi di carattere esclusivamente "compensativo" non può essere considerata quale rimedio adeguato rispetto alle denunciate condizioni di detenzione in violazione dell'art.3 CEDU, essendo, a tal fine, necessari anche rimedi di carattere "preventivo" ( quale un tempestivo e diligente esame del reclamo del detenuto da parte di un'autorità indipendente o di un tribunale) in grado di impedire la continuazione della violazione e di consentire ai detenuti di migliorare le proprie condizioni di detenzione (Corte Edu, 20/10/2011, Mandic e Jovic c. Slovenia).

## ART. 3 CEDU

### **DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI – INDAGINE EFFICACE – VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA – ECCESSIVA DURATA DI UN PROCEDIMENTO PENALE RELATIVO AD ABUSI SESSUALI.**

*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*

*Yildiz 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, minorenni 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 minorenne** condotto dal presidente del collegio, il quale può avvalersi di un esperto di psicologia infantile (sull'estensione dell'esame "attutito" al testimone maggiorenne infermo di mente, v. C. cost., sentenza n. 283 del 1997).

Richiamando, infine, brevemente le considerazioni della Corte EDU sui profili di **diritto penale sostanziale**, che hanno riguardato principalmente il rilievo del consenso della vittima di episodi di sfruttamento e abuso sessuale, e la valutazione dello stesso da parte dell'autorità giudiziaria, va ricordato che, al contrario di quanto previsto dalla legge penale turca (art. 414, §§ 1 e 2), il codice penale italiano (art. 609-*quater* cod. pen.) non considera la prestazione del consenso da parte del minore un *discrimen* tra l'applicabilità di una fattispecie penale aggravata al posto di quella base. Qualora la vittima sia infraquattordicenne, l'eventuale consenso prestato si presume assolutamente invalido e dunque irrilevante ai fini dell'esclusione della punibilità dell'imputato (v. *ex multis*, Sez. 3, n. 24342 del 17/02/2015; Sez. 3, n. 16443 del 31/03/2017). Semmai, in presenza di circostanze quali la violenza o la minaccia, circostanze che sono state ritenute invece irrilevanti dai giudici turchi, sarà applicabile la più grave fattispecie di cui all'art. 609-*bis* cod. pen. La giurisprudenza di legittimità è, inoltre, costante nell'affermare il principio secondo cui «le regole dettate dall'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone» (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 43278 del 24/09/2015, Rv. 265104; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214; Sez. 3, nn. 45700 e 45699 del 26/10/2011; Sez. 3, n. 28913 del 03/05/2011, Rv. 251075). Con riferimento specifico alla testimonianza del minorenne, viene rigettata l'equivalenza testimone vulnerabile - testimone debole, debolezza probatoria, che si traslerebbe anche sulle sue dichiarazioni testimoniali. La particolare vulnerabilità richiede semplicemente l'adozione di tecniche valutative differenziate: in questo senso, un utile ausilio proviene dalle indicazioni contenute nella c.d. Carta di Noto (v. Sez. 3, n. 29333 del 16/09/2020, che ribadisce la non vincolatività delle linee guida

contenute nella Carta di Noto, pur richiedendosi al giudice l'assolvimento di un onere motivazionale aggravato in caso di scostamento).

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

### **Profili civilistici.**

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

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

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

Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo l'audizione del minore è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che lo 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 riguardi, perché la legittimazione processuale non risulta loro attribuita da alcuna disposizione di legge; essi sono, tuttavia, parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori. La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza mediante la sua audizione, e costituisce violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.) il mancato

ascolto del minore, laddove non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione (Sez. U. civ., n. 22238 del 2009).

L'audizione del minore di età superiore a dodici anni, o del minore 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**

**RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE - ESTRADIZIONE -  
CONSEGNA IN ESECUZIONE DI MANDATO DI ARRESTO EUROPEO - RISCHIO DI  
TRATTAMENTO INUMANO O DEGRADANTE A CAUSA DELLE CONDIZIONI DI  
DETTENZIONE NEGLI ISTITUTI PENITENZIARI DELLO STATO DI EMISSIONE -  
APPLICAZIONE DELLA "PRESUNZIONE DI PROTEZIONE EQUIVALENTE".**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 25 marzo 2021, Bivolaru e Moldovan c. Francia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-208760>

**Si rimanda a pag. 90 per il Report.**

## ART. 4 CEDU

**DIVIETO DI RIDUZIONE IN SCHIAVITU' E DIVIETO DI LAVORO FORZATO – TRATTA A FINI DI PROSTITUZIONE.**

**ABUSO DI POTERE SU UNA PERSONA VULNERABILE, MEDIANTE COERCIZIONE INDIVIDUALE E/O INGANNO DELLA VITTIMA – NECESSITÀ DI AVVIARE INDAGINI TEMPESTIVE - NECESSITÀ DI TUTELARE LA PERSONA OFFESA, TENENDO CONTO DELLA SUA CONDIZIONE DI VITTIMA DI TRAUMI PSICOLOGICI, ALLO SCOPO DI GARANTIRE LA GENUINITÀ DELLE SUE DICHIARAZIONI ACCUSATORIE.**

*Corte EDU, Grande Camera, 25 giugno 2020, S.M. c. Croazia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-184665>

**Classificazione : Art. 4 CEDU** – Violazioni del “divieto di schiavitù” e del “divieto di lavoro forzato” – Nozione di “**tratta di persone per finalità di sfruttamento della prostituzione**” – Nozione di “lavoro forzato o obbligatorio” – Rinvio alle norme di diritto internazionale convenzionale – Abuso di potere su una persona vulnerabile, mediante coercizione individuale e/o inganno della vittima – **Necessità di avviare indagini tempestive** - Necessità di tutelare la persona offesa dei reati di “tratta di persone per finalità di sfruttamento della prostituzione”, tenendo conto della sua **condizione di vittima di traumi psicologici**, allo scopo di garantire la genuinità delle sue dichiarazioni accusatorie.

**Riferimenti normativi convenzionali :** Artt. 4 CEDU; Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale, ratificata nell’ordinamento italiano dalla legge 16 marzo 2006, n. 146, artt. 2 e 3; Direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime.

**Riferimenti normativi per l’ordinamento italiano :** Artt. 600, 600-*bis*, 601, 602, 416, comma sesto, cod. pen., così come novellate dalla legge 11 agosto 2003 n. 228 e, successivamente, dal d.lgs. 18 febbraio 2014, n. 14; artt. 3 e 4 legge 20 febbraio 1958, n. 75.

**Riferimenti giurisprudenziali : Sentenze CEDU :** Mihalache contro Romania, n. 5401/10, 8 luglio 2019; V.C. contro Italia, n. 54227/14, 1 febbraio 2018; Chowdury e altri contro Grecia, n. 21884/15, 30 marzo 2017; Meier contro Svizzera, n. 10109/14, 9

febbraio 2016; Delfi AS contro Italia, n. 64569, 16 giugno 2015; Sampech contro Italia, n. 55546/09, 19 maggio 2015; C.N. contro Regno Unito, n. 4239/08, 13 novembre 2012; M. e altri contro Italia e Bulgaria, n. 40020/03, 31 luglio 2012; Rantsev contro Cipro, n. 25965/04, 7 gennaio 2010.

**Sentenze della Corte di cassazione:** Sez. 5, n. 49148 del 28/05/2019, P., Rv. 278051-01; Sez. 3, n. 50561 dell'08/10/2015, G., Rv. 273421-01; Sez. 5, n. 39797 del 10/06/2015, Rv. 265182-01; Sez. 5, n. 4005 del 24/09/2010, Rv. 248899-01; Sez. 1, n. 37087 del 29/09/2010, Zebet, Rv. 248581-01; Sez. 3, n. 21630 dell'08/06/2010, E., Rv. 247641-01; Sez. 5, n. 23368 dell'8 maggio 2008, Ciuciu, Rv. n. 240487-01; Sez. 3, n. 42442 del 06/05/2010, E., Rv. 247641-01; Sez. 3, n. 3368 del 20/12/2004, dep. 2005, Galiceanu, Rv. 231113-01; Sez. 3, n. 42442 del 20/10/2003, Sorbo, Rv. 226998-01.

### **Pronuncia segnalata**

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, S.M. contro Croazia, 25 giugno 2020, ricorso n. 193/2020

### **Abstract**

*Per la configurazione del reato di "tratta di persone", occorre la compresenza di tre elementi costitutivi: un'attività iniziale (come il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone); l'utilizzo di mezzi adeguati alla realizzazione della condizione di assoggettamento della vittima (inclusa la minaccia dell'uso o l'uso della forza o di altre forme di coercizione, come il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di autorità o di una posizione vulnerabile, l'offrire o l'accettare pagamenti o benefici per ottenere il controllo su un'altra persona); il perseguimento di un obiettivo criminoso collegato allo sfruttamento del soggetto passivo del reato (come lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale).*

Nell' ipotesi in cui si procede per il reato di "tratta di persone per finalità di sfruttamento della prostituzione", occorre tenere conto della condizione di vittima di gravi reati a sfondo sessuale della persona offesa, che impone l'attivazione di meccanismi di tutela della sua posizione dichiarativa, necessari anche alla luce dei traumi psicologici patiti dalla vittima. L'assenza di adeguati meccanismi determina un difetto di tutela della vittima, incentrando il procedimento penale su un confronto tra posizioni processuali disomogenee, non potendosi collocare su uno stesso piano probatorio le dichiarazioni rese dalla vittima e quelle rese dalla persona offesa.

### **Il caso**

La ricorrente, S.M., è una cittadina croata che, nel 2012, denunciava un ex ufficiale di



polizia, T.M., accusandolo di averla adescata su Facebook – promettendole che le avrebbe trovato un impiego lavorativo – e di averla costretta a prostituirsi per diversi mesi nel corso del 2011, presso un’abitazione dove la donna si incontrava con clienti procurati dal predetto T.M. In questo arco temporale, la donna veniva sottoposta a pressioni psicologiche e minacce da T.M., che la ponevano in una condizione di sottomissione, venendo costretta a consegnare al suo sfruttatore un importo corrispondente alla metà delle somme percepite con la sua attività di meretricio.

La donna, quindi, dopo essere stata costretta a prostituirsi per diversi mesi, riusciva a sottrarsi allo sfruttamento impostole da T.M., trovando rifugio presso un’amica.

La ricorrente, infine, si determinava a denunciare il suo sfruttatore alle Forze dell’ordine croate, dopo che, allontanatasi dall’abitazione in cui era segregata, veniva minacciata da T.M., che le indirizzava diversi messaggi intimidatori tramite Facebook.

Avviate le indagini, eminentemente incentrate sulle dichiarazioni della persona offesa, nel 2013, T.M. veniva sottoposto a processo per il reato di “tratta di esseri umani” e, all’esito del giudizio di primo grado, veniva assolto, sull’assunto che le accuse della vittima si erano rivelate inaffidabili e contraddittorie. Secondo l’Autorità giudiziaria croata, tali discrasie dichiarative riguardavano soprattutto le incongruità espositive relative alle modalità con cui la vittima si era sottratta all’attività di sfruttamento alla quale era stata sottoposta da T.M., trovando riparo presso l’abitazione di un’amica.

L’Autorità giudiziaria croata riteneva che la persona offesa aveva offerto spontaneamente le prestazioni sessuali di cui si controverte.

La ricorrente, quindi, proponeva appello contro l’assoluzione di T.M. che, nel 2014, veniva respinto dall’Autorità giudiziaria croata.

Nel ricorso S.M. lamentava la violazione dell’art. 4 CEDU, che disciplina il “divieto di schiavitù” e il “divieto del lavoro forzato”, sostenendo che le Autorità giudiziarie croate non avevano fornito una risposta procedurale adeguata alle sue accuse contro T.M., pur riconoscendo, nella fase iniziale del procedimento penale contro il presunto sfruttatore, la sua condizione di soggetto passivo del reato di “tratta di persone”.

### **Le risposte della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: l’inquadramento della “tratta di persone”**

La Corte europea dei diritti dell’uomo, rispondendo alle doglianze proposte da S.M., in riferimento all’art. 4 CEDU, affrontava preliminarmente la questione dell’inquadramento della “tratta di persone”, richiamando il diritto internazionale convenzionale, che richiede, per la configurazione di tale reato, la compresenza di tre elementi costitutivi: **un’attività iniziale** (come il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l’alloggio o l’accoglienza di persone); **l’utilizzo di mezzi adeguati** alla realizzazione della condizione di assoggettamento della vittima (inclusa la minaccia dell’uso o l’uso della forza o di altre

forme di coercizione, come il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di autorità o di una posizione vulnerabile, l'offrire o l'accettare pagamenti o benefici per ottenere il controllo su un'altra persona); il perseguimento di un obiettivo criminoso collegato allo sfruttamento del soggetto passivo del reato di "tratta di persone" (come lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale).

La Corte, inoltre, chiariva che il concetto di "tratta di persone", cui si correla il concetto di "lavoro forzato o obbligatorio" – pur non essendo tale nozione rilevante nel caso in esame – si riferisce sia alla tratta nazionale sia alla tratta transnazionale, con la conseguenza che, *stricto sensu*, la sua configurazione prescinde dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato, nazionale o transnazionale, essendo possibile concretizzare tali condotte illecite anche attraverso comportamenti monosoggettivi, purché posti in essere con le modalità sopra richiamate.

### **Le conclusioni della Corte**

In questa cornice ermeneutica, la Corte europea riteneva che le Autorità giudiziarie croate, pur avendo proceduto nei confronti di T.M. per il reato di "tratta di persone", sottoponendolo a processo, non avevano tenuto adeguatamente conto della condizione di vittima di gravi reati a sfondo sessuale di S.M. Tale condizione, che peraltro era emersa fin dalla prima fase delle indagini, imponeva l'attivazione di meccanismi adeguati di tutela della posizione dichiarativa di S.M., che tenessero conto della situazione di vulnerabilità della persona offesa, astrattamente riscontrabili nel caso in esame.

L'assenza di adeguati meccanismi di tutela della posizione dichiarativa di S.M. si evinceva dal fatto che le Autorità inquirenti croate non avevano acquisito le testimonianze dei soggetti con cui la persona offesa era entrata in contatto, in epoca coeva ai fatti in contestazione, che avrebbero precisato e rafforzato il quadro probatorio, proteggendo al contempo la vittima, la cui condizione di sudditanza psicologica nei confronti di T.M. rendeva vulnerabile la sua posizione testimoniale. Ne conseguiva che il procedimento penale si era inevitabilmente incentrato su un confronto tra due posizioni dichiarative disomogenee e squilibrate, non potendosi collocare su uno stesso piano probatorio le dichiarazioni della vittima e quelle della persona offesa, i cui traumi psicologici – sulla base di quanto emergeva dagli atti processuali – non erano stati tenuti in alcuna considerazione dalle Autorità giudiziarie croate.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, pertanto, riteneva che queste carenze nella gestione della vicenda in esame da parte delle Autorità giudiziarie croate avessero determinato **un'inadeguatezza dell'accertamento giurisdizionale**, che doveva essere censurata *ex art. 4 CEDU*, dalla quale era derivata l'inidoneità della verifica processuale condotta ad accertare la natura effettiva dei rapporti esistenti tra la ricorrente e T.M.

## Osservazioni finali

La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che si è esaminata concerne un caso di "tratta di persone per finalità di sfruttamento della prostituzione" di particolare rilievo ermeneutico.

Nel nostro ordinamento, le fattispecie collegate alla "tratta di persone" sono state rivisitate a seguito dell'entrata in vigore della **legge 11 agosto 2003 n. 228**, recante «Misure contro la tratta di persone», così come novellata dal **d.lgs. 4 marzo 2014, n. 2014**, recante «Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI», la cui introduzione ha imposto un confronto con il diritto internazionale convenzionale per inquadrare le norme incriminatrici in esame.

La necessità di un siffatto confronto trae origine dalla **Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale**, nota come Convenzione di Palermo, approvata nel 2000, che ha dedicato ampio spazio al fenomeno della "tratta di persone", che postula l'accoglimento della definizione, convenzionalmente accettata di *trafficking of human beings*.

Vale la pena di ricordare che il ***trafficking of human beings***, nell'art. 3, lett. a), del "Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e di bambini", viene così definito: «"Tratta di persone" indica il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di danaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi».

In questa stratificata cornice, si collocano le fattispecie collegate alla "tratta di persone" – variamente previste dagli **artt. 600, 601, 602 e 416, comma sesto, cod. pen.** – che appaiono finalizzate a reprimere quelle attività delittuose consistenti nell'offerta iniziale di servizi illegali e nel successivo asservimento, tramite l'impiego della forza fisica o di altre forme di coercizione materiale o morale, di soggetti in funzione del loro sfruttamento per scopi delinquenziali (Sez. 5, n. 4005 del 24/09/2010, Rv. 248899-01; Sez. 1, n. 37087 del 29/09/2010, Zebet, Rv. 248581-01).

Tali fattispecie, quindi, si incentrano sulle condotte di sfruttamento fisico ed economico del soggetto passivo del reato, che ne presuppongono la sottomissione psicologica, cui la

pronuncia sovranazionale si riferisce, segnalando la peculiarità della posizione dichiarativa delle vittime di "tratta di persone per finalità di sfruttamento sessuale", che postula la consapevolezza della loro **condizione di vulnerabilità testimoniale** (Corte Sez. 5, n. 49148 del 28/05/2019, P., Rv. 278051-01; Sez. 3, n. 3368 del 20/12/2004, dep. 2005, Galiceanu, Rv. 231113-01).

In ipotesi di questo genere, dunque, ci si trova di fronte a forme di asservimento realizzate attraverso comportamenti che limitano la libertà personale dell'individuo, cui si richiama la Corte europea dei diritti dell'uomo, censurando il comportamento delle Autorità giudiziarie croate ex art. 4 CEDU, che collocavano su uno stesso piano processuale le dichiarazioni dell'imputato e quelle della vittima del comportamento criminoso in esame, che appaiono, viceversa, tra loro disomogenee.

Trova, in questo modo, conferma, l'assunto che la "tratta di persone" si fonda su **relazioni interpersonali di asservimento individuale**, che la caratterizzano come una "moderna forma di schiavitù" (Rantsev contro Cipro, n. 25965/04, 7 gennaio 2010), rispetto alla quale occorre tenere ulteriormente presente che l'abolizione generalizzata della condizione di schiavitù come *status* della persona non impedisce che, quantomeno nella prospettiva penalistica afferente alla tutela dei beni giuridici, la situazione soggettiva della vittima possa essere costruita su un'analogia con tale condizione di sottomissione.

## ART. 4 CEDU

**DIVIETO DI RIDUZIONE IN SCHIAVITÀ - OBBLIGHI POSITIVI DEGLI STATI NEI CONFRONTI DELLE VITTIME DELLA TRATTA - MINORE IMPUTATO IN UN PROCEDIMENTO PENALE - ASSENZA DI UN ACCERTAMENTO INIZIALE E RAPIDO DEL SUO STATUS.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, V.C.L. e A.N. c. Regno Unito del 16 febbraio 2021*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207927>

### ABSTRACT

**CORTE EDU, V.C.L. E A.N. C. REGNO UNITO DEL 16 FEBBRAIO 2021**

**VITTIME DEL REATO DI TRATTA DI ESSERI UMANI, OBBLIGHI DEGLI STATI MEMBRI  
E PRINCIPIO DI NON INCRIMINAZIONE**

#### CLASSIFICAZIONE:

Art. 4 CEDU • Divieto di riduzione in schiavitù • **Obblighi positivi degli Stati** nei confronti delle vittime della tratta • Minore imputato in un procedimento penale • Fondato sospetto della sua condizione di vittima della tratta • Mancata adozione di misure operative di protezione, in linea con gli standards internazionali • **Assenza di un accertamento iniziale e rapido del suo status**, nonostante le indicazioni delle autorità deputate alla tutela delle vittime della tratta • Prosecuzione dell'azione penale in base a motivazione inadeguata • **Violazione dell'art. 4 CEDU** • Sussistenza.

**Art. 6 CEDU** • Diritto ad un processo equo • Mancata indagine sullo *status* dei ricorrenti quali potenziali vittime di tratta • Ripercussione sull'acquisizione di prove fondamentali alla difesa • Possibile impedimento • Violazione del diritto ad un equo processo • Sussistenza.

#### RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:

**Artt. 4 e 6 CEDU.**

#### SENTENZA IN ESAME

## **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

### **Sentenze CEDU:**

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

### **Sentenze della Corte di cassazione:**

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

## **ABSTRACT**

*L'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel proibire la schiavitù, ha l'obiettivo di proteggere le **vittime della tratta**, imponendo agli Stati di adottare misure adeguate alla loro tutela, sicché, in determinate circostanze, **può risultare in contrasto con tale dovere l'esercizio dell'azione penale nei confronti di tali persone, atteso che la condanna le renderebbe ancora più vulnerabili** e potrebbe ostacolarne l'integrazione nella società e l'accesso agli aiuti a loro destinati. Pertanto, in presenza di un fondato sospetto che l'indagato possa essere stato oggetto di tratta, il suo **status** deve essere **accertato tempestivamente** da personale specializzato, con valutazione da svolgersi in base ai criteri individuati nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione contro la tratta (secondo cui la minaccia della forza e/o della coercizione non è richiesta quando l'individuo è un bambino), e la pubblica accusa dovrebbe attenersi a tale indicazione, salva l'esistenza di chiare ragioni contrarie, pur sempre coerenti con la disciplina della tratta. Il mancato tempestivo accertamento, da parte dell'autorità giudiziaria, dello status di vittima della tratta in capo ad un indagato, in presenza di un fondato sospetto di tale condizione, si traduce nella violazione del diritto ad un equo processo, garantito dall'art. 6*

*della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, posto che può impedire l'acquisizione di prove che avrebbero potuto costituire un aspetto fondamentale della difesa.*

## **IL CASO**

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

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

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

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

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

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

La Corte, nell'accogliere la richiesta, ha evidenziato, da un lato, l'incoerenza delle diverse conclusioni raggiunte da due autorità pubbliche (il Ministero dell'Interno e la Pubblica

Accusa) in ordine allo *status* del minore quale vittima di tratta e, dall'altro lato, le carenze della difesa, pur assicurata grazie all'istituto del patrocinio a spese dello Stato.

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

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

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

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

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

## **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

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

## **I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE EDU**



#### **VIOLAZIONE DELL'ART. 4 DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER I DIRITTI UMANI.**

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

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

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

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

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

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

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

Nondimeno la Corte ha ritenuto che il perseguimento delle vittime, o potenziali vittime, della tratta può, in determinate circostanze, essere in contrasto con il dovere dello Stato di adottare misure operative per tutelarle, dovere che ha l'obiettivo di proteggerle da

ulteriori danni e di facilitarne il recupero, mentre la sottoposizione ad un procedimento penale sarebbe dannoso per la loro integrità psico-fisica, rendendole potenzialmente più vulnerabili e, pertanto, nuovamente esposte alla tratta in futuro.

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

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

In conclusione, **qualsiasi decisione sull'esercizio dell'azione penale dovrebbe essere assunta solo dopo tale valutazione da parte di personale specializzato ed il pubblico ministero, anche qualora non fosse vincolato ai risultati dell'indagine predetta, dovrebbe potersene discostare soltanto per ragioni chiare e coerenti con la disciplina della tratta** contenuta nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione anti-tratta.

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

#### **VIOLAZIONE DELL'ART. 6 DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER I DIRITTI UMANI.**

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

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

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

- la mancata valutazione della condizione dei ricorrenti di essere vittime di tratta prima di essere processati e condannati può aver determinato problemi in un'ottica di tutela del diritto previsto dall'art. 6 § 1 CEDU?

- i ricorrenti hanno rinunciato al loro diritto ad un giusto processo dichiarandosi colpevoli in una simile situazione?

- nel complesso il procedimento è stato "equo"?

Ebbene, alla prima domanda la Corte risponde decisamente in modo affermativo, ed a prescindere dal grado di manchevolezze che pure ci sono state, in concreto, nella loro difesa e nella loro rappresentanza legale assicurata dallo Stato. Si è rammentato, in particolare, che i minori vittime di tratta fanno parte di un gruppo di soggetti particolarmente vulnerabili ai quali non può essere richiesto di autodefinirsi vittime di simili reati e che non possono essere penalizzati per non essere consapevoli della loro condizione. La Corte ha rilevato, pertanto, che il mancato accertamento da parte delle Autorità interne della condizione dei ricorrenti minorenni di essere vittime di tratta ha costituito non solo una violazione degli obblighi sostanziali positivi derivanti dall'art. 4 CEDU, ma anche, dal punto di vista procedurale, una violazione dell'art. 6 CEDU, traducendosi in un ostacolo del loro diritto di ottenere prove che avrebbero potuto costituire un aspetto fondamentale della loro difesa.

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

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

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

## **OSSERVAZIONI.**

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

**Il tema centrale, e inedito sinora nella giurisprudenza della Corte EDU<sup>2</sup>, riguarda la compatibilità tra l'incriminazione delle potenziali vittime di tratta, per i reati commessi in conseguenza del loro sfruttamento, e il dovere dello Stato di adottare misure operative per proteggerle, che può arrivare ad essere compromesso dall'incriminazione, comportando pertanto una violazione dell'art. 4 della Convenzione (cfr. parr. 157-161), in determinate circostanze.**

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

In estrema sintesi, infatti, deve rammentarsi che i ricorrenti (V.C.L. e A.N.) erano due giovani vietnamiti, giunti nel Regno Unito da adolescenti, nel 2009 (rispettivamente all'età di 15 e 17 anni) e scoperti a lavorare in coltivazioni di cannabis, condotta per cui sono stati successivamente condannati in relazione a reati di droga. Dopo la condanna, tuttavia, i due ragazzi erano stati riconosciuti come vittime della tratta dall'autorità interna competente. Ebbene, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata, nel caso esaminato, una violazione dell'art. 4 CEDU, rilevando come le autorità nazionali non avessero adottato misure adeguate per proteggere i ricorrenti (minorenni all'epoca dei fatti contestati), entrambi potenziali vittime della tratta e rilevando, in particolare, che, nonostante i ricorrenti fossero stati scoperti in circostanze che indicavano la loro condizione di vittime, erano stati accusati di un reato, di cui si erano dichiarati colpevoli su consiglio dei loro avvocati (inopportuno o comunque avventato, sembrano suggerire i giudici di Strasburgo), senza che il loro caso fosse prima valutato dall'autorità interna preposta e competente.

E la violazione dell'art. 4 CEDU si è ancor più manifestata perché, **anche una volta che i ricorrenti sono stati successivamente riconosciuti come vittime della tratta, il**

---

<sup>2</sup> La Corte EDU, infatti, ha riscontrato una violazione dell'art. 4 della Convenzione, in relazione alla tratta di esseri umani, in pochi altri casi, soprattutto a partire dal 2016: L.E. c. Grecia del 21 gennaio 2016, *Chowdury e altri c. Grecia* del 9 settembre 2015, *T.I. e altri c. Grecia* e la più recente pronuncia della Grande Camera nel caso *S.M. c. Croazia* del 25 giugno 2020, in cui in termini più ampi si sono individuati gli elementi che devono sussistere per qualificare un comportamento o una situazione come tratta di esseri umani ai sensi dell'art. 4, richiamando la Convenzione di Varsavia e il Protocollo di Palermo, e riscontrando l'irrelevanza del carattere nazionale o transnazionale e della riconducibilità alla criminalità organizzata della tratta, sicché si può avere tratta "interna"; ma in nessuna di tali pronunce i giudici europei si erano occupati espressamente e direttamente della posizione giudiziaria delle vittime, sebbene nella sentenza del 2020 la Grande Camera abbia chiarito che la protezione delle potenziali vittime non deve scattare quando è stato accertato il reato di tratta ma già al momento in cui, in base alle prove allegate alla richiesta di protezione, esiste *prima facie* il sospetto di esso, poiché tanto basta a far scattare il dovere dello Stato di indagare sul caso.

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

**pubblico ministero, senza fornire ragioni adeguate per la decisione, si era opposto alla valutazione di rilevanza della loro condizione e la Corte d'appello, basandosi sulle stesse ragioni inadeguate, aveva considerato giustificata la decisione di perseguire i ricorrenti.**

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

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

Le affermazioni di principio e la risoluzione del caso concreto contenute nella pronuncia *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito* del 16 febbraio 2021 propongono questioni di non poco conto anche nel nostro ordinamento, come in quello di ciascuno degli Stati aderenti alla Convenzione.

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

Sullo sfondo, la consapevolezza che il crimine della sottomissione delle persone, sovente le più vulnerabili, in una situazione di moderna schiavitù ed il loro sfruttamento di ogni tipo (soprattutto sessuale o lavorativo o, appunto, per fini di commissione di reati o per l'accontonaggio "professionale") deve essere arginato solo attraverso sinergie tra gli Stati. E difatti, numerosi sono gli strumenti previsti allo scopo<sup>3</sup>: il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e minori del 2000 (il c.d. Protocollo di Palermo); la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 2005 (la c.d. Convenzione di Varsavia); la Convenzione ASEAN contro la tratta di persone, in particolare donne e minori del 2015 (operativa tra i Paesi asiatici).

---

<sup>3</sup> Nell'Unione europea si ricorda che l'art. 2, par. 1, della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che ha sostituito la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, individua gli elementi caratterizzanti la tratta di esseri umani ne «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento».

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

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dedica alla tratta di esseri umani una specifica disposizione, sancendone il divieto in termini assoluti (art. 5, par. 3: proibizione della schiavitù e del lavoro forzato), mentre la Convenzione Europea dei diritti umani ha al suo interno la disposizione, appunto, dell'art. 4 (divieto di schiavitù e del lavoro forzato). Nell'ambito dell'Unione europea, al quadro giuridico si affianca un complesso politico-operativo, con l'elaborazione di una strategia dell'Unione europea per l'eradicazione della tratta degli esseri umani sorta sin dal 2012, la designazione di un coordinatore anti-tratta e l'istituzione di una rete informale di relatori nazionali o meccanismi equivalenti dell'Unione.

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

E ciò a dispetto di prassi e legislazioni nazionali che in alcuni casi appaiono anche in aperto contrasto con tale principio<sup>4</sup>.

Peraltro, deve sottolinearsi come, anche con riferimento alla legislazione italiana, il gruppo di esperti sulla lotta contro la tratta di esseri umani (GRETA) del Consiglio d'Europa – adottato il 7 dicembre 2018 e pubblicato il 25 gennaio 2019 - ha esortato all'introduzione di una specifica norma attuativa dell'art. 26 della Convenzione di Varsavia, ritenendo insufficiente il ricorso alla scriminante prevista dall'art. 54 c.p. (stato di necessità)<sup>5</sup> e probabilmente auspicando, anche per il suo valore simbolico, l'introduzione di una specifica causa di esclusione della punibilità.

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

---

<sup>4</sup> Si veda il Rapporto conclusivo della Relatrice speciale sulla tratta di esseri umani dell'ONU, Maria Grazia Giammarinaro, del 30 luglio 2020, consultabile al seguente indirizzo web: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/Non-Punishment-Paper.pdf>.

<sup>5</sup> Citando anche criticità applicative, il Rapporto GRETA sottolinea l'insufficienza dell'art. 54 cod. pen., evidenziando: *Italian law still lacks a specific provision prohibiting the punishment of Trafficking in Human Beings victims in accordance with Article 26 of the Convention. As noted in GRETA's first report, the Italian legal framework provides that a person is not punishable for a criminal offence committed in a "state of necessity", i.e. when the person has been forced to commit the offence under violence or threat (Article 54 of the CC). This applies to victims of THB obliged to commit an unlawful act, as long as the victim has been officially identified and when the exploitation has been proven in a criminal procedure against the traffickers.*

definitiva inclusione nel contesto sociale, a prescindere anche dalla loro eventuale collaborazione con l'autorità giudiziaria.

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

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

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

### **CENNI ALLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN MATERIA.**

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

Risultano significativi, in tale direzione, gli orientamenti con cui, da un lato, si è ritenuta non invocabile, da parte degli autori delle condotte di riduzione in schiavitù, qualsiasi causa di giustificazione dell'esercizio del diritto con riferimento alle proprie tradizioni sociali-consuetudinarie, e, dall'altro, irrilevante, per escludere la finalità di sfruttamento, la circostanza che un margine degli introiti dell'accattonaggio vada a beneficio delle persone offese dal reato<sup>6</sup>.

Sul fronte normativo generale della tratta e della riduzione in schiavitù, l'Italia ha un arsenale di incriminazioni specifiche, che vede in prima linea anzitutto le disposizioni degli artt. 600 (*Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*) e 601 (*Tratta di persone*) del codice penale, oggi implementate dall'art. 600-*octies* (*Impiego dei minori*

---

<sup>6</sup> 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.

*nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio*)<sup>7</sup>, introdotto con d.l. n. 113 del 2018 conv. in l. n. 132 del 2018; nonché i reati previsti dagli artt. 602 (*Acquisto e alienazione di schiavi*) e 603-bis (*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*) del codice penale. Solo per dare l'idea del dibattito da anni in corso nella giurisprudenza di legittimità su tali fattispecie criminali, è opportuno fare brevissimi cenni, senza alcun carattere di esaustività, ad alcuni arresti interessanti della Corte di cassazione.

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

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

Ed anche in tema di delitto di tratta di persone, si è ribadito di recente che la situazione di necessità di cui all'art. 601, comma primo, cod. pen. coincide con la "posizione di vulnerabilità" di cui alla direttiva comunitaria 2012/29/UE e al d.lgs. n. 24 del 2014 e deve essere intesa come qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale della persona offesa, idonea a condizionarne la volontà personale e che non consente altra scelta effettiva di vita, se non cedendo all'abuso di cui è vittima e non è, pertanto, identificabile nello stato di necessità, cui fa riferimento l'art. 54 cod. pen., ma va correlata, piuttosto, alla nozione di "stato di bisogno" di cui all'art. 644, comma quinto, n. 3 cod. pen., dettato in tema di usura aggravata (Sez. 5, n. 49148 del 28/5/2019, P., Rv. 278051). Per la configurabilità del delitto di tratta, poi, non è richiesto che il soggetto passivo si trovi già in schiavitù o condizione analoga, con la conseguenza che il delitto in questione si ravvisa anche se una persona libera sia condotta con inganno in Italia, al fine di porla nel nostro territorio in condizione analoga alla schiavitù: il reato di tratta può essere, infatti,

---

<sup>7</sup> Mentre numerose perplessità ha suscitato l'introduzione del reato di Esercizio molesto dell'accattonaggio (art. 669-bis cod. pen.) ad opera del d.l. n. 113 del 2018, conv. in l. n. 132 del 2018: in tema si richiama la precedente Relazione del Gruppo di Lavoro per l'attuazione dei Protocolli con la Corte europea dei diritti dell'uomo e con la Corte di Giustizia sulla sentenza Corte EDU *Lacatus c. Svizzera* del 19 gennaio 2021.



commesso anche con induzione mediante inganno in alternativa alla costrizione con violenza o minaccia (così Sez. 5, n. 40045 del 24/9/2010, Murmylo, Rv. 248899, che ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato la responsabilità, in ordine al delitto di cui all'art. 601 cod. pen., nei confronti degli imputati, i quali avevano pubblicato su stampa in Polonia ed altri Paesi dell'Est, nonché via internet, annunci ingannevoli di lavoro ben remunerato in Italia, assicurando trasferimento, alloggio e vitto nel luogo di destinazione dove singole cellule smistavano i lavoratori nei campi e li riducevano in schiavitù).

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

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

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

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

---

<sup>8</sup> Ed invece, si è ritenuto che non integri il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù la condotta di chi acquisti da altri un essere umano (nella specie: un neonato) al fine di inserirlo come figlio nel proprio nucleo familiare, non essendo tale condotta funzionale alla protrazione dello stato di asservimento della vittima (Sez. 5, n. 43084 del 24/9/2015, Pmt e altri, Rv. 265229; in motivazione, la Corte ha precisato che il predetto reato si configura, viceversa, nei confronti del venditore, trattandosi di condotta espressiva di un potere corrispondente al diritto di proprietà, che finisce per ridurre l'essere umano a merce di scambio). In tema, cfr. anche Sez. 5, n. 1797 del 14/7/2015, C., Rv. 265884.

n. 35992 del 5/3/2019, Omorodion, Rv. 276718.

Nelle molteplici sentenze in tema, permane forte l'eco interpretativa di una delle prime pronunce della giurisprudenza di legittimità sul tema della riduzione in schiavitù – Sez. U, n. 261 del 20/11/1996, dep. 1997, C., Rv. 206512 – in cui si è chiarito come la condizione analoga alla schiavitù di cui agli artt. 600 e 602 cod. pen. non si identifica necessariamente con una situazione di diritto, e cioè normativamente prevista, bensì anche con qualunque situazione di fatto con cui la condotta dell'agente abbia per effetto la riduzione della persona offesa nella condizione materiale dello schiavo, e cioè nella sua soggezione esclusiva ad un altrui potere di disposizione, analogo a quello che viene riconosciuto storicamente "al padrone sullo schiavo": una condizione svilente della persona, quale oggetto di possesso altrui e cioè del potere di disporre e di trarne qualsiasi utilità, in quanto le è disconosciuta soggettività e conseguente capacità di libera determinazione nella comunità in cui il fatto si verifica (Sez. 5, n. 1615 del 16/12/1997, dep. 1998, Hrustic, Rv. 209987).

## ART. 5 CEDU

• **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 – VIOLAZIONE ANCHE DELL'ART. 10 CEDU.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Sabuncu ed 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.

**Corte E.D.U., Seconda sezione, 10 novembre 2020, 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 indici 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. 6 CEDU

### **EQUO PROCESSO, OVERTURNING DI CONDANNA E RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA.**

Corte EDU, Prima Sezione, 20 ottobre 2020, Tondo c. Italia

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205177>

Traduzione ufficiale:

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.page?contentId=SDU303236&previousPage=mg\\_1\\_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU303236&previousPage=mg_1_20)

### **CLASSIFICAZIONE**

EQUO PROCESSO – RINNOVAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DECISIVA IN DIBATTIMENTO

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

CONVENZIONE EDU, ART. 6 – DIRITTO AL PROCESSO EQUO – *OVERTURNING* IN APPELLO DI SENTENZA ASSOLUTORIA – RINNOVAZIONE TESTIMONIANZE DECISIVE

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

*Dan c. Moldavia*; 05/03/2013, *Manolachi c. Romania*; 04/06/2013, *Hanu c. Romania*; 04/06/2013, sentenza 9 aprile 2013, *Flueras c. Romania*, 9/04/2013; *Hogea c. Romania*, 29/10/2013; *Lorefice c. Italia*, 29/06/17; *Lazu c. Moldavia*. 5/07/2016; *Ekbatani c. Svezia*, 26 maggio 1988, *Constantinescu c. Romania*, no 28871/95, CEDH 2000-VIII, *Dondarini c. Saint-Marin*, n 50545/99, § 27, 6 luglio 2004, et *Igual Coll c. Spagna*, no 37496/04, § 27, 10 marzo 2009.

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

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

CORTE EDU, Prima sezione, decisione del 20 ottobre 2020, Tondo v. Italia, n. 75037\14



**ABSTRACT:** *la Corte europea di diritti umani ribadisce che quando il giudice dell'impugnazione è competente a valutare non solo questioni **di diritto**, ma anche di **fatto** ed è impugnata una sentenza di assoluzione è obbligatorio procedere alla rinnovazione **di tutte** le testimonianze sottoposte a **nuova interpretazione** ed assumere le **prove allegare dall'accusato** che nega la responsabilità. Ribadisce che la valutazione della prova dichiarativa è una **operazione complessa** che **non** può essere effettuata solo su base cartolare.*

## **1. Il caso.**

1.1. La Corte di assise di appello di Lecce, **rimodando radicalmente** la sentenza assolutoria di primo grado, riteneva insussistente l'esimente della **legittima difesa** e condannava Fernando Tondo e Fabio Tondo per i reati di omicidio consumato e tentato. La Corte territoriale procedeva all'*overturning* ritenendo necessario esaminare nuovamente solo un imputato, Fabio Tondo, senza procedere all'esame di Fernando (ricorrente alla Corte Edu), ritenendo necessario l'esame a causa dell'emersione di una progressione dichiarativa discontinua.

La Corte di assise di appello, pur limitandosi a rinnovare l'esame del solo Tondo Fabio, procedeva ad una complessiva **rivalutazione di tutte le testimonianze** raccolte in primo grado, compresa quella del teste oculare Garzia, che aveva assistito all'evento omicidiario e che era stata ritenuta espressamente "decisiva" (§ 18).

L'*overturning* si fondava:

(a) sulla **testimonianza del teste oculare**, ritenuta non credibile dai primi giudici: il Garzia che aveva dichiarato che la vittima al momento dell'esplosione del colpo mortale era gravemente ferita, piegata e non aveva capacità reattive;

(b) sulla **consulenza tecnica del pubblico ministero** che indicava che la vittima gravemente ferita, al momento in cui fu esplosa il corpo mortale era priva di capacità reattive, mentre che il Tondo Fernando, che aveva sparato, sebbene ferito era ancora in condizioni di potersi allontanare; veniva espressamente svalutata la consulenza della difesa secondo cui l'offeso, al momento dello sparo, era invece in condizioni di reagire (§ 20);

(c) sulle **dichiarazioni della madre vittima**, che a sua volta era stata attinta da un colpo, rilevatosi non mortale, cui era seguita la contestazione di tentato omicidio.

1.2. La Cassazione con decisione del 5 marzo (a) rigettava il ricorso proposto dal Tondo Fernando sull'accertamento di responsabilità, ritenendo che non vi fossero dubbi sulla univocità dimostrativa delle prove a carico; (b) annullava la sentenza di condanna a carico di Tondo Fabio rilevando che la stessa, in violazione del diritto convenzionale consolidato, era fondata sulla rivalutazione cartolare della testimonianza del Garzia, ritenuta ininfluente dai primi giudici, ma decisiva in appello; (c) annullava la sentenza di condanna

nei confronti di entrambi gli imputati relativamente alla mancata concessione delle attenuanti generiche.

1.3. In sede di rinvio la Corte di assise di appello di Taranto, previa audizione del Garzia, condannava il Tondo Fabio alla pena di dodici anni di reclusione e rideterminava il trattamento sanzionatorio del Tondo Fernando, che veniva condannato alla pena di anni diciannove di reclusione.

1.3. Il Tondo Fernando proponeva ricorso alla Corte Edu lamentando che **anche** la sua condanna, come quella del Tondo Fabio "dipendeva" dalla testimonianza del Garzia, che tuttavia con riguardo alla sua posizione, non era stata rinnovata in appello.

## **2. La ratio decidendi.**

La Corte europea ribadiva la sua consolidata giurisprudenza ed affermava che quando il giudice di secondo grado ha poteri di **cognizione piena**, che comprendono non solo la valutazione di questioni di diritto, ma anche la capacità dimostrativa delle prove, il ribaltamento di una decisione assolutoria - se è fondata sul **diverso apprezzamento di una testimonianza** - postula la sua rinnovazione, ovvero la sua "percezione" diretta (§ 38 e 39). La Corte ha ribadito che la valutazione della testimonianza è un accertamento **complesso non effettuabile su base esclusivamente cartolare** (§ 43). Affermava altresì la necessità di procedere all'assunzione delle **prove allegate a discarico dall'accusato** che nega la sua colpevolezza (§ 38).

## **3. La decisione.**

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto "non equo" il processo che si era concluso con la condanna del Tondo Fernando, in quanto la riforma della sentenza assolutoria era "fondata" sulla rivalutazione - su base esclusivamente cartolare - della capacità dimostrativa di **tutte** le testimonianze assunte in primo grado, **compresa quella del Garzia** (ritenuta espressamente "decisiva" dai giudici di secondo grado: §§ 42 e 45).

Veniva altresì rilevata la anomala differenziazione tra il percorso processuale del Tondo Fabio rispetto e quello del Tondo Fernando: non era in dubbio infatti che la vittima fosse morta a causa del colpo esplosivo da Fernando, ma era in valutazione, per entrambi gli imputati, la sussistenza dell'esimente della legittima difesa, dipendente dalla valutazione delle condizioni e dalla posizione della vittima al momento dello sparo.

## **4. Note**

4.1. La decisione ribadisce la giurisprudenza consolidata della Corte Edu sulla necessità della rinnovazione delle testimonianze oggetto di **diversa** valutazione in caso di *overturning* della sentenza assolutoria.

La Corte europea manifesta ancora una volta la sua tensione verso la valutazione della **equità complessiva del processo** ribadendo che, in caso di *overturning* basato su una **nuova interpretazione** delle testimonianze, le stesse devono essere rinnovate, **a prescindere dalla loro incidenza** sulla decisione. Dal percorso argomentativo della sentenza non trapela, infatti, quella distinzione tra **prova decisiva e prova di contesto** che informa la nostra giurisprudenza in materia di rinnovazione.

Sul punto la Corte Edu è chiara: quando si procede ad un *overturning* bisogna rinnovare **tutte** le prove testimoniali sottoposte ad una nuova interpretazione. Ed ammettere le **prove allegate a discarico** dall'accusato che nega la sua responsabilità: questa indicazione della Corte Edu, invero, non è affatto "assorbita" dal nostro ordinamento (§§ 38 e 39), sebbene risulti coerente con la *ratio* che informa molte decisioni della Corte Edu, ovvero la massima tensione verso la tutela prerogative dell'accusato che partecipa "attivamente" al processo.

2. Nonostante il nucleo fattuale decisivo del caso "Tondo" fosse costituito dalla identificazione della posizione e delle capacità reattive della vittima al momento dello sparo, e che la ricostruzione di tali circostanze sia stata effettuata attraverso la valutazione **non solo** delle testimonianze (del teste oculare Garzia e della madre della vittima), **ma anche** delle consulenze tecniche, la Corte non fa **alcun cenno alla necessità di rinnovare la prova scientifica** (§§ 44, 45).

Si tratta di una scelta che conferma che l'estensione dell'obbligo di rinnovazione **all'esame del perito** non trova esplicito conforto nella giurisprudenza di Strasburgo, che si limita a ritenere imprescindibile per la formazione della prova scientifica il rispetto del diritto alla "parità delle armi" ed al contraddittorio, tutelato dall'art. 6 § 1 della Convenzione.

Nella lettura dei giudici europei la parità delle armi nella formazione della prova scientifica non è garantita tanto (e solo) dall'esame del perito, quanto (a) dal diritto di **presentare fonti tecniche alternative a quelle dell'accusa** e che propongano valutazioni rispetto a quelle antagoniste e (b) dal diritto di **partecipare alle operazioni tecniche**. La violazione dell'art. 6 della Convenzione è stata infatti ritenuta in tutti i casi in cui all'imputato non è stata offerta una concreta possibilità di falsificare le tesi tecniche introdotte dall'accusa, non (solo) attraverso l'esame del tecnico, ma (soprattutto) attraverso l'allegazione di prove tecniche antagoniste, o è stata negata la partecipazione alle operazioni tecniche.

Nel caso in esame la difesa ha avuto la possibilità di criticare attraverso il proprio consulente le conclusioni del tecnico dell'accusa (che aveva concluso per il difetto di capacità reattive della vittima): è per questa ragione - deve ritenersi - che la Corte europea non ha fatto alcun cenno alla necessità di riedizione della prova scientifica.

3. In sintesi la decisione Tondo v. Italia evidenzia diverse asincronie tra l'ordinamento convenzionale e quello interno; secondo la Corte Edu infatti:

- (a) devono essere rinnovate **tutte** le testimonianze che in appello vengono sottoposte a nuova interpretazione e non solo quelle decisive;
- (b) devono essere ammesse e rinnovate le prove **allegate dall'accusato** che nega la sua colpevolezza;
- (c) la parità delle armi quando si raccoglie la prova scientifica è garantita dal **contraddittorio tecnico** e non solo dall'esame incrociato del perito (del quale non è richiesta la rinnovazione obbligatoria in appello).

#### 4. Addenda

Di seguito una breve rassegna delle maggiori decisioni della Corte Edu in materia di prova scientifica:

- caso Matytsina v. Russia (5 sez. 27 aprile 14): la Corte Edu ha affermato che *«witnesses and experts play a different role in proceedings and have a different status. The latter cannot be fully associated with "witnesses", at least not for all purposes (see Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, § 711, 25 July 2013)»* (§ 168) distinguendo nettamente la prova scientifica dalla testimonianza ed identificando la lesione del contraddittorio nella mancata acquisizione delle prove tecniche di parte e, segnatamente nella mancata escussione degli esperti dell'accusa dei quali era stata acquisita la relazione.
- Caso Poletan e Azirovik v. Macedonia (5 sez. 12 maggio 2016): la Corte non ha rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 non ritenendo in contrasto con le garanzie convenzionali il fatto che i tecnici che avevano esaminato la qualità della sostanza in sequestro fossero della Polizia e che non vi erano ragioni per ritenere violato il contraddittorio in relazione al rifiuto di ripetizione della perizia.
- Caso Sara Lind v. Islanda (3 sez. 5 luglio 2007) la Corte ha invece rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione ritenendo che la nomina di una commissione peritale medica, composta da professionisti che lavoravano nello stesso ospedale dove prestavano servizio gli imputati, non garantisse la neutralità dell'organo cui era affidata la valutazione tecnica e, ledesse il principio della parità delle armi, deprivando le prerogative difensive della ricorrente.
- Caso Stoimenov c. Macedonia (5 sez. 5 aprile 2007) la Corte Edu ha rilevato la violazione del principio della parità delle armi in quanto nel corso del processo non era stata disposta una "ulteriore" perizia sul corpo del reato come richiesto dal ricorrente che aveva evidenziato che l'analisi tecnica posta alla base della condanna era stata compiuta prima dell'avvio del procedimento, allo specifico fine di proporre la denuncia.
- Caso G. B. v. Francia (3 sez. 2 ottobre 2001) la Corte ha rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione perché in seguito ad un repentino mutamento di opinione dell'esperto in ordine alla pericolosità del ricorrente verificatosi in udienza dopo l'esame di

nuove allegazioni del pubblico ministero non era stata concessa la possibilità di effettuare una nuova analisi tecnica.

- Caso Mantovanelli v. Francia (18 marzo 1997) la Corte europea ha rilevato l'iniquità del processo e la violazione dell'art. 6 § 1 perché ai ricorrenti non era stato consentito di partecipare alle operazioni peritali, extraprocessuali, sviluppatasi attraverso l'audizione di persone in possesso di informazioni decisive.

- Caso Doorson v. Paesi Bassi (26 marzo 96) (pronuncia nota per la questione dei testimoni anonimi), la Corte ha ritenuto che il principio della parità delle armi non fosse stato leso dalla mancata audizione dell'esperto, tenuto conto che è di competenza delle giurisdizioni nazionali stabilire quali sono i testimoni utili per l'accertamento della responsabilità.

- Caso Brandstetter v. Austria (28 agosto 1991) la Corte Edu analizza il ricorso sotto il profilo della violazione dell'art. 6 § 1 precisando «*the Court considers it appropriate to examine the applicant's complaint under the general rule of paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) of the Convention, whilst having due regard to the guarantees of paragraph 3 (art. 6-3) (see, inter alia, the Bönisch judgment of 6 May 1985, Series A no. 92, pp. 14-15, para. 29). The Court notes that, read literally, sub-paragraph (d) of paragraph 3 (art. 6-3-d) relates to witnesses and not experts. It points out that in any event the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (ibid.)*» (§ 42). Nel caso in esame la Corte non ha ritenuto la violazione delle garanzie convenzionali in relazione alla mancata assunzione degli esperti proposti dalla difesa del ricorrente.

- Caso Bonisch v. Austria (6 maggio 85) la Corte europea rileva la complessiva iniquità della procedura per violazione del principio della parità delle armi, tenuto conto che il consulente di parte era stato inquadrato come testimone e aveva partecipato solo all'udienza nel corso della quale era stato udito, mentre il perito nominato dal giudice aveva potuto partecipare a tutto il dibattimento. La Corte ha ribadito che in materia di perizia viene in considerazione il § 1 dell'art. 6 della Convenzione dato che il § 3 lett. d) è riservato ai testimoni, di nuovo distinguendo lo statuto della testimonianza da quello della perizia. Si legge nella pronuncia «*the Court would recall that the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (see, inter alia, the Artico judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 15, para. 32, the Goddi judgment of 9 April 1984, Series A no. 76, p. 11, para. 28, and the Colozza judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 14, para. 26).*» (§ 29).

Si segnala **l'unica decisione rinvenuta** in cui la Corte ha rilevato l'iniquità convenzionale a causa dell'omesso esame del tecnico, con specifico riguardo parametro previsto dall'art. 6 § 3 lett. d), **sebbene non espressamente riferito al caso dell'overturing**, ma

della Carta di Roma, ritenuto una declinazione delle più generali garanzie previste dall'art. 6 § 1: caso *Constantinides v. Grecia* (1 sez 6\10\2016) dove si afferma «*if a court decides that an expert assessment is needed, the defence should have the opportunity to put questions to the experts, to challenge their findings and to examine them directly at the trial (see *Mirilashvili v. Russia*, no. 6293/04, § 190, 11 December 2008*».

Da questa breve rassegna emerge che la Corte europea distingue nettamente la testimonianza dalla prova scientifica ed evidenza come la garanzia prevista dall'art. 6 § 3 lett. d) della Convenzione sia espressamente prevista solo per i testimoni, ovvero per dichiaranti **non** esperti; questo sebbene il § 1 dell'art. 6 nel delineare il diritto al processo equo comprenda anche i profili di garanzia specificamente declinati nel § 3.

## ART. 6 CEDU

### **EQUO PROCESSO, OVERTURNING DI CONDANNA E RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (2)*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205818>

#### **CLASSIFICAZIONE:**

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

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

CONVENZIONE EDU, ART. 6

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

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

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

#### **PRONUNCIA SEGNALATA**

**CORTE EDU, II sezione, 10 novembre 2020, Dan v. Moldavia (2).**

#### **ABSTRACT:**

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

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

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

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

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

## **1. Il caso.**

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

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

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

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



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

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

## **2. La ratio decidendi.**

La Corte Edu ha affermato:

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

## **3. La decisione.**

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

La Corte europea concordava sulla non decisività della rinnovazione della testimonianza dei due testi della polizia giudiziaria che avevano dichiarato di non avere assistito al passaggio di denaro (§ 64); riteneva invece **decisive le due testimonianze non rinnovate - una per morte e l'altra irreperibilità** - in quanto entrambe erano

fondamentali per provare il passaggio del denaro oggetto della tangente; riteneva che la lesione del diritto di difesa discendente dalla mancata audizione in appello di tali testi **non** risultava **bilanciata** da adeguate garanzie procedurali: segnatamente (a) la progressione dichiarativa degli altri testimoni era discontinua e caratterizzata da serie contraddizioni (§ 66); (b) il video che aveva filmato l'incontro tra il denunciante ed il Dan era stato interrotto proprio quando sarebbe avvenuto il passaggio di denaro (§ 67); (c) i dichiaranti la cui testimonianza era stata rinnovata erano tutti appartenenti alla polizia giudiziaria che aveva condotto l'operazione.

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

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

#### 4.Note

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

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

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

Tale equiparazione è generata dalla massima tensione verso la tutela delle **garanzie processuali** dell'accusato che patisce una "**condanna**" in qualunque fase del processo: la Corte ha affermato che la condanna può essere fondata su dichiarazioni **non assunte**

**in contraddittorio di fronte al giudice che decide**, solo se le stesse sono assistite da **“garanzie procedurali”** che garantiscono l’affidabilità del giudizio sulla attendibilità. Tali garanzie secondo la Corte possono rinvenirsi (anche) nella struttura della motivazione, quando la stessa sia particolarmente rigorosa e superi logicamente ogni contraddizione tra gli elementi di prova raccolta (§ 61). Nel caso in cui tali garanzie non si rinvercano il secondo giudice deve procedere alla rinnovazione, anche senza l’impulso di parte, disponendo di ufficio (§ 57).

Sullo sfondo emerge (nuovamente) la valorizzazione del **“contegno”** del testimone che è considerato dalla Corte un elemento essenziale per la valutazione della credibilità dei contenuti accusatori e la sua percezione garantisce un giudizio affidabile fondato sul rispetto del principio di immediatezza (§ 51).

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

## ART. 6 CEDU

### **EQUO PROCESSO, OVERTURNING DI CONDANNA E RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA – ESAME DELL'IMPUTATO.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 8 luglio 2021, Maestri ed altri c. Italia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210852>

### **CLASSIFICAZIONE**

EQUO PROCESSO – RINNOVAZIONE DELLA TESTIMONIANZA DECISIVA IN DIBATTIMENTO  
- ESAME IMPUTATO

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

CONVENZIONE EDU, ART. 6 – DIRITTO AL PROCESSO EQUO – *OVERTURNING* IN APPELLO DI SENTENZA ASSOLUTORIA – RINNOVAZIONE TESTIMONIANZE DECISIVE - ESAME IMPUTATO.

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

**Corte Edu:** 6/7/04, Dondarini c. San Marino; 16\12\08, Bazo González c. Spagna; 10/3/2009, Igual Coll c. Spagna; 22/09/2011, Lacadena Calero c. Espagne; 05/07/2011, Dan c. Moldavia; 05/03/2013, Manolachi c. Romania; 04/06/2013, Hanu c. Romania; 9/04/2013, Flueraș c. Romania; 29/10/2013, Hogeș c. Romania; 5/07/2016, Lazu c. Moldavia.; 13|09|16 Leș c. Romania (déc.); 29/06/17, Lorefice c. Italia; 16/7/17, Júlíus Þór Sigurþórsson c. Islanda; 20/08/2020 Tondo v Italia; 15/09/20, Dumitrascu c. Roumanie; 10\11\2020, Dan v. Moldavia; 25/03/21, Di Martino e Molinari v. Italia.

**Cassazione:** Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016, Dasgupta, Rv. 267486. Sez. U, n. 18620 del 19/01/2017, Patalano, Rv. 269786; Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017 - dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272430; Sez. U, n. 14426 del 28/01/2019, Pavan Devis, Rv. 275112.

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

**ABSTRACT:**

- *quando si procede ad un overturning fondato sulla **rivalutazione di testimonianze decisive**, le prove dichiarative devono essere rinnovate;*
- *afferma che la rinnovazione non è necessaria se l'overturning discende dalla correzione di un **errore di diritto** mentre l'accertamento dei fatti, anche se fondato su prove dichiarative, è incontestato.*
- *quando la condanna – tanto più se "tardiva", ovvero intervenuta solo in secondo grado – si fonda sulla (ri)valutazione **dell'elemento soggettivo** lo stesso deve essere scrutinato attraverso **l'esame dell'accusato**, che deve essere disposto anche d'ufficio;*
- *non sono assimilabili all'esame le spontanee dichiarazioni, dato che queste non prevedono alcuna interazione tra il giudice e l'accusato;*
- *se si accerta la sussistenza dell'elemento soggettivo senza procedere all'esame dell'imputato, si incorre in una violazione dell'art. 6 della Convenzione, nulla rilevando che l'imputato è titolare del diritto di rendere spontanee dichiarazioni e di parlare per ultimo.*

**1. Il caso.**

1.1. La Corte di appello di Torino:

- a) riformava radicalmente la sentenza del Tribunale di Saluzzo nella parte in cui assolveva tutti i ricorrenti dalla contestazione di avere dato vita ad una associazione diretta alla consumazione di truffe aggravate (evasione fiscale in un caso di superamento delle cd. "quote latte") e confermava la condanna di tutti i ricorrenti - ad eccezione della Maestri - per le truffe aggravate;
- b) riformava radicalmente la sentenza pronunciata dal Tribunale di Saluzzo nei confronti della Maestri, che in primo grado era stata assolta non solo dal reato associativo, ma anche dalla contestazione di truffa aggravata.

Gli imputati, regolarmente citati nel giudizio di appello, non comparivano (ad eccezione della Maestri) e non venivano interrogati.

Nel rivalutare il caso la Corte di merito riteneva che le società cooperative costituite dai ricorrenti (Savoia e FGR) fossero funzionali alla consumazione di frodi fiscali e che tale struttura organizzativa fosse sufficiente per integrare l'elemento oggettivo dell'associazione contestata, nulla rilevando – diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice - che il programma criminoso fosse caratterizzato dalla progettazione di reati dello stesso tipo (le truffe aggravate appunto).

I Giudici di secondo grado ritenevano, altresì, che vi fosse l'elemento soggettivo dato che l'attività illecita riferibile alle società Savoia ed FGR non poteva non essere percepita e condivisa dai ricorrenti.

1.2. Gli imputati ricorrevano per cassazione lamentando, tra l'altro, sia la mancata rinnovazione delle prove dichiarative, che l'omesso esame degli imputati: la Corte di legittimità rigettava il ricorso ritenendo che la rinnovazione delle testimonianze non era necessaria, dato che la credibilità dei contenuti testimoniali era incontestata e che l'omissione dell'esame non incideva sulla legittimità della condanna, tenuto conto che gli imputati, ad eccezione della Maestri, avevano scelto di non comparire nel giudizio di appello e che, comunque, gli stessi avevano il diritto di parlare per ultimi (art. 523 cod. proc. pen.) e di rendere in ogni momento spontanee dichiarazioni (art. 494 cod. proc. pen.).

1.3. Con il ricorso alla Corte Edu i ricorrenti si dolevano (a) della mancata rinnovazione delle prove dichiarative, che avrebbe dovuto essere disposta nonostante l'attendibilità dei testimoni fosse incontestata, (b) dell'omesso esame degli imputati che avrebbe dovuto essere effettuato anche in assenza di una esplicita richiesta.

Il Governo italiano eccepiva la irrilevanza delle prove dichiarative rispetto al giudizio di ribaltamento, e la mancata lesione del diritto di difesa derivante dal mancato esame, tenuto conto del fatto che gli imputati avrebbero comunque potuto rendere spontanee dichiarazioni.

## **2. La ratio decidendi.**

2.1. La Corte Edu in via preliminare ha ribadito che, impugnata una sentenza di assoluzione, quando il giudizio di appello non verte solo su **questioni di "diritto"**, ma si sviluppa attraverso il pieno apprezzamento delle prove, risolvendosi in un nuovo **accertamento del "fatto"**, è obbligatorio procedere alla rinnovazione delle prove dichiarative.

La rinnovazione **non è invece necessaria** quando il giudizio di secondo grado si risolve in una **correzione della prima decisione in punto di diritto** e si risolve nella applicazione del principio corretto a fatti il cui accertamento è incontestato (§ 40: si citano i precedenti *Júlíus Þór Sigurþórsson c. Islande*, n. 38797/17, § 33, 16 luglio 2019; *Bazo González c. Espagne*, no [30643/04](#), § 36, 16 dicembre 2008, *Keskinen et Veljekset Keskinen Oy c. Finlande*, no [34721/09](#), § 39, 5 giugno 2012, *Leş c. Roumanie (déc.)*, no [28841/09](#), §§ 18-22, 13 settembre 2016, et *Dumitrascu c. Roumanie*, no [29235/14](#), 15 settembre 2020).

2.2. Con riguardo all'obbligo di esaminare gli imputati, la Corte ha affermato, in generale, che gli accusati **"devono" essere sempre sentiti** (anche in primo grado) sui fatti contestati e che l'obbligo di esame insiste anche sui giudici di appello, **salvo rinuncia espressa ed univoca all'audizione** (§ 39).

Si è affermato inoltre – ed il punto si prospetta decisivo - che quando è in valutazione **l'elemento soggettivo, l'esame dell'accusato è essenziale** per la verifica dell'atteggiamento soggettivo correlato alle condotte contestate (§ 52)

La Corte ha affermato inoltre che il giudice d'appello è tenuto ad adottare **misure positive atte a garantire l'esame**, anche se l'accusato non ha partecipato all'udienza, e non si è opposto, tramite il suo avvocato, alla pronuncia nel merito.

Si è affermato infine che **l'esame dell'imputato non è equivalente alle spontanee dichiarazioni**, dato che queste sono rese d'iniziativa e non prevedono alcuna interazione con l'autorità giudiziaria.

### **3. La decisione.**

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che:

- *l'overtuning* della sentenza assolutoria pronunciata nei confronti della Maestri (imputata che in primo grado veniva assolta non solo dal reato associativo, ma anche dalla truffa aggravata) fosse non rispettoso dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, in quanto era fondato, con riguardo alla truffa, sulla **rivalutazione meramente cartolare di testimonianze decisive**;

- anche *l'overturning* relativo alla responsabilità per il delitto associativo era illegittimo: sebbene sul punto non vi fosse alcuna violazione dell'art. 6 della Convenzione correlata alla mancata audizione dei testimoni, dato che il ribaltamento si fondava su una correzione "in diritto" relativo alla identificazione degli elementi costitutivi del reato associativo, tuttavia **violava la Convenzione l'omissione dell'esame degli imputati**.

Segnatamente: la rinnovazione delle testimonianze non era necessaria in quanto la Corte di appello, diversamente dal Tribunale, aveva ritenuto che l'associazione, per essere configurata, non richiedesse un programma criminoso diretto a consumare reati "di tipo diverso", essendo sufficiente anche un programma diretto a realizzare un numero indefinito di reati dello "stesso tipo" (§ 47).

Diversamente era contrario alla Convenzione il mancato esame degli imputati che avrebbe dovuto essere effettuato in quanto decisivo per lo scrutinio dell'elemento soggettivo, valutato per la prima volta in appello (la Corte di merito aveva ritenuto sussistente il dolo sulla base della "manifesta" – e dunque sicuramente percepita e condivisa - attività illecita delle società attraverso le quali si consumavano le frodi fiscali) .

Secondo i giudici di Strasburgo il profilo soggettivo del reato associativo poteva essere scrutinato solo **attraverso l'esame degli imputati** (§ 52). Esame che doveva essere

**disposto d'ufficio**, non essendo equiparabile alla rinuncia allo stesso la mancata comparizione in appello: si affermava infatti che l'invito a comparire per rendere dichiarazioni non è implicito nella citazione a giudizio, che è un atto non è espressamente diretto a disporre l'esame, ma solo a rendere edotto l'accusato dei tempi e dei luoghi di svolgimento del processo ed a consentirgli di partecipare allo stesso (§§ 56, 57, 58).

I giudici europei hanno affermato inoltre che **le spontanee dichiarazioni non equivalgono all'esame**, dato che queste non sono "sollecitate" dal giudice, che si limita a "riceverle", senza potere investigare i temi che ritiene rilevanti per l'accertamento di responsabilità (§ 59); né il mancato esame poteva ritenersi "sanato" dal fatto che l'imputato aveva il diritto di parlare per ultimo, essendo le **dichiarazioni spontanee un evento procedurale eventuale** e non sovrapponibile all'esame dibattimentale

In sintesi: **la violazione convenzionale** risiedeva nel fatto che la Corte di appello italiana **non aveva disposto l'esame** degli imputati **necessario per lo scrutinio dell'elemento soggettivo**, valutato per la prima volta in appello all'esito del previo riconoscimento della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato associativo, ritenuto nel secondo grado di giudizio, dopo la correzione di un errore di diritto in ordine alla configurazione del reato associativo (§ 60).

#### **4.Note**

4.1. La sentenza si segnala per la rilevazione della violazione convenzionale correlata all'omesso esame dell'imputato.

Dal tessuto argomentativo della sentenza emerge una chiara indicazione: salvo il caso della assoluzione, i giudici nazionali **devono** disporre l'esame dell'imputato, **anche d'ufficio**, per consentire all'accusato di esporre i propri argomenti difensivi (§ 39: la Corte cita a sostegno il precedente *Júlíus Þór Sigurbórsson c. Islande*, n. 38797/17, § 33, 16 luglio 2019).

Il "**confronto con l'accusato**" viene identificato come un pilastro della legalità convenzionale, **solo in parte riconducibile al tema dell'overturing**: l'obbligo di disporre l'esame è infatti indicato come "generale" ed incombente anche sui giudici di primo grado.

Secondo i giudici di Strasburgo l'esame è un evento procedurale imprescindibile quando deve essere valutato **l'elemento intenzionale**: l'esame – essenziale anche in primo grado – deve, a maggior ragione, essere disposto in appello quando si intende procedere alla prima affermazione dell'esistenza dell'elemento soggettivo (§ 52).

Si tratta di un incombente che, nella interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo, non deve necessariamente essere sollecitato dalle parti ma deve essere **disposto d'ufficio** e



non è fungibile con le spontanee dichiarazioni che si risolvono nella **mera ricezione** delle indicazioni difensive, senza consentire il **confronto tipico dell'esame**.

Si segnala inoltre che la Corte europea ribadisce la correttezza del principio di diritto espresso dalla sentenza "Dasgupta" che ha affermato la necessità della riedizione in appello dell'esame quando lo stesso verte su profili decisivi dell'accertamento di responsabilità; ha tuttavia ampliato l'area di operatività dell'obbligo in esame che – si ribadisce – non viene configurato come "limitato" al solo caso dell'*overtuning* della sentenza assolutoria, ma come "generalizzato" ed incombente su tutti i giudici di merito.

4.2. La ipervalutazione della rilevanza del confronto con l'accusato che si sviluppa con l'esame non tiene in considerazione **che l'imputato non ha obbligo di verità e gode del diritto al silenzio**: tali limiti ontologici dell'esame lo rendono particolarmente "fragile" quanto a capacità dimostrativa dei contenuti, sicché suscita qualche perplessità la sua identificazione come presidio imprescindibile della legalità convenzionale.

## **ART. 6 CEDU**

### **EQUO PROCESSO, OVERTURNING DI CONDANNA E RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA – RITO ABBREVIATO.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 25 marzo 2021, Di Martino e Molinari c. Italia.*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208757>

#### **CLASSIFICAZIONE**

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

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

CONVENZIONE EDU, ART. 6 – DIRITTO AL PROCESSO EQUO – GIUDIZIO ABBREVIATO - *OVERTURNING* IN APPELLO DI SENTENZA ASSOLUTORIA – RINNOVAZIONE TESTIMONIANZE DECISIVE -

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011; Manolachi c. Romania, 05/03/2013; Hanu c. Romania, 04/06/2013; , sentenza 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania, 9/04/2013, 04/06/2013; Hogeia c. Romania, 29/10/2013; Lorefice c. Italia, 29/06/17; Lazu c. Moldavia. 5/07/2016; Ekbatani c. Svezia, 26 maggio 1988, Constantinescu c. Romania, no 28871/95, Dondarini v. San Marino, n 50545/99, § 27, 6 luglio 2004, et Igual Coll c. Spagna, no 37496/04, § 27, 10 marzo 2009; Al-Khawaja and Tahery v. Regno Unito [GC], 15 dicembre 2011, Schatschaschwili v. Germania [GC], 15 dicembre 2015); Hermi v. Italia Grande camera, 18 ottobre 2006;

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

C. Cost., sent. n. 124 del 20 marzo 2019 -

#### **PRONUNCIA SEGNALATA**

**ABSTRACT:**

*Il diritto al contraddittorio è **rinunciabile**.*

*Se la rinuncia è **consapevole e volontaria** e non contrasta con un interesse pubblico prevalente **si estende a tutti i gradi di giudizio**.*

*Pertanto la scelta volontaria di essere giudicati su prove non assunte in contraddittorio, giustificata e bilanciata dalla concessione di un beneficio sanzionatorio, **esclude l'obbligo di rinnovare in appello testimonianze non assunte** in primo grado, anche nel caso in cui riformi radicalmente la decisione assolutoria.*

*La inesistenza di una copertura convenzionale del diritto alla rinnovazione delle testimonianze quando l'imputato ha rinunciato volontariamente al diritto al contraddittorio **non impedisce agli Stati di prevedere garanzie maggiori**.*

**1. Il caso.**

Il Di Martino e la Molinari venivano assolti dal reato di partecipazione ad associazione mafiosa all'esito del primo grado di giudizio, celebrato con il rito abbreviato.

Il giudice di primo grado, facendo ricorso ai poteri previsti dall'art. 441 comma 5 cod. proc. pen., disponeva l'audizione di un collaboratore di giustizia, le cui dichiarazioni venivano tuttavia ritenute indispensabili per l'accertamento di responsabilità di un coimputato del Di Martino e della Molinari, e non per valutare la posizione dei ricorrenti. La Corte di appello, decidendo sull'appello del pubblico ministero, condannava gli imputati per il reato di partecipazione ad associazione mafiosa, riformando integralmente la prima sentenza, senza disporre alcuna rinnovazione istruttoria.

Il difensore degli imputati proponeva ricorso alla Corte Edu lamentando la violazione dell'art. 6 della Convenzione poiché i ricorrenti erano stati condannati per la prima volta in appello senza che fosse stata disposta la rinnovazione di alcuna testimonianza.

**2. La ratio decidendi.**

La Corte Edu ha affermato:

-che l'art. 6 della Convenzione prevede che l'accusato sia condannato sulla base di prove assunte in contraddittorio di fronte al giudice che procede; il che implica che, se le prove sono state assunte in primo grado, l'eventuale condanna intervenuta per la prima volta in appello, ne impone la rinnovazione;

-che il diritto al contraddittorio è un diritto disponibile - sempre che l'atto di rinuncia sia volontario e consapevole - e che la rinuncia non è in contrasto con l'interesse pubblico. Secondo la Corte «né la lettera né lo spirito dell'articolo 6 della Convenzione impediscono a una persona di rinunciare volontariamente o tacitamente alle garanzie di un processo

equo»; tuttavia «tale deroga deve essere stabilita in modo inequivocabile e deve essere circondata da un minimo di garanzie corrispondenti alla sua gravità, sempre che la rinuncia non contrasti con un interesse pubblico prevalente» (§ 33);

-che la rinuncia, ove volontaria e consapevole – ed il punto è decisivo - **si estende a tutti i gradi di giudizio ed esprime la accettazione ex ante di un rito fondato su prove cartolari**. Secondo la Corte, l'accesso al rito a prova contratta disposto in seguito a rinuncia libera e consapevole del diritto al contraddittorio, è **giustificato e bilanciato dai benefici correlati** alla scelta del rito ed incardina un processo che si sviluppa in modo **radicalmente "diverso"** da quello ordinario, in quanto caratterizzato dalla mancata assunzione delle prove in contraddittorio; tale peculiarità si estende a tutti i gradi di giudizio sicché non si rinviene in capo al giudice dell'impugnazione alcun l'obbligo di audizione diretta di testimoni, non uditi in contraddittorio neanche nel corso del primo grado di giudizio (§ 37);

- che la rinuncia volontaria e consapevole al diritto al contraddittorio non integra una violazione dell'art. 6 della Convenzione: tale violazione sarebbe rinvenibile solo nei casi in cui lo Stato limitasse le garanzie convenzionali in via unilaterale, prevedendo procedure semplificate senza il consenso dell'accusato (§ 38);

- che agli Stati è comunque concesso di apprestare **garanzie ulteriori** rispetto a quelle previste dalla Convenzione (il riferimento è all'ordinamento italiano che prevede l'obbligo di rinnovazione anche nel caso in cui via stata rinuncia al contraddittorio: § 39)

Infine si è affermato che **quando un testimone è stato sentito** nel corso del primo grado di giudizio - anche nel caso in cui tale audizione costituisca una eccezione alla cartolarizzazione del rito, come quando sia esercitato il potere previsto dall'art. 441, comma 5, cod. proc. pen. - **l'obbligo di rinnovazione** insiste sul giudice di secondo grado **solo se la testimonianza assunta in primo è rilevante** per la decisione sulla responsabilità (§ 44).

### **3. La decisione.**

Nel caso in esame la Corte di Strasburgo non rilevava alcuna violazione dell'art. 6 della Convenzione, dato che non vi erano elementi per ritenere che la rinuncia al diritto di assumere le prove in contraddittorio fosse stata compiuta in modo inconsapevole o involontario. Né si registrava alcuna arbitrio dell'autorità statale tenuto conto del fatto che la contrazione del rito era frutto della scelta degli imputati, giustificata e bilanciata dal beneficio di una significativa riduzione della pena.

La rinuncia al contraddittorio effettuata con la scelta di essere giudicati con il rito abbreviato, estendeva i suoi effetti a tutti i gradi di giudizio, sicché non gravava sul giudice di appello nessun obbligo di rinnovazione di matrice convenzionale

La Corte non rinveniva alcuna violazione dell'art. 6 della Convenzione neanche nella mancata rinnovazione della testimonianza assunta ai sensi dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen., dato che il teste escusso in contraddittorio non era decisivo per la condanna dei ricorrenti, basata su altre evidenze (peraltro l'audizione era stata disposta in quanto ritenuta rilevante per l'accertamento di responsabilità di un imputato diverso dai ricorrenti).

#### **4.Note**

La pronuncia **esclude** espressamente che esista **una copertura convenzionale del diritto alla rinnovazione delle testimonianze decisive** nel caso di *overturning* della sentenza assolutoria, emessa all'esito della celebrazione di un processo con il rito **abbreviato**.

La Corte europea ribadisce che il **diritto al contraddittorio è rinunciabile** e che tale rinuncia **estende i suoi effetti a tutti i gradi del giudizio** mentre il diritto alla rinnovazione delle prove dichiarative riguarda solo le testimonianze assunte direttamente nel corso del primo grado di giudizio (anche nell'ambito un processo celebrato con rito abbreviato, quando sottoposto a condizione o quando caratterizzato dall'esercizio dei poteri di integrazione previsti dall'art. 441, comma 5, cod. proc. pen.).

Dunque, oggi è possibile, con maggiore consapevolezza affermare che la scelta di estendere anche al rito abbreviato l'obbligo di rinnovazione delle testimonianze decisive non è, nel nostro ordinamento, il frutto di una ineludibile interpretazione convenzionalmente conforme, ma è il corollario della **regola di giudizio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio"** che, a sua volta trova la sua **base nell'art. 27 della Costituzione**, garanzia della presunzione di innocenza.

Vale la pena di ricordare che i Giudici del palazzo della Consulta, nella **sentenza n. 124 del 2019**, pur confermando la legittimità costituzionale dell'obbligo di rinnovazione delle testimonianze quando si procede con il rito abbreviato, hanno evidenziato che la "fioritura" del dibattimento in appello dell'imputato che ha rinunciato al contraddittorio potrebbe tradursi nella violazione del diritto di eguaglianza conducendo alla inflizione pene diverse per ipotetici dibattimenti uguali.

## ART. 6 CEDU

### EQUO PROCESSO, TUTELA DELLA VITTIMA E RICHIESTA DI UDIENZA PUBBLICA.

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

Art. 6, § 1, CEDU.

**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 Bialek 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 Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 14 maggio 2020, *Mraović c. Croazia* (ricorso n. 30373/13).

### **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. 6 CEDU

### **EQUO PROCESSO – UTILIZZAZIONE DI DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI NON ASSUNTE IN CONTRADDITTORIO – LEGITTIMITA’ – CONDIZIONI – TEST AL KHAWAJA.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 28 gennaio 2020, Lobarev ed altri c. Russia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-200544>

#### **CLASSIFICAZIONE**

### **GIUSTO PROCESSO – UTILIZZAZIONE DI DICHIARAZIONI PREDIBATTIMENTALI NON ASSUNTE IN CONTRADDITTORIO - LIMITI**

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**Costituzione**, art. 111;

**Convenzione EDU**, art. 6;

**Codice di procedura penale**, artt. 512 e 512-*bis*.

#### **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Sez. III, 28 gennaio 2020, caso Lobarev ed altri c. Russia**

**Abstract.** La Corte EDU ha escluso l’iniquità di un processo all’esito del quale i ricorrenti erano stati giudicati colpevoli (anche) sulla base di dichiarazioni predibattimentali non assunte in contraddittorio, giudicando rispettati i criteri in virtù dei quali la propria giurisprudenza consente l’utilizzo delle predette dichiarazioni.

#### **1. Il caso**

Il caso esaminato da **Corte EDU, Sez. III, 28/01/2020, caso Lobarev ed altri c. Russia** riguardava sei ricorsi presentati contro la Russia da ricorrenti condannati per traffici di sostanze stupefacenti, che lamentavano l’utilizzo in proprio danno, senza apprezzabili ragioni giustificative, di dichiarazioni d’accusa predibattimentali rese da testimoni che non avevano avuto la possibilità di esaminare in contraddittorio.

## 2. La giurisprudenza della Corte EDU

Secondo l'orientamento della Corte EDU (sentenza della Grande Camera emessa il 15/12/2011, nel caso AL-KHAWAJA e TAHERY contro REGNO UNITO, in part. § 152, richiamata dalla sentenza della Grande Camera emessa il 15/12/2015, nel caso SCHATSCHASCHWILI contro GERMANIA, in part. § 118 e §§ 124 s.), è necessario analizzare in tre tappe la compatibilità con l'articolo 6, §§ 1 e 3, lettera d), della Convenzione del procedimento in cui sono state utilizzate come prova le dichiarazioni rese da un testimone che non era presente all'udienza e non è stato esaminato in contraddittorio, dovendosi verificare:

- i) se vi fosse un valido motivo che giustificava l'assenza del testimone e, conseguentemente, l'ammissione come prova delle dichiarazioni non verificate del testimone assente;
- ii) se la testimonianza del testimone assente fosse stata l'unica base o la base determinante della condanna dell'imputato;
- iii) se vi fossero sufficienti fattori di compensazione, comprese forti garanzie procedurali, per controbilanciare le difficoltà causate alla difesa in conseguenza dell'ammissione di prove non verificate, e per garantire che il processo, giudicato complessivamente, fosse equo.

La sentenza SCHATSCHASCHWILI contro GERMANIA ha precisato che, di norma, le tre verifiche richieste dal criterio AL-KHAWAJA andranno effettuate nell'ordine definito in tale sentenza; può, tuttavia, risultare opportuno, in un dato caso, esaminare le tappe in un diverso ordine, in particolare se una verifica risulti particolarmente determinante per l'equità o l'iniquità del procedimento. Ha, inoltre, osservato, in ordine alla necessità di verificare se la testimonianza del testimone assente, le cui dichiarazioni erano state ammesse come prova, abbia costituito l'unica base o la base determinante della condanna dell'imputato (seconda tappa del criterio AL-KHAWAJA), che

*«il termine "**unica**" deve essere inteso come l'unica prova a carico dell'imputato (si veda Al-Khawaja e Tahery, sopra citata, § 131). Il termine "**determinante**" deve essere interpretato come strettamente rivolto a prove che abbiano un significato o un'importanza tali da comportare che esse possano essere determinanti per l'esito della causa. Qualora la testimonianza non verificata resa da un testimone sia corroborata da altre prove, la valutazione del suo carattere determinante dipenderà dalla forza delle prove che la corroborano; quanto più sono forti le prove che la sostengono, tanto meno è probabile che la testimonianza del testimone assente sia considerata determinante (ibid., § 131)»*,

precisando che la Corte EDU non ha il compito di fungere da Tribunale di quarto grado, e, pertanto,

«il suo punto di partenza per decidere se la condanna di un ricorrente fosse basata unicamente o in misura determinante sulle deposizioni di un testimone assente è costituito dalle sentenze dei tribunali interni (...). La Corte deve verificare la valutazione effettuata dai tribunali interni alla luce del significato che essa ha dato alla prova "unica" o "determinante" e accertare da sé se la valutazione dell'importanza della prova fosse inaccettabile o arbitraria (...). Essa deve inoltre compiere la propria valutazione dell'importanza della testimonianza resa da un testimone assente se i tribunali interni non hanno comunicato la loro posizione su tale questione, o qualora la loro posizione non sia chiara (...)».

### **3. La decisione.**

La decisione in rassegna ha ribadito la rilevanza di tali criteri, riepilogandoli in sintesi nel § 29:

**29.** *The principles to be applied in cases where a prosecution witness did not attend the trial and pre-trial statements were admitted as evidence have been summarised and refined in the Grand Chamber judgments Al-Khawaja and Tahery (cited above, § 152), and Schatschaschwili (cited above, § 118). According to these principles it is necessary to examine in three steps the compatibility of proceedings, which led to a conviction, with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention. It must be examined whether:*

**(i)** *there was good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statements as evidence;*

**(ii)** *the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction or carried significant weight and its admission might have handicapped the defence;*

**(iii)** *there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair. The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors would have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair.*

In applicazione dei predetti criteri, la Corte EDU ha escluso la configurabilità delle lamentate violazioni dell'art. 6 Conv. EDU, osservando quanto segue:

**(i)** le autorità interne si erano incisivamente impegnate nella ricerca dei testimoni da ultimo risultati assenti (alcuni dei quali erano inseriti nell'elenco dei ricercati), ma gli sforzi effettivamente profusi si erano rivelati vani;

**(ii)** le dichiarazioni predibattimentali utilizzate non erano risultate decisive ai fini delle conclusive affermazioni di responsabilità, fondate anche su numerose altre prove, sia dichiarative che documentali;

**(iii)** i diritti dei ricorrenti non avevano subito un irreparabile pregiudizio, poiché le difese avevano avuto ampiamente modo di illustrare la propria versione dei fatti oggetto d'imputazione, confutando le prove a carico e provvedendo senza restrizioni al controesame degli altri testimoni d'accusa presenti in udienza.

#### **4. La giurisprudenza interna.**

La giurisprudenza interna risulta da tempo dichiaratamente allineata ai principi ribaditi dalla decisione in rassegna.

**Sez. U, sentenza n. 27918 del 25/11/2010, dep. 2011, Rv. 250199** ebbe modo di chiarire, ancor prima dei due interventi della Grande Camera innanzi citati, che *"Le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono - conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 Conv. EDU - fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale"*.

Dopo la sentenza AL-KHAWAJA e TAHERY contro REGNO UNITO, **Sez. 6, n. 2296 del 13/11/2013, dep. 2014, Rv. 257771**, nell'ambito di un orientamento già consolidato, ribadì che *"Una sentenza di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza resa in fase di indagini da un soggetto che l'imputato non sia stato in grado di interrogare o far interrogare nel corso del dibattimento, integra una violazione dell'art. 6 Conv. EDU - così come interpretato, da ultimo, dalla sentenza della Corte EDU, del 15/12/2011, Al Khawaja e Tahery c/Regno Unito - solo se il pregiudizio così arrecato ai diritti di difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità del processo nel suo insieme"*: in applicazione del principio, fu esclusa la violazione dell'art. 6 Conv. EDU in un caso nel quale le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari, acquisite in dibattimento ex art. 512-bis c.p.p., non risultavano indispensabili per sostenere la fondatezza dell'accusa, essendo quest'ultima risultata provata alla luce di ulteriori emergenze processuali.

Più recentemente, dopo la sentenza SCHATSCHASCHWILI contro GERMANIA, **Sez. 2, sentenza n. 19864 del 17/04/2019, Rv. 276531**, ha affermato che *"Le dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p. possono costituire, conformemente*

*all'interpretazione espressa dalla Grande Camera della Corte EDU con le sentenze 15/12/2011, Al Khawaja e Tahery c/Regno Unito e 15/12/2015, Schatschaschwili c/Germania, la base «esclusiva e determinante» dell'accertamento di responsabilità, purché rese in presenza di «adeguate garanzie procedurali», individuabili nell'accurato vaglio di credibilità dei contenuti accusatori, effettuato anche attraverso lo scrutinio delle modalità di raccolta, e nella compatibilità della dichiarazione con i dati di contesto". Più o meno conformemente, **Sez. 6, sentenza n. 50994 del 26/03/2019, Rv. 278195**, ha ritenuto che "Le dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p. possono costituire, conformemente all'interpretazione espressa dalla Grande Camera della Corte EDU con le sentenze 15/12/2011, Al Khawaja e Tahery c/Regno Unito e 15/12/2015, Schatschaschwili c/Germania, la base determinante dell'accertamento di responsabilità, purché l'assenza di contraddittorio sia controbilanciata da solide garanzie procedurali, individuabili nella esistenza di elementi di riscontro, che corroborino quei contenuti dichiarativi".*

La giurisprudenza interna mostra, quindi, di attribuire rilievo a due dei tre criteri fissati dalla Corte EDU per valutare, nei casi in cui alla conclusiva affermazione di responsabilità concorrano dichiarazioni predibattimentali di testimoni che l'imputato non ha potuto esaminare, l'equità del processo; meno esplorato appare, allo stato, il terzo (ma primo nell'ordine espositivo della sentenza AL-KHAWAJA e TAHERY contro REGNO UNITO), riguardante la verifica dell'esistenza di un valido motivo per giustificare l'assenza del testimone e, conseguentemente, l'ammissione come prova delle dichiarazioni predibattimentali rese dal del testimone assente fuori dal contraddittorio.

**ART. 6 CEDU**

**DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - MANCATA INDAGINE SULLO *STATUS* DEI RICORRENTI QUALI POTENZIALI VITTIME DI TRATTA.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, V.C.L. e A.N. c. Regno Unito del 16 febbraio 2021*  
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207927>

**Si rimanda a pag. 149 per il Report.**



## ART. 6 CEDU

### **DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO – ECCESSIVA DURATA DELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI – PRESCRIZIONE DEL REATO - OSTACOLO ALLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE.**

*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](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 c. 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 della 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, allorché 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 Act<sup>9</sup> 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.

---

<sup>9</sup> 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 servizi 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.



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

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

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

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

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

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

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

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. 6 CEDU

**ACCESSO AD UN TRIBUNALE ISTITUITO DALLA LEGGE - IMPOSSIBILITÀ PER UN MAGISTRATO DI OTTENERE UN CONTROLLO GIURISDIZIONALE NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI DISCIPLINARI A SUO CARICO - NECESSITÀ DI SALVAGUARDARE L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA E LA FIDUCIA NEL SUO FUNZIONAMENTO.**

*Corte europea diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia*  
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208800>

### CLASSIFICAZIONE

**EQUO PROCESSO** - Accesso ad un Tribunale istituito dalla legge - **Impossibilità per un magistrato di ottenere un controllo giurisdizionale nell'ambito di procedimenti disciplinari** a suo carico - Necessità di salvaguardare l'indipendenza della magistratura e la fiducia nel suo funzionamento - Garanzia convenzionale prevista dall'**art. 6, par.1, CEDU** (civile) – Applicabilità – Condizioni.

**INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI O COMUNICAZIONI - UTILIZZAZIONE IN ALTRI PROCEDIMENTI** – Tutela della riservatezza (**art. 8 CEDU**) – **Utilizzo, nelle indagini disciplinari**, non in conformità alla legge, di registrazioni di conversazioni telefoniche intercettate nell'ambito di un'indagine penale a carico di un magistrato – **Divieto - Limiti.**

**ORDINAMENTO GIUDIZIARIO** - DISCIPLINA DELLA MAGISTRATURA - Sanzioni disciplinari irrogate ad un magistrato per **dichiarazioni rilasciate ai media** anche nella qualità di presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri - Processo disciplinare privo di adeguate garanzie per le funzioni rivestite – Tutela della **libertà di espressione (art. 10 CEDU)** – Violazione.

### RIFERIMENTI NORMATIVI

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

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

**Corte di Cassazione**

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

### **Corte EDU**

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

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte europea diritti dell'uomo, II Sezione, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia (n. 76521/12)**

#### **Abstract**

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

#### **1. Il caso.**

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

Nel giugno del 2012, quando svolgeva le funzioni di giudice in un tribunale di primo grado, egli era stato trasferito ad altra sede giudiziaria dalla Seconda Camera del Consiglio Superiore dei giudici e dei procuratori (Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu - "HSYK") - organo di autogoverno turco assimilabile al Consiglio Superiore della Magistratura - per effetto di una sanzione disciplinare irrogatagli a causa di una serie di dichiarazioni critiche da lui rilasciate con riferimento a vicende giudiziarie di particolare rilevanza mediatica. L'organo di giustizia disciplinare aveva ritenuto che, attraverso le sue dichiarazioni, il ricorrente avesse leso la dignità e l'onore della professione, appannando anche il suo prestigio personale.

Proposta impugnazione avverso tale decisione, la sanzione disciplinare venne confermata dall'Assemblea plenaria del Consiglio Superiore. Trasferito nella nuova sede giudiziaria in conseguenza della definitività della sanzione disciplinare, il predetto organo di autogoverno riesaminò il provvedimento il 15 aprile 2015, a seguito della dell'entrata in vigore della legge n. 6572 del 2 dicembre 2014, sostituendo la predetta sanzione disciplinare con quella dell'ammonimento, ma senza modificare le accuse mosse nei suoi confronti.

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

## **2. La *ratio decidendi*.**

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

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



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

Esaminando nel caso di specie la denunciata violazione del diritto di accesso alla giustizia, la Corte ha rilevato, in primo luogo, che l'HSYK non era un organo giudiziario e, in secondo luogo, che se indubbiamente il ricorrente aveva subito una sanzione disciplinare assai rigorosa, era di converso difficile affermare che il procedimento svoltosi dinanzi alla Seconda Sezione dell'HSYK avesse rispettato i requisiti delle garanzie procedurali richieste dall'art. 6 CEDU: si trattava, infatti, di procedimenti per lo più scritti, che offrivano ben poche garanzie al giudice o al pubblico ministero interessato.

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

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

L'esito dei procedimenti disciplinari non era stato oggetto di un successivo controllo da parte di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione che garantisse le condizioni dell'art. 6 par. 1, cit., né il Governo interessato aveva addotto alcun motivo che potesse giustificare l'esclusione della sanzione disciplinare in questione dall'ambito del controllo giurisdizionale. La sanzione inflitta al ricorrente dalla competente autorità disciplinare non era stata dunque sottoposta al controllo di un altro organo titolare di funzioni giudiziarie

ovvero di un tribunale ordinario, con la conseguente compromissione, da parte dello Stato convenuto, della essenza stessa del diritto di accesso ad un giudice istituito per legge.

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

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

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

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

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

Se è vero che tale ingerenza aveva una base giuridica nell'ordinamento turco, vale a dire l'art. 68, comma 2, lett. a), della legge n. 2802, e perseguiva almeno uno degli scopi riconosciuti legittimi dall'art. 10 CEDU, vale a dire quello di preservare l'autorità e l'imparzialità della magistratura, è pur vero, osserva la Corte, che il posto ricoperto dal ricorrente all'epoca dei fatti (quello, cioè, di Pubblico Ministero presso la Corte di cassazione) ed il suo ruolo di presidente di un'associazione di magistrati, costituivano

espressione di uno *status* specifico che gli attribuiva un ruolo centrale all'interno delle professioni giudiziarie nell'amministrazione della giustizia, imponendogli di agire come garante delle libertà individuali e dello Stato di diritto, attraverso il suo contributo al corretto funzionamento del sistema giudiziario, e di consolidare, quindi, la fiducia dell'opinione pubblica in tale sistema. Di conseguenza, egli aveva non solo il diritto, ma anche il dovere di esprimere un parere in merito a questioni riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario e, quando anche tali questioni avessero presentato implicazioni di carattere politico, ciò non era di per sé sufficiente per impedirgli di rilasciare dichiarazioni sulle vicende giudiziarie esaminate.

Nel richiamare, sotto tale profilo, gli strumenti normativi del Consiglio d'Europa che riconoscono che ogni giudice è responsabile della promozione e della protezione dell'indipendenza della magistratura e che giudici e uffici giudiziari dovrebbero essere consultati e coinvolti nell'elaborazione delle riforme legislative che interessano la loro professione e, più in generale, il funzionamento del sistema giudiziario, la Corte EDU ha sottolineato il fatto che se il ricorrente era tenuto a un dovere di discrezione connaturale alla sua posizione di magistrato, tuttavia proprio il duplice ruolo da lui ricoperto e i suoi doveri includevano anche il diritto di esprimere le proprie opinioni sulle riforme legislative che avrebbero potuto avere un impatto sui tribunali e sull'indipendenza del sistema giudiziario.

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

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

In talune situazioni può rivelarsi dunque necessario proteggere la fiducia di cui i magistrati devono godere da attacchi denigratori sostanzialmente infondati, soprattutto in considerazione del fatto che i giudici criticati sono soggetti a un dovere di discrezione e

riserbo che impedisce loro di rispondere (*Prager e Oberschlick c. Austria*, 26 aprile 1995, n. 15974/90, § 34).

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

Sulla base di tali considerazioni essa ha posto in evidenza: a) che nella decisione emessa dall'HSYK non vi era alcuna distinzione tra le dichiarazioni aventi direttamente ad oggetto il sistema giudiziario e quelle riguardanti altre questioni; b) che avrebbe dovuto essere considerato il fatto che il ricorrente parlava anche in qualità di presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri; c) che il predetto organo di giustizia disciplinare non aveva spiegato le ragioni per le quali le dichiarazioni politiche in questione fossero tali da minare "la dignità e l'onore della professione" e far perdere al richiedente la sua "dignità e stima personale"; d) che, in effetti, solo una minima parte di tali dichiarazioni non aveva riguardato direttamente il sistema giudiziario e che esse, comunque, non contenevano attacchi gratuiti a politici o ad altri giudici.

Esclusa la presenza di motivi idonei a giustificare la conclusione che il ricorrente, con le sue dichiarazioni, avesse compromesso la dignità e il prestigio della magistratura, la Corte ha rilevato che la sanzione disciplinare inflittagli non era stata esaminata da un tribunale ordinario del sistema giudiziario dello Stato convenuto e che, in considerazione del ruolo di garanzia dell'esistenza stessa dello Stato di diritto affidato ai tribunali in un ordinamento democratico, allorché i procedimenti disciplinari si svolgono contro un giudice è in gioco la fiducia dell'opinione pubblica nel funzionamento del sistema giudiziario, sicché a qualsiasi giudice e pubblico ministero che si trovi sottoposto ad un procedimento disciplinare devono essere offerte garanzie contro possibili arbitri, ed in particolare la possibilità che la misura in questione sia vagliata da un organo indipendente e imparziale, competente a rivedere tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto, al fine di valutare la liceità del provvedimento e la censura di possibile abuso da parte delle autorità.

Di fronte a tale organo di controllo, inoltre, la decisione in esame ha sottolineato il fatto che la persona interessata deve beneficiare di un procedimento in contraddittorio al fine di presentare le proprie argomentazioni e contrastare quelle dell'autorità titolare del potere disciplinare.

Conclusivamente, la Corte ha osservato che nel caso in esame l'HSYK si era pronunciato senza affrontare le deduzioni del ricorrente in merito all'invocata protezione dell'art. 10 CEDU e, sebbene le affermazioni del Governo circa il dovere di discrezionalità dei membri della magistratura fossero rilevanti, specie in relazione ad alcune delle dichiarazioni da lui

rilasciate, tuttavia il processo decisionale seguito nella vicenda in esame era risultato particolarmente viziato e non aveva offerto le garanzie indispensabili per proteggere lo *status* del ricorrente nella sua doppia veste di giudice e di presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri, sicchè le restrizioni alla libertà di espressione ai sensi della richiamata norma convenzionale non erano state accompagnate da efficaci e adeguate garanzie contro gli abusi.

### **3. La decisione.**

La Corte europea dei diritti dell'uomo, all'unanimità, ha riscontrato la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (diritto all'accesso ad un tribunale) sotto il profilo, già esaminato in un suo precedente giurisprudenziale (*Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*), che la sanzione inflitta al magistrato dalla competente autorità disciplinare dello Stato parte non è stata sottoposta al controllo di un altro organo titolare di funzioni giudiziarie o di un tribunale ordinario.

Parimenti violata è stata ritenuta, inoltre, la garanzia della riservatezza prevista dall'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare) in considerazione del fatto che gli elementi raccolti attraverso un'intercettazione telefonica disposta nei suoi confronti nell'ambito di un procedimento penale sono stati utilizzati anche nell'ambito del procedimento disciplinare instaurato a suo carico. Al riguardo, in particolare, la Corte ha richiamato un precedente arresto giurisprudenziale (*Karabeyoğlu c. Turchia*, cit.) ove si era affermato che l'uso di tali dati al di fuori dello scopo per il quale sono stati raccolti non era conforme alla legislazione nazionale.

Con riferimento all'art. 10 CEDU (libertà di espressione) la Corte ha infine ritenuto che, in considerazione del fatto che il processo disciplinare svoltosi nel caso in esame è risultato lacunoso e non assistito dalle garanzie indispensabili per lo *status* del ricorrente (che all'epoca rivestiva le funzioni di magistrato e presidente di un'associazione di giudici e pubblici ministeri), le restrizioni imposte al suo diritto alla libertà di espressione non sono state accompagnate dalla previsione di garanzie adeguate ed efficaci.

### **4. Note.**

L'affermazione dei Giudici di Strasburgo secondo cui la garanzia prevista dall'art. 8 CEDU è violata nell'ipotesi dell'utilizzo, nell'ambito di un procedimento disciplinare instaurato a carico di un magistrato, di dati raccolti da intercettazioni telefoniche disposte nell'ambito di un'indagine penale secondo modalità non conformi alla legislazione nazionale, suggerisce l'opportunità di un raffronto con il quadro dei principî al riguardo stabiliti nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo una linea interpretativa costante della giurisprudenza di legittimità (Sez. U, n. 27292 del 23/12/2009, Rv. 610804), i limiti all'utilizzazione in altro procedimento dei risultati delle intercettazioni telefoniche sono previsti dal codice di rito penale soltanto per

i processi penali e non anche per altri processi, in particolare per quello disciplinare a carico di magistrati.

Ne discende che le intercettazioni telefoniche o ambientali, effettuate in un procedimento penale, sono pienamente utilizzabili nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati, purché siano state legittimamente disposte nel rispetto delle norme costituzionali e procedurali, non ostandovi i limiti previsti dall'art. 270 cod. proc. pen., norma quest'ultima riferibile al solo procedimento penale (Sez. U, n. 15314 del 24/06/2010, Rv. 613973).

Non ostano, al riguardo, i limiti previsti da tale disposizione normativa in quanto la stessa è riferibile ai soli procedimenti deputati all'accertamento delle responsabilità penali, nei quali si giustificano limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale (Sez. U, n. 3271 del 12/02/2013, Rv. 625434; Sez. U, n. 14552 del 12/06/2017, Rv. 644570; Sez. U, n. 741 del 15/01/2020, Rv. 656792, secondo cui nel procedimento disciplinare risulta irrilevante l'omessa trascrizione integrale delle intercettazioni suddette, essendo sufficiente anche quella riassuntiva, pur in assenza del consenso dell'incolpato, salva la specifica contestazione di quest'ultimo circa la sussistenza di qualche difformità rispetto ai supporti audio (bobine o cassette).

Muovendo dalla specialità del procedimento disciplinare e dall'ampiezza dei poteri istruttori riconosciuti al P.G. (art. 16, comma 2 e 4, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109) e alla stessa Sezione Disciplinare (la quale, ai sensi dell'art. 18, comma 3, lett. a), può assumere "tutte le prove che ritiene utili"), le Sezioni Unite civili (con la pronuncia n. 12717 del 10 marzo 2009, richiamata anche nella motivazione di Sez. U, n. 15314 del 24/06/2010, cit.) hanno evidenziato come il procedimento disciplinare «.....sia marcatamente orientato all'accertamento dell'effettiva sussistenza dell'addebito disciplinare. Quindi con tale specifica peculiarità - che viene in rilievo in ragione della clausola di compatibilità prevista nel richiamo della disciplina del processo penale - va coniugato il prescritto rispetto delle regole del codice di procedura penale; il quale, quanto al profilo specifico in esame (i.e. utilizzo esterno delle intercettazioni), si focalizza essenzialmente nell'art. 270 c.p.p. Disposizione questa che, al comma 1, prevede che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in "procedimenti" diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Naturalmente deve trattarsi di intercettazioni legittime, tali perché disposte con "atto motivato dell'autorità giudiziaria" e "con le garanzie stabilite dalla legge" (art. 15 Cost., comma 2), ossia eseguite nel rispetto del codice di rito e segnatamente delle prescrizioni di cui all'art. 266 e segg. c.p.p., che assicurano anche il rispetto del citato parametro costituzionale a tutela dell'inviolabilità delle comunicazioni. Diversa è invece l'ipotesi delle intercettazioni illegali per le quali opera il divieto di utilizzazione posto dall'art.

271 c.p.p., comma 1, e delle quali è prescritta dalla stessa disposizione (al comma 3) la distruzione, al pari della distruzione delle intercettazioni illegali prevista dall'art. 240 c.p.p.....».

Anche nell'ambito del processo penale è pacifica l'affermazione secondo cui, nel processo *ad quem*, è consentito verificare la legittimità delle intercettazioni disposte nel processo *a quo*, atteso che «Il procedimento di ammissione dell'intercettazione rimane del tutto estraneo alla disciplina dell'utilizzazione dei suoi risultati in un diverso giudizio. Ma questo non può significare affatto che nel giudizio *ad quem* sia indifferente la legalità del procedimento di autorizzazione ed esecuzione delle intercettazioni. Se la violazione della garanzia di libertà e segretezza delle comunicazioni può rendere inutilizzabile la prova nel giudizio *a quo*, a maggior ragione deve poter rendere inutilizzabile la prova nel giudizio *ad quem*, nel quale ha più ristretti limiti di ammissibilità. E del resto è evidente a quali abusi si presterebbe altrimenti la circolazione di una prova privata della memoria della sua genesi. Si renderebbero possibili proprio quelle autorizzazioni in bianco che si è inteso evitare. Non sembra discutibile perciò che l'illegalità del procedimento di ammissione dell'intercettazione renda inutilizzabile anche in altri giudizi la prova che se ne può desumere, come già affermato dalla Corte costituzionale, sia pure con implicazioni procedurali riferibili solo al codice abrogato (C. cost., 3 giugno 1987, n. 223), e come argomentabile anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, opportunamente citata dal Procuratore generale (C. eur. d.u., 24 aprile 1990 affare Huvig contro Francia, C. eur. d.u., 24 aprile 1990 affare Kruslin contro Francia).» (cfr., in motivazione, Sez. U, n. 45189 del 17/11/2004, Esposito).

Dal rilievo della facoltà, riconosciuta all'imputato in sede penale, di eccepire nel processo *ad quem* la mancanza o l'illegalità dell'autorizzazione per opporsi all'utilizzabilità degli esiti di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni in un procedimento diverso da quello nel quale esse furono disposte, muovono altresì le Sezioni Unite civili (v. Sez. U, n. 9390 del 06/04/2021 e Sez. U, n. 9391 del 06/04/2021, che si sono pronunciate su due distinti, ma paralleli, provvedimenti cautelari del C.S.M., entrambi relativi alla sospensione dell'incolpato dallo stipendio e dalle funzioni, richiamando nella motivazione Sez. U, n. 15314 del 24/06/2010, cit.) per ritenere che analoga facoltà compete all'incolpato in sede disciplinare, in ragione dei richiami al codice di procedura penale contenuti negli artt. 16 e 18 d.lgs. n. 109 del 2006.

La clausola di compatibilità contenuta in tali disposizioni, infatti, se impedisce, da un lato, che nei rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale operi il divieto (posto dall'art. 270 cit.) di utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate, non impedisce, dall'altro lato, che anche nel procedimento disciplinare debbano ritenersi inutilizzabili intercettazioni non legalmente disposte ed effettuate nel giudizio *a quo*.

Nel richiamare la disciplina del codice di procedura penale, dunque, il d.lgs. n. 109 del 2006, riconosce, come di recente affermato nelle, su menzionate, decisioni delle Sezioni Unite civili (Sez. U, n. 9390 del 06/04/2021 e Sez. U, n. 9391 del 06/04/2021), "la facoltà dell'incolpato di contestare in sede disciplinare tanto la ritualità degli atti con cui sono state disposte in sede penale le intercettazioni poste a fondamento dell'incolpazione, quanto la conformità delle trascrizioni al contenuto delle tracce sonore".

Con riferimento all'ambito di operatività e al rispetto delle garanzie stabilite nella materia in esame dall'art. 8 CEDU si sono espressamente pronunciate le decisioni dianzi richiamate (Sez. U, n. 9390 del 06/04/2021 e Sez. U, n. 9391 del 06/04/2021), confrontandosi ampiamente con gli argomenti al riguardo sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, là dove si sottolinea, in particolare, la decisiva rilevanza che assume, nella prospettiva della effettività della garanzia convenzionale, la possibilità di esercitare, nel giudizio *ad quem*, un controllo efficace sulle intercettazioni disposte nel giudizio *a quo* (cfr. Corte EDU, *Versini-Campinchi et Crasnianski c. Francia*, del 16 giugno 2016, §§ 62, 71 e *Terrazzoni c. Francia*, del 29 giugno 2016, §§ 59, 60, entrambe riferite all'utilizzo in sede disciplinare - rispettivamente, in un procedimento disciplinare nei confronti di due avvocati e in un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato - di intercettazioni acquisite nell'ambito di procedimenti penali nei confronti di terzi).

In tali decisioni, infatti, la Corte EDU ha richiamato i suoi precedenti ed ha escluso che i ricorrenti avessero patito una violazione del diritto fondamentale di cui all'art. 8 CEDU proprio in quanto, nel contesto del procedimento disciplinare, avevano potuto difendersi in maniera adeguata, non solo illustrando le loro ragioni, ma eccependo anche l'illegalità della trascrizione dell'intercettazione controversa, sino a chiederne l'esclusione dagli atti del procedimento disciplinare.

Analogo confronto le Sezioni Unite hanno svolto in relazione al quadro argomentativo delineato dalla Corte EDU nella su menzionata decisione *Karabeyoglu c. Turchia* del 7 giugno 2016, ove è stata ravvisata una violazione dell'art. 8 nell'utilizzo, nell'ambito di un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato turco, delle informazioni ottenute attraverso le intercettazioni telefoniche acquisite nel corso di un procedimento penale già archiviato.

Al riguardo le Sezioni Unite hanno osservato che in tale pronuncia la violazione del diritto convenzionale è stata collegata al rilievo che l'utilizzo delle intercettazioni nei confronti del giudice doveva ritenersi contrario al diritto interno turco.

La Corte EDU, infatti, dopo aver premesso che la situazione in cui si era ritrovato il magistrato ricorrente «*était contraire à la législation nationale sous plusieurs angles*» (§ 113), ha elencato specificamente le pertinenti disposizioni nazionali, rilevando: *a*) che l'uso delle intercettazioni nei procedimenti disciplinari non è menzionato né nella Costituzione né nel codice di procedura penale (§ 114); *b*) che l'uso delle intercettazioni è consentito



solo in relazione a procedimenti come quelli di cui all'articolo 135 del codice di procedura penale di quell'ordinamento (§ 115); c) che, al termine dell'indagine, i dati acquisiti tramite intercettazioni devono essere distrutti (§ 116). All'esito di tale rassegna la Corte EDU ha evidenziato come nel procedimento disciplinare instaurato contro il ricorrente nessuna delle suddette disposizioni fosse stata rispettata dalle autorità nazionali e, su tale presupposto, ha concluso che l'ingerenza nella sua vita privata risultava priva di base legale (§ 119). Analoghe argomentazioni sono da ultimo rinvenibili, come puntualizzato dalle Sezioni Unite, nella recente sentenza *Eminagaoglu c. Turchia* del 9 marzo 2021, che si richiama espressamente alla sentenza *Karabeyoglu c. Turchia*, ponendosi in totale continuità con il principio ivi affermato.

Anche nel caso del magistrato *Eminagaoglu*, infatti, l'uso del materiale ottenuto dall'intercettazione delle comunicazioni telefoniche in un procedimento penale è stato giudicato non "conforme alla legge", ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, sul rilievo che in sede disciplinare fosse stato utilizzato del materiale che già avrebbe dovuto essere distrutto (cfr. § 161).

Anche nella sentenza in esame, quindi, il fondamento della violazione del diritto convenzionale risiede – come affermano le Sezioni Unite con le richiamate decisioni – nella difformità dell'uso delle intercettazioni rispetto alle disposizioni di diritto interno, sicché nessuna linea di discontinuità può ravvisarsi nella giurisprudenza CEDU tra le sentenze *Karabeyoglu* ed *Eminagaoglu* e le sentenze *Versini-Campinchi et Crasnianski c. Francia* e *Terrazzoni c. Francia*.

Alla luce della giurisprudenza convenzionale, concludono le Sezioni Unite (par. 38), appare quindi da escludere che nel nostro ordinamento l'utilizzo, nel procedimento disciplinare dei magistrati, delle intercettazioni telefoniche disposte in sede penale - che trova la sua base legale nel disposto degli artt. 16 e 18 d.lgs. n. 109 del 2006, là dove attribuiscono, rispettivamente, al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione il potere di acquisire gli atti dei procedimenti penali «anche coperti da segreto investigativo» ed alla Sezione disciplinare il potere di disporre «la lettura delle prove acquisite nel corso delle indagini», nonché «l'esibizione di documenti da parte del pubblico ministero dell'incolpato e del delegato del Ministro della giustizia» - si ponga in contrasto con la garanzia prevista dall'art. 8 CEDU.

## ART. 6 CEDU

**EQUO PROCESSO - DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO - LIBERTA' DI ESPRESSIONE DEI MAGISTRATI ED OPINIONI MANIFESTATE SU QUESTIONI DI RILEVANZA GIUDIZIARIA E POLITICA – REVOCA DI UN INCARICO GIUDIZIARIO – NECESSITA' DI UN RIESAME NEL MERITO DEL PROVVEDIMENTO.**

*Corte EDU, Quinta 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 LIBERTA' 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 LIBERTA' 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 EDU, Quinta sezione, 5 maggio 2020, caso Kovesi v. Romania, Application no. 3594/19

### **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; ~~tale~~ 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 vanta 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 giustificata 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 decisorio, 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**.

In materia 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. 6 CEDU

### **PRESUNZIONE D'INNOCENZA – LICENZIAMENTO PER DISTRAZIONE DI FONDI BASATO SU PROVE RACCOLTE IN UN PROCEDIMENTO PENALE CONCLUSO PER IMPROCEDIBILITÀ A CAUSA DI AMNISTIA.**

*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. **Peltereau-Villeneuve 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'analogia 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

**PRESUNZIONE DI INNOCENZA – SOGGETTO ASSOLTO DA UN’IMPUTAZIONE PENALMENTE RILEVANTE O COMUNQUE PROSCIOLTO CON FORMULA DIVERSA DALL’ASSOLUZIONE (PRESCRIZIONE) - 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 - LINGUAGGIO UTILIZZATO DAL GIUDICE CIVILE NEL GIUDIZIO RELATIVO AL RISARCIMENTO DEI DANNI - RILEVANZA.**

*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.**

E' stato affermato il principio per cui le persone assolte 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 proscioglitivo (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 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.

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**

**EQUO PROCESSO - UTILIZZAZIONE DI PROVE ACQUISITE IN VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU – TOTALE IRRILEVANZA DELLE PROVE STESSE AI FINI DELLA DECISIONE ADOTTATA – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – INSUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 26 gennaio 2021, Zličić contro Serbia.*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207467>

**Si rimanda a pag. 72 per il Report.**

## ART. 6 CEDU

**EQUO PROCESSO E SANZIONE DISCIPLINARE INFLITTA A DUE AVVOCATI PER COMPORTAMENTI TENUTI NELLA LORO QUALITÀ, NEL CORSO DI UN PROCEDIMENTO PENALE – CONDANNA AD UNA AMMENDA PARI A 6200 EURO – NATURA DI SANZIONE SOSTANZIALMENTE PENALE – ESCLUSIONE – APPLICABILITÀ DEGLI ARTT. 6 E 7 CEDU - 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 della 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* e 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'analogha previsione, inoltre, si rinviene nel codice di procedura civile, nel relativo procedimento non è richiesta la partecipazione del pubblico ministero e la sanzione può essere disposta anche d'ufficio dal giudice procedente.

Quanto **al secondo criterio**, trattasi, secondo la Corte, di quello più rilevante. Delle due previsioni contenute nella norma interna (il richiamato art. 223 del codice di procedura penale), quella di cui alla lett. d), cioè l'offesa alla dignità del giudice durante l'udienza, può riguardare qualsiasi soggetto partecipi all'udienza e, come tale, essere considerata penale. Ma i ricorrenti sono stati sanzionati per la condotta di cui alla lett. a), cioè per avere intenzionalmente causato un ingiustificato ritardo del processo, previsione questa che può riguardare solo alcune categorie di soggetti, vale a dire il pubblico ministero, i difensori e i consulenti legali. La Corte, peraltro, ha più volte ricordato il particolare ruolo che gli avvocati svolgono nel processo e i doveri connessi a detta professione, con specifico riferimento alla condotta, da improntarsi a discrezione, onestà e dignità. **Il potere di**

**sanzionare** comportamenti inappropriati durante lo svolgimento di un processo è comune ai sistemi legali degli Stati contraenti e deriva dalla necessità di assicurare al giudice il potere di garantire l'ordinato svolgimento dei processi mediante strumenti anche sanzionatori, **di natura più disciplinare che penale**, ferma restando la possibilità per il singolo Stato di sanzionare più seriamente le condotte più gravi.

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

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

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

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

I ricorrenti hanno lamentato anche la violazione dell'art. 7 della Convenzione, sulla base dell'imprevedibilità dell'importo dell'ammenda applicata per atti compiuti in un momento in cui non ricoprivano più la qualifica di difensori, come richiesto, invece, dall'art. 223 del codice di procedura penale nazionale. Davanti alla Grande Camera, inoltre, hanno rilevato che la mancata previsione di un tetto massimo contribuisce a rendere la sanzione ancor più imprevedibile e più stringente l'obbligo per i giudici di non discostarsi in maniera significativa dai precedenti. Il Governo, al contrario, ha ritenuto soddisfatto il requisito della prevedibilità (trattandosi nella specie di avvocati di esperienza) e rispettato il requisito di

cui all'art. 223 cit., in quanto, pur non avendo partecipato all'udienza, i ricorrenti ricoprivano il ruolo di difensori al momento della condotta. Quanto all'ammontare della sanzione, lo stesso è giustificato dall'importanza del processo e dalla gravità del comportamento. La carenza di numerosi precedenti, inoltre, dimostrerebbe che il comportamento dei ricorrenti è stato assolutamente eccentrico rispetto all'esperienza giudiziaria islandese.

### **La decisione della Corte.**

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

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

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

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

Tuttavia, nel caso in esame, eccezionalmente, la Corte ha condotto tale verifica, nonostante la Corte Suprema islandese avesse qualificato la sanzione come penale, avuto riguardo al terzo criterio Engel (gravità della sanzione per mancata previsione di un tetto massimo e

in ragione dell'entità della stessa). A parere dei giudici dissenzienti, è inopportuno e contrario all'art. 53 della Convenzione garantire un grado di protezione inferiore, rispetto a quello che sarebbe stato concesso dall'ordinamento nazionale.

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

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

### **Opinione concordante del giudice Turković.**

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

## ART. 6 CEDU

### L'AZIONE CIVILE NEL PROCESSO PENALE E LE GARANZIE DEL GIUSTO PROCESSO NEL CASO DI ANNULLAMENTO CON RINVIO AL GIUDICE CIVILE.

*Report sulla giurisprudenza convenzionale e nazionale aggiornato a giugno 2020*

### L'azione civile nel processo penale e le garanzie del giusto processo nel caso di annullamento con rinvio al giudice civile<sup>10</sup>

#### Finalità della relazione

**Premessa-**. L'esame della giurisprudenza, sovranazionale e interna, di cui si compone la presente relazione è stato condotto con l'attenzione rivolta alle recenti **evoluzioni**, anche **contrastanti**, che interessano gli orientamenti della Corte di cassazione in ordine all'ambito applicativo dell'**art. 622 cod. proc. pen.**

Due sono i temi di maggiore interesse: 1) se **il rinvio al giudice civile**, in caso di annullamento della sentenza in sede penale, per rilevazione di un vizio inerente alle garanzie del giusto processo, anche convenzionale, e specificamente per la rinnovazione della prova dichiarativa in appello in caso di riforma della sentenza assolutoria di primo grado, sia compatibile con la necessità di rimediare al vizio o se, invece, non debba a tal fine privilegiarsi una lettura restrittiva dell'art. 622 al fine di disporre **il rinvio al giudice penale**; 2) se, fatta applicazione dell'art. 622, il giudice civile resti **vincolato al principio di diritto** posto dalla Corte di cassazione in sede penale o se, invece, per valutare la sussistenza della responsabilità da fatto illecito, debba aver riguardo esclusivamente alle regole di accertamento proprie del giudizio civile.

In entrambe le ipotesi vengono in rilievo le garanzie convenzionali del giusto processo e quindi la **ricognizione della giurisprudenza della Corte Edu** è momento centrale per la definizione e la migliore comprensione dei diversi orientamenti interpretativi.

---

<sup>10</sup> La premessa e i paragrafi da 9 a 15 sono stati redatti dai consiglieri S. Recchione e G. Santalucia. I paragrafi da 1 a 8 e da 16 a 19 sono stati redatti dalla cons. F. Fieconi.



## I PARTE

### **I termini, i tempi e le ragioni delle diverse posizioni assunte, sul tema, dalla giurisprudenza della Cassazione Penale e da quella della Cassazione Civile.**

**1. La impugnazione agli effetti civili nell'ambito del procedimento penale** –. Con riferimento all'azione civile esercitata nel procedimento penale l'art. 622 cod. proc. pen. prevede che "fermi gli effetti penali della sentenza" la Corte di cassazione rinvia, "quando occorre", al giudice civile competente per valore in grado di appello (anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile) e contempla due casi nettamente distinti di annullamento parziale e di rinvio:

- 1) quando annulla solamente le disposizioni o i capi che riguardano l'azione civile;
- 2) quando accoglie il ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato.

La prima ipotesi ha come presupposto una sentenza di merito impugnata sia per i capi penali sia per quelli civili (in quest'ultimo caso, con ricorso formulato dall'imputato ex art. 574 cod. proc. pen., o *quando* il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o amnistia, decidono sugli interessi civili ex art. 578 cod. proc. pen.) con annullamento "solamente" delle disposizioni e dei capi che riguardano l'azione civile.

L'ambito di operatività inerisce a provvedimenti strettamente collegati all'esercizio dell'azione civile (pronunce sulla restituzione e il risarcimento del danno ex art. 538 cod. proc. pen.; condanna generica o provvisoria ex art. 539 cod. proc. pen. e pubblicazione della condanna in funzione riparatoria ex art. 543 cod. proc. pen.).

La seconda ipotesi ha come presupposto una sentenza di proscioglimento (sentenza pronunciata nel giudizio oppure nel rito abbreviato cui la parte civile abbia consentito) e l'accoglimento del ricorso "ai soli effetti della responsabilità civile" della parte civile ex art. 576 cod. proc. pen. (norma così modificata dall'art. 6 l. n. 46 del 2006 che ha svincolato l'impugnazione della parte civile dal mezzo di impugnazione del pubblico ministero affinché non fosse compressa e compromessa la possibilità di far valere la pretesa risarcitoria all'interno del giudizio penale).

In entrambe le ipotesi, l'annullamento con rinvio è disposto "quando occorre"; ciò vuol dire che può essere anche ritenuto "superfluo" dalla Corte di cassazione ex art. 620 lett. 1) cod. proc. pen.

La locuzione "Fermi gli effetti penali della sentenza" non implica il necessario riferimento a un accertamento della responsabilità penale e "tra gli effetti penali" della sentenza rientrano certamente quelli scaturenti dalla declaratoria di estinzione del reato.

**2. Le regole di valutazione nel giudizio di responsabilità civile in confronto con quello penale** –. È utile tenere presente che le regole di valutazione spesso non sono sovrapponibili ma divergono.

Quelle per la valutazione del **nesso causale**, in base a giurisprudenza oramai consolidata, sono diverse a seconda che il giudizio si svolga in ambito penale o in quello civile.

La regola propria del **giudizio penale** è stata enunciata da Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138, secondo cui: "nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un **giudizio di alta probabilità logica**, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva (fattispecie nella quale è stata ritenuta legittimamente affermata la responsabilità di un sanitario per omicidio colposo dipendente dall'omissione di una corretta diagnosi, dovuta a negligenza e imperizia, e del conseguente intervento che, se effettuato tempestivamente, avrebbe potuto salvare la vita del paziente)". Il principio è stato ribadito da Sez. U, Sent. n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn e altri, Rv. 261103.

La regola propria del **giudizio civile** è stata delineata da Sez. U, Sent. n. 576 del 11/01/2008, Rv. 600900, che ha posto in risalto le peculiari incombenze probatorie del giudizio civile di danno, e ha evidenziato che, mentre il giudizio penale pone al centro dell'osservazione la figura dell'imputato ed il suo *status libertatis*, quello civile risarcitorio guarda al danneggiato ed alle sue posizioni soggettive giuridicamente protette. Di qui l'affermazione che, in tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è pur sempre regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen. (per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo), nonché dal criterio della cosiddetta **causalità adeguata**, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano, ad una valutazione *ex ante*, del tutto imprevedibili, ferma restando, però, la **diversità del regime probatorio** applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "**più probabile che non**", mentre nel processo penale vige la regola della prova "**oltre il ragionevole dubbio**".

Il principio è stato ribadito da Sez. 3, Sent. n. 16123 del 08/07/2010, Rv. 613967, in tema di responsabilità professionale del medico; al riguardo, si è osservato che, essendo quest'ultimo tenuto a espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza

di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso.

**3. Il principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi, penale e civile, nella interpretazione delle Sezioni Unite civili** –. Le Sezioni Unite Civili, Sent. n. 1768 del 26/01/2011, Rv. 616366 hanno affrontato la questione del limite del giudicato assolutorio penale nel giudizio risarcitorio civilistico, affermando che la **disposizione di cui all'art. 652 cod. proc. pen.**, così come quelle degli artt. 651, 653 e 654 dello stesso codice, **costituisce un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi**, penale e civile, e non è, pertanto, applicabile in via analogica oltre i casi espressamente previsti.

Ne consegue che soltanto la **sentenza penale irrevocabile di assoluzione** (per essere rimasto accertato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima), pronunciata in seguito a dibattimento, ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno, mentre le sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per **prescrizione o per amnistia** non hanno alcuna efficacia extrapenale, a nulla rilevando che il giudice penale, per pronunciare la sentenza di proscioglimento, abbia dovuto accertare i fatti e valutarli giuridicamente; ne consegue, altresì, che, nel caso da ultimo indicato, il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente e autonomamente rivalutare il fatto in contestazione.

In proposito, le Sezioni Unite hanno chiarito che, a seguito dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, devono ritenersi **definitivamente espunti dall'ordinamento i principi di unitarietà delle giurisdizioni, civile e penale**, e della prevalenza del giudizio penale sul giudizio civile, vigendo, piuttosto, il principio della parità ed originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e della sostanziale autonomia e separazione dei giudizi, ad eccezione di determinati tipi formali di pronuncia per ipotesi tassativamente prescritte.

**4. Individuazione del giudice cui rimettere gli atti in caso di annullamento con rinvio di una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato e conferma delle statuizioni civili, secondo le Sezioni Unite penali** –. Con riferimento all'individuazione del giudice del rinvio in caso di annullamento di una sentenza dichiarativa della prescrizione del reato, su ricorso dell'imputato che abbia dedotto il difetto di motivazione in punto di conferma delle statuizioni civili, è stato composto un **contrasto** nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo **un primo orientamento**, infatti, quando il giudice di appello abbia rilevato la sopravvenuta prescrizione senza motivare in ordine alla ritenuta responsabilità dell'imputato in relazione alle confermate statuizioni civili, la Corte di cassazione dovrebbe annullare la sentenza, con rinvio allo stesso giudice penale e non a quello civile competente per valore in grado di appello, come stabilito dall'art. 622 cod. proc. pen., presupponendo infatti tale disposizione o il già definitivo accertamento della responsabilità penale o l'accoglimento dell'impugnazione proposta dalla sola parte civile avverso la sentenza di proscioglimento (v., tra le più: Sez. 3, n. 26863 del 06/06/2012, Lovaglio, Rv. 254054).

In base a **un secondo orientamento**, viceversa, in presenza di una declaratoria di estinzione del reato, all'annullamento della decisione sulle statuizioni civili, per ritenuti vizi di motivazione, dovrebbe seguire in ogni caso il rinvio al giudice civile. Tale ultimo indirizzo riguarda tanto l'ipotesi in cui il termine di prescrizione sia maturato in epoca antecedente alla sentenza d'appello, quanto quella in cui la causa estintiva si sia perfezionata in data successiva alla medesima pronuncia. In entrambi i casi il giudice di legittimità, in presenza di un vizio di motivazione sulla responsabilità civile, sarebbe tenuto a rinviare al giudice civile, la cui cognizione comprenderebbe sia l'*an* che il *quantum* della domanda della parte civile.

**Le Sezioni Unite, condiviso il secondo orientamento**, hanno composto il contrasto ed hanno statuito che nel caso in cui il giudice di appello dichiari non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia), senza motivare in ordine alla responsabilità dell'imputato ai fini delle statuizioni civili, l'accoglimento del ricorso di quest'ultimo impone l'annullamento della sentenza con rinvio **al giudice civile** competente per valore in grado di appello, a norma dell'art. 622 cod. proc. pen. (v. **Sez. U**, n. 40109 del 18/07/2013, **Sciortino**, Rv. 256087).

**5. Le questioni di rilevanza nomofilattica trattate da ultimo dalle sezioni civili della Corte di cassazione** –. Nell'ambito della responsabilità civile collegata a un procedimento penale le questioni che hanno interessato la Suprema Corte in sede civile possono così riassumersi.

Sono intervenute numerose pronunce della Terza Sezione civile (Sez. 3, n. 15859/2019, n. 16916/2019, n. 22515/2019, n. 22516/2019, n. 22520/2019, n. 22729/2019, n. 25917/2019, n. 25918/2019; occorre dire, anticipate anche da n. 9358/2017 e n. 21593/2017), temporalmente ravvicinate tra giugno e ottobre 2019, le quali, **discostandosi dal precedente**, pure recente, **orientamento** della stessa Sezione (tra le altre: n. 32929/2018, n. 22570/2018, n. 7004/2015, n. 17457/2007), hanno affermato che il giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. debba assecondare le regole processuali, sostanziali e probatorie, proprie (non già del giudizio penale, come sino ad allora ritenuto, ma) del giudizio civile.

Alla base di tale impostazione sta l'affermazione che il giudizio in questione non è assimilabile al giudizio di rinvio in senso tecnico e quindi non rappresenta, nella fase rescissoria, la prosecuzione del procedimento di impugnazione svoltosi in sede penale, quand'anche limitato nell'oggetto alla sola statuizione sugli interessi civili.

Si tratta, viceversa, di una fase del tutto svincolata ed autonoma dalla precedente (ormai definita agli effetti penali in forza di una decisione irrevocabile), in cui la completa *translatio iudicii* e la diversa regiudicanda comporterebbero un accertamento dei fatti rilevanti (ai soli fini risarcitori) *naturaliter* regolato dai canoni sostanziali e processuali propri del giudizio civile, e quindi affrancato dai principi di diritto eventualmente posti dalla sentenza di annullamento, cui non sarebbe dovuta "obbedienza", e perciò destinati a rimanere inefficaci.

A tale stregua, si esclude la natura "chiusa" del giudizio di rinvio di cui all'art. 622 cod. proc. pen., sostenendosi l'ammissibilità dell'allegazione, in detta sede, di fatti costitutivi dell'illecito civile diversi da quelli integranti la fattispecie di reato dedotta nel processo penale e posti a base della costituzione di parte civile (senza che occorra l'incidentale vaglio di catalogazione del fatto come rispondente ad una ipotesi di reato).

E ciò in ragione del "maggior raggio di azione" dell'illecito ex art. 2043 cod. civ. e della sua "struttura atipica", che consente la valorizzazione dell'elemento soggettivo della colpa anche a fronte della imputazione, nella pregressa fase penale, di una condotta unicamente configurabile quale dolosa (cfr., in particolare, Sez. 3, n. 16916/2019 cit.).

Dal nuovo orientamento giurisprudenziale ulteriori, significative, conseguenze, connesse alla autonomia del giudizio civile in esame, sono individuate:

- nella libera valutazione delle prove acquisite nella fase penale, quand'anche foriera di una divergente ricostruzione del fatto rilevante;
- nella valorizzazione di risultati probatori dotati di un meno pronunciato grado di certezza in ordine alla sussistenza degli elementi strutturali dell'illecito, come è per la correlazione causale, da scrutinarsi secondo il criterio probatorio civilistico del "più probabile che non";
- nella **disapplicazione dello statuto di disciplina della prova penale**, con effetto: di un possibile recupero, quali prove "atipiche", di elementi ricostruttivi acquisiti in violazione di divieti probatori propri del rito penale, essendo categoria specifica di quest'ultimo la "utilizzabilità" della prova, viceversa estranea al processo civile; della impossibilità di fondare la ricostruzione del fatto dannoso sulla testimonianza della parte civile, preclusa in ambito civilistico dall'art. 246 cod. proc. civ.; della **impraticabilità in sede di rinvio della rinnovazione della prova dichiarativa ai sensi dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen.**, connessa alla regola di giudizio - prerogativa qualificante del processo penale - della prova necessariamente certa, dimostrativa "al di là di ogni ragionevole dubbio" della colpevolezza dell'imputato.

A sostegno di tali conclusioni vengono richiamati anche:

- l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui le differenze di disciplina dell'azione civile esercitata nel processo penale, rispetto a quella prevista dal codice di rito civile, sono ragionevoli solo se e in quanto dipendenti dalle finalità tipiche del processo penale (Corte cost., sent. n. 353 del 1994; Corte cost., sent. 532 del 1995; Corte cost., sent. n. 94 del 1996; Corte cost., ord. n. 424 del 1998; Corte cost., sent. n. 12 del 2016);
- i principi della parità ed originarietà dei due diversi settori della giurisdizione ordinaria, e della separazione e dell'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale (Corte cost., sent. n. 168 del 2006; Corte cost., sent. n. 23 del 2015) che ispirano il generale assetto del codice del 1988, per la prevalenza assegnata all'esigenza di sollecita definizione del processo penale rispetto all'interesse del soggetto danneggiato di esperire la propria azione nel processo penale;
- nonché la diversità di funzione della responsabilità civile, volta all'individuazione del soggetto su cui far ricadere le conseguenze risarcitorie del danno subito dalla vittima e non a irrogare una sanzione penale.

Secondo la Corte di cassazione civile, quindi, il legislatore, con la previsione di cui all'art. 622 cod. proc. pen., ha scartato la scelta del rinvio al giudice penale, non prospettandosi più un potenziale conflitto sui capi penali della sentenza, e ha privilegiato la scelta della "rimessione" delle parti davanti al giudice civile, essendo venute meno le ragioni che avevano originariamente giustificato l'esercizio dell'azione civile nel giudizio penale.

Con il passaggio in giudicato dell'accertamento penale si realizza, secondo la Corte, «la definitiva scissione tra le materie sottoposte a giudizio, mediante la restituzione dell'azione civile - con il giudizio di 'rinvio', che più opportunamente andrebbe definito di rimessione - all'organo giudiziario cui essa appartiene naturalmente», e viene "rimessa in discussione la *res in iudicium deducta*, nella specie costituita da una situazione soggettiva ed oggettiva del tutto autonoma (il fatto illecito) rispetto a quella posta a fondamento della doverosa comminatoria della sanzione penale (il reato)» ( Sez. 3 , Sent. n. 16916 del 25/06/2019; Sez. 3, Sentenza n. 15859 del 12/06/2019).

Pertanto, il rinvio disposto ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen. ha effetti pienamente restitutori dell'azione civile.

**6. Il diverso orientamento delle sezioni penali della Corte di cassazione** -. Nella giurisprudenza penale di legittimità si è di recente fatto strada un orientamento difforme da quello appena richiamato delle sezioni civili.

La Terza Sezione penale - 9 gennaio 2020, n. 14229, H., Rv.278762 - ha affermato il principio di diritto così massimato: «in caso di annullamento, per la mancata **rinnovazione in appello di una prova dichiarativa ritenuta decisiva**, della sentenza che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento del danno, il rinvio per il nuovo giudizio

va disposto dinanzi al giudice penale, non essendo applicabile l'art. 622 cod. proc. pen., permanendo, nonostante l'irrevocabilità della sentenza di assoluzione, un **interesse penalistico alla vicenda**, sotto il profilo della necessaria applicazione del "giusto processo" di rilievo costituzionale, anche in presenza di questioni relative ai soli profili civilistici della stessa».

Sulla stessa linea si è collocata Sez. 4, n. 11958 del 13/02/2020, Vianello Clelia legale rapp.te della Co.Ge.Im., s.r.l., Rv. 27874611 per la quale "in caso di annullamento, per mancata rinnovazione dell'assunzione di prove dichiarative decisive, della sentenza di appello che, in accoglimento del gravame della parte civile, abbia riformato, con condanna ai soli effetti civili, la decisione assolutoria di primo grado, il rinvio per nuovo giudizio va disposto dinnanzi al giudice penale" – Conf. Sez. 4, 25 febbraio 2020, n. 12174, Piali Piergiorgio e altro, n. m. –12.

Si è in tal modo strutturato un orientamento che offre **un'interpretazione restrittiva dell'art. 622 cod. proc. pen.** e per il quale, in alcuni casi di annullamento dei capi civili, il rinvio va disposto dinanzi al giudice penale, oppure va disposto l'annullamento senza rinvio, in luogo dell'annullamento con rinvio al giudice civile previsto dalla disposizione citata.

In tale ultimo senso si è pronunciata Sez. 6, Sent. n. 31921 del 06/06/2019, De Angelis, Rv. 277285, affermando che "il rinvio al giudice civile, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., non può essere disposto qualora l'annullamento delle disposizioni o dei capi della sentenza impugnata concernenti l'azione civile dipenda dalla fondatezza del ricorso dell'imputato agli effetti penali. (In applicazione del principio, la Corte, ritenuto fondato il ricorso dell'imputato sul punto della operata riforma in appello della sentenza assolutoria di primo grado pur in assenza di rinnovazione dell'istruttoria ex art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., ha annullato senza rinvio la sentenza per estinzione dei reati nel frattempo prescritti nonché, a fronte della suddetta fondatezza, anche agli effetti civili, osservando inoltre che il rinvio al giudice civile imporrebbe a quest'ultimo di procedere all'accertamento del fatto applicando, con distonia del sistema, principi di oralità ed immediatezza della prova avulsi dal sistema processualcivilistico)".

Ancora più di recente Sez. V, 18/02/2020, n. 16988, Novella – in attesa di massimazione – ha fatto applicazione dell'art. 622 cod. proc. pen., con rinvio quindi al giudice civile, in

---

11 L'indicazione in massima del ricorrente non è pienamente corretta, dato che dalla sentenza risulta che primo ricorrente è stato Palisi Armando.

12 Può essere utile richiamare, pur nella diversità del caso e quindi del principio affermato, Sez. 2, n. 8935 del 21/01/2020, Pulcrano, Rv. 278588, secondo cui "nel giudizio di cassazione, qualora risulti che la sentenza di appello ha illegittimamente dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione avverso la condanna di primo grado e si proceda contestualmente anche agli effetti civili, la Corte non può immediatamente dichiarare l'estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione, limitandosi ad escludere la possibilità di un più favorevole proscioglimento per ragioni di merito ex art. 129 cod. proc. pen., poiché il ricorso dell'imputato in ordine all'affermazione di responsabilità impone la valutazione del compendio probatorio "a cognizione piena", sia agli effetti penali che a quelli civili, con conseguente trasmissione degli atti al giudice penale a seguito di annullamento con rinvio".

seguito all'annullamento della sentenza con cui il giudice di appello, in riforma della sentenza di primo grado appellata dalla parte civile, aveva condannato l'imputato al risarcimento del danno in relazione ad un reato ormai estinto per prescrizione. L'annullamento è stato determinato dalla rilevazione del vizio di omessa rinnovazione della prova testimoniale già utilizzata in primo grado per la pronuncia di assoluzione dal contestato reato di lesioni.

L'assunto è che la disposizione codicistica di cui all'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., introdotta dalla l. n. 103 del 2017, nel prescrivere l'obbligo di **rinnovazione istruttoria** solo a fronte dell'impugnazione del pubblico ministero, non ha escluso l'identico obbligo per il caso di **impugnazione della sola parte civile**, ma ha confermato la validità del principio, già affermato dalle Sezioni unite, "secondo cui deve procedersi alla rinnovazione della prova dichiarativa decisiva anche quando il ribaltamento e la condanna avvengano in seguito ad appello proposto soltanto dalla parte civile e ai fini esclusivamente civili" – Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016, Dasgupta, Rv. 267487 e Sez. U, n. 18620 del 19/01/2017, Patalano, Rv. 269787 –.

La Quinta Sezione ha infine avuto cura di precisare che Sez. U, n. 14426 del 28/01/2019, Pavan, Rv. 275112- 03, al di là di quanto potrebbe ritenersi ad una prima lettura, non ha inteso escludere l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa decisiva nel caso di impugnazione della sola parte civile, ma "soltanto delimitare la portata innovativa della disciplina, magari in un'ottica rivolta al sindacato di legittimità ed agli eventuali vizi proponibili, sotto il profilo della violazione della specifica disposizione richiamata".

**7. L'origine del contrasto** –. La difformità di soluzioni ha cominciato a farsi strada dopo una serie di sentenze della Corte di cassazione penale che, nell'annullare la sentenza con rinvio al giudice civile ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., ritenendo applicabili nel giudizio di rinvio innanzi a detto giudice le regole processuali e probatorie penali, **enunciavano il principio di diritto vincolante** al quale il giudice civile del rinvio avrebbe dovuto attenersi. Questo indirizzo ha suscitato la reazione della Terza sezione civile della Corte che ha affermato l'applicabilità, nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile, delle regole processuali e probatorie civili, e **la non vincolatività** per tale giudice, del principio espresso dalla Corte di cassazione penale in sede di annullamento con rinvio, data la sua natura pienamente restitutoria.

La **giurisprudenza penale della Corte**, infatti, almeno fino all'inizio del 2019, aveva mantenuto fermo l'orientamento secondo cui in caso di accoglimento del ricorso per cassazione ai soli effetti civili, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., nel successivo giudizio di rinvio **il giudice civile «è tenuto a valutare la sussistenza della responsabilità dell'imputato secondo i parametri del giudizio penale** e non facendo applicazione delle regole proprie del giudizio civile».



Tale principio di diritto era stato affermato con specifico riferimento:

-all'applicabilità, nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile ex art. 622 cod. proc. pen., delle regole di giudizio del diritto penale ai fini dell'accertamento del **nesso di causalità** (Sez. 4, n. 11193 del 10/02/2015, Cortesi, Rv. 262708; Sez. 4, n. 27045 del 4/02/2016, Di Flaviano, Rv. 267730; Sez. 4, n. 5898 del 17/01/2019, Borsi, Rv. 275266; Sez. 4, n. 5901 del 18/01/2019, Oliva, Rv. 275122) e, quindi, del criterio dell'“elevato grado di credibilità razionale” enunciato dalle Sezioni unite Franzese (Sez. U, n.30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138) e non delle distinte regole di giudizio consolidate nella giurisprudenza civile della preponderanza dell'evidenza o del “più probabile che non” (Sez. U, n. 576 del 10/11/2008, Rv. 600899; Sez. U, n. 584 del 10/11/2008, n. 584, Rv. 600921);

-alla necessità di **rinnovazione dell'istruzione dibattimentale** nell'ipotesi **di riforma, anche ai soli effetti civili, della sentenza assolutoria di primo grado** sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, stabilendo che il giudice civile del rinvio debba tener conto dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo, da Sez. U, 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, Rv. 269787 e da Sez. U, 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, Rv. 267489 (Sez. 4, n. 45786 dell'11/10/2016, Assaiante, Rv. 268517 e Sez. 4, n. 34878 dell'8/06/2017, Soriano, Rv. 271065);

-alla **inutilizzabilità**, anche nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile, **della «prova inutilizzabile nel processo penale, perché assunta in violazione di un espresso divieto probatorio»**, ritenendo che «diversamente, si realizzerebbe una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto in sede penale» (Sez. 4, n. 43896 del 8/02/2018, Luvaro, Rv. 274223-02);

-all'applicabilità, in **tema di responsabilità medica**, delle norme di cui agli artt. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158 convertito in legge 8 novembre 2012, n.189, e 590-sexies cod. pen. introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (Sez. 4, n. 412 del 16/11/2018 - dep.2019-, De Santis, Rv. 274831).

**8. Il mutamento di indirizzo nella giurisprudenza penale –.** La recente tendenza ad una lettura restrittiva dell'art. 622 cod. proc. pen. – per l'approfondimento della quale si rinvia alla **Relazione su orientamento della giurisprudenza, n. 56 del 29 maggio 2020, curata dal Massimario** - muove dal rilievo che i principi affermati dal precedente maggioritario orientamento sulla vincolatività del principio di diritto dato con l'annullamento in sede penale, sarebbero recessivi rispetto a quelli affermati:

- dalle **Sezioni Unite penali** (Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, **Sciortino**, Rv. 256087), che hanno individuato la *ratio* della scelta del rinvio al giudice civile «nel principio di economia processuale che vieta il permanere del giudizio in sede penale nella mancanza di

un interesse penalistico alla vicenda», e che hanno ritenuto conseguentemente **«inevitabile l'applicazione delle regole e delle forme della procedura civile»;**

- dalle **Sezioni Unite penali** (Sez. U, n. 40049 del 29/05/2008, Guerra, Rv. 240815) secondo cui **spetta alle sezioni civili della Corte il compito di fornire l'esatta interpretazione delle disposizioni che regolano gli effetti nei giudizi civili** delle decisioni dettate in altre sedi, compresa quella penale, dovendo **il giudice penale** tendere ad **un'interpretazione uniforme** onde evitare contrasti di giurisprudenza tanto più gravi in quanto non è prevista una sede deputata alla loro composizione.

Pertanto, la giurisprudenza penale della Corte **ha iniziato** a far registrare taluni casi di **annullamento delle statuizioni civili** della sentenza penale, **a cui non consegue il rinvio al giudice civile**, nonostante l'intervenuta irrevocabilità della sentenza agli effetti penali, e nei quali il giudizio di legittimità si definisce o con l'annullamento con rinvio al giudice penale o con l'annullamento senza rinvio.

Cionondimeno, in senso contrario all'orientamento appena descritto si è continuato ad affermare (v. da ultimo, Sez. 4, n. 13869 del 05/02/2020, Sassi, Rv. 278761) che, in accoglimento del ricorso proposto dall'imputato tanto agli effetti penali quanto agli effetti civili avverso la sentenza d'appello che aveva confermato la sentenza penale di condanna di primo grado contenente anche statuizioni civili, ha **annullato** la sentenza impugnata **senza rinvio agli effetti penali** per essersi il reato estinto per intervenuta prescrizione, e ha **annullato la medesima sentenza agli effetti civili, con rinvio al giudice civile** (in senso conforme si vedano anche Sez. 4, n. 34878 dell'8/06/2017, Soriano, non mass. sul punto; Sez. 4, n. 29627 del 21/04/2016, Silva, Rv. 267844; Sez. 5, n. 15015 del 23/02/2012, Genovese, Rv. 252487; Sez. 5, n. 594 del 16/11/2011 - dep. 2012 -, Perrone, Rv. 252665; Sez. 2, n. 32577 del 27/04/2010, Preti, Rv. 247973; Sez. 6, n. 26299 del 03/06/2009, Tamborrini, Rv. 244533; Sez. 4, n. 14450 del 19/03/2009, Stafissi, Rv. 244002; Sez. 5, n. 9399 del 05/02/2007, Palazzi, Rv. 235843).

Di qui, peraltro, la necessità di valutare se l'orientamento inaugurato dalla giurisprudenza penale, evitando il rinvio al giudice civile, possa essere idoneo, anche ai fini del rafforzamento della funzione nomofilattica, a eliminare in radice le ragioni del contrasto tra le due articolazioni, penale e civile, della Corte.

La necessità che, una volta che l'azione civile sia stata esercitata nel processo penale, la decisione finale, anche sul piano civilistico, debba fare applicazione dei canoni interpretativi e delle regole processuali proprie del diritto penale – senza distinzione tra i casi in cui sia ancora esistente, nonostante l'assoluzione di primo grado, la questione penalistica e quelli in cui la sentenza sia divenuta irrevocabile agli effetti penali –, tanto rispetto alla posizione della parte civile quanto rispetto a quella dell'imputato, dipende – secondo tali pronunce – dal **permanente rilievo dei principi dell'accertamento penale, ovvero dello statuto**

**garantistico dell'imputato**, non privo di risvolti favorevoli anche per la parte civile (si pensi alla facoltà di testimoniare della persona offesa).

Infatti, siccome l'imputato articola la strategia difensiva secondo il regime penale processuale e sostanziale non soltanto rispetto all'accusa penale, ma anche in relazione all'azione civile esercitata in sede penale, **le garanzie, di rilievo costituzionale, assicurate dall'ordinamento all'imputato nei confronti dell'accusa penale si estendono all'azione civile** esercitata nei suoi confronti in quella stessa sede, con la conseguenza che l'accertamento della sua responsabilità, sia pure ai soli fini civili, deve avvenire secondo le regole del processo penale.

Viene pertanto individuato un **persistente interesse penalistico** alla vicenda – sotto il profilo della **necessaria applicazione del giusto processo** di rilievo costituzionale, per come declinato sul piano penale – ogniqualvolta sussista la necessità di accertare il fatto di reato, secondo le regole del processo penale, anche in presenza di questioni relative ai soli profili civilistici della vicenda stessa.

Tale interesse penalistico è espressamente riconosciuto dal codice di rito in sede di impugnazione della sentenza di primo grado (art. 573 cod. proc. pen.) e, secondo la Corte, è rinvenibile anche in sede di rinvio a seguito di annullamento del giudice di legittimità.

È necessario a questo punto verificare come il principio della necessaria rinnovazione della prova in appello, per i casi di riforma della sentenza assolutoria, sia stato nel tempo delineato dalla giurisprudenza della Corte Edu.

## II PARTE

### Verifica dei principi della C.e.d.u. rilevanti per una possibile risoluzione della questione.

#### **9. Obbligo di rinnovazione in appello della prova dichiarativa secondo la C.e.d.u.**

**Premessa –.** La prevalente giurisprudenza della Corte Edu, formatasi da molti anni ed ancor prima che fosse pronunciata la famosa sentenza *Dan contro Moldavia*, è nel senso che il giudice dell'impugnazione, per ribaltare le statuizioni favorevoli del giudice la cui pronuncia è impugnata, deve procedere ad un riesame diretto delle prove – si intendono le prove dichiarative –, restando precluso un annullamento, o una riforma, della precedente decisione soltanto sulla base della lettura dei verbali delle medesime prove utilizzate, in senso opposto, dal giudice di grado inferiore.

Il principio è stato nel tempo ribadito con una serie di puntualizzazioni dirette a definire il contesto e l'ambito in cui opera la regola appena sopra formulata, diretta a presidiare la complessiva equità del processo<sup>13</sup>.

**10. Conformazione dell'obbligo di rinnovazione al tipo di giudizio e ai poteri del giudice dell'impugnazione** –. Una prima cautela, nell'approccio al tema, attiene alla precisazione che la **valutazione** del materiale di **prova** spetta in ogni caso ai **giudici nazionali** e che il giudizio di equità del processo, ossia di rispetto o meno della garanzia convenzionale di cui **all'art. 6 della Convenzione Edu**, resta estraneo all'apprezzamento del valore che quei giudici ritengano di attribuire alle varie prove.

Peraltro, si è sempre aggiunto, quel che viene in rilievo in tale ambito non è soltanto un profilo attinente all'eguaglianza delle armi di cui le parti possono disporre nella contesa processuale; da qui la conseguenza che l'apprezzamento dell'equità implica una **considerazione unitaria della vicenda** processuale e delle sue specificità.

La necessità di una considerazione unitaria della vicenda processuale – per una corretta impostazione della questione in punto di rinnovazione istruttoria nelle impugnazioni di merito, quale condizione per legittimare una pronuncia dal contenuto difforme da quella impugnata – significa che occorre: - aver riguardo al tipo e alla natura del giudizio impugnatorio che viene in rilievo; - interrogarsi in particolare su quali siano i **poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione**, se essi involgano l'apprezzamento diretto della *regiudicanda*, e quindi se l'epilogo decisorio del giudizio abbia connotati di pieno giudizio di merito.

In questo senso deve intendersi la ricorrente affermazione secondo cui il parametro valutativo in materia non è tanto il par. 3 dell'art. 6 della Convenzione, quanto il par. 1 dello stesso articolo.

Quel che rileva è se la Corte di superiore istanza abbia il potere di prendere in esame anche le **questioni di fatto**, e non solo le **questioni di diritto**, e se possa quindi procedere direttamente ad una (ri)valutazione del materiale probatorio. In tal caso si è di fronte a determinazioni decisive in punto di responsabilità che non possono essere assunte semplicemente attraverso una rilettura del materiale probatorio precedentemente acquisito e senza dare modo all'imputato di prendere parte ad un contraddittorio orale sulle prove nel grado di impugnazione.

---

<sup>13</sup> Le sentenze della Corte Edu che si pongono come espressione dell'orientamento, tra le altre, le seguenti: - sentenza 18 maggio 2004, *Destrehem c. Francia*; - sentenza 27 novembre 2007, *Popovici c. Moldavia*; - sentenza 21 settembre 2010, *Marcos Barrios c. Spagna*; - sentenza 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*; - sentenza 26 giugno 2012, *Gaitanaru c. Romania*; - sentenza 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*; - sentenza 9 aprile 2013, *Flueras c. Romania*; - sentenza 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*; - sentenza 29 ottobre 2013, *Hogea c. Romania*; - sentenza 17 dicembre 2013, *Ion Tudor c. Romania*; - sentenza 14 gennaio 2014, *Cipleu c. Romania*; - sentenza 25 febbraio 2014, *Vaduva c. Romania*; - sentenza 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia*; - sentenza 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*.

La questione della doverosità della rinnovazione sembra attenersi principalmente al giudizio di credibilità, di affidabilità della dichiarazione testimoniale, seppure non rimanga estraneo all'area del nuovo impegno istruttorio il caso in cui il giudizio difforme sia conseguenza di una lettura del dichiarato testimoniale in necessaria combinazione con altri dati di prova emergenti dagli atti del processo, con apprezzamento in tal caso dell'insufficienza probatoria dell'apporto dichiarativo anche per ragioni diverse da quelli attinenti a profili di mera credibilità.

**11. L'officiosità della rinnovazione probatoria** –. La Corte Edu non ha poi mancato di chiarire che, seppure il giusto processo convenzionale sia connotato dall'attribuzione alle parti del diritto alla prova, e quindi delle richieste di ammissione, ciò non di meno, in alcune circostanze eccezionali, deve essere individuato in capo al giudice **un dovere di assunzione** della prova dichiarativa, **anche in assenza di una richiesta** a tal proposito. Ai fini delle valutazioni sull'equità convenzionale del processo resta privo di rilievo se l'imputato abbia o meno richiesto la riassunzione delle prove o comunque abbia sollecitato integrazioni istruttorie. La Corte ritiene che l'*overtuning* della sentenza assolutoria possa essere effettuato solo se si riassume la testimonianza decisiva già assunta in primo grado: ciò per allineare il compendio probatorio disponibile a quello del primo grado giudizio. Tale obbligo è per lo più ritenuto indipendente dalle allegazioni delle parti, sicché la rinnovazione deve essere disposta di ufficio (con le eccezioni segnalate al § 13).

**12. L'obbligo di rinnovazione della prova anche nel giudizio civile?** –. Non è dubbio che le garanzie del **giusto processo convenzionale** si applichino **anche ai giudizi civili**; ciò però non significa, secondo una lettura della giurisprudenza interna, che l'obbligo di rinnovazione della prova in appello sia ad essi estensibile.

La Cassazione civile ha affermato che "il principio secondo cui l'art. 6 della CEDU impone di **rinnovare l'istruzione dibattimentale** ogni qualvolta si intenda riformare la sentenza assolutoria di primo grado ha rilievo solo in ambito penalistico e **non è applicabile ai giudizi risarcitori civili**, governati – in tema di accertamento del nesso causale tra condotta illecita e danno – dalla diversa regola probatoria del "più probabile che non", e ciò tanto più ove venga richiesta in appello l'affermazione della responsabilità del presunto danneggiante negata, invece, dal giudice di primo grado" – Cass. civ., Sez. 3, Sent. n. 19430 del 30/09/2016, Rv. 642595 –.

A conferma di tale assunto la massima ha inserito il richiamo alla pronuncia della Corte Edu nel caso *Marcos Barrios v. Spagna*, 21 settembre 2010, intervenuta a censurare una decisione del giudice penale.

Con quella sentenza, però, è stata ritenuta la violazione dell'art. 6 § 1 in un caso in cui l'imputato era stato assolto in primo grado per il delitto di omicidio (di fronte alla

giurisdizione speciale per i minorenni) sulla base del difetto di credibilità delle dichiarazioni del coimputato, chiamante in correità. Contro tale decisione avevano proposto appello sia il pubblico ministero che la parte civile, chiedendo che fosse tenuta una udienza pubblica, contesto necessario alla assunzione di prove.

La *Audiencia provincial*, quale giudice di secondo grado, aveva rigettato quest'ultima istanza e riformato la sentenza di assoluzione ritenendo il ricorrente colpevole sulla base della rivalutazione della credibilità dei contenuti accusatori provenienti dal coimputato, anche attraverso una nuova valutazione della loro compatibilità con i dati di contesto.

La Corte Edu, premesso che il giudice di secondo grado aveva effettuato una rivalutazione della prima decisione non solo in diritto, ma anche attraverso una nuova valutazione del merito, ha ritenuto che in quel giudizio erano state violate le garanzie previste dall'art. 6 § 1, in quanto era stato svolto senza procedere all'esame dell'imputato ed il riesame diretto delle prove in udienza pubblica.

Dalla lettura della sentenza da cui è tratta l'indicata massima si rileva, in termini non pienamente collimanti con quanto lascia intendere quest'ultima, che il riferimento alla pronuncia della Corte Edu nel caso *Marcos Barrios v. Spagna* – come ad altre decisioni della stessa Corte espressive del medesimo principio – sia stato fatto non già perché in tale decisione si affermi l'estraneità dell'obbligo di rinnovazione della prova in appello, per il caso di *overturning*, ai giudizi civili, ma in ragione della rilevanza come indiretto argomento – avendo riguardo essa come le altre ad un giudizio penale – per avvalorare la **tesi** conclusiva **che la garanzia della rinnovazione probatoria valga soltanto nei giudizi penali**, "come presidio di tutela dell'imputato".

**13. L'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa nel giudizio penale, su appello della parte civile –.** L'art. 603 comma 3-*bis* cod. proc. pen. prevede l'obbligo di rinnovazione nel caso in cui l'appellante sia il pubblico ministero. Nulla dice la norma in relazione al caso in cui la sentenza assolutoria sia impugnata **dalla sola parte civile.**

Di fronte al silenzio normativo può ritenersi:

a) che il legislatore abbia voluto limitare l'obbligo di rinnovazione ai soli casi in cui ad appellare sia il pubblico ministero, con **esclusione** (implicita) **dell'obbligo di rinnovazione** nel caso in cui la progressione processuale sia ad impulso della parte civile. Se si aderisce a tale interpretazione occorre chiedersi se l'art. 603 comma 3- *bis* cod. proc. pen. sia compatibile con la Convenzione e, dunque, con le garanzie contenute nell'art. 6 § 1. Si segnala che non si rinvergono sentenze "specifiche" della Corte Edu in materia di impugnazione della parte civile, sebbene sia incontestata la estensione delle garanzie previste dall'art. 6 anche al giudizio civile e, dunque, deve ritenersi, al giudizio penale che si occupa delle pretese della parte civile;

b) che il legislatore abbia regolato in modo specifico solo la rinnovazione nel caso dell'appello del pubblico ministero, sicché la rinnovazione in caso di appello della parte civile resterebbe disciplinato dalla normativa "ordinaria". Questa è stata oggetto, prima dell'intervento della Legge n. 103 del 2017 di una interpretazione "conformatrice" da parte delle Sezioni unite che hanno affermato che quando il giudice di appello riforma, ai soli fini civili, la sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, è obbligato a rinnovare l'istruzione dibattimentale, anche d'ufficio (Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 Dasgupta, Rv. 267489).

Sviluppando tale principio si è deciso che il giudice di appello che riformi, anche su impugnazione della sola parte civile e ai soli effetti civili, la sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, è obbligato a rinnovare, anche d'ufficio, l'istruzione dibattimentale, venendo in rilievo la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto nel procedimento penale, dove i meccanismi e le regole di formazione della prova non conoscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica (Sez. 5, n. 32854 del 15/04/2019, Gatto, Rv. 277000; in motivazione, la Corte ha ritenuto che la disposizione dell'art. 603, comma 3-*bis* cod. proc. pen., introdotta dalla legge n. 103 del 2017, che prescrive la rinnovazione istruttoria nell'ambito del giudizio d'appello celebrato su impugnazione del pubblico ministero, non esclude la sussistenza di un identico obbligo nel caso di impugnazione della sola parte civile; conforme Sez. 5, n. 12811 del 20/02/2019, Atzeni Ennio, Rv. 278053).

Il riconoscimento della necessità di accrescere il compendio probatorio nel caso in cui si prospetti un *overturning* sfavorevole all'imputato, anche solo agli effetti civili, è una scelta che, in astratto, non contrasta con gli interessi della parte civile, la cui tutela giurisdizionale è affidata ad una provvista probatoria "rafforzata" (critica è semmai la disparità degli statuti probatori quando è in predicato un *overturning* sfavorevole alla parte civile: in tal caso la rinnovazione non è obbligatoria come affermato da Sez. U, n. 14800 del 21/12/2017, dep. 2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272430).

**14. Assenza di rinnovazione probatoria e disponibilità delle garanzie del giusto processo** -. Qualche pronuncia più recente della C.e.d.u. ha invece ragionato sulla **disponibilità**, in presenza di determinate condizioni, **delle garanzie del giusto processo ad opera dell'imputato**. Si è precisato che la rinuncia, sempre se consapevole, volontaria e inequivoca, non è di per sé contraria allo statuto convenzionale del giusto processo.

Su questa premessa si è conferito al comportamento dell'imputato un significato decisivo per escludere la violazione del giusto processo.

L'imputato, assolto in primo grado, che **rinunci a prendere parte al giudizio** di appello pur sapendo che il giudice dell'impugnazione ha il potere di riformare la pronuncia assolutoria, tiene un comportamento processuale che esime la Corte Edu dal valutare se la peculiarità del procedimento consentisse o meno alla Corte di appello di pronunciare condanna attraverso soltanto una rivalutazione del materiale probatorio acquisito.

Nel contesto appena delineato assume importanza, **a differenza di quanto con precedenti decisioni affermato**, che l'imputato non abbia fatto richieste di prova; in **assenza di iniziative probatorie dell'imputato**, il giudizio di equità convenzionale può arrestarsi a valutare se nel processo dinnanzi alle istanze di giustizia nazionali si siano consumati arbitri valutativi.

Per questa parte diviene rilevante verificare se la decisione di ribaltamento del giudizio assolutorio sia assistita da adeguata e approfondita motivazione, se si sia o meno confrontata con gli insegnamenti della Corte suprema nazionale, se, in particolare, vi sia stata possibilità di adire la Corte suprema e se questa abbia riscontrato gravi incoerenze o illogicità rilevanti nel ragionamento probatorio<sup>14</sup>.

14.1. In altra occasione la Corte Edu è giunta ad escludere la violazione del diritto al giusto processo nonostante il giudice di impugnazione, ma con poteri di valutazione di merito, avesse reso una pronuncia difforme rispetto all'assoluzione pronunciata nei gradi precedenti senza procedere al riascolto dei testimoni. Ciò perché aveva avuto cura di indicare alle parti la necessità del riascolto di alcuni testimoni il cui esame, però, non poté essere svolto per **impedimenti oggettivi** nonostante la diligenza con cui si cercò di farli comparire.

Le parti, e in specie l'imputato, furono poste nelle condizioni di chiedere l'assunzione di altre prove, ma restarono inerti.

Il giudice di impugnazione, peraltro, ebbe anche cura di rendere una motivazione rafforzata per mezzo della quale dette conto adeguatamente delle ragioni del difforme giudizio.

Di qui la conclusione dell'assenza di una violazione del giusto processo pur in presenza di una condanna in appello senza rivalutazione del materiale probatorio su cui fondava il precedente giudizio di assoluzione; e l'importante precisazione di principio per la quale la previsione dell'obbligo di rinnovazione istruttoria **non introduce un meccanismo automatico** che rende iniquo il processo per il solo fatto che la sentenza difforme nel grado superiore sia pronunciata senza l'ascolto dei testimoni esaminati nel grado precedente e la cui credibilità sia fatta oggetto di una rinnovata valutazione<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> In tal senso si è espressa la *sentenza 26 luglio 2016, Kashlev c. Estonia*.

<sup>15</sup> In tal senso si è espressa la *sentenza 27 giugno 2017, Chiper c. Romania*.



## **15. La rinnovazione della prova peritale: assenza di vincoli derivanti dalla giurisprudenza della Corte Edu –.**

La giurisprudenza interna ha poi interpretato l'obbligo di rinnovazione della prova in appello in modo estensivo, ben al di là di quanto ritenuto dalla giurisprudenza europea.

Le Sezioni unite *Pavan* hanno esteso l'obbligo di rinnovazione previsto dall'art. 603 comma 3-*bis* cod. proc. pen. all'esame del perito, assimilando tale evento processuale alla testimonianza.

Invero, la prova scientifica si compone di più fasi: (prima) conferimento dell'incarico e svolgimento delle operazioni peritali in contraddittorio tecnico processuale; (poi) esame del perito e dei consulenti di parte; (infine) acquisizione della relazione.

L'estensione dell'obbligo di rinnovazione all'esame del perito non trova immediato ed esplicito conforto nella giurisprudenza della Corte Edu, che si limita a ritenere imprescindibile per la formazione della prova scientifica il principio della "parità delle armi" e del contraddittorio, previsto dall'art. 6 § 1 della Convenzione.

Segnatamente la Corte europea ha chiarito quanto di seguito si illustra.

Nel caso *Matytsina v. Russia* (27 aprile 14) ha affermato che «*witnesses and experts play a different role in proceedings and have a different status. The latter cannot be fully associated with "witnesses", at least not for all purposes (see Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, § 711, 25 July 2013)*» (§ 168); ha distinto nettamente la prova scientifica dalla testimonianza e ha identificato la lesione del contraddittorio nella mancata acquisizione delle prove tecniche di parte e, segnatamente nella mancata escussione degli esperti dell'accusa dei quali era stata acquisita la relazione.

Nel caso *Poletan e Azirovik v. Macedonia* (12 maggio 2016), la Corte Edu non ha ritenuto la violazione dell'art. 6 § 1. Ha in particolare apprezzato la non contrarietà alle garanzie convenzionali del fatto che i tecnici, che avevano esaminato la qualità della sostanza in sequestro, fossero appartenenti della Polizia e che non vi erano ragioni per ritenere violato il contraddittorio in relazione al rifiuto di ripetizione della perizia.

Nel caso *Sara Lind v. Islanda* (5 luglio 2007) la Corte Edu ha rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, ritenendo che la nomina di una commissione peritale medica composta da professionisti che lavoravano nello stesso nosocomio ove prestavano servizio agli imputati non garantisse la neutralità dell'organo cui era affidata la valutazione tecnica, e ledesse il principio della parità delle armi, deprivando le prerogative difensive della ricorrente.

Nel caso *Stoimenov c. Macedonia* (5 aprile 2007) la Corte Edu ha affermato che v'era stata violazione del principio della parità delle armi in quanto nel corso del processo non era stata disposta una ulteriore perizia sul corpo del reato come richiesto dal ricorrente, che aveva evidenziato che l'analisi tecnica posta alla base della condanna era stata compiuta prima dell'avvio del procedimento allo specifico fine di proporre la denuncia.

Nel caso *G. B. v. Francia* (2 ottobre 2001) la Corte ha rilevato: (a) la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione perché in seguito ad un repentino mutamento di opinione dell'esperto in ordine alla pericolosità del ricorrente, verificatosi in udienza dopo l'esame di nuove allegazioni del pubblico ministero, non era stata concessa la possibilità di effettuare una nuova analisi tecnica; (b) la violazione dell'art. 6 § 3 lett. b), dato che al difensore del ricorrente erano stati concessi solo trentacinque minuti per replicare alle rilevanti novità processuali conseguenti alla rivalutazione della pericolosità effettuata sulla base di nuove produzioni.

Nel caso *Mantovanelli v. Francia* (18 marzo 1997) la Corte europea ha rilevato l'iniquità del processo e la violazione dell'art. 6 § 1, perché ai ricorrenti non era stato consentito di partecipare alle operazioni peritali, extraprocessuali, sviluppatesi attraverso l'audizione di persone in possesso di informazioni decisive.

Nel caso *Doorson v. Paesi Bassi* (26 marzo 96) – pronuncia nota per la questione dei testimoni anonimi –, la Corte ha ritenuto che il principio della parità delle armi non fosse stato leso dalla mancata audizione dell'esperto, tenuto conto che è di competenza delle giurisdizioni nazionali stabilire quali sono i testimoni utili per l'accertamento della responsabilità.

Nel caso *Brandstetter v. Austria* (28 agosto 1991) la Corte Edu ha esaminato il ricorso sotto il profilo della violazione dell'art. 6 § 1, precisando che: «*the Court considers it appropriate to examine the applicant's complaint under the general rule of paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) of the Convention, whilst having due regard to the guarantees of paragraph 3 (art. 6-3) (see, inter alia, the Bönisch judgment of 6 May 1985, Series A no. 92, pp. 14-15, para. 29). The Court notes that, read literally, sub-paragraph (d) of paragraph 3 (art. 6-3-d) relates to witnesses and not experts. It points out that in any event the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (ibid.).*» (§ 42). Non ha quindi ritenuto la violazione delle garanzie convenzionali in relazione alla mancata assunzione degli esperti proposti dalla difesa del ricorrente.

Nel caso *Bonisch v. Austria* (6 maggio 85) la Corte ha concluso per la complessiva iniquità della procedura conseguente alla violazione del principio della parità delle armi, tenuto conto che il consulente di parte era stato inquadrato come testimone e aveva partecipato solo all'udienza nel corso della quale era stato udito, mentre il perito nominato dal giudice aveva potuto partecipare a tutto il dibattimento. La Corte ha ribadito che in materia di perizia viene in considerazione il § 1 dell'art. 6 della Convenzione, dato che il § 3 lett. d) è riservato ai testimoni, di nuovo distinguendo lo statuto della testimonianza da quello della perizia. Si legge nella pronuncia «*the Court would recall that the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (see, inter alia, the Artico judgment of 13 May 1980,*

*Series A no. 37, p. 15, para. 32, the Goddi judgment of 9 April 1984, Series A no. 76, p. 11, para. 28, and the Colozza judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 14, para. 26)» (§ 29).*

Nel caso *Constantinides v. Grecia* (6 ottobre 2016) la Corte ha effettuato il controllo di legalità convenzionale dell'omesso esame del tecnico con specifico riguardo parametro previsto dall'art. 6 § 3 lett. d) della Carta di Roma – e non solo dell'art. 6 § 1 – ed ha ritenuto una declinazione delle generali garanzie previste dall'art. 6 § 1 affermando che «*if a court decides that an expert assessment is needed, the defence should have the opportunity to put questions to the experts, to challenge their findings and to examine them directly at the trial (see Mirilashvili v. Russia, no. 6293/04, § 190, 11 December 2008)».*

Da questa rassegna emerge che **la Corte europea distingue** nettamente la **testimonianza** dalla **prova scientifica** ed evidenzia come la garanzia prevista dall'art. 6 § 3 lett. d) della Convenzione sia espressamente prevista solo per i testimoni, ovvero per dichiaranti non esperti; questo sebbene il § 1 dell'art. 6, nel delineare il diritto al processo equo, comprenda anche i profili di garanzia specificamente declinati nel § 3.

Emerge altresì l'estensione alla prova tecnico-scientifica delle garanzie previste dall'**art. 6 § 1** e, principalmente la garanzia della **parità delle armi** e del contraddittorio. L'estensione non si risolve soltanto nella *cross examination* del perito, ma comprende il diritto di presentare fonti tecniche alternative e di partecipare alle operazioni peritali.

La violazione della parità tra le parti viene così ritenuta in tutti i casi in cui all'imputato non è offerta una concreta possibilità di smentire le tesi tecniche proposte: non (solo) con l'esame del tecnico, ma con l'introduzione nel processo di prove scientifiche alternative.

**16. Le criticità delle ricostruzioni operate dalla giurisprudenza interna** –. Quanto appena riassunto circa l'obbligo di rinnovazione della prova in caso di *overturning* dà ancor più risalto alle ragioni della divaricazione di posizioni della giurisprudenza civile.

Non sfugge **l'effetto** – oltre che **di incoerenza del sistema** – **di confusione** che l'imprevedibile svolta dei criteri di accertamento del fatto commesso determina nelle parti processuali, che nel loro posizionamento si sono "affidate" alle risultanze acquisite attraverso il processo penale o civile, in violazione del prezioso canone della calcolabilità dell'esito del giudizio e con buona pace dei diritti della difesa e degli stessi principi del giusto processo secondo il parametro di cui all'art. 111 della Costituzione, che pure ne dovrebbero sovrintendere la fase "terminale" instaurata ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen.

Tale discorso, ovviamente, vale sia per la persona offesa che intenda ottenere il risarcimento che per la parte che si debba difendere dall'imputazione del fatto illecito.

Ragionando in un senso, infatti, l'azione civile che residua a seguito dell'impugnazione della parte civile, se munita delle garanzie penali che riguardano il soggetto penalmente responsabile già giudicato sotto questo profilo, comporta il trascinarsi dei diritti soggettivi sottesi alla pretesa risarcitoria su un terreno che non le è proprio, soprattutto perché il confronto processuale si dovrebbe poter esplicare in termini di libera valutazione della prova, anche per via presuntiva, pur in una situazione di parità delle armi, e non entro i vincoli delle garanzie processuali accordate all'imputato, tendenti a **comprimere la libertà di prova data alla parte civile** e la stessa libera valutazione del giudice .

Mentre, ragionando in senso opposto, l'azione civile del tutto liberata dalle garanzie penali accordate all'imputato conduce il soggetto ritenuto civilmente responsabile a dovere inaspettatamente affrontare la pretesa risarcitoria in relazione a un fatto illecito valutato al di fuori della garanzie derivanti dallo **statuto processualpenalistico**, e ciò per effetto di una possibile diversa valutazione del compendio probatorio, eventualmente riveduta e corretta sul piano civilistico attraverso l'acquisizione di nuove prove.

In altri termini, **l'orientamento civilistico** mette in luce una discrasia sistematica tra il giudizio sull'illecito civile e quello penale, ove il primo rimane del tutto disancorato dallo statuto di garanzie accordato al soggetto ritenuto responsabile e **si pone nell'ottica di non frapporte ostacoli processuali a chi agisce per ottenere il risarcimento di un danno** ingiusto del tutto sganciato da un'idea punitiva, pur nel rispetto degli oneri di prova correlati all'azione che svolge.

Per contro, **l'orientamento penalistico facilita, per certi versi, una definizione del giudizio entro un solco processuale già sperimentato** e sedimentato, **in tempi prevedibilmente più brevi**.

È anche vero, poi, che **la parte civile**, quando il fatto illecito attiva un'azione penale, che si affianca a quella civile, a livello di sistema **ha una doppia via** per far valere le proprie ragioni.

Dunque, l'orientamento penalistico valorizza la responsabilità della scelta originaria di affiancare, all'azione penale, l'azione civile, che ben può divaricarsi e rendersi autonoma sin dalle origini, come previsto nel sistema inaugurato sin dal 1988, a **discrezione della parte civile**, che dovrà dunque soppesare i rischi e i vantaggi prima di avviarla in sede penale o civile, proprio per il diverso regime probatorio che governa i due processi.

È il caso di sottolineare che la **Corte costituzionale, con la sentenza n. 12 del 2016**, è tornata a occuparsi dell'azione civile inserita nel processo penale, con riguardo, però, solo all'asserita violazione del principio di ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, secondo periodo, Cost.).

Sul punto, essa ha confermato che – alla luce dello stesso richiamo al connotato di «ragionevolezza», che compare nella formula costituzionale – possono arrecare un *vulnus* a quel principio solamente le norme «che comportino una dilatazione dei tempi del processo

non sorrette da alcuna logica esigenza» (*ex plurimis*, sentenze n. 23 del 2015 n. 63 e n. 56 del 2009, n. 148 del 2005).

Tale ipotesi, invece, non è stata ravvisata nel caso considerato dal giudice delle leggi che riguarda la legittimità costituzionale dell'art. **538 cod. proc. pen.**, questione sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, risolta nel senso che la preclusione della decisione sulle questioni civili in sede di giudizio penale nel caso di proscioglimento dell'imputato per qualsiasi causa – compreso il vizio totale di mente –, se pure procrastina la pronuncia definitiva sulla domanda risarcitoria del danneggiato, costringendolo ad instaurare un autonomo giudizio civile o un'impugnazione della sentenza di assoluzione, trova però giustificazione nel carattere accessorio e subordinato dell'azione civile proposta nell'ambito del processo penale rispetto alle finalità di quest'ultimo, e segnatamente nel preminente interesse pubblico (e dello stesso imputato) alla sollecita definizione del processo penale che non si concluda con un accertamento di responsabilità, riportando nella sede naturale le istanze di natura civile fatte valere nei suoi confronti.

In conclusione, secondo la Corte costituzionale – come ebbe già a rilevare in passato (sentenza n. 68 del 1983) – il legislatore resta certamente libero, nella sua discrezionalità, di introdurre, in vista di una più efficace tutela della persona danneggiata dal reato e del conseguimento di maggiori risparmi complessivi di risorse giudiziarie, una disciplina ampliativa dei casi nei quali il giudice penale si pronuncia sulle questioni civili, pur in assenza di una condanna dell'imputato (casi oggi ristretti alle ipotesi dell'art. 578 cod. proc. pen. in cui il giudice penale in sede di impugnazione dichiara estinto il reato per amnistia o per prescrizione e dell'art. 576 cod. proc. pen.).

Ciò, in linea, una volta ancora, con il favore per la separazione dei giudizi cui è ispirato il vigente sistema processuale e con il giudizio di non permanenza di un interesse penalistico nella valutazione del fatto (Corte cost. sent. N. 12 del 12 gennaio 2016).

Tutto quanto sopra considerato conduce a domandarsi se, sotto il profilo non solo dell'equo processo e della ragionevole durata, ma della **effettività della tutela** accordata, sia corretto ammettere che un'azione civile, inerente a diritti soggettivi già in tesi compromessi a causa di un illecito, possa avere **esiti diversi** a seconda delle vie processuali intraprese, e ciò in considerazione dei differenti piani di valutazione del fatto illecito indicati dal diritto vivente in relazione ai contesti processuali in cui si svolge l'azione civile, questione non ancora considerata dalla Corte costituzionale sotto questo diverso profilo.

Occorre quindi mutare la prospettiva di analisi, soprattutto per verificare se **l'alternativa data alla parte civile** dal sistema processuale, a doppio binario e con *pro* e *contra* non facilmente calcolabili *ex ante*, possa essere foriera di effetti sostanziali e processuali sul piano della **effettività della tutela** e, nel caso positivo, se un simile risultato si ponga in linea con gli orientamenti da ultimo indicati dalle Corti europee in materia di diritti delle vittime di fatti illeciti.

**17. Le implicazioni sotto il profilo del principio di effettività della tutela** –. Nel sistema dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e dall’Unione europea, il diritto a un equo processo e il diritto a un ricorso effettivo sono concettualmente distinti. Di sicuro, il rispetto dei giusti **tempi** processuali non è necessariamente indicativo di altrettanta **effettività della tutela** accordata. Calati in uno specifico contesto processuale, sono diritti che debbono reciprocamente confrontarsi e bilanciarsi e non possono essere in ogni caso trascurati.

Le diverse interpretazioni offerte dalle sezioni civili e penali della Corte di cassazione debbono essere quindi valutate alla luce di entrambi i principi.

In particolare, i diritti delle vittime in termini di diritti processuali equivalenti a quelli degli imputati sono tutelati ai sensi dell’articolo 6 (equo processo) della CEDU, mentre quelli aggiuntivi delle vittime lo sono ai sensi dell’articolo 13 (ricorso effettivo), riversato nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea con riguardo sia alle parti private che all’imputato.

**18. I principi europei in materia di tutela dei diritti delle vittime di fatto ingiusto altrui**–. I recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia dell’Unione europea con riguardo alle persone offese da un fatto ingiusto non hanno mancato di tracciare una via sempre più agile e aperta in loro favore, meglio espressa nel brocardo “*vulneratus ante omnia reficiendus*”, e ciò al fine di garantire effettiva tutela a chi riceve un danno ingiusto.

La prospettiva è sempre più nel senso di non lasciare prive di tutela effettiva le parti che ricevano una lesione dei diritti fondamentali per effetto di una altrui condotta illecita.

Si rammenta, in proposito, la sentenza della Corte di Giustizia del 1° dicembre 2011, *Churchill Insurance/Wilkinson*, nella causa C-442/10, là dove, in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, ha affermato che le direttive europee sull’assicurazione obbligatoria ostano a una normativa nazionale che produca l’effetto di escludere in modo automatico l’obbligo di risarcire la vittima di un incidente stradale, qualora esso sia stato causato da un conducente non assicurato e la vittima, passeggero del veicolo al momento dell’incidente, abbia dato al conducente il permesso di guidarlo nonostante il divieto espresso nella polizza.

Su un piano più ampio, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo fonda la **tutela delle vittime** degli illeciti su due pilastri: il primo è costituito da quelli che la Corte definisce i risvolti processuali di taluni diritti (tra cui quelli oggetto degli articoli 2, 3, 4 e 8 della CEDU); il secondo è il diritto a un ricorso effettivo a norma dell’articolo 13 della CEDU, rispecchiato nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Il primo pilastro, ossia l'aspetto processuale di norme sostanziali, pone in risalto la funzione delle disposizioni del diritto penale e delle azioni finalizzate ad imporre il rispetto ai fini della dissuasione di potenziali violazioni dei diritti umani, in senso general-preventivo; il secondo pilastro pone invece l'accento sul diritto delle vittime di vedere presi in seria considerazione i propri diritti fondamentali e di ricevere ristoro del danno o dell'offesa ricevuti, in senso compensatorio, qualora essi siano infranti per un altrui fatto ingiusto.

Sul piano della sostanza dei diritti fondamentali coinvolti e della parallele garanzie processuali, perché un'indagine sia concretamente efficace sotto il primo **profilo general-preventivo**, occorre innanzitutto che lo Stato abbia dato attuazione a disposizioni del diritto penale che sanzionino in modo completo (globale) le pratiche contrarie alla norma in questione (Corte EDU, sentenza 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, (n. 39272/98), paragrafi 150, 153 e 166; Corte EDU, sentenza 1º giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* [GC], (n. 22978/05), paragrafo 117).

Tali disposizioni devono cogliere la sostanza delle violazioni dei diritti umani subite dalle vittime.

Con riguardo alle vittime di violenze domestiche protrattesi nel tempo, ad esempio, la legge statale non deve limitarsi a punire i singoli atti di violenza, ma deve tenere conto anche dell'impatto psicologico di un fatto di questo genere, compresi i sentimenti di paura, impotenza e umiliazione a lungo provati (Corte EDU, sentenza 26 marzo 2013, *Valiulienė c. Lituania*, (n. 33234/07), paragrafi 69-70; sentenza 28 maggio 2013, *Eremia c. Repubblica di Moldova*, (n. 3564/11), paragrafo 54).

Allo stesso modo, nel caso di atti violenti che hanno come movente la discriminazione, il diritto penale non deve limitarsi a punire gli episodi di violenza, ma deve tenere conto adeguatamente anche dell'aspetto della discriminazione (Corte EDU, sentenza 6 luglio 2005, *Nachova c. Bulgaria*, (n. 43577/98), paragrafo 160).

Una volta venute a conoscenza di un reato che abbia un simile impatto sui diritti della persona, le autorità preposte devono procedere **d'ufficio**.

Difatti, l'avvio dell'azione penale non deve essere lasciato alla discrezionalità della vittima o dei familiari della vittima. E così, anche il diritto della vittima di avere accesso alla giustizia non può essere subordinato a un proprio contributo attivo, ad esempio alla presentazione di una denuncia alla polizia o alla collaborazione alle indagini o al procedimento penale (Corte EDU, sentenza 3 settembre 2013, *Cadiroğlu c. Turchia*, (n. 15762/10), paragrafo 3010).

Una persona che presenta una segnalazione fondata per atti di violenza subiti ha quindi diritto a «un'indagine effettiva e approfondita che possa portare all'identificazione e alla punizione dei colpevoli» (Corte EDU, sentenza 1º giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, [GC], (n. 22978/05), paragrafi 116 e 117; sentenza 13 dicembre 2012, *El-Masri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia* [GC], (n. 39630/09), paragrafo 255).

Le autorità, pertanto, devono prendere tutte le misure ragionevoli esperibili per acquisire le prove relative al reato, comprese eventuali testimonianze di testimoni oculari e prove forensi.

Le vittime, inoltre, devono essere coinvolte nel procedimento nella misura necessaria per salvaguardare i loro legittimi interessi e, in tale caso, viene in rilievo il secondo profilo anzidetto.

Difatti, le vittime di reato non potrebbero vantare il diritto a un equo processo ai sensi dell'articolo 6 della CEDU se non **prendono parte al procedimento** penale per far valere pretese di diritto civile nel quadro del procedimento penale; tuttavia, ove vi partecipino, i loro diritti, ai sensi dell'articolo 6, sono riconducibili alle pretese di diritto civile, e non al fatto che sono state vittime ai sensi delle disposizioni di diritto penale (Corte. Edu, Sezione Terza, sentenza 25 giugno 2013, *Associazione delle persone vittime del sistema s.c. Rompetrol s.a. e s.c. Geomin s.a. e altri contro Romania*; Corte Edu, sentenza 12 febbraio 2004, *Perez c. Francia*, (n. 47287/99), paragrafi 57-72; Grande Camera, sentenza 20 marzo 2009, *Gorou c. Grecia*; sentenza 25 aprile 2013, *Novak c. Slovenia* – n. 5420/07 – ).

La Corte di Strasburgo è, in effetti, costante nel riconoscere che, nella misura in cui la legislazione nazionale accorda alla vittima del reato la possibilità di intervenire nel processo penale per difendere i propri interessi tramite la costituzione di parte civile, tale diritto vada considerato un «**diritto civile**» agli effetti **dell'art. 6, paragrafo 1**, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), con conseguente spettanza, alla vittima stessa, delle **garanzie in tema di equo processo ivi stabilite**, compresa quella relativa alla ragionevole durata (Grande Camera, sentenza 12 febbraio 2004, *Perez c. Francia*; in senso conforme, tra le altre, Sezione Terza, sentenza 25 giugno 2013, *Associazione delle persone vittime del sistema s.c. Rompetrol s.a. e s.c. Geomin s.a. e altri c. Romania*; Grande Camera, sentenza 20 marzo 2009, *Gorou c. Grecia*).

In definitiva, l'indirizzo sin qui espresso dalla Corte di Strasburgo è nel senso che l'interesse della vittima di un reato all'avvio e alla partecipazione all'azione penale merita protezione in termini di diritto sostanziale e processuale, anche se è da escludere che esso abbia una finalità meramente punitiva, collegandosi a una pretesa civile riferita al danno ingiusto ricevuto.

In questa logica, la Corte europea si è, peraltro, specificamente occupata, in più occasioni, dell'ipotesi del mancato esame della domanda della parte civile per essersi il procedimento penale chiuso con provvedimento diverso dalla condanna dell'imputato, in applicazione di una regola condivisa – sia pure con diverse varianti e gradazioni – da plurimi ordinamenti nazionali.



Tale regime non è stato affatto ritenuto, in sé e per sé, contrastante con le garanzie convenzionali.

La violazione dell'art. 6 della CEDU, in particolare sotto il profilo del diritto di accesso ad un Tribunale, è stata ravvisata dai giudici di Strasburgo solo in due ipotesi.

In primo luogo, quando la vittima del reato non fruisca di altri rimedi accessibili ed efficaci per far valere le sue pretese (Sezione Terza, sentenza 25 giugno 2013, *Associazione delle persone vittime del sistema s.c. Rompetrol s.a. e s.c. Geomin s.a. e altri contro Romania*; Sezione Prima, sentenza 4 ottobre 2007, *Forum Maritime s.a. contro Romania*): rimedi che, nell'ordinamento italiano, sono invece offerti dalla possibilità di rivolgersi al giudice civile.

In secondo luogo, la violazione è stata riscontrata allorché il concreto funzionamento del meccanismo processuale frustra indebitamente le legittime aspettative del danneggiato, come nel caso in cui la prescrizione della responsabilità penale dell'autore del reato, impeditiva dell'esame della domanda civile, sia imputabile a ingiustificati ritardi delle autorità giudiziarie nella conduzione del procedimento penale (Grande Camera, sentenza 2 ottobre 2008, *Atanasova c. Bulgaria*; sezione prima, sentenza 3 aprile 2003, *Anagnostopoulos c. Grecia*).

A tutto questo occorre aggiungere che la **Carta dei diritti fondamentali della U.E.** non mantiene la distinzione della CEDU tra imputati e vittime (articolo 47) in termini di effettività della tutela.

Ai sensi della Carta dei diritti fondamentali, **le vittime di reato godono** non soltanto del **diritto a un ricorso effettivo (art. 47)**, in cui rientrano i diritti delle vittime conferiti dall'articolo 13 della CEDU, ma **anche del diritto a un equo processo** (nello stesso senso dell'articolo 6, paragrafo 1, CEDU), in particolare del:

- diritto a che la loro causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente;
- diritto di ricevere consulenza e di essere rappresentate;
- diritto al patrocinio a spese dello Stato, qualora le vittime non dispongano di mezzi sufficienti e ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia da parte delle vittime.

La direttiva «Vittime» 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 riprende aspetti importanti del diritto a un equo processo, ad esempio il diritto di essere sentiti (articolo 10) e il diritto al patrocinio a spese dello Stato (articolo 13).

All'art. 16 si statuisce che "1. Gli Stati membri garantiscono alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale entro un ragionevole lasso di tempo, tranne qualora il diritto nazionale preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento

giudiziario. 2. Gli Stati membri promuovono misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima".

Inoltre, il considerando 66 della direttiva «Vittime» richiama esplicitamente i diritti che la Carta riconosce alle vittime e sottolinea il «diritto a un giudice imparziale».

Pertanto, è lecito sostenere che **la tutela delle vittime accordata a livello europeo** è a compasso largo sotto ogni profilo e, in via generale, **non ammette compressioni di diritti sostanziali sul piano processuale**, soprattutto con riguardo alle garanzie di effettività della tutela del loro legittimo interesse a vedere accertato l'illecito e a venire risarcite nell'ambito di un equo e giusto processo.

In questa duplice prospettiva si pone, da ultimo, la Corte Edu nel caso *Barletta e Fonetano c. Italia*, decisa in via definitiva il 23 marzo 2020, riguardante una causa in materia di denunciata negligenza medica, ove è stato considerato che l'obbligo positivo derivante dagli articoli 2 e 8 della Convenzione, che impone di mettere in atto un sistema giudiziario effettivo a tutela della vita e salute altrui, viene rispettato se il sistema giuridico offre alle vittime un ricorso civile, da solo o combinato con un ricorso penale, che permetta di accertare la responsabilità dei medici interessati e di ottenere le riparazioni civili appropriate (citando *Calvelli e Ciglio c. Italia* [GC], n. 32967/96, § 51).

La Corte Edu, anche in questo ultimo caso che riguarda da vicino il sistema processuale italiano e il doppio binario di tutela accordato all'azione civile, una volta trasferitasi sul piano civile dopo un lungo percorso penale che ha condotto all'assoluzione definitiva dei due medici imputati (condannati in primo grado con provvisoria accordata alle parti civili), rammenta non a caso che gli articoli 2 e 8 della Convenzione implicano la realizzazione di un **sistema giudiziario efficace e indipendente**, che permetta di stabilire la causa del decesso o delle lesioni all'integrità fisica di un individuo (*Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* [GC], n. 56080/13, §§ 214-221, 19 dicembre 2017, *Mehmet Ulusoy e altri c. Turchia*, n. 54969/09, §§ 90-93, 25 giugno 2019, e *Erdinç Kurt e altri*, sopra citata, §§ 54-56). Questo implica, tra l'altro, che il procedimento entro cui si inserisce l'azione civile sia concluso entro un termine ragionevole (*Vasileva c. Bulgaria*, n. 23796/10, § 65, 17 marzo 2016).

Pertanto, anche a fronte di un processo civile non ancora esauritosi dopo la chiusura del procedimento penale, a distanza di molti anni dal fatto illecito addebitato ai medici, nel caso specifico è stato considerato violato il diritto delle parti civili a ottenere giustizia entro congrui tempi processuali.

Sotto la lente di ingrandimento, in tale caso, è stata posta non solo l'azione penale, ma anche quella civile non ancora esauritasi, e ciò a prescindere dall'esito dell'azione avviata in sede penale.

Per quanto attiene all'ordinamento italiano, la Corte Edu ha indicato che l'intervento della parte civile è coperto dalle garanzie accordate dalla CEDU ai sensi dell'articolo 6, perché

svolto «ai fini di ottenere una riparazione», sebbene simbolica o, alternativamente ai fini «della tutela di un diritto di carattere civile» (sentenza *Perez* sopra citata e *Arnoldi c. Italia*, 7 dicembre 2017, par. 32, con riguardo all'interesse civile della parte lesa non ancora costituita come parte civile).

Il che è in linea con la scelta di ammettere la parte civile all'interno dell'azione penale solo allorché rappresenti un interesse civile.

Ne consegue che, una volta ammessa la possibilità di tutela nell'ambito dell'azione penale, la parte civile debba essere tutelata sul piano sostanziale e processuale, non potendo subire illegittime mortificazioni estranee alle proprie autonome finalità.

### **19. Note conclusive sul tema dell'eventuale mantenimento del giudizio nella sede penale**

–. Alla luce di quanto sopra osservato, quale che sia la tesi destinata a prevalere in ordine alla regola processuale da applicare nel giudizio rescissorio ai soli effetti civili, non potrà non tenersi conto degli orientamenti delle Corti europee che, pur ammettendo che il sistema giuridico offra alle vittime dei reati un ricorso civile da solo o combinato con un ricorso penale, non consente, da un lato, compressioni sul piano dell'accertamento del fatto illecito nell'interesse della vittima e, dall'altro, che la via processuale seguita comporti un allungamento dei tempi processuali.

Pertanto, nella ipotesi che si avallasse l'interpretazione restrittiva dell'art. 622 cod. proc. pen., (nel senso di volere ridurre ai minimi termini, per residuali finalità meramente liquidatorie collegate al *quantum debeatur*, il passaggio dell'azione civile al giudice civile competente per valore in sede di appello), occorrerà valutare attentamente i possibili risvolti che tale determinazione potrà complessivamente avere in termini di **riduzione delle garanzie accordate alle vittime dei reati sul piano sovranazionale**.

La soluzione di **mantenere l'azione civile nel processo penale** ai fini dell'accertamento dell'*an debeatur*, se improntata dalla sola necessità di cristallizzare nella cognizione devoluta al giudice penale l'accertamento del fatto illecito da cui origina il danno da risarcire, rischia infatti di collidere con il sistema incentrato sulla protezione dei diritti della vittima del reato, viepiù accordato dalle Corti europee, **non** dovendosi a tal fine considerare **solo il principio del giusto processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU, ma altresì l'assicurazione di una tutela piena ed effettiva**, non meramente astratta e aleatoria, di diritti soggettivi di valenza costituzionale che, in una certa misura, vanno a giustapporsi al diritto dell'imputato ad essere giudicato in termini di strette e rigorose garanzie, soprattutto allorché la potestà punitiva dello Stato si sia esaurita con effetti a lui favorevoli. Le diverse ragioni e istanze della parte civile, vittima di un reato, infatti, non scaturiscono da una esigenza punitiva equiparabile a quella statale, bensì da istanze di solidarietà sociale che rinviano alla costruzione di un illecito civile a largo raggio, pur sempre improntato da una valutazione della condotta del responsabile entro i diversi margini della

responsabilità civile, a volte valutabile anche in senso oggettivo o con inversione degli oneri probatori, alla luce dei diversi interessi sottesi e delle norme che la governano. In proposito, è sufficiente pensare ai fatti lesivi che generano una responsabilità del custode o del produttore, o a quelli che semplicemente determinano una inversione dell'onere della prova in caso di violazione di obblighi contrattuali per comprenderne le inferenze sul piano sostanziale e processuale.

## ART. 7 CEDU

**FONTI DEL DIRITTO – SENTENZE DELLA CORTE EDU CHE DICHIARINO VIOLAZIONI DELLA CONVENZIONE – EFFICACIA NEI CONFRONTI DI SOGGETTI NON RICORRENTI, MA CHE SI TROVINO NELLE MEDESIME CONDIZIONI DEL RICORRENTE – LIMITI – SENTENZE PILOTA E ORIENTAMENTI CONSOLIDATI DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA.**

**Concorso esterno in associazione mafiosa – Effetti della sentenza C. EDU Contrada c. Italia del 14 aprile 2015.**

Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019, dep. 2020, Genco, Rv. 278054

<http://www.italgiure.giustizia.it>

### CLASSIFICAZIONE

**FONTI DEL DIRITTO – SENTENZE DELLA CORTE EDU CHE DICHIARINO VIOLAZIONI DELLA CONVENZIONE – EFFICACIA NEI CONFRONTI DI SOGGETTI NON RICORRENTI, MA CHE SI TROVINO NELLE MEDESIME CONDIZIONI DEL RICORRENTE - LIMITI**

### RIFERIMENTI NORMATIVI

**Costituzione**, artt. 3 e 25;

**Convenzione EDU**, artt. 7 e 46;

**Codice penale**, artt. 2 e 416-*bis*;

**Codice di procedura penale**, art. 630.

### SENTENZA SEGNALATA

**Cassazione, Sez. U., 24 ottobre 2019 - 3 marzo 2020, n. 8544/2020, Genco, Rv. 278054**

**Abstract.** Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno stabilito che i principi affermati dalla Corte EDU, Sez. IV, sentenza 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, non si estendono a coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, perché la predetta sentenza della Corte EDU non è una "sentenza pilota", e non può

considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata, in presenza di orientamenti della stessa Corte EDU di segno contrario.

### **1. La questione**

La Corte EDU, Sez. IV, sentenza 14 aprile 2015, caso Contrada c. Italia, ha ritenuto che integra la violazione dell'art. 7 Conv. EDU la condanna inflitta per un reato che, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti per i quali si procede, non era sufficientemente chiaro e prevedibile; nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che il concorso esterno in associazione mafiosa, asseritamente frutto dell'evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni '80 e consolidatasi solo nel 1994, non poteva essere sufficientemente conosciuto da parte del ricorrente al momento dei fatti a lui ascritti.

Si è conseguentemente posto il problema di stabilire se la predetta sentenza della Corte EDU abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna e, conseguentemente, qualora sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile.

### **2. La decisione.**

Le Sezioni Unite, intervenute con la sentenza in rassegna per risolvere i contrasti giurisprudenziale insorti su entrambi i profili, hanno deciso che

*«I principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata».*

### **3. Il percorso argomentativo seguito.**

Le Sezioni Unite, dopo avere riepilogato i contenuti decisori della sentenza del 14/04/2015, emessa nel caso Contrada contro Italia dalla Quarta Sezione della Corte EDU, hanno affermato che il ricorrente non può invocare in proprio favore l'applicazione diretta dell'art. 46 della Conv. EDU (per il quale «gli Stati contraenti sono tenuti a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parte»), non essendo stato parte del giudizio al cui esito è stata pronunciata la sentenza Contrada.

Sono, quindi, passate ad esaminare le condizioni che potrebbero legittimare l'attribuzione alla predetta decisione dell'idoneità all'applicazione generalizzata degli affermati principi e la riferibilità della violazione dell'art. 7 Conv. EDU a tutti i casi di condanna già irrevocabile

per concorso esterno in associazione di stampo mafioso, consumato in epoca antecedente al febbraio 1994, evidenziando la necessità di considerare, all'uopo, la natura della violazione della norma convenzionale riscontrata ed i rimedi per la sua eliminazione, osservando quanto segue:

«(...) nel sistema convenzionale l'espansione degli effetti di una decisione della Corte EDU ad altri casi non oggetto di specifica disamina rinviene una base normativa nell'art. 61 del regolamento CEDU, per il quale, ove venga rilevata una violazione strutturale dell'ordinamento statale, causa della proposizione di una pluralità di ricorsi di identico contenuto, è possibile adottare una **sentenza "pilota"**, che indichi allo Stato convenuto la natura della questione sistemica riscontrata e le misure riparatorie da adottare a livello generalizzato per conformarsi al decisum della sentenza stessa con eventuale rinvio dell'esame di tutti i ricorsi, fondati sulle medesime ragioni, in attesa dell'adozione dei rimedi indicati. Oltre a tale strumento, è oggetto di formale riconoscimento normativo anche il diverso **caso, in cui la pronuncia della Corte sovranazionale assume un rilievo ed una portata generali**, perché, sebbene priva dei caratteri propri della sentenza pilota e non emessa all'esito della relativa formalizzata procedura, accerta una violazione di norme convenzionali in tema di diritti della persona, suscettibile di ripetersi con analoghi effetti pregiudizievoli nei riguardi di una pluralità di soggetti diversi dal ricorrente, ma versanti nella medesima condizione. La nozione di sentenza a portata generale trova fondamento positivo nel comma 9 del predetto art. 61, il quale stabilisce testualmente che: «Il Comitato dei Ministri, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio d'Europa e il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa sono informati sistematicamente dell'adozione di una sentenza pilota o di qualsiasi altra sentenza in cui la Corte segnali l'esistenza di un problema strutturale o sistemico all'interno di una Parte contraente». In tali situazioni il riscontro della violazione dei diritti individuali del proponente il ricorso contiene in sé anche l'accertamento di lacune ed imperfezioni normative o di prassi giudiziarie, proprie dell'ordinamento interno scrutinato, contrarie ai precetti della Convenzione, che assumono rilevanza anche per tutti coloro che subiscano identica violazione, sicché l'obbligo di adeguamento dello Stato convenuto trascende la posizione del singolo coinvolto nel caso risolto, ma investe tutti quelli caratterizzati dalla sussistenza di una medesima situazione interna a portata generale di contrarietà alle previsioni convenzionali».

In proposito, si è ricordato che la **giurisprudenza della Corte EDU** è tradizionalmente ferma nel ritenere che, «quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione prevista dall'art. 41, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del

*caso, individuali necessarie»* aventi contenuto ripristinatorio, ossia quegli interventi specificamente suggeriti dalla Corte europea, oppure individuati in via autonoma dallo Stato condannato, purché idonei ad eliminare il pregiudizio subito dal ricorrente, che deve essere posto, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non si fosse verificata l'inosservanza delle norme della Convenzione (Corte EDU, Grande Camera, 17/09/2009, caso Scoppola c. Italia; Corte EDU, GC, 01/03/2006, caso Sejdivic c. Italia; Corte EDU, GC, 08/04/2004, caso Assanidze c. Georgia; Corte EDU, GC, 13/07/2000, caso Scozzari e Giunta c. Italia).

Dal canto suo, la **giurisprudenza costituzionale**, per definire i rapporti tra giudice europeo e giudice interno nell'attività di interpretazione della legge nel rispetto della gerarchia delle fonti di produzione normativa, ha assegnato alle sole statuizioni contenute - in sentenze-pilota ...

- oppure in quelle che, seppur legata alla concretezza della situazione che l'ha originata, *«tenda ad assumere un valore generale e di principio»* (Corte cost., sent. n. 236 del 2011; sent. n. 49 del 2015), valore vincolante che fonda l'obbligo conformativo per lo Stato condannato nel giudizio celebrato dinanzi la Corte sovranazionale:

*«a fronte di tali presupposti, allo Stato convenuto ed al suo giudice non è consentito negare di dar corso alla decisione adottata dalla Corte di Strasburgo e di eliminare la violazione patita dal cittadino mediante i rimedi apprestati dall'ordinamento interno. Qualora, invece, non ricorrano tali presupposti, compete al giudice interno applicare ed interpretare le disposizioni di legge, operazione da condursi in conformità alle norme convenzionali ed al significato loro attribuito dall'attività esegetica compiuta dalla Corte EDU, alla quale è rimessa una "funzione interpretativa eminente" sui diritti fondamentali, riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli secondo quanto previsto dall'art. 32 CEDU, al fine di realizzare la certezza e la stabilità del diritto (Corte cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007)».*

La **Corte costituzionale** (sent. n. 236 del 2011 e n. 49 del 2015) ha anche evidenziato che l'esigenza di rispettare indicazioni esegetiche conformi e costanti, stabili rispetto ad altre pronunce della stessa Corte sovranazionale, nasce dalla constatazione della vocazione casistica dei suoi interventi decisorii, legati alla situazione concreta esaminata e del loro flusso continuo di produzione in riferimento ad una pluralità e varietà di corpi legislativi di riferimento; non dipende, pertanto, dalla negazione della natura vincolante delle pronunce emesse dalle singole sezioni, piuttosto che dalla Grande Camera, quanto dalla necessità di individuare un pronunciamento che non sia isolato o contraddetto da altri di segno diverso:



«del resto, è l'art. 28, comma 1 lett. b), come modificato dal Protocollo addizionale n. 14 della CEDU, a conferire un maggiore grado di autorevolezza e di capacità persuasiva alle pronunce espressive di un principio consolidato, tanto da consentire che la decisione sul ricorso individuale sia adottata da un comitato di tre giudici, anziché da una Camera nella composizione ordinaria di sette giudici, e che la stessa sia direttamente definitiva, quando la questione di interpretazione ed applicazione delle norme della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte. Nozione questa che è stata costantemente richiamata e considerata quale criterio selettivo degli obblighi di adeguamento per il giudice interno dalla Consulta sino alle sue più recenti pronunce (Corte cost., sent. nn. 187/2015; 36/2016; 102/2016; 200/2016; 68/2017; 43/2018; 25/2019; 66/2019), per le quali "la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU, può comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un «approdo giurisprudenziale stabile» (sentenza n. 120 del 2018) o un « diritto consolidato» (sentenze n. 49 del 2015 e, nello stesso senso, n. 80 del 2011)" (sent. n. 25/2019), nonché dalle Sezioni Unite, sia civili (n. 9142 del 06/05/2016, Rv. 639530), che penali (n. 27620 del 28/04/2016, Dasgupta, Rv. 267486)».

E, nella consapevolezza delle difficoltà che può incontrare il singolo interprete per riconoscere, nell'ambito della giurisprudenza convenzionale, gli orientamenti contrassegnati da adeguato consolidamento, la **giurisprudenza costituzionale** (sent. n. 49 del 2015) ha individuato i seguenti criteri negativi:

- la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea;
- gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo;
- il ricorrere di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni;
- la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera;
- il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

In presenza anche soltanto di alcuni tra i predetti indici, il giudice comune sarebbe svincolato dal dovere di osservare la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU nella risoluzione della singola fattispecie concreta.

A parere delle Sezioni Unite, non osta a questa conclusione quanto affermato dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 28/06/2018, caso G.I.E.M. ed altri c.

Italia, (§ 252), secondo la quale le proprie sentenze «hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate»:

«osservano le Sezioni Unite che, non soltanto tale lapidaria affermazione non è corredata da nessun rilievo esplicativo, che ne chiarisca il significato in correlazione ed a confutazione delle diffuse e puntuali argomentazioni del giudice costituzionale italiano, ad eccezione delle annotazioni di un giudice di minoranza dissenziente, ma la stessa non pare avere nemmeno colto l'essenza del principio enunciato dalla Corte costituzionale, **affidato**, non già alla composizione numerica dell'organo giudicante ed alla sua maggiore autorevolezza, quanto **all'inserimento della singola pronuncia in un orientamento coerente con i precedenti, che renda acquisito il principio di diritto enunciato**. Inoltre, non può sostenersi che la teoria del diritto consolidato costituisca un espediente per avvalorare prassi esegetiche elusive dell'obbligo di dare piena esecuzione alle sentenze della Corte EDU».

Ciò premesso, considerata la natura della sentenza emessa dalla Corte EDU nel caso Contrada in base ai principi in precedenza esposti, si è escluso che essa rientri nello schema formale della sentenza pilota e che, sul piano contenutistico, contenga l'affermazione, esplicita e chiaramente rintracciabile dall'interprete, della natura generale della violazione riscontrata; essa, d'altro canto, secondo le Sezioni Unite, non costituisce espressione di un diritto consolidato, ossia non si inserisce in un filone interpretativo uniforme, costantemente rintracciabile in pronunce di analogo tenore argomentativo e dispositivo:

«non risultano, infatti, in precedenza, ma nemmeno dal 2015 ad ora, ulteriori decisioni di accoglimento di ricorsi proposti da soggetti, condannati dallo Stato italiano per la identica fattispecie di cui agli artt. 110 e 416-bis cod. pen., quanto alla carente prevedibilità della natura di illecito penale delle condotte compiute ed alla pena discendente. (...) Inoltre, come segnalato in più contributi dottrinali, nella giurisprudenza europea non è dato nemmeno rinvenire una univoca e costante impostazione interpretativa ed applicativa dei concetti di accessibilità e prevedibilità del diritto penale, intesi quale possibilità materiale per il cittadino di prendere anticipata conoscenza del comando normativo penale e precognizione delle conseguenze punitive in caso di sua trasgressione, entrambi requisiti qualitativi del principio di legalità. Se è ricorrente nelle sentenze della Corte EDU l'affermazione che, privilegiando l'approccio sostanzialistico rispetto a quello formale e la tradizione giuridica dei paesi di common law, intende il diritto nella più ampia accezione di corpo precettivo e sanzionatorio di formazione, sia legale, che giurisprudenziale, sul presupposto che le pronunce giudiziali contribuiscono a chiarire il significato e l'ambito

applicativo della regola generale ed astratta, promanante dalla fonte di produzione parlamentare, non altrettanto unico ed invariato è il criterio in base al quale si è esercitato il sindacato sulla prevedibilità del comando e della sanzione nel valutare i casi giudiziari già risolti dai giudici nazionali, così come non sono costanti e sovrapponibili gli esiti di tale verifica, raggiunti in base ai medesimi criteri. In numerose pronunce, sia precedenti, che successive a quella resa nei confronti del Contrada, è accolta la **concezione soggettiva della prevedibilità**, apprezzata in riferimento ad attività professionali, qualifiche ed esperienze individuali, dalle quali si è ricostruito il dovere per l'imputato, nonché la materiale possibilità, di conoscere l'illiceità penale dei comportamenti che aveva in animo di tenere, nonostante la relativa proibizione non fosse stata ancora trasfusa in un testo normativo o non fosse stata oggetto di precedenti interpretazioni giudiziali (Corte EDU, 01/09/2016, X e Y c. Francia; 6/10/2011, Soros c. Francia; 10/10/2006, Pessino c. Francia; 28/03/1990, Groppera Radio AG c. Svizzera). In altre situazioni la Corte europea ha fatto ricorso, non al patrimonio di conoscenze personali del soggetto giudicato, ma al **dato formale del contenuto precettivo della legge, puntuale e determinato, e dell'interpretazione giudiziale già formatasi in precedenza** (Corte EDU, 26/04/1979, Sunday Times c. Regno Unito; 25/05/1993, Kokkinakis c. Grecia; GC, 15/11/1996, Cantoni c. Francia; GC, 21/10/2013, Del Rio Prada c. Spagna). In altre ancora è stata oggetto di valutazione l'**evoluzione della considerazione sociale del comportamento come antigiuridico**, ritenendo prevedibile l'incriminazione persino se in contrasto con un testo normativo dal tenore liberatorio e pur in assenza di indicatori orientativi oggettivi (Corte EDU, 22/11/1995, S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito; 24/05/1988, Muller c. Svizzera). La sentenza Contrada rivela, come già detto, l'impiego di una combinazione di criteri, quello soggettivo incentrato sulla condotta processuale del ricorrente e quello, che è preponderante, propriamente oggettivo, basato sull'assenza di una norma precisa e chiara e di una interpretazione giurisprudenziale univoca, situazione superata soltanto da un intervento giudiziale delle Sezioni Unite successivo ai fatti accertati. Nel panorama delle decisioni della Corte dei diritti fondamentali l'inedito rigore col quale è stata risolta la vicenda Contrada, che avrebbe conseguito un ben diverso epilogo, se soltanto fosse stata apprezzata alla luce del criterio soggettivo o di quello basato sulla considerazione sociale, si contraddistingue, oltre che per il metro di apprezzamento della prevedibilità, anche per il fatto di avere superato i rilievi in precedenza ed anche in seguito espressi sul necessario ruolo evolutivo e specificativo da assegnare all'interpretazione giurisprudenziale, quale fattore ineliminabile di progressiva chiarificazione delle regole legislative e di possibile violazione dell'art. 7 CEDU soltanto quando non congruente con l'essenza del reato e sviluppo non conoscibile rispetto alla linea interpretativa già affermata».

La **Corte EDU** aveva in precedenza sostenuto che,

*«per quanto chiaramente formulata sia una previsione, in ogni sistema legale, ivi incluso il diritto penale, esiste un inevitabile elemento di interpretazione giudiziale. L'art. 7 della Convenzione non può essere inteso nel senso che pone fuori dal quadro convenzionale la graduale chiarificazione delle regole relative alla responsabilità penale attraverso l'interpretazione giudiziale, in relazione ai casi concreti, quante volte lo sviluppo conseguente sia coerente con l'essenza dell'incriminazione e possa essere ragionevolmente previsto» (S.W. c. Regno Unito, citata, § 36).*

Analoghi concetti erano stati espressi dalla sentenza della Grande Camera 21/10/2013, caso Del Rio Prada c. Spagna, che aveva ravvisato la violazione dell'art. 7 Conv. EDU in riferimento ad un improvviso mutamento giurisprudenziale nel diniego di benefici penitenziari, che, per la sua subitanità ed il contrasto con le prassi applicative a lungo osservate in precedenza, non era *«equivalso a un'interpretazione del diritto penale che seguiva una linea percettibile dello sviluppo giurisprudenziale»* (§ 115); indicazioni conformi erano rinvenibili, in riferimento a questioni insorte nell'ordinamento giuridico italiano, nella sentenza della Grande Camera 17/9/2009, caso Scoppola c. Italia.

In virtù di tali considerazioni, le Sezioni Unite hanno affermato che alla sentenza Contrada va riconosciuto un carattere peculiare, e che essa merita attenta rielaborazione, essendo basata su presupposti di fatto non correttamente percepiti:

*«Ne discende che, ad avviso delle Sezioni Unite, la statuizione adottata nei confronti del ricorrente Contrada dalla Corte EDU non è vincolante per il giudice nazionale al di fuori dello specifico caso risolto e non consente di affermare in termini generalizzati l'imprevedibilità dell'incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa per tutti gli imputati italiani condannati per avere commesso fatti agevolativi di un siffatto organismo criminale prima della sentenza Demitry e che non abbiano adito la Corte europea, ottenendo a loro volta una pronuncia favorevole».*

Le Sezioni unite hanno, in particolare, messo in luce plurimi profili di criticità emergenti dalla sentenza Contrada, che inducono a ritenere non esportabile l'applicazione del concetto di prevedibilità in essa contenuto, in favore di altri soggetti già condannati irrevocabilmente per la stessa fattispecie, nemmeno ai fini di un'interpretazione convenzionalmente orientata del principio di legalità, che possa condurre al positivo apprezzamento della sua istanza di revisione della condanna:

- *«è singolare e non rispondente al reale contenuto delle decisioni adottate nel panorama giurisprudenziale interno sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa, intervenute prima del 1994, l'affermazione circa la «creazione giurisprudenziale» della fattispecie. L'errore che vi si annida, indotto dalla concorde deduzione delle parti, non*

*riguarda tanto l'individuazione del formante della regola applicata, pronuncia giudiziale in luogo di atto legislativo, che di per sé non si concilia col principio, proprio dell'ordinamento nazionale, di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. e crea insormontabili difficoltà di adattamento al sistema di legalità interno, in cui la giurisprudenza ha soltanto una funzione dichiarativa (Corte cost., sent. n. 25 del 2019) e di cui la Corte europea pare non essersi avveduta, quanto piuttosto la totale pretermissione della considerazione della base legislativa dalla quale muoveva l'interpretazione poi accolta dalle Sezioni Unite Demitry. La configurabilità come reato del concorso esterno in associazione mafiosa non è stato l'esito di operazioni ermeneutiche originali e svincolate dal dato normativo, operate dalla giurisprudenza di legittimità ex abrupto in termini innovativi rispetto allo spettro delle soluzioni praticabili già affermate; al contrario, discende dall'applicazione in combinazione di due disposizioni già esistenti nel sistema codicistico della legge scritta, pubblicata ed accessibile a chiunque, ossia degli artt. 110 e 416-bis cod. pen., la prima norma generale sul concorso di persone, la seconda avente funzione più specificamente incriminatrice ed è l'approdo di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che si era svolto in parallelo anche sul tema sulla definizione della condotta punibile di partecipazione, rientrante nell'ipotesi di cui all'art. 416-bis cod. pen. Come evidenziato in dottrina e da sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861, tale esito è stato il portato di una riflessione teorica, che, dall'epoca postunitaria, si è sviluppata mediante plurimi riconoscimenti giudiziari dell'ammissibilità del concorso nel reato a plurisoggettività necessaria a fronte di condotte in vario modo agevolatrici, compiute in favore o del singolo associato, ovvero dell'attività dell'associazione di per sé considerata, non integranti il fatto tipico della partecipazione. Riconoscimento operato in riferimento, sia all'associazione a delinquere, sia a quella di tipo politico eversivo. Tale percorso era giunto già nel corso degli anni ottanta del secolo scorso a riferire i medesimi concetti anche alla fattispecie di associazione di stampo mafioso, introdotta nell'ordinamento dalla legge 13 settembre 1982, n. 646, in relazione a fenomeni di contiguità con la mafia, aventi come protagonisti soggetti non formalmente affiliati, ma di estrazione imprenditoriale, politico-amministrativa o appartenenti alle forze dell'ordine: in tal senso si erano espresse la sentenza sez. 1, n. 3492 del 13/06/1987, dep. 1988, Altivalle, Rv. 177889 ed altre coeve e successive, ma antecedenti alla pronuncia Demitry. Inoltre, la prima decisione del giudice di legittimità ad avere esaminato l'ipotesi del concorso esterno (Sez. 1, n. 8092 del 19/01/1987, Cillari, Rv. 176348), aveva rielaborato principi già affermati dalla giurisprudenza della Corte di cassazione nei precedenti decenni a partire da Sez. 1, n. 1569 del 27/11/1968, dep. 1969, Muther, Rv. 111439. I superiori rilievi convincono che i contrasti interpretativi, considerati dalla Corte EDU, non avevano pregiudicato la possibilità di comprendere e conoscere la possibile punizione per le condotte agevolatrici o di rafforzamento di una formazione di stampo mafioso, ritenute integrare la fattispecie del concorso esterno, ma al contrario*

*costituivano il fondamento giuridico di un dovere di informazione mediante qualsiasi utile accertamento, e, nella persistenza dell'incertezza, di astensione in via prudenziale e precauzionale dalla commissione di comportamenti, che vi era il rischio incorressero nella contestazione dello stesso reato, rischio tanto più percepito con chiarezza dall'agente quanto più specifico il patrimonio di conoscenze ed esperienze individuali di tipo professionale e relazionale»;*

*- «è altresì sfuggito alla considerazione dei giudici europei che, sia la citata sentenza Cillari, sia quelle successive pur richiamate nella sentenza Contrada, ovvero Sez. 1, n. 8864 del 21/03/1989, Agostani, Rv. 181648; Sez. 1, n. 2342 del 18/05/1994, Abbate, Rv. 198327 e Sez. 1, n. 2348 del 18/05/1994, Clementi, Rv. 198329, avevano risolto negativamente il tema dell'autonomia concettuale del concorso eventuale nel delitto associativo mafioso, ma non perché le condotte di agevolazione o comunque di ausilio alla vita ed all'operato dell'organizzazione, compiute dall'estraneo, fossero ritenute integrare comportamenti leciti e quindi da mandare esenti da responsabilità, ma perché ricomprese nella nozione di partecipazione, penalmente rilevante e punibile e ravvisata in tutti i casi in cui il soggetto prestasse un contributo all'organizzazione. Può quindi condividersi quanto osservato nelle due sentenze Dell'Utri (Sez. 1, n. 44193 del 11/10/2016 e Sez. 5, n. 27308 del 22/01/2019) e da parte della dottrina, ossia che il contrasto composto dalle Sezioni Unite di questa Corte nel 1994 in ordine alla condotta che, al di fuori dello stabile inserimento nei ranghi dell'organizzazione criminosa, ne realizzasse il rafforzamento ed il mantenimento in vita, non presupponeva l'alternativa decisoria tra l'incriminazione a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa ai sensi degli artt. 110 e 416-bis cod. pen. secondo la tesi che l'ammetteva e l'assoluzione da ogni forma di responsabilità penale per quella che la negava, poiché quest'ultima impostazione faceva rientrare il concorso nel fatto tipico di partecipazione e comportava la punizione del reo»;*

*- «nella sentenza della Corte EDU non si rinviene nemmeno una posizione coerente con i suoi precedenti pronunciamenti quanto all'incidenza del contrasto interpretativo, attinente al solo profilo della qualificazione giuridica del fatto illecito, sulla reale capacità di previsione dell'esito giudiziario da parte del cittadino. Si è osservato da parte della dottrina, e si condivide il rilievo, che le divergenti definizioni giuridiche date al contributo dell'extraneus ed il numero limitato di opzioni alternative, individuate in giurisprudenza, rendevano conoscibile in via anticipata al momento del compimento della condotta la possibile adozione di una delle soluzioni in discussione, conducenti in ogni caso all'incriminazione ed alla punizione, senza che la stessa potesse manifestarsi quale effetto a sorpresa, quale risposta giudiziaria postuma, improvvisa ed inedita, tale da sorprendere l'affidamento del soggetto agente come formatosi al momento del compimento dei fatti, in cui erano già presenti segnali discernibili, anticipatori del realizzarsi dell'incriminazione e della punizione. In altri termini, come sottolineato dal Procuratore Generale, la tesi accolta dalla sentenza*

*Demistry nel 1994 si presenta, non come un mutamento normativo, ma quale mera evoluzione nell'interpretazione della disposizione di legge vigente, coerente con l'essenza della fattispecie tipizzata dagli artt. 110 e 416-bis cod. pen., possibile e conoscibile in anticipo, oltre che consentita dalla Convenzione nel significato attribuitole dalla Corte EDU, che ha*

*sanzionato sino ad ora soltanto gli interventi decisori dei giudici nazionali dissonanti rispetto ai precedenti costanti orientamenti, sia per il loro contenuto radicalmente innovativo, sia per gli effetti peggiorativi per l'imputato, frutto di un'applicazione in via retroattiva, non consentita dall'art. 7 della Convenzione (Corte EDU, GC, Del Rio Prada, § 116; 24/05/2007, Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania, § 44; GC, 20/10/2005, Vasiliauskas c. Lituania, § 181; 05/05/1993, Kokkinakis c. Grecia, § 52). Per quanto già esposto, nel caso del concorso esterno in associazione mafiosa la sentenza Demistry non ha operato in via esegetica una ricostruzione in malam partem della fattispecie di reato in riferimento a comportamenti tenuti in un periodo temporale in cui gli stessi erano considerati leciti ed esenti da pena, ma ha recepito una delle possibili soluzioni, già nota ed ampiamente illustrata nel suo fondamento giuridico, quindi conoscibile e tale da avvertire il cittadino del rischio di punizione in sede penale».*

La correttezza della soluzione prescelta trova conferma nella giurisprudenza già occupatasi di casi in cui si era dedotto l'intervento di un c.d. *overruling* giurisprudenziale, ossia di un mutamento ermeneutico, ascrivibile alla Corte di cassazione e foriero di un'applicazione retroattiva sfavorevole della disposizione di legge, sia processuale, che sostanziale, denunciata dalle difese come trasgressiva degli artt. 2 cod. pen. 25 Cost. e 7 Conv. EDU:

*«singole sezioni penali di questa Corte, chiamate a pronunciarsi in relazione a decisioni giudiziali, assunte dalle Sezioni Unite in un momento successivo alla violazione dei precetti che aveva dato luogo al processo, quindi giocoforza retroattive, in tema di imprescrittibilità della pena dell'ergastolo (Sez. U. n. 19756 del 24/09/2015, Trubia, Rv. 266329), di corretta interpretazione del delitto di cui all'art. 615-ter cod. pen. (Sez. U. n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061) e di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi (Sez. U. n. 8825 del 27/10/2016, dep. 2017, Galtelli, Rv. 268822), hanno rilevato che l'overruling non consentito, perché non prevedibile per l'imputato, è ravvisabile nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre va esclusa qualora la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario (Sez. 5, n. 13178 del 12/12/2018, dep. 2019,*

*Galvanetti, Rv. 275623; Sez. 5, n. 41846 del 17/05/2018, Postiglione, Rv. 275105; Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876; Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406; Sez. 5, n. 31648 del 17/06/2016, Falzone). Altrettanto conformi i precedenti della giurisprudenza delle Sezioni Unite civili, le quali, seppur in riferimento al limitato campo applicativo del diritto processuale e non sostanziale, e con la precisazione della sua valenza circoscritta agli interventi interpretativi in malam partem, hanno di recente ribadito che: «Il prospective overruling è finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo sterilizzandoli, così consentendosi all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti» (Sez. U. civ. n. 4135 del 12/02/2019, Rv. 652852; Sez. U. civ., n. 28575 del 08/11/2018, Rv. 651358; Sez. U. civ., n. 15144 del 11/07/2011, Rv. 617905). Al contrario, si è negato tutela alla parte incorsa in sanzioni processuali nei casi di innovazioni esegetiche, postesi quale sviluppo non irragionevole di un progresso indirizzo già affermato».*

Si è, infine, chiarito che il mutamento giurisprudenziale determina una interpretazione retroattiva sfavorevole della norma penale solo qualora consista in una radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale pregressa, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre non determina alcuna lesione dei diritti dell'imputato ove il mutamento si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile che di per sé rende l'esito conseguito comunque possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario.



## ART. 7 CEDU

### **PREVEDIBILITA' E SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI – BASE LEGALE E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE – DECISIONE IN TEMA DI CONDOTTE DI DIFFUSIONE DI INFORMAZIONI IDONEE AD INQUINARE I MERCATI.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 28 maggio 2020, Georgouleas e Nestoras c. Grecia*

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

#### **CLASSIFICAZIONE**

PRINCIPIO DI LEGALITA' PENALE - NULLUM CRIMEN SINE LEGE- AREA DI APPLICAZIONE DELLE GARANZIE -PREVEDIBILITA' DELLA SANZIONE – CONDOTTE DI DIFFUSIONE DI INFORMAZIONI IDONEE AD INQUINARE I MERCATI – SANZIONE FORMALMENTE AMMINISTRATIVA MA SOSTANZIALMENTE PENALE .

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

CONVENZIONE EDU, ART. 7

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

Scoppola v. Italy (no. 2) [GC], no. 10249/03, 17 Settembre 2009, Huhtamäki v. Finland, no. 54468/09, 6 Marzo 2012; C.R. v. the United Kingdom, 22 Novembre 1995, Series A no. 335-C; S.W. v. the United Kingdom, 22 Novembre 1995; Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC], 22 marzo 2001; S.W. v. the United Kingdom, 22 novembre 1995; Soros v. France, no. 50425/06, 6 October 2011; Del Río Prada v. Spain [GC], no. 42750/09, 30 ottobre 2013.

#### **PRONUNCIA SEGNALATA**

CORTE EDU, Prima sezione, 28 maggio 2020, caso Georgouleas e Nestoras v Grecia

#### **ABSTRACT**

*La Corte europea:*

- a) Ribadisce l'importanza e l'estensione delle garanzie previste dall'art. 7 della Convenzione che si applica ogni volta che la sanzione sia **sostanzialmente penale**, ovvero sia diretta a sanzionare condotte antisociali che ledano interessi generali in modo grave, **indipendentemente dalla formale qualifica** che alla sanzione viene attribuita dall'ordinamento interno;
- b) chiarisce che l'art. 7 della Convenzione non si limita a vietare la retroattività delle sanzioni penali, ma impedisce l'analogia in malam partem e richiede che le norme che prevedono sanzioni penali siano **accessibili e chiare** al punto da garantire la **prevedibilità delle sanzioni** in relazione alla trasgressione dei divieti.
- c) Si chiarisce che la prevedibilità non è esclusa dalla naturale e progressiva opera di chiarificazione delle norme che viene effettuata dalla **giurisprudenza** nei casi in cui **l'interpretazione sia coerente con la ratio della norma** che impone la sanzione e ne costituisca un **prevedibile sviluppo**; non è esclusa neanche dalla necessità di fare ricorso ad una **consulenza legale** e deve essere valutata anche in relazione alle **competenze professionali dei destinatari**;
- d) La Corte ribadisce inoltre che le **interpretazioni dottrinali** non incidono sulla estensione del "diritto" che ai sensi dell'art. 7 costituisce la base legale delle sanzioni.

## 1. Il caso

I ricorrenti sono stati sanzionati per aver violato l'articolo 72 , 2 della legge greca e n. 1969/1991, che imponeva sanzioni formalmente "amministrative" a chiunque pubblicasse o diffondesse informazioni "in qualsiasi caso" inesatte o fuorvianti riguardanti titoli da quotare o già quotati su una borsa ufficiale idonee ad incidere sul prezzo dei titoli e dunque sulla loro negoziazione.

In via preliminare i ricorrenti si dovevano di essere stati colpiti da sanzioni solo **formalmente "amministrative" ma sostanzialmente "penali"** dunque ricadenti nell'area protetta dall'art. 7 della Convenzione.

Si dovevano pertanto della **indeterminatezza della norma** vigente all'epoca della consumazione delle condotte contestate; che si trattasse di norma aspecifica, troverebbe conferma nel fatto che la legge intervenuta successivamente (che trasponeva all'interno dell'ordinamento nazionale i contenuti della direttiva 2003/6/EC) aveva annoverato le modalità di inquinamento del mercato attraverso la diffusione di false informazioni (7 of Law no. 3340/2005 che ha sostituito l'art. 72 § 2 of Law no. 1969/1991)

## 2. La ratio decidendi

La Corte europea:

- a) Nel definire l'ambito di applicazione dell'art. 7 la Corte rileva che lo stesso non si limita a vietare la **retroattività della legge sfavorevole**, ma, più in generale, stabilisce il **divieto di applicazione analogica** delle norme che prevedono sanzioni penali e richiede che le stesse siano "chiare ed accessibili" in modo che le conseguenze delle condotte penalmente rilevanti siano "**prevedibili**".
- b) Ribadisce che il "**diritto**" che costituisce la base legale del divieto deve (a) preesistere alla condotta; (b) essere prevedibile ed accessibile; tale base legale non è costituita solo dalla legge, ma anche **dall'interpretazione giurisprudenziale** delle norme generali ed astratte: l'articolo 7 della Convenzione non vieta il chiarimento graduale delle norme sulla responsabilità penale attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, a condizione che lo **sviluppo ermeneutico sia coerente** con l'essenza del reato e possa ragionevolmente essere previsto (vedi Khodorkovskiy e Lebedev contro la Russia, nos. 11082/06 e 13772/05, 221, 25 luglio 2013). (§ 55).
- c) La Corte chiarisce altresì l'ininfluenza delle **interpretazioni dottrinali** sulla valutazione di chiarezza e prevedibilità del predetto, escludendo che la valutazione in ordine al rispetto delle garanzie convenzionali possa essere condizionata dal fatto che secondo alcuni studiosi la norma non era chiara (§ 64);
- d) rileva infine che la prevedibilità deve essere valutata (anche) in relazione alle **competenze specifiche dei destinatari** della sanzione che devono utilizzare cautele coerenti con le qualifiche professionali (§ 65); la prevedibilità non può infine essere esclusa dalla necessità per i destinatari del divieto di fare **ricorso ad una consulenza legale** (§ 57 nel quale si cita Achour v. France [GC], n. 67335/01, n. 54, ECHR 2006-IV).

### 3. La decisione

La Corte ha ritenuto che le **sanzioni** imposte ai ricorrenti, sebbene inflitte da una autorità amministrativa avessero le caratteristiche delle sanzioni "**penali**" tenuto conto della gravità della condotta rilevabile dall'entità della sanzione (che deve essere valutata in astratto, e non nella quantità in concreto inflitta: § 40) e del fine perseguito dalla norma che prevede il divieto.

Quanto alla dedotta violazione dell'art. 7 la Corte ha rilevato che, sebbene la legge vigente al momento della consumazione delle condotte contestate non stabilisse in modo tassativo le modalità con le quali le informazioni fuorvianti dovessero essere trasmesse, la stessa non era aspecifica in quanto **lo scopo del divieto** era chiaro e **l'interpretazione** fattane dalle autorità giudiziarie era **prevedibile** in quanto **coerente con la ratio della norma** che era chiaramente diretta a garantire il mercato dalla diffusione e dalla pubblicazione di informazioni false o inesatte idonee ad influire sul prezzo o sulla commerciabilità dei titoli.

La Corte rilevava peraltro che la giurisprudenza nazionale aveva interpretato la norma nei termini contestati prima che i ricorrenti avessero posto in essere le condotte sanzionate, nulla rilevando il fatto che fossero intervenute successivamente decisioni di segno contrario (§ 63).

Infine: si affermava che la norma che aveva trapianto in Grecia la direttiva 2003/6/EC (articolo 7 della legge n. 3340/2005) rappresentava una specificazione coerente con le indicazioni del diritto dell'Unione ma non doveva essere intesa come una disposizione che sanzionava per la prima volta la manipolazione del mercato attraverso la diffusione di notizia fuorviante, dato che tale condotta risultava sanzionata anche prima dalla legge contestata dai ricorrenti, poi sostituita da quella attuativa della normativa europea di indirizzo.

#### 4.Note

La decisione circoscrive **l'area del principio di legalità convenzionale** che si estende ad ogni intervento repressivo "sostanzialmente penale" opponendosi ad ogni **"truffa delle etichette"**; riafferma che la base legale della sanzione non è costituita solo dalla **lex scripta** ma anche dal **diritto vivente** emergente dalle interpretazioni giurisprudenziali, sempre che queste non siano di "rottura", ma costituiscano lo sviluppo ragionevole e prevedibile della norma che prevede il divieto. Infine si ribadisce che la prevedibilità è un attributo della base legale della sanzione che deve avere le caratteristiche della **accessibilità e della chiarezza**, valutabili anche in relazione alle competenze professionali dei destinatari del divieto.

## ART. 7 CEDU

**MISURE DI SORVEGLIANZA AMMINISTRATIVA INCIDENTI SULLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SUI DIRITTI FONDAMENTALI – NOZIONE DI PENA – ESCLUSIONE – FINALITÀ PREVENTIVA E NON PUNITIVA – INAPPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ, DEL DIVIETO DI BIS IN IDEM E DEI PRINCIPI DEL FAIR TRIAL PENALE – APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DI PARITÀ DELLE ARMI, AVUTO RIGUARDO AL DIRITTO AL GRATUITO PATROCINIO.**

*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; *Ilseher c. Germania* [GC], 4 dicembre 2018, § 203; *Gardel c. Francia*, 17 dicembre 2009, § 43 e 46; *Adamson c. Regno Unito*, 26 gennaio 1999; *Berland c. Francia*, 3 settembre 2015, § 46.

**De Tommaso c. Italia** [GC], 23 febbraio 2017, §§ 104 e 143 ss.; *Del Sol c. Francia*, 26 febbraio 2002, § 20; *McVicar c. Regno Unito*, 7 maggio 2002, §§ 46 ss.; **Steel e Morris c. Regno Unito**, 15 febbraio 2005, §§ 59 ss.; *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, § 26; *Nenov c. Bulgaria*, 16 luglio 2009, §§ 43 ss. ; *Villa c. Italia*, 20 aprile 2010, § 47; *Foldes e Foldesné Hajlik c. Ungheria*, 31 ottobre 2006, § 35.

## **Sentenze della Corte di cassazione**

### **Corte di cassazione penale**

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

### **Corte di Cassazione civile:**

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

## **Il caso**

In forza di una legge entrata in vigore il 1° luglio 2011, a seguito di istanze avanzate dalla direzione della colonia penitenziaria russa dove stavano terminando di espiare la pena loro inflitta per gravi delitti, **V.V. Timofeyev (condannato per omicidio**, nell'ottobre 2003, alla pena della reclusione di 11 anni, 6 mesi e 10 giorni) e **A.V. Postupkin** (nell'aprile 2007 **condannato per traffico di stupefacenti** alla pena di sette anni e sei mesi di reclusione) sono stati sottoposti, dal **tribunale civile**, alla **misura della sorveglianza**

**amministrativa**, a far tempo **dalla** loro imminente **liberazione**. In entrambi i casi l'istanza era stata avanzata e accolta sul presupposto che, oltre ad essere stati condannati per delitti particolarmente gravi (Timofeyev) o gravi (Postupkin), gli stessi erano stati **dichiarati recidivi pericolosi** e, durante l'espiazione della pena, **non** avevano tenuto **buona condotta**, essendo stata loro attribuita la qualifica di "trasgressore avvisato" del regime carcerario, per aver riportato, ciascuno, oltre venti sanzioni disciplinari, sicché la misura della sorveglianza amministrativa era stata applicata in ragione della loro ritenuta **pericolosità sociale**.

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

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

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

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

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

**Le conclusioni della Corte EDU .**



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

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

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

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

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

Si è poi ritenuto che:

il ricorrente non aveva specifiche competenze in campo giuridico; **era privo di mezzi per poter sostenere i costi di una difesa tecnica e sin dall'inizio della procedura l'aveva segnalato al giudice**; neppure da questi aveva ricevuto assistenza sul piano procedurale; aveva dovuto difendersi in un giudizio radicato dall'autorità penitenziaria nel

momento in cui egli era ancora detenuto, sicché anche per questa ragione era ragionevolmente provato e coinvolto sul piano fisico ed emotivo ben più di quanto sarebbe avvenuto nel caso di difesa condotta da un avvocato esperto; il rappresentante dell'autorità penitenziaria, oltre ad essere ben più preparato di lui in materia, aveva potuto contare sull'assistenza del procuratore.

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

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

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

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

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

presso l'autorità (una volta al mese), la misura obbligatoria in concreto incidente sulla libertà di circolazione poteva dirsi proporzionata.

## Osservazioni finali

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

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

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

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

### **PRINCIPIO DI LEGALITA' - SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO – PRESCRIZIONE DEL REATO - IRRETROATTIVITÀ DELLE MODIFICHE SFAVOREVOLI – RETROATTIVITÀ DELLE MODIFICHE FAVOREVOLI.**

*Report sulla giurisprudenza convenzionale e nazionale aggiornato ad aprile 2020*

### **La successione di leggi in tema di prescrizione del reato nella giurisprudenza convenzionale e costituzionale.**

#### **[CLASSIFICAZIONE]**

#### **PRINCIPIO DI LEGALITA' - SUCCESSIONE DI LEGGI NEL TEMPO – PRESCRIZIONE DEL REATO**

- Irretroattività delle modifiche sfavorevoli – Retroattività delle modifiche favorevoli –

#### **[RIFERIMENTI NORMATIVI]**

**Costituzione**, art. 25, comma 2;

**Convenzione EDU**, art. 7, paragrafo 1; art. 15, paragrafo 2; art. 53;

**CDFUE**, artt. 49, paragrafo 1, e 53;

**Codice penale**, artt. 2 e 157 ss.

#### **[SENTENZE (più recenti) CITATE]**

**Corte cost.**, n. 24 del /2017;

**Corte cost.**, n. 63 del /2019;

**Corte EDU**, 12/2/2013, caso Previti c. Italia (dec.);

**Corte EDU, Grande Camera**, 21/10/2013, caso Del Río Prada c. Spagna;

**Corte EDU, Grande Camera**, 20/10/2015, caso Vasiliauskas c. Lituania;

**Corte EDU**, 12/7/2016, caso Ruban c. Ucraina;

**Corte EDU**, 27/1/2017, caso Koprivnikar c. Slovenia;

**Corte EDU**, 3/12/2019, caso Parmak e Bakir c. Turchia.

#### **1. Premessa.**

L'articolo 7, § 1, Conv. EDU enuncia esplicitamente, **con riguardo ai reati ed alle pene**, due principi fondamentali:

- il **principio di legalità della legge penale** (*nullum crimen, nulla poena sine lege*);
- il **principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole**.

Ai sensi dell'art. 15, § 2, Conv. EDU, le garanzie di cui all'art. 7 sono inderogabili.

Una disposizione analoga all'art. 7 Conv. EDU si rinviene anche nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza - CDFUE), il cui art. 49 (rubricato: Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene) riconosce che «nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale» e che

«non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima» (§ 1).

## **2. Le garanzie di cui all'art. 7 nella giurisprudenza convenzionale.**

Secondo la giurisprudenza convenzionale, le garanzie previste dall'art. 7 vietano tassativamente l'applicazione retroattiva di disposizioni sfavorevoli per l'imputato (**Corte EDU, Grande Camera**, 21/10/2013, caso Del Río Prada c. Spagna, § 116); ciò vale:

- sia per le **norme penali che definiscono i reati** (**Corte EDU, Grande Camera**, 20/10/2015, caso Vasiliauskas c. Lituania, §§ 165 s.);
- sia per le **norme penali che indicano le pene che ne conseguono** (**Corte EDU**, 15/12/2009, caso Gurguchiani c. Spagna, §§ 32 ss.).

La **giurisprudenza** della Corte EDU ha enucleato dalla disposizione un terzo principio, implicitamente enunciato e parimenti fondamentale, il **principio di retroattività della legge favorevole**.

Il principio di retroattività della legge penale più favorevole è riconosciuto dal diritto internazionale e dell'UE, in particolare dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, e dall'art. 49, § 1, CDFUE.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, aveva ritenuto che il principio della *lex mitior* facesse parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, come tale, dovesse essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia stessa garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario (sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C- 391/02, C-403/02; tale principio è stato successivamente ribadito dalle sentenze 11 marzo 2008, Jager, C-420/06, e 28 aprile 2011, El Dridi, C- 61/11).

Anche la giurisprudenza convenzionale è ormai ferma nel ritenere che l'art. 7, § 1, enuncia non soltanto il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma anche, sia pur implicitamente, il **principio di retroattività in mitius**, in virtù del quale, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quella eventualmente entrata in vigore successivamente, siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni risultino in concreto più favorevoli per il reo; pertanto, in presenza di una successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione dell'art. 7, § 1, l'applicazione della disciplina sfavorevole per il reo (**Corte EDU, Grande Camera**, 17/9/2009, caso Scoppola c. Italia (n. 2)).

Il principio è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza convenzionale (cfr. **Corte EDU**, 12/7/2016, caso Ruban c. Ucraina, §§ 41 ss; 27/1/2017, caso Koprivnikar c. Slovenia, § 59, per la quale il principio di retroattività della legge penale più favorevole è applicabile anche in caso di cumulo di pene per condanne multiple), e **si applica non solo alla pena comminata, ma anche agli elementi costitutivi del reato** (cfr. **Corte EDU**, 3/12/2019, caso Parmak e Bakir c. Turchia, § 64).

Secondo la giurisprudenza convenzionale, inoltre, le garanzie enunciate dall'art. 7, § 1, Conv. si applicano soltanto alle disposizioni che definiscono i reati e le pene per ciascuno di essi comminate, **non anche alle disposizioni processuali**, in ordine alle quali è ritenuta ragionevole l'applicazione, da parte dei giudici interni, del principio *tempus regit actum* (**Corte EDU, Grande Camera**, 17/9/2009, caso Scoppola c. Italia (n.2), § 110).

Anche questo principio è stato più volte ribadito; si segnalano, in particolare, in relazione alla normativa processuale italiana:

- **Corte EDU**, 12/2/2004, caso Mione c. Italia (dec.), a proposito della non retroattività del termine fissato dall'art. 315 c.p.p. per la presentazione di un ricorso in materia di riparazione per ingiusta detenzione (pari a 18 mesi all'epoca in cui il sig. Mione presentò tardivamente ricorso - per tale causa dichiarato inammissibile -, e successivamente aumentato a 24 mesi);

- **Corte EDU**, 12/4/2007, caso Martelli c. Italia (dec.), relativa all'attuazione di una legge contenente modifiche all'art. 513 c.p.p. in materia di valutazione delle prove;

- **Corte EDU**, 10/7/2007, caso Rasnik c. Italia (dec.), a proposito della non retroattività del termine fissato dall'art. 175 c.p.p. per la richiesta di restituzione nel termine (pari a 10 giorni all'epoca in cui il sig. Rasnik presentò tardivamente la richiesta - per tale causa dichiarata inammissibile -, e successivamente aumentato a 30 giorni);

- **Corte EDU**, 13/11/2014, caso Bosti c. Italia (dec.), § 55, a proposito della non retroattività della disciplina di cui agli artt. 500 e 513 c.p.p. in materia di utilizzazioni delle dichiarazioni di testimoni ed imputati, poiché le disposizioni predette *«si riferiscono in particolare alle condizioni di ammissibilità delle prove e non indicano né gli elementi costitutivi dei reati né le sanzioni da imporre in caso di condanna. Costituiscono pertanto norme procedurali, alle quali non si applica l'articolo 7 della Convenzione»*.

### **3. Segue. La giurisprudenza costituzionale.**

Nessun dubbio si pone, in generale, quanto alla vigenza del principio d'irretroattività delle norme penali sfavorevoli, enunciato dall'art. 25, comma 2, Cost.

Per lungo tempo, la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che il principio di retroattività della norma penale favorevole fosse privo di rilievo costituzionale, esulando dall'ambito dell'art. 25, comma 2, della Costituzione; esso, sancito unicamente dall'art. 2 c.p., fonte ordinaria, poteva essere derogato da altra norma di pari grado (ad es., da disposizioni transitorie recanti una disciplina *ad hoc* degli effetti prodotti da un fenomeno di successione

di leggi penali nel tempo). Si riteneva, peraltro, che il principio di retroattività della norma penale favorevole non si ponesse in contrasto con quello, più ristretto, sancito dall'art. 25, comma 2, della Costituzione ma anzi, a sua volta, potesse assumere «*una rilevanza costituzionale sia in riferimento al principio di uguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.), sia in riferimento al suo riconoscimento internazionale*»; in quest'ottica, il legislatore conserverebbe la facoltà di disciplinare diversamente situazioni diverse, in ragione della loro rilevanza, ma eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior* potrebbero essere disposte dalla legge ordinaria, nel rispetto dell'art. 3 della Costituzione, soltanto in presenza di una sufficiente ragione giustificativa, la verifica della cui sussistenza non potrebbe, peraltro, prescindere dal rilievo che il predetto principio non è sancito soltanto, come criterio generale, dall'art. 2 c.p., bensì anche da fonti sovranazionali. Il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* — quale emergeva dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, oltre che dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario — imponeva, pertanto, di ritenere che il valore da esso tutelato potesse essere sacrificato da una legge ordinaria soltanto in favore di interessi di analogo rilievo, e che lo scrutinio di costituzionalità, in relazione al parametro di cui all'art. 3 della Costituzione, sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo, dovesse superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non risultasse manifestamente irragionevole (**Corte cost.**, n. 393/06).

La **giurisprudenza costituzionale** ha successivamente preso atto del mutato orientamento della Corte EDU quanto all'implicita enunciazione del principio di retroattività della *lex mitior* ad opera dell'art. 7, § 1, Conv. EDU, ma ha evidenziato che la stessa giurisprudenza convenzionale, nel ritenere che il predetto principio sia un corollario di quello di legalità consacrato dall'art. 7, ha fissato dei limiti al suo ambito di applicazione, desumendoli dalla stessa norma convenzionale, ed ha, conseguentemente, affermato che il principio in questione, e più in generale le norme in materia di retroattività contenute nell'art. 7, concernono le sole disposizioni che definiscono i **reati** e le **pene** che li reprimono:

*«il principio riconosciuto dalla Corte EDU non coincide con quello che, nel nostro ordinamento, è regolato dall'art. 2, comma 4, c.p. Quest'ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche in melius di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni. La diversa, e più ristretta, portata del principio convenzionale — confermata dal riferimento che la giurisprudenza europea fa alle fonti internazionali e comunitarie (art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici ed art. 49 della Carta di Nizza) e alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione*

europea — implica dunque che **il principio di retroattività della lex mitior riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena**, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità » (**Corte cost.**, n. 236/11).

Successivamente, **Corte cost.**, n. 63/2019 ha riepilogativamente osservato che la **giurisprudenza costituzionale** è giunta ad assegnare al principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale un **duplice, e concorrente, fondamento**:

- l'uno - **di matrice domestica** -

«*riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nel cui alveo peraltro la sentenza n. 393 del 2006, in epoca immediatamente precedente alle sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007, aveva già fatto confluire gli obblighi internazionali derivanti dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dall'art. 49, paragrafo 1, CDFUE, considerati in quell'occasione come criteri interpretativi (sentenza n. 15 del 1996) delle stesse garanzie costituzionali*»;

- l'altro - **di origine internazionale**, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, comma 1, Cost. -

«*riconducibile all'art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo (...), nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, tra cui gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.*».

A tale pluralità di basi normative nel testo costituzionale, secondo la citata decisione, fa, peraltro, da contraltare

«*la comune ratio della garanzia in questione, identificabile in sostanza nel diritto dell'autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione. Comune è altresì il limite della tutela assicurata, assieme, dalla Costituzione e dalle carte internazionali a tale garanzia: tutela che la giurisprudenza di questa Corte ritiene non assoluta, ma aperta a possibili deroghe, purché giustificabili al metro di quel "vaglio positivo di ragionevolezza" richiesto dalla sentenza n. 393 del 2006, in relazione alla necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto all'interesse individuale in gioco*».

#### **4. La giurisprudenza convenzionale in tema di successione di leggi riguardanti la prescrizione del reato.**

Secondo la giurisprudenza convenzionale, l'art. 7, § 1, **non impedisce l'applicazione** immediata, ai procedimenti in corso, di **leggi sopravvenute sfavorevoli** che allungano i termini di prescrizione, ma unicamente con riguardo ai reati in ordine ai quali i previgenti e più favorevoli termini di prescrizione non siano già scaduti, poiché le disposizioni in materia di prescrizione sono **norme processuali**, in quanto non definiscono i reati e le pene, e possono essere interpretate nel senso che pongono una semplice condizione preliminare affinché la causa sia esaminata; peraltro, la retroattività della modifica sfavorevole non deve essere viziata da palese arbitrarietà (**Corte EDU**, 22/6/2000, caso Coëme ed altri c. Belgio, § 146 ss.).

Secondo la citata decisione, la prescrizione può essere definita come il diritto accordato dalla legge all'autore di un reato di non essere più perseguito né giudicato dopo il decorso di un certo termine dal verificarsi dell'evento, e che i termini di prescrizione, che sono una caratteristica comune ai sistemi giuridici degli Stati contraenti, hanno parecchie finalità, fra le quali:

- garantire la certezza del diritto fissando un limite temporale alle azioni legali;
- impedire una violazione dei diritti della difesa, che potrebbero risultare essere pregiudicati se i tribunali fossero chiamati a pronunciarsi sulla base di elementi di prova necessariamente incompleti, a causa del tempo intercorso dal verificarsi dei fatti oggetto di accertamento.

La Corte EDU ha preso atto che leggi che modificano la disciplina della prescrizione erano ormai considerate, nello Stato membro convenuto, leggi di competenza e di procedura, soggette al principio generalmente riconosciuto secondo il quale, salvo espresse disposizioni in senso contrario, le leggi di procedura sono di applicazione immediata ai procedimenti in corso, e che la proroga del termine di prescrizione introdotta da una legge sopravvenuta rispetto alla data di commissione dei fatti contestati ai ricorrenti e la sua applicazione immediata da parte della Corte di cassazione belga hanno, in concreto, avuto l'effetto di prolungare il termine durante il quale i fatti potevano essere perseguiti, con effetti sfavorevoli per i ricorrenti, avendo disatteso le loro aspettative; ha, tuttavia, osservato che *«simile situazione non implica una violazione dei diritti garantiti dall'art. 7, perché non si può interpretare tale disposizione nel senso che impedisce, per effetto dell'applicazione immediata di una legge di procedura, un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti contestati non risultano ancora prescritti. La questione di una eventuale violazione dell'art. 7 da parte di una disposizione che abbia l'effetto di far rivivere la possibilità di sanzionare fatti divenuti non punibili per effetto dell'intervenuta prescrizione è estranea al caso di specie e non deve dunque essere esaminata»*, non essendosi verificata; d'altro canto, *«i ricorrenti, che non potevano ignorare che i fatti contestati potevano comportare la loro responsabilità penale, sono stati condannati per atti per i quali l'azione penale non si era mai estinta per prescrizione. Tali atti costituivano reato*

*nel momento in cui sono stati commessi e le pene irrogate non sono più severe di quelle applicabili al momento dei fatti. I ricorrenti non hanno nemmeno subito, a causa della legge [modificativa in peius del regime della prescrizione del reato] un pregiudizio maggiore di quello al quale si erano esposti all'epoca in cui i reati erano stati commessi».*

Per queste ragioni, ha ritenuto che, nel caso esaminato, i diritti degli interessati, ai sensi dell'art. 7, § 1, non fossero stati violati.

L'orientamento della non sussumibilità delle modifiche in tema di prescrizione del reato nell'ambito della garanzia enunciata dall'art. 7, § 1, Conv. EDU è stato ribadito anche in relazione alla normativa italiana, ma con riguardo alla previsione di **non retroattività di una disposizione sopravvenuta favorevole** (Corte EDU, 12/2/2013, caso Previti c. Italia (dec.), §§ 80 ss.).

Nel caso esaminato, il pubblico ministero, nel 1996, aveva avviato nei confronti del ricorrente un procedimento penale per corruzione; nel 2000 il Tribunale aveva dichiarato il non luogo a procedere in suo favore, con sentenza appellata dal P.M.; nel 2005 il Parlamento aveva approvato una legge che, tra l'altro, abbreviava il termine di prescrizione per il reato di corruzione da quindici ad otto anni (ed i fatti corruttivi imputati al ricorrente potevano farsi risalire al 1992, dunque il reato si sarebbe prescritto nel 2000), tuttavia, in virtù di una disposizione transitoria, il ricorrente non aveva potuto beneficiare delle modifiche relative al regime di prescrizione sopravvenuto più favorevole, dato che il suo processo, al momento dell'entrata in vigore della legge, era pendente in Cassazione; il ricorrente si doleva, pertanto, della violazione dell'art. 7, § 1, in relazione al principio di retroattività della disposizione sopravvenuta favorevole.

La Corte EDU ha escluso la configurabilità della violazione dedotta, ribadendo il proprio orientamento, secondo il quale deve ritenersi ragionevole l'applicazione, da parte delle giurisdizioni interne, del principio *tempus regit actum* con riguardo alle norme di procedura, quali la giurisprudenza convenzionale considera pacificamente quelle in materia di prescrizione: *«le regole sulla prescrizione non definiscono i reati e le pene, e possono essere interpretate come recanti una semplice condizione preliminare per l'esame del caso. Di conseguenza, considerato che la modifica legislativa denunciata dal ricorrente concerne una legge di procedura, salvo verifica della sua arbitrarietà, per la Convenzione nulla vieta al legislatore italiano di regolare la sua applicazione ai processi in corso al momento della sua entrata in vigore. La limitazione prevista dal regime transitorio è stata circoscritta ai soli processi pendenti in appello o in cassazione. Questo regime transitorio non appare irragionevole né arbitrario. In questo contesto pertanto non risulta alcuna violazione dell'art. 7 della Convenzione».*

##### **5. Segue. La giurisprudenza della Corte costituzionale: cenni.**

Diversamente dalla giurisprudenza convenzionale, la **giurisprudenza costituzionale** ritiene che, in Italia, la prescrizione appartenga al diritto penale sostanziale e rientri,

pertanto, nell'ambito di garanzia del principio di legalità (art. 25, comma 2, Cost.): ne consegue che il regime legale della prescrizione deve essere analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma vigente al tempo di commissione del fatto, e non è consentita la retroattività delle disposizioni sfavorevoli ai reati non ancora prescritti. In tal modo, l'ordinamento assicura agli imputati un trattamento di maggior favore ed un livello di protezione più elevato di quello concesso loro dall'art. 7 della Conv. EDU (e dall'art. 49 della CDFUE), nel rispetto, peraltro, di quanto salvaguardato dall'art. 53 Conv. EDU (e dall'art. 53 CDFUE) (**Corte cost.**, n. 24/17).



## ART. 7 CEDU

**RILEVANZA DEL CONCETTO DI "DIRITTO" AI SENSI DELL'ART. 7 CEDU – RILEVANZA DEL CONCETTO DI "LEGGE" AI SENSI DEGLI ARTICOLI DA 8, 9, 10 E 11 CEDU – PRINCIPIO DI NON RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE – REQUISITI DELLA CHIAREZZA E DELLA PREVEDIBILITÀ DELLA NORMA INCRIMINATRICE – TECNICA DEL RINVIO NORMATIVO – LEGITTIMITÀ – CONDIZIONI.**

*Corte EDU, Grande Camera, Parere consultivo su richiesta della Corte costituzionale armena, 7 ottobre 2019, ricorso n. 150/2020*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6708535-9264619>

### **Classificazione**

Rilevanza del **concetto di "diritto" ai sensi dell'art. 7 CEDU** – Rilevanza del **concetto di "legge" ai sensi degli articoli da 8, 9, 10 e 11 CEDU** – Principio di non retroattività della legge penale – Requisiti della chiarezza e della prevedibilità della norma incriminatrice – Incriminazione di un soggetto mediante rinvio ad atti di diritto interno aventi forza giuridica suprema – Necessità che le indicazioni relative alla norma di riferimento siano esplicite e definiscano gli elementi costitutivi dell'offesa arrecata dal soggetto attivo del reato – Individuazione dei criteri attraverso cui compiere la verifica sulla possibile violazione del principio di non retroattività della legge penale – Verifica effettuata mediante il vaglio delle circostanze del caso concreto, la comparazione delle leggi penali succedutesi nel tempo e le conseguenze giuridiche prodotte all'imputato.

### **Riferimenti normativi convenzionali**

Artt. 7, 8, 9, 10, 11 CEDU

### **Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano**

Artt. 25 Cost., 2 cod. pen.

### **Riferimenti giurisprudenziali**

### **Sentenze CEDU**

Berardi e Mularoni contro San Marino, n. 24705/16 e n. 24818/16, 10 gennaio 2019; Rohlena contro Repubblica Ceca, n. 59552/08, 18 aprile 2015; Contrada contro Italia, n. 66655/13, 14 aprile 2015; Maktouf e Damjanović contro Bosnia Erzegovina, n. 2312/08 e n. 34179/08, 18 luglio 2013; Mihai Toma contro Romania, n. 1051/06, 24 gennaio 2012; Ould Dah contro Francia, n. 13116/03, 17 marzo 2009.

### **Sentenza della Corte di cassazione**

Sez. 5, n. 39999 del 15/04/2019, Respigo Ruggero, Rv. 276963-01; Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406-01; Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876-01; Sez. 1, n. 43112 del 06/07/2017, Contrada, Rv. 273095-01; Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861-01; Sez. 2, n. 21596 del 18/02/2016, Tronchetti Provera, Rv. 267164-01.

### **Pronuncia segnalata**

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, Parere consultivo su richiesta della Corte costituzionale armena, 7 ottobre 2019, ricorso n. 150/2020

### **Abstract**

*La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, innanzitutto, ha stabilito che è possibile incriminare un soggetto sulla base di norme che facciano riferimento ad atti di diritto interno aventi forza giuridica suprema, riguardanti disposizioni costituzionali o di rango gerarchico superiore, non risultando tale tecnica normativa, in quanto tale, incompatibile con i parametri convenzionali, a condizione che la persona interessata sia in grado di comprendere quale comportamento può determinare un giudizio di responsabilità penale nei suoi confronti, attraverso l'enucleazione degli elementi costitutivi dell'offesa sanzionata. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, inoltre, ha affermato che per stabilire la compatibilità di due diverse versioni di un atto normativo, succedutesi nel tempo, in funzione del rispetto del principio di non retroattività della norma penale, affermato dall'art. 7 della Convenzione, si deve tenere conto delle circostanze del caso concreto, il cui vaglio presuppone la comparazione delle disposizioni penali che si succedono, indispensabile per stabilire se una legge adottata dopo la commissione di un reato sia più o meno favorevole all'imputato rispetto a quella che era in vigore al momento dei fatti in esame.*

## **Il caso**

Nel luglio del 2018, Robert Kocharyan, che è stato Presidente dell'Armenia dal 1998 al 2008, è stato incriminato, insieme a diverse altre persone, sulla base dell'articolo 300.1 del codice penale armeno, che incrimina il rovesciamento dell'ordine costituzionale, vigente a partire dal 2009.

Le accuse mosse contro Kocharyan erano collegate a eventi verificatisi all'inizio del 2008, che riguardavano le manifestazioni scaturite dalla vittoria alle elezioni presidenziali armene di Serzh Sargsyan, la cui regolarità veniva aspramente contestata da una parte dell'opinione pubblica, provocando disordini e scontri di piazza, in conseguenza dei quali erano morte dieci persone.

A causa di tali proteste di piazza, l'allora presidente Kocharyan **dichiarava lo stato di emergenza**, che limitava l'esercizio di una serie di diritti individuali, alcuni dei quali di rango costituzionale, per un periodo di venti giorni.

A distanza di alcuni anni della dichiarazione dello stato di emergenza, veniva instaurato un procedimento contro Robert Kocharyan davanti al Tribunale di Yerevan, che, investito del giudizio di primo grado, sospendeva il processo e chiedeva alla Corte costituzionale armena di pronunciarsi preliminarmente sulla costituzionalità dell'articolo 300.1 del codice penale del 2009, tenuto conto del fatto che gli accadimenti oggetto di accertamento processuale, essendosi concretizzati nel 2008, si erano verificati prima dell'introduzione della norma incriminatrice contestata all'imputato.

Alla Corte costituzionale armena, in particolare, si chiedeva se tale disposizione soddisfaceva il requisito della certezza del diritto, alla luce del principio di non retroattività della norma penale di cui all'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, di cui si paventava la violazione, in relazione alla previsione dell'articolo 300, vigente all'epoca dei fatti di reato contestati a Robert Kocharyan, che incriminava il reato di usurpazione di potere.

Analoghe richieste venivano rivolte dall'imputato Kocharyan alla Corte costituzionale armena, la quale, sulla scorta di tali istanze, si rivolgeva alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei termini di cui in premessa.

## **Le risposte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**

Occorre premettere che l'inquadramento delle questioni ermeneutiche che la Corte costituzionale armena sottoponeva all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo devono essere esaminate separatamente, tenuto conto del tenore delle soluzioni fornite su ciascuno dei quesiti sottoposti al suo vaglio.

## **Le prime due questioni**

Le prime due questioni ponevano il problema della differenziazione tra il concetto di "diritto" affermato dall'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il concetto di "legge" affermato, tra l'altro, dalle disposizioni degli artt. 8, 9, 10 e 11 del testo convenzionale.

Tali questioni ermeneutiche, tuttavia, non venivano ritenute rilevanti rispetto alla decisione della vicenda processuale relativa alla posizione di Robert Kocharyan, atteso che postulavano risposte di "natura teorica e generale", che esulavano dall'ambito di applicazione dei pareri consultivi che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è legittimata a fornire agli organi giurisdizionali nazionali. La Corte, pertanto, reputando che i quesiti posti dalla Corte costituzionale armena non soddisfacevano le condizioni prescritte dall'articolo 1 del Protocollo n. 16 e non potevano essere riformulate, riteneva di non potere esercitare la sua funzione consultiva in conformità delle richieste ricevute.

## **La terza questione**

La terza questione riguardava la possibilità di incriminare un soggetto sulla base di norme penali che facciano riferimento ad atti di diritto interno aventi forza giuridica suprema, questione alla quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo forniva risposta positiva, non ritenendo una simile tecnica normativa, in presenza di determinate condizioni, incompatibile con i parametri convenzionali.

Tali condizioni, in particolare, riguardavano la necessità che il soggetto attivo del reato sia in grado di comprendere quale comportamento può determinare un giudizio di responsabilità penale nei suoi confronti, attraverso la precisa enucleazione degli elementi costitutivi dell'offesa sanzionata.

Per giungere a tali conclusioni la Corte richiamava la sua giurisprudenza di materia di certezza del diritto e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, facendo riferimento alle ipotesi in cui gli elementi costitutivi del reato per cui si procede sono definiti mediante il riferimento a disposizioni o a principi costituzionali ovvero ad altre fonti normative di rango gerarchico superiore. I richiami di tali ipotesi, secondo la Corte, rendevano evidente che la tecnica normativa utilizzata nel caso di specie non è, di per se stessa, incompatibile con la previsione dell'art. 7 della Convenzione, com'è evidente dalle norme di diversi Paesi del Consiglio d'Europa, finalizzate a reprimere i reati contro l'ordine costituzionale.

L'astratta ammissibilità di tale tecnica normativa, tuttavia, non può incidere sui diritti individuali dell'imputato, che devono essere garantiti mediante richiami espliciti e non equivocabili alle disposizioni di riferimento, idonei ad assicurare la chiarezza e la prevedibilità della norma incriminatrice costruita sulla base di tale modello punitivo, la cui

corretta applicazione, sulla base delle circostanze del caso concreto, deve essere verificata dal giudice nazionale.

### **La quarta questione**

La quarta questione affrontata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguarda le modalità attraverso cui è possibile affermare l'esistenza di un rapporto di compatibilità di due diverse versioni di un atto normativo, in funzione del rispetto del principio di non retroattività della norma penale.

L'affermazione di un rapporto di compatibilità, in particolare, postula la comparazione delle norme penali che si succedono nel tempo, della cui applicazione si controverte, che – analogamente a quanto affermato per la terza questione – deve essere effettuato attraverso la disamina delle circostanze del caso concreto; disamina che veniva ritenuta indispensabile dalla Corte per stabilire se una legge adottata dopo la commissione di un reato sia più o meno favorevole all'imputato rispetto a quella che era in vigore al momento dei fatti in esame.

Né sono possibili soluzioni ermeneutiche differenti, tenuto conto del fatto che l'articolo 7 Europea dei Diritti dell'Uomo vieta l'applicazione retroattiva delle norme penali, quando opera in senso sfavorevole al soggetto attivo del reato; mentre, com'è noto, consente una tale applicazione nelle ipotesi di leggi penali sopravvenute più favorevoli per il reo.

Tali conclusioni, del resto, apparivano corroborate dalla giurisprudenza consolidata della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in relazione alla quale si richiamavano le seguenti decisioni: Berardi e Mularoni contro San Marino, n. 24705/16 e n. 24818/16, 10 gennaio 2019; Rohlena contro Repubblica Ceca, n. 59552/08, 18 aprile 2015; Maktouf e Damjanović contro Bosnia Erzegovina, n. 2312/08 e n. 34179/08, 18 luglio 2013; Ould Dah contro Francia, n. 13116/03, 17 marzo 2009.

Ne discendeva che, nel caso di specie, la questione della possibile violazione del principio di non retroattività della legge penale da parte dell'articolo 300.1 del codice penale armeno del 2009 doveva essere valutata dal tribunale nazionale competente, alla luce delle presunte azioni o omissioni dell'imputato e delle altre circostanze del caso concreto, sulla base delle quali, nel rispetto dell'articolo 7 del testo convenzionale, occorreva confrontare le conseguenze giuridiche che l'applicazione dell'una o dell'altra disposizione comportava per l'imputato.

Pertanto, laddove, facendo applicazione di tali parametri ermeneutici, i giudici armeni dovessero stabilire che l'applicazione dell'articolo 300.1 del codice penale armeno del 2009 potrebbe avere conseguenze più gravi per l'imputato Robert Kocharyan rispetto al previgente articolo 300 del codice penale, non potrebbero fare applicazione della norma penale intervenuta successivamente, atteso che l'articolo 7 della Convenzione non

consente che una legge posteriore rispetto al comportamento criminoso possa essere applicata *sfavor rei*.

### **Osservazioni finali**

La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che si è esaminata concerne un caso di particolare risonanza, riguardando l'incriminazione dell'ex presidente della Repubblica armena Robert Kocharyan.

In questa cornice, la Corte, nell'affermare la possibilità di incriminare un soggetto sulla base di norme costituzionali o di rango gerarchico superiore, ribadisce che tale opzione ermeneutica non si pone in contrasto con i parametri convenzionali e, in astratto, appare rispettosa del principio di non retroattività della legge penale, affermato dall'art. 7 della Convenzione.

L'osservanza di questi principi, al contempo, postula un vaglio, che deve essere compiuto dal giudice penale nazionale e deve incentrarsi sulle circostanze del caso concreto, attraverso cui valutare gli effetti giuridici che l'applicazione dell'una o dell'altra disposizione, tenuto conto dell'intervenuta successione nel tempo di leggi penali, comporta per l'imputato.

Si tratta di un tema, che nel nostro sistema penale investe l'applicazione del principio di irretroattività della norma incriminatrice in *sfavor rei*, così come disciplinato dall'art. 2 cod. pen., che pone delicati problemi di compatibilità dell'ordinamento italiano, modellato sul principio di legalità formale, sia rispetto ai sistemi di *common law* sia rispetto ai parametri convenzionali, resi evidenti da alcune pronunzie di legittimità particolarmente dibattute, tra cui si richiamano le sentenze – intervenute in tema di concorso esterno in associazione di tipo mafioso – Sez. 1, n. 43112 del 06/07/2017, Contrada, Rv. 273095-01, nonché Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861-01.

## ART. 8 CEDU

**DIRITTO ALLA 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 – 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 CEDU.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 19 gennaio 2021, Lacatus contro Svizzera*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-207377>

### ***CORTE EDU, LACATUS C. SVIZZERA DEL 19 GENNAIO 2021 LA MENDICITÀ INOFFENSIVA NON PUÒ ESSERE CRIMINALIZZATA***

#### **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, Djiorgjevic, 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 mendicITÀ** 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 mendicITÀ.

## **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 mendicITÀ, 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 mendicITÀ 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 mendicITÀ").

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

- 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 mendicITÀ, consistenti in una semplice domanda d'aiuto.

### **Le affermazioni della Corte EDU nel caso concreto.**

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

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

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

Da un'analisi della giurisprudenza interna, poi, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come il Tribunale Federale svizzero avesse già escluso in passato l'utilità di ricorrere a misure

meno restrittive per ottenere il risultato perseguito di arginare la pubblica mendicizia. Tuttavia, secondo la Corte, pur disponendo lo Stato di un certo **margin** di **apprezzamento** discrezionale in materia, il rispetto dell'articolo 8 CEDU esige un esame dettagliato della situazione concreta, **caso per caso**, da parte dell'autorit  giudiziar

Specificamente, quanto all'argomento del Governo federale svizzero, secondo cui uno degli obiettivi della disposizione dell'art. 11A della LGP   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 finalit , ha espresso dubbi circa la funzionalit  della criminalizzazione della mendicizia rispetto a tale obiettivo.

Si   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 vulnerabilit  ed ha esortato proprio le autorit  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 attivit  illecite, in quanto costrette a farlo.

Si  , 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,   stato ritenuto infondato dalla Corte di Strasburgo, atteso che non si   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 n  all'obiettivo della lotta contro la criminalit  organizzata, n  a quello di tutelare i diritti dei passanti, dei residenti e dei proprietari di esercizi commerciali. In definitiva, per la Corte EDU, la ricorrente   una persona estremamente vulnerabile punita per aver chiesto l'elemosina in una situazione in cui, molto probabilmente, non aveva altra alternativa per sopravvivere, sicch  la sanzione applicata attent

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

Si   pure ricordato, quale monito particolarmente rilevante, il parere del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla povert  estrema e sui diritti umani<sup>16</sup>, secondo cui l'obiettivo di

---

<sup>16</sup> Il Rapporto (A/66/265, 4 agosto 2011), sottoposto all'Assemblea delle Nazioni Unite, testualmente afferma:

**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 umani<sup>17</sup>.

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*.

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

---

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.*

<sup>17</sup> 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.

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.)<sup>18</sup>, 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"<sup>19</sup>, 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 reato<sup>20</sup>.

Un nuovo ed ulteriore orizzonte in questo percorso sembra oggi schiudersi alla luce della

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

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

**ART. 8 CEDU**

**DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – INTEGRITÀ FISICA E MORALE –  
MANCANZA DI PROTEZIONE DELL'INTEGRITÀ PERSONALE DI UN MINORE  
VULNERABILE.**

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

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

**Si rimanda a pag. 131 per il Report.**



## ART. 8 CEDU

### **DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - INTEGRITÀ FISICA E MORALE - "VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA" DI UNA VITTIMA DI VIOLENZA SESSUALE A SEGUITO DI RILIEVI MORALIZZANTI E STEREOTIPI SESSISTI NELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA - INDAGINE EFFICACE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210299>

#### **CLASSIFICAZIONE**

**Art 8 CEDU** • Obblighi positivi • Diritto al rispetto della vita privata • Integrità fisica e morale • **"Vittimizzazione secondaria"** di una vittima di violenza sessuale a seguito di colpevoli **rilievi moralizzanti** e **veicolazione di stereotipi sessisti** nella **motivazione della sentenza** • Indagine efficace • Risarcimento del danno morale

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Art. 8 CEDU

**Norme rilevanti dell'ordinamento italiano:** artt. 2, 111 Cost.; artt. 392, 472, 572 cod. proc. pen.; artt. 609-bis, 609-ter, 609-octies cod. pen.; artt. 90-bis, 90-ter, 90-quater, 392, 398, 472, 498, 499 cod. proc. pen.; d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; legge 15 ottobre 2013, n. 119; legge 19 luglio 2019, n. 69.

**Norme di diritto internazionale:** Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul) del 7 aprile 2011, ratificata dall'Italia il 10 settembre 2013 ed entrata in vigore il 1 agosto 2014; Parere n. 11 (2008) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) sulla qualità delle decisioni giudiziarie; Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, adottata il 25 ottobre 2012, che stabilisce norme minime in materia di diritti, sostegno e protezione delle vittime di reato e sostituisce la Decisione Quadro 2001/220/GAI del Consiglio, recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 212 del 15 dicembre 2015; Settimo rapporto sull'Italia del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, pubblicato il 4 luglio 2017 (CEDAW/C/ITA/7); Primo rapporto di valutazione sull'Italia del Gruppo di esperti del Consiglio d'Europa sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica ("GREVIO") pubblicato il 13 gennaio 2020.

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

**Sentenze CEDU richiamate:** *M.C. c. Bulgaria* n. 39272/98 §§ 153, 166 e 168; *M.N. c. Bulgaria*, n. 3832/06, §§ 49 40, 177 27 novembre 2012; *N.Ç. c. Turchia*, n. 40591/11, §§ 95 9-97, 9 febbraio 2021; *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, § 23, serie A n. 91; *Doorson c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1996, § 70; *S.N. v. Svezia*, no. 34209/96,

§ 47, CEDU 2002 V; *Aigner v. Austria*, no. 28328/03, § 35, 10 maggio 2012; *Y. c. Slovenia* n. 41107/10 §§ 97 e 101, 108,109; *A e B c. Croazia*, n. 7144/15, § 121, 20 giugno 2019; *M. c. Croazia* [GC], n. 60561/14, §§ 312-320, 25 giugno 2020; *B. c. Romania*, n. 42390/07, §§ 50 e 57, 10 gennaio 2012; *Sanchez Cardenas c. Norvegia*, n. 12148/03, §§ 33-39, 4 ottobre 2007; *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, n. 17484/15, §§ 33-36 e 54, 25 luglio 2017.

**Corte di cassazione:** Sez. 5, n. 21030 del 08/06/2020; Sez. 3, n. 16614, del 04/03/2020; Sez. 3, n. 15683 del 05/03/2019; Sez. 3, n. 58318 del 09/11/2018, Rv. 274739; Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017; Sez. 3, n. 46464 del 09/06/2017; Sez. 4, n. 23093 del 02/02/2017, Rv. 269998; Sez. 3, n. 38496 del 19/05/2016; Sez. 2, n. 43278 del 24/09/2015, Rv. 265104; Sez. 6, n. 27185 del 27/03/2014, Rv. 260064; Sez. 4, n. 6777 del 24/01/2013, Rv. 255104; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214; Sez. 3, nn. 45700 e 45699 del 26/10/2011; Sez. 3, n. 28913 del 03/05/2011, Rv. 251075; Sez. 4, n. 35984 del 10/10/2006, Rv. 234830; Sez. 6, n. 7180 del 12/12/2003, Rv. 228013.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Prima Sezione, 27 maggio 2021, J.L. c. Italia (ricorso n. 5671/16).**

### **Abstract**

*La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione dell’art 8 CEDU nei confronti della ricorrente, persona offesa in un procedimento penale riguardante una violenza sessuale di gruppo.*

*Benché l’indagine e il procedimento giudiziario siano stati condotti in modo compatibile con gli obblighi positivi imposti dall’articolo 8 CEDU, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali abbiano omesso di tutelare la ricorrente dalla vittimizzazione secondaria alla luce del contenuto della sentenza di appello, che è parte integrante del procedimento penale, e di notevole rilievo, soprattutto in considerazione della sua natura di atto pubblico. In particolare, la Corte EDU ha giudicato ingiustificati i riferimenti all’abbigliamento intimo indossato dalla ricorrente, al suo orientamento sessuale, alle sue relazioni sentimentali; inappropriate le considerazioni sulla sua "attitudine ambivalente rispetto al sesso" desunta, peraltro, dalle sue scelte in ambito artistico-professionale nonché il giudizio sui motivi che, secondo la Corte d’appello, l’avrebbero indotta a denunciare i fatti.*

*Tali elementi, che attengono alla vita privata della presunta vittima, non erano in alcun modo rilevanti ai fini della valutazione della sua credibilità o dell’accertamento circa la sussistenza o meno del consenso, né giustificati dalla necessità di garantire un pieno esercizio di difesa agli imputati. Si è trattato, dunque, di una ingiustificata ingerenza nella sfera della vita privata della ricorrente lesiva del suo diritto all’immagine, dignità e privacy che costituiscono estrinsecazione del diritto al rispetto della vita privata di cui all’art 8 CEDU. La discrezionalità e indipendenza della magistratura incontrano un limite nell’obbligo di non divulgare informazioni personali di un soggetto coinvolto in un procedimento penale, a meno che le stesse siano pertinenti all’oggetto del giudizio. Ritiene la Corte che il*

*linguaggio e gli argomenti usati in sede d'appello abbiano veicolato rilievi moralizzanti e pregiudizi sul ruolo delle donne nella società italiana, tali da ostacolare una tutela efficace dei diritti delle vittime della violenza di genere, nonostante l'Italia disponga di un quadro legislativo idoneo a tutela delle vittime di violenza sessuale. Nella risposta istituzionale alla violenza di genere, è essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre, nelle sentenze, stereotipi sessisti e argomentazioni colpevolizzanti e moralizzanti che espongono le donne ad una vittimizzazione secondaria e indeboliscono la fiducia delle vittime nella giustizia.*

## **FATTO**

Nel luglio del 2008, la ricorrente, nata nel 1986, all'epoca dei fatti studentessa di storia dell'arte e teatro, ha denunciato di essere stata vittima, sotto l'effetto di alcol, di uno stupro di gruppo perpetrato da sette uomini.

Si apriva così il procedimento penale in cui si sono costituiti parti civili la ricorrente e il Comune di Firenze. Con sentenza del 14 gennaio 2013 il Tribunale di Firenze ha condannato sei dei setti imputati ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 609-*bis*, secondo comma, n. 1), e 609-*octies* cod. pen., per avere indotto una persona in stato di inferiorità psico-fisica a compiere o subire atti di natura sessuale; gli imputati sono stati invece assolti dall'accusa di violenza sessuale di gruppo connotata da violenza o minaccia di cui al 1° comma dell'art. 609-*bis* cod. pen.

Il giudice di primo grado ha riscontrato incongruenze in alcune parti della versione dei fatti fornita dalla ricorrente; ha ritenuto, tuttavia, alla luce di un orientamento della giurisprudenza di legittimità, che la sua credibilità potesse essere valutata attraverso una "valutazione frammentaria" delle sue dichiarazioni dal momento che non era emersa contraddizione fattuale e logica tra le varie parti del suo racconto.

Con sentenza del 4 marzo 2015 la Corte d'appello di Firenze, in riforma della sentenza di primo grado, ha pronunciato l'assoluzione di tutti gli imputati dal reato di cui all'art. 609-*bis*, secondo comma, n. 1), cod. pen., perché "il fatto non sussiste".

La Corte d'Appello ha osservato come la credibilità della persona offesa non potesse subire alcun frazionamento idoneo a supportare una parte delle accuse, trattandosi di un singolo episodio di presunta violenza sessuale. Ha ritenuto che le diverse contraddizioni nella versione dei fatti della ragazza, nonché una serie di elementi oggettivi (i risultati degli esami forensi effettuati nell'auto in cui si era consumato il fatto e sugli indumenti dei soggetti coinvolti, il referto dell'esame ginecologico, l'esame dei tabulati telefonici) fossero idonei a minarne l'attendibilità complessiva.

Il giudice di secondo grado ha escluso altresì la sussistenza di uno stato di inferiorità fisica e psichica anche latente della ragazza o che vi fosse stata una revoca del consenso agli atti sessuali inizialmente espresso. Sotto tali profili, la Corte d'Appello ha descritto la ragazza

come un "soggetto fragile ma al tempo stesso creativo, disinibito, in grado di gestire la propria bisessualità e di avere rapporti occasionali di cui nel contempo non era convinta"; ha richiamato, inoltre, alcune testimonianze che avevano delineato un atteggiamento provocatorio della ragazza allorché "aveva mostrato gli slip rossi mentre cavalcava un toro meccanico". Secondo il convincimento dei giudici di appello la ricorrente, denunciando l'episodio al centro antiviolenza, aveva cercato di "stigmatizzare" il fatto di non aver ostacolato l'esperienza di gruppo, allo scopo di reprimere un "discutibile momento di fragilità e debolezza che una vita non lineare come la sua avrebbe voluto censurare". Riteneva che la condotta tenuta della presunta vittima prima e dopo i fatti (come la partecipazione dopo il fatto ad un "workshop" estivo denominato "Sex in Transition") dimostrassero un atteggiamento "ambivalente nei confronti del sesso" che l'aveva portata a compiere scelte vissute in maniera contraddittoria e traumatica.

La sentenza della Corte d'Appello di Firenze è divenuta definitiva il 20 luglio 2015 in quanto né la Procura generale di Firenze né le parti civili hanno proposto ricorso per Cassazione. Il 5 agosto 2015 è stata presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro della Giustizia un'interrogazione parlamentare sulle motivazioni della sentenza della Corte d'Appello di Firenze e sulla loro compatibilità con le disposizioni delle leggi nazionali e internazionali in materia di tutela dei diritti delle vittime di abusi sessuali e di contrasto alla violenza sulle donne, ma la questione non è stata esaminata.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Invocando **la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU**, la ricorrente afferma d'aver subito una discriminazione per la mancata adozione di misure volte a tutelare la sua integrità personale nel corso di un processo penale di violenza sessuale in cui la stessa è parte offesa, rimproverando le autorità nazionali di non aver protetto il suo diritto al rispetto della vita privata e dell'integrità personale nell'ambito del procedimento penale. La ricorrente lamenta altresì d'aver subito una discriminazione a causa del suo sesso, in violazione dell'art. 14 CEDU, sostenendo che l'assoluzione dei presunti aggressori, insieme all'atteggiamento ostile delle autorità giudiziarie durante il procedimento penale, siano il frutto di pregiudizi sessisti.

La Corte ha ritenuto **ammissibile** il ricorso con riguardo **all'art. 8** (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) **CEDU**.

### **LE RISPOSTE DELLA CORTE EDU**

La Corte EDU osserva, innanzitutto, come l'art. 8 imponga un obbligo positivo in capo allo Stato di proteggere l'integrità fisica dell'individuo, che si sostanzia nel dovere di prevedere disposizioni di diritto penale che puniscano efficacemente ogni atto sessuale non consensuale. In questioni di gravità efferata come lo stupro, tale obbligo può estendersi

fino ai profili inerenti l'effettività dell'indagine penale funzionale all'attuazione di tali disposizioni.

Analizzando le circostanze specifiche del caso in esame, la Corte riconosce che la legge italiana punisce la violenza sessuale, sia essa commessa con violenza, minaccia, abuso di autorità, sfruttamento dell'inferiorità psico-fisica della vittima o inganno (art. 609-*bis* cod. pen.); inoltre il codice penale prevede il reato autonomo – e più severamente punito – della violenza di gruppo, *ex art. 609-octies*. Pertanto, a parere della Corte di Strasburgo, lo Stato italiano ha predisposto un quadro normativo idoneo a tutelare i diritti delle vittime di violenza sessuale ed è, sotto questo profilo, esente da critiche. Inoltre, per quanto concerne il profilo dell'efficacia dell'inchiesta, la Corte osserva che le autorità, a seguito di una segnalazione del centro antiviolenza a cui la ricorrente si era rivolta, hanno aperto un'inchiesta d'ufficio quattro giorni dopo i fatti. In considerazione di questo e di tutti gli altri elementi del procedimento, la Corte non può ritenere che le autorità nazionali siano state passive, o che siano venute meno al loro dovere di diligenza o, ancora, all'obbligo di celerità nella valutazione di tutte le circostanze del caso. Ciò che rileva quindi è comprendere se, da un lato, alla ricorrente è stata garantita una tutela effettiva dei suoi diritti, in quanto presunta vittima, e se, dall'altro, il meccanismo giudiziario previsto dal diritto penale italiano è stato carente al punto da comportare una violazione degli obblighi positivi di cui all'art. 8 CEDU.

La Corte EDU premette che, per ciò che riguarda le decisioni giudiziarie, non può sostituirsi alle autorità nazionali nella valutazione dei fatti di causa, il cui apprezzamento esula dalla sua competenza, né può pronunciarsi sulla responsabilità penale dei presunti aggressori. Tuttavia, la Corte rileva come numerosi passaggi della sentenza della Corte d'Appello di Firenze che menzionano la vita personale e intima della ricorrente abbiano arrecato un danno ai suoi diritti derivanti dall'art. 8 CEDU. La Corte EDU considera del tutto ingiustificati i riferimenti della Corte d'Appello alla lingerie rossa "mostrata" dalla ricorrente durante la serata, così come i commenti riguardanti la sua bisessualità, le sue relazioni sentimentali e i rapporti sessuali occasionali avvenuti prima dei fatti.

Parimenti, la Corte EDU considera inappropriate le considerazioni relative all'"atteggiamento ambivalente della ricorrente nei confronti del sesso", che la Corte d'Appello ha dedotto, tra l'altro, dalle sue decisioni in materia artistica, come quella di partecipare al workshop "Sex in Transition". Inoltre, la Corte EDU ritiene che la valutazione della decisione della ricorrente di denunciare i fatti – che secondo la Corte d'Appello rappresentava la volontà di "stigmatizzare" e sopprimere un "discutibile momento di fragilità e debolezza" – così come il riferimento alla sua "vita non lineare", siano deplorabili e irrilevanti. La Corte EDU ritiene che i suddetti argomenti e le considerazioni della Corte d'Appello non siano stati utili per valutare la credibilità del ricorrente, né siano risultati decisivi per la risoluzione del caso, ma riconosce che nel caso di specie la questione della

credibilità della ricorrente fosse cruciale, e ammette che il riferimento alle sue relazioni passate con i singoli imputati, o a certi suoi comportamenti durante la serata, possano considerarsi giustificati. Tuttavia, la situazione familiare della ricorrente, le sue relazioni sentimentali, il suo orientamento sessuale o anche la sua scelta di abbigliamento, così come le sue attività artistiche e culturali, non possono essere considerate rilevanti per la valutazione della sua credibilità e della responsabilità penale degli imputati. Pertanto, ad avviso della Corte EDU, le violazioni della vita privata e dell'immagine della ricorrente non possono essere ritenute giustificate dalla necessità di salvaguardare il diritto di difesa degli imputati.

La Corte EDU ritiene che gli obblighi positivi di tutelare le presunte vittime della violenza di genere impongano anche il dovere di proteggere la loro immagine, la dignità e la *privacy*, anche attraverso la non divulgazione di informazioni e dati personali non correlati ai fatti. Questo obbligo è del resto inerente alla funzione giudiziaria, e deriva sia dal diritto nazionale che da vari strumenti internazionali. In questo senso, il potere dei giudici di esprimersi liberamente nelle loro decisioni, che è manifestazione del loro potere discrezionale e del principio di indipendenza della magistratura, è limitato dall'obbligo di tutelare l'immagine e la vita privata degli individui da interferenze ingiustificate.

A tal riguardo la Corte EDU considera che il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'appello sono idonei a trasmettere pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e, sono suscettibili di impedire l'effettiva tutela dei diritti delle vittime di violenza di genere, nonostante un quadro legislativo considerato, come detto in precedenza, soddisfacente. Infatti, l'utilizzo di un linguaggio colpevolizzante e moraleggiante potrebbe comportare una sfiducia delle vittime di violenza di genere nel sistema giudiziario: è essenziale che l'autorità giudiziaria eviti di riprodurre stereotipi nelle sentenze, e di esporre dunque le donne a una vittimizzazione secondaria. La Corte osserva, sul punto, che il settimo rapporto sull'Italia del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne e il rapporto GREVIO hanno notato una resistenza della società Italiana rispetto all'obiettivo dell'uguaglianza di genere. Ne consegue che, nonostante nel caso in esame le autorità nazionali abbiano garantito il rispetto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU sotto il profilo sia dell'indagine che del procedimento, i diritti della ricorrente ai sensi dello stesso articolo non sono stati adeguatamente tutelati alla luce del contenuto della sentenza di appello. La redazione della sentenza costituisce parte integrante del procedimento penale e riveste massima importanza, soprattutto in considerazione del suo carattere pubblico, cosicché il suo contenuto è idoneo a ledere i diritti e gli interessi della ricorrente, divenendo strumento di vittimizzazione secondaria.

La Corte di Strasburgo conclude affermando la violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU, accordando alla ricorrente un risarcimento per danni non patrimoniali di

euro 12.000,00.

Per quanto concerne la violazione dell'art. 14 CEDU lamentata dalla ricorrente, osserva che questa denuncia è assorbita dalla precedente.

### **OPINIONE DISSENZIENTE DEL GIUDICE WOJTYCZEK**

Il giudice polacco dissente dalla valutazione della maggioranza, ritenendo non sussistente nel caso di specie la violazione dell'art. 8 CEDU, sulla base dei seguenti rilievi:

- contraddizione logica della sentenza tra la parte in cui afferma che le autorità nazionali non hanno adeguatamente tutelato la ricorrente dalla vittimizzazione secondaria nel corso del procedimento e quella in cui si riconosce che l'indagine e il procedimento fossero stati condotti nel rispetto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 CEDU;
- in considerazione della natura del caso di specie, era inevitabile che venissero toccati aspetti intimi e privati della ricorrente così come degli imputati, in quanto necessari all'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del reato: nell'esercizio del suo potere discrezionale, la Corte di appello di Firenze ha ritenuto essenziale esaminare anche i fatti precedenti e successivi all'episodio oggetto del processo;
- le osservazioni contenute nella sentenza di appello, giudicate come lesive dei diritti della ricorrente, vanno lette nel contesto delle argomentazioni su cui si fonda la motivazione della sentenza di assoluzione;
- l'approccio adottato dalla maggioranza del collegio può compromettere il diritto di difesa degli imputati, i quali possono avere un legittimo interesse a che vengano valutati nel corso del procedimento alcuni elementi di fatto sensibili relativi alla vita privata della presunta vittima e che gli stessi emergano anche nella sentenza di assoluzione;
- la Corte EDU non chiarisce quali siano i pregiudizi sul ruolo delle donne veicolati dalla sentenza di appello né perché le affermazioni in questione siano moraleggianti o colpevolizzanti, trattandosi peraltro di proposizioni di fatto e non di giudizi di valore;
- in una democrazia liberale il diritto penale costituisce *extrema ratio*: se è vero che il diritto penale è uno strumento essenziale per combattere la violenza, il suo ruolo nella lotta contro la disuguaglianza di genere non dovrebbe essere comunque sopravvalutato.

### **OSSERVAZIONI FINALI: LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA PER L'ORDINAMENTO ITALIANO**

#### **Vittimizzazione secondaria e statuto della vittima.**

Il codice di procedura penale, allo scopo di evitare che la persona offesa sia esposta ad un'ipotesi di vittimizzazione secondaria, prevede regole e garanzie a tutela dell'offeso, e da una lettura sistematica del codice emerge un vero e proprio statuto della vittima, implementato con nuovi diritti e facoltà partecipative dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212

(artt. 90-*bis* –che, tra le altre informazioni da fornire alla persona offesa da parte dell'autorità procedente, prevede quella sulle eventuali **misure di protezione** che possono essere attivate dalla persona offesa, nonché sui **centri antiviolenza e i servizi di assistenza** alle vittime di reato – 90-*ter*, 90-*quater*, cod. proc. pen.), che ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE. Va ricordato che quest'ultima ha introdotto il metodo dell'**individual assessment**, al fine di modulare le tecniche di tutela in funzione della specifica vulnerabilità della persona offesa o del testimone e della particolare esposizione a vittimizzazione secondaria o ripetuta (v. art. 90-*quater* cod. proc. pen., che fa riferimento non solo all'età della vittima, ma anche al tipo di reato e alle modalità e circostanze del fatto). Consapevole del fatto che la vittimizzazione secondaria possa rappresentare una "maledizione" endemica nel processo penale, il legislatore italiano ha previsto diverse misure finalizzate a 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: l'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., che introduce una particolare forma di incidente probatorio "liberalizzato" – nel senso che non è condizionato alla grave e particolare urgenza ovvero irripetibilità della testimonianza – quando debba assumersi la testimonianza di un minore ovvero della persona offesa maggiorenne, nel caso di delitti contro la libertà individuale, e, in ogni caso, quando la testimonianza venga resa da persona offesa particolarmente vulnerabile, con l'evidente finalità di tutelarne la dignità e l'integrità morale (con riferimento alla norma specularmente prevista per la fase dibattimentale, art. 498, commi 4-*ter* e 4-*quater*, cod. proc. pen., v. *ex multis*, Sez. 3, n. 58318 del 09/11/2018, Rv. 274739); l'art. 398, commi 5-*bis*, 5-*ter*, 5-*quater*, cod. proc. pen. – cui corrisponde, per la fase dibattimentale, l'art. 498, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. – che stabilisce **particolari modalità di svolgimento dell'udienza di assunzione della prova dichiarativa** nei casi sopra menzionati, assicurando la documentazione integrale delle dichiarazioni mediante **riproduzione fonografica o audiovisiva**, anche al fine di ridurre al minimo la necessità di una futura rinnovazione, preservando al contempo i c.d. elementi cinetici della comunicazione e, dunque, la stessa genuinità e attendibilità della prova; l'art. 472, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., che, derogando alla regola della pubblicità dell'udienza dibattimentale, stabilisce che la persona offesa di un **delitto contro la libertà individuale** possa chiedere che si proceda **a porte chiuse**, anche solo per una parte di esso, e che in un procedimento di tale natura, non siano ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa, neanche entro i limiti di cui all'art. 194, comma 2, cod. proc. pen., a meno che non siano necessarie alla ricostruzione del fatto. Infine, in ambito d'istruzione dibattimentale, l'art. 498, comma 4-*quater*, cod. proc. pen., prevede particolari accorgimenti in sede di esame della vittima di reati che coinvolgono la



sfera della sessualità, attraverso l'adozione di modalità protette per l'esame della persona offesa, qualora questi o il suo difensore ne faccia richiesta. Il giudice che presiede l'udienza è investito del potere-dovere di curare che "l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona" (art. 499, comma 4, cod. proc. pen.) e di intervenire, anche d'ufficio, durante l'esame, "per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni" (art. 499, comma 6, cod. proc. pen.).

Ancora, sempre nell'ottica di garantire tutela alle vittime di reati sessuali, il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali, così come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 che ha recepito il Regolamento UE 2016/679), all'art. 52 prevede che l'interessato possa chiedere, per motivi legittimi, che venga apposta sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento.

La disposizione distingue tra le ipotesi in cui l'oscuramento dei dati personali di un soggetto processuale deve essere eseguito sulla base delle emergenze del caso concreto (comma 2) da quelle in cui **l'oscuramento** deve essere eseguito **obbligatoriamente** (comma 5). Rientrano nel secondo ambito, connotato da obbligatorietà, soggetti coinvolti in procedimenti penali concernenti reati contro la famiglia (artt. da 556 a 574-*bis* cod. pen.), reati di cui agli artt. 414-*bis* e 416, settimo comma, cod. pen., reati di cui all'art. 591 cod. pen., reati di cui agli artt. da 600-*bis* a 600-*octies* e da **609-*bis* a 609-*undecies* cod. pen.**, reati di cui all'art. 643 cod. pen., reati di cui all'art. 734-*bis* cod. pen., reati in tema di prostituzione, reati in materia di interruzione volontaria della gravidanza, reati in materia di procreazione medicalmente assistita, e reati commessi da o in danno di minorenni. In queste ipotesi, secondo quanto previsto dal decreto in questione, l'oscuramento deve riguardare non solo i dati identificativi dell'interessato, ma ogni altro dato, anche relativo a terzi, tramite il quale si possa risalire anche direttamente alla sua identità.

### **Statuto probatorio delle dichiarazioni accusatorie della vittima di reati sessuali (nella giurisprudenza di legittimità).**

La giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare il principio secondo cui alle dichiarazioni della persona offesa **non si applicano le regole dettate dall'art. 192, comma 2, codice di rito, potendo esse essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di responsabilità dell'imputato**, previa **verifica della credibilità** soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto che deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone (*ex plurimis*, Sez. 5, n. 21030 del 08/06/2020; Sez.

2, n. 43278 del 24/09/2015, Rv. 265104; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214; Sez. 3, nn. 45700 e 45699 del 26/10/2011; Sez. 3, n. 28913 del 03/05/2011, Rv. 251075). Pertanto, la deposizione della persona offesa si configura, nel vigente ordinamento processuale, come **prova piena**, come tale **non necessitante di alcun elemento di riscontro**, salva la necessità di **vagliarne scrupolosamente la credibilità soggettiva e l'attendibilità** del narrato (Sez. 3, n. 16614, del 04/03/2020; Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Rv. 253214). Al pari di qualsiasi altra testimonianza, è **sorretta da una presunzione di veridicità** e dunque il giudice, pur essendo tenuto a valutarne criticamente il contenuto, verificandone l'attendibilità, non può assumere come base del proprio convincimento l'ipotesi che il teste riferisca scientemente il falso salvo che sussistano specifici e riconoscibili elementi atti a rendere fondato un sospetto di tal genere, in assenza dei quali egli deve presumere che il dichiarante, fino a prova contraria, riferisca correttamente quanto a sua effettiva conoscenza (Sez. 3, n. 38496 del 19/05/2016; Sez. 6, n. 27185 del 27/03/2014, Rv. 260064; Sez. 4, n. 6777 del 24/01/2013, Rv. 255104; cfr. anche Sez. 6, n. 7180 del 12/12/2003, Rv. 228013 e Sez. 4, n. 35984 del 10/10/2006, Rv. 234830).

Inoltre, in tema di reati sessuali, è considerata **legittima** una **valutazione frazionata delle dichiarazioni** della parte offesa quando questi siano **riferite** ad una **molteplicità e diversità di episodi succedutesi** nel tempo, in quanto un eventuale giudizio di inattendibilità su alcune dichiarazioni non inficia le credibilità delle altre parti del racconto, non essendo sempre e necessariamente ravvisabile in tale ipotesi, un'interferenza fattuale e logica tra le parti del discorso (*ex multis*, Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017).

### **Valutazioni sullo "stile di vita" della vittima di reati sessuali (nella giurisprudenza di legittimità).**

La Corte di Strasburgo, con la sentenza in commento, ha ritenuto talune espressioni e argomentazioni utilizzate dalla Corte di appello di Firenze quali fattori determinanti un caso di **vittimizzazione secondaria**, in quanto ultronee rispetto all'oggetto del giudizio e allo scopo della sentenza. A tale riguardo, può osservarsi come un analogo giudizio negativo circa l'uso di espressioni moralizzanti o colpevolizzanti che espongono la persona offesa di reati contro la libertà sessuale ad una vittimizzazione secondaria (trasferendole parte della responsabilità per il reato subito) sia stato più volte affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità. La Corte di Cassazione ha, in particolare, sottolineato come, **in tema di reati sessuali**, elementi quali le abitudini sessuali della persona offesa, il suo modo di vivere la propria corporeità, di concepire il sesso e la vita sessuale in generale, in sintesi, i suoi **costumi sessuali**, siano del tutto **ininfluenti** ai fini della **valutazione** della sua **credibilità** e inidonei a rendere fondato il sospetto che la stessa dichiari il falso (Sez. 3, n. 46464 del 09/06/2017). Né, aggiunge la Cassazione, i costumi sessuali della persona

offesa possono costituire argomento di prova circa la **sussistenza**, reale o putativa, del suo **consenso**, potendo rilevare solo se e nella misura in cui siano necessari alla ricostruzione del fatto (art. 472, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.).

Ancora, con la sentenza Sez. 3, n. 15683 del 05/03/2019, è stata annullata con rinvio, la sentenza d'appello che aveva assolto due imputati condannati in primo grado per aver concorso nel delitto di violenza sessuale di gruppo ai danni di una giovane donna, sottolineando come, ai fini della valutazione della credibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa che denuncia atti di violenza, il giudice non può dar rilievo al suo **aspetto fisico**, trattandosi di elemento del tutto **irrilevante** e non decisivo per vagliarne **l'attendibilità**. In relazione al vizio di motivazione per l'uso di argomenti (l'aspetto della vittima) irrilevanti in quanto eccentrici rispetto al dato di comune esperienza, la sentenza richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Sez. 4, n. 23093 del 02/02/2017, Rv. 269998) secondo cui è affetta da **vizio di motivazione** la decisione del giudice di merito che, **fondandosi apparentemente su una massima di esperienza**, in realtà **valorizza** un mero **convincimento soggettivo**.

## Art. 8 CEDU

**DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE – FAMIGLIA NATURALE E CONVIVENTE DI FATTO – AMBITO DI TUTELA – DIFFERENZE TRA LA CEDU (ARTT. 8 E 12) E LA CDFUE (ART. 9) – ART. 384 C.P. – SCUSANTE A NATURA SOGGETTIVA CHE INVESTE DIRETTAMENTE LA COLPEVOLEZZA.**

Cass. Pen., Sez. U, n. 10381 del 26/11/2020, dep. 17/03/2021, Fialova, Rv. 280574- [01](#)

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20210317/snpen@sU0@a2021@n10381@tS.pdf&host=&port=-1&sid={216C4F71}&hca=&hcf=>

### CLASSIFICAZIONE

Famiglia – Vita familiare – Convivenza *more uxorio* – Tutela – Questione controversa: estensione dell'operatività della disciplina di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente *more uxorio*.

### RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI:

Artt. 8 e 12 Conv. EDU;

artt. 9 e 33, § 1, CDFUE;

art. 23, comma 2, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici;

art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

### RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNI:

Artt. 2 e 29 Cost.;

art. 384 cod. pen.

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (Corte EDU):

Corte EDU, 13/06/1979, Marckx c. Belgio; Corte EDU, 18/12/1986, Johnston c. Irlanda, § 55; Corte EDU, 26/05/1994, Keegan c. Irlanda; Corte EDU, 13/12/2007, Emonet ed altri c. Svizzera; Corte EDU, 05/01/2010, Jaremowicz c. Polonia; Corte EDU, 27/04/2010, Moretti e Benedetti c. Italia; Corte EDU, 24/06/2010, Schalk and Kopf c. Austria; Corte EDU, 03/04/2012, Van der Heijden c. Paesi Bassi; Corte EDU, 21/07/2015, Oliari ed altri c. Italia.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Cass. pen., Sez. U, n. 10381 del 26/11/2020, dep. 17/03/2021, Fialova.**

### **ABSTRACT**

Chiamate a decidere "se l'ipotesi di cui all'art. 384, primo comma, cod. pen., sia applicabile al convivente *more uxorio*", le Sezioni Unite hanno passato in rassegna le disposizioni della Convenzione EDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – CDFUE che contengono garanzie riguardanti la famiglia, la vita familiare ed il diritto di sposarsi, concludendo che gli artt. 8 e 12 Conv. EDU, come interpretati dalla Corte EDU, non divergono dal modello normativo disegnato dagli artt. 2 e 29 Cost., mentre gli artt. 9 e 33, § 1, CDFUE sembrano tutelare più ampiamente la molteplicità e varietà delle relazioni di tipo familiare.

### **IL CASO**

Le Sezioni Unite penali della Corte di cassazione sono state chiamate a risolvere il contrasto esistente in ordine alla possibilità di applicare al convivente *more uxorio* l'istituto di cui all'art. 384, comma primo, cod. pen. (a norma del quale, "Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore"), e, con la sentenza segnalata, hanno affermato il seguente principio di diritto:

*«l'art. 384, comma 1, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente more uxorio da un grave ed inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore».*

In motivazione (f. 25), hanno specificamente chiarito che l'istituto non ha natura di causa di non punibilità in senso stretto (come tale, eccezionale e quindi insuscettibile di analogia *in bonam partem*) bensì di "scusante a struttura soggettiva, che investe direttamente la colpevolezza", e ciò rende, rispetto ad esso, operante l'analogia *in bonam partem*.

### **I DIRITTI GARANTITI DALLE FONTI SOVRANAZIONALI**

Ai fini della decisione in ordine alla questione controversa, si è reso necessario verificare le garanzie eventualmente previste per le unioni di fatto dalla Convenzione EDU (riepilogando gli orientamenti della Corte EDU sul punto) e dalla CDFUE, ciò in quanto "le decisioni della Corte di cassazione favorevoli ad un allargamento della portata applicativa dell'art. 384 cod. pen. alle coppie di fatto richiamano spesso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che invece dalle sentenze ascrivibili nell'orientamento contrario, tra cui la

*stessa ordinanza di rimessione, viene svalutata o, meglio, ritenuta scarsamente significativa".*

## **LE GARANZIE PREVISTE DALLA CONVENZIONE EDU**

Le Sezioni Unite hanno ricordato che anche la Corte EDU, come la Corte costituzionale, *"riconosce la discrezionalità del legislatore nel prevedere diverse soglie di tutela dei vincoli discendenti dal matrimonio e dalla convivenza di fatto in relazione alla necessità di proteggere i contro-interessi in gioco"*, poiché:

- da un lato *"riconduce nella sfera applicativa dell'art. 8 Conv. EDU, nella parte in cui protegge la "vita familiare", la tutela dei vincoli affettivi discendenti dalla convivenza di fatto"*;
- dall'altro lato, tuttavia, *"considera legittima la limitazione di tale diritto in ragione dell'esigenza di tutelare gli interessi connessi all'amministrazione della giustizia penale, riconoscendo altresì la possibilità di bilanciamenti differenziati per le coppie sposate e le convivenze di mero fatto, secondo la discrezionale valutazione del legislatore"* (cfr. Corte EDU, 03/04/2012, Van der Heijden c. Paesi Bassi).

La Corte EDU è ormai ferma nel ricomprendere nel concetto di "vita familiare", costituente oggetto della garanzia di cui all'art. 8, § 1, Conv. EDU, anche la vita dei conviventi di fatto; la nozione di "vita familiare" include, infatti, secondo la giurisprudenza convenzionale (cfr. Corte EDU, 13/06/1979, Marckx c. Belgio; Corte EDU, 26/05/1994, Keegan c. Irlanda; Corte EDU, 05/01/2010, Jaremowicz c. Polonia; Corte EDU, 27/04/2010, Moretti e Benedetti c. Italia; Corte EDU, 24/06/2010, Schalk and Kopf c. Austria; Corte EDU, 21/07/2015, Oliari ed altri c. Italia):

- sia le relazioni giuridicamente istituzionalizzate (famiglia legittima);
- sia le relazioni fondate sul dato biologico (famiglia naturale);
- sia, infine, quelle che costituiscono "famiglia" in senso sociale, alla condizione che sussista l'effettività di stretti e comprovati legami affettivi.

Si addivene, nel complesso, ad una nozione di "vita familiare" ricomprensiva sia della famiglia fondata sul matrimonio, sia quella basata sulla relazione di fatto tra conviventi, riconoscendo all'art. 8 una portata applicativa più ampia rispetto all'art. 12 Conv. EDU, la cui garanzia è riferibile alla sola famiglia fondata sul matrimonio (Corte EDU, 26/05/1994, Keegan c. Irlanda; Corte EDU, 18/12/1986, Johnston c. Irlanda, § 55; Corte EDU, 13/06/1979, Marckx c. Belgio; v., inoltre, Corte EDU, 13/12/2007, Emonet ed altri c. Svizzera).

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, evidenziato che gli artt. 8 e 12 Conv. EDU, come interpretati dalla giurisprudenza convenzionale, non divergono – per quanto potrebbe assumere rilievo ai fini della risoluzione della questione controversa – dal modello normativo disegnato dagli artt. 2 e 29 Cost., poiché *«sia nel sistema convenzionale che in*

*quello interno sono riconosciuti, e costituiscono oggetto di tutela, i diritti dei singoli che nascono, si esprimono e si sviluppano all'interno di un nucleo familiare, fatta salva la possibilità di un trattamento non omogeneo correlato alla diversità dei modelli di relazioni familiari, alla luce di un giusto bilanciamento operato, a livello nazionale, fra le legittime istanze di tutela di interessi generali (ad es., sicurezza nazionale, protezione della salute o della morale, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, ecc.) e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali della persona».*

Sia nel sistema interno che in quello convenzionale, *«le diverse tipologie di unioni familiari rappresentano fenomeni distinti l'uno dall'altro, il cui pacifico riconoscimento, fondato sulla non esclusività della specifica tutela garantita alla famiglia fondata sul matrimonio e, al contempo, sulla consapevolezza della pari dignità delle scelte legate all'avvio di una convivenza senza matrimonio, non determina l'effetto di una generale equiparazione fra modelli che restano comunque diversi e, come tali, non possono essere appiattiti l'uno sull'altro, né fra loro integralmente assimilati».*

#### **LE GARANZIE PREVISTE DALLA CDFUE**

Le Sezioni Unite hanno, al contrario, registrato che la CDFUE tutela più ampiamente la molteplicità e varietà delle relazioni di tipo familiare: l'art. 9 CDFUE, pur ispirandosi all'art. 12 Conv. EDU, all'art. 23, comma 2, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici ed all'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che enunciano in forma unitaria il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, *«presenta una formulazione letterale più ampia, poiché, nel rinviare alle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano l'esercizio, riconosce e garantisce separatamente i due diritti, isolando il diritto di fondare una famiglia dal vincolo matrimoniale stricto sensu inteso e in tal modo creando le condizioni per estenderne la tutela anche in favore di altre forme di relazione familiare»*; il *dictum* dell'art. 9 è, inoltre, rafforzato dall'art. 33, § 1, CDFUE, che garantisce "la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale".

In tal modo, secondo le Sezioni Unite, il "diritto di sposarsi" *«viene riconosciuto, tra le libertà fondamentali tutelate dal capo secondo, in modo disgiunto rispetto al "diritto di fondare una famiglia", così realizzando una significativa apertura nei confronti delle famiglie di fatto, in quanto la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la scelta, del tutto legittima, di convivere senza matrimonio viene riconosciuta e tutelata anche al di fuori della presenza di vincoli formali nei rapporti familiari. Al tradizionale favor per il matrimonio, (...), si sostituisce in tal modo la pari dignità di ogni forma di convivenza alla quale una legislazione nazionale decida di dare la sua regolamentazione».*

**ART. 8 CEDU**

**INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI O COMUNICAZIONI - UTILIZZAZIONE IN ALTRI PROCEDIMENTI – TUTELA DELLA RISERVATEZZA – UTILIZZO, NELLE INDAGINI DISCIPLINARI, NON IN CONFORMITÀ ALLA LEGGE – DIVIETO.**

*Corte europea diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia*  
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208800>

**Si rimanda a pag. 214 per il Report.**



## ART. 8 CEDU

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

*Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, Centrum för rättvisa c. Svezia.*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210078>

*Corte EDU, Grande Camera, 25 maggio 2021, Big Brothers Watch e altri c. Regno Unito.*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210077>

### **Classificazione**

Art. 8 CEDU – Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Art. 10 CEDU – Libertà di espressione – **Intercettazioni di massa di comunicazioni o conversazioni** – Inquadramento giuridico delle forme di *Intelligence* elettromagnetica (ROEM) – Minacce poste agli Stati dalle reti internazionali che utilizzano Internet per comunicare – Conformità convenzionale – Condizioni.

### **Riferimenti normativi convenzionali**

CEDU, art. 8, 10, 41.

### **Riferimenti normativi per l'ordinamento italiano**

Cost., artt. 3, 15; artt. 266, 267 cod. proc. pen.; art. 132, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196

### **Riferimenti giurisprudenziali**

#### **Sentenze della Corte EDU**

Breyer c. Germania, 30 gennaio 2020, n. 50001/12; Zakharov c. Russia, 4 dicembre 2015, n. 47143/06; Liberty e altri c. Regno Unito, 1/7/2008; Weber e Saravia c. Germania, dec. n. 54934/00 del 29/6/2006; Pantano c. Italia, 6 novembre 2003, n. 60851/00; Huvig c. Francia, 24 aprile 1990; Kruslin c. Francia, 24/4/1990.

#### **Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea**

Grande Sez., 2 marzo 2021, C-746/18, U.K. c. Prokuratuur; Grande Sez., 6 ottobre 2020, La Quadrature du net e aa. (C-511/18, C-512/18, C-520/18); Grande Sez., 6 ottobre 2020, Privacy International (C-623/17); Grande Sez., 2 ottobre 2018, Ministerio Fiscal (C-207/16); Grande Sez., 21 dicembre 2016, Tele 2 Sverige AB e a. (C-203/15 e C-698/15); Grande Sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland Ltd e a. (C-293/12 e C-594/12).

### **Sentenze della Corte di cassazione.**

Sez. 2, n. 5741 del 10/12/2019, Dedej, Rv. 278568-01; Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, R., Rv. 277353-01; Sez. 5, n. 33851 del 24/04/2018, M., Rv. 273892-01.

### **Pronunce segnalate.**

**Corte EDU, Centrum för rättvisa c. Svezia, 25 maggio 2021, ricorso n. 164/2021.**  
**Corte EDU, Grande Camera, Big Brothers Watch e altri c. Regno Unito, 25 maggio 2021, ricorsi n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15.**

### **Abstract**

*La Corte Edu, Grande Camera, ha ritenuto sussistente la violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione in relazione ad **un sistema di intercettazioni di massa concernente sia il contenuto delle conversazioni che i dati ad esse relativi, allorché la legislazione nazionale non preveda**: a) la necessità di un' **autorizzazione** preventiva di tali intercettazioni da parte di un **giudice o di un organo indipendente dall'esecutivo**; b) la possibilità di un **controllo successivo** da parte di un organo parimenti indipendente, non necessariamente giudiziario, dei dati acquisiti, soprattutto in caso di acquisizioni "accidentali" di dati concernenti le comunicazioni dei giornalisti; c) le parole chiave in base alle quali le comunicazioni intercettate verranno poi selezionate ed esaminate.*

### **I) Il caso Centrum för rättvisa c. Svezia**

Con la pronuncia in esame la Corte EDU si pronunciava sul ricorso proposto dal "Centrum för rättvisa", una fondazione senza scopo di lucro che ha sede a Stoccolma, costituita nel 2002; essa rappresenta i suoi assistiti nelle controversie sui diritti, soprattutto nei confronti dello Stato.

La parte ricorrente, in particolare, prospettava il rischio che le sue comunicazioni fossero state intercettate per mezzo di strumenti di intelligence elettromagnetica, che avevano consentito la captazione sistematica delle comunicazioni su base giornaliera tra soggetti privati, organizzazioni e aziende, svedesi ed estere, tramite e-mail, telefono e fax. Tali forme di intercettazione erano intervenute per ragioni di sicurezza, interna ed estera, senza

che fossero preventivamente chiari i presupposti e i limiti entro cui i dati telematici potevano essere acquisiti e conservati presso appositi archivi informatici.

Occorre precisare ulteriormente che la parte ricorrente non aveva avviato alcun procedimento interno, sostenendo che non vi era rimedio effettivo per le sue denunce alla Convenzione.

Il ricorso, pertanto, pone il problema dell'inquadramento delle forme di intelligence elettromagnetica, definite con l'acronimo di **ROEM**, che viene definita dalla Corte EDU come **l'attività finalizzata a intercettare, elaborare, analizzare e riportare informazioni trasmesse da segnali elettronici, che possono essere convertiti in testo, immagine o suono.**

La risoluzione di tale questione ermeneutica veniva affrontata dalla Corte EDU sulla base di un'accurata ricognizione del sistema normativo svedese, nel quale la raccolta di segnali elettronici convertibili è una forma di intelligence disciplinata dalle leggi interne, che ne attribuiscono il controllo istituzionale all'Istituto Nazionale di Difesa Radio, che è un'agenzia governativa operante sotto la vigilanza del Ministero della Difesa, autorizzata allo svolgimento di forme di intelligence elettromagnetica, realizzate attraverso strumenti di intercettazione di massa.

Tale Istituto è composto da un giudice e da altri membri nominati per un quadriennio e svolge la sua attività in assoluta segretezza.

### **La decisione della Corte EDU**

La Corte EDU accoglieva il ricorso proposto dal "Centrum för rättvisa", ritenendo, che, sulla base della prospettazione della parte ricorrente, doveva ritenersi violata la norma dell'art. 8, par. 2, CEDU, a tenore del quale non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla riservatezza «a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

L'assunto ermeneutico da cui muoveva la Corte EDU trae origine dalla constatazione della proliferazione delle minacce poste agli Stati membri dagli utenti della rete telematica, pubblici e privati: esse comportano il pericolo di intercettazioni illegali realizzate attraverso sofisticate tecnologie, fermo restando che l'uso di forme preventive di massa, in quanto tali, soprattutto laddove effettuate per ragioni di sicurezza, non può essere ritenuto contrario alla disposizione dell'art. 8 CEDU.

In questa cornice, la Corte EDU riteneva che, in considerazione del costante sviluppo delle tecnologie comunicative, le forme di intercettazione di massa comportano il rischio potenziali di abusi telematici seriali, idonei a determinare la lesione dei diritti individuali

delle persone e degli enti giuridici; ne deriva la necessità di bilanciare le esigenze di sicurezza collettiva – a garanzia delle quali viene ribadita la legittimità di forme di intercettazione di massa, realizzata con meccanismi di intelligence elettromagnetica – con le prerogative di libertà individuale, mediante un giudizio che deve essere eseguito, caso per caso, sulla base della preliminare ricognizione dei sistemi giuridici di riferimento.

Occorre, pertanto, valutare in concreto la proporzionalità delle misure adottate per assicurare la realizzazione di forme di intelligence elettromagnetica rispettose dell'art. 4, che postulano una verifica sulla legittimità di ogni fase del percorso applicativo degli strumenti di intercettazione di massa; le relative operazioni devono essere sottoposte a un controllo adeguato, eseguito da autorità indipendenti, sia all'inizio sia alla fine di ciascun segmento del procedimento captativo, sul modello dell'Istituto Nazionale di Difesa Radio, che, sul piano dei principi, appare idoneo a soddisfare le esigenze che si sono richiamate. Tuttavia, tale verifica, secondo la Corte EDU, deve essere eseguita nel rispetto di alcuni parametri essenziali, che devono essere definiti dal diritto nazionale in modo che il regime in questione possa essere considerato conforme ai principi della Convenzione EDU e dare luogo al bilanciamento delle esigenze che si sono richiamate nel rispetto della giurisprudenza convenzionale (Breyer c. Germania, 30 gennaio 2020, n. 50001/12).

Applicando questi parametri ermeneutici al regime svedese di intercettazione di massa, la Corte EDU rilevava che i servizi di intelligence del Paese scandinavo hanno compiuto un grande sforzo di contemperare le esigenze di sicurezza e individuale richiamate, pur essendosi create talune disarmonie applicative che meritavano di essere segnalate.

Tali disarmonie applicative, che imponevano una rimediazione complessiva del sistema di intercettazione di massa svedese, in particolare, riguardavano 1) l'assenza di una norma chiara in materia di distruzione dei dati intercettati, laddove non contenenti dati personali; 2) il fatto che la legge svedese non precisava quali fossero i meccanismi di tutela dei diritti individuali quando le informazioni acquisite venivano condivise con partners stranieri; 3) quali erano i parametri applicabili per massimizzare le forme di controllo a posteriori delle informazioni acquisite.

## II) Il caso Big Brother Watch e altri c. Regno Unito

Con tre separati ricorsi, le organizzazioni impegnate nella promozione delle libertà civili e dei diritti dei giornalisti e i singoli soggetti (tutti indicati nell'elenco allegato alla sentenza in commento) hanno dedotto che, a causa delle loro attività, era probabile che le loro comunicazioni elettroniche di carattere trans-nazionale fossero state intercettate dal servizio segreto del Regno Unito o da questo ricevute da altri governi stranieri o, infine, ottenute dal Regno Unito dai fornitori dei relativi servizi.

Al momento della domanda il regime delle intercettazioni di massa era disciplinato all'interno del sistema britannico dal c.d. RIPA (Regulation of Investigatory Powers Act) del

2000 e consentiva al Segretario di Stato di autorizzare, nell'interesse della sicurezza nazionale, un mandato relativo a tali intercettazioni – concernenti le comunicazioni "esterne" in quanto inviate o ricevute al di fuori del territorio del Regno Unito, a condizione che fossero necessarie per prevenire o investigare su gravi reati, o per la salvaguardia del benessere economico del Regno Unito, e proporzionate allo scopo perseguito.

Inoltre, in base ad un accordo del 5 marzo 1946 tra Regno Unito e Stati Uniti di America, è consentito lo scambio tra i due Paesi delle informazioni relative a tali comunicazioni "esterne".

La decisione della Corte EDU

a) Le garanzie necessarie nel sistema di intercettazioni di massa

La Corte ha accolto parzialmente i ricorsi sulla base di considerazioni analoghe a quelle esaminate nel caso che precede.

Tenuto conto della legislazione internazionale in materia (in particolare, la Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 68/167 del 18/12/2013 e la Convenzione del Consiglio di Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale del 28 gennaio 1981), del diritto dell'Unione (artt. 7, 8 e 11 della Carta di Nizza e le Direttive sulla protezione dei dati personali) nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia, la Corte EDU ha affermato che, in linea generale, l'art. 8 della Convenzione non vieta l'uso del sistema delle intercettazioni di massa (ad oggi ammesso da Finlandia, Francia, Germania, Olanda, Svezia, Svizzera e Regno Unito) per proteggere la sicurezza nazionale o altri interessi nazionali contro serie minacce esterne. A tal riguardo, precisa la Corte, gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere quale sistema di intercettazione adottare a tale scopo, ma tale margine di discrezionalità va poi a restringersi nella fase operativa in cui è necessaria l'adozione di numerose garanzie a tutela da forme di arbitrio e di abuso. Nel procedere alla valutazione della qualità della "base legale" legittimante un siffatto sistema, la Corte, ribadendo precedenti arresti in tema di intercettazioni (tra le altre, con particolare riferimento alle intercettazioni di massa, Corte EDU, Weber e Saravia c. Germania, dec. n. 54934/00 del 29/6/2006), ha individuato, oltre ai requisiti della accessibilità e prevedibilità, sei garanzie minime (c.d. garanzie "Weber") che la legge dovrebbe prevedere per evitare detti abusi in materia di intercettazioni: 1) la natura dei reati che possono giustificare un provvedimento di intercettazione; 2) la predeterminazione dei soggetti che possono essere intercettati; 3) il limite di durata delle intercettazioni; 4) la procedura da seguire per esaminare, utilizzare e conservare i dati ottenuti; 5) le precauzioni da adottare quando tali dati vengono comunicati a terzi; 6) le circostanze in presenza delle quali i dati intercettati devono essere cancellati o distrutti.

Tali garanzie minime, precisa la Corte, rilevano non solo con riferimento alle intercettazioni del contenuto delle comunicazioni, ma anche nel caso, come quello in esame, in cui sia consentita anche l'acquisizione di massa dei dati relativi a dette comunicazioni, in quanto idonee a rivelare informazioni sulla vita privata, come l'identità o la posizione geografica di chi invia o riceve la comunicazione.

Tenuto conto della natura "preventiva" delle intercettazioni di massa rispetto a quelle con destinatario predeterminato, la Corte ha rilevato che le prime due garanzie, tra le sei sopra specificate, non sono direttamente applicabili al sistema delle intercettazioni di massa. Tuttavia, ha ritenuto indispensabile che, allorché uno Stato decida di adottare tale sistema, la legge contenga delle norme dettagliate sulle condizioni in presenza delle quali le autorità possono ricorrere a tali misure.

Ciò premesso, la Corte ha rilevato che il sistema delle intercettazioni di massa si sviluppa in quattro diverse fasi cui consegue una crescente interferenza nella vita privata.

Nella prima fase si procede alle intercettazioni di massa delle comunicazioni e dei dati ad esse relativi.

Nella fase successiva si procede alla individuazione delle comunicazioni di possibile interesse investigativo – e, dunque, anche dei soggetti che ne sono protagonisti – sulla base di parole chiave, "selettori", che possono anche avere una connotazione particolarmente "forte" (come, ad esempio, ove si utilizzi l'indirizzo di posta elettronica di un determinato soggetto per selezionare il materiale intercettato).

Le fasi successive attengono, infine, all'analisi ad opera di specialisti del contenuto delle comunicazioni selezionate ed al loro utilizzo, divulgazione o trasmissione a servizi segreti stranieri.

Al fine di ridurre al minimo il rischio di abusi di potere e di assicurare che ogni interferenza risponda al requisito della "necessità in una società democratica", la Corte ha affermato che l'intero processo deve essere soggetto ad un costante controllo, dal principio alla fine ("end to end safeguards"), in merito alla necessità e proporzionalità delle misure adottate. Ciò comporta che ogni fase del processo relativo alle intercettazioni di massa – inclusa l'autorizzazione iniziale, l'individuazione dei "selettori" delle comunicazioni, l'utilizzo, conservazione e distruzione delle stesse – deve essere oggetto di controllo da parte di un giudice o, comunque, di un organo terzo, indipendente dall'esecutivo.

Tale controllo dovrà essere assicurato anche ex post. Infatti, chiunque sospetti che le proprie comunicazioni siano intercettate dai servizi segreti deve poter accedere ad un rimedio effettivo attraverso la possibilità di un ricorso dinanzi ad un organo indipendente, non necessariamente giudiziario, le cui decisioni dovranno essere legalmente vincolanti.

Analogamente garanzie dovranno essere assicurate anche nella condivisione con i servizi segreti di altri Stati (anche non contraenti) del materiale così intercettato. Tale condivisione potrà riguardare solo il materiale ottenuto attraverso un sistema conforme alla

Convenzione e dovrà rispettare le seguenti ulteriori garanzie: 1) fondamento legale dello scambio, con la specifica previsione delle circostanze in presenza delle quali è possibile tale condivisione; 2) lo Stato "trasferente" dovrà assicurarsi che lo Stato ricevente abbia adottato misure idonee a prevenire abusi; 3) adozione di garanzie maggiori quando si tratta di informazioni "confidenziali", ad esempio relative all'attività dei giornalisti; 4) necessità che il trasferimento sia sottoposto ad un controllo da parte di un organo indipendente.

Analoghe garanzie, sia pure attraverso previsioni legali che non siano necessariamente identiche a quelle adottate per le intercettazioni, dovranno essere assicurate anche nell'ipotesi di acquisizione di massa dei dati relativi alle comunicazioni che, ad avviso della Corte EDU, non possono considerarsi di per sé meno intrusive dell'intercettazione del relativo contenuto.

#### b) La decisione del caso concreto

Con riferimento al caso concreto, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione rilevando che la disciplina britannica non contiene sufficienti garanzie idonee a prevenire il rischio di abusi dall'inizio alla fine del procedimento avuto riguardo, tra l'altro ai seguenti fattori: mancanza di una previsione relativa all'iniziale autorizzazione da parte di un organo indipendente; mancata preventiva identificazione dei "selettori" delle comunicazioni; mancanza di prevedibilità delle circostanze in cui le comunicazioni possono essere esaminate.

Sulla base di analoghe considerazioni la Corte ha ravvisato, inoltre, una violazione dell'art. 10 della Convenzione. Pur distinguendo tra intercettazioni dirette e intercettazioni accidentali, la Corte ha rilevato che l'uso dei selettori, siano essi generici o di carattere "forte" (in quanto, ad esempio, correlati all'attività di un giornalista ed idonei a selezionare materiale confidenziale o ad individuarne le fonti), deve, comunque, essere soggetto ad un controllo da parte di un giudice o di un organo indipendente, di carattere preventivo ovvero, in caso di intercettazioni accidentali, di carattere successivo (quest'ultima in relazione all'analisi, uso, conservazione, trasmissione e distruzione del relativo materiale). Quanto allo scambio di informazioni con i servizi segreti americani, la Corte ha ritenuto che, alla luce delle garanzie adottate, non vi sia stata, invece, alcuna violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione.

Infine, quanto al regime di acquisizione diretta dei dati presso i fornitori dei servizi, la Corte ha ravvisato una violazione degli artt. 8 e 10 della Convenzione rilevando che un siffatto regime dovrebbe essere circoscritto alla lotta contro crimini gravi ("serious crime") e dovrebbe essere soggetto al preventivo esame di un giudice o di un organo indipendente.

### **Considerazioni finali**

Le due sentenze in commento, sebbene relative ad un sistema estraneo al nostro ordinamento giuridico, rappresentano un ulteriore tassello attraverso il quale le Corti sovranazionali stanno delineando il paradigma "europeo" degli istituti delle intercettazioni delle conversazioni e comunicazioni e dell'acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni. La Corte EDU, infatti, ponendosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, ha affermato che l'esigenza di assicurare un costante equilibrio tra gli interessi pubblici sottesi all'impiego di tali strumenti e la tutela della riservatezza delle comunicazioni e della vita privata e familiare può essere assicurata solo dall'intervento di un organo terzo e imparziale che ne autorizzi l'impiego ovvero ne verifichi ex post la legittimità.

Di particolare rilievo, alla luce di quanto recentemente affermato dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 2 marzo 2021, C-746/18, sono anche le affermazioni relative all'acquisizione diretta dei dati relativi alle comunicazioni presso i fornitori dei relativi servizi.

La lettura sinottica di tali pronunce potrebbe, dunque, essere di ausilio nella soluzione della questione ermeneutica nata proprio dalla citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito alla disapplicazione o meno dell'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, quale immediata ricaduta di tale pronuncia, e, in caso positivo, alla procedura da applicare, sia pure in via analogica, in attesa dell'intervento del legislatore.

Al riguardo, infatti, sono affiorate nella giurisprudenza di merito diverse interpretazioni, ora a favore dell'immediata disapplicazione dell'art. 132 e dell'applicabilità in via analogica degli artt. 266 e 267 cod. proc. pen. (come prospettato anche nel report sulla sentenza della Corte di Giustizia), ora, invece, contro tale disapplicazione, in considerazione del contenuto poco specifico della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sono state, infine, sottoposte ulteriori questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia in ordine alla efficacia ex nunc o ex tunc della pronuncia del 2 marzo scorso ed alla sua riferibilità anche all'ufficio del pubblico ministero che nell'ordinamento giuridico italiano si connota per l'autonomia e l'indipendenza dal potere esecutivo.

In attesa di una nuova pronuncia della Corte di Giustizia, nonché del probabile intervento del legislatore, anche questa Corte di cassazione potrebbe essere chiamata ad esaminare le ricadute della citata pronuncia della Corte di Giustizia del 2 marzo 2021 sul proprio – precedente orientamento ermeneutico in cui aveva ritenuto la compatibilità della disciplina italiana di conservazione dei dati di traffico – c.d. "data retention" – di cui all'art. 132, d.lgs 30 giugno 2003, n. 196, con le direttive n. 2002/58/CE e 2006/24/CE in tema di tutela della "privacy", come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE 8 aprile 2014, Digital Rights, C-293/12 e C-594/12; CGUE 21 dicembre 2016, Tele 2, C-203/15 e C-698/15) (Sez. 2, n. [5741](#) del 10/12/2019, dep. 2020, Dedej,



Rv. 278568; Sez. 5, n. [33851](#) del 24/04/2018, Rv. 273892; Sez. 3, n. [48737](#) del 25/09/2019, Rv. 277353).

## **Art. 8 CEDU**

**INDAGINI PRELIMINARI – ACCERTAMENTO TECNICO DNA - ACQUISIZIONE DI CAMPIONE DI MATERIALE BIOLOGICO (SALIVA) – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - MANCATA PREVISIONE LEGISLATIVA - VIOLAZIONE PROCEDURALE DELL'ART. 8 CEDU – SUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 14 aprile 2020, Dragan Petrović c. Serbia*

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-202345%22%5D%7D>

### **CLASSIFICAZIONE**

INDAGINI PRELIMINARI – ACCERTAMENTO TECNICO DNA - ACQUISIZIONE DI CAMPIONE DI MATERIALE BIOLOGICO (SALIVA) – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA - MANCATA PREVISIONE LEGISLATIVA - VIOLAZIONE PROCEDURALE DELL'ART. 8 CEDU – SUSSISTENZA.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

**CONVENZIONE EDU, art. 8**

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

*Buck v. Germany, no. 41604/98, ECHR 2005-IV; S. and Marper v. the United Kingdom [GC], nos. 30562/04 and 30566/04, ECHR 2008; Caruana v. Malta (dec.), no. 41079/16, 15 May 2018); Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, 24 January 2017; Société Colas Est and Others v. France, no. 37971/97, ECHR 2002-III; Chappell v. the United Kingdom, 30 March 1989, Series A no. 152-A; Smirnov v. Russia, no. 71362/01, 7 June 2007, and K.S. and M.S. v. Germany, no. 33696/11, 6 October 2016; Camenzind v. Switzerland, 16 December 1997, Reports 1997-VIII; Crémieux v. France, 25 February 1993, §§ 38-40, Series A no. 256-B; Mialhe v. France (no. 1), 25 February 1993, Series A no. 256-C; Posevini v. Bulgaria, no. 63638/14, 19 January 2017; Cakicisoy and Others v. Cyprus (dec.), no. 6523/12, 23 September 2014*

**Corte E.D.U., Quarta sezione, 14 aprile 2020, Application no. 75229/10 Dragan Petrović v. Serbia**

## **Abstract**

*- Superate le eccezioni di tardività ed inammissibilità del ricorso, la Corte, a maggioranza, ha ravvisato una violazione procedurale dell'art. 8 della Convenzione nell'esecuzione, da parte della polizia, con il consenso del ricorrente e l'autorizzazione del giudice delle indagini preliminari, di un prelievo di saliva, strumentale all'esame del D.N.A, in quanto avvenuto in assenza di una specifica previsione di legge che lo autorizzasse, stante il mancato riferimento nell'art. 131 cod.proc.pen. - all'epoca vigente - al prelievo di tale campione biologico, dettagliatamente disciplinato solo nel nuovo codice di procedura penale.*

*- La decisione è stata adottata con un voto contrario, motivato in considerazione della riconducibilità al citato art. 131 cod.proc.pen. del prelievo di saliva, avvenuto con il consenso del ricorrente e senza necessità di ricorrere alla forza, per superare la mancata collaborazione.*

## **Il Caso**

Nel luglio 2008, nel corso di indagini preliminari aventi ad oggetto un omicidio, la Polizia serba di Subotica è stata autorizzata dall'autorità giudiziaria, da un lato, ad eseguire la perquisizione dell'appartamento dove viveva il ricorrente Dragan Petrovic, al fine di ricercare gli oggetti sottratti alla vittima (un giubbotto di pelle nera) e le scarpe dell'indagato, da confrontare con le impronte lasciate sul luogo del delitto, e, dall'altro lato, a prelevare un suo campione di saliva per l'esecuzione dell'esame del D.N.A., da confrontare con le tracce rinvenute sul luogo del delitto.

Il 30 luglio 2008, alla presenza del suo difensore, Dragan Petrovic ha acconsentito al prelievo di saliva da parte delle forze dell'ordine.

Alla luce degli esami eseguiti il D.N.A. del ricorrente è risultato non coincidente con quello rinvenuto nei luoghi dei fatti.

Il 4 agosto 2008 il ricorrente ha presentato ricorso alla Corte costituzionale, lamentando la violazione del suo domicilio e del suo diritto alla vita privata, con riferimento all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli artt. 25 e 40 della Costituzione (l'art. 25 stabilisce che l'integrità fisica e mentale è inviolabile e che nessuno può essere sottoposto a torture, trattamenti inumani o degradanti e, senza il suo libero consenso, a sperimentazioni mediche o di altra natura; l'art. 40 tutela l'inviolabilità del domicilio). Nell'ordinamento serbo è consentito, difatti, impugnare dinanzi alla Corte costituzionale decisioni individuali o atti di organi ed enti pubblici che violano i diritti delle minoranze o le libertà costituzionali, laddove sono già stati esperiti o non sono previsti altri rimedi.

## **Le questioni processuali**

La Corte ha superato le eccezioni di tardività ed inammissibilità del ricorso, sollevate dalla Serbia, ribadendo che un ricorso costituzionale costituisce, in linea di principio, un effettivo rimedio interno ai sensi dell'art. 35 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sottolineando che, nel caso di specie, la Corte costituzionale serba si è pronunciata nel merito, proprio perché non era necessario l'esperimento di ulteriori rimedi interni.

## **Il merito**

*La violazione dell'art. 8 procedurale* [divieto di ingerenza, da parte della pubblica autorità, nella vita privata e familiare, nel proprio domicilio e nella propria corrispondenza, senza una previsione legge e costituisca una misura che, in una società democratica, a meno che tale ingerenza non sia prevista dalla legge e non sia necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui].

La Corte, all'unanimità, ha escluso che la perquisizione domiciliare, che integra una ingerenza nel domicilio, sia avvenuta in violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quanto fondata su una previsione della legislazione nazionale (artt. 77 e 79 del codice di procedura penale) e svoltasi in modo proporzionale rispetto al legittimo scopo perseguito (la prevenzione del crimine e la protezione dei diritti altrui), nei confronti di un soggetto gravemente indiziato di essere colpevole di omicidio, in base ad un mandato preciso e specifico.

La Corte, a maggioranza, ha, invece, ritenuto che il prelievo del campione biologico di D.N.A., che integra una ingerenza nella vita privata, sia stato eseguito in violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, poiché non fondato su una specifica previsione della legge nazionale, come confermato dal mancato richiamo di una disposizione normativa nel provvedimento dell'autorità giudiziaria e dall'art. 140 del nuovo codice di procedura penale, introdotto successivamente, che disciplina dettagliatamente il prelievo, a fini investigativi, di campioni biologici strumentali all'esame del D.N.A. Al contrario, l'art. 131 del codice di procedura penale, vigente all'epoca dei fatti, si limitava a stabilire in modo generico che l'autorità giudiziaria potesse ordinare che fosse prelevato un campione di sangue o potessero essere esperite altre procedure mediche se necessario per verificare fatti di rilievo, così consentendo questo tipo di intervento non solo nei confronti dell'indiziato di un crimine, ma nei confronti di un gruppo più ampio di persone. La Corte ha, inoltre, negato la rilevanza del consenso del ricorrente, in quanto espresso in base alla

minaccia costituita dal provvedimento dell'autorità giudiziaria ed alla conseguente possibilità che il prelievo fosse eseguito contro la sua volontà e con la forza.

### **Danno**

*Applicazione dell'art. 41 della Convenzione*

A fronte di una richiesta di riconoscimento del danno non patrimoniale, la Corte ha accordato al ricorrente la somma di euro 1.500,00 per la sola violazione ritenuta sussistente.

### **Il voto contrario del giudice Mourou-Vikström in ordine alle violazioni procedurali dell'art. 8.**

Non ha aderito alla maggioranza il giudice Mourou-Vikström, il quale ha rilevato che il prelievo di saliva fosse, comunque, riconducibile alla previsione normativa dell'allora vigente art. 131 cod.proc.pen., essendo ricompreso tra le altre procedure mediche, in quanto meno invasivo del prelievo di sangue, privo di conseguenze dannose per la salute e non doloroso. Il giudice dissenziente ha, inoltre, sottolineato il consenso del ricorrente, per il quale l'esame del D.N.A. ha rappresentato la prova decisiva a suo favore, che ha determinato l'archiviazione del procedimento nei suoi confronti.

## ART. 8 CEDU

**OBBLIGHI DI NATURA PROCEDURALE IN MATERIA DI SALUTE – EFFETTIVITÀ DELLE INDAGINI E DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO - NEGLIGENZA MEDICA – PARTO PREMATURO E RITARDATO INTERVENTO CHIRURGICO – GRAVE DISABILITÀ ALLA NASCITA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 26 marzo 2020, Barletta and Farnetano c. Italia*

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-202491%22%5D%7D>

### CLASSIFICAZIONE

**NEGLIGENZA MEDICA – PARTO PREMATURO E RITARDATO INTERVENTO CHIRURGICO – GRAVE DISABILITÀ ALLA NASCITA – ACCERTAMENTO DELLA CAUSA DELLE LESIONI ALL'INTEGRITÀ FISICA – OBBLIGHI DI NATURA PROCEDURALE IN MATERIA DI SALUTE – EFFETTIVITÀ DELLE INDAGINI E DURATA RAGIONEVOLE DEL PROCESSO**

### RIFERIMENTI NORMATIVI

**CONVENZIONE EDU, artt. 8**

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

***Guerra e altri c. Italia*, 19 febbraio 1998, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I; *Radomilja e altri c. Croazia* [GC], nn. 37685/10 e 22768/12, § 114, 20 marzo 2018; *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* [GC], n. 41720/13, § 127, 25 giugno 2019; *Mifsud c. Francia* (dec.) [GC], n. 57220/00, § 15, CEDU 2002-VIII, e *Karácsony e altri c. Ungheria* [GC], nn. 42461/13 e 44357/13, § 76, 17 maggio 2016, *Calvelli e Ciglio c. Italia* [GC], n. 32967/96, § 51, CEDU 2002-I; *Benmouna e altri c. Francia*, (dec.), n. 51097/13, 15 settembre 2015; *Todorovic c. Croazia*, (dec.), n. 52577/15, 19 giugno 2018; *Armani Da Silva c. Regno Unito* [GC], n. 5878/08, § 231, 30 marzo 2016; *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* [GC], n. 56080/13, §§ 214-221, 19 dicembre 2017, *Mehmet Ulusoy e altri c. Turchia*, n. 54969/09, §§ 90-93, 25 giugno 2019, e *Erdinç Kurt e altri*, sopra citata, §§ 54-56; *Vasileva c. Bulgaria*, n. 23796/10, § 65, 17 marzo 2016; *Yirdem e altri c. Turchia*, n. 72781/12, § 57, 4 settembre 2018; *Erdinç Kurt e altri*, sopra citata, § 57, e *Eryiğit c. Turchia*, n. 18356/11, § 51, 10 aprile 2018.**

PRONUNCIA SEGNALATA

**Corte E.D.U., Prima sezione, 26 marzo 2020, Application no. 55431/09 Barletta and Farnetano v. Italy**

### **Abstract**

- *La Corte ha ribadito la sua libertà di qualificare giuridicamente i fatti e riconosciuto la violazione del parametro di cui all'art. 8 della Convenzione, limitatamente all'elemento procedurale, in luogo di quelli invocati dai ricorrenti (1, 2, e 6).*
- *Ha ritenuto che il motivo di irricevibilità, dovuto al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, non si applichi agli obblighi di natura procedurale derivanti dall'art. 8 della Convenzione.*
- *Ha ravvisato, all'unanimità, la violazione dell'art. 8 della Convenzione, sotto il profilo procedurale, riconoscendo la lacunosità dei procedimenti interni circa l'accertamento della allegata negligenza medica in ragione della mancata tempestiva risposta dell'ordinamento giuridico italiano.*
- *Ha rinviato la decisione sui danni materiali alla definitività del procedimento civile interno ancora pendente e liquidato solo il danno morale.*

### **Il Caso**

L'11 dicembre 1994, la sig.ra Carla Barletta (prima ricorrente) fu ricoverata al pronto soccorso dell'ospedale di Sapri – reparto di ostetricia e ginecologia – a seguito della rottura prematura della membrana uterina e sottoposta a trattamento conservativo volto a continuare la gravidanza e a favorire lo sviluppo del feto giunto alla trentunesima settimana. Il successivo 20 dicembre, i medici decisero di procedere a intervento chirurgico (taglio cesareo) per comparsa di macchie ematiche scure.

Al momento della nascita, l'indice *Apgar* del neonato Gianluca Farnetano (secondo ricorrente) era pari a 1 e risalì rapidamente a 8 nei cinque minuti successivi al parto. A causa del suo stato di salute, egli fu trasferito nel reparto di patologia neonatale e di terapia intensiva dell'ospedale di Battipaglia, dove rimase ricoverato fino al 18 gennaio 1995. La diagnosi di dimissione indicò una «RDS ed encefalopatia ipossico-ischemica di quarto

grado» che aveva provocato una paralisi spastica. Il 6 novembre 1995, il secondo ricorrente fu ricoverato presso l'Istituto di neuropsichiatria infantile del Policlinico di Roma «Umberto I°», dove fu dichiarato tetraplegico. Dopo ulteriori ricoveri, gli fu diagnosticata un'atrofia ottica permanente e fu riconosciuto «cieco civile» e «disabile totale e permanente, con incapacità al lavoro pari al 100% e necessità di assistenza continua».

Il 16 gennaio 1999, i ricorrenti depositarono una denuncia alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Sala Consilina, denunciando la commissione di reati di falso in atti pubblici e di negligenze mediche per tutta la durata del ricovero e al momento del parto. All'esito dell'indagine, soprattutto sulla base dei risultati di una relazione peritale, il giudice per le indagini preliminari dispose il rinvio a giudizio di vari membri dell'*équipe* medica dell'ospedale di Sapri.

Con sentenza del 17 giugno 2002 (depositata il 2 luglio 2002), il Tribunale di Sala Consilina condannò due medici a due mesi con sospensione condizionale per il reato di lesioni gravi, e al versamento di una provvisoria per gli interessi civili di euro 52.000, rinviando al giudice civile per la liquidazione definitiva dei danni subiti dai ricorrenti, ritenendo provata la responsabilità penale dei due imputati e ricondotta la sofferenza fetale del secondo ricorrente al ritardo con cui era stato eseguito l'intervento chirurgico.

I due medici interposero appello, rinunciando alla prescrizione del reato di cui all'art. 589 cod. pen., maturata al 20 giugno 2002. Il 1° marzo 2005, la Corte d'appello di Salerno dispose perizia collegiale e, all'esito, gli ausiliari riconobbero l'insussistenza di « ... elementi tecnici che permettano di individuare, con una forte probabilità prossima alla certezza, un nesso di causalità tra il comportamento dei medici che hanno seguito la sig.ra C. Barletta durante il ricovero presso il reparto di ginecologia-ostetricia dell'ospedale di Sapri dall'11 al 25 dicembre 1994 e la tetraplegia da cui è affetto suo figlio G. Farnetano, in particolare per quanto riguarda il ritardo dell'intervento chirurgico (taglio cesareo) effettuato il 20 dicembre 1994 (...)». In riforma della sentenza di primo grado, i giudici d'appello assolsero i due imputati.

La Corte di cassazione, adita dai ricorrenti, rigettò i ricorsi con sentenza n. 28577 del 16/4/2009, dep. il 13/7/2009.

Il 24 gennaio 2011, i ricorrenti intentarono azione civile contro l'ospedale di Sapri e i due medici condannati in primo grado dal Tribunale di Sala Consilina, al fine di ottenere un risarcimento del danno. Il 15 maggio 2018, il Tribunale di Nocera Inferiore ha respinto la domanda dei ricorrenti, ritenendo che, nonostante il procedimento penale non producesse effetti preclusivi dell'azione civile, i risultati dell'istruttoria e delle perizie rese in sede penale avevano dimostrato l'assenza di responsabilità civile delle parti convenute, poiché il nesso di causalità tra le omissioni e le conseguenze sullo stato di salute del secondo ricorrente non era sufficientemente accertato.



I ricorrenti, in data non precisata, hanno proposto appello avverso la decisione sopra menzionata dinanzi alla Corte d'appello di Salerno e il procedimento non risulta ancora definito.

## **Le questioni processuali**

### ***Qualificazione giuridica dei fatti***

I giudici di Strasburgo, richiamando i principi già affermati in *Guerra e altri c. Italia*, 19 febbraio 1998, § 44, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I e *Radomilja e altri c. Croazia* [GC], nn. 37685/10 e 22768/12, § 114, 20 marzo 2018, hanno ritenuto la propria libertà di qualificare giuridicamente i fatti di causa e, a fronte della allegata violazione dei parametri di cui agli artt. 1, 2 e 6 della Convenzione, esaminato il ricorso dal punto di vista dell'art. 8 della Convenzione stessa che riguarda le questioni legate alla protezione dell'integrità morale e fisica delle persone, nel contesto delle cure mediche somministrate.

### ***Esaurimento delle vie di ricorso interne***

La Corte, ricordata la *ratio* dell'art. 35 §1 della Convenzione (dare ai giudici interni l'occasione che tale disposizione mira a garantire in linea di principio agli Stati contraenti, ossia evitare o riparare le violazioni dedotte contro gli stessi), ha richiamato *Calvelli e Ciglio c. Italia* [GC], n. 32967/96, § 51, CEDU 2002-I per evidenziare che, in materia di negligenza medica, l'obbligo di mettere in atto un sistema giudiziario effettivo derivante dagli articoli 2 e 8, viene rispettato se il sistema giuridico offre alle vittime un ricorso civile, da solo o combinato con un ricorso penale, che permetta di accertare la responsabilità dei medici interessati e di ottenere le riparazioni civili appropriate.

Poiché i ricorrenti, dopo la conclusione del procedimento penale, avevano volontariamente introdotto l'azione civile in un procedimento ancora pendente, la Corte ha ritenuto che questi ultimi potranno far valere le doglianze presentate dinanzi alla Corte e, se del caso, ottenere una riparazione proprio in tale procedimento. Di qui la irricevibilità del ricorso quanto al parametro di cui all'art. 8 sostanziale della Convenzione, la relativa doglianza risultando prematura [*mutatis mutandis*, *Benmouna e altri c. Francia*, (dec.), n. 51097/13, 15 settembre 2015] e, quindi, irricevibile ai sensi degli artt. 35, §§ 1 e 4 della Convenzione stessa, senza preclusione di nuovo ricorso in caso di non soddisfazione dell'esito del procedimento civile instaurato (tra le altre, *Todorovic c. Croazia*, (dec.), n. 52577/15, 19 giugno 2018).

## **Il merito**

*La violazione dell'art. 8 procedurale* [obbligo di condurre un'indagine imparziale e approfondita, rapida e adeguata, allo scopo di individuare i responsabili degli atti medici che hanno provocato la disabilità del secondo ricorrente].

La Corte, richiamando i principi affermati nella causa *Armani Da Silva c. Regno Unito* [GC], n. 5878/08, § 231, 30 marzo 2016, ha ritenuto che il motivo di irricevibilità sopra indicato non si estendesse anche agli obblighi di natura procedurale derivanti dall'art. 8 cit., avendo i ricorrenti denunciato la lunghezza del procedimento penale, avviato il 16 gennaio 1999 e conclusosi più di dieci anni dopo, con la decisione della Corte di cassazione del 13 luglio 2009, avuto riguardo alle conseguenze che hanno interessato la vita del secondo ricorrente.

Ha, poi, ricordato che gli articoli 2 e 8 della Convenzione implicano la realizzazione di un sistema giudiziario efficace e indipendente che permetta di stabilire la causa del decesso o delle lesioni all'integrità fisica di un individuo (*Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo* [GC], n. 56080/13, §§ 214-221, 19 dicembre 2017, *Mehmet Ulusoy e altri c. Turchia*, n. 54969/09, §§ 90-93, 25 giugno 2019, e *Erdinç Kurt e altri*, sopra citata, §§ 54-56), il che comporta anche l'obbligo di garantire una durata ragionevole del procedimento (*Vasileva c. Bulgaria*, n. 23796/10, § 65, 17 marzo 2016).

Quanto al primo punto, la Corte ha ritenuto che la complessiva adeguatezza dell'indagine condotta non fosse stata messa in discussione da elementi di quel procedimento, avendo i ricorrenti presentato una loro perizia, loro documentazione e memorie, beneficiando di un accesso agli elementi di prova prodotti durante l'indagine.

Quanto al secondo, viceversa, ha ritenuto che la durata del procedimento penale, conclusosi dopo oltre dieci anni, non potesse essere considerata ragionevole nel contesto della presente causa (*Yirdem e altri c. Turchia*, n. 72781/12, § 57, 4 settembre 2018), tenuto conto che lo scopo del processo era quello di fare luce su accuse di negligenza medica (*Erdinç Kurt e altri*, sopra citata, § 57, e *Eryiğit c. Turchia*, n. 18356/11, § 51, 10 aprile 2018).

Tale conclusione, peraltro, è stata ritenuta in prospettiva adattabile al procedimento civile, ancora pendente da oltre otto anni, durata non giustificata dalle circostanze della causa, avendo la Corte evidenziato che questi tempi di definizione sono di natura tale da prolungare un'incertezza logorante non soltanto per la parte richiedente, ma anche per i professionisti della salute interessati.

Ha, dunque, riscontrato una violazione dell'elemento procedurale dell'articolo 8 della Convenzione nel fatto che, a fronte di una doglianza difendibile di negligenza medica che ha portato alla grave disabilità del secondo ricorrente, i procedimenti interni erano stati lacunosi, non avendo l'ordinamento giuridico interno risposto in maniera sufficientemente tempestiva.

## **Danno**

### ***Applicazione dell'art. 41 della Convenzione***

A fronte di una richiesta di riconoscimento anche del danno materiale, la Corte ha ritenuto la irricevibilità del ricorso *in parte qua*, rinviando alla sua decisione di dichiarare questa parte del ricorso irricevibile in ragione del suo carattere prematuro e ha accordato ai ricorrenti una somma solo per il danno morale.

## ART. 8 CEDU

**PERQUISIZIONE DA PARTE DELLA POLIZIA DEL CORTILE DI UNA CASA E DELLA CELLA FRIGORIFERA AL SUO INTERNO – NOZIONE DI “DOMICILIO” – LUOGHI ISPEZIONATI NON INCOMPATIBILI CON L’USO RESIDENZIALE O PERSONALE E NON CHIARAMENTE DISTINTI E SEPARATI DALLA CASA – RICERCA E SEQUESTRO SENZA IL CONSENSO DEI RICORRENTI E SENZA LA PREVIA AUTORIZZAZIONE DI UN GIUDICE – MANCANZA DI UN CONTROLLO GIURISDIZIONALE A POSTERIORI EFFETTIVO SULL’ATTIVITÀ SVOLTA DALLA POLIZIA NEL DOMICILIO – MANCANZA DI GARANZIE PROCEDURALI SUFFICIENTI A PREVENIRE IL RISCHIO DI ABUSO DI POTERE DA PARTE DELLE AUTORITÀ – CONFIGURABILITÀ DI INTERFERENZE “NON PREVISTE” DALLA LEGGE – VIOLAZIONE DELL’ART. 8 CEDU.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 8 dicembre 2020, Bostan c. Moldavia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-206346>

### CLASSIFICAZIONE

**Art. 8 CEDU – Diritto al rispetto della vita, della famiglia, del domicilio e della corrispondenza** – Perquisizione da parte della polizia del cortile di una casa e della cella frigorifera al suo interno – **Nozione di “domicilio”** – Luoghi ispezionati non incompatibili con l’uso residenziale o personale e non chiaramente distinti e separati dalla casa – Ricerca e sequestro senza il consenso dei ricorrenti e senza la previa autorizzazione di un giudice – Mancanza di un controllo giurisdizionale a posteriori effettivo sull’attività svolta dalla polizia nel domicilio – Mancanza di garanzie procedurali sufficienti a prevenire il rischio di abuso di potere da parte delle autorità – **Configurabilità di interferenze “non previste” dalla legge.**

### RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 8 CEDU.

**Norme rilevanti dell’ordinamento italiano:** artt. 13 e 14 Cost.; art. 614 cod. pen.

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

**Sentenze CEDU richiamate:** *Heino c. Finlandia*, n. 56720/09, §§ 36, 55, 15 febbraio 2011; *DELTA PEKÁRNY a.s. c. Repubblica Ceca*, n. 97/11, §§ 87, 91, 103, 2 ottobre 2014); *Leveau e Fillon c. Francia*, nn. 63512/00 e 63513/00, 6 settembre 2005; *Khamidov c.*

*Russia*, n. 72118/01, § 131, 15 novembre 2007; *Işıldak c. Turchia*, n. 12863/02, § 48, 30 settembre 2008; *Faruggia c. Malta*, n. 67557/10, § 29, 6 marzo 2012; *Varga c. Romania*, n. 73957/01, § 67, 1° aprile 2008; *Gutsanovi c. Bulgaria*, n. 34529/10, §§ 217, 218, 220, 222, 223, 15 ottobre 2013; *Halabi c. Francia*, n. 66554/14, § 57, 16 maggio 2019; *Stoyanov e altri c. Bulgaria*, n. 55388/10, §§ 126, 130, 31 marzo 2016; *Modestou c. Grecia*, n. 51693/13, § 49, 16 marzo 2017.

**Corte costituzionale:** *ex plurimis*, n. 135 del 2002, n. 261 del 2004.

**Corte di cassazione:** *ex plurimis*, Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Rv. 234269; Sez. 5, n. 11419 del 17/11/2015, dep. 17/03/2016, Rv. 266372.

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Seconda Sezione, 8 dicembre 2020, *Bostan c. Moldavia* (ricorso n. 52507/09).

### **Abstract**

*La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU nei confronti dei ricorrenti, rilevando che il cortile di una casa e la cella frigorifera al suo interno – oggetto di perquisizione da parte dell'autorità investigativa in assenza dei ricorrenti ma con il consenso di un altro membro residente della famiglia – rientrano nella nozione di domicilio prevista da tale disposizione, in quanto luoghi non incompatibili con l'uso residenziale o personale e non chiaramente distinti e separati dalla casa; con la conseguenza che, in mancanza di autorizzazione preventiva da parte di un giudice e di effettivo controllo giudiziario a posteriori del provvedimento istruttorio impugnato, come previsto dal diritto moldavo, i ricorrenti non hanno beneficiato di sufficienti garanzie procedurali per prevenire il rischio di abuso di potere da parte delle autorità inquirenti, verificandosi, dunque, un'interferenza non "prescritta dalla legge" con la libertà domiciliare.*

### **IL CASO**

Nel novembre 2008, la polizia ha arrestato M.C., genero dei ricorrenti, cittadini Moldavi, al volante di un furgone vicino alla loro casa, caricato con carne di pollame priva di certificati di origine. M.C. ha riferito che vi era altra carne nella cella frigorifera allestita nel cortile della casa dei ricorrenti, presso la quale anche lui risiedeva e ha dato il suo consenso affinché la polizia ispezionasse la cella frigorifera nel cortile. A seguito dell'ispezione, la polizia ha sequestrato 4.924 kg di carne congelata. La polizia ha multato M.C. di circa 38 euro, per attività commerciale illegale, e ha confiscato la carne congelata.

Nel frattempo, i ricorrenti hanno presentato una denuncia penale contro gli agenti di polizia, per il reato di violazione di domicilio, affermando che M.C. viveva ad un indirizzo diverso e che erano gli unici residenti nei luoghi che erano stati perquisiti. Hanno lamentato che l'ispezione effettuata in loro assenza, senza il loro consenso e senza un mandato giudiziario, era contraria all'art. 8 CEDU e alle disposizioni del codice di procedura penale. Nel dicembre 2008, l'ufficio del pubblico ministero ha respinto la denuncia dei ricorrenti; questi ultimi hanno impugnato la decisione davanti al un giudice istruttore del tribunale competente, che ha respinto il loro ricorso.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Invocando la **violazione dell'art. 8**, gli interessati hanno adito la Corte EDU, sostenendo che i luoghi ispezionati facessero parte della loro abitazione e che la perquisizione, effettuata senza il loro consenso e in assenza di mandato o revisione giudiziaria *ex post*, era illegale.

### **LE RISPOSTE DELLA CORTE EDU**

La Corte prende le mosse dal fatto che gli agenti di polizia non sono entrati nella casa dei ricorrenti, ma sono entrati nel cortile della casa e hanno perquisito la cella frigorifera, luoghi non aperti al pubblico. Dagli atti non risultava: a) che il cortile della casa e la cella frigorifera fossero adibiti ad uso prettamente professionale, rendendo così incompatibile qualsiasi uso residenziale o personale da parte dei ricorrenti; b) che la casa fosse chiaramente distinta e separata dai locali ispezionati dalla polizia. Di conseguenza, la Corte ritiene che questi luoghi possano essere considerati come facenti parte del "domicilio" dei ricorrenti, ai sensi dell'art. 8 CEDU.

Successivamente, specifica che l'ispezione di quei luoghi aveva costituito un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro casa, che viola il richiamato art. 8, a meno che non sia "prescritta dalla legge", persegua uno o più scopi legittimi e sia "necessaria", "in una società democratica", per il raggiungimento di tale/i scopo/i. Nel caso di specie, la perquisizione e il sequestro erano stati effettuati senza la previa autorizzazione di un giudice, mentre le disposizioni pertinenti del codice di procedura penale moldavo (artt. 12, comma 1, 118 comma 2, e 279, comma 3) consentono alle autorità investigative di eseguire tali misure con il consenso della persona residente all'indirizzo interessato. Tuttavia, la Corte osserva che, nel caso di specie, solo una persona tra i residenti aveva dato il suo consenso alla perquisizione e le richiamate disposizioni di diritto interno non limitano in alcun modo il margine di manovra delle autorità investigative, le uniche competenti a valutare la necessità e l'ampiezza delle perquisizioni. Per la Corte, in tali situazioni, l'assenza di un mandato di perquisizione e sequestro può essere controbilanciata da un controllo giudiziario a posteriori sulla legalità e sulla necessità di tali misure

investigative. Ma la difesa del Governo moldavo non ha citato alcuna base giuridica o giurisprudenza nazionale a sostegno della sua tesi secondo cui il consenso fornito dal solo M.C. rendeva inutile il controllo a posteriori da parte di un giudice istruttore. Sul punto rileva che la formulazione dell'art. 12, comma 2, del codice di procedura penale, che impone alle autorità investigative di adire un giudice entro 24 ore a seguito delle misure investigative svolte in una casa senza un mandato giudiziario, suggerisce il contrario. La Corte osserva, poi, che lo scopo principale della procedura avviata dalla denuncia dei ricorrenti era di stabilire se vi fosse stata o meno una cattiva condotta penale da parte degli agenti di polizia e che non si riferiva direttamente alla regolarità dell'ispezione. Inoltre, risulta che i ricorrenti non hanno avuto a disposizione alcun ricorso per contestare lo svolgimento del controllo. Sul punto, la Corte rileva che, nella sua decisione sulla denuncia penale, il giudice istruttore ha considerato la questione della legalità delle azioni degli agenti di polizia, ponendo particolare enfasi sul consenso prestato da M.C. e sul fatto che risiedeva nella casa dei ricorrenti. Tuttavia, il giudice in questione non ha esaminato l'esercizio, da parte delle autorità inquirenti, del loro potere di valutare l'opportunità, la durata e la portata dell'ispezione, essendo dunque mancato, da parte del giudice nazionale, un esame effettivo della necessità della misura impugnata.

In conclusione, la Corte ritiene che, in mancanza di un'autorizzazione preventiva da parte di un giudice e di un effettivo controllo giudiziario a posteriori del provvedimento istruttorio impugnato, come previsto dal diritto moldavo, i ricorrenti non hanno beneficiato di garanzie procedurali sufficienti per prevenire il rischio di abuso di potere da parte delle autorità inquirenti. Pertanto, l'interferenza con il diritto dei ricorrenti al rispetto del domicilio non era "prescritta dalla legge" ai sensi dell'art. 8 CEDU e vi è stata violazione di questa disposizione.

### **OSSERVAZIONI FINALI**

Il profilo più importante, per l'ordinamento italiano, della pronuncia della Corte sembra essere quello relativo alla definizione di domicilio rilevante ai fini della Convenzione. Adottando un approccio casistico, la Corte richiama una definizione di domicilio ampia, che esclude edifici che ospitano bestiame (Leveau e Fillon c. France (dec.), nn. 63512/00 e 63513/00, 6 settembre 2005) o edifici industriali e attrezzature, come mulino, panificio o magazzini utilizzati esclusivamente per scopi professionali (Khamidov c. Russia, n. 72118/01, § 131, 15 novembre 2007), ma comprende luoghi il cui uso sia compatibile con quello residenziale o personale, a maggior ragione se non chiaramente distinti dalla casa di abitazione. L'aspetto forse più rilevante è, quello relativo all'onere della prova: la Corte afferma che nel caso di specie il cortile e la cella frigorifera devono essere ritenuti domicilio, perché non vi è prova di una loro esclusiva adibizione ad uso professionale né di una loro chiara separazione dalla casa di abitazione.

Venendo alla **giurisprudenza della Corte di cassazione italiana**, va ricordato che, ai fini penali, il concetto di domicilio individua un particolare rapporto con il luogo in cui si svolge la vita privata, in modo da sottrarre la persona da ingerenze esterne, indipendentemente dalla sua presenza (Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Rv. 234269). Non è questa la sede per una rassegna della giurisprudenza – ricchissima e variegata – sulle diverse casistiche e declinazioni della tutela del domicilio; è però utile ricordare che la giurisprudenza ha elaborato, fra gli altri, il **concetto di domicilio lavorativo**, dovendosi intendere in tal senso, non qualsiasi luogo in cui si svolge l'attività di lavoro, ma quel luogo in cui a tale svolgimento si affianchi la possibilità di godere di riservatezza nell'esplicazione di atti della vita privata, escludendo ingerenze esterne indipendentemente dalla presenza della persona che ha la titolarità del domicilio (Sez. 5, n. 11419 del 17/11/2015, dep. 17/03/2016, Rv. 266372). Si tratta di una interpretazione ampliativa che risponde alla ricostruzione dottrinale – fatta propria anche dalla Corte costituzionale (*ex plurimis*, n. 135 del 2002, n. 261 del 2004) – secondo cui il domicilio è **proiezione spaziale della persona**, ovvero ambito entro il quale deve garantirsi la libera esplicazione della personalità individuale in tutte le sue lecite manifestazioni, non riducibile alle sole residenza o abitazione.

Quanto alla portata della pronuncia, deve osservarsi che la Corte EDU ritiene che vi sia stata violazione del diritto al rispetto del domicilio (art. 8 CEDU), rilevando che il consenso alla perquisizione prestato da uno solo dei titolari del domicilio non è sufficiente per escludere le garanzie giurisdizionali fissate dal codice di procedura, sia perché non vi è stato anche il consenso espresso degli altri titolari del domicilio, sia perché tale consenso non ha comunque avuto l'effetto di limitare la discrezionalità della polizia nello stabilire l'ampiezza e la durata della perquisizione. Sotto il primo profilo, la Corte valorizza il tenore letterale dell'art. 12, comma 2, del codice di procedura penale – che impone alle autorità investigative di adire un giudice entro 24 ore a seguito delle attività investigative svolte in una casa senza un mandato giudiziario – per stabilire implicitamente una sorta di rapporto regola-eccezione fra riserva di giurisdizione e consenso: alla regola dell'intervento giurisdizionale sembra potersi derogare solo in presenza di un consenso di tutti i titolari del domicilio. Sotto il secondo profilo, la Corte valorizza il fatto che il consenso fornito da uno solo dei titolari del domicilio – seppure espressamente diretto ad autorizzare il ritrovamento della carne da lui indicata come presente nella cella frigorifera (§§ 5-7 della sentenza) – non ha comunque limitato il margine di manovra dell'autorità investigative, anche se non chiarisce in modo esplicito se tale margine di manovra sarebbe stato invece sufficientemente limitato da un consenso fornito da tutti i titolari del domicilio.



## ART. 9 CEDU

### **LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA E DI RELIGIONE – OBBLIGAZIONI POSITIVE – TRATTAMENTO PENITENZIARIO.**

#### **Fornitura di pasti kosher a detenuti di religione ebraica – Condizioni per l'insussistenza della violazione.**

*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 Europea dei Diritti dell'Uomo, Quarta Sezione, 9 giugno 2020, Erlich e Kastro c. Romania (ricorsi nn. 23735/16 e 23740/16).

### **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 nè 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 CEDU<sup>21</sup>, 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. 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 finanziari<sup>22</sup>, 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 analogo istanza agli organi interni dell'istituto).

Sulla basi 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

---

<sup>21</sup> 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 Tsedek c. Francia, §§ 13-19.

<sup>22</sup> 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.

della libertà religiosa, ha riservato al loro **marginе 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**

### **BLOCCO DI SITI WEB DI NOTIZIE.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Vladimir Kharitonov c. Russia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203177>

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, OOO Flavus e a c. Russia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203178>

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Bulgakov c. Russia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203181>

*Corte EDU, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Engel c. Russia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-203180>

### **LIBERTA' DI ESPRESSIONE IN GENERALE.**

**DISCORSO POLITICO MILITANTE - BOICOTTAGGIO DEI PRODOTTI PROVENIENTI DA ISRAELE PUNITO COME DISCRIMINATORIO, SENZA MOTIVI PERTINENTI E SUFFICIENTI - ASSENZA DI ESPRESSIONI RAZZISTE O ANTISEMITE E DI APPELLI ALL'ODIO, ALLA VIOLENZA E ALL'INTOLLERANZA – ASSENZA DI VIOLENZA O DANNI MATERIALI.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 11 giugno 2020, Baldassi e a. c. Francia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202756>

## **REPORT**

***Alcune recenti e più rilevanti pronunce della Corte EDU  
relative al diritto di libertà di espressione  
(ART. 10 CEDU).***

## **Premessa.**

L'art. 10 CEDU tutela il diritto alla libertà di espressione nei riguardi di *ogni persona*.

Secondo la Convenzione Europea tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

All'esercizio del diritto possono essere applicate regole autorizzative imposte dagli Stati per le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive e, soprattutto, poiché – come sottolinea il comma 2 dell'art. 10 CEDU - l'esercizio di queste libertà *comporta doveri e responsabilità*, esso può essere sottoposto a formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

L'importanza dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo sul tema della libertà di espressione e le innumerevoli questioni che si pongono rispetto al suo esercizio è attestata dalla mole di pronunce che è possibile rintracciare tra i suoi arresti.

In molti casi, poi, si tratta di vicende molto note che hanno suscitato attenzione nell'opinione pubblica di uno o più dei singoli Stati membri dell'UE.

Nel Report sono stati selezionati alcuni degli ultimi *case-law* più significativi risolti dalla Corte EDU nel mese di maggio e giugno, ma non si può non far cenno ad una pronuncia, la **decisione *Magosso e Brindani c. Italia del 16 gennaio 2020***, che ha aperto l'anno sul tema ed ha destato un dibattito non ancora sopito tra interpreti e commentatori italiani per la rilevanza della vicenda trattata: l'omicidio del giornalista Walter Tobagi, che fu assassinato il 28 maggio 1980 dal gruppo terroristico di estrema sinistra *Brigata 28 marzo*. Il leader del gruppo fu arrestato e collaborò con le autorità permettendo l'arresto di tutti i complici.

Nel giugno 1983, il Presidente del Consiglio Craxi dichiarò pubblicamente che i carabinieri, qualche mese prima della morte, avevano ricevuto alcune informazioni in merito a un'azione terroristica che vedeva coinvolto Tobagi.

Il 17 giugno 2004, il giornalista e ricorrente nel *case law* Magosso firmò un articolo dal titolo *Tobagi poteva essere salvato*, in cui riportava alcune affermazioni di un ex brigadiere dei carabinieri della sezione antiterrorismo di Milano, che sosteneva di aver ricevuto alcune rivelazioni sul progetto di attentato da parte di un informatore, e di un ex ufficiale dei Carabinieri, un generale che aveva denunciato di essere stato estromesso dalle attività di indagine condotte da altri due colleghi, i quali a loro volta poi sporsero denuncia, accusando Magosso e l'altro ricorrente Brindani – quest'ultimo all'epoca dei fatti direttore responsabile del giornale autore della pubblicazione – del reato di diffamazione a mezzo stampa.

I due ricorrenti furono condannati con una sentenza del Tribunale di Monza del 20 settembre 2007<sup>23</sup>. La Corte d'appello e la Corte di cassazione confermarono la decisione di primo grado.

La Corte EDU, annotando, anzitutto, come la questione in oggetto fosse di interesse generale e riguardasse «*fatti controversi della storia italiana contemporanea*», in un contesto che, secondo i giudici, meritava di essere meglio preso in considerazione dalle giurisdizioni interne per valutare la sussistenza del reato, ha stigmatizzato l'attenzione rivolta dalle sentenze italiane circa il carattere prevalentemente 'scandalistico' dell'articolo, operata "senza bilanciare sufficientemente i diversi valori e interessi in conflitto" (§ 47).

Secondo la Corte EDU, in ogni caso i tribunali interni non avevano differenziato le dichiarazioni del giornalista da quelle rese da uno degli intervistati (l'ex brigadiere dei carabinieri), mentre invece solo queste ultime avevano leso la reputazione delle parti civili. Inoltre, a giudizio della Corte di Strasburgo, le autorità italiane non avevano fornito motivi pertinenti e sufficienti a scartare l'ipotesi che le informazioni e le verifiche effettuate dai ricorrenti fossero il risultato di un lavoro di investigazione serio e consistente (§ 58). Ciò perché lo statuto giuridico dell'intervista giornalistica è diverso dalla cronaca diretta del giornalista<sup>24</sup>.

Di conseguenza, la vicenda ed il suo snodarsi, con la sanzione penale che ne è conseguita, rischiano di produrre – ed è questa l'affermazione più rilevante della Corte - *un effetto dissuasivo per i giornalisti nell'esercizio della propria libertà di espressione*, con un'ingerenza da parte dello Stato che la Corte reputa sproporzionata e non necessaria in una società democratica, determinando, pertanto, la violazione dell'art. 10 della Convenzione.

La giurisprudenza della Cassazione, peraltro, ha già avuto modo di analizzare i contenuti e le ricadute di tale importante pronuncia in una recentissima sentenza della Quinta Sezione Penale – *Sez. 5, n. 17259 del 6/3/2020, Mauro -*, che delinea con chiarezza gli approdi della giurisprudenza di legittimità sulla portata applicativa dell'art. 10 CEDU nell'interpretazione interna del diritto di cronaca e di informazione.<sup>25</sup>

La vicenda *Magosso e Brindani* è solo un esempio tra quelli che potrebbero farsi sul rilievo delle decisioni della Corte di Strasburgo in tema di diritto alla libertà di espressione che hanno avuto un'importanza non soltanto limitata all'affermazione di principi giuridici, coinvolgendo situazioni storiche e protagonisti di accadimenti che hanno segnato la

---

<sup>23</sup> Ad un'ammenda con pubblicazione della sentenza di condanna sul settimanale *Gente* e sul *Corriere della Sera* ed anche al risarcimento per danno morale di 120.000 euro e di 90.000 euro nei confronti dei due soggetti citati nell'articolo.

<sup>24</sup> In caso di articolo che riporti un'intervista, la verifica della natura diffamatoria non può riguardare la verità dei fatti narrati ma solo se il cronista si sia limitato a riportare le frasi dell'intervistato, svolgendo ragionevoli verifiche sulla sua attendibilità, e non abbia operato proprie inserzioni e considerazioni offensive sulla narrazione riferita (v. 55).

<sup>25</sup> La Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna del direttore del quotidiano *Repubblica* e della sua articolista, perché il fatto non costituisce reato, ritenendo sussistente la scriminante del diritto di critica. Sul tema, nella giurisprudenza europea, cfr., tra le altre, C. EDU, *De Haes Gijssels c. Belgio*, 24 febbraio 1997.

memoria collettiva.

Gli abstract che si propongono costituiscono un esempio della relazione strettissima tra democrazia, libertà di espressione e diritto di informazione (quelli che riguardano i *case law* che vedono protagonista la Russia come Stato coinvolto in giudizio dinanzi alla Corte EDU) ovvero della tensione ideale, che i giudici di Strasburgo non mancano mai di manifestare nella loro pluriennale giurisprudenza in tema, in favore della più ampia estensione della libertà di espressione su temi politici che abbiano un respiro di interesse generale (ed è il caso del vicenda che ha coinvolto alcuni attivisti palestinesi francesi nell'ambito della campagna di boicottaggio di prodotti importati da Israele denominata BDS).<sup>26</sup>

### **1. Casi Vladimir Kharitonov c. Russia; OOO Flavus e a c. Russia; Bulgakov c. Russia e Engels c. Russia.**

#### ***Un gruppo di decisioni "gemelle".***

I *case law* riguardano il blocco di siti web in Russia che, in tutte le ipotesi decise, è stato ritenuto all'unanimità effettuato in violazione del diritto alla libertà di espressione dettato dall'art. 10 CEDU (significativo è il titolo con cui si apre l'informazione di stampa del 23.6.2020 della stessa Corte di Strasburgo: *Websites blocked in Russia in violation of the right to freedom of expression*), nonché in violazione dell'art 13 (diritto a rimedi effettivi) in relazione all'art. 10.

I casi hanno riguardato differenti tipi di **misure di blocco**, compreso il blocco cd. "collaterale" (in cui l'indirizzo IP che è stato bloccato era stato condiviso da molti siti incluso quello di destinazione); il blocco "eccessivo" o sproporzionato (quando l'intero sito è stato bloccato a causa di una singola pagina o file) e il blocco "approssimativo" (tre siti di "media" online, assimilabili ad organi di stampa, sono stati bloccati dal procuratore generale per loro copertura di determinate informazioni).

In tutte le decisioni la Corte ha sottolineato l'importanza **di Internet** come strumento vitale per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione.

In particolare, la Corte ha rilevato che le disposizioni della legge sull'informazione in Russia (*Russia's information Act*) utilizzate per bloccare i siti web hanno prodotto effetti eccessivi ed arbitrari e, d'altra parte, non hanno saputo fornire adeguate garanzie contro gli abusi.

---

<sup>26</sup> Analoga sensibilità e attenzione ha mostrato recentissimamente la Corte costituzionale, che nell'ordinanza n. 132 del 2020, ha dato un anno di tempo al legislatore italiano per legiferare sul tema della possibilità di sanzionare con pene detentive il reato di diffamazione a mezzo stampa, ricordando come, secondo il consolidato orientamento della Corte EDU, la previsione anche solo in astratto della pena detentiva per i delitti di diffamazione a mezzo stampa sarebbe contraria all'art. 10 CEDU, in quanto eccessiva e sproporzionata, salvo che in circostanze eccezionali connesse ad una grave lesione di altri diritti fondamentali (es. in caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza): in tema, cfr., fra le molte, le sentenze della Corte EDU 24 settembre 2013, *Belpietro contro Italia* e 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.



I casi, pur distinti, sono stati decisi secondo un identico orientamento, che quindi verrà esposto con un unico abstract, fatti salvi alcuni cenni differenziali sulle diverse fattispecie di partenza.

## **CLASSIFICAZIONE**

**Art. 10 CEDU – Diritto alla libertà di espressione – Libertà di ricevere o comunicare informazioni – Blocco di siti web da parte delle autorità interne russe – Modalità differenti, tutte violative degli artt. 10 e 13 CEDU - Fallimento delle corti interne nel compiere una revisione convenzionalmente orientata nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco.**

Blocco di siti web come automatica conseguenza di un ordine di blocco contro un altro sito con uno stesso indirizzo IP - Blocco "in massa" dell'accesso ad un intero sito web come misura estrema paragonabile all'oscuramento di un giornale o di una stazione televisiva - Modalità di incremento di ordini di blocco che ha l'effetto pratico di estendere il suo obiettivo a siti web co-ospitati e ben al di là del contenuto illegale originariamente ricercato - Legislazione interna che difetta di prevedibilità e garanzie contro effetti eccessivi ed arbitrari di misure di blocco - Eccessiva estensione conferita all'autorità di settore russa (Roskomnadzor) - Misure di blocco non sanzionate da corti o altre autorità giurisdizionali indipendenti - Nessuna previsione di notifiche delle decisioni di blocco per i terzi interessati e nessun accesso alla decisione (**case Vladimir Kharitonov**).

Accesso bloccato ad un intero sito web a causa della presenza di una pagina di materiale proibito e prosecuzione del blocco anche dopo che tale materiale sia stato rimosso - Illegalità del rifiuto di eliminare l'ordine di blocco dopo la rimozione dei contenuti illegali (**case Bulgakov**).

Blocco ingiustificato totale di un giornale *on line* di opposizione in violazione del presupposto di specificarne il contenuto offensivo - Restrizione preventiva delle pubblicazioni in assenza della decisione giudiziale sull'illegalità dei contenuti contestati - Blocco "in massa" dell'accesso ad un intero sito web come misura estrema paragonabile all'oscuramento di un giornale o di una stazione televisiva - Misure di blocco non sanzionate da corti o altre autorità giurisdizionali indipendenti (**case OOO Flavus e a.**).

Proprietario del sito web costretto a rimuovere un'informazione sugli strumenti di filtraggio del sito, arbitrariamente oscurato dalla corte, per evitare la prosecuzione del suo blocco per intero - Informazioni tecnologiche dai contenuti neutrali - Misure radicali basate soltanto sul fatto che il materiale contestato potrebbe essere disponibile per accessi malevoli di contenuti estremisti o di altri siti web estranei - Vaghe ed eccessivamente ampie disposizioni di legge che non danno indicazioni sulla natura o le categorie di

contenuti suscettibili di essere oscurati (**case Engel**).

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Art. 10 CEDU e art. 13 CEDU.

#### **PRONUNCE SEGNALATE**

- **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Vladimir Kharitonov c. Russia (ricorso n. 10795/14).**
- **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Flavius e altri c. Russia (ricorso n. 12468/15, n. 23489/15, n. 19074/16).**
- **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Bulgakov c. Russia (ricorso n. 20159/15).**
- **Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, 23 giugno 2020, Engel c. Russia (ricorso n. 61919/16).**

#### **Abstract**

**La Corte EDU ha unanimemente ritenuto una violazione dell'art. 10 CEDU in senso sostanziale in tutti e quattro i casi.**

*Evidenziando in generale l'importanza di Internet per la manifestazione del diritto alla libertà di espressione e di informazione, la Corte ha ritenuto che le misure di blocco dell'accesso ai siti web hanno integrato un'interferenza con il diritto dei ricorrenti a diffondere informazioni e con il diritto pubblico a riceverle.*

*La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo richiede che tali interferenze debbano sottostare a condizioni, inclusa quella di essere "previste dalla legge".*

*La legge deve essere, tra l'altro, chiara e prevedibile; deve porre limiti al potere discrezionale delle autorità e deve provvedere a proteggere da interferenze arbitrarie.*

*In ogni caso, sono state rilevate precise carenze nelle previsioni legislative che hanno portato la Corte a ritenere la violazione dell'art. 10 CEDU.*

**La Corte ha inoltre rilevato una violazione dell'art. 10 CEDU motivata anche sulla mancanza di garanzie interne contro le interferenze arbitrarie.**

*In tutti i casi decisi, infatti, non era stato dato alcun preavviso delle misure di blocco che stavano per essere disposte e l'Information Act (la legge russa sull'informazione) non richiedeva alcuna forma di coinvolgimento dei proprietari del sito nella procedura di blocco.*

*Nei case law "Kharitonov" e "Flavus e a." le misure di blocco non sono state oggetto di sanzione inflitta da una Corte o da un'altra autorità giudiziaria indipendente che abbia provveduto a fornire una fase di ascolto (forum) in cui le parti interessate potessero essere audite.*

*Le misure di blocco, inoltre, mancavano anche di trasparenza.*

*Difatti, mentre era possibile consultare il regolatore del sito web per controllare le decisioni di blocco ed i siti bloccati, nessun accesso era stato concesso per sapere le ragioni sulla base delle quali una simile misura era stata disposta ovvero per conoscere informazioni su come appellarla.*

*Nel procedimento di revisione delle misure di blocco, le corti interne hanno soltanto esaminato se il gestore avesse rispettato la legge.*

*In ogni caso, i giudici interni non hanno effettuato una valutazione convenzionalmente conforme degli effetti di tali misure.*

*La legislazione interna, inoltre, non richiede che le autorità effettuino una valutazione dell'impatto delle misure di blocco precedente alla loro applicazione o che giustificano l'urgenza della loro immediata imposizione, né tutela adeguatamente le parti interessate dando loro l'opportunità di rimuovere il contenuto illegale o di ricorrere per una revisione giudiziale.*

*La Corte ha rilevato, infine, come non vi sia stata alcuna indicazione circa il fatto che i giudici interni, tenendo conto dei reclami dei ricorrenti, abbiano cercato di bilanciare i vari interessi in gioco, in particolare valutando la necessità effettiva di bloccare l'accesso ad interi siti web.*

*Un'interpretazione convenzionalmente orientata avrebbe dovuto prendere in considerazione, tra l'altro, il fatto che una tale misura di blocco, rendendo inaccessibili una grande quantità di informazioni, ha sostanzialmente ristretto i diritti degli utenti di Internet ed ha avuto, così, un significativo effetto collaterale.*

***La Corte ha ritenuto sussistente anche una violazione dell'art. 13 in relazione all'art. 10 CEDU.***

*La Corte di Strasburgo ha ritenuto che nessuno dei giudici interni nei case law decisi abbia effettuato un'analisi della sostanza di cosa sia stato denunciato come violazione dei diritti dei ricorrenti.*

*Nel caso Kharitonov, non sono stati esaminati la legittimità e la proporzionalità degli effetti dell'ordine di blocco sui siti web del ricorrente; nel caso OOO Flavus e altri non ci si è preoccupati del fallimento delle autorità nell'ottemperare ai requisiti legali per identificare le pagine web né di esaminare la necessità e la proporzionalità delle misure di blocco o la loro portata eccessiva. Nel caso Bulgakov la Corte d'Appello non ha affrontato il problema della distinzione giuridica tra una "pagina web" ed un "sito web" né ha esaminato la*

*necessità e la proporzionalità delle misure di blocco né gli effetti eccessivi del metodo scelto per la loro applicazione.*

*Infine, nel caso Engels, non è stata trattata la questione della natura specifica delle informazioni relative a particolari tecnologie né è stata esaminata la necessità e la proporzionalità, ancora una volta, delle misure di blocco.*

*In nessun caso, dunque, i rimedi giuridici interni disponibili per i ricorrenti sono stati effettivi, sicchè la Corte ha rilevato che in ciascun caso vi è stata una violazione dell'art. 13 CEDU in relazione all'art. 10 CEDU.*

## **SINTESI DEI CASI.**

### **Caso Vladimir Kharitonov c. Russia.**

Alla fine del 2012 i ricorrenti hanno scoperto che l'indirizzo IP del loro sito web, *Electronic Publishing News* ([www.digital-books.ru](http://www.digital-books.ru)), era stato bloccato dal gestore di telecomunicazioni *Roskomnadzor*.

La misura era stata adottata dopo una decisione del Servizio Antidroga Federale, che voleva bloccare l'accesso ad un altro sito web, *rastaman.tales.ru* – una collezione di racconti popolari sul tema *cannabis* – che aveva la stessa società di hosting e lo stesso indirizzo IP del sito del ricorrente.

Questi aveva depositato una denuncia argomentando che il blocco dell'indirizzo IP aveva bloccato anche l'accesso al suo sito web, che non aveva gestiva alcuna informazione illegale.

I giudici interni hanno sostenuto la legalità dell'azione di *Roskomnadzor* senza verificare il suo impatto sul sito del ricorrente.

### **Caso OOO Flavus e a. c. Russia.**

I ricorrenti hanno un giornale *on line* di opposizione: il primo ricorrente, OOO Flavus, è il proprietario di *grani.ru*; il secondo ricorrente, Garry Kasparov, è il fondatore di [www.kasparov.ru](http://www.kasparov.ru), una pubblicazione web indipendente; il terzo ricorrente, OOO Mediafokus, è proprietario del *Daily Newspaper (Ezhednevnyy Zhurnal)* all'indirizzo [ej.ru](http://ej.ru), un giornale *on line* che pubblica ricerche ed analisi critiche sul governo russo.

Nel marzo 2014 *Roskomnadzor* ha bloccato l'accesso ai siti web dei ricorrenti su richiesta del Procuratore Generale, ai sensi della sezione 15.3 della legge sull'informazione (*Information Act*), sul contenuto che presumibilmente promuoveva azioni di disordini di massa o un linguaggio estremista.

Nessun ordine di un giudice era necessario a tal fine. I ricorrenti hanno fatto richiesta senza successo per una revisione giudiziale delle misure di blocco, lamentando il blocco totale

all'accesso dei loro siti web e la mancanza di notizie sullo specifico materiale offensivo, che non aveva loro reso possibile rimuoverlo al fine di ripristinare l'accesso.

### **Caso Bulgakov v. Russia**

Nel novembre 2013 il ricorrente ha rappresentato che il locale servizio di provider internet aveva bloccato l'accesso al suo sito web - *Worldview of the Russian Civilization* ([www.razumei.ru](http://www.razumei.ru)) - sulla base di una sentenza dell'aprile 2012 di cui egli non era stato messo a conoscenza.

Tale giudizio, reso ai sensi dell'art. 10(6) della legge sull'informazione (*Information Act*), aveva avuto come obiettivo un libro elettronico nella sezione "files" del sito che era stato catalogato precedentemente come pubblicazione di matrice estremista.

La Corte locale aveva ordinato che il blocco fosse esteso all'accesso dello stesso indirizzo IP del sito web del ricorrente a livello di provider.

Il ricorrente aveva cancellato l'*e-book* appena aveva saputo della statuizione del giudice. In ogni caso, le Corti superiori avevano rifiutato di eliminare la misura di blocco sulla base del fatto che il primo giudice aveva inizialmente ordinato un blocco dell'accesso all'intero sito web attraverso il suo indirizzo IP e non soltanto del materiale offensivo.

### **Caso Engels v. Russia.**

Nell'aprile 2015 un giudice interno ha ordinato al servizio di provider internet locale di bloccare l'accesso al sito web del ricorrente che trattava di questioni relative alla libertà di espressione ed al rispetto della privacy, *RosKomSvoboda* ([rublacklist.net](http://rublacklist.net)), sulla base di una denuncia di un pubblico ministero.

Il pubblico ministero aveva argomentato sostenendo che attraverso il sito si consentiva di eludere i filtri di contenuto per diffondere in Russia informazioni proibite, permettendo agli utilizzatori di avere accesso a materiali estremisti su un altro sito web diverso ed estraneo rispetto a quello dell'interessato.

Il ricorrente è un cittadino russo nato in Germania, attivista politico, impegnato a sostenere la libertà di espressione su Internet. Nel 2012, egli aveva fondato, insieme con locali attivisti russi, il sito predetto dedicato a notizie, informazioni, analisi e ricerche relative alla libertà di espressione online, a questioni di privacy online, al diritto d'autore ed alle comunicazioni digitali. Il nome del sito è allusivo del nome del gestore telefonico russo Roskomnadzor ("Russian Committee for Oversight"), che contiene una lista di contenuti online vietati.

Una pagina del sito del ricorrente prevedeva, invece, una lista ed una breve descrizione di strumenti e software per eludere le restrizioni alle comunicazioni private ed i filtri di contenuto su Internet (come ad esempio *virtual private networks (VPN)*, *the Tor browser*, *the "invisible Internet" (I2P) technology*, *the "turbo" mode*) e le indicazioni per tradurre

online i motori di ricerca per accedere al contenuto.

Il ricorrente non era stato informato dei procedimenti di blocco disposti.

Dopo l'ordine del giudice, il gestore Roskomnadzor ha chiesto al ricorrente di disfarsi dei contenuti illegali, altrimenti il sito sarebbe stato bloccato.

Il ricorrente ha, quindi, ottemperato alla richiesta.

I giudici interni, tuttavia, hanno respinto il ricorso del ricorrente senza affrontare il suo principale argomento relativo al fatto che fornire gli strumenti di informazione e il software per la protezione della riservatezza della ricerca non era di per sé contrario alla legislazione russa.

## **LA QUESTIONE GENERALE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.**

E' evidente che viene in rilievo in tutte e quattro le decisioni dei giudici di Strasburgo **la linea di confine tra libertà di espressione e di diffusione di notizie e pensieri via web ed il potere dello Stato di oscurare in tutto o in parte i siti internet per ragioni di sicurezza pubblica e legalità.**

E' altrettanto percepibile che in Russia la situazione relativa all'esercizio della libertà di espressione attraverso il web e la diffusione e condivisione di informazioni, notizie ed opinioni non ha livelli di tutela effettiva che la Corte EDU, in generale, ritiene idonei, sia in considerazione della legislazione vigente specificamente predisposta al riguardo - la legge sull'informazione, *the Information Act* (Federal Law n. 149-FZ del 27 luglio 2006, e successive modifiche) -, sia avuto riguardo alle strutture di ricorso all'autorità giudiziaria, alle modalità di accertamento dei fatti da parte di quest'ultima, al potere di intervento dell'autorità amministrativa.

## **LE RISPOSTE DELLA CORTE EDU**

### **Premessa**

La Corte rammenta che la materia della libertà di espressione e manifestazione del pensiero via internet ha numerose discipline di garanzia internazionali:

- La Dichiarazione sulla libertà di comunicazione in Internet, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 28 maggio 2003 (che all'art. 3 definisce il bilanciamento tra il diritto, che non può essere negato da blocchi dei siti web generalizzati, ed il rispetto della legalità interna degli Stati, che possono provvedere ad oscurare i contenuti definitivamente ritenuti illegali).

- Il Report del 2011 del Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la promozione e la protezione del diritto di libertà di opinione ed espressione (A/HRC/17/27).
- La Dichiarazione congiunta sulla libertà di espressione e su Internet, adottata il 1 giugno 2011 dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite per la Libertà di Opinione ed Espressione, dall'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa Rappresentativa della libertà dei Media, dal Relatore Speciale dell'Organizzazione degli Stati Americani sulla Libertà di Espressione e dal Relatore Speciale per la libertà di espressione della Commissione Africana sui diritti umani.
- *The Rule of law* su Internet e l'intero mondo digitale, un documento pubblicato dal Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa nel 2014, che ha individuato alcuni dei principali deficit del sistema di blocco dei siti web.
- La Raccomandazione CM/Rec (2016)5 del Comitato dei Ministri degli Stati membri sulla libertà in Internet, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 13 aprile 2016, che ha raccomandato agli Stati membri di promuovere la libertà di espressione via internet attraverso politiche di dialogo e partecipazione.

La disciplina internazionale centra l'attenzione soprattutto sull'espansione del diritto alla libertà di espressione e di opinione e sull'eccezionalità delle misure restrittive a tale diritto.

### **Le affermazioni di principio della Corte EDU.**

La Corte di Strasburgo ha ribadito che, in ragione della sua accessibilità e della capacità di immagazzinare e diffondere vaste quantità di informazioni, Internet è attualmente uno dei principali mezzi attraverso i quali gli individui esercitano il loro diritto alla libertà di espressione e all'informazione.

Internet fornisce gli strumenti essenziali per la partecipazione ad attività e discussioni che riguardano questioni politiche e problemi di interesse generale, migliora l'accesso pubblico alle notizie e facilita la diffusione delle informazioni in generale.

L'art. 10 della CEDU, sottolinea la Corte, garantisce a "tutti" la libertà di ricevere e impartire informazioni ed idee.

La disposizione si applica non soltanto **a tutela** del contenuto delle informazioni **ma anche dei mezzi della loro diffusione**, sicchè ogni restrizione imposta a questi ultimi interferisce necessariamente con il diritto di libertà tutelato (cfr. §§ 33).

Nei quattro case law "gemelli" vengono svolte alcune considerazioni molto rilevanti e sostanzialmente comuni.

La Corte ha affermato che le misure di blocco dell'accesso ai siti web possono avere influenza sull'accessibilità di Internet e, di conseguenza, ha stabilito la responsabilità dello Stato coinvolto (la Russia) sotto il profilo dell'art. 10 CEDU, stigmatizzando il fatto che i ricorrenti non erano stati sufficientemente informati.

Nel caso *Kharitov*, ad esempio, si rammenta che nella specie il blocco del sito del ricorrente

era stato un effetto accidentale, derivato dalla decisione di bloccare l'accesso ad un altro sito web che aveva lo stesso *Host*, lo stesso *server* e lo stesso indirizzo IP del sito del ricorrente; costui, tuttavia, non era stato messo al corrente dei procedimenti contro il sito terzo, delle ragioni delle misure di blocco o della sua durata, né aveva avuto conoscenza di quando eventualmente le misure sarebbero state rimosse e l'accesso al sito sarebbe stato ripristinato.

Poiché l'art. 10 garantisce non soltanto il diritto a dare informazioni ma anche quello del pubblico a riceverle, una tale interferenza su simili diritti doveva essere prevista per legge, là dove tale espressione – afferma la Corte EDU in tutte le decisioni in commento – si riferisce non soltanto alle basi statutarie della legislazione interna (cioè al fatto che il potere dell'autorità sia previsto dalla legge), ma implica anche che la legge sia adeguatamente accessibile e prevedibile e che sia, al tempo stesso, formulata con sufficiente precisione per consentire agli individui di prevedere le conseguenze delle loro azioni.

Deve essere, altresì, previsto espressamente per legge come l'autorità possa interferire con tale diritto.

**Per questo la Corte afferma che la compressione del diritto all'informazione deve essere chiaramente circoscritta a minimizzare l'impatto di misure limitative dell'accessibilità della rete Internet.**

Nel caso *Bulgakov*, infatti, la Corte ha rilevato che il blocco indiscriminato dell'accesso ad un intero sito web per bloccare un singolo contenuto era eccessivo e sostanzialmente arbitrario, posto che una simile misura deve essere ritenuta "estrema" e può essere comparata all'oscuramento di un giornale o di una stazione televisiva.

Una tale misura ha deliberatamente ignorato – afferma la Corte EDU – la distinzione tra informazione legale ed illegale contenuta nel sito e rende inaccessibili larga parte dei contenuti che non erano stati individuati come illegali.

L'art. 10 dell'Information Act russo, infatti, autorizza le autorità a prendere di mira contenuti che sono proibiti da leggi amministrative o penali, ma non un intero sito web.

La formula di blocco impiegata, dunque, nel caso di specie, dalla Corte distrettuale non trova fondamento né nella legislazione primaria né in quella complementare.

Nel caso *Engel*, la Corte EDU ha rilevato come, seguendo il pubblico ministero, un giudice russo aveva ritenuto sussumibili le informazioni circa gli strumenti-filtro ed i software disponibili a tale scopo contenuti nel sito del ricorrente nella previsione normativa dell'Information Act russo di cui all'art. 15.1., che vieta la diffusione delle informazioni proibite in Russia.

La Corte di Strasburgo evidenzia come tale disposizione, invece, a dispetto dell'interpretazione del giudice interno, non stabilisce che le tecnologie informatiche di *filter-bypassing* siano illegali in Russia o che la diffusione di informazioni su di esse sia contraria ad una qualsiasi legge russa. Neppure – si rileva – nelle pagine web del ricorrente



erano stati trovati discorsi estremisti, richiami alla violenza o attività illegali, pedopornografia o altri contenuti illegali.

L'unica base giustificativa del provvedimento restrittivo, dunque, era stata il fatto che le tecnologie informatiche predette avrebbero potuto consentire agli utilizzatori di accedere a contenuti estremisti o proibiti di altri siti web, senza controllo alcuno, ma non si era tenuto conto, tuttavia, che tali tecnologie-filtro non potevano essere ridotte a strumenti di uso malevolo o fraudolento, avendo invece esse numerosi, utili utilizzi legali, così come accade per qualsiasi informazione tecnologica, che può essere usata in modo lecito o illecito.

Alla luce di un accurato esame di tutti gli aspetti della legislazione russa la Corte ha concluso, per tutti i casi, che la normativa interna applicata, derivata dalle disposizioni della Legge federale sull'informazione, non ha soddisfatto il requisito della prevedibilità prescritto dalla Convenzione e non ha fornito ai ricorrenti la protezione dovuta dagli abusi dell'autorità in una società democratica.

Sulla base di tale affermazione, nelle decisioni assunte relative ai quattro case law, l'interferenza dell'autorità è stata ritenuta non prevista dalla legge, in ciò integrandosi già la violazione dell'art. 10 CEDU.

### **Osservazioni finali**

La Corte è stata chiamata a decidere una materia delicata e problematica, sia per le sue connotazioni intrinseche, sia per il Paese coinvolto, la sua legislazione e gli argomenti trattati.

Bene ha fatto, dunque, ad assumere insieme le proprie decisioni su quattro casi differenti ma uniti dal *fil rouge* della tutela del diritto alla libertà di espressione del pensiero ed all'informazione pubblica con il mezzo oramai più potente che si conosca: la rete Internet, della cui fondamentale importanza la Corte EDU non ha fatto certo mistero, anzi enfatizzandola espressamente.

Le conclusioni alle quali si giunge a Strasburgo, da un lato, stigmatizzano la legislazione russa e, forse soprattutto, l'applicazione che di essa fanno i giudici interni; dall'altro, rappresentano un chiaro manifesto universale a favore della libertà di espressione sul web, che è possibile limitare solo in casi espressamente previsti da chiare e prevedibili disposizioni di legge interna, poste a tutela di valori di pari dignità, ragionevolmente e adeguatamente bilanciabili.

Altrettanto evidente la presa di posizione circa la contrarietà convenzionale di misure indiscriminate e totali di blocco dei siti web ritenuti versare in situazione illecita, laddove, invece, siano solo singole parti dei loro contenuti, informatici o diffusivi di notizie, ad essere eventualmente tacciabili di illegalità: tali misure, afferma la Corte EDU, devono essere assunte solo in casi estremi.

**La giurisprudenza italiana e le Sezioni Unite della Corte di cassazione** si sono orientate da tempo, del resto, nel richiedere una speciale attenzione nel disporre sequestri di pagine web o siti internet all'autorità giudiziaria procedente nella fase di immediato intervento censorio.

La pronuncia Sez. U, n. 31022 del 29/1/2015, Fazzo, Rv. 264089, pur prevedendo la possibilità che si arrivi al sequestro preventivo non soltanto di una singola pagina telematica dal contenuto illecito, ma anche di un intero sito web, ha richiamato l'attenzione degli interpreti sulla necessità di rispettare, accanto ai presupposti cautelari del "fumus commissi delicti" e del "periculum in mora", anche e soprattutto **il principio di proporzionalità**.

Nella stessa scia ermeneutica, con riferimento specifico al diritto di informare proprio dell'attività giornalistica ed in generale, a prescindere dalla diffusione di contenuti via web, la sentenza Sez. 6, n. 9989 del 19/1/2018, Lillo, Rv. 272538 ha stabilito che il sequestro probatorio nei confronti di un giornalista avente ad oggetto atti e documenti relativi all'esercizio della sua attività professionale deve conformarsi con rigore al criterio di proporzionalità tra il contenuto del provvedimento ablativo e le esigenze di accertamento dei fatti oggetto delle indagini ex art. 200, comma 3 cod. proc. pen., rispettando così l'art. 10 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, *evitando quanto più è possibile interventi invasivi nella sfera professionale* (fattispecie in cui è stato ritenuto illegittimo il sequestro indiscriminato di supporti telefonici ed informatici ad un giornalista, alla sua convivente ed alla sua ex moglie).

Meriterebbe, invece, un *plus* di riflessione l'affermazione della Corte di Strasburgo relativa all'**equiparazione**, sia pur nei termini di paragonare l'estrema invasività e gravità della misura, **tra blocco "in massa" o indiscriminato dell'accesso ad un intero sito web e oscuramento di un giornale o di una stazione televisiva**.

Ciò alla luce della giurisprudenza interna che, per le specificità della nostra legislazione in materia di stampa, afferma tradizionalmente che le garanzie costituzionali previste dall'art. 21, comma terzo, Cost., in tema di sequestro della stampa, non sono automaticamente estensibili alle manifestazioni di pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica (esemplificando: "blog", "mailing list", "chat", "news letter", "e-mail", "newsgroup", "mailing list"), in quanto il termine "stampa" è stato assunto dalla norma costituzionale nella sua eccezione tecnica che fa riferimento alla "carta stampata", facendo salve ovviamente – per l'evoluzione dei sistemi di realizzazione dell'informazione giornalistica – le testate giornalistiche telematiche, funzionalmente assimilabili a quelle tradizionali in formato cartaceo e rientranti dunque a pieno titolo nella nozione di "stampa" di cui all'art. 1 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 (che, pertanto, non possono essere oggetto di sequestro preventivo in caso di commissione del reato di diffamazione a mezzo stampa, in quanto si tratta di prodotto editoriale sottoposto alla normativa di rango costituzionale e di

livello ordinario, che disciplina l'attività di informazione professionale diretta al pubblico).<sup>27</sup>

## **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

### **Sentenze CEDU:**

*Lashmankin e a. c. Russia*, n. 57818/09, 7 February 2017; *Hasan and Chaush c. Bulgaria [GC]*, n. 30985/96, 26 ottobre 2000; *Ahmet Yıldırım Ahmet Yıldırım c. Turchia*, n. 3111/10, 18 dicembre 2012; *Cengiz e a. c. Turkey*, n. 48226/10 e 14027/11, 1 dicembre 2015; *Observer and Guardian c. the United Kingdom*, 26 Novembre 1991; *The Sunday Times c. the United Kingdom (no. 1)*, 26 Aprile 1979; *Klaus Beermann c. Germania*, 20 November 1989; *Guerra e a. c. Italia*, 19 febbraio 1998.

## **2. Caso Baldassi e a. c. Francia**

### **CLASSIFICAZIONE**

**Art. 10 CEDU – Libertà di espressione** – Azione militante in favore del boicottaggio dei prodotti provenienti da Israele punita come discriminatoria, senza motivi pertinenti e sufficienti – Appello al boicottaggio come azione protetta dall'art. 10 CEDU in quanto forma di espressione di un pensiero di protesta – Differenze con *l'affaire Willem c. Francia* – Influenza dei richiedenti, semplici cittadini, non comparabile con quella di un sindaco – Azioni tendenti a provocare o stimolare il dibattito su un argomento di interesse generale – Assenza di espressioni razziste o antisemite e di appelli all'odio, alla violenza e all'intolleranza – Assenza di violenza o danni materiali – Art. 7 CEDU – *Nullum crimen sine lege* – Esistenza di un precedente giurisprudenziale che renda prevedibile una condanna penale – Rilevanza.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Art. 7 e 10 CEDU.

---

<sup>27</sup> Cfr. Sez. U, n. 31022 del 29/1/2015, Fazzo, Rv. 264090; Sez. 5, n. 27675 del 7/6/2019, Carchidi, Rv. 276898. Vedi anche Sez. 5, n. 4863 del 14/11/2016, dep. 2017, Montanari, Rv. 259887.

## **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

**Sentenze CEDU:** *Soulas e.a. c. Francia*, 10 luglio 2008; *Vasiliauskas c. Lituania* [GC], 20 ottobre 2015; *Palomo Sánchez e a. c. Spagna* [GC], 12 settembre 2011; *Gillberg c. Svezia* [GC], 3 aprile 2012; *Bédat c. Svizzera* [GC], 29 marzo 2016; *Willem c. Francia*, 16 luglio 2009; *Perinçek c. Svizzera* [GC], 15 ottobre 2015; *Mamère c. Francia*, 7 novembre 2006; *Lehideux et Isorni c. Francia*, 23 settembre 1998.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta Sezione, 11 giugno 2020, Baldassi e a. c. Francia (n. 15271/16 e altri 6)**

### **Abstract**

*La Corte EDU ha ritenuto, a maggioranza, insussistente una violazione dell'articolo 7 CEDU (nessuna punizione senza legge) ma ha rilevato all'unanimità che vi è stata invece una violazione dell'articolo 10 della Convenzione Europea (diritto alla libertà di espressione) in relazione al caso di alcuni attivisti della causa palestinese condannati in Francia per incitamento alla discriminazione economica, a causa della loro partecipazione ad azioni volte a boicottare prodotti importati da Israele nell'ambito della campagna BDS: "Boicottaggio, Disinvestimento e Sanzioni".*

*La Corte, sotto il profilo della violazione del principio di "nullum crimen sine lege", previsto dall'art. 7 CEDU, ha osservato che, dato lo stato della giurisprudenza all'epoca dei fatti e l'esistenza di precedenti arresti della Corte di cassazione che avevano applicato l'articolo 24, paragrafo 8, della legge del 29 luglio 1881 a casi di boicottaggio dei prodotti importati da Israele, i ricorrenti potevano prevedere il rischio di essere condannati sulla base di tale disposizione di legge.*

*I giudici di Strasburgo, invece, nel prisma di verifica dell'art. 10 CEDU, hanno evidenziato che le azioni e le affermazioni rimproverate ai richiedenti costituivano una forma di espressione politica o militante e riguardavano un argomento di interesse generale.*

*La Corte ha ripetutamente sottolineato che **l'articolo 10 § 2 non lascia pressochè nessuno spazio a restrizioni alla libertà di espressione in materia di discorso politico o questioni di interesse generale.***

*Per sua natura, il discorso politico è spesso virulento e fonte di controversie. E tuttavia permane il suo interesse pubblico, a meno che non degeneri in una chiamata alla violenza, all'odio o alla intolleranza.*

*Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la condanna dei ricorrenti non sia stata basata su motivi pertinenti nè sufficienti e non è convinta che il giudice nazionale abbia applicato le proprie regole in conformità ai principi sanciti dall'articolo 10 CEDU basati su una valutazione accettabile dei fatti, dichiarando pertanto la violazione della norma convenzionale.*

## **IL CASO**

Gli undici ricorrenti (il primo dei quali è Jean-Michel Baldassi) sono tutti di nazionalità francese, tranne due, e sono membri del "Collettivo Palestina 68", che è un locale relè della campagna internazionale "Boicottaggio, Disinvestimento e Sanzioni" (BDS).

Questa campagna è stata lanciata nel luglio 2005 con un appello dell'organizzazione non governativa palestinese, un anno dopo l'opinione emanata dalla Corte Internazionale di Giustizia che ha statuito come "la costruzione del muro eretto da Israele, dalle Forze di occupazione, nei Territori Palestinesi Occupati, incluso l'interno e l'esterno di Gerusalemme Est – ed il regime associato – siano contrari alla legislazione internazionale".

Il 26 settembre 2009 cinque dei ricorrenti presero parte ad un'azione, organizzata dal "Collettivo Palestinese 68", all'interno del [C.] *hypermarket*, ad Illzach, invocando il boicottaggio dei prodotti provenienti da Israele.

Il gruppo aveva esposto gli articoli che considerava di origine israeliana in tre carrelli, in piena vista dei clienti, e distribuiva volantini.

Una manifestazione simile era stata organizzata dallo stesso Collettivo il 22 maggio 2010 nello stesso supermarket e otto dei ricorrenti erano stati coinvolti anche in quest'azione. Essi avevano anche sottoposto una petizione alla firma dei clienti, invitando il supermarket a fermare la vendita di prodotti importati da Israele.

Il Procuratore della Repubblica di Colmar aveva citato i ricorrenti a comparire davanti alla Corte penale di Mulhouse, tra l'altro anche per il reato di incitamento alla discriminazione previsto dall'art. 24 (8) della legge 29 luglio 1881.

Dopo le assoluzioni in primo grado nel 2011, la Corte d'Appello nel 2013 ha riformato le decisioni ed ha ritenuto i richiedenti colpevoli del reato di incitamento alla discriminazione.

Avuto riguardo agli incidenti del 26 settembre 2009, la Corte d'Appello ha imposto ad ognuno dei cinque accusati una pena pecuniaria sospesa e li ha condannati al risarcimento dei danni alle parti civili ammesse<sup>28</sup>. Analogamente è stato deciso in relazione agli incidenti del 22 maggio 2010.

Nel 2015, la Corte di Cassazione ha respinto i ricorsi dei richiedenti che lamentavano, in particolare, la violazione degli artt. 7 e 10 CEDU.

La Corte di cassazione ha ritenuto, tra le altre cose, che la Corte d'Appello avesse correttamente giustificato la sua decisione sulla base della constatazione che gli elementi costitutivi del reato si radicavano nella previsione dell'art. 24 (8) della legge 29 luglio 1881, mentre, sotto il profilo dell'art. 10 CEDU, la Convenzione stessa prevedeva che, ai sensi del comma 2 della citata disposizione, la libertà di espressione potesse essere sottoposta a restrizioni o sanzioni qualora, come, nel caso di specie, tali misure siano necessarie in una società democratica per la prevenzione di disordini e la protezione dei diritti altrui.

## **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

La questione sottoposta ai giudici di Strasburgo era duplice: se la condanna dei ricorrenti fosse stata coerente con la disposizione *nullum crimen sine lege* prevista dall'art. 7 CEDU; se fosse stato violato il diritto convenzionale alla libertà di espressione e di opinione dei ricorrenti, attivisti della causa palestinese e autori di manifestazioni di pubblico boicottaggio dei prodotti di origine israeliana, con la conseguente violazione dell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

## **LE RISPOSTE DELLA CORTE EDU**

### **Le affermazioni di principio sulla violazione dell'art. 10 CEDU.**

#### **Argomenti generali.**

La Corte EDU ha osservato – in via generale - che gli appelli al boicottaggio, combinati con manifestazioni di protesta accompagnate da incitamento ad un trattamento differenziato, possono avere, secondo le circostanze, una valenza di istigazione alla discriminazione contro altri.

E l'incitamento alla discriminazione è una forma di incitamento all'intolleranza che, unitamente ad appelli alla violenza ed all'odio, costituisce uno dei limiti che non dovrebbero essere superati nell'esercizio della libertà di espressione.

---

<sup>28</sup> Le parti civili costituite erano: *International League against Racism and Antisemitism*; *Lawyers without Borders association*; *"Alliance France-Israel" association* e *"Bureau national de vigilance contre l'antisémitisme"*.

Cionondimeno, l'appello a trattamenti differenziali non coincide necessariamente con l'incitamento alla discriminazione.

La Corte concorda con i ricorrenti e le parti terze che una distinzione deve essere tratteggiata tra il caso in decisione e la fattispecie oggetto del *case-law Willem v. France* del 16 luglio 2009, in cui si statuì l'insussistenza di una violazione dell'art. 10 CEDU, caso che aveva riguardato un sindaco il quale aveva preannunciato la sua decisione di boicottare i prodotti israeliani nel servizio di catering municipale, poiché in quell'ipotesi il ricorrente aveva potuto servirsi della sua carica di sindaco ed usare i suoi poteri senza riguardo per il suo concomitante dovere di neutralità e discrezione.<sup>29</sup>

Viceversa, nel caso *Baldassi e a.* i ricorrenti erano cittadini ordinari non vincolati da doveri e responsabilità pubblici e la cui influenza sui consumatori non era comparabile negli effetti con quella che possiede un sindaco sulle disposizioni relative ai servizi municipali.

Inoltre, si rimarcano a favore dei ricorrenti: la tensione a stimolare un dibattito pubblico tra i consumatori ed il fatto che gli attivisti non erano stati condannati per osservazioni o commenti razzisti o antisemiti o di incitamento all'odio o alla violenza; né erano stati condannati per essere stati violenti o per aver causato danni durante gli episodi del 26 settembre 2009 e del 22 maggio 2010; il supermercato dove i ricorrenti avevano condotto le loro azioni non aveva riportato danni.

## **Conclusioni della Corte EDU.**

### ***La violazione dell'art. 10 della Convenzione***

La Corte EDU, premettendo di non voler prendere posizione sull'interpretazione data dalla Corte d'Appello di Colmar e dai giudici interni della disposizione di cui all'art. 24 (8) della legge 29 luglio 1881 (che ha ritenuto sufficiente l'esortazione al boicottaggio dei prodotti di Israele a configurare il reato ivi previsto di incitamento alla discriminazione, all'odio e alla violenza), *fa rilevare, tuttavia, che la legge francese, come interpretata ed applicata nel caso Baldassi, ha proibito qualsiasi esortazione al boicottaggio di prodotti sulla base della loro origine geografica qualunque siano il tenore, le ragioni e le circostanze di tale incitamento.*

Si sottolinea che, giudicando su tali basi, la Corte d'Appello di Colmar ha sbagliato ad analizzare le azioni e le opinioni ed osservazioni perseguite alla luce di tali elementi ed ha errato nel condannare i ricorrenti per la loro esortazione al boicottaggio dei prodotti di Israele come se ciò fosse necessario in una "società democratica" per raggiungere il legittimo obiettivo di proteggere i diritti altrui.

La Corte d'Appello aveva il dovere di esprimere dettagliatamente le ragioni della sua

---

<sup>29</sup> Il sig. Willem aveva fatto il suo annuncio senza un dibattito o un voto in consiglio municipale, cosicché egli non poteva certo appellarsi al fatto di aver incoraggiato una libera discussione su un argomento di interesse pubblico.

decisione, specialmente qualora il caso, come nella specie, riguardava una situazione in cui l'art. 10 CEDU richiedeva un alto livello di protezione del diritto di libertà di espressione. *In realtà, da una parte, le azioni e le opinioni e osservazioni imputati ai ricorrenti hanno riguardato un argomento di pubblico interesse; dall'altra, queste azioni e parole ricadevano nell'ambito della libertà di espressione politica e militante.*

*La Corte EDU ha sottolineato in molte occasioni che sussiste un margine ristretto per le restrizioni della libertà di espressione ai sensi dell'art. 10, comma 2, CEDU nella sfera del discorso politico o nelle materie di pubblico interesse.*

Come la Corte ha puntualizzato, in particolare, già nella sua decisione *Perinçek c. Svizzera* [GC] del 15 ottobre 2015, è nella natura del discorso politico l'essere controverso e spesso virulento;

ciò che, tuttavia, non diminuisce il suo interesse pubblico, sempre che esso non trasmodi in una chiamata alla violenza, all'odio o all'intolleranza.

La Corte EDU, pertanto, ha concluso che la condanna dei ricorrenti non è stata basata su motivi pertinenti e sufficienti e non è persuasa che il giudice nazionale abbia applicato le proprie regole in conformità ai principi sanciti dall'articolo 10 CEDU basati su una valutazione accettabile dei fatti, dichiarando pertanto la violazione della norma convenzionale dell'art. 10.

### ***L'insussistenza di una violazione dell'art. 7 CEDU.***

La Corte EDU, sul diverso versante della verifica di conformità delle decisioni impugnate all'art. 7 CEDU, ha osservato che l'art. 24 (8) della legge 29 luglio 1881 non fa esplicita menzione dell'incitamento alla discriminazione economica; mentre l'art. 24 (9) si riferisce esplicitamente alla discriminazione esclusivamente per ragioni di sesso, di orientamento sessuale, disabilità e non a quelle fondate sulle origini o appartenenze ad una nazione in particolare.

In ogni caso, la Corte concorda con il Governo francese che nella sua difesa ha evidenziato la presenza di precedenti sentenze della Corte di cassazione francese in cui quest'ultima si era pronunciata in favore dell'applicabilità della disposizione ex art. 24 (8) a casi di istigazione al boicottaggio di prodotti importati da Israele.

Sulla base di tali precedenti, i ricorrenti, pertanto, avrebbero potuto sapere che andavano incontro, nella realizzazione della loro condotta, alla punibilità ai sensi della disciplina legislativa francese citata, sicchè la Corte ha per questo motivo ritenuto insussistente una violazione dell'art. 7 CEDU.

### **Osservazioni finali**

Due profili sembrano particolarmente rilevanti nella decisione del caso *Baldassi*:

- L'estensione amplissima dell'ambito di applicabilità del diritto alla libertà di espressione



protetto dall'art. 10 CEDU in caso di manifestazione di opinioni politiche e di discorsi militanti in contesti di interesse pubblico, **comprimibile solo qualora la manifestazione del pensiero politico trasmodi in una chiamata alla violenza, all'odio o all'intolleranza.**

- La rilevanza, nella verifica della violazione del principio *nullum crimen sine lege* dettato dall'art. 7 CEDU, della sussistenza di un significativo precedente od orientamento giurisprudenziale, idonei a mettere gli individui a conoscenza delle conseguenze penali possibili alla propria condotta, influenzando sul carattere di *prevedibilità* richiesto alla legislazione penale.

**ART. 10 CEDU**

**LIBERTA' DI ESPRESSIONE DEI MAGISTRATI - ORDINAMENTO GIUDIZIARIO - DISCIPLINA DELLA MAGISTRATURA - SANZIONI DISCIPLINARI IRROGATE AD UN MAGISTRATO PER DICHIARAZIONI RILASCIATE AI *MEDIA* ANCHE NELLA QUALITÀ DI PRESIDENTE DI UN'ASSOCIAZIONE DI GIUDICI E PUBBLICI MINISTERI.**

*Corte europea diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 9 marzo 2021, Eminağaoğlu c. Turchia.*  
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208800>

**Si rimanda a pag. 214 per il Report.**

**ART. 10 CEDU**

**LIBERTA' DI ESPRESSIONE DEI MAGISTRATI ED OPINIONI MANIFESTATE SU  
QUESTIONI DI RILEVANZA GIUDIZIARIA E POLITICA – CRITERI DI LEALTA' E  
CORRETTEZZA – REVOCA DI UN INCARICO GIUDIZIARIO – QUESTIONE  
ULTERIORE: EQUO PROCESSO - DIRITTO AD UN RICORSO EFFETTIVO.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, 5 maggio 2020, Kovesi c. Romania*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-202415>

**Si rimanda a pag. 226 per il Report.**

## ART. 10 CEDU

### **DIRITTO DI CRONACA E DIFFAMAZIONE – DIRITTO DEI CITTADINI AD ESSERE INFORMATI SU FATTI DI PARTICOLARE INTERESSE PUBBLICO.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 16 gennaio 2020, Magosso e Brindani c. Italia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202487>

### **CLASSIFICAZIONE**

Libertà di espressione - Diritto di libera manifestazione del pensiero – Diritto di cronaca – Condanna per diffamazione aggravata a mezzo stampa – Intervista giornalistica riportata come tale – Violazione dell’art. 10 CEDU – Sussiste

### **RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONE EDU, art 10**

**PRONUNCIA SEGNALATA - Corte E.D.U., 16.01.2020, Application no. 59347/09**  
Maggioso e Brindani v. Italia

### *Abstract*

1. I ricorrenti, Renzo Magosso e Umberto Brindani, che nel 2004 erano rispettivamente giornalista e direttore responsabile del settimanale “Gente”, hanno lamentato la violazione del diritto di cui all’art. 10 della Convenzione, e in particolare la compressione del loro diritto di cronaca, in relazione alla condanna pronunciata contro di loro dal Tribunale di Monza – poi confermata in appello il 20 settembre 2007 – sia pure soltanto alla pena pecuniaria, per il delitto di diffamazione ai danni di due alti ufficiali dell’Arma dei Carabinieri, specificamente per la pubblicazione di un articolo in merito all’omicidio del giornalista Walter Tobagi, commesso nel 1980 dal gruppo terroristico denominato “Brigate rosse”, sostenendo la tesi che la vittima avrebbe potuto essere salvata.

1.1. In tale articolo Renzo Magosso aveva infatti affermato che i Carabinieri erano a conoscenza del criminoso progetto terroristico da almeno sei mesi prima dell’uccisione del giornalista. Ciò aveva fatto sulla base di quanto dichiarato da un ex sottufficiale dell’Arma, che aveva riferito di aver a suo tempo presentato ai suoi superiori un’informativa sul progetto dei terroristi di eliminazione fisica del giornalista e che, per tutta risposta, era stato invitato ad occuparsi d’altro.

1.2. Il Tribunale di Monza riconobbe la sussistenza del delitto di diffamazione rilevando che Renzo Magosso aveva agito superficialmente, non verificando l’esattezza delle informazioni ricevute dal sottufficiale, e aveva inteso soltanto fare uno *scoop* giornalistico, omettendo

di dare conto delle verità ufficiali sul caso, contenute nelle sentenze pronunciate su quella vicenda.

2. La Corte Edu ha anzitutto osservato che la vicenda oggetto dell'articolo incriminato era di pubblico interesse, legata ai cd. anni di piombo, ossia al periodo dell'interferenza della loggia massonica P2 nella vita istituzionale italiana e del fenomeno terroristico; ha sul punto notato che i giudici nazionali trascurarono questo importante aspetto, dando maggior valore al profilo sensazionalistico dell'articolo incriminato.

3. Ha quindi ricordato principi già da tempo affermati, in forza dei quali occorre distinguere – quando si è di fronte all'esercizio del diritto di cronaca per mezzo di interviste – le dichiarazioni del giornalista da quelle rese dai terzi e citate nell'articolo, e ha sul punto riscontrato che ciò non fu fatto dai giudici nazionali.

Ha poi aggiunto che, ove il giornalista riporti dichiarazioni di terzi, occorre chiedersi non già se egli possa provare la verità delle notizie ma se abbia agito in buona fede e abbia operato le necessarie preliminari verifiche.

Ha allora dato atto che i due ricorrenti hanno prodotto una serie considerevole di documenti per dare conto di aver effettuato le verifiche di credibilità delle dichiarazioni della loro fonte; e ha anche osservato che, con il passare del tempo, era divenuto sempre più difficile provare i fatti oggetto delle dichiarazioni e che il danno alle persone presumibilmente diffamate sarebbe probabilmente venuto meno. Le controverse dichiarazioni, infatti, avevano ad oggetto vicende risalenti alla fine del 1979 e l'articolo di stampa era stato pubblicato ben venticinque anni dopo, nel 2004.

4. Da qui la conclusione che la condanna dei due giornalisti si è sostanziata in un'interferenza sproporzionata nel loro diritto alla libertà di espressione, e pertanto non coerente e non necessaria, secondo i principi di una società democratica.

*La Corte Edu ha pure rilevato l'eccessività del risarcimento (circa 150.000 euro) che i due ricorrenti sono stati condannati a pagare in favore delle persone diffamate, sottolineando che, seppur sia stato poi corrisposto dalla casa editrice del settimanale, tal tipo di misure finisce con il produrre un effetto dissuasivo sui giornalisti, con il rischio di disincentivarli dal contribuire alla discussione pubblica su questioni che riguardano la collettività.*

**5.** Sulla centralità del ruolo assunto nello sviluppo di una società democratica, dalla libera stampa, che ha il dovere e il diritto di informare il pubblico su tutte le questioni di interesse generale, comprese quelle relative all'amministrazione della giustizia cfr. Corte Edu, sent. 24 febbraio 1997, *De Haes e Gijssels c. Belgio*.

Quanto alle condizioni di tutela del diritto del giornalista, ossia che agisca «*in buona fede, sulla base di fatti correttamente riportati, e fornisca informazioni "affidabili e precise" nel rispetto dell'etica giornalistica*», v. Corte Edu, sent. 21 gennaio 1999 (Grande Camera), *Fressoz e Roire c. Francia*, e Corte Edu, sent. 26 aprile 1995, *Prager e Oberschlick c. Austria*.

Sul principio per il quale, quando si tratta dell'esercizio del diritto di cronaca mediante interviste, non si può chiedere al giornalista, che agisce in buona fede, «*di controllare tutte le informazioni riportate in un'intervista*», v. Corte Edu, sent. 4 luglio 2017, *Kaçki c. Polonia*.

**ART. 10 CEDU**

**DIRITTO DI CRONACA - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE DEL GIORNALISTA –  
ESTENSIONE ALLA PUBBLICAZIONE DI MATERIALE CHE RIFERISCA IL PUNTO DI  
VISTA DI ORGANIZZAZIONI RITENUTE ILLEGALI.**

*Corte EDU, Seconda Sezione, 10 novembre 2020, Sabuncu ed altri c. Turchia.*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-206212>

**Si rimanda a pag. 163 per il Report.**

## ART. 10 CEDU

### **DIRITTO DI CRONACA E DIFFAMAZIONE – POSIZIONE DI INTERESSE PUBBLICO DEL DIFFAMATO – RILEVANZA – PROPORZIONALITA' DELLA SANZIONE DELLA RECLUSIONE – ESCLUSIONE.**

*Corte EDU, 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; *Gaçior 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 equivalesse 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 Julysopra* 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

**DIRITTO DI CRONACA E SEGRETO DELLE FONTI GIORNALISTICHE - GIORNALISMO D'INCHIESTA - INGIUNZIONE NEI CONFRONTI DI UNA GIORNALISTA DI DIVULGARE L'IDENTITÀ DI UN RIVENDITORE DI DROGA - ELEMENTI DA CONSIDERARE PER STABILIRE LA NECESSITÀ DI DIVULGARE L'IDENTITÀ DI UNA FONTE GIORNALISTICA.**

*Corte EDU, Terza Sezione, 6 ottobre 2020, Jecker contro Svizzera*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204938>

**CLASSIFICAZIONE: Libertà di espressione** – Ingiunzione nei confronti di una giornalista di divulgare l'identità di un rivenditore di droga, in seguito ad un'inchiesta svolta dalla predetta, senza valutare gli interessi in concreto coinvolti – Elementi da considerare per stabilire la **necessità di divulgare l'identità di una fonte giornalistica** – Sussistenza e necessità di dimostrare un imperativo preponderante 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:** «1. Tutte le persone hanno diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza alcuna ingerenza delle pubbliche autorità e senza considerazione delle frontiere. (...) 2. L'esercizio di dette libertà, involgendo dei doveri e delle responsabilità, può essere assoggettato a formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge, che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, in funzione della sicurezza nazionale, dell'integrità territoriale o della sicurezza pubblica, della difesa dell'ordine e della prevenzione del crimine, della protezione della salute o della morale, della protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione d'informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.»

### **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):**

Goodwin c. Regno Unito (GC), 27 marzo 1996; Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi (GC), 14 settembre 2010; Cumpănă et Mazăre c. Romania (GC), 21 giugno 2012; Perinçek c. Suisse [GC], 15 ottobre 2015; Roemen et Schmit c. Lussemburgo, n. 51772/99, 19 febbraio 2004; Voskuil c. Paesi Bassi n. 64752/01, 22 novembre 2007; Tillack c. Belgio, n. 20477/05, 27 novembre 2007; Financial Times Ltd ed altri c. Regno Unito, n. 821/03, 15 dicembre 2009; Schweizerische Radio - und Fernsehgesellschaft SRG c. Svizzera, n. 34124/06, 21 giugno 2012.

### **Corte E.D.U., Terza sezione, 6 ottobre 2020, Jecker contro Svizzera**

#### **ABSTRACT**

*Considerata l'importanza che riveste la protezione delle **fonti giornalistiche** per la **libertà di stampa** in una società democratica, l'obbligo imposto ad un giornalista di **rivelare** l'identità di una fonte si concilia con l'art. 10 della Convenzione EDU solo se possa ravvisarsi **un imperativo preponderante basato su di un interesse pubblico**, non essendo, quindi, sufficiente che l'imposizione discenda dall'individuazione della sussistenza di una violazione penalmente rilevante, inquadrabile in una fattispecie astrattamente individuabile, occorrendo, piuttosto, assicurarsi che ne sussista la necessità in riferimento alle circostanze specifiche del caso concreto.*

#### **IL CASO**

Il caso posto all'attenzione della sentenza della Corte EDU nasce dal ricorso di Nina Jecker, giornalista professionista, che aveva pubblicato sul quotidiano Basler Zeitung un articolo contenente un'intervista ad un commerciante di stupefacenti; in detto articolo la giornalista aveva descritto l'intervistato come un soggetto che da dieci anni commerciava in cannabis ed hashish importate dai Paesi Bassi, rivolgendosi ad una platea di consumatori che, a loro volta, acquistavano anche a fini di rivendita; in tal modo il soggetto intervistato perveniva ad un guadagno annuo di 12.000 franchi svizzeri. La giornalista, in particolare, aveva fatto visita al commerciante di stupefacenti nella sua abitazione e, nel corso dell'intervista durata circa un'ora, aveva riferito che tre acquirenti si erano recati nell'appartamento del suo interlocutore.

Il pubblico ministero aveva svolto un'inchiesta contro ignoti per violazione alla normativa sugli stupefacenti, nell'ambito della quale la giornalista si era rifiutata di testimoniare, ed il Tribunale cantonale aveva affermato la prevalenza dell'interesse della giornalista a non rivelare le proprie fonti rispetto all'interesse al perseguimento della violazione penale.

A seguito del ricorso del pubblico ministero, il **Tribunale federale**, nel gennaio 2014, **aveva affermato che la ricorrente non poteva avvalersi del diritto di rifiutarsi di**

**testimoniare**; in particolare, aveva rilevato che la limitazione del diritto di proteggere le fonti giornalistiche si fonda su di una base legale, ed il commercio di droghe leggere - considerate le caratteristiche specifiche nel caso concreto, la professionalità dell'attività ed i guadagni ricavati - determinava la **prevalenza dell'interesse pubblico a perseguire la condotta illecita rispetto all'interesse alla protezione delle fonti invocato dalla giornalista**, la cui testimonianza, peraltro, rappresentava l'unico modo per identificare l'autore del reato, appartenente ad una grossa organizzazione di vendite; era stato, inoltre, considerato che la giornalista aveva trattato la vicenda, nel suo articolo, in maniera neutra, senza formulare commenti critici, ed in tal modo aveva offerto una piattaforma pubblicitaria al rivenditore, senza evidenziarne gli abusi. Pertanto, nel caso di specie, l'interesse pubblico a perseguire una infrazione qualificata in materia di stupefacenti doveva ritenersi prevalente sull'interesse alla protezione delle fonti giornalistiche.

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

La Corte di Strasburgo, ribadendo la propria giurisprudenza - secondo cui la protezione delle fonti giornalistiche rappresenta una delle pietre angolari della libertà di stampa, in coerenza con gli strumenti internazionali, oltre che con i codici deontologici e le normative degli Stati membri - ha riaffermato il principio secondo cui solo un preponderante interesse pubblico possa costituire un limite alla protezione delle fonti giornalistiche, ricordando che **la necessità di una qualsiasi restrizione all'esercizio della libertà di espressione debba essere dimostrata** in maniera convincente.

In primo luogo, quindi, spetta alle autorità nazionali valutare la sussistenza di un bisogno sociale superiore, considerando che detto potere di apprezzamento confligge in ogni caso con l'interesse della società democratica ad assicurare ed a mantenere la libertà di stampa; ne discende, quindi, che è necessaria un'approfondita valutazione, in tal senso, da parte della Corte EDU che, lungi dal sostituirsi alle giurisdizioni interne, ha il compito di verificarne se, alla luce dell'art. 10, comma secondo della Convenzione, le decisioni adottate di volta in volta risultino pertinenti e sufficienti.

Emerge, inoltre, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come **il diritto del giornalista di tutelare la segretezza delle proprie fonti non debba essere considerato un privilegio accordato o negato in funzione della liceità o meno delle fonti stesse**, rappresentando, bensì, un vero e proprio attributo del diritto all'informazione, da trattare con grande cautela.

Si ricorda che la possibilità di fare controllare la misura limitativa ad un giudice o ad un organo indipendente ed imparziale figura tra le principali forme di garanzia, dovendo l'organo di controllo verificare se esista un interesse superiore, prevalente sul principio di

protezione delle fonti e, in caso contrario, impedire ogni accesso non strettamente indispensabile alle informazioni giornalistiche.

Nel caso in esame, quindi, la Corte EDU ha ravvisato la sussistenza di una motivazione pertinente per poter obbligare la giornalista a testimoniare, nel quadro di un'inchiesta avente lo scopo di ricercare l'autore potenziale di violazioni alla normativa sugli stupefacenti, essendo la richiedente l'unica a poter fornire ausilio alle autorità, indiscutibilmente legittimate a perseguire i reati.

Tuttavia – è stato affermato in sentenza –, per stabilire la necessità di divulgare l'identità di una fonte non è sufficiente sostenere solo che, in caso contrario, non sarebbe possibile far progredire un'indagine penale, **essendo necessario considerare anche la gravità delle infrazioni** all'origine dell'inchiesta.

Nel caso esaminato risultava che sia il Governo che il Tribunale Federale avessero accordato un'importanza relativamente minore all'infrazione individuata, avendo rinviato semplicemente alla scelta del legislatore elvetico di includere – all'articolo 28.a) al 2.b) del codice penale - la specifica violazione, rilevante nella vicenda, nell'elenco di quelle che giustificano un'eccezione alla protezione delle fonti giornalistiche; inoltre, il Tribunale Federale aveva individuato altre circostanze ritenute pertinenti per apprezzare la gravità dell'infrazione, quali la natura commerciale dell'attività svolta dal rivenditore ed i guadagni percepiti, piuttosto che il rischio per la salute pubblica derivante da detta attività.

Alla luce di tali circostanze la Corte EDU ritiene che – sotto il profilo del minor pericolo dell'infrazione rispetto alla quale la giornalista era stata chiamata a testimoniare - occorre valutare anche la rilevanza per il pubblico interesse dell'oggetto dell'articolo, costituito dalla circostanza di un trafficante di stupefacenti attivo per anni senza essere mai stato perseguito; ancora, l'ingiunzione a testimoniare avrebbe potuto avere un impatto pregiudizievole sul giornale che l'aveva pubblicata, compromettendone la credibilità nei confronti delle future, potenziali fonti, oltre che presso il pubblico interessato a ricevere informazioni comunicate da fonti anonime.

Al contrario, non poteva essere rimproverato alla ricorrente di non essersi espressa in maniera sufficientemente critica nel suo articolo, non essendo condivisibile la scelta - che sembra suggerita dal Tribunale Federale - di condizionare a tale presa di posizione il riconoscimento della protezione della fonte.

Alla luce di tali emergenze, la Corte EDU ha constatato che il Tribunale Federale ha optato per la scelta di accordare peso alla **valutazione degli interessi operata in generale ed in astratto** dal legislatore, **in tal modo eludendo l'individuazione dell'interesse pubblico** che, nella specie, si poneva come preponderante sul diritto della giornalista di tutelare le proprie fonti.

Conclusivamente, alla luce delle specifiche emergenze del caso, la decisione delle autorità interne non è stata ritenuta rispettosa dei criteri indicati dall'articolo 10 § 2 della Convenzione EDU.

## ART. 10 CEDU

### **LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – PROTEZIONE DELLE FONTI GIORNALISTICHE – ACCESSO GIUDIZIARIO AI DATI – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 – SUSSISTENZA – CONDIZIONI.**

*Corte E.D.U., Quinta sezione, 1 aprile 2021, Sedletska contro 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 200.

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):**

Goodwin c. Regno Unito (GC), 27 marzo 1996; Sanoma Uitgevers B.V. c. Paesi Bassi (GC), 14 settembre 2010; Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. ed altri c. Paesi Bassi, 22 novembre 2012; Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Lussemburgo, 18 aprile 2013; Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia [GC], no. 931/13, 27 giugno 2017; Becker c. Norvegia, 5 ottobre 2017; Nagla c. Lettonia, 16 luglio 2013; Roemen e Schmit c. Lussemburgo, 25 febbraio 2003; Voskuil c. Paesi Bassi, 22 novembre 2007; Martin ed altri c. Francia, 12 aprile 2012; 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 divulgazioni delle fonti giornalistiche.

**In tal senso, infatti, si è pronunciata la recente sentenza della Corte E.D.U., Terza sezione, emessa il 6 ottobre 2020, nel caso Jecker contro Svizzera.**

Il concetto di "divulgazione delle fonti giornalistiche" risulta interpretato dai giudici di Strasburgo con particolare ampiezza, nella misura in cui si è affermato come tale divulgazione possa scaturire anche attraverso l'acquisizione di dati sensibili (quali quelli costituiti dalla geolocalizzazione dei contatti telefonici del giornalista), come effetto indiretto discendente da un'attività investigativa il cui oggetto sia ben più circoscritto rispetto all'ampiezza dei dati potenzialmente acquisibili.

In tal senso, quindi – così come in precedenza affermato in riferimento ad altri tipi di attività intrusiva, quali le perquisizioni - sono stati ribaditi i limiti inderogabili che devono essere rispettati in tali forme di limitazione, anche indirette: la concreta sussistenza di un **rilevante interesse pubblico che, nel caso di un'indagine penale, deve essere circoscritta a "gravi forme di criminalità"**, ed un'accurata motivazione dei provvedimenti da cui possano discendere limiti anche potenziali alla tutela della riservatezza delle fonti giornalistiche, in coerenza con i principi di cui all'art. 10 della Convenzione.

Significativi, inoltre, appaiono ulteriori due profili individuati dalla Corte EDU: 1) l'insufficienza di una pretesa violazione di diritti altrui, alla cui tutela appaia funzionale l'acquisizione di dati riservati di un giornalista, per poter adottare provvedimenti che ne

dispongano l'acquisizione; 2) la necessità che sia sempre garantita la possibilità di far valere le garanzie procedurali previste dal diritto interno, qualora sia in discussione la possibilità di accedere a dati riservati che possano, anche come effetto secondario, svelare le fonti riservate di un giornalista.

Sotto altro profilo la pronuncia va ricollegata anche all'orientamento manifestato dalla CGUE con la sentenza emessa dalla Grande Sezione in data 2 marzo 2021, H.K., C-746/18, nel giudizio penale incidentale promosso dall'Autorità giurisdizionale dell'Estonia, laddove è stato affermato che *"Soltanto gli obiettivi della lotta contro le forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica sono atti a giustificare l'accesso delle autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate da quest'ultimo e tali da permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone interessate (v., in tal senso, sentenza del 2 ottobre 2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, punto 54), senza che altri fattori attinenti alla proporzionalità di una domanda di accesso, come la durata del periodo per il quale viene richiesto l'accesso a tali dati, possano avere come effetto che l'obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati in generale sia idoneo a giustificare tale accesso (par. 35)"*.

## ART. 11 CEDU

**ART. 11 CEDU – LIBERTÀ DI RIUNIONE – SANZIONE PER L'ORGANIZZAZIONE DI UNA RIUNIONE NON APPROVATA DALL'AUTORITÀ A CAUSA DELLO SVOLGIMENTO DI UN'ALTRA RIUNIONE PUBBLICA NELLO STESSO LUOGO – LEGITTIMITÀ DI UNA LEGGE NAZIONALE CHE DISPONGA IN TAL SENSO – CONDIZIONI.**

*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

Artt. 11 e 14 CEDU.

**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; *Ziliberg 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 Europea dei Diritti dell'Uomo, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, *Csiszer et Csibi c. Romania* (ricorsi nn. 71314/13 e 68028/14).

## **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 dei 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. 12 CEDU

**DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE – FAMIGLIA NATURALE E CONVIVENTE DI FATTO – AMBITO DI TUTELA – DIFFERENZE TRA LA CEDU (ARTT. 8 E 12) E LA CDFUE (ART. 9) – ART. 384 C.P. – SCUSANTE A NATURA SOGGETTIVA CHE INVESTE DIRETTAMENTE LA COLPEVOLEZZA.**

*Cass. Pen., Sez. U, n. 10381 del 26/11/2020, dep. 17/03/2021, Fialova, Rv. 280574*

<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20210317/snpen@sU0@a2021@n10381@tS.pdf&host=&port=-1&sid={216C4F71}&hca=&hcf=>

**Si rimanda a pag. 348 per il Report.**

**ART. 13 CEDU**

**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 – VIOLAZIONE ANCHE DELL'ART. 3 CEDU – DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO.**

*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>

**Si rimanda a pag. 45 per il Report.**

**ART. 13 CEDU**

**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.**

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

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

**Si rimanda a pag. 201 per il Report.**

**ART. 13 CEDU**

**ART. 13 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 3 CEDU – DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO – ISTANZA DI REVOCA O DI SOSTITUZIONE DELLA MISURA CUSTODIALE – RILEVANZA DEI MOTIVI DELLA REVOCA – INDICAZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, 14 gennaio 2021, Kargakis c. Grecia*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207359>

**Si rimanda a pag. 126 per il Report.**

**ART. 14 CEDU**

**DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – MANCATA DIMOSTRAZIONE IN CONCRETO DI UNA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO FONDATA SULL'APPARTENENZA ETNICA – MANIFESTA INSUSSISTENZA DELLA VIOLAZIONE.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Csiszer e Csibi c. Romania*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202456>

**Si rimanda a pag. 429 per il Report.**



## PROT. N. 7 CEDU - ART. 1

**STRANIERI – ESPULSIONE – MOTIVI DI SICUREZZA NAZIONALE – INFORMAZIONI RISERVATE – GARANZIE PROCEDIMENTALI – 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.**

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

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-205509>

### **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 vevolevoli 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 (*Iuare 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.

## PROT. N. 7 CEDU - ART. 4

**NE BIS IN IDEM – SANZIONI AMMINISTRATIVE SOSTANZIALMENTE PENALI - SANZIONE DISCIPLINARE DELLA SOSPENSIONE DALL’ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE MEDICA, PER COLPA PROFESSIONALE – SANZIONE PENALE PER FRODE, CON RIFERIMENTO ALLO STESSO FATTO – APPLICAZIONE DEI CRITERI “ENGEL” – NON RICONDUCEBILITÀ DELLA SANZIONE DISCIPLINARE ALLA CATEGORIA DELLA SANZIONE SOSTANZIALMENTE PENALE.**

*Corte EDU, Quinta Sezione (in comitato), 22 ottobre 2020, Faller e Steinmetz c. Francia..*

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-205742>

### CLASSIFICAZIONE

**Art. 4 Protocollo n. 7 CEDU – Divieto di *bis in idem*** – Sanzione disciplinare della sospensione dall’esercizio della professione medica, per colpa professionale – Sanzione penale per frode, con riferimento allo stesso fatto – Applicazione dei criteri “Engel” – **Non riconducibilità della sanzione disciplinare alla categoria della “condanna” per una “infrazione”**, ai sensi del richiamato art. 4 – Irricevibilità dei ricorsi.

### RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 4 Protocollo n. 7 CEDU.

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CEDU: Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri, §§ 122, 123, 6 novembre 2018; Müller-Hartburg c. Austria, n. 47195/06, §§ 44, 47, 19 febbraio 2013; Durand c. Francia, n. 10212/07, §§ 54, 56, 31 gennaio 2012; Ouendeno c. Francia, n. 39996/98, 9 gennaio 2001; Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio, 23 giugno 1981, § 42. **Si rinvia, inoltre, all’abstract relativo alla sentenza della Corte EDU, Prima Sezione, 8 ottobre 2020, Bajčić c. Croazia, predisposto da M. Brancaccio, e all’abstract relativo alla sentenza della Corte EDU, Quarta sezione, 5 maggio 2020, Prina c. Romania, predisposto da S. Recchione.**

Sentenze Corte di cassazione: **si rinvia integralmente ai due abstract appena richiamati.**



## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta Sezione (in comitato), 22 ottobre 2020, Faller e Steinmetz c. Francia (ricorsi nn. 59389/16 e 59392/16).**

### **Abstract**

*La Corte EDU, riunita in comitato di tre giudici, ha dichiarato irricevibili i ricorsi degli interessati, non sussistente la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU (Divieto di essere processati o puniti due volte per lo stesso fatto). In particolare, i ricorrenti erano stati condannati per condotta professionale scorretta durante le cure fornite agli assicurati, con la sanzione disciplinare del divieto di fornire assistenza agli assicurati della sicurezza sociale per quattro mesi, due dei quali sospesi, ai sensi dell'art. L. 145-1 e 2 del codice della sicurezza sociale (CSS). Sono stati poi condannati penalmente a diciotto mesi (con sospensione) di reclusione e al pagamento di una multa di 25.000 euro, nonché al divieto di esercitare la professione per un anno. La Corte ha ritenuto che la prima delle due condanne non avesse, neanche sul piano sostanziale, natura penale, ai sensi dell'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU.*

### **IL CASO**

I ricorrenti, Bernard Faller e Michel Steinmetz, cittadini francesi, sono medici specializzati in riabilitazione funzionale. Il fondo di assicurazione sanitaria primaria di Colmar (CPAM) ha riscontrato che i ricorrenti avevano fatturato per servizi indebiti. Inoltre, un'ispezione da parte dell'autorità per la sicurezza nucleare (ASN), ha rilevato che le radiografie erano state effettuate nel loro studio da personale che non era in possesso del necessario diploma. L'ufficiale medico capo di Colmar ha presentato una denuncia contro i ricorrenti presso il consiglio regionale dell'Ordine dei medici. Con due decisioni del 28 novembre 2008, la sezione delle assicurazioni sociali del Consiglio regionale dell'Ordine dei medici dell'Alsazia ha vietare loro di prestare assistenza agli assicurati per ventiquattro mesi, di cui dodici mesi con sospensione. I ricorrenti hanno presentato ricorso alla Sezione della previdenza sociale del Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici, la quale, con due decisioni del 15 ottobre 2009, ha parzialmente riformato le decisioni del 28 novembre 2008, fissando la durata della sanzione a quattro mesi, due dei quali sospesi.

Nel frattempo, i ricorrenti sono stati denunciati al pubblico ministero. Il 21 marzo 2014, il tribunale penale di Colmar – per quanto qui rileva – ha dichiarato i ricorrenti colpevoli di frode, esercizio illegale della professione e inganno riguardante la natura, la qualità o il regime del servizio. Li ha condannati ciascuno a quattro mesi di reclusione con sospensione della pena e ad una multa di 25.000 euro (EUR). Il 28 maggio 2015 la Corte d'Appello di Colmar ha confermato la sentenza del 21 marzo 2014 sulla colpevolezza dei ricorrenti per atti di esercizio illecito della professione e di inganno sulla natura, qualità o l'origine del

servizio. Diversamente da quanto avvenuto in primo grado, li ha anche ritenuti colpevoli di frode nei confronti delle mutue di Colmar. Ha condannato ciascuno dei ricorrenti a una pena detentiva con sospensione della pena di diciotto mesi, al pagamento di una multa di 25.000 euro e al divieto di esercitare la professione di medico per un anno. Ha inoltre ingiunto loro, in solido, di pagare alle parti civili 674.184,75 EUR per i danni e 8.000 EUR per spese. La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso degli interessati con sentenza del 3 maggio 2016.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Gli interessati hanno proposto ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 7 ottobre 2016, richiamando l'art. 4 del Protocollo n. 7 (diritto a non essere processato o punito due volte) alla Convenzione, e lamentando di essere stati condannati dal giudice penale per frode a causa di fatti per i quali avevano già ricevuto una sanzione sostanzialmente penale.

### **I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE EDU**

La Corte, data per scontata la natura penale della sanzione irrogata ai ricorrenti dalla Corte d'appello, si pone la questione se i ricorrenti, in quanto condannati dagli organi disciplinari dell'Ordine dei medici per cattiva condotta in relazione alle cure fornite agli assicurati della previdenza sociale, siano stati condannati per un "reato" ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7. Si richiama la sentenza A e B c. Norvegia, la quale ha specificato che, al fine di determinare se una procedura sia penale ai fini dell'art. 4 del Protocollo n. 7, è necessario applicare i tre criteri "Engel" relativi al concetto di "accusa in materia penale" (la qualificazione giuridica della violazione nel diritto nazionale, la natura sostanziale della violazione, la natura e il grado di gravità della sanzione applicata). La Corte ribadisce, sul punto, di ritenere da tempo che i procedimenti disciplinari non rientrino in quanto tali nella "materia penale". Quanto al caso di specie, la Corte rileva i ricorrenti non sono stati perseguiti per una violazione (art. 145-1 del codice di sicurezza sociale) ricadente, nell'ordinamento francese, nel diritto penale. Inoltre, la Corte ritiene che la natura stessa della violazione dell'art. 145-1 della CSS non sia penale. Quanto al terzo criterio, osserva che le sanzioni che possono essere prese in applicazione dell'art. 145-2 del CSS, non sono penali poiché includono l'ammonizione, il rimprovero, il divieto temporaneo o permanente di esercitare e, in caso di abuso di onorari, rimborso o rimborso di somme indebite. Infine, la Corte ha osservato che, mentre il divieto di fornire assistenza può, ovviamente, essere afflittivo poiché influisce sulla capacità del medico di esercitare la sua professione, l'art. 145-2 della CSS non prevede multe o misure di custodia. La Corte ne deduce che la decisione presa contro i ricorrenti in applicazione delle richiamate norme del codice di sicurezza sociale non è una "condanna" per un "reato", ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7. In forza di queste considerazioni, i ricorsi sono dichiarati irricevibili, senza che sia

esaminata, per assorbimento, la questione della riserva apposta dalla Francia (al pari dell'Italia) al protocollo 7.

### **Osservazioni finali**

Il punto di riferimento della decisione della Corte sono i criteri Engel come richiamati dalla decisione A e B c. Norvegia, la quale pare rappresentare, ormai, un punto fermo; e ciò, in continuità con quanto affermato da ultimo da Corte EDU, Quarta sezione, 5 maggio 2020, Prina c. Romania, con la quale la presente questione presenta profili di analogia. In tale quadro, viene ritenuta "non penale" la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione, pur significativamente afflittiva, perché non è qualificata come tale dall'ordinamento francese e non si concretizza, in ogni caso, in una privazione della libertà personale né in una multa.

## PROT. N. 7 CEDU - ART. 4

### CRITERI IDENTIFICATIVI DELLA NATURA PENALE DELLA SANZIONE - GENERALITÀ DEL DIVIETO.

Corte EDU, Quarta Sezione, 5 maggio 2020, Prina c. Romania

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-205108%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-205108%22]})

### CLASSIFICAZIONE

**NE BIS IN IDEM** – CRITERI IDENTIFICATIVI DELLA NATURA PENALE DELLA SANZIONE - GENERALITÀ DEL DIVIETO - RILEVANZA

### RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 4 PROT. 7 – DIRITTO A NON ESSERE PERSEGUITI E CONDANNATI PENALMENTE DUE VOLTE PER LO STESSO FATTO.

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

- A et B c. Norvège ([GC], nn. 24130/11 et 29758/11, § 105-107, CEDH 2016); Sergueï Zolotoukhine c. Russie ([GC], n. 14939/03, CEDH 2009), Ruotsalainen c. Finlande (no 13079/03, 16 giugno 2009), Franz Fischer c. Austria (n. 37950/97, 29 maggio 2001), e Tsonyo Tsonev c. Bulgaria (n. 33726/03, 1 ottobre 2009); Engel et altri c. Pays-Bas, 8 juin 1976, § 82, série A n 22; Zigarella c. Italie (déc.), n. 48154/99, CEDH 2002-IX (extraits), Asci c. Austria (déc.), n. 4483/02, CEDH 2006-XV, Ponsetti et Chesnel c. France (déc.), nn. 36855/97 et 41731/98, CEDH 1999-VI); *Putz c. Austria*, 22 février 1996, § 33;

- Sez. 2, n. 9184 del 15/12/2016 - dep. 24/02/2017, PAGANO, Rv. 269237; Sez. 5 - n. 45829 del 16/07/2018 , F., Rv. 274179 - 02; Sez. 3, n. 5934 del 12/09/2018 - dep. 07/02/2019, GIANNINO, Rv. 275833 - 04; Sez. 5, n. 49869 del 21/09/2018, CHIARION CASONI, Rv. 274604 - 01; Sez. 5, n. 5679 del 09/11/2018 - dep. 05/02/2019 , ERBETTA, Rv. 275314 - 01; Sez. 5 - n. 39999 del 15/04/2019, Respigo, Rv. 276963-4; Sez. 1, n. 2970 del 26/09/2019 - dep. 24/01/2020, DE MASI, Rv. 278479; Sez. 6 - n. 1645 del 12/11/2019 - dep. 16/01/2020, MONTELLA, Rv. 278099 - 01.

### PRONUNCIA SEGNALATA

CORTE EDU, Quarta sezione, decisione del 5 maggio 2020, Prina v. Romania, n. 37697/13

## **ABSTRACT**

*Il divieto di essere perseguiti e sanzionati due volte per lo stesso fatto presuppone che le sanzioni inflitte nei procedimenti paralleli siano "sostanzialmente" penali.*

*L'inquadramento come "penale" della sanzione dipende (a) dalla qualifica ad essa attribuita dall'ordinamento interno, (b) dalla sua natura e, infine, (c) dalla sua gravità (criteri Engels: il primo di valutazione obbligatoria, il secondo ed il terzo valutabili anche in via alternativa). La "natura" della sanzione (secondo criterio Engels) deve essere valutata in relazione alla struttura della norma che prevede la sanzione: quando il divieto formalmente "amministrativo" si rivolge ad un numero ristretto di persone la "sanzione" può essere ritenuta di natura "disciplinare", sempre che la sua gravità, desumibile dall'entità astratta della stessa (terzo criterio Engels), non indirizzi verso la sua qualifica come "penale".*

### **1. Il caso.**

1.1. La ricorrente, direttore dell'ufficio tecnico della città rumena di Slatina, era stata condannata dalla Corte dei conti al pagamento di una ammenda di ottocentocinquanta euro per la violazione delle norme amministrative che regolavano l'affidamento dei lavori pubblici e, segnatamente, per la mancata predisposizione del piano annuale dei lavori, la mancata indicazione dei criteri di attribuzione degli stessi ed il ricorso a procedure di affidamento diretto, invece che a gare pubbliche per l'assegnazione di incarichi supplementari rispetto a quelli già affidati con le gare semplificate di appalto.

1.2. La Corte dei conti non trasmetteva gli atti in Procura, ritenendo che le condotte rilevate non integrassero la violazione di divieti assistiti da sanzioni "penali".

Il Procuratore nazionale anticorruzione avviava comunque un procedimento penale a carico della ricorrente per il reato di abuso di potere.

In primo grado il Tribunale rilevava la modesta gravità delle condotte contestate alla Prina (accessorie rispetto a quelle più gravi del coimputato vicesindaco) e riteneva, comunque, che fosse ostativo alla condanna il fatto che la ricorrente fosse già stata sanzionata dalla Corte dei Conti per gli stessi fatti.

La Prina veniva assolta.

1.3. La Corte di appello ribaltava la sentenza di primo grado ritenendo (a) che i fatti di rilevanza penale erano diversi da quelli in relazione ai quali la ricorrente era stata sanzionata dalla Corte dei Conti (veniva contestato l'abuso di potere per l'illecito frazionamento dei lavori e la mancata supervisione degli stessi in relazione a diciotto appalti, laddove la sanzione amministrativa si riferiva solo a dodici gare), (b) che non era operativo il divieto del *ne bis in idem*, in quanto l'ammenda non era di natura "penale", essendo stata inflitta all'esito di un procedimento disciplinare per la violazione di regole rivolte ad un ristretto gruppo di amministratori, e, dunque, non di applicazione generale.

1.4. La Prina veniva condannata alla pena della reclusione di quattro anni (sospesa) e, esaurite le vie interne, presentava ricorso contro lo Stato rumeno allegando la violazione dell'art. 4 prot. 7 della Convenzione.

## **2. La ratio decidendi.**

La Corte ha ribadito che l'ambito di applicazione del divieto di essere perseguiti e condannati due volte è circoscritto ai casi in cui (a) le procedure e le sanzioni siano di natura penale, (b) che riguardino gli stessi fatti, (c) che si verta in un caso di ripetizione della iniziativa penale (§ 46).

La Corte ha altresì riaffermato che la natura penale della sanzione deve essere verificata sulla base dei c.d. "criteri Engels" valutando (a) la qualificazione interna data alla sanzione; (b) la sua "natura", (c) la sua gravità. Il secondo ed il terzo criterio (natura e gravità della sanzione) non devono essere valutati cumulativamente, ma possono essere considerati anche in modo alternativo, anche se la valutazione cumulativa può essere opportuna in alcuni casi (§ 48).

Infine ha chiarito che la "natura" della sanzione deve essere valutata (anche) in relazione alla struttura della norma che prevede il divieto: la sanzione si candida ad essere qualificata come "penale" se il divieto si indirizza alla generalità dei consociati, mentre se si rivolge ad un gruppo ristretto di persone, può (ma non deve) essere qualificata come disciplinare: in tal caso diventa decisiva la valutazione della gravità della sanzione che deve essere valutata in relazione alla forbice edittale e non alla misura inflitta in concreto.

## **3. La decisione.**

Nel caso in esame la Corte Edu ha ritenuto che la sanzione inflitta dalla Corte dei conti non fosse di natura penale, dato che il divieto al quale la stessa era correlata, non si dirigeva alla generalità dei consociati, ma ad un gruppo ristretto e qualificato di persone, ovvero agli amministratori pubblici che si occupavano di appalti (§ 56).

La gravità della sanzione veniva inoltre ritenuta "moderata" tenuto conto che la sanzione pecuniaria inflitta non doveva essere registrata nel casellario e che la stessa non poteva essere convertita in pena detentiva.

Il ricorso non superava dunque il vaglio di ammissibilità.

## **4. Note**

La decisione in commento si segnala per l'assegnazione di rilevanza alla natura "generale" della norma che impone il divieto: se questo si rivolge a tutti i consociati la sua violazione "può" condurre al riconoscimento della qualifica penale della sanzione; diversamente se il divieto si rivolge ad un numero ristretto di persone, diventa decisiva ai fini della qualifica

la valutazione della gravità della sanzione, ovvero il terzo criterio Engels (nel caso Engels ed altri v. Paesi Bassi si controverteva proprio della natura "sostanzialmente" penale di alcune sanzioni "formalmente" disciplinari inflitte a militari, ma gravi al punto da legittimarne l'inquadramento come penali con il correlato corredo di garanzie convenzionali).

## PROT. N. 7 CEDU - ART. 4

### NE BIS IN IDEM - PROCEDIMENTI COMPLEMENTARI E DOPPIA SANZIONE

Corte EDU, Prima Sezione, 8 ottobre 2020, *Bajčić c. Croazia*

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204820>

#### CLASSIFICAZIONE

**Art. 4 Protocollo n. 7 CEDU – Divieto di *bis in idem*** – Violazioni alle regole della circolazione stradale cui consegua un incidente mortale - **Sanzione** della multa inflitta dalla Corte territorialmente competente per i “reati minori” (in relazione alle **condotte di infrazione al limite di velocità e allontanamento dal luogo dell’incidente senza avviso alla polizia**) – Sanzione della **reclusione** inflitta nel processo per il reato di omicidio stradale – Violazione del principio di ***ne bis in idem*** – **Insussistenza** – Ragioni - Due diversi procedimenti che perseguono scopi **complementari** rivolti ad aspetti differenti del mancato rispetto delle regole di sicurezza stradali – Limitazione del procedimento penale ai reati più gravi – Doppio procedimento e doppia sanzione come **conseguenze prevedibili** della condotta del ricorrente – Adeguata interazione tra le due Corti e tra i due procedimenti, che formano un’unica procedura coerente – Svantaggi sofferti dal ricorrente dalla duplicazione dei procedimenti che non vanno al di là dello stretto necessario – **Doppia sanzione con pene che non eccedono lo stretto necessario in relazione alla serietà dei reati ai quali si riferiscono** – Punizione effettiva, proporzionata e dissuasiva per la condotta – **Due procedimenti diversi e complementari sufficientemente connessi “per sostanza e tempo”** – Procedimenti e sanzioni che formano un unico insieme coerente e proporzionato.

#### RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 4 Protocollo n. 7 CEDU.

#### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

##### Sentenze CEDU:

*Sergey Zolotukhin c. Russia* [GC], no. 14939/03 del 10 febbraio 2009; *Marguš c. Croazia* [GC], no. 4455/10 del 13 novembre 2012; *A e B c. Norvegia* [GC], n. 24130/11 e 29758/11 del 15 Novembre 2016; *Engel e altri c. Paesi Bassi* del 8 giugno 1976; *Maresti v. Croazia*, n. 55759/07 del 25 giugno 2009; *Tomasović c. Croazia*, n. 53785/09, del 18 ottobre 2011; *Marčan c. Croazia*, n. 40820/12, del 10 luglio 2014; *Hauser-Sporn c. Austria*, n. 37301/03,



*del 7 dicembre 2006; Ramda c. Francia, n. 78477/11, del 19 dicembre 2017; Gradinger c. Austria, del 23 ottobre 1995; Kapetanios e altri c. Grecia, n. 3453/12, del 30 aprile 2015; Nodet c. Francia, n. 47342/14, del 6 giugno 2019; Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014.*

**Sentenze Corte di cassazione:** Sez. 5, n. 5679 del 9/11/2018, dep. 2019, Erbetta, Rv. 275314; Sez. 5, n. 23346 del 12/4/2019, Caroli, Rv. 276644; Sez. 5, n. 39999 del 1574/2019, Respigo, Rv. 276963; Sez. 3, n. 6993 del 22/9/2017, dep. 2018, Servello, Rv. 272588; Sez. 3, n. 5934 del 12/9/2018, Giannino, Rv. 275833; Sez. 6, n. 1645 del 12/11/2019, dep. 2020, Montella, Rv. 278099; Sez. 3, n. 35156 del 1/3/2017, Palumbo, Rv. 270913; Sez. 2, n. 41007 del 21/5/2018, Bronconi, Rv. 274463; Sez. 5, n. 45829 del 16/7/2018, F., Rv. 274179; Sez. 2, n. 9184 del 15/12/2016, dep. 2017, Pagano, Rv. 269237.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Prima Sezione, 8 ottobre 2020, *Bajčić c. Croazia* (ricorso n. 67334/13).**

### **Abstract**

*La Corte EDU ha ritenuto, all'unanimità, non sussistente la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU (Divieto di essere processati o puniti due volte per lo stesso fatto) nel caso del ricorrente, processato e punito due volte per la stessa infrazione delle regole sulla circolazione stradale.*

*In particolare, il ricorrente era stato condannato dapprima alla sanzione della multa per i "reati minori" e successivamente, nel processo penale, per aver causato un incidente mortale, che ha causato il decesso di un pedone, riportando una pena detentiva.*

*Secondo la Corte, gli obiettivi delle sanzioni, poiché indirizzati a coprire aspetti differenti della stessa condotta, imponevano che esse dovessero essere considerate alla stregua di una sanzione unica.*

*Nel caso del ricorrente, tali obiettivi sono stati realizzati attraverso due fasi complementari di procedure, sufficientemente connesse "per tempi e sostanza" (sufficiently connected in substance and in time), sì da poter essere considerate parte di uno schema sanzionatorio unitario, volto, secondo la legislazione croata, a punire il mancato attenersi dell'agente alle regole di sicurezza stradale che ha prodotto come risultato un incidente mortale.*

*La Corte ha ritenuto che non sussista, nel caso del ricorrente, alcun abuso del diritto dello Stato di imporre una punizione, né che egli abbia sofferto alcun pregiudizio sproporzionato*

*come conseguenza della duplicazione di procedimenti e sanzioni.*

## **IL CASO**

Il ricorrente, Sanjin Bajčić, è un cittadino croato che nell'ottobre 2004, mentre stava guidando oltre il limite di velocità, ha causato un incidente stradale in cui un pedone ha perso la vita.

Nel luglio 2006, la Corte di Rijeka per i *Minor Offences* lo ha sanzionato con una multa per aver superato il limite di velocità, guidando un'auto difettosa, e per aver lasciato il luogo dell'incidente senza avvisare la polizia. Egli ha anche riportato la sanzione del divieto di guida per sei mesi e cinque punti di penalizzazione sulla patente.

Allo stesso tempo, nel giugno 2005, la Procura di Rijeka ha esercitato l'azione penale nei confronti del ricorrente per il reato più grave di aver causato un incidente stradale mortale con la medesima condotta già oggetto del primo procedimento per gli aspetti sopradetti.

Nel marzo 2011 la Corte di Rijeka in primo grado lo ha ritenuto colpevole e lo ha condannato alla pena di un anno e sei mesi di reclusione.

Il giudizio è proseguito in appello ed il giudice di secondo grado ha rigettato il motivo del ricorrente volto a veder dichiarata la violazione del principio di *ne bis in idem* per essere egli stato già sanzionato dalla *Minor Offences Court*. La Corte d'Appello ha stabilito che il reato ascrittogli non era considerato un'infrazione *minore*, per le gravi conseguenze causate, sicchè egli non era stato condannato, nella sostanza, per lo *stesso fatto* nei due diversi giudizi.

Successivamente, anche i ricorsi alla Corte Suprema ed alla Corte costituzionale non avevano avuto successo.

## **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

La questione sottoposta ai giudici di Strasburgo attiene ad un caso di ipotizzata violazione del divieto di essere processato e punito due volte per lo stesso fatto stabilito dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU in ambito di infrazioni al codice della strada.

## **I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE EDU**

### **Premessa**

La Corte ha anzitutto ribadito che l'oggetto dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU è quello di prevenire l'ingiustizia integrata dal fatto che una persona possa essere perseguita o punita due volte per la stessa condotta criminosa.

Il divieto in esame concerne l'accusa o il processo per la seconda "infrazione", qualora quest'ultima nasca da identici fatti o fatti che siano sostanzialmente gli stessi.

**Le affermazioni della Corte EDU nel caso concreto.**

Secondo la Corte, **i fatti** per i quali il ricorrente è stato punito nel procedimento avente ad oggetto la "*minor-offence*" e relativi all'essere stato alla guida di un'auto difettosa ed all'aver lasciato i luoghi senza informare la polizia non possono essere coperti dalle successive accuse penali; per questo **non possono essere considerati sostanzialmente "gli stessi"** in relazione ai quali egli è stato successivamente punito nel procedimento penale.

**La velocità**, d'altra parte, è stata un elemento di condotta centrale sia della condanna del ricorrente nel procedimento riferito alla "*minor-offence*" sia della sua condanna nel procedimento penale per l'incidente stradale mortale, di cui ha formato un punto importante.

I giudici di Strasburgo rammentano che la duplicazione di procedimenti come avvenuta in questo caso non è preclusa dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, a condizione che tali procedimenti siano sufficientemente strettamente connessi nella sostanza e nel tempo ("*sufficiently closely connected in substance and in time*"), a dimostrare che essi formano un approccio integrato e coerente all'illecito in questione.

Nel caso del ricorrente, la Corte ha rilevato che i procedimenti e le pene hanno dato vita ad un unico insieme coerente e proporzionato di procedimenti "complementari".

Quello relativo alla "*minor-offence*" punta a coprire la parte di condotta del ricorrente costituita dal mancato rispetto delle regole di circolazione stradale, in particolare della velocità, e ad assicurare la sicurezza pubblica, mentre il procedimento penale è rivolto a punire l'autore della condotta per le conseguenze della sua velocità, e cioè la morte di un pedone.

Inoltre, il ricorrente poteva prevedere il doppio binario sanzionatorio di procedimenti che sarebbero stati intentati contro di lui.

**Nella legislazione croata, la condotta di chi causa un incidente stradale mortale non potrebbe essere perseguita in un procedimento avente ad oggetto "reati minori".**

Combinare procedimenti per *minor-offence* e reati veri e propri costituisce parte delle azioni comuni assunte per imporre sanzioni quale conseguenza del mancato rispetto delle regole di sicurezza stradale e della guida spericolata che causi un incidente mortale.

Per di più, **i due procedimenti sono stati iniziati e portati avanti nello stesso tempo** e hanno corso parallelamente per quasi 14 mesi fino al luglio del 2006, quando la sanzione nel procedimento relativo alla "*minor-offence*" è diventata definitiva.

Il procedimento penale è terminato circa sei anni e dieci mesi dopo, snodandosi in quattro gradi di giudizio, per un periodo che non è sufficiente a rompere la linea temporale che

esiste tra le due procedure.

In conclusione, la Corte ha ritenuto che ci sia stato un adeguato livello di interazione tra le due Corti nei due procedimenti e che, considerate insieme, le sanzioni imposte non hanno fatto sì che il ricorrente soffrisse un peso eccessivo, ma sono state limitate a ciò che era strettamente necessario in relazione alla gravità della condotta di reato.

Invero, il ricorrente è stato condannato ad un anno e sei mesi di reclusione, laddove la pena massima al tempo prevista per chi causa un incidente stradale mortale era di cinque anni di reclusione.

La Corte, pertanto, ha ritenuto che non vi sia stato un abuso da parte dello Stato del diritto di imporre una sanzione penale e che neppure il ricorrente abbia sofferto alcun pregiudizio sproporzionato quale risultato dalla duplicazione dei procedimenti e delle sanzioni.

Piuttosto, questi ultimi hanno fatto parte di uno schema integrato di sanzioni presente nella legislazione croata in relazione alle condotte di mancato rispetto delle regole di sicurezza stradale che abbiano causato un incidente mortale.

Di conseguenza, non vi è stata violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 della Convenzione.

### **Osservazioni finali**

La Corte è stata chiamata a decidere un caso di applicazione del principio di *ne bis in idem* in materia di violazione delle regole di circolazione stradale.

L'ipotesi di specie ha confermato, sia pur in un contesto legislativo diverso da quello vigente in Italia, alcuni principi chiave che oramai i giudici di Strasburgo, dall'epoca della sentenza *A e B c. Norvegia* del 2016, hanno stabilito:

- il doppio binario sanzionatorio, tra *minor-offence* o violazioni amministrative, da un lato, e reati è consentito dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU;
- da un punto di vista procedimentale, la condizione di legittimità convenzionale del doppio binario è che tali procedimenti siano sufficientemente strettamente connessi nella sostanza e nel tempo ("*sufficiently closely connected in substance and in time*"), a dimostrare che essi formano un approccio integrato e coerente all'illecito in questione;
- da un punto di vista sostanziale, la condizione di legittimità del doppio binario è che la sanzione derivante dalla procedura integrata non abbia determinato una sofferenza eccessiva nel condannato, ma che la pena complessiva sia stata limitata a ciò che era strettamente necessario infliggere in relazione alla gravità della condotta di reato.

In altre parole, *la doppia sanzione apparentemente inflitta deve risultare frutto di un'unica procedura integrata che rappresenti una risposta dello Stato all'illecito commesso unitaria e proporzionata dal punto di vista dell'afflittività.*

La decisione *Bajčić c. Croazia* conferma anche la lettura convenzionalmente orientata che del principio di *ne bis in idem* ha fornito la Corte di cassazione negli ultimi anni applicativi, a far data dalla più volte citata sentenza *A e B c. Norvegia*.

## **PROTOCOLLO N. 15 ALLA CEDU**

*Report sulla legge 15 gennaio 2021, n. 11, di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali (Strasburgo, 24 giugno 2013).*

### **La ratifica del Protocollo n. 15 alla Convenzione EDU.**

SOMMARIO: 1. La legge di ratifica. – 2. Il Protocollo n. 15 in sintesi. – 3. Obiettivi del processo di riforma della Corte EDU: riduzione del carico di lavoro; corretta applicazione del principio di sussidiarietà e della dottrina del "margine di apprezzamento". – 4. Sussidiarietà e margine di apprezzamento nel Protocollo n. 15: i lavori preparatori... - 4.1. ...e l'esito del negoziato. 4.2. Questioni emerse nel corso dell'iter di approvazione della legge di ratifica. – 4.3. Natura casistica della giurisprudenza della Corte EDU e suoi riflessi sull'applicazione del margine di apprezzamento. – 4.4. La mancata ratifica del Protocollo n. 16 e i suoi effetti sulle giurisdizioni degli Stati non ratificanti. – 5. Le nuove condizioni di età per l'esercizio delle funzioni di giudice della Corte EDU. - 6. L'eliminazione del diritto di veto delle parti alla rimessione del procedimento alla Grande Camera. – 7. La riduzione del termine per la presentazione del ricorso individuale alla Corte EDU. - 8. La modifica del criterio di ricevibilità del "pregiudizio importante". – 9. Disposizioni transitorie e finali.

1. Con legge 15 gennaio 2021, n. 11, pubblicata sulla G.U. n. 34 del 10 febbraio 2021 ed entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione, il Parlamento italiano ha autorizzato la ratifica del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013. La stessa legge reca inoltre l'ordine di esecuzione del Protocollo. Esso richiede per la sua entrata in vigore la ratifica di tutti gli Stati parte della Convenzione, poiché contiene norme direttamente emendative di regole convenzionali preesistenti.

L'Italia era l'unico Stato parte a non avere ancora ratificato il Protocollo. Con il prossimo completamento delle procedure di ratifica e deposito da parte dell'Italia tale strumento entrerà dunque in vigore.

L'originario progetto di legge<sup>30</sup> e l'abbinato disegno di legge del governo<sup>31</sup> prevedevano anche la ratifica del Protocollo n. 16 alla Convenzione EDU, che abilita le più alte giurisdizioni nazionali degli Stati parte firmatari<sup>32</sup> a richiedere alla Corte europea, nell'ambito di un procedimento nazionale pendente, pareri consultivi non vincolanti in ordine a questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle

---

<sup>30</sup> Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Proposta di legge n. 35, d'iniziativa dei Deputati Schullian, Gebhard e Plangger, presentata il 23 marzo 2018.

<sup>31</sup> Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Disegno di legge n. 1124, presentato dal Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale e dal Ministro della giustizia il 10 agosto 2018.

<sup>32</sup> 22 su 47, tra i quali l'Italia.

libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. Questo profilo delle originarie iniziative legislative è stato però espunto nel corso dell'esame parlamentare in sede referente. Per l'Italia si è dunque interrotto il processo di ratifica del Protocollo n. 16.

2. Il Protocollo n. 15 apporta alla Convenzione EDU le seguenti modifiche:

- 1) aggiunge al preambolo della Convenzione un riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento;
- 2) sostituisce il limite massimo di età per i giudici della Corte EDU, prima fissato a 70 anni, con il requisito che i candidati alla carica di giudice abbiano meno di 65 anni di età alla data in cui l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha richiesto allo Stato parte la lista dei suoi candidati, sicché detti giudici potranno rimanere in carica per l'intero periodo di nove anni e fino all'età massima di 74 anni;
- 3) elimina il diritto delle parti di opporsi alla rimessione del procedimento alla Grande Camera;
- 4) riduce da 6 a 4 mesi dalla sentenza definitiva nazionale il termine di presentazione del ricorso alla Corte EDU;
- 5) modifica il criterio di ricevibilità del ricorso costituito dal "pregiudizio importante" dei propri diritti patito dal ricorrente, rimuovendo la condizione che il caso sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno.

3. Il Protocollo n. 15 - insieme al Protocollo n. 16, relativo alla richiesta facoltativa di parere consultivo non vincolante alla Corte EDU da parte delle più alte giurisdizioni nazionali, la cui ratifica, come si è visto, è stata stralciata dalla legge in esame - rappresenta l'epilogo di un processo unitario di riforma della Corte europea dei diritti dell'uomo scandito, da ultimo, dalle Conferenze di alto livello sul futuro della Corte tenutesi a Interlaken nel 2010, a Smirne nel 2011 e a Brighton nel 2012.

L'obiettivo di tale processo riformatore era duplice.

In primo luogo, pur riconoscendo il contributo straordinario della Corte EDU alla tutela dei diritti umani in Europa, gli Stati parte avevano rilevato che la Corte avrebbe potuto essere "vittima del suo successo". L'entrata in vigore, il 1° novembre 1998, del Protocollo n. 11 - che ha previsto il ricorso degli individui alla Corte EDU e l'allargamento a est del Consiglio d'Europa, con conseguente ratifica della Convenzione EDU da parte di molti Stati di nuova accessione - aveva infatti determinato la moltiplicazione esponenziale dei ricorsi individuali, il prodursi di un consistente arretrato e il dilatarsi dei tempi di trattazione dei procedimenti. La Corte europea veniva pertanto a trovarsi nella condizione di poter essa stessa realizzare una violazione del diritto alla ragionevole durata del processo previsto dall'art. 6, par. 1, CEDU, poiché nemmeno le misure di razionalizzazione adottate col

Protocollo n.14, destinate ad incidere sui ricorsi individuali irricevibili e su quelli ripetitivi, si erano rivelate decisive.

Inoltre, il processo di riforma era ispirato alla più corretta applicazione del principio di sussidiarietà. Pur non menzionato espressamente nel testo della Convenzione, esso è stato definito dalla Corte EDU fin dalle sue prime sentenze<sup>33</sup> sulla base del combinato disposto degli artt. 1, 13 e 35, par. 1, CEDU, secondo i quali è dovere degli Stati parte assicurare il rispetto dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e garantire all'individuo l'accesso ad un ricorso effettivo in caso di loro violazione, mentre la funzione della Corte consiste nel controllare che gli Stati rispettino gli obblighi convenzionalmente assunti (artt. 19 e 32 CEDU) ed il ricorso alla Corte è ammissibile solo previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35, par. 1, CEDU)<sup>34</sup>. Così inteso, il principio di sussidiarietà garantisce il pieno rispetto delle prerogative sovrane degli Stati parte della Convenzione EDU, trovandosi essi nella migliore posizione per giudicare, nell'ambito della propria giurisdizione, sulle eventuali violazioni dei diritti convenzionalmente riconosciuti e per porvi rimedio. Al contempo, esso assicura, attraverso l'intervento della Corte, la tutela effettiva di quei diritti allorché gli Stati falliscano nell'esercizio delle loro prerogative.

In questa prospettiva, il "margine di apprezzamento" rappresenta una sorta di corollario del principio di sussidiarietà<sup>35</sup> e indica lo spazio di manovra che la Corte europea riconosce a ciascuno degli Stati contraenti nell'adottare misure derogatorie o limitative di diritti riconosciuti dalla Convenzione, in presenza di peculiarità locali che le giustificano<sup>36</sup> e a condizione che nella materia oggetto di intervento manchi un "European consensus", cioè "un'ampia e condivisa interpretazione della precisa estensione dell'area operativa

---

<sup>33</sup> Si veda, ad esempio, Corte EDU, sentenza del 23 luglio 1968, caso relativo al regime linguistico dell'insegnamento in Belgio, par. 10, dove, tra l'altro, si afferma: *"En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention"*. Si vedano, più di recente, le sentenze del 23 marzo 2006, Scordino c. Italia, par. 140, e del 18 settembre 2009, Varnava e altri c. Turchia, par. 164.

<sup>34</sup> E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Studi sull'integrazione europea, IX (2014), p. 120.

<sup>35</sup> Descrive il margine di apprezzamento come corollario del principio di sussidiarietà, P. Gallagher, The European Convention on Human Rights and the margin of appreciation, in UCD Working Papers in Law, Criminology and Socio-legal studies, Research Paper n. 52/2011, p. 7. La Corte EDU ha riconosciuto agli Stati un "margine di apprezzamento" facendolo derivare dal principio di sussidiarietà a partire dalla sentenza 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito.

<sup>36</sup> La dottrina del margine di apprezzamento trova le sue radici nell'esigenza di rendere compatibile l'uniforme interpretazione della Convenzione con la considerazione delle diversità culturali, sociali, religiose, economiche e giuridiche, talvolta assai marcate, che connotano le realtà nazionali degli Stati parte.

della norma convenzionale in questione<sup>37</sup>. Consenso europeo e margine di apprezzamento sono dunque tra loro legati da un rapporto di proporzionalità inversa, poiché più ampio e radicato è il consenso circa la conformazione di un diritto o di una libertà convenzionalmente riconosciuti, più limitato sarà lo spazio lasciato agli Stati nel determinare casi di deroga o interferenza<sup>38</sup>.

4. In realtà, nel corso del lungo e articolato processo negoziale che ha portato alla definizione dei Protocolli n. 15 e 16 il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento hanno rappresentato la leva sulla quale si sono appoggiate le proposte di riforma della Convenzione EDU volte a ridimensionare il ruolo della Corte europea in rapporto agli ordinamenti giuridici e ai sistemi giudiziari nazionali. Sul principio di sussidiarietà e sul margine di apprezzamento si fondavano, in particolare, le proposte avanzate dal Regno Unito in vista della Conferenza di Brighton, sostanzialmente convergenti verso l'ampliamento della discrezionalità degli Stati nell'attuazione della Convenzione e l'allentamento del vincolo derivante per le giurisdizioni nazionali dalla *res interpretata* dalla Corte europea<sup>39</sup>. Pur se le proposte britanniche trovano una forte eco

---

<sup>37</sup> Per una significativa applicazione del margine di apprezzamento in materia ritenuta al tempo ancora esterna al consenso europeo, pur se interessata in molti Stati parte da importanti evoluzioni legislative, cfr. Corte EDU, 3 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, par. 80, 93-97, 105-109. Per un'introduzione al tema dell'"European consensus", si veda A. Kovler, V. Zagrebelski, L. Garlicky, D. Spielmann, R. Jaeger, R. Liddel, *The role of consensus in the system of the European Convention on human rights*, in *Dialogue between judges*, 2008, Strasbourg, European Court of human rights, Council of Europe, p. 15 e ss.; nonché, P. Gallagher, *The European Convention on Human Rights and the margin of appreciation*, cit.; M. Delas-Marty, M.L. Izorche, *Marge nationale d'appréciation et internalization du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, in *Re. Int. Dr. Comp.*, 2000, p. 753-780.

<sup>38</sup> I fattori che secondo la giurisprudenza della Corte EDU concorrono a determinare l'ampiezza del margine di apprezzamento sono molteplici. Tra essi, oltre all'eventuale esistenza di un consenso nella materia in questione - verificabile anche attraverso le opportune analisi di diritto comparato e della giurisprudenza delle alte corti nazionali - rientrano pure la natura della previsione convenzionale invocata, gli interessi in gioco, la finalità perseguita con la deroga o la limitazione ai diritti e libertà convenzionalmente riconosciuti, il grado di proporzionalità dell'interferenza: in termini, Corte EDU, sentenza del 27 marzo 1998, Petrovic c. l'Austria, § 38.

Restano salve le limitazioni alle deroghe di specifici diritti e libertà previsti da talune disposizioni convenzionali con riferimento alla necessità che le misure derogatorie siano necessarie, in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, della salute o di altri interessi pubblici o privati specificamente indicati (artt. 6, 8, 9, 10, 11 Convenzione EDU; art. 1 del Protocollo n. 1). Di diversa natura è la deroga agli obblighi convenzionali prevista dall'art. 15 della Convenzione in caso di guerra o altre pubbliche calamità, che consente una vera e propria eccezione al sistema di protezione europeo e non già una semplice limitazione dei diritti e delle libertà convenzionalmente riconosciuti.

<sup>39</sup> La Bozza di dichiarazione di Brighton presentata dal Regno Unito il 23 febbraio 2012 al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, ai paragrafi 17 e 19, lett. b), riconosceva tra l'altro agli Stati "a considerable margin of appreciation", proponeva di inserire il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento nel testo della Convenzione e limitava il controllo della Corte europea sulle decisioni adottate dalle autorità nazionali "to ensure that they are within the margin of appreciation". Per una dettagliata analisi dell'origine e delle finalità delle proposte negoziali del Regno Unito, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 124 ss.



nella dichiarazione finale di Brighton e nel testo dei Protocolli n. 15 e 16, successivamente elaborati a partire da quella dichiarazione, non v'è dubbio che in tali documenti esse risultano emendate dagli elementi che avrebbero maggiormente inciso sul posizionamento della Corte EDU all'interno del sistema di garanzia stabilito dalla Convenzione. Ciò rappresenta il risultato delle forti resistenze esercitate durante i negoziati dall'Assemblea parlamentare e dal Segretariato del Consiglio d'Europa, da numerose ONG e dalla stessa Corte europea, le cui posizioni erano volte a confermare l'autorità della Corte nell'interpretare la Convenzione e a riaffermare il diritto al ricorso individuale quale pietra miliare del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani<sup>40</sup>.

Già in un documento sul principio di sussidiarietà elaborato a seguito della Conferenza di Interlaken la Corte aveva affermato che tale principio trova limite in quelli di effettività della tutela dei diritti convenzionalmente tutelati e di interpretazione evolutiva della Convenzione EDU, i quali, ad esempio, condizionano l'applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni - che vale in quanto questi esistano e siano effettivi - e la corretta individuazione del margine di apprezzamento - che pur rappresentando principio interpretativo fondamentale richiede alla Corte una valutazione particolarmente complessa, tale da giustificare un'applicazione differenziata caso per caso, rimanendo prerogativa della stessa Corte decidere se nella vicenda *sub iudice* vi sia stata violazione della Convenzione<sup>41</sup>.

Sulla scorta di tali considerazioni la Corte europea aveva espresso parere contrario sulle proposte volte ad introdurre un richiamo al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento, tanto nel testo della Convenzione che nel suo Preambolo. Tale posizione, rimasta minoritaria tra gli Stati partecipanti alla Conferenza di Brighton, aveva tuttavia favorito il raggiungimento di un positivo compromesso sul testo della Dichiarazione finale.

Così, la Dichiarazione di Brighton sottolinea l'importanza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nell'attuazione della Convenzione, indica che esso deve orientare il controllo esercitato dalla Corte allorché è chiamata a valutare se le decisioni prese dalle autorità nazionali sono compatibili con la Convenzione<sup>42</sup> e incoraggia la Corte a dare coerente applicazione e grande rilievo al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento degli Stati nelle sue decisioni<sup>43</sup>. Al contempo, essa riconosce lo straordinario contributo della Corte alla protezione dei diritti umani in Europa, conferma l'autorità di quest'ultima nell'interpretare la Convenzione EDU e riafferma la fondamentale

---

<sup>40</sup> E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 125.

<sup>41</sup> Corte EDU, Interlaken Follow-up- Principle of subsidiarity. Note by the Jurisconsult dell'8 luglio 2010, par. 51 e s.; cfr. anche, Corte EDU, sentenza 28 novembre 1984, Rasmussen c. Danimarca, par. 40; sentenza 3 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, par. 62 e 109;

<sup>42</sup> Dichiarazione di Brighton, paragrafo 11

<sup>43</sup> Ivi, paragrafo 12, lett. a).

importanza del diritto al ricorso individuale per l'effettivo funzionamento del sistema di protezione convenzionale<sup>44</sup>. Su tali premesse di principio, la Dichiarazione di Brighton propone dunque l'inserimento del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento, "*as developed in the Court's case law*", nel Preambolo della Convenzione<sup>45</sup>. Sicché lo stesso Presidente *pro tempore* della Corte Europea ha potuto a ragione affermare durante l'udienza solenne di inaugurazione dell'anno giudiziario del 25 gennaio 2013 che la Conferenza di Brighton ha realizzato un potenziamento del ruolo della Corte<sup>46</sup>.

4.1. Tutti i principi affermati nella Dichiarazione di Brighton hanno trovato un'effettiva traduzione normativa durante i lavori che, su quella base, hanno portato alla redazione del Protocollo n. 15<sup>47</sup>.

Così, accogliendo la conforme proposta formulata nella dichiarazione finale di Brighton, l'**articolo 1** del Protocollo n. 15 dispone l'inserimento nel Preambolo della Convenzione di un nuovo considerando, il quale afferma "che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi Protocolli e che, nel fare ciò, essi godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione". Pertanto, l'espresso riferimento operato nella parte preambolare della Convenzione al ruolo riconosciuto agli Stati in base al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento si accompagna alla riaffermazione delle prerogative della Corte europea nell'interpretazione della Convenzione e nella decisione dei ricorsi individuali.

Il ruolo della Corte europea è ulteriormente precisato nel Rapporto esplicativo del Protocollo n. 15, secondo il quale il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento vanno intesi secondo il significato e la portata che la Corte ha loro attribuito nella sua casistica giurisprudenziale e il margine di apprezzamento "va mano nella mano" con i poteri di controllo attribuiti alla Corte dalla Convenzione. Il Rapporto evidenzia inoltre che "il ruolo della Corte è di valutare se le decisioni prese dalle autorità nazionali sono compatibili con la Convenzione, avendo dovuta considerazione del margine di apprezzamento proprio allo Stato", ma ribadisce anche che "[l]a Corte interpreta

---

<sup>44</sup> Ivi, paragrafi 1-4, 10, 26-29.

<sup>45</sup> Ivi, paragrafo 12, lett. b).

<sup>46</sup> Un giudizio positivo sugli esiti della Conferenza di Brighton è stato espresso anche da G. Raimondi, La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2012, n. 3, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>47</sup> Affidati allo *Steering Committee for Human Rights* (CDDH), incaricato di redigere la bozza dei Protocolli n. 15 e n. 16.

autoritativamente la Convenzione” ed “opera altresì a difesa degli individui i cui diritti e libertà non sono assicurati a livello nazionale”<sup>48</sup>.

In definitiva, il Preambolo della Convenzione emendato dal Protocollo n. 15 “normativizza” il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento come definiti dalla giurisprudenza della Corte europea<sup>49</sup>, nel mentre ne assoggetta l’applicazione al controllo e al potere di interpretazione attribuito alla Corte nell’ambito del sistema convenzionale<sup>50</sup>.

Sicché il Protocollo in esame sembra confermare che, come già in precedenza autorevolmente sostenuto, “[d]al principio di sussidiarietà non si può [...] trarre una restrizione del controllo effettuato dalla Corte europea, che è pienamente titolata ad interpretare la Convenzione (art. 32 CEDU) con una giurisprudenza che si impone alle autorità nazionali. Nel sistema gli Stati sono certo in prima fila nell’applicazione della Convenzione, ma nel senso che sono obbligati a non violarla e a riparare le violazioni che si siano verificate, non nel senso che la Corte europea si debba mettere al traino di ciò che le autorità interne producono ed elaborano circa gli obblighi convenzionali”<sup>51</sup>.

Tale interpretazione del riferimento operato dal Protocollo alla sussidiarietà e al margine di apprezzamento sembra del resto trovare conferma nelle norme sull’interpretazione degli accordi contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969, ritenute generalmente corrispondenti al diritto consuetudinario. In particolare, l’art. 31 della Convenzione di Vienna prevede che i termini di un trattato devono essere interpretati nel loro contesto e alla luce dell’oggetto e dello scopo del trattato stesso. Quindi, poiché oggetto e scopo della Convenzione EDU è la piena ed effettiva tutela dei diritti umani da essa contemplati e strumento essenziale di tale tutela è il ricorso individuale alla Corte europea, l’interpretazione proposta sembra quella che tiene conto in massima misura tanto della specifica conformazione del sistema di tutela convenzionale che della finalità di massimizzarne l’efficacia<sup>52</sup>.

4.2. Nel corso dell’esame parlamentare in sede referente del disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16, è stato notato con accenti critici che “la formulazione del

---

<sup>48</sup> Valorizza le disposizioni del Progetto esplicativo a fini dell’interpretazione del Protocollo, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 129.

<sup>49</sup> Vedi *supra*, paragrafo 3.

<sup>50</sup> Ritengono che il preambolo della Convenzione abbia efficacia vincolante, G. Conso, Preambolo, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, p. 3 e ss.; R. Pisillo Mazzeschi, Preambolo, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelski (a cura di), Commentario breve alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, 2012, p. 3 e ss., ove pure un’analisi delle decisioni della Commissione europea dei diritti dell’uomo e delle sentenze della Corte EDU che si riferiscono al preambolo della Convenzione.

<sup>51</sup> V. Zagrebelski, La Conferenza di Interlaken per assicurare l’avvenire della Corte europea dei diritti umani. La crisi è più seria dei rimedi che i governi ipotizzano, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 312.

<sup>52</sup> Così, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 131.

nuovo preambolo della Convenzione lascia spazio alla Corte EDU per una giurisprudenza maggiormente penetrante nei confronti degli ordinamenti nazionali, prestandosi a indurre la Corte a ridurre il *self-restraint* al quale essa deve ispirare le proprie decisioni<sup>53</sup>. A conferma di tale interpretazione è stato acutamente sottolineato come il principio di sussidiarietà è "a doppio taglio, nel senso che non si limita ad attrarre le competenze decisionali verso il basso e la periferia, ma le attira anche verso l'alto e il centro tutte le volte in cui ciò è richiesto dalle esigenze di miglior funzionamento del sistema" e "siccome a decidere del concreto "verso" della sussidiarietà è chi sta in alto e al centro, va da sé che nel caso della CEDU a decidere è la stessa Corte di Strasburgo"<sup>54</sup>, al cui controllo è espressamente assoggettato, secondo il testo del preambolo risultante dall'entrata in vigore del Protocollo 15, il margine di apprezzamento degli Stati parte.

Si tratta in verità di un controllo che, come si è visto<sup>55</sup>, la Corte ha esercitato fin dal momento in cui essa stessa ha tratteggiato i contorni del margine di apprezzamento, sicché sembra legittimo ritenere che, come pure autorevolmente sostenuto, "il Protocollo 15 si limita a codificare l'esistente"<sup>56</sup>.

Resta aperta la questione relativa agli effetti che l'introduzione di un fondamento convenzionale testuale a supporto del principio di sussidiarietà e del criterio interpretativo del margine di apprezzamento produrrà sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Alle opinioni sopra richiamate, secondo le quali la Corte EDU sarà d'ora in avanti propensa ad esprimere posizioni più assertive nei suoi rapporti con gli ordinamenti e le giurisdizioni nazionali<sup>57</sup>, corrispondono infatti pronostici di segno opposto, che ritengono l'innovazione testuale operata dal Protocollo 15 foriera di un uso responsabile del margine di apprezzamento e di approcci interpretativi più rispettosi del principio di sussidiarietà<sup>58</sup>. Del resto, proprio in quest'ultima prospettiva la Dichiarazione di Interlaken aveva affermato che il principio di sussidiarietà "*implies a shared responsibility between the State Parties and the Court*"<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> F. Farri, testo dell'audizione innanzi la Commissione affari esteri della Camera dei Deputati tenutasi il 12 febbraio 2019.

<sup>54</sup> M. Luciani, Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU – Appunti per l'audizione innanzi la 2a Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati (26 novembre 2019, p. 4, in Sistema Penale on-line.

<sup>55</sup> Vedi *supra*, paragrafi 3. e 4.1..

<sup>56</sup> G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Testo dell'audizione resa il 12 febbraio 2019 innanzi alla Commissione Affari Esteri e Giustizia riunite della Camera dei Deputati, p. 11, in Federalismi.it on-line.

<sup>57</sup> Sul punto, cfr. anche F. Vari, Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo.

<sup>58</sup> G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge, cit. p. 11.

<sup>59</sup> Dichiarazione di Interlaken del 19 febbraio 2010, punto 3. R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU, Testo dell'audizione informale in data 19 novembre 2019 innanzi alle Commissioni riunite II (Giustizia) e III (Affari esteri e comunitari) della Camera dei Deputati, in Sistema Penale on-line, ha osservato che i Protocolli 15 e 16 "sono inseriti in un unico disegno riformatore, tendente ad accrescere

4.3. A questo proposito, sembra opportuno ricordare che la natura essenzialmente casistica della giurisprudenza della Corte europea - la quale ha costantemente ribadito che nei procedimenti derivanti da un ricorso individuale essa si deve limitare, per quanto possibile, a un esame del caso concreto che ha davanti a sé<sup>60</sup> - ha determinato una "minore coerenza sistemica delle decisioni della Corte di Strasburgo"<sup>61</sup>, sicché da esse non è sempre agevole trarre precedenti utili per chiarire in modo generalmente valido *pro futuro* il significato delle norme della Convenzione<sup>62</sup>. Tale fisiologica conformazione delle sentenze della Corte EDU<sup>63</sup> si è naturalmente riverberata sull'applicazione che la Corte europea ha dato alla dottrina del margine di apprezzamento, da taluni ritenuta intrinsecamente incoerente, in quanto per sua natura influenzata dalle specificità dei singoli casi sottoposti

---

(e non certo a diminuire) il ruolo delle autorità nazionali, in ottica di "sussidiarietà" rispetto al ruolo della Corte".

<sup>60</sup> In termini, Corte EDU, 3 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, par. 103, e decisioni ivi richiamate.

<sup>61</sup> Così, testualmente, G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge, cit. p. 8.

<sup>62</sup> F. Gallo, Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU, in *Rivista AIC*, 1, 2013, p. 2, qualifica le sentenze della Corte di Strasburgo come "frutto di sincretismo pragmatico", nelle quali "[l]a singolarità del caso non si dissolve nell'universalità della pronuncia, ma, al contrario, delimita le possibilità di generalizzazione della decisione". Per taluni, il ruolo prioritario degli Stati nell'assicurare piena attuazione alla Convenzione EDU richiederebbe una Corte europea destinata a occuparsi solo dei casi concernenti seri problemi interpretativi o gravi violazioni della Convenzione, assecondando così una funzione definita spesso di "giustizia costituzionale"; S. Greer, Constitutionalizing adjudication under the European Convention on human rights, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, pp. 405 e ss.. Altri si sono opposti a questa prospettiva, esprimendosi a favore di una Corte europea che resti anzitutto il giudice del ricorso individuale; E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16, cit., p. 123. Peraltro, la riforma attuata attraverso l'adozione dei Protocolli n. 15 e 16 ha senz'altro mantenuto alla Corte il suo ruolo fondamentale di giudice del ricorso individuale. G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge, cit. p. 8, segnala che la previsione, nell'art. 1 del Protocollo n. 16, di richieste di parere consultivo su "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli", potrebbe fare di tali pareri, pure resi a partire da un caso concreto pendente dinanzi al giudice nazionale, un "prodotto" caratterizzato da meno accentuata concretezza e attenzione al caso di specie rispetto alle sentenze della Corte EDU, operando per tal via una tendenziale assimilazione di quei pareri alle decisioni delle Corti costituzionali quanto a portata generale e a grado di coerenza sistemica.

<sup>63</sup> Peculiarità tenuta debitamente in conto dalla Corte cost., sentenza n. 48 del 2015, allorché - muovendo dalla premessa dell'inesistenza di due ordinamenti separati, essendo la Convenzione EDU stata immessa nel nostro ordinamento nazionale da una legge italiana (l. 4 agosto 1955, n. 848) - ha affermato che l'interpretazione della Convenzione data dalla Corte EDU va seguita solo quando si è cristallizzata in indirizzi "consolidati". Per una recente e rilevante applicazione di questo principio, si veda, *Sez. U, n. 8544 del 24/10/2019*, dep. 2020, Genco, Rv. 278054.

a giudizio<sup>64</sup>, se non, addirittura, da considerazioni extra-giuridiche o comunque attinenti al grado di solidità democratica dello Stato contraente<sup>65</sup>.

L'esigenza di declinare l'uniforme interpretazione della Convenzione secondo parametri che tengano conto, in attuazione del principio di sussidiarietà, delle differenze giuridiche, culturali, sociali, economiche e politiche tra gli Stati parte, rende del resto ineliminabile il ricorso a criteri che consentano alla Corte di Strasburgo e agli operatori nazionali (legislatori e giudici) di ricomporre quelle differenze - ed il fisiologico "disordine" che da esse deriva - in un quadro credibile e coerente<sup>66</sup>. Nel funzionamento del sistema convenzionale non mancano del resto, anche prima dell'entrata in vigore del Protocollo 15, gli esempi di tensioni e sforzi siffatti<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> L'ex Presidente della Corte EDU, Dean Spielmann, ha testualmente affermato che "il margine di apprezzamento è senza dubbio la dottrina più commentata negli scritti accademici. Una dottrina che ha certamente dei punti deboli: un grado di vaghezza, o persino di incoerenza nell'affidamento della Corte sul margine di apprezzamento, un rischio di manipolazione dei parametri e fattori identificati e la conseguente - sebbene inevitabile - mancanza di certezza giuridica. Questa incertezza può essere imputata alla ricchezza dei parametri e alla loro selezione, alla tentazione di "giocare coi margini" (una tentazione sia per le Corti domestiche che per la Corte europea) e all'adeguamento dell'ampiezza del margine alle circostanze del caso concreto"; D. Spielmann, *Allowing the right margin: the European Court of human rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review?* In 15 Camb. YB. Eur. Leg. St., University of Cambridge, CELS Working Paper Series, 29 February 2012, p. 417.

<sup>65</sup> G. Cerrina Ferroni, *Il disegno di legge*, cit., p. 9, ove richiamo alle sentenze del 15 dicembre 2000, *Py c. Francia*, e del 19 ottobre 2004, *Melinchenko c. Ucraina*, che l'Autrice ritiene essere giunte a soluzioni opposte in casi analoghi.

<sup>66</sup> Così, M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, 2006. Il principio di sussidiarietà è stato nel tempo invocato a fondamento di proposte di riforma del sistema di segno opposto.

<sup>67</sup> La Corte EDU ha, ad esempio, costantemente chiarito che, fermo restando che situazioni di "fine pena mai" realizzano trattamenti inumani e degradanti inderogabilmente vietati dall'art. 3 della Convenzione, agli Stati è riconosciuto un ampio margine di apprezzamento in materia di individuazione delle condizioni alle quali subordinare il positivo superamento del percorso di riabilitazione del detenuto condannato alla pena dell'ergastolo e, quindi, la sua liberazione, poiché le autorità nazionali sono chiamate in questo campo a un bilanciamento cruciale tra interessi contrapposti (tra molte, Grande Camera, 9 gennaio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, par. 108; Grande Camera, *Mastromatteo c. Italia*, par. 72; Corte EDU, *Maiorano e altri c. Italia*, par. 108). La giurisprudenza della Corte europea registra l'esistenza di un ampio dibattito e di sostanziali divergenze in sede internazionale in ordine alla funzione, all'equità e alla proporzionalità della pena, con conseguente mancanza di un "consenso europeo" sul punto. Essa giunge pertanto ad ammettere forme non giurisdizionali di controllo della riabilitazione del condannato all'ergastolo e l'eventualità che un meccanismo di riesame della pericolosità sociale del detenuto abbia luogo soltanto a partire da un numero minimo di anni di espiazione della pena. La condizione di legittimità dell'ergastolo, rappresentata dalla possibilità *de facto et de iure* di una sua riduzione, è stata generalmente individuata nel fatto che presupposti e requisiti della liberazione siano determinati dallo Stato con sufficiente margine di chiarezza e precisione, in modo da consentire al condannato a "pena perpetua" di percepire immediatamente ove si colloca il proprio orizzonte temporale e comportamentale di liberazione. La possibilità - e la speranza - di liberazione deve dunque essere per il condannato concreta e seria fin dall'inizio del suo percorso carcerario, poiché legata a

4.4. L'intervenuta espunzione del Protocollo 16 dal testo della legge di ratifica ha di fatto – almeno per il momento – accantonato le questioni poste in relazione alle possibili interferenze tra richiesta pregiudiziale di parere consultivo alla Corte EDU e giudizio di costituzionalità delle leggi<sup>68</sup>.

Non è peraltro contestabile, per usare le parole di Raffaele Sabato, giudice italiano presso la Corte europea, da un lato, che i Protocolli 15 e 16 rappresentano il "frutto inscindibile della Conferenza di Brighton", e, dall'altro, "che a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 16, avvenuta nel 2018 per gli Stati che lo hanno ratificato, le procedure di consultazione e i pareri resi dalla Corte europea a richiesta delle alte giurisdizioni degli Stati membri sono destinati a moltiplicarsi, insieme agli sforzi quasi contestuali di "compatibilizzazione" dei giudici nazionali"<sup>69</sup>. Dunque, solo le giurisdizioni dei Paesi che hanno ratificato il Protocollo n. 16 potranno partecipare attivamente alla nuova forma di dialogo prevista dal Protocollo, in attuazione del principio di sussidiarietà. Le giurisdizioni dei Paesi non ratificanti – come, allo stato, l'Italia – parteciperanno

---

presupposti chiari e prevedibili. L'esistenza di un consolidato quadro interpretativo circa il margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati non ha peraltro impedito che la Corte giungesse ad esiti opposti in casi recenti e assai controversi: sentenza Grande Camera, 17 gennaio 2017, n. 57592/08, Hutchinson c. Regno Unito; sentenza, 13 giugno 2019, n. 77633/16, Viola c. Italia (n. 2). Quest'ultima pronuncia ha trovato seguito nella sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019, che pure formalmente non ha attinto alle conclusioni della decisione della Corte EDU, e in Sez. 1, ord. 3/6/2020, n. 18518, Pizzino, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 della Costituzione, degli artt. 4-*bis* comma 1 e 58-*ter* della legge n. 354 del 1975, e dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991, nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale. Per una compiuta analisi dell'applicazione da parte della Corte EDU della dottrina del margine di apprezzamento in materia di "ergastolo ostativo", si veda, A. Tarallo, Il "fine pena mai" di fronte al controllo CEDU: un "margine di apprezzamento" sempre più fluttuante e aleatorio", *Dirittifondamentali.it*, 1/2020. Evidenzia il valore paradigmatico della vicenda del cosiddetto "ergastolo ostativo" richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019, R. Conti, Chi ha paura del Protocollo 16, e perché? *Sistema Penale*, 2020.

<sup>68</sup> M. Luciani, Note critiche, cit.; F. Vari, Le prospettive di riforma, cit.; G. Cerrina Ferroni, Il disegno di legge, cit.; S. Bartole, Le opinabili paure di autorevole dottrina a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare, *Giustizia Insieme on-line*, 2020; E. Lamarque, La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa, ivi, 2020; C. Pinelli, Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale, ivi, 2020; A. Ruggeri, Protocollo 16: funere mersit acerbo, ivi, 2020.

<sup>69</sup> Così, testualmente, R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU, cit..

comunque a tale esperienza, senza però esserne direttamente protagoniste. Esse non potranno, infatti, ignorare né i pareri, pur non vincolanti, resi dalla Corte europea su iniziativa di altri paesi, né le vicende e le elaborazioni giurisprudenziali a quei pareri collegate. Ma saranno mute, allorché avrebbero avuto la possibilità di proporre soluzioni più vicine all'ordinamento giuridico nazionale.

Sicché, nel nuovo contesto determinatosi a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 16, la mancata contestuale ratifica dei due Protocolli ha per effetto di affidare le possibilità di interlocuzione delle Corti italiane ai meccanismi di *soft-law* messi in opera al fine di favorire il dialogo tra le Corti. Esperienze queste che, per rispondere ad un bisogno reale di pragmatica composizione di diversità ineliminabili e anticipando l'operatività dello strumento formale previsto dal Protocollo 16, hanno intensificato le forme di scambio e cooperazione tra Corti nazionali e giudice di Strasburgo proprio al fine di assicurare l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze, anche attraverso un uso informato e temperato del principio di sussidiarietà e della dottrina del margine di apprezzamento<sup>70</sup>.

5. L'**articolo 2** del Protocollo n. 15 aggiunge un paragrafo dopo il paragrafo 1 dell'articolo 21 della Convenzione, dedicato alle condizioni per l'esercizio delle funzioni di giudice della Corte europea dei diritti umani: in base alla nuova formulazione, i candidati dovranno avere meno di 65 anni di età alla data in cui la lista dei tre candidati di ciascuna Parte contraente deve pervenire all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, come previsto dal successivo articolo 22 della Convenzione. La relazione al Protocollo rileva come la nuova formulazione dell'articolo 21 miri a consentire a giudici altamente qualificati di rimanere in carica per l'intero periodo di durata del loro mandato, pari a nove anni, cosa che nella formulazione vigente (art. 23, par. 2, del quale l'articolo 2 del Protocollo n. 15 prevede la soppressione) è preclusa ai giudici al compimento dei 70 anni. È stato osservato che il limite di età fisso a 70 anni si giustificava allorché, prima del 2010, il mandato del giudice era rinnovabile. Ora sarà possibile, con beneficio per la continuità delle funzioni giurisdizionali della Corte, che restino in servizio, per un solo mandato, giudici sessantacinquenni al momento della loro candidatura, i quali compirebbero il 74° anno di età prima del loro esodo, a fronte del requisito convenzionale di elevata esperienza per la

---

<sup>70</sup> Sui "protocolli di dialogo", G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, 2010; R. Conti, *Protocolli d'intesa tra la Corte di Cassazione e la Corte dei diritti dell'uomo. Introduzione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2016, 103; M. Barnabò, *L'Italia si unisce alla rete delle corti supreme a Strasburgo*, in *I diritti dell'uomo*, 3, 2015, 525. Sul rapporto tra "protocolli di dialogo" e Protocollo n. 16, R.Conti, *Il protocollo di dialogo fra le Alte corti italiane, Csm e Corte EDU a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questione Giustizia*, 29 gennaio 2019.



loro nomina. L'art. 8, par. 1, del Protocollo prevede che le nuove norme "si applicano unicamente ai candidati presenti nelle liste sottoposte all'Assemblea parlamentare dalle Alte Parti contraenti, in virtù dell'art. 22 della Convenzione, dopo l'entrata in vigore del presente Protocollo".

6. L'**articolo 3** del Protocollo n. 15 prevede la **soppressione** della parte finale dell'articolo 30 della Convenzione, e segnatamente **della possibilità che una delle Parti si opponga alla rimessione alla Grande Camera** di una questione, pendente innanzi a una Camera della Corte europea, che sollevi gravi problemi interpretativi o la cui soluzione rischi di andare in contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte. La disposizione, che attribuisce alla Camera della Corte cui è affidato l'esame del ricorso il potere d'ufficio di deferirne la cognizione alla Grande Camera, è volta a favorire la coerenza della giurisprudenza della Corte e a velocizzare i tempi di decisione nei casi che richiedano l'affermazione di orientamenti interpretativi di particolare rilievo ovvero il superamento di contrasti giurisprudenziali interni alla Corte europea<sup>71</sup>.

È stato rilevato che il potere di deferimento del ricorso alla Grande Camera è così rimesso alla decisione della Camera semplice, la quale, in tal modo, viene a disporre del diritto delle parti al doppio grado di giurisdizione<sup>72</sup>.

L'art. 8, par. 2, del Protocollo prevede che l'emendamento di cui all'art. 3 non si applichi alle cause pendenti in cui una delle parti si sia opposta, prima dell'entrata in vigore del Protocollo, alla proposta di una camera della Corte di dichiararsi incompetente a favore della Grande Camera.

7. L'**articolo 4** del Protocollo n. 15 modifica l'art. 35 della Convenzione e **riduce da 6 mesi a 4 mesi** dalla sentenza definitiva nazionale **il termine di presentazione del ricorso alla Corte europea**<sup>73</sup>.

Si tratta di disposizione di carattere deflattivo, finalizzata a velocizzare i tempi di decisione, anche nella prospettiva del giudizio di inammissibilità dei ricorsi.

Nel corso dei lavori preparatori del Protocollo si è notato che in molti Stati parte analoghi termini processuali sono stati ridotti a seguito degli intervenuti progressi

---

<sup>71</sup> Si tratta di disposizione che traduce una proposta di emendamento della Convenzione EDU contenuta nella Dichiarazione di Brighton, nella quale l'esigenza di assicurare maggiore coerenza alla giurisprudenza della Corte era ritenuta funzionale a consentire agli Stati parte "*an appropriate margin of appreciation*". Così, E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Studi sull'integrazione europea, IX (2014), p. 127.

<sup>72</sup> M. Luciani, Note critiche, cit., p. 3.

<sup>73</sup> La bozza della Dichiarazione di Brighton predisposta dal Regno Unito prospettava invece l'introduzione di nuovi requisiti di ricevibilità dei ricorsi individuali, (par. 23, lett. c).

tecnologici e della digitalizzazione degli atti processuali, che tra l'altro consentono il taglio dei tempi di trasmissione dei documenti<sup>74</sup>.

Si è osservato inoltre che la procedura innanzi alla Corte impone soltanto che entro questo termine sia compilato – anche senza l'assistenza di un avvocato – il questionario introduttivo, ben potendo il ricorso essere articolato successivamente con l'ausilio della difesa tecnica<sup>75</sup>. In occasione dell'esame parlamentare della legge di ratifica è stato peraltro rimarcato che si tratta di un termine assai breve, anche tenuto conto del formalismo della Corte EDU in sede di vaglio preliminare di ammissibilità<sup>76</sup>.

Per assicurare la piena informazione degli interessati e la certezza del diritto al ricorso individuale, il nuovo termine sarà applicabile, come previsto dall'art. 8, par. 3, del Protocollo, solo dopo 6 mesi dall'entrata in vigore del medesimo Protocollo. Inoltre, lo stesso art. 8, par. 3, del Protocollo prevede che il termine ridotto non si applica "ai ricorsi in merito ai quali la decisione definitiva ai sensi dell'art. 35, par. 1, della Convenzione sia stata presa prima della data di entrata in vigore dell'art. 4 del Protocollo". Risulta così espressamente esclusa ogni possibilità di applicazione retroattiva della nuova norma.

8. Lo stesso scopo deflattivo ha l'**articolo 5** del Protocollo 15, volto a rendere più semplice la dichiarazione di irricevibilità di un ricorso individuale e a consentire alla Corte di non occuparsi dei ricorsi bagatellari. Tale disposizione stabilisce l'abrogazione della regola fissata nell'articolo 35, par. 3, lettera b), della Convenzione, secondo il quale la Corte può dichiarare irricevibile il ricorso in assenza di un effettivo pregiudizio del ricorrente soltanto qualora esso sia già "stato debitamente esaminato da un tribunale interno". In definitiva, dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 15, la Corte EDU potrà evitare di occuparsi dei ricorsi individuali che non evidenzino la produzione di un pregiudizio importante in danno del ricorrente anche qualora sulla vicenda non si sia espresso alcun giudice nazionale. A tal riguardo, si è evidenziato che l'eliminazione della citata clausola di salvaguardia, destinata a contenere l'operatività del principio *de minimis non curat praetor*, potrebbe comportare un indebolimento del fondamentale diritto al ricorso individuale<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della Convenzione EDU, cit., ha evidenziato che in Italia una riduzione analoga ha interessato i termini per la riassunzione e il passaggio in giudicato relativi al giudizio amministrativo.

<sup>75</sup> R. Sabato, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della Convenzione EDU, cit.

<sup>76</sup> M. Luciani, Note critiche, cit., p. 3, condivide al riguardo le osservazioni formulate dalle Camere Penali nel corso della audizione innanzi alla 2a Commissione - Giustizia - della Camera dei Deputati.

<sup>77</sup> E. Nalin, I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit., p. 128. B. Conforti, Osservazioni sulla Dichiarazione di Brighton, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 650 s., sostiene che la disposizione in esame potrebbe ridurre il carico di lavoro della Corte senza incidere sul diritto al ricorso individuale, laddove rendesse operativo, nei rapporti tra ordinamento interno e Corte EDU il principio della tutela equivalente, già applicato dalla Corte nei rapporti con l'Unione Europea.

9. Infine, gli **articoli 6-9** del Protocollo n. 15 contengono le disposizioni finali e transitorie: depositario del Protocollo sarà il Segretario generale del Consiglio d'Europa, presso il quale verranno depositati gli strumenti di ratifica, accettazione o approvazione delle Parti contraenti. L'entrata in vigore del Protocollo avverrà il primo giorno del mese successivo alla scadenza di tre mesi dalla data in cui tutte le Parti contraenti della Convenzione europea sui diritti umani avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo n. 15. Sono previste altresì le già descritte disposizioni speciali di carattere transitorio riguardanti i candidati alla carica di giudice, le cause già pendenti per le quali si sia proposta la rimessione alla Grande Camera e la finestra temporale entro la quale poter presentare ricorsi alla Corte europea.

***AREA PENALE***

***REPORT RELATIVI ALLA  
CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA  
(CDFUE)***

## ART. 19 CDFUE

### **PROCEDURA DI CONSEGNA TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA – ACCORDO SULLO SPAZIO ECONOMICO EUROPEO (SEE) – ART. 36 – ESTRADIZIONE VERSO UNO STATO TERZO DI UN CITTADINO DI PAESE MEMBRO DEL SEE – VERIFICA DELLE CONDIZIONI PER DISPORRE L'ESTRADIZIONE - CONTENUTO.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 aprile 2020, C-897/19.*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224890&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=313095>

#### **CLASSIFICAZIONE**

RINVIO PREGIUDIZIALE – ACCORDO SEE – ART. 36 – LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI – AMBITO DI APPLICAZIONE – ACCORDO RELATIVO ALLA PROCEDURA DI CONSEGNA TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA, DA UN LATO, E L'ISLANDA E LA NORVEGIA, DALL'ALTRO – ESTRADIZIONE VERSO UNO STATO TERZO DI UN CITTADINO ISLANDESE – RESTRIZIONE ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE – GIUSTIFICAZIONE FONDATA SULLA PREVENZIONE DELL'IMPUNITÀ – PROPORZIONALITÀ – VERIFICA DELLE GARANZIE PREVISTE ALL'ART. 19, § 2, DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA.

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Accordo sullo Spazio Economico Europeo del 2 maggio 1992, artt. 3, 4, 6 e 36;

Accordo del 18 maggio 199 concluso dal Consiglio dell'Unione europea con la Repubblica d'Islanda ed il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen;

TFUE, artt. 18, 20, 21,

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 19

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

*Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande camera, 6 settembre 2016, Petruhhin Aleksei (C-182/15).*

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183097&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8291807>

#### **PRONUNCIA SEGNALATA**

*Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande camera, 2 aprile 2020, **Ruska Federacija***

(C-897/19).

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224890&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8291807>

## **Abstract**

La Corte ha affermato che:

- Il diritto dell'Unione, in particolare l'art. 36 dell'accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, e l'art. 19, § 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che, quando a uno Stato membro nel quale si sia recato un cittadino di uno Stato membro dell'Associazione europea di libero scambio (AELS) (EFTA), parte dell'accordo sullo Spazio economico europeo e con il quale l'Unione europea ha concluso un accordo di consegna, viene presentata una domanda di estradizione da parte di uno Stato terzo in forza della Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, e qualora a tale cittadino sia stato concesso l'asilo da parte di detto Stato dell'AELS, prima che egli acquisisse la cittadinanza del medesimo Stato, proprio per via del procedimento penale cui è sottoposto nello Stato che ha emesso la domanda di estradizione, l'autorità competente dello Stato membro richiesto è tenuta a verificare che l'extradizione non pregiudicherà i diritti previsti dal succitato art. 19, § 2, della Carta dei diritti fondamentali.
- Nell'ambito di tale verifica, la concessione dell'asilo costituisce un elemento particolarmente serio.
- Prima di contemplare la possibilità di dare esecuzione alla domanda di estradizione, lo Stato membro richiesto è, in ogni caso, tenuto a informare questo stesso Stato dell'AELS e, se del caso, su sua domanda, a consegnargli il cittadino in questione, conformemente alle disposizioni dell'accordo di consegna, purché detto Stato dell'AELS sia competente, in forza del suo diritto nazionale, a perseguire il cittadino in questione per fatti commessi fuori dal suo territorio nazionale.

## **Il caso**

Il 20 giugno 2019 I.N., cittadino russo che dal giorno precedente aveva ottenuto anche la cittadinanza islandese e godeva dello status di rifugiato permanente in Islanda, veniva tratto in arresto mentre, a bordo di un autobus, tentava di fare ingresso nel territorio della Croazia, sulla base dell'avviso di ricerca internazionale emesso dall'ufficio di Interpol di Mosca in relazione al procedimento penale avviato nei suoi confronti per il reato di corruzione passiva.

Veniva, pertanto, avviata dinanzi all'autorità giudiziaria croata (Tribunale di comitato di Zagabria) la procedura relativa alla sua estradizione verso la Russia alla quale, I.N., interrogato dal giudice istruttore, dichiarava di opporsi in quanto cittadino islandese.

Con la domanda di estradizione il procuratore generale della Federazione russa garantiva che lo scopo della procedura non era quello di perseguire I.N. per motivi politici né a causa della sua razza, lingua, religione, nazionalità o delle sue opinioni; che sarebbe stato messo in grado di esercitare il suo diritto di difesa anche con l'assistenza di un difensore; che non sarebbe stato sottoposto a tortura, a trattamenti crudeli o inumani né a pene lesive della dignità umana.

Con ordinanza del 5 settembre 2019 il Tribunale di comitato di Zagabria dichiarava che sussistevano le condizioni di legge per l'estradizione.

Detto provvedimento era impugnato da I.N. deducendo, fra l'altro, l'omessa considerazione della sentenza emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea il 6 settembre 2016, Petruhhin (C-182/15).

La Corte suprema, investita dell'impugnazione, premesso che non sussisteva alcun accordo bilaterale di estradizione tra la Croazia e la Russia e che il Consiglio dell'Unione europea aveva concluso con la Repubblica di Islanda e il Regno di Norvegia sia l'accordo del 18 maggio 1999 - in forza del quale i due Stati terzi attuano le disposizioni dell'*acquis* di Schengen - che l'accordo sulla procedura di consegna - entrato in vigore il 1° novembre 2019 - ha rilevato che l'estradando, presentandosi alla frontiera con la Croazia, ha esercitato il proprio diritto di libera circolazione all'interno degli Stati membri dello spazio Schengen.

Sulla base di tali considerazioni la Corte suprema ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 18 TFUE debba essere interpretato nel senso che uno Stato membro dell'Unione europea che statuisce sull'estradizione verso uno Stato terzo di un cittadino di uno Stato che non è membro dell'Unione (...), ma che è membro dello spazio Schengen, è tenuto a informare della domanda di estradizione lo Stato membro dello spazio Schengen di cui tale persona ha la cittadinanza.

2) In caso di risposta affermativa alla precedente questione e qualora lo Stato membro dello spazio Schengen abbia chiesto la consegna di tale persona per lo svolgimento del procedimento per il quale è stata richiesta l'estradizione, se occorra consegnargli tale persona conformemente all'[accordo relativo alla procedura di consegna]».

### **Le questioni pregiudiziali**

I giudici di Lussemburgo hanno preliminarmente evidenziato che al punto 50 della sentenza del 6 settembre 2016, Petruhhin (C-182/15) avevano già stabilito che gli artt. 18 e 21 TFUE dovevano essere interpretati nel senso che, quando a uno Stato membro nel quale si sia recato un cittadino dell'Unione avente la cittadinanza di un altro Stato membro era presentata una domanda di estradizione da parte di uno Stato terzo con il quale il primo Stato membro aveva concluso un accordo di estradizione, esso era tenuto a informare lo

Stato membro del quale il predetto cittadino ha la cittadinanza e, se del caso, su domanda di quest'ultimo Stato membro, a consegnargli tale cittadino, conformemente alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, purché detto Stato membro fosse competente, in forza del suo diritto nazionale, a perseguire tale persona per fatti commessi fuori dal suo territorio nazionale.

La Corte di Giustizia, premesso che il quesito del giudice del rinvio concerneva la possibilità di estendere il principio espresso dalla citata sentenza Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630) anche ai cittadini islandesi, ha, innanzitutto, precisato che gli invocati artt. 18 e 21 TFUE e la summenzionata decisione quadro 2002/584 non riguardavano la posizione di cittadini di Stati terzi rispetto all'Unione europea.

Tuttavia, ha osservato che, nella specie, la Repubblica d'Islanda intratteneva relazioni privilegiate con l'Unione, che andavano oltre l'ambito di una cooperazione economica e commerciale, in quanto essa attuava ed applicava l'*acquis* di Schengen, era parte dell'accordo SEE, partecipava al sistema europeo comune di asilo e aveva concluso con l'Unione l'accordo relativo alla procedura di consegna.

Pertanto, conformemente alla propria costante giurisprudenza (sentenza dell'8 maggio 2019, PI, C-230/18), ha riquilibrato le questioni poste ritenendo che il giudice *a quo* avesse domandato, in sostanza, se il diritto dell'Unione e, in particolare, l'accordo SEE, letto alla luce della sentenza Petruhhin (C-182/15, punto 50), dovesse essere interpretato nel senso che "quando a uno Stato membro nel quale si sia recato un cittadino di uno Stato dell'AEELS, parte dell'accordo SEE e con il quale l'Unione ha concluso un accordo di consegna, viene presentata una domanda di estradizione da parte di uno Stato terzo in forza della Convenzione europea di estradizione, esso è tenuto a informare di tale domanda il medesimo Stato dell'AEELS e, se del caso, su sua domanda, a consegnargli tale cittadino, conformemente alle disposizioni dell'accordo di consegna, purché detto Stato sia competente, in forza del suo diritto nazionale, a perseguire il cittadino in questione per fatti commessi fuori dal suo territorio nazionale".

### **Sull'applicabilità del diritto dell'Unione nella controversia principale**

La Corte di Giustizia ha osservato che, in assenza di una convenzione internazionale in merito tra l'Unione e lo Stato terzo interessato, nel caso di specie la Federazione russa, le norme in materia di estradizione rientravano nella competenza degli Stati membri i quali, però, erano tenuti a esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione (sentenza del 13 novembre 2018, Raugevicius, C-247/17, punto 45).

Inoltre, ha evidenziato che, poiché un accordo internazionale concluso dall'Unione era parte integrante del diritto di questa [sentenza del 30 aprile 1974, Haegeman, 181/73, punti 5



e 6, nonché parere 1/17 (Accordo ECG UE-Canada), del 30 aprile 2019 punto 117], le situazioni rientranti nell'ambito di applicazione di un simile accordo, come, ad esempio, proprio l'accordo SEE, erano, in linea di principio, disciplinate dal diritto dell'Unione [parere 1/17 (Accordo ECG UE-Canada), del 30 aprile 2019, punto 171].

Spettava, quindi, alla Corte di Lussemburgo di controllare che le norme dell'accordo SEE identiche nella sostanza a quelle del Trattato FUE fossero interpretate in maniera uniforme all'interno degli Stati membri (sentenze del 23 settembre 2003, *Ospelt e Schlössle Weissenberg*, C-452/01, punto 29; del 28 ottobre 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, punto 20, e del 19 luglio 2012, *A*, C-48/11, punto 15).

In particolare, nella specie, era stato accertato che il soggetto interessato dalla procedura di estradizione era entrato nel territorio della Repubblica di Croazia al fine di trascorrervi le vacanze estive e la giurisprudenza dell'Unione era nel senso che la libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'art. 56 TFUE, comprendeva la libertà, per i destinatari dei servizi medesimi, di recarsi in un altro Stato membro per ivi fruirne, senza essere ostacolati da restrizioni, e che i turisti dovevano essere considerati destinatari di servizi beneficiari di tale libertà (sentenza del 2 febbraio 1989, *Cowan*, 186/87, punto 15).

Identica interpretazione si imponeva, allora, in relazione alla libera prestazione di servizi, garantita all'art. 36 dell'accordo SEE (sentenze del 23 settembre 2003, *Ospelt e Schlössle Weissenberg*, C-452/01, punto 29, e del 28 ottobre 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, punto 20).

Da quanto sopra derivava che la situazione di un cittadino islandese, come quella dell'interessato, che si è presentato alle frontiere di uno Stato membro al fine di entrare nel suo territorio e fruire in esso di servizi, rientrava nell'ambito di applicazione dell'accordo SEE e, di conseguenza, del diritto dell'Unione.

La prima conclusione era, quindi, che, nella controversia in esame, la Repubblica di Croazia era tenuta a esercitare la propria competenza in materia di estradizione verso Stati terzi in maniera conforme all'accordo SEE, in particolare all'art. 36 del medesimo che garantiva la libera prestazione di servizi.

### **Sulla restrizione alla libera prestazione di servizi e sulla sua eventuale giustificazione**

La Corte di Giustizia ha premesso che l'art. 4 dell'accordo SEE impone la parità di trattamento delle persone che si trovano in una situazione disciplinata da tale accordo, in quanto vieta "ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità", e che tale principio dispiega i suoi effetti nel campo di applicazione di detto accordo "fatte salve le disposizioni particolari dallo stesso previste". Con quest'ultima espressione, l'art. 4 dell'accordo SEE rimanderebbe, in particolare, ad altre disposizioni del medesimo accordo che fanno

concreta applicazione del principio generale da esso sancito a situazioni specifiche, come avviene proprio per quelle relative alla libera prestazione di servizi.

Nel caso specifico, le norme nazionali sull'extradizione qui rilevanti avrebbero introdotto una differenza di trattamento a seconda che l'interessato fosse un cittadino nazionale o di uno Stato dell'AELS, parte dell'accordo SEE, poiché la loro applicazione avrebbe comportato che ai cittadini di questi ultimi Stati, non sarebbe stata concessa la protezione contro l'extradizione di cui godevano i cittadini nazionali.

Questa disparità di trattamento si traduceva, quindi, in una restrizione della libertà sancita all'art. 36 dell'accordo SEE.

I giudici di Lussemburgo hanno precisato come non soltanto la circostanza che la persona interessata avesse la qualità di cittadino di uno Stato dell'AELS, parte dell'accordo SEE, ma anche il fatto che tale Stato attuasse ed applicasse l'*acquis* di Schengen rendessero la situazione di detta persona oggettivamente comparabile a quella di un cittadino dell'Unione al quale ex art. 3, § 2, TUE spettava uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne.

Pertanto, una restrizione di tale libertà poteva essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive e se proporzionata all'obiettivo legittimamente perseguito dalla normativa nazionale (sentenza Petruhhin, C-182/15, punto 34).

### **Le verifiche demandate all'autorità dello Stato richiesto**

Con la sentenza in commento, la Corte ha ritenuto di estendere analogicamente la soluzione adottata con la sentenza Petruhhin al caso in esame e, considerando la condotta dell'estradando quale esercizio della garanzia riconosciuta dall'art. 36 dell'accordo SEE, ha affermato che tale situazione rientrava nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, in particolare, delle disposizioni dell'art. 19, § 2, della Carta di Nizza.

Da ciò consegue che la prima verifica demandata all'autorità dello Stato richiesto dall'extradizione attiene alla sussistenza o meno del rischio di trattamenti inumani e degradanti.

Coerentemente con la giurisprudenza propria e della Corte Edu (Corte EDU del 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, § 147; Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C-404/15 e C-659/15, punto 88), la Corte ha precisato che l'autorità competente a decidere sull'extradizione non può limitarsi a considerare le dichiarazioni dello Stato richiedente o l'accettazione da parte di quest'ultimo di trattati internazionali che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali, ma deve basarsi su «elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati» risultanti, tra l'altro, da decisioni giudiziarie internazionali - quali le sentenze della Corte Edu - ovvero dello Stato richiedente o da decisioni e documenti di organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite.

Nel caso concreto, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che, il riconoscimento dell'asilo all'estradando, in assenza di circostanze significative di un'evoluzione della situazione nello Stato richiedente o di elementi seri e attendibili idonei a dimostrare che lo stesso, al momento della relativa domanda, abbia occultato l'esistenza del procedimento penale pendente a suo carico nel Paese di origine, comporta il rifiuto dell'estradizione ex art. 19, § 2, della Carta di Nizza.

Inoltre, ove esclusa la sussistenza del rischio di trattamenti inumani e degradanti, la Corte ha indicato un secondo livello della verifica rimessa all'autorità competente in merito alla proporzionalità della restrizione della libera prestazione dei servizi rispetto all'obiettivo di lotta all'impunità sotteso all'istituto dell'estradizione. Richiamando quanto già affermato nella sentenza Petruhhin, essa ha affermato che le misure restrittive della libertà garantita dall'art. 36 dell'accordo SEE possono essere giustificate solo se basate su considerazioni oggettive e proporzionate all'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale, «nella misura in cui tali obiettivi non possano essere raggiunti mediante misure meno restrittive».

In relazione a tale ultima condizione, i giudici di Lussemburgo hanno osservato che l'attuazione dei meccanismi di cooperazione e di assistenza reciproca in materia penale in forza del diritto dell'Unione costituisce una misura alternativa meno lesiva del diritto alla libera circolazione rispetto all'estradizione verso uno Stato terzo con il quale l'Unione non ha concluso un accordo.

La Corte ha, dunque, affermato che, in questo caso, occorre privilegiare lo scambio di informazioni con lo Stato membro di cui la persona interessata ha la cittadinanza in modo da consentire alle autorità competenti di valutare l'opportunità di emettere un mandato di arresto europeo in base alla decisione quadro 2002/584 (o, comunque, nella specie, di attivare la similare procedura di consegna prevista dall'accordo con l'Unione europea), purché sussista, in base al diritto nazionale, la competenza a procedere nei confronti dell'estradando per fatti commessi fuori dal territorio nazionale.

## **ARTT. 47 e 48 CDFUE (e art. 6 CEDU)**

**EQUO PROCESSO – ILLECITI AMMINISTRATIVI DI NATURA SOSTANZIALMENTE PENALE – DIRETTIVA 2003/6/CE – ARTICOLO 14, PARAGRAFO 3 – REGOLAMENTO (UE) N. 596/2014 – ARTICOLO 30, PARAGRAFO 1, LETTERA B) – ABUSI DI MERCATO – OMESSA COLLABORAZIONE CON LE AUTORITÀ COMPETENTI – DIRITTO DI MANTENERE IL SILENZIO E DI NON CONTRIBUIRE ALLA PROPRIA INCOLPAZIONE.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, causa C-481/19 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale italiana, con ordinanza del 6 marzo 2019, nel procedimento DB contro CONSOB).*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=237202&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=313729>

### **ABSTRACT**

**Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 2.2.2021 – Grande Sezione  
nella causa C-481/19 DB /CONSOB**

*Una persona fisica sottoposta ad un procedimento sanzionatorio amministrativo per abuso di informazioni privilegiate ha il diritto di mantenere il silenzio se le sue risposte possono far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.*

*Tuttavia, il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi mancanza di collaborazione con le autorità competenti, come in caso di rifiuto di presentarsi ad un'audizione o in caso di ricorso a manovre dilatorie.*

### **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-*quinquiesdecies* 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 pregiudiziale<sup>78</sup>.

La questione rilevante verte sull'articolo 187-*quinquiesdecies* 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-*quinquiesdecies* 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 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

---

<sup>78</sup> 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.



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 fonda 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*<sup>79</sup>, 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

---

<sup>79</sup> Chiamati così dalla prima pronuncia della Corte EDU che li ha enunciati: *Engel e altri c. Paesi Bassi* del 8 giugno 1976.

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 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'infrazione 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'inflizione 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»<sup>80</sup>, 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 penale<sup>81</sup>.

La CDFUE e la CEDU non contemplano espressamente il diritto al silenzio, ma si è visto – 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* processuale<sup>82</sup>.

La concezione sostanzialistica della nozione di illecito penale secondo gli *Engel criteria* ha

---

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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.

<sup>82</sup> 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*.

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. 7<sup>83</sup>**. 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 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.).

---

<sup>83</sup> Sul tema, cfr. V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020.

**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 dottrina<sup>84</sup>, 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.<sup>85</sup>.

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"<sup>86</sup>: 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 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.

---

<sup>84</sup> Per tutti, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

<sup>85</sup> 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

<sup>86</sup> 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.

265713)<sup>87</sup>, 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 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

---

<sup>87</sup> Le prime due sentenze sono citate nella nota alla pronuncia della Corte di Giustizia C-481/10 del 2 febbraio 2012 citata di M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo*, cit.

22/12/1998, dep. 1999, Sica, Rv. 212618).<sup>88</sup>

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.

---

<sup>88</sup> 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).

## ART. 52 CDFUE

**TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE - TABULATI TELEFONICI – DIRETTIVA 2002/58/CE – ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER FINALITÀ DI INDAGINE PENALE – AMMISSIBILITÀ NEI SOLI PROCEDIMENTI PER VIOLAZIONI PENALI GRAVI - UTILIZZAZIONE DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE OTTENUTI COME ELEMENTI DI PROVA - 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.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18, U.K. c. Prokuratuur (domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte di cassazione dell'Estonia).*

<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 aa..

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-*quinqies* 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. modiff. conv., con modiff., dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, aveva esteso il periodo di detenzione di tutti i dati fino al 30 giugno 2017). 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 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 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 limitato 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 prudentiale 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 mutandis*, 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.

***AREA PENALE***

***REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE***

**CONVENZIONE DI BERNA DEL 19 SETTEMBRE 1979 ATTUATA CON LA LEGGE 157 DEL 1992.**

**FURTO AGGRAVATO DI FAUNA AI DANNI DEL PATRIMONIO INDISPONIBILE DELLO STATO (CD. *FURTO VENATORIO*) NELL'IPOTESI DI UCCELLAGIONE – CONFIGURABILITÀ ANCHE DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE N. 157 DEL 1992 NEL CASO IN CUI LA CONDOTTA SIA POSTA IN ESSERE DA PERSONA NON MUNITA DI LICENZA DI CACCIA.**

*Corte di cassazione, Quinta Sezione Penale, n. 16981 del 18/2/2020, Ferremi, Rv. 279254*

**PRONUNCIA SEGNALATA**

*Corte di cassazione, Quinta Sezione Penale, n. 16981 del 18/2/2020, Ferremi*, in tema di configurabilità del reato di furto nel caso di condotta di uccellazione commessa da chi non sia in possesso di licenza di caccia.

**CLASSIFICAZIONE**

**Furto aggravato di fauna ai danni del patrimonio indisponibile dello Stato (cd. *furto venatorio*) nell'ipotesi di uccellazione – Configurabilità anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 157 del 1992 nel caso in cui la condotta sia posta in essere da persona non munita di licenza di caccia** – Ragioni che impongono tale configurabilità – Corrispondenza della soluzione al quadro di tutela penale anticipata predisposto dal legislatore con il reato di uccellazione previsto dall'art. 30, comma primo, lett. e), della legge 11 febbraio 1992 n. 157, che ha natura di fattispecie di pericolo a consumazione anticipata ed è ispirato da finalità di tutela dell'ambiente, del paesaggio e dell'ecosistema, riservata alla legislazione statale secondo l'art. 117 Cost. e direttamente prevista all'art. 9 Cost. – Corrispondenza della soluzione anche alla *ratio* della direttiva europea 79-409 CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, nonché della Convenzione di Berna del 19 settembre 1979, secondo le quali, per quanto riguarda la caccia, la cattura o l'uccisione di uccelli, gli Stati membri vietano il ricorso a qualsiasi mezzo, impianto e metodo di cattura o di uccisione, in massa o non selettiva – Valenza della clausola di esclusione del reato di furto prevista dall'art. 30, comma 3, della l. n. 157 del 1992 ai soli cacciatori muniti di licenza.

## **Abstract**

La Corte di cassazione ha ritenuto che sia **tuttora configurabile il reato di furto aggravato di fauna ai danni del patrimonio indisponibile dello Stato**, pur dopo l'entrata in vigore della legge n. 157 del 1992, con riferimento al caso in cui l'apprensione o il semplice abbattimento della fauna sia opera di persona non munita di licenza di caccia e nell'ipotesi specifica decisa dal Collegio di condotta di "uccellazione". Ciò perchè la clausola prevista dall'art. 30, comma terzo della citata legge, con cui si stabilisce che, nei casi di cui al comma primo (relativo alle condotte che costituiscono reati e tra i quali rientra l'uccellazione), non si applichino gli artt. 624, 625 e 626 cod. pen., opera solo nei confronti dei cacciatori muniti di licenza e non per i bracconieri.

La Cassazione ha premesso che, secondo il costante orientamento di legittimità, costituisce "uccellazione" qualsiasi sistema di cattura degli uccelli con mezzi fissi, di impiego non momentaneo, e comunque diversi da armi da sparo (reti, panie o altri strumenti fissi, ecc.), diretto alla cattura di un numero indiscriminato di volatili e caratterizzato da una potenzialità offensiva più indeterminata, nonché da maggior sofferenza biologica per i volatili, mentre costituisce esercizio venatorio ogni atto diretto alla cattura di singoli esemplari di fauna selvatica, sottolineando che il reato contravvenzionale di uccellazione - previsto dall'art. 30, comma primo, lett. e), della legge 11 febbraio 1992 n. 157 - è configurato come fattispecie di pericolo a consumazione anticipata, sicchè, pur non essendo possibile applicare la disciplina del tentativo alle contravvenzioni, la realizzazione di atti idonei diretti all'apprensione con i metodi di "uccellazione" integra già di per sé la consumazione del reato.

La Corte ha motivato la scelta dell'attuale configurabilità della fattispecie di furto venatorio in caso di cacciatore "bracconiere" non munito di licenza anzitutto perché tale opzione è corrispondente alla ratio della disciplina legislativa della legge n. 157 del 1992, ispirata dalla direttiva europea 79-409 CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, nonché dalla Convenzione di Berna del 19 settembre 1979, di cui la legge 157 del 1992 è attuazione (art. 1, comma 4), secondo le quali, per quanto riguarda la caccia, la cattura o l'uccisione di uccelli, gli Stati membri vietano il ricorso a qualsiasi mezzo, impianto e metodo di cattura o di uccisione, in massa o non selettiva.

Viceversa, sarebbe irragionevole ritenere che la valenza dell'art. 30, comma 3, della l. n. 157 del 1992 estenda ai bracconieri senza licenza lo speciale regime di favore sostanzialmente previsto sul fronte penale per i cacciatori muniti di licenza, sia pure che agiscano di frodo, escludendo anche per i primi l'applicabilità delle disposizioni sul furto venatorio.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Artt. 9 e 117 Costituzione; Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979, in particolare artt. 2-3-7-8 (*Direttiva concernente la conservazione degli uccelli selvatici*, codificata dalla Direttiva 147/09/CE del 30 novembre 2009); Convenzione di Berna del 19 settembre 1979 (ratificata con legge 5 agosto 1981, n. 503); Codice Penale, artt. 624-625-626; legge 11 febbraio 1992, n. 157, art. 30.

## **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

### **Sentenze Corte di Giustizia Europea:**

Sezione Prima, 23 aprile 2020, *Commissione Europea c. Finlandia*, causa C-217/19; Sezione Terza, 21 giugno 2018, *Commissione Europea c. Malta*, causa C-557/15; Sezione Terza, 15 luglio 2010, *Commissione Europea c. Italia*, causa C-573/08; Sezione Seconda, 8 giugno 2006, *WWF Italia e a.*, C-60/05.

### **Sentenze Corte di cassazione:**

-Sez. 4, n. 34352 del 24/5/2004, Peano, Rv. 229083; Sez. 5, n. 48680 del 6/6/2014, Fusco, Rv. 261436; Sez. 3, n. 3930 del 11/12/2014, dep. 2015, Mensi, non massimata; Sez. 1, n. 46130 del 14/6/2018, Melotti ed altri, non massimata; Sez. 4, n. 8151 del 13/12/2018, dep. 2019, non massimata;

-Sez. 5, n. 25728 del 30/4/2012; Sez. 6, n. 9930 del 8/7/1992, Bertano, Rv. 192514;

-Sez. 3, n. 11350 del 10/2/2015, Ungaro, Rv. 262808 e Sez. 3, n. 7861 del 12/1/2016, Vassalini, Rv. 266278; Sez. 3, n. 1713 del 18/12/1995 dep. 1996, Palandri, Rv. 204726; Sez. 3, n. 4918 del 10/4/1996, Giusti, Rv. 205462; Sez. 3, n. 2423 del 20/2/1997, Carlesso, Rv. 207635; Sez. 3, n. 9607 del 2/6/1999, Baire, Rv. 214597 ; Sez. 3, n. 139 del 13/11/2000, Moreschi, Rv. 218696; Sez. 3 n. 6966 del 17/4/2000, Bettoni, Rv. 217676;

## **IL CASO**

**Il ricorrente**, che risultava **privo di licenza di caccia**, nella fattispecie sottoposta alla Quinta Sezione Penale, è stato condannato per furto aggravato in un'ipotesi di uccellazione, per essere stato trovato in possesso di quattro reti molto lunghe, utili potenzialmente ad intrappolare indiscriminatamente un consistente numero di volatili, nonché di diverse specie di uccelli catturati in numero considerevole e sei dei quali morti a seguito della cattura.

In primo grado l'imputato era stato assolto per particolare tenuità del fatto, ritenuta l'ipotesi di cui agli **artt. 3 e 30, lett. E, legge n. 157 del 1992**, applicabile anche in caso di assenza di licenza di caccia, e considerato in ogni caso il divieto di attività venatoria con reti da uccellazione, pur a chi fosse provvisto di licenza.

La Corte d'Appello, secondo il ricorrente, ha erroneamente riqualificato il fatto come reato di furto aggravato, benché la fattispecie speciale di uccellazione prevista dall'art. 30, comma primo, lett. E, l. n. 157 del 1992 sia sempre configurabile nel caso in cui si ponga in essere la condotta di cattura di volatili con mezzi diversi dalle armi da sparo, a prescindere dall'essere in possesso della licenza di caccia, trattandosi di una condotta comunque vietata.

## **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE DI CASSAZIONE**

La questione sottoposta alla Quinta Sezione Penale della Corte di cassazione è la seguente: *se sia tuttora configurabile il reato di furto aggravato di fauna ai danni del patrimonio indisponibile dello Stato, pur dopo l'entrata in vigore della legge n. 157 del 1992, con riferimento al caso in cui l'apprensione o il semplice abbattimento della fauna sia opera di persona non munita di licenza di caccia e nell'ipotesi specifica decisa dal Collegio di condotta di "uccellazione".*

*Specificamente, se la clausola prevista dall'art. 30, comma terzo della citata legge, con cui si stabilisce che, nei casi di cui al comma primo (relativo alle condotte che costituiscono reati e tra i quali rientra l'uccellazione), non si applichino gli artt. 624, 625 e 626 cod. pen., operi anche nei confronti dei cacciatori non muniti di licenza (i cd. bracconieri) ovvero solo per quelli che hanno una licenza di caccia e violino la disposizione dell'art. 30, comma primo, lett. e), della legge n. 157 del 1992 (condotte di uccellazione).*

## **LE RISPOSTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

### **Le affermazioni preliminari e le diverse opinioni presenti nella giurisprudenza della Suprema Corte.**

La Quinta Sezione Penale ha rilevato una diversità di opinioni nella giurisprudenza di legittimità, sebbene non sempre consapevolmente divisa, in relazione al tema della persistenza del reato di furto venatorio in caso di condotte di uccellazione commesse da chi non sia in possesso di licenza di caccia, e ciò in ragione del riferimento della clausola di inapplicabilità della disciplina di cui agli artt. 624, 625 e 626 cod. pen., contenuta nel terzo

comma dell'art. 30 l. n. 157 del 1992 all'intero comma primo.

Aderendo **all'impostazione che pare maggioritaria**<sup>89</sup> e che predica la configurabilità del reato di furto di fauna ai danni del patrimonio indisponibile dello Stato, la Corte premette un *excursus* sulla nozione di uccellazione per come elaborata negli anni dalla giurisprudenza della Cassazione ed evidenzia come in tale condotta vada ricompreso qualsiasi sistema di cattura o uccisione degli uccelli con mezzi fissi, di impiego non momentaneo, e comunque diversi da armi da sparo (reti, panie o altri strumenti fissi, ecc.), diretti verso un numero indiscriminato di volatili, mentre costituisce esercizio venatorio ogni atto volto alla cattura di singoli esemplari di fauna selvatica (cfr., *ex plurimis*, da ultimo, Sez. 3, n. 11350 del 10/2/2015, Ungaro, Rv. 262808 e Sez. 3, n. 7861 del 12/1/2016, Vassalini, Rv. 266278, che si richiamano a Sez. 3, n. 1713 del 18/12/1995 dep. 1996, Palandri, Rv. 204726; Sez. 3, n. 4918 del 10/4/1996, Giusti, Rv. 205462; Sez. 3, n. 2423 del 20/2/1997, Carlesso, Rv. 207635; Sez. 3, n. 9607 del 2/6/1999, Baire, Rv. 214597 ; Sez. 3, n. 139 del 13/11/2000, Moreschi, Rv. 218696; Sez. 3 n. 6966 del 17/4/2000, Bettoni, Rv. 217676).

Ciò che rileva, ai fini della sussistenza del reato di uccellazione di cui agli artt. 3 e 30 lett. e) della l. n. 157 del 1992 è, pertanto, il mezzo usato per la caccia; la distinzione legislativa opera, quindi, con riferimento esclusivamente al mezzo usato e non alla destinazione delle prede catturate, poiché il legislatore ha voluto sanzionare in modo specifico un sistema di cattura che ha in genere una potenzialità offensiva più indeterminata e comporta maggior sofferenza biologica per i volatili (Sez. 3, n. 4918 del 10/04/1996, Giusti, Rv. 205462), poiché implica la cattura indiscriminata di uccelli di tutte le specie con la possibilità di arrecare al patrimonio avicolo un danno potenzialmente maggiore di quello ricollegabile alla normale cattura o abbattimento di uccelli mediante attività di "caccia".

Quest'ultima, infatti, precisa la Corte, ordinariamente avviene in modo selettivo sia pure quando si rivela "di frodo", poiché compiuta in tempi e secondo modalità non consentite.

La legge n. 157 del 1992 distingue l'uccellazione, che a norma dell'articolo 3 della citata disciplina è sempre vietata, dall'attività venatoria che è consentita, se esercitata nei tempi e nei modi previsti dalla legge (cfr. gli artt. 12 e 13 della legge n. 157 del 1992).

Gli approdi condivisi sulla natura del reato di uccellazione, previsto dall'art. 30, comma primo, lett. e), della legge 11 febbraio 1992 n. 157, lo intendono come *fattispecie di pericolo a consumazione anticipata*, sicché – pur affermando l'impossibilità di applicare la disciplina del tentativo alle contravvenzioni – la realizzazione di atti idonei diretti all'apprensione con i metodi di "uccellazione" integra già di per sé la consumazione del

---

<sup>89</sup> Sez. 4, n. 34352 del 24/5/2004, Peano, Rv. 229083; Sez. 5, n. 48680 del 6/6/2014, Fusco, Rv. 261436; Sez. 3, n. 3930 del 11/12/2014, dep. 2015, Mensi, non massimata; Sez. 1, n. 46130 del 14/6/2018, Melotti ed altri, non massimata; Sez. 4, n. 8151 del 13/12/2018, dep. 2019, non massimata.

**In senso contrario**, la Quinta Sezione Penale cita le sentenze: Sez. 5, n. 25728 del 30/4/2012; Sez. 6, n. 9930 del 8/7/1992, Bertano, Rv. 192514.



reato (in tal senso Sez. 3, n. 7861 del 2016, cit.; Sez. 3, n. 19554 del 17/3/2004, Zanchi, Rv. 228886; Sez. 3, n. 3090 del 12/1/1996, Marconi, Rv. 205043).

### **Il nodo da sciogliere e la sua soluzione.**

La Corte di cassazione premette di volere adottare una soluzione alla questione controversa *in un'ottica sistematica e costituzionalmente orientata*, utilizzando un *prisma interpretativo ispirato al **giudizio di disvalore penale** effettivamente alla base della valutazione normativa*.

All'esito dell'analisi interpretativa condotta attraverso questa "speciale lente", la soluzione che appare preferibile al Collegio è quella di ritenere tuttora configurabile il reato di furto venatorio in capo a chi, privo di licenza di caccia, pratici attività assolutamente vietata secondo la legge n. 157 del 1992 e, dunque, anche la condotta di uccellazione.

Ciò perché, a giudizio della Quinta Sezione, sarebbe illogico immaginare che, proprio là dove il legislatore ha inteso approntare la tutela più forte al suo patrimonio venatorio e indisponibile, sancendo l'assoluto divieto di tale attività, anche per coloro i quali abbiano la licenza di caccia, tale tutela ne venga paradossalmente diminuita, prevedendo che sia coloro i quali abbiano la licenza e caccino "in frodo", sia coloro i quali agiscano in assenza di essa, non debbano vedersi puniti per furto venatorio, ovvero che i "bracconieri" siano soggetti alla disciplina degli artt. 624 e 625 cod. pen. nelle ipotesi meno gravi di violazioni di norme poste a disciplinare il dettaglio dello svolgimento delle attività di caccia (le ipotesi, ad esempio, delle lettere a), b), c), d, f) e non in quella di uccellazione.

Orbene, appare *evidente* alla Corte che ad una maggior offensività della condotta rispetto al bene protetto (di cui è espressione la fattispecie di uccellazione, costruita come reato di pericolo a consumazione anticipata) non può che corrispondere una maggiore risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento penale.

L'innovativo testo di legge del 1992, che ha sostituito il precedente impianto normativo di cui alla legge n. 968 del 1977, infatti, viene definito fondamentale per un cambio di passo nella tutela ambientale in virtù di un approccio molto differente rispetto alla precedente legislazione: si afferma in esso, infatti, con chiarezza, che la fauna selvatica appartiene al patrimonio indisponibile dello Stato (art. 1), il quale, entro i limiti stabiliti dalla stessa legge, può rilasciare al cacciatore una concessione (la cosiddetta "licenza di caccia") al fine di abbattere esclusivamente le specie elencate e nei periodi, orari, mezzi, stabiliti dalla legge stessa ovvero dalle regolamentazioni regionali emanate sulla base delle disposizioni primarie.

In un tale contesto, è evidente che corrisponde alla *ratio* legislativa circoscriverne la regolamentazione di dettaglio, ed in special modo, le disposizioni sanzionatorie (artt. 30 e 31) ai soli destinatari della disciplina normativa e del "contratto" con lo Stato costituito

dalla licenza di caccia: e cioè, appunto, i cacciatori titolari di una concessione (pur se eventualmente "di frodo" poiché agiscono in violazione della regolamentazione di dettaglio prevista comunque come obbligatoria anche per coloro i quali siano in possesso della licenza).

Secondo la Corte, sarebbe del tutto non corrispondente alla ragione normativa ed ai principi costituzionali che l'hanno ispirata (anzitutto la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, riservata alla legislazione statale secondo l'art. 117 Cost., e direttamente prevista all'art. 9 Cost.) una lettura che proponesse un'indiscriminata previsione di favore diretta ad escludere la configurabilità del reato di furto aggravato nei confronti anche di chi si appropria di beni appartenenti al patrimonio faunistico ed ambientale dello Stato, in assenza di concessione da parte della pubblica autorità e violando la normativa primaria e secondaria.

### **I riferimenti europei.**

Negare l'applicabilità della disciplina sul furto venatorio nei casi di uccellazione priva di licenza, inoltre, non corrisponde, secondo la Corte, alla *ratio* della disciplina legislativa della **legge n. 157 del 1992, che è stata ispirata dalla direttiva europea 79-409 CEE del Consiglio del 2 aprile 1979<sup>90</sup>, nonché dalla Convenzione di Berna del 19 settembre 1979<sup>91</sup>, delle quali la legge 157 del 1992 costituisce attuazione (art. 1, comma 4)** e secondo le quali, per quanto riguarda la caccia, la cattura o l'uccisione di uccelli, gli *Stati membri vietano il ricorso a qualsiasi mezzo, impianto e metodo di cattura o di uccisione, in massa o non selettiva* (cfr. art. 8 della Direttiva e art. 8 della Convenzione di Berna).

Ritenere che la valenza dell'art. 30, comma 3, della l. n. 157 del 1992 estenda ai bracconieri senza licenza lo speciale regime di favore sostanzialmente previsto sul fronte penale per i cacciatori muniti di licenza, sia pure che agiscano di frodo, escludendo anche per i primi l'applicabilità delle disposizioni sul furto venatorio costituirebbe, pertanto, una distonia proprio con la ragione dell'impianto legislativo, nato per rispondere al bilanciamento tra due opposte esigenze: quella, che potremmo definire latamente ambientalista e paesaggistica, di tutelare il patrimonio faunistico ed ecologico dello Stato da attività venatorie indiscriminate e lesive e quella di venire incontro ad una domanda di una parte

---

<sup>90</sup> La *Direttiva concernente la conservazione degli uccelli selvatici*, poi codificata dalla Direttiva 147/09/CE del 30 novembre 2009, che ne riproduce tutte le disposizioni fondamentali ribadendone l'articolato.

<sup>91</sup> Per comprendere l'importanza centrale anche attuale della *Convenzione del Consiglio d'Europa per la conservazione della vita selvatica e degli habitat naturali europei* (nota più brevemente come *Convenzione di Berna* disponibile in <https://www.coe.int/en/web/bern-convention>) basti evidenziare che nell'anno 2019, in occasione del quarantennale della sua adozione, il Consiglio d'Europa ha previsto la creazione di un apposito sito web - disponibile all'indirizzo <https://www.bernconvention40years.com/#40-Years-of-the-Bern-Convention> - in cui sono contenuti i principali momenti che hanno caratterizzato la vita concreta dell'atto pattizio in Europa e nei Paesi aderenti, adottando l'eloquente slogan *Defending human rights through nature conservation*.

della cittadinanza – gli appassionati di caccia e le loro associazioni di rappresentanza - di continuare a svolgere una pratica dai retaggi ancestrali.

### **Indici normativi e sistematici che hanno orientato la soluzione.**

La Cassazione ha selezionato anche alcuni indici normativi che depongono nel senso dell'inapplicabilità della clausola di specialità prevista dall'art. 30, comma 3, l. n. 157 del 1992 a coloro i quali caccino privi di licenza alcuna, segnalando come l'intera disciplina speciale sia riferita a regolamentare le attività venatorie di chi sia provvisto della dovuta autorizzazione-licenza.

Si richiamano, in particolare, quali "indicatori" che devono orientare l'interprete nel senso condiviso dal Collegio, le seguenti disposizioni:

- l'art. 12, in cui si stabilisce che l'attività venatoria si svolge per una concessione che lo Stato rilascia ai cittadini che la richiedano e che posseggano i requisiti stabiliti dalla legge stessa, prevedendo che la fauna selvatica abbattuta durante l'esercizio venatorio "nel rispetto delle disposizioni" di legge appartiene a colui che l'ha cacciata, nonché disciplinando il porto d'armi specificamente ad uso di caccia;
- l'art. 21, che prevede sotto la rubrica "Divieti" un'elencazione nutrita di attività comunque vietate nell'esercizio della caccia, pur consentita previa concessione di licenza da parte dello Stato;
- l'art. 32; quest'ultima norma, molto significativamente, prescrive che, *"oltre alle sanzioni penali previste dall'art. 30, nei confronti di chi riporta sentenza di condanna definitiva o decreto penale di condanna divenuto esecutivo per una delle violazioni di cui al comma 1 dello stesso articolo"*, l'autorità amministrativa dispone la sospensione della licenza di porto di fucile per uso di caccia e del periodo di esercizio, per periodi e nei casi corrispondenti al disvalore delle condotte contravvenzionali commesse.

A giudizio della Corte, le ricordate disposizioni compongono una piattaforma sistematica che conduce fondatamente a ritenere – secondo anche alcune opinioni dottrinarie e interpretando lo sfondo delle pronunce già richiamate dell'orientamento preferito - che *il sistema sanzionatorio (penale ed amministrativo) della legislazione speciale sia orientato verso il cacciatore munito di regolare concessione-licenza, il quale violi i parametri dell'accordo contrattuale con lo Stato posto alla base di tale atto e venga per questo perseguito.*

### **Osservazioni finali.**

La Corte di cassazione ha ritenuto di adottare un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata per risolvere la questione controversa, lasciandosi guidare da un filo conduttore interpretativo unico: la tutela dell'ambiente e della fauna, patrimonio

indisponibile dello Stato.

La soluzione preferita, infatti, è quella che operando costantemente un bilanciamento tra i valori in campo, anzitutto per risolvere il problema della genesi e della vita normativa della legislazione afferente alla caccia e chiusa nel sistema della legge n. 157 del 1992, ne trae un'indicazione precisa: la novella del 1992, nata in un contesto storico peculiare in cui l'eco del referendum popolare per l'abolizione della caccia del 3 giugno 1990 - che aveva visto una schiacciante confluenza di votanti nel senso dell'abolizione ma un quorum non raggiunto - non si era ancora spenta, si rivolge ai cacciatori muniti di licenza, stabilendo le "regole" essenziali per svolgere l'attività venatoria in maniera controllata e disciplinata dallo sguardo attento dello Stato.

In tale ottica, non pare esservi spazio per estendere quel contemperamento tutto sommato benevolo di interessi in gioco operato dal legislatore per chi cacci in regime di concessione dello Stato (la tutela ambientale e l'interesse dei singoli a continuare in un'attività che la Corte definisce figlia di *retaggi ancestrali*) nei confronti di coloro i quali, invece, si sottraggono radicalmente e volontariamente a qualsiasi forma di controllo, rifiutando il "patto" con lo Stato costituito dalla licenza di caccia.

Una parte significativa della sentenza ricorda, altresì, come la legislazione del 1992 è stata adottata anche per rispondere alle istanze di tutela paesaggistica e faunistica provenienti dall'Europa che ne ha fatto un tema centrale di politica comunitaria, sin dalla Direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979 (*Direttiva concernente la conservazione degli uccelli selvatici*, poi codificata dalla Direttiva 147/09/CE del 30 novembre 2009, che sostanzialmente ne riproduce tutte le disposizioni fondamentali, mantenendo anche la medesima articolazione del testo) e, successivamente, con l'importante Convenzione di Berna del 19 settembre 1979 (ratificata dall'Italia con legge 5 agosto 1981, n. 503) dedicata alla tutela degli ambienti naturali europei.

In tali testi sovranazionali si leggono norme di assetto generale sostanzialmente convergenti con quelle dell'impianto normativo interno adottato nel 1992: in particolare gli artt. 2-3-7-8 del testo di fonte convenzionale del 1979 (così come di quello codificato del 2009) costituiscono l'espressione dei generali *considerando*<sup>92</sup> evocati assai chiaramente

---

<sup>92</sup> Si riportano i più significativi:

-*considerando che per molte specie di uccelli viventi naturalmente allo stato selvatico nel territorio europeo degli Stati membri si registra una diminuzione, in certi casi rapidissima, della popolazione e che tale diminuzione rappresenta un serio pericolo per la conservazione dell'ambiente naturale, in particolare poichè minaccia gli equilibri biologici;*

-*considerando che gran parte delle specie di uccelli viventi naturalmente allo stato selvatico nel territorio europeo degli Stati membri appartengono alle specie migratrici; che dette specie costituiscono un patrimonio comune e che l'efficace protezione degli uccelli è un problema ambientale tipicamente transnazionale, che implica responsabilità comuni;*

-*considerando che la conservazione delle specie di uccelli viventi naturalmente allo stato selvatico nel territorio europeo degli Stati membri è necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, gli obiettivi comunitari in materia di miglioramento delle condizioni di vita, di sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità e di espansione continua ed equilibrata, ma che i poteri di azione specifici necessari in materia non sono stati previsti dal trattato;*

-*considerando che, a causa del livello di popolazione, della distribuzione geografica e del tasso di riproduzione in tutta la Comunità, talune specie possono formare oggetto di atti di caccia, ciò che costituisce un modo*

dalla Direttiva del 1979 e dei principi ispiratori e delle esigenze essenziali individuate dalla Comunità Europea alla radice dell'intervento di regolamentazione.

L'attenzione, in particolare, è catturata dal *considerando* che espressamente, e molto significativamente, vieta *i mezzi, impianti o metodi di cattura e di uccisione in massa o non selettivi* (nonchè l'inseguimento con taluni mezzi di trasporto), che *devono essere vietati a causa dell'eccessiva pressione che esercitano o possono esercitare sul livello di popolazione delle specie interessate*; *considerando* poi riprodotto nell'art. 8 di entrambe le citate Direttive e che costituisce l'essenza del divieto di uccellazione, per come è concepita tale pratica di ricerca e cattura della fauna aviaria.

D'altro canto, gli artt. 1 e 2 della Direttiva del 1979 (così come negli articoli omologhi della sua epigona del 2009) prevedono che il bilanciamento tra interessi in gioco, in generale, al netto delle pratiche assolutamente vietate come quelle dell'uccellazione, avvenga comunque con una evidente prevalenza per le esigenze di tutela ambientale e faunistica, là dove si prescrive (in particolare all'art. 2) che *gli Stati membri adottano le misure necessarie per mantenere o adeguare la popolazione di tutte le specie di uccelli di cui all'articolo 1 ad un livello che corrisponde in particolare alle esigenze ecologiche, scientifiche e culturali, pur tenendo conto delle esigenze economiche e ricreative*.

All'art. 7, altresì, di entrambe le Direttive comunitarie si prevede che, *in funzione del loro livello di popolazione, della distribuzione geografica e del tasso di riproduzione in tutta la Comunità le specie elencate nell'allegato II possono essere oggetto di atti di caccia nel quadro della legislazione nazionale. Gli Stati membri faranno in modo che la caccia di queste specie non pregiudichi le azioni di conservazione intraprese nella loro area di distribuzione...* Ed ancora

*..Gli Stati membri si accertano che l'attività venatoria,..., quale risulta dall'applicazione delle disposizioni nazionali in vigore, rispetti i principi di una saggia utilizzazione e di una regolazione ecologicamente equilibrata delle specie di uccelli interessate e sia compatibile, per quanto riguarda il contingente numerico delle medesime, in particolare delle specie migratrici, con le disposizioni derivanti dall'articolo 2. Essi provvedono in particolare a che le specie a cui applica la legislazione della caccia non siano cacciate durante il periodo della nidificazione nè durante le varie fasi della riproduzione...*

La soglia di tutela comunitaria, dunque, è evidentemente molto alta in tema ambientale e faunistico, avuto particolare riguardo alla difesa degli uccelli che popolano il continente europeo.

E di tale elevata tensione nel senso della protezione ambientale eurounitaria costituiscono

---

*ammissibile di utilizzazione, sempreché vengano stabiliti ed osservati determinati limiti; che tali atti di caccia devono essere compatibili con il mantenimento della popolazione di tali specie a un livello soddisfacente; -considerando che i mezzi, impianti o metodi di cattura e di uccisione in massa o non selettivi nonché l'inseguimento con taluni mezzi di trasporto devono essere vietati a causa dell'eccessiva pressione che esercitano o possono esercitare sul livello di popolazione delle specie interessate.*

prova anche le pronunce della Corte di Giustizia<sup>93</sup> che, nel decidere di violazioni (soprattutto all'art. 7 della Direttiva Uccelli) commesse dai singoli Stati componenti dell'Unione, hanno evidenziato una forte rigidità nell'interpretazione in concreto delle pur consentite deroghe, in via astratta, alla citata e prevalente tutela.

La caccia, dunque, nell'impianto normativo eurounitario, è consentita secondo stringenti regolamentazioni e la disciplina dettata, complessivamente, permette l'esercizio dell'attività venatoria, in specie quella diretta verso gli uccelli, solo a determinate condizioni (cfr., per il *considerando* relativo alle deroghe consentite, anche il testo riportato in nota 2 nonché l'art. 9 delle Direttive citate) oltre che sotto il rigido controllo dello Stato, sicché sembra rimanere estranea a tale ottica di bilanciamento la condotta di chi eserciti detta attività senza neppure essere in possesso della necessaria autorizzazione prevista dai singoli ordinamenti interni.

---

<sup>93</sup> Cfr., in particolare, tra le moltissime sentenze, CGUE Sezione Prima, 23 aprile 2020, *Commissione Europea c. Finlandia*, causa C-217/19; CGUE Sezione Terza, 21 giugno 2018, *Commissione Europea c. Malta*, causa C-557/15; CGUE Sezione Terza, 15 luglio 2010, *Commissione Europea c. Italia*, causa C-573/08; CGUE Sezione Seconda 8 giugno 2006, *WWF Italia e a.*, C-60/05.

**DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI DEL 13 GIUGNO 2002 RELATIVA AL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO: ARTT. 1, 3, 4, 4-BIS, 5; DECISIONE QUADRO 2008/909/GAI DEL 27 NOVEMBRE 2008.**

**COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE – MANDATO D’ARRESTO EUROPEO – CONSEGNA SUBORDINATA ALLA CONDIZIONE CHE LA PERSONA INTERESSATA SIA RINVIATA NELLO STATO MEMBRO DI ESECUZIONE PER SCONTARVI LA PENA O LA MISURA DI SICUREZZA PRIVATIVE DELLA LIBERTÀ EVENTUALMENTE PRONUNCIATE NEI SUOI CONFRONTI NELLO STATO MEMBRO DI EMISSIONE – CONDIZIONI DEL RINVIO – INDICAZIONE - ADATTAMENTO DELLA PENA IRROGATA NELLO STATO MEMBRO DI EMISSIONE – CRITERI - INDIVIDUAZIONE**

*Corte di Giustizia dell’Unione europea, Quarta Sezione, 11 marzo 2020, C-314/18.*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224337&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=316665>

## **CLASSIFICAZIONE**

Cooperazione giudiziaria penale – Mandato d’arresto europeo – Consegna subordinata alla condizione che la persona interessata sia rinviaa nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione – Condizioni del rinvio – Indicazione - Adattamento della pena irrogata nello Stato membro di emissione – criteri - Individuazione

## **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato di arresto europeo: artt. 1, 3, 4, 4-bis, 5;

Decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008 relativa all’applicazione del principio di reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione nell’U.E.: artt. 1, 3, 8, 25.

## **Norme rilevanti dell’ordinamento italiano**

Legge 22 aprile 2005, n. 69: artt. 17, 18-bis, lett. c), 19, comma 1, lett. c);

D. lgs. 7 settembre 2010, n. 161: artt. 10, 13, 24, comma 1.

## **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

**Corte di giustizia:** 6 ottobre 2009, Wolzenburg, C-123/08, punto 62; 21 ottobre 2010,

B., C-306/09, punto 52; 23 novembre 2010, Tsakouridis, C-145/09, punto 50; 17 aprile 2018, B e Vomero, C-316/16 e C-424/16, punto 75; 8 novembre 2016, Ognyanov, C-554/14, punto 36; 5 gennaio 2017, Van Vemde, C-582/15, punti 23, 24 e 27.

**Corte di cassazione:** Sez. 6, n. 27359 del 14/06/2019, Carruggio, Rv. 276230; Sez. 6, n. 47445 del 19/11/2019, Zarotti, Rv. 277565; Sez. 6, n. 52235 del 10/11/2017, Starzyk, Rv. 271578.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte di Giustizia dell'Unione europea (Quarta Sezione) - 11 marzo 2020 – Pres. M. Vilaras - SF (causa C-314/18)**

### **Abstract**

*La Corte di giustizia ha affermato che, in tema di mandato di arresto europeo, qualora lo Stato di esecuzione subordini la consegna della persona, cittadina o residente di quest'ultimo, che è oggetto di un m.a.e. processuale, alla condizione che tale persona, dopo essere stata ascoltata, gli sia rinviata per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione, quest'ultimo Stato deve procedere al rinvio non appena la decisione di condanna sia divenuta definitiva, a meno che motivi concreti relativi al rispetto dei diritti della difesa della persona interessata o alla buona amministrazione della giustizia non rendano indispensabile la presenza di tale persona in detto Stato, fino a quando non sia intervenuta una decisione definitiva nelle altre fasi procedurali che si inseriscono nel procedimento penale relativo al reato alla base del m.a.e.*

*Nell'ipotesi in cui l'esecuzione di un m.a.e. emesso a fini processuali sia subordinata alla condizione del rinvio previsto nell'art. 5, punto 3, della decisione quadro 2002/584, lo Stato membro di esecuzione, per eseguire la pena o la misura di sicurezza privative della libertà pronunciate nello Stato membro di emissione nei confronti della persona interessata, può adattare la durata di tale pena solamente se detta pena è superiore alla pena massima prevista per reati simili nella sua legislazione nazionale. In tal caso, la pena adattata non è inferiore alla pena massima prevista per reati simili dalla legislazione dello Stato di esecuzione. (2)*

## **IL CASO**



Con la decisione in esame la Corte di Lussemburgo si è pronunciata in una causa avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposita dal *Rechtbank Amsterdam* (Tribunale di Amsterdam) nell'ambito di un procedimento relativo all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso dal *Judge of the Canterbury Crown Court* (magistrato presso la *Crown Court* di Canterbury, Regno Unito), ai fini dell'esercizio di un'azione penale nei confronti di un cittadino dei Paesi Bassi in relazione a due reati di associazione per delinquere finalizzata all'importazione nel Regno Unito, da un lato, di quattro chilogrammi di eroina e, dall'altro lato, di quattordici chilogrammi di cocaina.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'art. 1, par. 3, e dell'art. 5, punto 3, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo, nonché dell'art. 1, lett. a) e b), dell'art. 3, parr. 3 e 4, dell'art. 8, par. 2, e dell'art. 25 della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, come modificate dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009.

Il Tribunale di Amsterdam riteneva che la garanzia di rinvio, nello Stato di esecuzione, della persona richiesta in consegna ai fini della esecuzione della pena eventualmente pronunciata nei suoi confronti nello Stato membro di emissione non era idonea a soddisfare le condizioni imposte dalle richiamate decisioni quadro, poichè le autorità dello Stato di emissione avevano fatto riferimento alla circostanza che la persona richiesta in consegna sarebbe stata rinvia nei Paesi Bassi, ai sensi della sezione 153C dell'*Extradition Act* 2003 (legge del 2003 sull'estradizione), "non appena ragionevolmente possibile dopo la chiusura del procedimento penale nel Regno Unito e dopo l'esperimento di tutti gli altri procedimenti relativi al reato per il quale viene richiesta la consegna".

## **LE QUESTIONI SOTTOPOSTE ALLA CORTE**

Due le questioni pregiudiziali poste dal Tribunale di Amsterdam: a) se lo Stato membro che emette un m.a.e. a fini processuali, in quanto Stato membro in cui la sentenza sarà successivamente pronunciata, possa subordinare il rinvio della persona interessata nello Stato membro di esecuzione alla condizione che non solo la decisione di condanna ad una pena o ad una misura di sicurezza privative della libertà sia divenuta definitiva, ma che siano anche definitivamente conclusi tutti gli altri procedimenti relativi al reato per il quale la consegna è stata richiesta (quale, ad es., un procedimento di confisca); b) se lo Stato membro di esecuzione, sulla base dell'art. 25 della decisione quadro 2008/909, possa adattare – dopo aver consegnato l'interessato subordinatamente alla garanzia prevista nell'art. 5, punto 3, della decisione quadro 2002/584 – la pena o la misura di sicurezza

privative della libertà eventualmente pronunciate nello Stato membro di emissione, al di là di quanto consentito dall'art. 8, par.2, della decisione quadro 2008/909, secondo il quale *"Se la durata della pena è incompatibile con la legislazione dello Stato di esecuzione, l'autorità competente di quest'ultimo può decidere di adattare la pena soltanto se detta pena è superiore alla pena massima prevista per reati simili nella sua legislazione nazionale. La pena adattata non è inferiore alla pena massima prevista per reati simili dalla legislazione dello Stato di esecuzione"*.

## **LE RISPOSTE DELLA CORTE**

Quanto alla prima questione, la Corte ha preliminarmente rimarcato la necessità di un bilanciamento fra l'obiettivo di facilitare il reinserimento sociale del condannato - perseguito dall'art. 5, punto 3, della decisione quadro 2002/584/GAI - l'efficacia dell'azione penale al fine di garantire la piena ed effettiva punizione del reato su cui si basa il m.a.e., nonché il rispetto dei diritti della difesa della persona interessata.

In tal senso, rileva la Corte, l'articolazione prevista dal legislatore dell'Unione tra la decisione quadro 2002/584 e la decisione quadro 2008/909 deve contribuire a conseguire l'obiettivo consistente nel favorire il reinserimento sociale della persona interessata: obiettivo che è nell'interesse non solo della persona condannata, ma anche dell'Unione europea.

Posta tale generale esigenza, la Corte ha rilevato: a) che spetta all'autorità giudiziaria di emissione valutare se motivi concreti attinenti al rispetto dei diritti della difesa della persona interessata o alla buona amministrazione della giustizia rendano indispensabile la presenza di detta persona nello Stato membro di emissione, dopo che la decisione di condanna sia divenuta definitiva e fino a quando non sia intervenuta una pronuncia definitiva nelle altre fasi procedurali che si inseriscono nell'ambito del procedimento penale relativo al reato che è alla base del m.a.e.; b) che l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, tuttavia, non è legittimata, nell'ambito della garanzia di cui all'art. 5, punto 3, della decisione quadro 2002/584, letto alla luce dell'obiettivo di facilitare il reinserimento sociale della persona condannata, a posticipare sistematicamente ed automaticamente il rinvio della persona interessata nello Stato membro di esecuzione al momento in cui le altre fasi procedurali che si inseriscono nell'ambito del procedimento penale relativo al reato che è alla base del mandato d'arresto europeo siano state definitivamente concluse. Ne discende che (punto 62), qualora lo Stato membro di esecuzione subordini la consegna della persona, cittadina o residente di quest'ultimo, che è oggetto di un m.a.e. ai fini dell'esercizio di un'azione penale alla condizione che tale persona, dopo essere stata ascoltata, gli sia rinviata per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione,

quest'ultimo Stato deve procedere a detto rinvio non appena la suddetta decisione di condanna sia divenuta definitiva, a meno che motivi concreti relativi al rispetto dei diritti della difesa della persona interessata o alla buona amministrazione della giustizia non rendano indispensabile la presenza di tale persona in detto Stato, fino a quando non sia intervenuta una decisione definitiva nelle altre fasi procedurali che si inseriscono nel procedimento penale relativo al reato alla base del mandato d'arresto europeo.

In merito alla seconda questione pregiudiziale, inoltre, la Corte di giustizia ha osservato che l'interpretazione proposta dal Governo dei Paesi Bassi - secondo la quale l'art. 25 della decisione quadro 2008/909 autorizzerebbe, nel caso di una persona consegnata subordinatamente ad una garanzia di rinvio, un adattamento della pena da parte dello Stato membro di esecuzione al di fuori delle ipotesi previste dal richiamato art. 8 di detta decisione quadro - non può essere accolta, a meno di non voler privare tale disposizione e, in particolare, il principio del riconoscimento della sentenza e dell'esecuzione della pena, sancito al suo par.1, di qualsiasi effetto utile.

Ne consegue, in definitiva, che lo Stato di esecuzione non può rifiutare la consegna della persona interessata per il semplice fatto che lo Stato di emissione formuli, nella garanzia di rinvio, una riserva quanto alla possibilità di adattamento, da parte del primo di tali Stati membri, della pena eventualmente irrogata nel secondo Stato membro, che vada al di là delle ipotesi previste nell'art. 8 della decisione quadro 2008/909.

Ciò posto, la Corte ha concluso (punto 68) nel senso che, qualora l'esecuzione di un m.a.e. emesso a fini processuali sia subordinata alla condizione del rinvio previsto nell'art. 5, punto 3, della decisione quadro 2002/584, lo Stato membro di esecuzione, per eseguire la pena o la misura di sicurezza privative della libertà pronunciate nello Stato membro di emissione nei confronti della persona interessata, può adattare la durata di tale pena solamente in conformità delle condizioni restrittive espressamente previste dall'art. 8, paragrafo 2, della decisione quadro 2008/909.

## **OSSERVAZIONI FINALI**

Sostanzialmente in linea con tali indicazioni di principio si è pronunciata la Corte di cassazione (Sez. 6, n. 27359 del 14/06/2019, Carruggio, Rv. 276230), secondo cui, qualora sia rifiutata la consegna allo Stato di emissione e venga disposta, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. r), l. 22 aprile 2005, n. 69, l'esecuzione in Italia della pena detentiva inflitta al cittadino italiano, il potere di adattamento della Corte d'appello è limitato alla riduzione della stessa, se superiore a quella massima edittale prevista dalla normativa interna.

In linea generale, dunque, il giudice italiano è vincolato a rispettare la durata e la natura della pena stabilita nello Stato di condanna, salvo un circoscritto potere di adattamento, entro i limiti stabiliti dall'art. 5 del decreto legislativo n. 161 del 2010, qualora la stessa sia incompatibile, per natura e durata, con la legge italiana (Sez. 6, n. 52235 del 10/11/2017, Starzyk, Rv. 271578, secondo cui, in tema di riconoscimento per l'esecuzione in Italia della sentenza di condanna emessa in altro Stato membro dell'Unione europea, è preclusa al giudice interno l'applicazione dell'istituto della continuazione ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. f), d.lgs. cit.).

Va altresì ricordato che, in tema di riconoscimento per l'esecuzione in Italia della sentenza di condanna emessa in altro Stato membro dell'Unione Europea, è rilevabile d'ufficio la violazione del principio secondo cui lo Stato di esecuzione non può dare alla sentenza straniera un'esecuzione parziale o diversa da quella concordata in via generale, trattandosi di una regola inderogabile, posta a tutela del principio di sovranità dello Stato di condanna, che impone l'attivazione del meccanismo di consultazione tra lo Stato di emissione e quello di esecuzione, al fine di pervenire ad un accordo sull'esecuzione della pena (Sez. 6, n. 47445 del 19/11/2019, Zarotti, Rv. 277565, in relazione ad una fattispecie in cui la Corte di legittimità ha annullato con rinvio la decisione della Corte di appello, sul presupposto che il giudice nazionale non poteva procedere, senza il preventivo consenso dello Stato di emissione, al riconoscimento di una sentenza che avrebbe consentito l'applicazione dell'indulto, per effetto del quale la pena detentiva inflitta sarebbe rimasta ineseguita).

**DIRETTIVA 2014/41/UE DEL 3 APRILE 2014, ARTT. 1, § 1, 2, LETT. C), 4, 6, 9; DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI DEL 13 GIUGNO 2002, ARTT. 1, 6; D.LGS. 21 GIUGNO 2017, N. 108, ARTT. 4, 5, 8, 27; L. 22 APRILE 2005, N. 69, ARTT. 17, 28.**

**COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE – ORDINE EUROPEO DI INDAGINE EMESSO DALLA PROCURA DI UNO STATO MEMBRO - NOZIONI DI "AUTORITÀ GIUDIZIARIA" E DI "AUTORITÀ DI EMISSIONE" - INDIPENDENZA RISPETTO AL POTERE ESECUTIVO – NECESSITÀ – IRRILEVANZA – DIFFERENZE RISPETTO AL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO – RAGIONI.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 8 dicembre 2020, C-584/19, A. e a.*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=235181&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=317046>

### **Classificazione**

**Cooperazione giudiziaria in materia penale** – Ordine europeo di indagine emesso dalla procura di uno Stato membro - Nozioni di "autorità giudiziaria" e di "autorità di emissione" - Indipendenza rispetto al potere esecutivo – Necessità – Irrilevanza – Differenze rispetto al mandato di arresto europeo - Ragioni.

### **Riferimenti normativi**

Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, artt. 1, § 1, 2, lett. c), 4, 6, 9; Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, artt. 1, 6; d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, artt. 4, 5, 8, 27; l. 22 aprile 2005, n. 69, artt. 17, 28.

### **Riferimenti giurisprudenziali**

Corte. giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI* (C-508/18 e C-82/19); Corte giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *PF* (C-509/18); Corte giust. UE, Sez. I, 24 ottobre 2019, C-324/17, *Ivan Gavanazov*; Sez. 6, n. 15922 del 21/05/2020, *Lucaci, Rv. 278934*; Sez. 6, n. 9582 del 05/03/2020, *Occhipinti, Rv. 278732*; Sez. 6, n. 20571 del 01/07/2020, *Emma, Rv. 279280*.

### **Pronuncia segnalata**

**Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 8 dicembre 2020 – Pres. K. Lenaerts – C-584/19 – A. e a.**

### **Abstract**

*La Corte di giustizia si è pronunciata sul tema della individuazione **dell'autorità competente ad emettere un ordine di indagine europeo** e sulle **differenze di disciplina** rispetto alla procedura di emissione di un **mandato di arresto europeo**, stabilendo il principio secondo cui l'ordine europeo di indagine, diversamente da un*

*mandato di arresto europeo, può essere emesso anche dalla procura di uno Stato membro che si trovi in un rapporto di subordinazione legale nei confronti del potere esecutivo, irrilevante dovendosi ritenere il rischio di sottoposizione del pubblico ministero emittente ad ordini o ad istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, poiché i diritti fondamentali della persona interessata sono sufficientemente tutelati sia nella fase di emissione che in quella di esecuzione in un altro Stato membro.*

### **Il caso.**

La Corte di Lussemburgo ha stabilito che le disposizioni di cui agli artt. 1, par. 1 e 2, lett. c), della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, devono interpretarsi nel senso che **rientra nelle nozioni di «autorità giudiziaria» e di «autorità di emissione» il pubblico ministero** di uno Stato membro o, più in generale, la procura di uno Stato membro, **indipendentemente dal rapporto di subordinazione legale** che potrebbe esistere tra tale pubblico ministero o tale procura e il potere esecutivo di tale Stato membro, e dall'esposizione di detto pubblico ministero o di detta procura al rischio di essere soggetti, direttamente o indirettamente, ad ordini o istruzioni individuali da parte del potere esecutivo.

La Procura di Amburgo, soggetta, secondo l'ordinamento processuale tedesco, alle istruzioni del Senatore per la Giustizia dell'omonimo *Land*, trasmetteva alla Procura di Vienna un ordine europeo di indagine riguardante la trasmissione di documentazione bancaria nell'ambito di un'inchiesta per reati di frode aventi ad oggetto la falsificazione di numerosi ordini di bonifico bancario attraverso l'utilizzazione di dati illegalmente ottenuti. La Procura austriaca, a sua volta, non potendo ordinare tale atto di indagine senza previa autorizzazione giudiziaria, chiedeva al Tribunale del Land in materia penale di Vienna di autorizzarlo.

Si chiedeva dunque di autorizzare tale atto investigativo per obbligare l'istituto bancario interessato a comunicare gli estratti conto indicati nell'ordine europeo di indagine.

### **2. La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia.**

Nel constatare che, in applicazione del diritto tedesco, la Procura di Amburgo può ricevere istruzioni, anche in singoli casi, dal Senatore per la giustizia di Amburgo, il Tribunale viennese si è chiesto se l'ordine europeo di indagine dovesse essere eseguito dalle autorità austriache, dubitando dell'applicabilità, nel contesto della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine, della recente giurisprudenza della Corte di giustizia sulla individuazione della **nozione di «autorità giudiziaria emittente» di un mandato d'arresto europeo.**

Di conseguenza, tale giudice ha deciso di porre alla Corte di Lussemburgo la questione se la procura di uno Stato membro possa essere considerata come un'«autorità giudiziaria» competente ad emettere un ordine europeo di indagine, pur essendo esposta al rischio di essere soggetta ad istruzioni o ad ordini individuali da parte del potere esecutivo nell'ambito della procedura di adozione di tale provvedimento.

Osservava il giudice del rinvio che dal combinato disposto dell'art. 1, par. 1, e dell'art. 2, lett. c), della direttiva 2014/41 risulta che, per poter essere eseguito, l'ordine europeo di indagine deve essere emesso da un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero, oppure essere convalidato da una delle summenzionate autorità.

Al riguardo sottolineava che, sebbene la richiamata direttiva enunci che l'ordine europeo di indagine è una decisione «giudiziaria», la medesima direttiva prevede nondimeno che una siffatta decisione possa essere emessa o convalidata da un pubblico ministero, benché non tutte le procure degli Stati membri soddisfino l'insieme dei criteri ai quali devono rispondere i giudici o gli organi giurisdizionali (in particolare il **criterio dell'indipendenza**, che sul piano esterno presuppone che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere soggetto ad un vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte).

Il giudice del rinvio riteneva, pertanto, che le motivazioni delle sentenze della Corte del 27 maggio 2019, OG e PI (Procure di Lubeca e di Zwickau) (C-508/18 e C-82/19 PPU), nonché del 27 maggio 2019, PF (Procuratore generale di Lituania) (C-509/18), riguardanti il mandato d'arresto europeo fossero applicabili all'ordine europeo di indagine.

La direttiva 2014/41 e la decisione quadro 2002/584 in tema di m.a.e. si fonderebbero infatti sugli stessi principi di riconoscimento e di fiducia reciproci ed utilizzerebbero le stesse nozioni di «autorità giudiziaria» e di «autorità di emissione», con un elenco esaustivo dei motivi in base ai quali lo Stato di esecuzione può rifiutare l'esecuzione, rispettivamente, di un ordine europeo di indagine e di un mandato d'arresto europeo.

Sotto altro profilo, tuttavia, il giudice del rinvio poneva in evidenza che, contrariamente alla decisione quadro 2002/584 in tema di m.a.e., la direttiva 2014/41 conferisce espressamente ai pubblici ministeri la qualità di «autorità di emissione» e consente loro di emettere o convalidare ordini europei di indagine: tale direttiva, dunque, ben potrebbe essere interpretata nel senso che la questione se un pubblico ministero sia o meno esposto al rischio di subordinazione al potere esecutivo nei termini sopra indicate è irrilevante nell'ambito della disciplina dell'ordine europeo di indagine.

### **3. La ratio decidendi.**

Nell'esaminare la questione la Corte ha rilevato che, a differenza di quanto previsto dalla decisione quadro sul m.a.e., che fa riferimento all'«autorità giudiziaria emittente» senza

specificare l'identità delle autorità che rientrano in tale nozione, **nella direttiva sull'ordine europeo di indagine il pubblico ministero viene espressamente incluso tra le autorità** che, al pari del giudice, dell'organo giurisdizionale o del magistrato inquirente, sono intese come «autorità **di emissione**».

La Corte osserva che nella direttiva in questione la qualificazione del pubblico ministero come «autorità di emissione» o «autorità giudiziaria» non è condizionata dalla presenza o meno di un suo rapporto di subordinazione legale nei confronti del potere esecutivo dello Stato membro cui appartiene.

L'emissione o la convalida di un ordine europeo di indagine è soggetta ad una procedura e a garanzie distinte da quelle che disciplinano l'emissione di un m.a.e., poiché secondo la direttiva relativa all'ordine europeo di indagine il pubblico ministero che emette o convalida l'ordine deve comunque tener conto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali dell'interessato ed il suo ordine deve poter essere oggetto di un mezzo di impugnazione effettivo almeno equivalente a quello disponibile in un procedimento nazionale analogo.

Sia nella fase di emissione o di convalida che in quella di esecuzione dell'ordine europeo di indagine, la direttiva contiene un insieme di garanzie che consentono di assicurare la tutela dei diritti fondamentali dell'interessato: mentre il m.a.e. è diretto all'arresto e alla consegna di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, un ordine europeo di indagine è diretto all'esecuzione di uno o più atti di indagine specifici al fine di acquisire prove, con la conseguenza che, se anche taluni atti di indagine possano risultare intrusivi, un ordine europeo di indagine, a differenza di un m.a.e., non è tuttavia atto a ledere il diritto alla libertà dell'interessato.

Nella procedura di emissione dell'o.e.i. l'autorità emittente, quindi anche il pubblico ministero, dovrà controllare, in primo luogo, che la richiesta sia necessaria e proporzionata alla finalità del procedimento in causa e che rispetti i diritti fondamentali della persona interessata; in secondo luogo, che l'atto avrebbe potuto essere emesso alle stesse condizioni in un caso interno analogo.

Oltre a questo primo scrutinio, le garanzie per il soggetto coinvolto sono rafforzate dal fatto che l'autorità di esecuzione, qualora nutra dubbi circa il rispetto dei requisiti anzidetti, potrà consultare l'autorità emittente o ricorrere ad un atto di indagine diverso da quello richiesto – ma comunque funzionale al risultato prefissato – se impatta in maniera meno incisiva sui diritti fondamentali del soggetto o se non è previsto in un caso interno analogo, o, addirittura, rifiutare l'esecuzione dell'o.e.i. se incompatibile con il rispetto dell'art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali.

Inoltre, se il diritto interno dello Stato di esecuzione richiede per un determinato atto di indagine l'autorizzazione di un organo giurisdizionale – come avviene per il diritto austriaco



nel caso di specie – sarà l'autorità di esecuzione ad adempiere a tale prescrizione. Questo "margine di manovra" – così come definito dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni – consente all'autorità di esecuzione di assicurarsi che non vi siano disfunzioni e che vengano tutelate le garanzie del soggetto coinvolto.

Se è vero che alcuni atti di indagine possono essere intrusivi, in quanto ledono, segnatamente, il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà della persona interessata tuttavia, fatto salvo il caso particolare del trasferimento temporaneo di persone già detenute ai fini della realizzazione di un atto di indagine, il quale forma oggetto di garanzie specifiche negli artt. 22 e 23 della direttiva 2014/41, l'ordine europeo di indagine, a differenza di un mandato d'arresto europeo, non è atto a ledere il diritto alla libertà della persona interessata, sancito dall'art. 6 della Carta.

#### **4. La decisione.**

La Corte ha quindi concluso: a) ritenendo inapplicabile al contesto della direttiva 2014/41/UE sull'o.e.i. la propria giurisprudenza in tema di m.a.e. [sentenze del 27 maggio 2019, OG e PI (C-508/18 e C-82/19 PPU) e del 27 maggio 2019, PF (C-509/18)], secondo cui la nozione di «autorità giudiziaria emittente» non comprende le procure di uno Stato membro esposte al rischio di essere soggette ad ordini o istruzioni individuali da parte del potere esecutivo; b) stabilendo che le disposizioni di cui agli artt. 1, par. 1 e 2, lett. c), della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, devono interpretarsi nel senso che rientra nelle nozioni di «autorità giudiziaria» e di «autorità di emissione» il pubblico ministero di uno Stato membro o, più in generale, la procura di uno Stato membro, indipendentemente dal rapporto di subordinazione legale che potrebbe esistere tra tale pubblico ministero o tale procura e il potere esecutivo di tale Stato membro, e dall'esposizione di detto pubblico ministero o di detta procura al rischio di essere soggetti, direttamente o indirettamente, ad ordini o istruzioni individuali da parte del potere esecutivo.

#### **5. Osservazioni.**

**La Corte di cassazione non si è ancora pronunciata sulle nozioni di "autorità giudiziaria" e di "autorità di emissione" nell'ambito della disciplina dell'ordine europeo di indagine,** né sugli aspetti relativi al requisito di indipendenza dell'autorità emittente nei confronti del potere esecutivo, mentre in tema di mandato di arresto europeo ha stabilito, in linea con l'orientamento elaborato dalla Corte di giustizia, che la nozione di "autorità giudiziaria emittente" comprende anche le autorità di uno Stato membro che, pur non rivestendo la qualifica di organi giurisdizionali, partecipano all'amministrazione della giustizia penale di tale Stato e agiscono in modo indipendente nell'esercizio delle proprie

funzioni, a condizione che sia assicurato il sindacato giurisdizionale sulla decisione relativa all'emissione del mandato (Sez. 6, n. 15922 del 21/05/2020, Lucaci, Rv. 278934, in relazione ad un mandato di arresto europeo di tipo processuale emesso dall'ufficio del pubblico ministero austriaco, convalidato, prima della sua trasmissione, da un tribunale). Nel richiamare i principi espressi dalla Corte di Lussemburgo, la Corte di cassazione ha osservato che la decisione di emettere un mandato d'arresto nazionale, nonché quella di emettere un mandato d'arresto europeo, devono essere obbligatoriamente oggetto di una convalida di un tribunale prima della loro trasmissione. Pertanto, laddove siffatta convalida delle decisioni della procura manchi, i mandati d'arresto non producono effetti giuridici e non possono essere trasmessi.

Al riguardo la Corte di cassazione ha inoltre precisato che l'emissione di un mandato di arresto europeo sulla base di un provvedimento restrittivo della libertà disposto da un'autorità di polizia, e successivamente convalidato dal pubblico ministero, costituisce una "decisione giudiziaria" ai sensi dell'art.8, par. 1, lett. c), della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 13/06/2002 (Sez. 6, n. 20571 del 01/07/2020, Emma, Rv. 279280, in relazione ad un mandato di arresto europeo emesso dall'Ungheria sulla base di un provvedimento cautelare adottato da un funzionario di polizia e sottoposto al controllo del pubblico ministero, in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata al fine di accertare l'assoggettabilità ad impugnazione della suddetta convalida, quale condizione del necessario rispetto dell'art. 5, comma 4, CEDU).

Tali principi sono stati ribaditi anche in relazione all'ipotesi della consegna successiva ad altro Stato membro UE, poiché l'autorità italiana che, dopo avere ricevuto in consegna il detenuto a seguito dell'emissione di un m.a.e., lo consegna successivamente ad altro Stato membro dell'Unione a norma dell'art. 25 della legge n. 69 del 2005, è tenuta ad accertare se il necessario assenso a tale ultima consegna da parte dello Stato che ne ha disposto quella iniziale provenga dall'organo giudiziario competente sulla base delle regole specificamente contemplate dall'art. 28, par. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI e, qualora si tratti di un ufficio del pubblico ministero, se nel relativo ordinamento sia prevista la possibilità di attivare un controllo successivo, avvalendosi di rimedi impugnatori (Sez. 6, n. 9582 del 05/03/2020, Occhipinti, Rv. 278732).