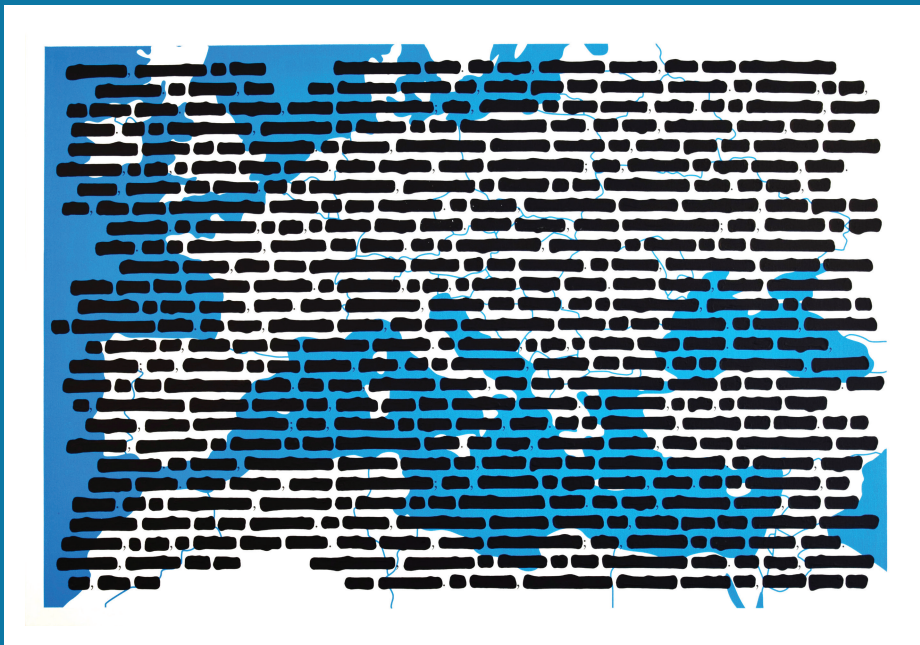


IL DIRITTO EUROPEO E IL GIUDICE NAZIONALE

II.1

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale

*La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo
Principi e orientamenti*





IL DIRITTO EUROPEO E IL GIUDICE NAZIONALE

II.1

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo
e il ruolo del giudice nazionale

*La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo
Principi e orientamenti*

ISBN 9788828857518

Volume a cura di Giorgio Lattanzi, Marisaria Maugeri, Gianluca Grasso,
Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello

Contributo redazionale: Antonella Licheri, Massimiliano Belli, Anna Aucelli

Pubblicazione della Scuola superiore della magistratura.
Comitato direttivo: Giorgio Lattanzi (Presidente), Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno,
Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Costantino De Robbio, Fabrizio Di Marzio,
Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano

In copertina: *Ein Gespenst geht um in Europa* di Emilio Isgrò

Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - 2023
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

INTRODUZIONE

di Raffaele Sabato (*)

1. È davvero significativo lo sforzo che la Scuola superiore della magistratura ha fatto, in questo momento storico, nel fornire ai magistrati italiani una sorta di vademecum “*sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e sull'incidenza ... nell'interpretazione della legge da parte della Corte di cassazione ... nell'ottica del giudice e del lavoro quotidiano che egli è chiamato a svolgere*” (1).

Mentre mi accingo ad assolvere al gradito invito di presentare gli importanti volumi (secondo e terzo) dedicati alle questioni giuridiche che ormai si definiscono della “grande Europa”, nell'ambito di una raccolta più ampia di riflessioni che ricomprendono (nel volume primo) anche i temi del diritto unionale e, quindi, della c.d. “piccola Europa”, desidero confermare, anzitutto, la meritevolezza di detto impegno profuso dalla Scuola.

2. A tal fine, può essere opportuno svolgere qualche considerazione per allontanare (dalla mia mente e, verosimilmente, da quella dei lettori) il dubbio che l'importante sforzo profuso possa essere velleitario. L'apparente dubbio sulla natura velleitaria, in questa contingenza, di opere di riflessione sul diritto e sui diritti sullo sfondo internazionale si correla, ovviamente, all'orrore della guerra che scuote il nostro continente — al momento in cui si licenzia questo testo — da quasi un anno e mezzo. Se, in una prospettiva — per noi italiani — “bobbiana” della pace, la Corte di Strasburgo era destinata, con altre istituzioni nell'assetto policentrico successivo alla seconda guerra mondiale, alla tutela internazionale dei diritti dell'uomo come “garanzia” anche “contro lo Stato” (2), bisogna prendere atto che il sistema non ha funzionato.

(*) Giudice per l'Italia presso la Corte europea dei diritti dell'uomo. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l'istituzione di appartenenza. Non si farà luogo a note di richiami, al di fuori di alcune essenziali; le sentenze per le quali non è indicata l'autorità emanante sono ovviamente della Corte europea dei diritti dell'uomo (talora indicata come Corte, senza ulteriori specificazioni). Analogamente, i riferimenti alla “Convenzione” sono alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

(1) Così G. LATTANZI, *Prefazione*, nel vol. I di quest'opera.

(2) N. BOBBIO, *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Torino, 1989, 95.

Senonché — pensandoci bene — la discorsività sui diritti fondata sulla Convenzione europea è una risorsa certamente idonea anche a superare crisi come questa, al pari proprio di quanto avvenne dopo la seconda guerra mondiale allorché la Convenzione fu ideata ⁽³⁾, e a riprendere il cammino recuperando i passi perduti: non ricominciare, invece, significa rinunciare alla pace. Non si tratta dunque di velleità. La lettura dei nostri volumi, in questa logica, è anche un’operazione simbolica e di prospettiva.

3. In una logica analoga di prospettiva si è posta la Corte di Strasburgo quanto alla trattazione dei casi nei confronti della Federazione russa, nonostante che essa abbia cessato ogni comunicazione con il sistema “Strasburgo”. La Corte, in sintonia con il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa (che si è occupato del delicato tema dell’esecuzione delle sentenze “russe” già emesse e di quelle che, come si dirà, verranno), ha chiarito in una serie provvedimenti ⁽⁴⁾ che in base all’art. 58 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo essa resta competente a trattare, oltre che i casi pendenti al momento della fuoruscita della Federazione russa dal sistema ⁽⁵⁾, i casi relativi ad atti o omissioni realizzatisi prima del 16 settembre 2022, data in cui la Russia ha cessato di essere un parte della Convenzione europea in base al termine dilatorio di cui allo stesso art. 58 (c.d. “giurisdizione residua”); la Corte può procedere anche se — come si verifica oggi — le autorità russe non collaborano con essa. È evidente, a mio avviso, che la scelta di continuare a “giudicare”, pur nelle difficoltà che connoteranno una esecuzione delle sentenze che, in passato, già era problematica allorché sussisteva collaborazione, è un atto di fiducia circa la continuazione in futuro del “discorso” sui diritti, esteso allo Stato che si è ora da esso estromesso. Risultano pendenti circa 16.700 ricorsi individuali contro la Federazione

⁽³⁾ V. in questo senso recentemente S. SCIARRA, “Recourse” to and “Discourse” on the European Convention: an Asset for Democracies (discorso quale ospite d’onore in occasione dell’udienza solenne di inaugurazione dell’anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell’uomo, Strasburgo, 27 Gennaio 2023), in https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20230127_Sciarra_JY_ENG.

⁽⁴⁾ Si tratta di provvedimenti in due cause di Grande Camera e in due cause di camera semplice: *Fedotova e altri c. Russia* [CG], 17 gennaio 2023; *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia* [CG], 25 gennaio 2023; *Kutayev c. Russia e Svetova e altri c. Russia*, 24 gennaio 2023.

⁽⁵⁾ V. comunicato stampa della Corte del 16 settembre 2022 in <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7435446-10180882>, dovendosi considerare rispetto a tale testo che successivamente la Grande Camera ha deciso nel caso ex art. 41 *Georgia c. Russia* (II), con mia opinione separata congiunta, parzialmente dissenziente.

russea; pendono anche sette casi interstatali riguardanti la Russia, che rimangono una priorità assoluta. ⁽⁶⁾

4. Parlando di priorità, c'è da chiedersi come ora la Corte — al di là del contenzioso “russo” — decida circa le priorità di trattazione delle cause. Invero, una finalità di questa introduzione è quella di far menzione di almeno un paio di temi di interesse “generale” per i lettori, che non era necessario affidare a singole trattazioni quali quelle che seguono. Il primo di questi temi riguarda proprio le nuove modalità di trattazione del contenzioso presso la Corte di Strasburgo, tema rispetto al quale il giudice nazionale — per quanto dirò — è certamente interessato, in quanto i cambiamenti, a mio avviso, influiranno sulla qualità e quantità della giurisprudenza europea che il giudice nazionale stesso dovrà ritenere rilevante nei procedimenti interni, auspicabilmente con qualche semplificazione rispetto a talune complessità attuali (ben trattate nei capitoli dedicati alla ricerca giurisprudenziale).

5. Il discorso potrebbe partire da lontano, ma non è questa la sede per digressioni sulle basi teoriche dei mutamenti di strategia di *case management*. Basti ricordare che, soprattutto dopo l'entrata in vigore del protocollo 15 ⁽⁷⁾, che ha inserito solennemente nel preambolo della Convenzione l'affermazione “che spetta *in primo luogo* alle Alte Parti contraenti, conformemente al *principio di sussidiarietà*, garantire il rispetto dei diritti” ⁽⁸⁾ dell'uomo, i concetti di “sussidiarietà forte” e di “responsabilità condivisa” sono (o dovrebbero essere) le basi per considerare che la Corte europea si debba occupare principalmente di “contenzioso d'impatto” (*impact litigation*): invero si assegna alle Parti contraenti il ruolo “primario”, e alla Corte il ruolo meramente “di controllo”, nella garanzia del rispetto dei diritti e delle libertà di cui alla Convenzione.

6. Proprio su tali basi nel 2020 è stato avviato il processo di riforma dell'operatività della Corte denominato, appunto, *Impact strategy*. ⁽⁹⁾ Esso si basa su due pilastri. Il primo pilastro è l'identificazione iniziale, all'interno

⁽⁶⁾ Si tratta di *Georgia c. Russia (IV)*; *Ucraina c. Russia (re Crimea)*; *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*; *Ucraina c. Russia (VIII)*; *Ucraina c. Russia (IX)*; *Russia c. Ucraina*; *Ucraina c. Russia (X)*. Com'è a tutti evidente, sono dunque affidati alla Corte di Strasburgo casi che, anche dal punto di vista della ricognizione degli antefatti rispetto all'aggressione, sono di importanza storica.

⁽⁷⁾ V. ad es. R. SABATO, *L'impatto del protocollo n. 15 sulla Convenzione europea dei diritti umani: riflessioni a valle della ratifica italiana (e della mancata ratifica del protocollo n. 16)*, in Osservatorio Costituzionale AIC, fasc. 3/2021, 1 giugno 2021.

⁽⁸⁾ Enfasi aggiunte.

⁽⁹⁾ Sia consentito segnalare sul punto l'attento contributo di A. IERMANO, *La nuova “strategia” della Corte europea in ordine ai criteri di trattazione dei ricorsi: i cd. “impact cases”*, su SIDIBlog, 11 marzo 2022, in <http://www.sidiblog.org/2022/03/11/la-nuova-strategia-della-corte-europea-in-ordine-ai-criteri-di-trattazione-dei-ricorsi-i-cd-impact-cases/>.

dei casi che non sono dichiarati irricevibili, di quelli più importanti: i cosiddetti casi di “impatto”. Al riguardo, è noto che la Corte usa da anni una suddivisione in categorie dei ricorsi, all’interno delle prime tre categorie collocandosi i pochi casi che riguardano i diritti al “cuore” della Convenzione, oggi da qualificarsi *ipso facto* di “impatto”; nelle categorie dopo la quarta, invece, vi sono i ricorsi più o meno rilevanti, anche in relazione alle loro prospettive di inammissibilità. La “strategia d’impatto” riguarda dunque essenzialmente la quarta categoria della classificazione: le cause in essa collocate hanno infatti una certa variabilità di impatto, da valutarsi ora caso per caso, cosa cui si è proceduto.

7. Al giudice nazionale può interessare che, da un lato, i casi di impatto presso la Corte, così determinati, sono poche centinaia. D’altro lato, rileva che — e questo è il secondo pilastro della strategia — i ricorsi diversi da quelli di impatto saranno in base alla strategia decisi mediante una “sentenza sommaria” (la dizione in italiano suona male, meglio tradurre con “abbreviata” ...) e l’organo decidente sarà il comitato di tre giudici, attraverso un’interpretazione (molto) « estensiva » della nozione di “giurisprudenza consolidata” ai sensi dell’art. 28 § 1 (b) della Convenzione, sulla cui base soltanto possono decidere i comitati. Ne deriva — e questo deve essere sottolineato per il giudice nazionale — che i provvedimenti di comitato in questione non avranno valore di precedente.

8. Come è stato chiarito, ⁽¹⁰⁾ “i casi di impatto sono identificati sulla base di vari criteri. A volte è probabile che la soluzione da adottarsi possa portare a un mutamento di diritto o di prassi, internazionale o nazionale. In altri casi, il caso solleva questioni sociali, o questioni relative alle nuove tecnologie, che non sono mai state affrontate dalla Corte. In altri casi ancora, la questione è nuova o significativa nel campo dei diritti umani”.

9. Il perfezionamento della strategia è in corso, onde avviene ancora — in via transitoria — che vengano rese sentenze di camera, astrattamente con valore di precedente, senza che vi sia “impatto” ai sensi anzidetti; ma a regime — e ciò rileva per le riflessioni che vorranno svolgere i giudici nazionali — si avrà soltanto un numero limitato di sentenze di “impatto” di camera o Grande Camera, esse sole rese in base allo *ius constitutionis*, mentre vi sarà un gran numero di brevi sentenze di comitato, la cui conoscenza non sarà necessaria agli operatori nazionali in quanto, comunque, esse — rese solo in relazione allo *ius litigatoris* — non potranno essere in futuro citate

⁽¹⁰⁾ V. conferenza stampa del presidente R. Spano del 25 gennaio 2022, 2: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20220125_Spano_JY_PC_ENG La traduzione, come altre in prosieguo, è mia.

dalla Corte (e non dovranno esserlo, conseguentemente, neppure dal giudice nazionale).

10. *A latere* rispetto a tale sviluppo, la Corte ha proceduto a un rafforzamento della piattaforma di *Knowledge Sharing* (“KS”, interattiva e unificata, nonché contenutisticamente più avanzata rispetto alle precedenti mere “Guide giurisprudenziali”, che permangono all’interno della piattaforma) ⁽¹¹⁾ e dei momenti seminari/di discussione della Rete delle Corti superiori.

11. Attraverso il congiunto intervento sui piani giurisprudenziale, informativo e dell’*outreach*, viene dunque a rimodularsi l’essenza stessa dell’apporto della Corte all’interazione con i giudici nazionali: ne dovrebbe risultare una semplificazione dei contenuti e una maggiore leggibilità dei precedenti, specie in ordine ai rapporti con Paesi come l’Italia per i quali la numerosità dei casi non ha consentito di far emergere, talora, una giurisprudenza chiara ⁽¹²⁾. Oltre che sull’esecuzione delle sentenze, il cambiamento potrà riflettersi, tra l’altro, sulle attività di formazione giudiziaria nazionale (ad es. proprio della Scuola superiore della magistratura) ed europea (a Strasburgo, mediante il programma *Help*). In sintesi, può concludersi sul tema che verosimilmente alla rimodulazione dell’operatività della Corte corrisponderà un’altra serie di rimodulazioni in sede nazionale, sperabilmente nel senso della linearità e della chiarezza delle soluzioni: ciò che, come detto, costituisce finalità di questi volumi i quali, in future edizioni, potranno ancor meglio registrare il cambiamento.

12. La giurisdizione, però, non è (o non è solo) mero *case management* e sensibilizzazione degli operatori. La giurisdizione, a livello europeo o nazionale, è anche e soprattutto (ri)costruzione di valori, emergenti da radici profonde di volta in volta identificabili nelle costituzioni nazionali (addentellate tra loro mediante tradizioni costituzionali comuni), nelle norme pattizie internazionali e nel *consensus* europeo che si crea sulla Convenzione. Il problema per le giurisdizioni è: come difendere “giudiziarmente” nel-

⁽¹¹⁾ Trattasi di un portale (“KS”) parallelo rispetto a quello della Corte, seppur ad esso *linkato*. È bene averlo tra le pagine *web* preferite: <http://knowledge.dhcour.coe.int/Pages/gateway.aspx>.

⁽¹²⁾ Quanto al profilo linguistico dell’interazione con i giudici e gli altri operatori — soprattutto avvocati — a livello nazionale, le attuali risorse disponibili sul *web* consentono la visualizzazione in traduzione gratuita della piattaforma KS (si suggerisce, a tale scopo, per vicinanza linguistica, di assumere come lingua-base il francese, rispetto al quale le traduzioni automatizzate in italiano sono connotate da un gran grado di perfezione). Gli istituti nazionali di formazione della magistratura e dell’avvocatura hanno inoltre investito in corsi, anche *online*, di formazione giuridico-linguistica, spesso “confezionata su misura” anche sul linguaggio della Convenzione.

l'attuale contesto — sopra descritto con riferimento ad es. alla tragedia della guerra — quei valori, una volta identificati gli stessi?

13. La Corte di Strasburgo — e credo che anche i giudici nazionali debbano essere sensibili a quanto segue — non ritiene forse più che il “tempo” che è necessario ai tribunali (anche internazionali) per giungere alla definizione dei fascicoli sia un alleato, come lo è stato in passato. Il tempo, per la giustizia, è diventato un “nemico”: sul tema è stato spiegato, in un interessante dibattito interno alla Corte, che — a rischio di semplificare troppo — si potrebbe affermare che fino a circa un decennio addietro, nei settori del diritto “coperti” dalla Convenzione, era abbastanza evidente la direzione in cui la giurisprudenza si sarebbe sviluppata, perché era anche chiara la direzione di marcia delle società europee: l'esempio migliore è relativo al fatto che, se “le condizioni carcerarie in alcuni paesi erano pessime, ... il loro miglioramento era una questione di tempo (e denaro), non di principio”. I ritardi della Corte di Strasburgo, senza dubbio importanti, non erano dunque in via di massima percepiti in via troppo negativa (se non — comprensibilmente — dai ricorrenti), in quanto comunque “ci si muoveva nella giusta direzione”. Oggi, invece, stante la crescente pressione in alcuni Paesi sui “principi” (quali l'indipendenza della magistratura, alcune questioni concernenti la società civile, il ruolo delle associazioni e in generale dei “difensori dei diritti umani” tra cui i liberi avvocati, ecc. — tutti elementi che costituiscono la “dimensione istituzionale” nazionale di tutela dei diritti), la direzione diventa incerta, stante lo scarto tra evoluzioni esterne e resa della giustizia “convenzionale” a Strasburgo. Per giunta le minacciose misure “sistemiche” sono assunte dagli rapidamente, in contrasto con i tempi di risposta della giurisdizione. In tale contesto, “il tempo non è più dalla parte della Corte ... è diventato il suo nemico”, in quanto le conseguenze dei ritardi si estendono oltre il singolo ricorrente e riguardano l'intero sistema ⁽¹³⁾.

14. A tale diagnosi si aggiunge — e su questo fenomeno sono intervenuti il processo di Interlaken e il protocollo n. 15 — il fatto che l'eccessiva pendenza di ricorsi a Strasburgo, in taluni casi, è dovuta a difetti di percezione della sussidiarietà (quantomeno da parte dei ricorrenti, se non talvolta — sia detto in senso autocritico — della Corte, che ha dato talora l'impressione di intervenire in sede di “quarta istanza”). Ecco, allora, che l'esigenza di concentrarsi sulle cause “di impatto” e quella di salvaguardare i valori-chiave istituzionali, mediante l'uso ragionevole dei tempi processuali e in una logica sussidiaria, sono finalità che si saldano. *Case management e*

⁽¹³⁾ Le citazioni sono tratte da R. LAWSON, *The ECHR: Living Instrument at 70*, in *Dialogue Between Judges*, 2020, 11, in https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2020_ENG.pdf.

valori coincidono. La Corte di Strasburgo non poteva restare vittima del suo stesso successo (tradotto in numerosissimi casi pendenti) quando l'edificio stesso (cioè sia la dimensione istituzionale nazionale di tutela, sia la leggibilità della propria azione) era messo a rischio: la rimodulazione operativa è stata la risposta.

15. Accusata dunque di tardare oltre modo nell'affrontare temi-chiave (soprattutto quali quelli, come già detto, dell'indipendenza della giustizia in alcuni Stati e della libertà di azione dei difensori dei diritti umani⁽¹⁴⁾), la Corte ha voluto abbandonare i vecchi metodi ed ha tentato di recuperare il ritardo; e ciò ha fatto salvaguardando anche la “simmetria” di approccio rispetto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁽¹⁵⁾. Si attende ora la riflessione degli operatori nazionali, cui questi volumi danno impulso. L'esigenza che gli operatori italiani contribuiscano nei sensi di cui sopra — credo — può essere sottoposta loro con chiarezza in esordio di questo vademecum, in quanto essi, soprattutto i magistrati, saranno, per il futuro, chiamati a distillarne i principi rispetto all'attuale *stock* giurisprudenziale, “tra[andone] il troppo e il vano” e ricercando anche le loro, opportune, “simmetrie”.

16. Posso a questo punto passare al secondo e ultimo tema che, in aggiunta a quello della “strategia d'impatto”, reputo d'interesse per i colleghi italiani cui questi volumi si indirizzano: si tratta del tema dell'indipendenza della giustizia, per come trattato dalla Corte di Strasburgo negli ultimi anni. Tale tema è prescelto, in consonanza con le finalità dei volumi della Scuola superiore della magistratura, in quanto è quello massimamente esemplificativo della saldatura ideale tra la linea operativa di “impatto” e il rafforzamento dell'attenzione verso valori-cardine della Convenzione, senza la tutela dei quali è vano occuparsi della tutela degli altri valori (abbiamo accennato

⁽¹⁴⁾ Al tema dell'indipendenza della giustizia dedicherò i paragrafi successivi del testo. Quanto a quello della tutela dei “difensori dei diritti”, si veda soprattutto la sentenza *Ecodefence e altri c. Russia*, 10 ottobre 2022, procedimento nel quale la Corte ha altresì adottato un provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 39 del Regolamento. Alcuni cenni al ruolo degli stessi magistrati quali difensori dei diritti sono operati in prosieguo allorché si illustreranno i casi *Žurek* e *Tuleya*.

⁽¹⁵⁾ La dizione “simmetria” si affianca o rimpiazza sempre più quella, oramai abusata, di “dialogo”. Si v. ad es. S. SCIARRA, “*Recourse*” to and “*Discourse*” on the European Convention, cit., la quale riflette sulle “simmetrie” tra Corti costituzionali e Corti europee; per altri aspetti, v. R. SPANO, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, I, 13, and S. O'Leary, *Safeguarding Europe's Foundational Values: The Rule of Law and Beyond*, in J.F. Kjølbros, S. O'Leary, M. Tsirli (editors), *Liber Amicorum Robert Spano*, L'Aia, 2022, 536, 537, e specialmente 542, la quale ultima in particolar modo propone un'analisi di “simmetria” proprio circa i valori al cuore dei sistemi della Convenzione e dell'Unione europea.

già, ad es., che unitamente all'esistenza di istituzioni giudiziarie indipendenti un prerequisite è l'esistenza di una società civile in cui possano operare i "difensori dei diritti", quali associazioni, liberi avvocati, ecc.; su questi temi la Corte veniva accusata di intervenire con lentezza).

17. Alla fine del 2020, allorché come detto si verifica l'inversione di tendenza sotto la presidenza di Róbert Spanó, erano già passati quasi due anni da quando la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva pronunciato la sua sentenza sui "giudici portoghesi" ⁽¹⁶⁾ che, utilizzando il combinato disposto dell'articolo 19 del Trattato sull'Unione europea e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, aveva spianato la strada, sulla base anche di altri precedenti, a un gruppo numeroso di provvedimenti lussemburghesi in materia di indipendenza giudiziaria in Polonia ⁽¹⁷⁾. È allora naturale che lo schema operativo, consapevolmente o no, quasi si ripeta a Strasburgo: viene pronunciata dalla Grande Camera, traendo spunto da un caso altrimenti di scarso rilievo, la sentenza *Ástráðsson* ⁽¹⁸⁾ accertativa di violazione nei confronti dell'Islanda.

18. Le basi motivazionali della sentenza sono, fino a un certo punto, scontate: a) il diritto a un processo equo ai sensi dell'articolo 6 § 1 della Convenzione richiede che la causa sia decisa da un "tribunale indipendente e imparziale"; b) le nozioni di "indipendenza" e "imparzialità" sono strettamente collegate e interagiscono anche con quella di "tribunale costituito per legge" ai sensi del medesimo articolo. Di qui in poi la Grande Camera supera gli schemi noti: il procedimento di nomina dei giudici — questa è la svolta — costituisce un elemento essenziale del concetto di "costituzione" di un organo giurisdizionale "per legge". Un tribunale non "costituito" in conformità con il quadro legislativo nazionale in materia di nomine mancherà quindi della legittimazione necessaria in una società democratica per risolvere controversie giuridiche. Se dunque — come avvenuto nel caso islandese — un organo (nel caso di specie, il ministro della giustizia) competente a proporre (al Parlamento) la nomina dei giudici non segue — senza dare motivazioni — la graduatoria predisposta da una commissione tecnica consultiva, e il destinatario della proposta (il Parlamento) neppure esso corregge il difetto, l'art. 6 § 1 è violato. Non tutte le irregolarità procedurali però portano a violazione, in quanto solo nei casi più gravi il valore

⁽¹⁶⁾ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Camera, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018, C-64/16.

⁽¹⁷⁾ Per i dettagli, si rinvia a R. SABATO, *An "Authority Balanced, But Not Divided" – Judicial Appointments and Protection of Judicial Independence Under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights*, in J.F. Kjølbros, S. O'Leary, M. Tsirlis (editors), *Liber Amicorum Robert Spano*, cit., 603 ss.

⁽¹⁸⁾ *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* [GC], 1 dicembre 2020.

della “costituzione per legge” può prevalere sulla certezza del diritto e sull’inamovibilità dei giudici, anch’essi valori custoditi dall’articolo 6. La Corte formula perciò dei criteri operanti su più passaggi (criteri *Ástráðsson*) per distinguere i casi di minori irregolarità procedurali, che non comportano violazione convenzionale, dai casi più gravi in cui vi è violazione cui possono conseguire riflessi anche sulla validità dei processi interni gestiti dai giudici “illegittimi quanto a costituzione per legge” e sulla loro inamovibilità, la qual cosa è ovviamente lasciato alle autorità nazionali valutare.

19. Ciò che ancor più interessa è, però, esaminare come tali concetti abbiano giocato nel contenzioso concernente la Polonia, per lo più avviato presso la Corte di Strasburgo nel 2018-2022 su vari aspetti della riorganizzazione del sistema giudiziario polacco iniziata nel 2017, contenzioso che dopo *Ástráðsson* diventa maturo per la decisione. Non potrò ovviamente ripercorrerne tutto il lungo e complesso itinerario, in ordine al quale — peraltro — anche ragioni professionali mi impongono limitazioni espositive. Farò dunque solo qualche cenno alle sentenze a mio avviso centrali dal punto di vista del lettore italiano.

20. Un primo gruppo di sentenze rilevanti può prendere le mosse da quella nella causa *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* ⁽¹⁹⁾, relativa a irregolarità nella nomina dei membri del Tribunale costituzionale polacco. La causa interna era una ordinaria disputa civilistica, in cui tuttavia si era incidentalmente pronunciato il Tribunale costituzionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo, sulla base dei criteri *Ástráðsson*, riscontra una violazione del diritto a un “tribunale costituito per legge” a causa del fatto che la decisione sulla domanda presentata da *Xero Flor* era stata resa dal Tribunale costituzionale a mezzo di collegio di cinque giudici composto in violazione di norme anche costituzionali.

21. La seconda sentenza di questo gruppo è stata quella nella causa *Reczkowicz c. Polonia* ⁽²⁰⁾. In questo caso un avvocato si era lamentato del fatto che la sezione disciplinare, una delle due di nuova creazione presso la Corte suprema polacca, fosse costituita da giudici nominati dal presidente della Polonia su deliberazione del Consiglio nazionale della Magistratura (CNM), organo che era stato oggetto di allegazioni di parzialità su basi politiche, a sua volta, sin dall’entrata in vigore della nuova legislazione che prevedeva, tra l’altro, che i membri giudiziari non fossero più eletti dai magistrati, ma dalla camera bassa del Parlamento. In questo caso, la Corte di Strasburgo constata che la procedura di nomina dei giudici era stata indebitamente influenzata dai poteri legislativo ed esecutivo, che avevano per-

⁽¹⁹⁾ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia*, 7 maggio 2021.

⁽²⁰⁾ *Reczkowicz c. Polonia*, 22 luglio 2021.

meato il CNM di partigianeria. Fra i numerosi profili di rilievo, può valere la pena notare che la struttura del vizio nella procedura di nomina nella causa *Reczkowicz* era diverso dallo schema di *Ástráðsson* o *Xero Flor*. Qui il difetto di procedura è riscontrato in quanto considerazioni politiche avevano influito negativamente sulla composizione del Consiglio, il cui operato privo di obiettività e attento alle appartenenze a sua volta, insieme alla suddetta peculiare creazione di una sezione di un organo giudiziario con il nuovo potere di rimuovere la *res iudicata*, aveva compromesso la legittimità della costituzione dei giudici oggetto di selezione consiliare.

22. Se un modello decisorio simile può essere trovato nella sentenza *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia* ⁽²¹⁾, in questa terza importante sentenza gli accenni al rapporto tra la violazione convenzionale e le ripercussioni sul piano nazionale, in vista dell'attuazione della sentenza di Strasburgo, diventano più chiari.

I ricorrenti erano giudici che avevano presentato domande di tramutamento verso altri posti giudiziari, ma non erano prevalsi nella valutazione del CNM. I loro ricorsi erano dunque stati esaminati dalla neoistituita sezione per la Revisione straordinaria e gli Affari pubblici della Suprema Corte, l'altra delle due nuove sezioni già menzionate create a seguito della controversa riforma. La Corte europea dei diritti dell'uomo riscontra una violazione dell'articolo 6 § 1 poiché, tra l'altro, la legislazione polacca aveva privato la magistratura del diritto di eleggere i membri magistrati del CNM e aveva consentito all'esecutivo e al legislativo di interferire direttamente o indirettamente (tramite il CNM) nella procedura di nomina giudiziaria, compromettendo sistematicamente la legittimità dell'organo giurisdizionale composto dai giudici così nominati.

Ciò che è ancor più rilevante è che la Corte di Strasburgo, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, ha indicato che spetta allo Stato — di conseguenza — scegliere, sotto il controllo dal Comitato dei Ministri, le misure generali e/o individuali da adottare nell'ordinamento giuridico interno per porre fine alla violazione constatata. La Corte si è astenuta, in questo caso, dal fornire specifiche indicazioni sul tipo di misure individuali e/o generali che potrebbero essere adottate, ma ha menzionato la necessità di risolvere il problema dalle fondamenta.

23. Un ulteriore sviluppo si ha con la sentenza *Advance Pharma Sp. z o.o. c. Polonia* ⁽²²⁾. Questo caso è il più semplice della serie che elenco, in quanto riguarda una causa decisa da una sezione civile della Corte suprema (non toccata, in quanto tale, dalle riforme del nuovo regime polacco), ma allo

⁽²¹⁾ *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia*, 8 novembre 2021.

⁽²²⁾ *Advance Pharma Sp. z o.o. c. Polonia*, 3 febbraio 2022.

stesso tempo il più significativo per gli osservatori, soprattutto di altri paesi: il semplice dato, presente in questa controversia, per cui alcuni giudici della sezione erano stati nominati su deliberazione di un CNM indebitamente influenzato per i motivi di cui sopra e i cui membri magistrati non erano stati eletti dai loro colleghi è sufficiente per la violazione: a causa del numero di precedenti sentenze non eseguite, nella presente sentenza la Corte, poi, chiaramente afferma che la prosecuzione dell'attività del CNM e il suo coinvolgimento nelle procedure di nomina perpetuano la disfunzione sistemica.

24. Se il precedente gruppo di sentenze chiarisce il ruolo che, nell'ambito della tutela dell'indipendenza della giustizia, possono rivestire procedimenti elettorali viziati del CNM e logiche di appartenenza adottate nelle nomine giudiziarie, un secondo gruppo di sentenze “polacche” si spinge sui “diritti” di partecipazione del magistrato, quale difensore dei diritti, nell'autogoverno giudiziario e nell'arena pubblica concernente i dibattiti sulla giustizia.

25. Sul primo tema dell'autogoverno giudiziario la sentenza, di Grande Camera, che è andata al cuore del funzionamento del CNM, considerato non tanto come organo di nomina dei giudici, quanto come organo in cui i giudici, eletti (all'epoca) dai loro pari, svolgono funzioni considerate d'ufficio e meritevoli di tutela ai fini dell'art. 6, è *Grzęda c. Polonia* ⁽²³⁾. Essa riguarda la rimozione *ope legis* del ricorrente, un magistrato, dal CNM prima della scadenza del mandato, senza possibilità di ottenere un controllo giurisdizionale di tale rimozione. La violazione dell'articolo 6 § 1 è in questo caso accertata sulla base di una motivazione molto complessa, che unisce sia il mancato riconoscimento al ricorrente del diritto di adire un giudice contro la rimozione, sia l'inserirsi della “cacciata” dall'organo di autogoverno all'interno di un *trend* — risultante dalle sentenze della stessa Corte relative alla riorganizzazione del sistema giudiziario polacco, nonché ai casi decisi a Lussemburgo — volto ad assoggettare il CNM all'ingerenza dei poteri esecutivo e legislativo. In qualche modo, dunque la sentenza è importante per il ruolo riconosciuto ai consigli superiori della magistratura quali organi indipendenti dalla politica.

26. Sul secondo tema del ruolo dei magistrati come partecipanti al dibattito pubblico sui diritti ⁽²⁴⁾, le due sentenze di rilievo sono *Zurek c.*

⁽²³⁾ *Grzęda v. Poland* [GC], 15 marzo 2022.

⁽²⁴⁾ Circa la libertà di espressione dei giudici si veda, in <https://www.coe.int/en/web/ccje/ccje-opinions-and-magna-carta>, il Parere n. 25 del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE), predisposto mentre la Corte rendeva le sentenze di cui al testo. Nel gruppo di lavoro responsabile della preparazione del parere l'Italia è stata rappresentata dalla consigliera della Corte di cassazione Valeria Piccone.

Polonia e Tuleya c. Polonia.⁽²⁵⁾ Entrambi i magistrati ricorrenti sono figure note, le cui voci critiche si sono levate contro le riforme polacche concernenti la giustizia. Nel caso *Żurek* il magistrato ricorrente, portavoce del Consiglio nazionale della magistratura, era stato rimosso dal Consiglio e, parallelamente, rimosso quale portavoce del tribunale regionale, mentre veniva altresì sottoposto ad ispezioni e a controlli tributari. La Corte ritiene la duplice violazione dell'articolo 6 § 1 e dell'articolo 10 (concernente la libertà di espressione). Come in *Grzęda c. Polonia* (citata in precedenza), la Corte parte dalla mancanza di controllo giurisdizionale della decisione di allontanare il ricorrente dal CNM, e constata che l'insieme delle misure adottate nei confronti del ricorrente aveva avuto lo scopo di intimidirlo a causa delle opinioni che aveva espresso in difesa dello Stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura.

27. La sentenza *Tuleya* è in parte sovrapponibile alla sentenza *Żurek*, in parte no. Nei confronti del magistrato erano state mossi diversi addebiti che avevano portato a numerosi procedimenti disciplinari e penali, previa revoca dell'immunità dall'azione penale, e a sospensione dalle funzioni e dallo stipendio per oltre due anni. Tra le altre questioni, gli si rimproveravano la pronuncia orale di motivazioni a sostegno di una decisione, che avrebbe costituito rivelazione di segreto con impatto negativo su un'indagine, nonché il rilascio di un'intervista e altri interventi pubblici.

Dopo che alcune questioni erano state risolte a livello interno, rispetto alle residue questioni la Corte ritiene la violazione non solo dell'art. 6 § 1 e dell'art. 10, ma anche dell'art. 8, stanti le pesanti interferenze sulla vita privata del giudice. Non vi era alcun fondamento legittimo per le misure adottate, caratterizzate come una strategia mirante a intimidire il ricorrente per le opinioni che aveva espresso, conclusione corroborata non solo dalla stampa polacca e internazionale, ma anche dal Consiglio d'Europa e da altri osservatori internazionali. Per quanto attiene all'intervista che aveva rilasciato e alla sua partecipazione a incontri pubblici, la Corte li ritiene esercizio della sua libertà di espressione, che non poteva essere compressa.

28. Credo che per i colleghi italiani, destinatari di questi volumi-vademecum relativi alla tutela, interna e internazionale, basata sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le precedenti esemplificazioni giurisprudenziali possano essere utili non tanto per tracciare parallelismi con problematiche a livello interno in materia di autogoverno della magistratura e di libertà di espressione dei giudici a difesa dello Stato di diritto (invero, data

⁽²⁵⁾ *Żurek c. Polonia*, 16 giugno 2022 e *Tuleya c. Polonia*, 6 luglio 2023; la seconda sentenza non è definitiva per essere in corso, allorché il presente testo è redatto, il termine di tre mesi per la richiesta di rinvio alla Grande Camera.

la diversità dei contesti, ogni accostamento sarebbe azzardato), quanto per passare alla lettura dei singoli capitoli che seguono nella consapevolezza che, a Strasburgo e altrove (e quindi anche in Italia), quel che conta è il quadro “istituzionale” di protezione dei diritti fondamentali: i singoli dettagli possono essere corretti, se il quadro generale è resistente e funzionante.

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

di *Raffaele Sabato* v

Parte I

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO PRINCIPI E ORIENTAMENTI

Sezione I

LA CONVENZIONE, LA CORTE EDU E IL GIUDICE NAZIONALE

I.

PRINCIPI FONDAMENTALI

I.

PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

di *Guido Raimondi*

1. Premessa	7
2. La nozione di sussidiarietà.	9
3. La sussidiarietà in termini convenzionali.	9
4. Il concetto "classico" di sussidiarietà.	10
5. La sussidiarietà come <i>self restraint</i> della Corte europea	13
6. La sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte europea. Il "margine di apprezzamento"	14

II.

GLI OBBLIGHI POSITIVI DI NATURA CONVENZIONALE E IL RUOLO DEL GIUDICE, DI STRASBURGO E NAZIONALE

di *Roberto Giovanni Conti*

1. Premesse	17
2. Gli obblighi positivi in ambito civile.	18
3. I legami familiari e personali e gli obblighi positivi	22
4. L'emersione del superiore interesse del minore attraverso gli obblighi positivi.	25

5.	Gli obblighi positivi in materia penale	30
6.	Corte EDU, 2 marzo 2017, <i>Talpis c. Italia</i> come <i>leading case</i> in materia di contrasto alle violenze di genere	34
7.	Gli obblighi positivi relativi alla condizione carceraria. La sentenza pilota <i>Torregiani c. Italia</i>	39
8.	La vicenda del letto a castello come metafora del ruolo del giudice, civile e penale, rispetto agli obblighi positivi di matrice convenzionale	42
9.	Conclusioni	46

III.

PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

di *Alessandro Dinisi*

1.	Il principio di proporzionalità. Nozione generale, fondamento e contenuto . . .	49
1.1.	Genesi del contenuto della proporzionalità	52
2.	Necessità dell'interferenza e pressante bisogno sociale.	55
3.	Pertinenza e sufficienza	57
4.	Bilanciamento o proporzionalità « in senso stretto »	58
5.	Particolari declinazioni della proporzionalità	61
5.1.	Rispetto dei beni, giusto equilibrio e onere individuale ed eccessivo . . .	61
5.2.	L'essenza del diritto quale limite alla proporzionalità	62
6.	Aspetti procedurali della proporzionalità	64

IV.

**IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE**

di *Guido Raimondi*

1.	Proporzionalità e CEDU.	67
2.	Applicazione del principio in generale.	70
3.	(<i>Segue</i>) con riguardo ai diritti di cui agli articoli 8-11 CEDU.	71
4.	(<i>Segue</i>) qualche esempio in altri settori della CEDU.	73
5.	Conclusioni	75

V.

IL MARGINE DI APPREZZAMENTO

di *Giuseppe Riccardi*

1.	Il margine di apprezzamento tra « dottrina » e <i>judicial review</i>	77
2.	Il margine di apprezzamento delle deroghe statali alla Convenzione (art. 15 CEDU).	78
3.	Il margine di apprezzamento delle interferenze statali ai diritti fondamentali. . .	83
3.1.	I test di legittimità delle interferenze statali	83
3.2.	Il margine di apprezzamento delle misure di interferenza: origine ed evoluzione	84
3.3.	Margine di apprezzamento e libertà di espressione	86
3.4.	Margine di apprezzamento e dottrina del consenso	88

3.5. Il margine di apprezzamento nel bilanciamento tra libertà di opinione e libertà religiosa: blasfemia e protezione dei sentimenti religiosi	90
3.6. Margine di apprezzamento e tutela della vita privata	96
4. Il margine di apprezzamento tra <i>self-restraint</i> e limite della ‘discrezionalità’ politica	97

VI.

SIGNIFICATO AUTONOMO DELLE PAROLE

di *Giulia Puleio*

1. Violazioni semantiche della CEDU e necessità di nozioni autonome	99
2. Fondamenti teorici della tesi delle nozioni autonome	102
3. Criteri di interpretazione delle nozioni autonome	105

II.

LA CEDU E IL SISTEMA GIURIDICO INTERNO

I.

L'INQUADRAMENTO DELLE NORME DELLA CEDU TRA LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO. IL SINDACATO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di *Giulia Battaglia*

1. Introduzione.	111
2. I punti fermi posti dalle sentenze c.d. “sentenze gemelle” del 2007: la CEDU come parametro costituzionale interposto	113
3. Gli “assessamenti” della giurisprudenza costituzionale dopo il 2007.	115
3.1. La persistenza del rilievo delle norme CEDU come parametro all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009: la sentenza Corte cost. n. 80 del 2011.	116
3.2. Il ridimensionamento del vincolo interpretativo della Corte di Strasburgo.	117
3.2.1. Il seguito della sentenza Corte cost. n. 49 del 2015: alcune precisazioni sul <i>predominio assiologico</i> della Costituzione, sull’onere di interpretazione convenzionalmente conforme del giudice e sul vincolo del diritto consolidato.	121
4. L’incidenza dei pareri resi dalla Corte EDU a mente del Protocollo n. 16 (cenni).	125
5. Le sentenze nn. 120 e 194 del 2018: la Carta Sociale Europea come parametro costituzionale interposto (cenni)	126

II.

L'INTERVENTO DEI TERZI DI FRONTE ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA RECENTE “APERTURA” DEL PROCESSO COSTITUZIONALE

di *Giulia Battaglia*

1. Le origini dell’istituto convenzionale.	129
2. La disciplina attuale	131

2.1.	Il diritto a intervenire dello Stato di cui è cittadino il ricorrente (art. 36, par. 1) e del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa (art. 36, par. 3)	131
2.2.	L'intervento di terzi su invito o dietro autorizzazione del Presidente della Camera « <i>in the interest of the proper administration of justice</i> » (art. 36, par. 2)	132
2.2.1.	Gli Stati.	132
2.2.2.	Gli <i>amici curiae</i>	133
2.2.3.	I terzi <i>stricto sensu</i> intesi	135
3.	Le regole processuali dell'intervento	135
3.1.	La partecipazione "amicale" nella fase di esecuzione delle sentenze.	137
4.	L'apertura della Corte costituzionale alla "società civile": spunti per un confronto.	138

III.

LEGGI INTERPRETATIVE E APPLICAZIONE RETROATTIVA

di *Chiara Buffon*

1.	Natura ed effetti delle leggi interpretative: proporzioni	143
2.	La Corte di Strasburgo sugli effetti retroattivi della legge.	146
2.1.	Reazioni legislative a mutamenti della giurisprudenza: il caso <i>Vegotex International S.A. c. Belgio</i>	151
2.2.	Aspetto civile e contenziosi seriali italiani	154
2.3.	Vicenda <i>Scoppola c. Italia</i> e casi confinanti	156
3.	Specifiche per la materia fiscale.	159

III.

IL GIUDICE NAZIONALE COME PRIMO GARANTE DEI DIRITTI CONVENZIONALI

I.

**OBBLIGHI E POSSIBILITÀ PER IL GIUDICE NAZIONALE:
L'INTERPRETAZIONE CONFORME ALLA CEDU**

di *Piero Gaeta*

1.	Interpretazione costituzionalmente conforme: cenni essenziali	167
2.	(<i>Segue</i>) quando è assolto dal giudice comune l'obbligo di interpretazione conforme?	170
3.	Interpretazione 'convenzionalmente' conforme: caratteri e differenze	172
4.	Di alcuni dubbi e su alcuni rischi. Conclusioni.	178

II.

**IL "DIRITTO CONSOLIDATO" E LA "SENTENZA PILOTA":
QUALI CONSEGUENZE PER IL DIRITTO INTERNO E QUALI OBBLIGHI
PER IL GIUDICE NAZIONALE**

di *Daniela Cardamone*

1.	Interpretazione conforme e "diritto vivente" europeo, dalle "sentenze gemelle" alla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015.	183
----	---	-----

2.	La “sentenza pilota”	184
3.	Applicazione delle sentenze della Corte EDU ai casi simili in via interpretativa: difficoltà di individuare il precedente di “portata generale”	185
4.	Non utilità del criterio della formazione giudiziaria che ha emesso la sentenza della Corte EDU al fine di individuare la “giurisprudenza consolidata”	187
5.	Considerazioni conclusive	189

III.

I RIMEDI INTERNI

di *Davide Giovanni Pintus*

1.	Introduzione.	191
2.	La nozione di rimedio interno per la Corte EDU	192
3.	L’ammissibilità di un ricorso diretto alla Corte EDU	204

IV.

IL PROCESSO DINANZI ALLA CORTE DI STRASBURGO

di *Giulia Battaglia*

1.	Introduzione: le vie di accesso alla Corte di Strasburgo	209
2.	L’accesso alla Corte di Strasburgo da parte dei singoli	210
	2.1. I soggetti legittimati ad adire la Corte	210
	2.2. La nozione di vittima.	212
3.	Cenni sulla ricevibilità del ricorso	214
	3.1. Le condizioni di ricevibilità poste dall’art. 35 CEDU	214
	3.2. I motivi di irricevibilità connessi alla competenza della Corte	216
4.	L’introduzione del ricorso individuale e le formalità previste dall’art. 47 del Reg..	217
5.	La procedura	219
	5.1. Le differenti formazioni giudiziarie della Corte per l’esame dei ricorsi individuali	219
	5.1.1. Le principali tappe della procedura: dall’esame sulla ricevibilità del ricorso individuale	222
	5.1.2. ... alla comunicazione del ricorso al governo con la conseguente instaurazione del contraddittorio	223
	5.2. Cenni alla procedura seguita dal ricorso interstatale	225
	5.3. I poteri istruttori della Corte	225
	5.4. Le misure <i>ad interim</i>	226
	5.5. Il regolamento amichevole e la dichiarazione unilaterale	228
6.	Le decisioni e le sentenze.	229
7.	La Grande Camera	231

V.

L’ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO NELLA DUPLICE PROSPETTIVA, NAZIONALE ED EUROPEA

di *Maria Aversano*

1.	Premessa	235
----	--------------------	-----

2.	Il processo di esecuzione nella prospettiva nazionale	236
2.1.	L'inizio della fase esecutiva	236
2.2.	L'adempimento agli obblighi conformativi: contenuti e destinatari	237
3.	Il processo di esecuzione nella prospettiva del Consiglio d'Europa	250
4.	Conclusioni e linee di azione	253

VI.

GLI EFFETTI DELLE DECISIONI DELLA CORTE EDU SUL GIUDICATO PENALE

di *Daniela Cardamone*

1.	L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU quale obbligo internazionale	259
2.	L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU mediante la riapertura del processo.	260
3.	Gli strumenti processuali per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU: principio di sussidiarietà e adempimento di un'obbligazione di risultato	262
4.	Estensione degli effetti delle sentenze della Corte EDU a soggetti diversi dai ricorrenti vittoriosi	265
5.	Il nuovo rimedio per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo	269

VII.

IL PERIMETRO DELLA MATERIA PENALE

di *Francesco Mazzacuva*

1.	Rilievi introduttivi	271
2.	L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo	272
3.	La conseguente ridefinizione dell'ambito operativo delle garanzie penalistiche previste dalla Costituzione.	277
4.	Il problema dell'analisi delle funzioni: l'esempio della confisca (rinvio)	282

VIII.

**L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU IN AMBITO CIVILE
E LA NUOVA IPOTESI DI REVOCAZIONE "EUROPEA", ART. 391-QUATER C.P.C.**

di *Roberto Giovanni Conti*

1.	Premesse.	285
2.	Il prima dell'art. 391- <i>quater</i> c.p.c. Corte cost. n. 123/2017	289
2.1.	Pregi e difetti di Corte cost. n. 123/2017	291
2.2.	Il pianeta famiglia e la riapertura dei procedimenti	295
3.	L'art. 1, comma 10 lett. <i>a</i>) della legge delega n. 206/2021 alla riforma del processo civile	297
4.	L'interprete di fronte all'art. 391- <i>quater</i> c.p.c. ed alle disposizioni attuative della legge delega	298
5.	L'art. 391- <i>quater</i> c.p.c. si applica ai giudizi tributari?	300
6.	Su alcuni nodi problematici posti dall'art. 391- <i>quater</i> c.p.c. Le decisioni passate in giudicato. Qual è il confine dell'art. 391- <i>quater</i> c.p.c.?	302
6.1.	Il diritto di stato delle persone come elemento indefettibile per la revocazione europea	303

6.2.	L'inidoneità del riconoscimento dell'equa indennità accordata dalla Corte a compensare le conseguenze della violazione	306
6.3.	La legittimazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione in materia di revocazione con uno sguardo fugace alla revisione penale . . .	309
6.4.	I terzi di buona fede prima e dopo l'art. 391- <i>quater</i> c.p.c.	312
6.5.	Le sentenze di condanna dell'Italia dopo l'entrata in vigore dell'art. 391- <i>quater</i> c.p.c. Quale regime transitorio?	314
6.6.	La decisione del giudizio di revocazione.	317
7.	Terzi e parte civile nel processo penale rispetto al processo inconvenzionale accertato dalla Corte EDU? Quale regime (e tutela)?	319
8.	Al fondo della nuova ipotesi di revocazione introdotta dall'art. 391- <i>quater</i> c.p.c. Un nuovo orizzonte su <i>verità</i> processuale e certezza del diritto	323

IX.

LA RICERCA DEI PRECEDENTI DELLA CORTE EDU

di *Francesco Perrone*

1.	L'archivio HUDOC	327
2.	HUDOC: la maschera di ricerca avanzata.	328
3.	HUDOC: la maschera di affinamento della ricerca.	331
4.	HUDOC: le informazioni disponibili su un caso determinato. Percorsi pratici di ricerca.	337
5.	HUDOC: ricerca delle Risoluzioni interinali e finali relative all'esecuzione delle pronunce della Corte EDU.	343
6.	ECHR-KS.	345
7.	<i>Italggiureweb</i>	345
8.	Osservatorio delle sentenze della Corte EDU della Camera dei deputati.	348
9.	Il sistema IATE.	348

Sezione II

IL DIRITTO E IL PROCESSO CIVILE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

I.

IL GIUSTO PROCESSO CIVILE

I.

IL DIRITTO ALLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO (COGNIZIONE ED ESECUZIONE)

di *Emilio Bufano*

1.	Il raggio applicativo dell'art. 6, par. 1, CEDU	355
2.	Il carattere (relativamente) casistico del sindacato	360
3.	La durata del giudizio: l'inizio del processo.	363

4.	La fine del processo: l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale tra accesso a un giudice e ragionevole durata.	367
5.	I criteri di valutazione della ragionevolezza	371
5.1.	La complessità del caso	372
5.2.	Il comportamento delle autorità coinvolte.	373
5.3.	Il comportamento delle parti	375
5.4.	La posta in gioco (cd. <i>enjeu</i>)	377
6.	La combinazione tra art. 6 e art. 13 CEDU: i rimedi interni	379

II.

I RIMEDI PREVENTIVI DELL'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

di *Emilio Bufano*

1.	Il diritto-onere di esperire rimedi acceleratori dopo la legge n. 208 del 2015	383
2.	Una rassegna dei rimedi preventivi e la sequenza di sindacati di legittimità costituzionale	385
3.	I rimedi acceleratori nel processo civile	388
4.	La nuova istanza di prelievo nel processo amministrativo.	392
5.	L'istanza di prelievo dal 2008 al 2015	395
6.	L'effettività dei rimedi preventivi nella sentenza <i>Olivieri c. Italia</i>	396
7.	La Corte costituzionale a valle della Corte EDU	398

III.

LA LEGGE PINTO: IL RIMEDIO RIPARATORIO

di *Emilio Bufano*

1.	Genesi storica della l. n. 89 del 2001	401
2.	Il rapporto tra il rimedio domestico e il modello europeo	403
2.1.	La funzione originaria del meccanismo riparatorio interno	403
2.2.	La natura autonoma o derivata del rimedio interno	404
2.3.	La tesi dell'applicabilità diretta della CEDU e la sua critica	406
2.4.	La (parziale) normatività <i>per relationem</i> del rimedio Pinto, il margine di apprezzamento e il limite dell'effettività	408
3.	L'irragionevole durata del giudizio	412
4.	Il diritto all'equa riparazione e la sua qualificazione	413
4.1.	L'ipotesi dell'obbligazione risarcitoria da fatto illecito.	413
4.2.	Le tesi dell'obbligazione <i>ex lege</i> o della responsabilità contrattuale dello Stato	417
4.3.	Critiche all'ipotesi indennitaria e profili di specialità risarcitoria	420
5.	L'ambito soggettivo della tutela.	423
6.	L'accesso al rimedio Pinto in pendenza del giudizio.	425
7.	Il danno risarcibile e il regime probatorio.	429
7.1.	Nozioni preliminari.	429
7.2.	Il danno patrimoniale	430
7.3.	Il danno non patrimoniale.	432
7.4.	Il pregiudizio patito dall'ente	435
7.5.	Il contegno processuale della parte.	437
7.5.1.	Il sistema delle presunzioni legali e le questioni inter-temporali	437

7.5.2.	Abuso, concorso nel ritardo e consapevole inconsistenza della pretesa (o difesa)	440
7.5.3.	Le presunzioni (relative) di insussistenza del danno	442
7.6.	La quantificazione dell'equa riparazione.	444
7.6.1.	Considerazioni preliminari sulla legge applicabile nella liquidazione	444
7.6.2.	I ricorsi pre-2012	446
7.6.3.	La disciplina post-2012 e post-2016	447
8.	La decadenza dal diritto.	449
9.	Il danno da ritardo nel pagamento dell'indennizzo.	450

II.

IL DIRITTO ALLA VITA

I.

IL DIRITTO ALLA VITA E ALLA SALUTE

di *Giulio Donzelli*

1.	Premessa	455
2.	L'art. 2 CEDU e il relativo ambito di applicazione	456
3.	Protezione della vita e della salute: l'integrità psicofisica della persona	460
4.	Suicidi e atti di autolesionismo	464
5.	Strutture sanitarie.	465
6.	Eutanasia e interruzione delle cure di sostegno vitale	467
7.	Trattamenti sanitari obbligatori: il caso dell'obbligo vaccinale	469
8.	Carceri	473
9.	Incidenti relativi alla circolazione stradale e al settore edilizio	474
10.	Divieto di privare intenzionalmente della vita: la pena di morte	476
11.	Uso letale della forza da parte di agenti dello Stato e relative eccezioni.	478
12.	Obblighi procedurali.	482

II.

LA TUTELA DELL'AMBIENTE

di *Giulia Puleio*

1.	Introduzione.	487
2.	Ambiente e diritto alla vita	489
3.	Ambiente e divieto di tortura	494
4.	Ambiente e diritto alla vita privata e familiare	495
5.	Ambiente e libertà di espressione, di riunione e di associazione	502
6.	Ambiente e tutela della proprietà.	505
7.	Cambiamento climatico e diritti dell'uomo	507

III.

DIVIETO DI TORTURA E DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI

I.

INQUADRAMENTO GENERALE E RINVIO

di *Davide Giovanni Pintus*

1. Introduzione. 515

IV.

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

I.

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

di *Giuseppe Versaci*

1. Il materiale interpretativo dell'art. 14, CEDU: lettera, sistema, evoluzione sociale e comparazione 521
2. Il giudizio di discriminazione elaborato dalla Corte di Strasburgo. Un confronto con il giudizio di eguaglianza di cui all'art. 3, Cost. 523
3. L'accessorietà dell'art. 14, CEDU, la mancata ratifica del Protocollo n. 12, CEDU e l'autonomia "confinata" dell'art. 21, CDFUE. 531
4. L'individuazione di fattori di rischio non testuali 534
5. L'efficacia orizzontale. L'integrazione giudiziale di una lacuna normativa in chiave antidiscriminatoria 535

V.

IL DIRITTO ALLA VITA PRIVATA E FAMILIARE

I.

IL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E VITA FAMILIARE

di *Guido Alpa*

1. Introduzione. 541
2. Nozione di vita privata e familiare 547
3. La tutela della vita privata. Riservatezza, privacy, dati personali 548
4. Riservatezza e informazione 551
5. Sorveglianza 551
6. Diritto all'immagine 553
7. Aspetto fisico 553
8. Libertà di espressione, diritto all'informazione, libertà di stampa 555
9. Parodia e satira 556
10. Identità genetica e diritto di conoscere le proprie origini 557

11. Identità e nome	559
12. Nome della moglie	561
13. Cognome dei coniugi.	561
14. Identità etnica	562
15. Identità e cittadinanza	563
16. La vita familiare.	565
16.1. La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte EDU	565
16.2. Famiglia, vita familiare e vita privata.	569
16.3. Vita familiare e congiunti	571
16.4. Coppie omosessuali.	571
16.5. Adozione.	572
16.6. Il diritto di sposarsi e fondare una famiglia (art. 12).	573
16.7. Famiglia e diritti della personalità nella giurisprudenza della Corte di cassazione orientata dalla Corte EDU	575
17. Vita privata e familiare e discriminazioni. L'orientamento sessuale	587
17.1. Intersezioni	587
17.2. La "natura" e le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale.	589
17.3. La qualificazione del "diverso". Medicina e psicologia	590
17.4. Il percorso di legittimazione della diversità	591
17.5. L'identità del diverso.	593
17.6. Discriminazione diretta e indiretta	595
17.7. Il ruolo delle Corti europee	596
17.8. La discriminazione dell'omosessuale considerato come individuo	597
17.9. La configurazione giuridica del gender e i problemi del transessualismo	597

II.

DOMICILIO E CORRISPONDENZA

di *Francesco Perrone*

1. Corrispondenza: ambito d'applicazione	603
2. Gli obblighi negativi	606
3. Gli obblighi positivi	607
4. Il domicilio	609
5. Domicilio e protezione dell'ambiente	613

III.

LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

di *Francesco Perrone*

1. Collocazione sistematica e natura del diritto alla protezione dei dati personali.	617
2. Il diritto alla <i>privacy</i> come diritto relativo e bilanciabile.	620
3. L'operatività della logica convenzionale del diritto alla <i>privacy</i>	622
4. La <i>three steps</i> rule nel diritto alla <i>privacy</i>	624
5. La linea di confine tra necessità e proporzionalità dell'interferenza nel godimento del diritto alla <i>privacy</i>	628
6. L'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico nelle indagini penali.	630

IV.

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E GESTAZIONE PER ALTRI

di *Carmelo Sgroi*

1. Premessa. La procreazione medicalmente assistita (PMA) e la gestazione per altri (GPA). Nozioni e disciplina. Il contesto legislativo: interno, sovranazionale e internazionale (sintesi). 635
2. L'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU con riguardo a PMA e GPA. Vita privata e vita familiare, tra obbligazioni positive e negative. La classificazione concreta della nozione di "vita familiare". Il margine di apprezzamento degli Stati. L'intreccio con il divieto di discriminazioni *ex art.* 14 CEDU. 640
3. L'accesso alle tecniche riproduttive. Il diritto di divenire genitori in senso genetico. Le coppie omosessuali. Limiti alla genitorialità attraverso tecniche di procreazione assistita. 644
4. La gestazione per altri nella giurisprudenza della Corte EDU. Il principio del *best interest of the child* tra identità biologica e identità sociale. La correlativa restrizione del margine di apprezzamento. I diritti dei minori nati da GPA. Le declinazioni del principio. Il parere consultivo della Corte EDU del 10 aprile 2019. 646
5. Continuità nell'indirizzo della Corte EDU. I riflessi sul versante interno, nel dialogo tra le Corti. Le prospettive nell'interpretazione di legittimità (cenni e rinvio). 651

V.

DIRITTI DEL MINORE E PRINCIPIO DEL *BEST INTEREST OF THE CHILD*

di *Giulia Battaglia*

1. Introduzione. 659
2. Il rilievo delle carte internazionali e il principio del *best interest of the child*. . . 661
3. I diritti del minore nell'ambito dell'art. 8 CEDU. 662
 - 3.1. L'identità familiare del minore: accertamento della paternità e della maternità, nuove modalità di costituzione della filiazione. 664
 - 3.2. La cura e gli interessi del minore nei contesti di crisi o disfunzionalità della famiglia. 668

VI.

**IMMIGRAZIONE, DIRITTO D'ASILO, *NON REFOULEMENT*,
RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE**

di *Cristina Correale*

1. Collocazione sistematica e natura del diritto di asilo. 677
2. Articolo 8 della Convenzione — Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 678
 - 2.1. Il concetto di vita privata e l'incidenza su apolidia, cittadinanza e residenza. 680
 - 2.2. Il concetto di vita familiare 682
 - 2.2.1. Il concetto di vita familiare e l'incidenza su immigrazione, espulsione, ricongiungimento familiare 683

3.	<i>Best interest of the child</i> , accertamento dell'età, trattenimento ed espulsione dei minori	687
4.	Articolo 3 della Convenzione. Il principio di <i>non refoulement</i>	691
4.1.	Torture e pene o trattamenti inumani o degradanti	691
4.2.	Articolo 3 della Convenzione e trattenimento.	695
4.3.	Il principio di <i>non refoulement</i> e la sua applicazione in materia di protezione internazionale ed immigrazione	697
4.4.	Principio di <i>non refoulement</i> e procedure di rimpatrio	700
4.5.	<i>Non refoulement</i> ed estradizione	703

VI.

LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA E DI RELIGIONE

I.

LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA E DI RELIGIONE

di *Carmelo Sgroi*

1.	La libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Definizioni. Ambito e oggetto della tutela.	711
2.	Dimensione interna e manifestazioni esterne. Limitazioni alle (sole) libertà di manifestazione. Presupposti e condizioni delle ingerenze legittime	716
3.	L'obiezione di coscienza. Presupposti e casistica (l'obiezione al servizio militare, all'interruzione di gravidanza, al giuramento). Il rifiuto dei trattamenti sanitari	722
4.	Pratiche e riti e relative limitazioni	727
5.	Manifestazioni, simboli e segni religiosi. Sfera privata e sfera pubblica. Abiti e altri simboli identitari (il "velo islamico"): casistica	729
6.	Simboli religiosi negli edifici pubblici. Il Crocifisso	733
7.	Libertà di insegnamento e di istruzione. Predicazione e proselitismo.	734
8.	La dimensione collettiva e organizzativa del fenomeno religioso. Le relazioni tra Stati e Chiese.	737
9.	Altre applicazioni in tema di libertà di pensiero e di fede. Conflitti tra diritti. L'immigrazione.	741

II.

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

di *Giuseppe De Marzo*

1.	Introduzione.	743
2.	I criteri di valutazione della legittimità dell'interferenza dei pubblici poteri	744
2.1.	Il fondamento legale	745
2.2.	La legittimità dell'interesse perseguito	746
2.3.	La necessità dell'interferenza in una società democratica	747
3.	La protezione della reputazione e i criteri del bilanciamento	748
4.	Gli <i>bate speech</i>	752

VII.

LA PROTEZIONE DELLE PROPRIETÀ

I.

ARTICOLO 1 PROTOCOLLO N. 1 – AMBITO DI APPLICAZIONE

di *Alessandro Dinisi*

1.	Diritto al rispetto dei beni: genesi e struttura della disposizione	755
2.	Nozione di bene	757
3.	Aspettativa legittima	759
3.1.	Affidamento su situazioni <i>contra legem</i>	761
3.2.	Beni e interessi esclusi dalla nozione	764
4.	Obblighi positivi ed efficacia orizzontale	767

II.

ARTICOLO 1 PROTOCOLLO N. 1 – IL CONTROLLO SUL RISPETTO DEI BENI

di *Alessandro Dinisi*

1.	Struttura del giudizio.	771
2.	Qualificazione dell'interferenza	772
2.1.	Privazione della proprietà	773
2.2.	Disciplina dell'uso dei beni	776
2.3.	Altre interferenze	778
3.	Requisiti sostanziali.	779
3.1.	Legalità.	780
3.2.	Scopo legittimo	783
3.3.	Giusto equilibrio	784

III.

ARTICOLO 1 PROTOCOLLO N. 1 - CASISTICA RILEVANTE

di *Alessandro Dinisi*

1.	Vicende espropriative	791
1.1.	L'espropriazione indiretta	791
1.2.	Il giusto indennizzo.	796
1.3.	(<i>Segue</i>) altri requisiti sull'indennità di esproprio	800
2.	Conformazione della proprietà	802
2.1.	Confische	805
3.	Tutela del credito ed esecuzione delle sentenze	810
3.1.	Rapporti verticali	811
3.2.	Rapporti orizzontali	814
4.	Comportamenti della P.A. e affidamento del cittadino	816

Sezione III
**IL DIRITTO E IL PROCESSO PENALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
 EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

I.

IL GIUSTO PROCESSO PENALE

I.

LA PUBBLICITÀ DELLE UDIENZE

di *Chiara Buffon*

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | Udienza pubblica quale prerogativa della collettività e diritto individuale | 829 |
| 2. | Ordinamenti a confronto: tenuta del modello camerale | 833 |
| 3. | Materie escluse e prospettive di inclusione | 836 |

II.

GIUDIZIO IN ASSENZA DELL'IMPUTATO

di *Chiara Buffon*

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | Presenza e condizioni per una legittima assenza | 841 |
| 2. | Presunzioni di consapevolezza al vaglio dei giudici europei | 844 |
| 3. | Nuove categorie processuali, ma ancora presunzioni | 847 |

III.

**LA PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE IN MATERIA PENALE
 IN PRESENZA DI CONFLITTI DI GIURISPRUDENZA (*CONTRADA C. ITALIA*)**

di *Daniela Cardamone*

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | La ragionevole prevedibilità nell'ambito dei conflitti sincronici di giurisprudenza. | 851 |
| 2. | La sentenza <i>Contrada c. Italia</i> : « sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore »
vs. « continuità con la giurisprudenza precedente » | 855 |
| 3. | La “prevedibilità” della qualificazione giuridica del fatto e della pena
conseguente | 858 |
| 4. | Prevedibilità e principio di colpevolezza. | 858 |
| 5. | Conclusioni e prospettive | 861 |

IV.

**LA TUTELA DELLA VITTIMA DI VIOLENZA DI GENERE
 NELLA GIURISPRUDENZA CEDU**

di *Antonietta Picardi*

- | | | |
|----|---------------------------------|-----|
| 1. | Premesse | 863 |
| 2. | Il concetto di vittima. | 865 |

3.	(<i>Segue</i>) differenze con violenza fondata sul genere (libertà, autodeterminazione ed evoluzione dei diritti)	867
4.	La CEDU e i diritti fondamentali (attuazione delle direttive e convenzione nel diritto interno)	870
5.	Giurisprudenza e fattispecie specifiche: un percorso di lettura per una migliore applicazione della CEDU nel diritto interno	871
6.	Riflessioni conclusive	899

V.

**IL CONTRADDITTORIO SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA
DEL FATTO (*DRASSICH C. ITALIA*, NN. 1 E 2)**

di Antonietta Picardi

1.	Premessa: il principio del contraddittorio quale corollario del diritto di difesa e dell'equo processo	901
2.	La riqualificazione giuridica del fatto e il mutamento dell'addebito: <i>Drassich c. Italia</i> dell'11 dicembre 2007.	903
2.1.	(<i>Segue</i>) sviluppi del processo dopo il caso <i>Drassich 1</i> e la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011	906
3.	La sentenza della Corte di cassazione del 15 maggio 2013 n. 37413 e 'ancora' il caso <i>Drassich</i> (Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 febbraio 2018; <i>Causa Drassich c. Italia</i>).	909
4.	Conclusioni	912

VI.

**IL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA E IL RIESAME
DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO**

di Chiara Buffon

1.	Questioni di immediatezza, tra oralità, pubblicità e prova testimoniale	915
1.1.	La mancata audizione di un testimone.	916
1.2.	Il mutamento del giudice	919
1.3.	L'annullamento dell'assoluzione senza riesame delle prove	920
2.	La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale: metrica italiana	922
3.	Nuove frontiere per la rinnovazione: rito abbreviato, esame dell'imputato, giudizio di rinvio e prova scientifica	924

VII.

**L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE QUALE GARANZIA DI EQUITÀ
DEL PROCESSO (*FELLONI C. ITALIA*)**

di Antonietta Picardi

1.	Premessa.	927
1.1.	(<i>Segue</i>) storia del procedimento.	929
2.	La decisione <i>Felloni c. Italia</i>	931
3.	Motivazione della CEDU in merito alla denunciata violazione dell'art. 7 (cenni).	933

4.	L'obbligo di motivazione in Italia	934
4.1.	... e nella CEDU	936
5.	Conclusioni	937

II.

DIRITTI FONDAMENTALI NELLA FASE DELLE INDAGINI

I.

I COMPORTAMENTI DELLE FORZE DELL'ORDINE CONTRARI AL DIVIETO DI TORTURA O DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI

di *Massimo Di Benedetto*

1.	Introduzione	943
2.	Particolare delicatezza e rilievo della protezione garantita dall'Articolo 3. Elemento materiale ed elemento procedurale di tale disposizione	945
3.	L'aspetto materiale dell'Articolo 3	946
4.	L'aspetto procedurale dell'Articolo 3. Lo statuto dell'indagine effettiva.	951

II.

IL DIRITTO AL RISPETTO DEL DOMICILIO IN CASO DI PERQUISIZIONI (BRAZZI C. ITALIA)

di *Daniela Cardamone*

1.	Il diritto al rispetto del domicilio nella giurisprudenza della CEDU.	955
2.	L'assenza di un controllo giurisdizionale <i>ex ante</i> della perquisizione domiciliare e la possibilità di controbilanciare tale mancanza con garanzie procedurali nella fase di esecuzione della perquisizione	956
3.	La mancanza di un rimedio <i>ex post</i>	958
4.	Gli effetti della pronuncia. Analisi dei possibili rimedi effettivi e nuovo rimedio introdotto dal legislatore nazionale.	960

III.

IL DIRITTO AD UN RICORSO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO NEI CONFRONTI DELLE MISURE PRIVATIVE DELLA LIBERTÀ (RIZZOTTO C. ITALIA)

di *Daniela Cardamone*

1.	Principi generali della giurisprudenza della Corte EDU sul diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo in tema di libertà personale.	963
2.	Il caso <i>Rizzotto c. Italia</i> (n. 2): motivi di ricorso e decisione della Corte EDU.	965
3.	Il principio di unicità del diritto all'impugnazione in materia cautelare e il suo superamento.	966
4.	Il sistema interno dei rimedi <i>de libertate</i> alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	970

IV.

**DIRITTO DELLA PERSONA OFFESA ALLA RAGIONEVOLE
DURATA DEL PROCESSO PENALE**

di *Chiara Buffon*

- | | |
|---|-----|
| 1. Equità della “controversia di carattere civile” nel procedimento penale. | 973 |
| 2. Decorrenza dei diritti civili e “formalità” italiane. | 977 |
| 3. Ripercussioni interne, contrasti ed effetti collaterali | 980 |

III.

I DIRITTI DEI DETENUTI

I.

IL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

di *Carmelo Sgroi*

- | | |
|--|------|
| 1. Il divieto di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti nella CEDU, nella Carta dei diritti dell’Unione e nelle fonti di diritto internazionale. Le nozioni (autonome) di “tortura”, “trattamento inumano” e “trattamento degradante”. Il carattere assoluto del divieto. Obblighi negativi e obblighi positivi dello Stato. Principi generali. | 985 |
| 2. Il contesto carcerario nel quadro dell’art. 3 CEDU. L’inevitabile afflittività della detenzione e i suoi limiti. Il problema del sovraffollamento e lo “spazio vitale”. Le regole di <i>soft law</i> | 992 |
| 3. L’attenzione della Corte EDU sulla situazione relativa all’Italia. L’emersione del problema del sovraffollamento. La sentenza <i>Sulejmanovic c/Italia</i> del 2009. | 996 |
| 4. Il sovraffollamento come fenomeno strutturale-sistemico e la sentenza “pilota” <i>Torreggiani c/Italia</i> del 2012. | 998 |
| 5. Il seguito interno della sentenza-pilota. Il quadro delle misure legislative del 2013-2014 per la riduzione del sovraffollamento. In particolare: rimedi preventivi e rimedi compensativi; gli artt. 35- <i>bis</i> e 35- <i>ter</i> dell’Ordinamento penitenziario | 1001 |
| 6. La (positiva) valutazione dei rimedi da parte della Corte EDU: le pronunce di irricevibilità <i>Stella e Rexhepi c/Italia</i> del 2014. La sorte dei ricorsi precedenti: necessità di esaurire i rimedi interni, anche se sopravvenuti | 1003 |
| 7. Il punto di arrivo: la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, <i>Mursič c/Croazia</i> del 2016. La riconsiderazione dei criteri di accertamento del trattamento inumano e degradante, tra presunzioni di violazione dell’art. 3 CEDU e rilievo di fattori “compensativi”. Gli ergastolani e gli internati | 1007 |

II.

ERGASTOLO OSTATIVO E TUTELA DELLA DIGNITÀ UMANA

di *Francesco Mazzacava*

- | | |
|--|------|
| 1. Rilievi introduttivi | 1015 |
| 2. L’evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo: la svolta nella sentenza <i>Vinter</i> | 1016 |

3.	L'applicazione dei principi affermati nella sentenza <i>Vinter</i> nella giurisprudenza successiva	1020
4.	L'ergastolo ostativo di fronte alla Corte europea, le ricadute nella giurisprudenza costituzionale e la recente riforma	1024

III.

IL REGIME DETENTIVO DIFFERENZIATO

di *Chiara Buffon*

1.	Ragioni di sicurezza <i>interna</i> ed <i>esterna</i> al carcere dietro l'utilizzo di regimi detentivi differenziati.	1031
2.	Configurabilità di trattamenti inumani o degradanti contrari all'art. 3 della Convenzione.	1033
2.1.	Rilevanza dello stato di salute del ricorrente	1035
3.	Condizioni di legittimità del regime quale ingerenza nell'esercizio di altri diritti dell'uomo	1038

IV.

LE RESIDENZE PER L'ESECUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA (REMS)

di *Massimo Di Benedetto*

1.	Introduzione.	1041
2.	Profili di criticità dal punto di vista della compatibilità convenzionale	1042
3.	La possibile violazione dell'art. 3 della Convenzione.	1043
4.	La possibile violazione dell'art. 5 § 1 della Convenzione	1048
5.	La possibile violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione	1050
6.	Il monito della Corte costituzionale al legislatore: "una legge per superare le criticità"). La sentenza 27 gennaio 2022, n. 22	1050

IV.

LA GIURISPRUDENZA CEDU E LA NOZIONE AUTONOMA DI "MATERIA PENALE"

I.

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE E LIBERTÀ DI MOVIMENTO

di *Giuseppe Riccardi*

1.	Misure di prevenzione e « materia penale » nella giurisprudenza europea	1057
2.	Le misure di prevenzione personale e la libertà di circolazione	1060
2.1.	La sentenza della Grande Camera, <i>De Tommaso c. Italia</i> , del 2017: il deficit di legalità convenzionale.	1060
3.	Gli effetti interpretativi ed applicativi della sentenza <i>De Tommaso</i>	1064
3.1.	La genericità del 'contenuto' delle prescrizioni e l'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011	1064
3.1.1.	Le Sezioni Unite ' <i>Paternò</i> ' e l'interpretazione 'tassativizzante' del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione	1064

3.1.2.	La Corte costituzionale n. 25 del 2019 e l'illegittimità costituzionale del delitto di violazione delle prescrizioni 'generiche'	1065
3.2.	La genericità delle categorie di destinatari delle misure di prevenzione personali e la sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale.	1067
4.	Le misure di prevenzione personale tra tutela convenzionale e tutela costituzionale	1070

II.

LE CONFISCHE

di *Giuseppe Riccardi*

1.	La nozione autonoma di « materia penale » e le confische	1071
2.	La confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano	1072
3.	La confisca urbanistica nel dialogo tra le Corti	1074
3.1.	Il caso <i>Sud Fondi c. Italia</i> : la natura penale della confisca urbanistica e la necessità di un "legame di natura intellettuale".	1074
3.2.	Il caso <i>Varvara c. Italia</i> e la necessità di una condanna in senso formale	1076
3.3.	La Corte Costituzionale n. 49 del 2015: la condanna in senso sostanziale ed il "predominio assiologico della Costituzione"	1078
3.4.	La sentenza <i>G.I.E.M. e altri c. Italia</i> della Grande Camera: la confisca senza condanna e la proporzionalità della misura	1079
3.5.	La confisca senza condanna e il nuovo art. 578-bis cod. proc. pen.	1082

III.

NE BIS IN IDEM E CONTROVERSA NATURA DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE NEL DIALOGO TRA LE CORTI

di *Massimo Di Benedetto*

1.	Introduzione.	1083
2.	Della natura sostanziale o procedurale della garanzia.	1084
3.	Il presupposto, per l'operatività della garanzia, della medesimezza "del reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato".	1084
4.	Sul concetto di reato.	1085
5.	Il requisito della previa sentenza definitiva sulla prima imputazione.	1086

IV.

LA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA

di *Massimo Di Benedetto*

1.	Introduzione.	1089
2.	L'aspetto strettamente procedurale della garanzia sancita dall'art. 6 § 2	1090
3.	Il <i>second aspect</i> di cui all'art. 6 § 2; il profilo <i>lato sensu</i> reputazionale del principio di presunzione di innocenza.	1091

4.	L'approccio casistico della giurisprudenza convenzionale sul principio di presunzione di innocenza e l'importanza del linguaggio ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno di talune violazioni. Il caso del giudizio civile per il risarcimento dei danni intentato nei confronti dell'autore di un fatto illecito dopo che il danneggiante, in sede penale, è stato già prosciolto per quello stesso fatto. . .	1094
5.	(<i>Segue</i>) altre applicazioni del versante reputazione del principio di presunzione d'innocenza	1097
6.	(<i>Segue</i>) brevi cenni sulla Riforma Cartabia	1099

PARTE I
LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO
PRINCIPI E ORIENTAMENTI

Sezione I
LA CONVENZIONE, LA CORTE EDU
E IL GIUDICE NAZIONALE

I.
PRINCIPI FONDAMENTALI

I.

PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

di *Guido Raimondi* (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La nozione di sussidiarietà. — 3. La sussidiarietà in termini convenzionali. — 4. Il concetto “classico” di sussidiarietà. — 5. La sussidiarietà come *self restraint* della Corte europea. — 6. La sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte europea. Il “margine di apprezzamento”.

1. Premessa

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo si colloca nell'ambito del Consiglio d'Europa, l'organizzazione “paneuropea” creata nel 1949.

Lo Statuto del Consiglio d'Europa è impregnato della volontà di difendere e di promuovere la libertà e la democrazia. Secondo il preambolo dello Statuto, gli Stati firmatari sono “... indissolubilmente legati ai valori morali e spirituali che costituiscono il patrimonio comune dei loro popoli e che sono all'origine dei principi di libertà individuale, di libertà politica e di primato del diritto sui quali si fonda ogni vera democrazia.”

Fin dalle origini questo progetto politico tende a stabilire un approccio comune al tipo di società che gli Stati membri desiderano creare, rafforzare e difendere, una società basata sui valori della democrazia, dello Stato di diritto e della difesa dei diritti umani.

In modo abbastanza esplicito l'organizzazione intendeva contrapporsi al blocco comunista; quindi, esso è in certo senso un prodotto della “guerra fredda”. Evidentemente oggi la situazione è completamente mutata.

Il Consiglio d'Europa è passato da dieci Stati fondatori a quarantasei Stati membri, via via che un numero crescente di Paesi abbracciavano i principi ed i valori dell'organizzazione e s'impegnavano a perseguire lo sviluppo di queste idee in seno alle loro rispettive società. In effetti gli Stati membri erano quarantasette fino al 26 marzo 2022, data alla quale è stata

(*) Presidente di Sezione presso la Corte di cassazione.

decisa l'esclusione dall'organizzazione della Federazione russa, in seguito all'invasione dell'Ucraina.

Questo processo di allargamento, non sorprendentemente, ha conosciuto una netta accelerazione dopo il 1989, vale a dire a partire dall'epoca della caduta dei regimi comunisti sul nostro continente.

Al cuore del meccanismo del Consiglio d'Europa figura la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in seguito: «CEDU»), che protegge ogni persona che si trova sul territorio europeo, anzi, per meglio dire, ogni persona sottoposta alla giurisdizione di uno degli Stati parti di questo strumento. In base alla CEDU ciascuna di queste persone, se ritiene di aver subito una violazione di uno dei diritti convenzionalmente tutelati, ha la possibilità, una volta esauriti i ricorsi interni, di presentare un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha il potere di pronunciare sentenze vincolanti per gli Stati, sentenze che questi ultimi hanno l'obbligo di eseguire.

La CEDU è stata aperta alla firma, a Roma, il 4 novembre 1950 (ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848) ⁽¹⁾.

La nascita della CEDU va collocata nel contesto del movimento per la codificazione dei diritti dell'uomo che, nel secondo dopoguerra, prende slancio con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

Fulcro della CEDU è la Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero, come taluni preferiscono, dei diritti umani (in seguito: la Corte), con sede a Strasburgo.

Anche se la Corte non è, propriamente, un organo del Consiglio d'Europa, i legami istituzionali tra essa e l'organizzazione sono strettissimi. Basti far cenno alla regola, posta dall'art. 59, comma primo, della CEDU, secondo la quale solo gli Stati membri del Consiglio d'Europa possono divenirne Parti contraenti. Questa disposizione, oltre a preservare il carattere regionale del sistema, tende a garantire la partecipazione ad esso dei soli Paesi in grado di superare il *test*, almeno tendenzialmente severo, di democraticità e di sincera adesione ai valori consiliari costituito dall'ammissione all'organizzazione di Strasburgo. In applicazione di questa regola l'esclusione della Federazione russa dal Consiglio d'Europa ha comportato automaticamente la sua uscita anche dalla CEDU, con effetto dal 26 settembre 2022.

Gli Stati membri del Consiglio d'Europa non sono *giuridicamente* tenuti a ratificare la CEDU. La partecipazione a questa Convenzione è però oramai

⁽¹⁾ La bibliografia sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è sterminata. Ci si limita a citare, in lingua italiana, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, III edizione, Bologna, 2022 che, 555 e ss., contiene una nota bibliografica essenziale estesa all'indicazione di opere anche in altre lingue, nota alla quale si rinvia.

considerata un vincolo di ordine politico per i Paesi membri, che infatti l'hanno tutti, ad oggi, ratificata.

2. La nozione di sussidiarietà

Quanto appena detto sullo stretto legame che c'è tra la partecipazione al Consiglio d'Europa e la qualità di Stato contraente della CEDU contribuisce molto a spiegare il senso della nozione di sussidiarietà, almeno per come esso viene inteso nella giurisprudenza della Corte. Si deve subito avvisare, in effetti, che il termine non ha esattamente lo stesso significato se ci si pone nella prospettiva degli Stati contraenti, o almeno di alcuni di essi.

Ma procediamo con ordine. La nozione di sussidiarietà è coesenziale al sistema europeo di protezione dei diritti umani istituito con la CEDU. L'idea di fondo, partendo dalla premessa di voler dare concreta attuazione ad alcuni dei diritti fondamentali — quelli di natura civile e politica — enunciati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, è quella secondo cui i diritti enunciati nella CEDU e nei suoi Protocolli devono essere tutelati in primo luogo all'*interno* dei Paesi contraenti, e quindi essenzialmente dalle loro giurisdizioni nazionali. Solo in caso di incapacità dei sistemi nazionali di tutelare efficacemente i diritti protetti deve intervenire la Corte. Si parla perciò di *responsabilità condivisa*.

3. La sussidiarietà in termini convenzionali

Due norme della CEDU mostrano plasticamente l'idea di sussidiarietà: da una parte l'art. 13, che stabilisce il diritto individuale (e quindi, reciprocamente, un obbligo per gli Stati) ad un *ricorso effettivo* (*effective remedy*) a tutela di ciascuno dei diritti convenzionalmente protetti e, d'altra parte, l'art. 35 § 1, che fissa la regola del *previo esaurimento dei ricorsi interni*, regola secondo la quale non si può adire il livello europeo, e cioè la Corte di Strasburgo, se prima non sono stati consumati tutti i possibili ricorsi esistenti nell'ordinamento interno del Paese contro il quale si intende presentare il ricorso alla Corte.

Le due norme sono collegate. L'art. 13 obbliga gli Stati contraenti a dotarsi di ricorsi efficaci da porre a disposizione delle vittime di violazioni di diritti protetti dalla CEDU "davanti a una istanza nazionale" in tutti i casi, anche quando la violazione derivi dalla condotta di chi ha agito nell'ambito delle sue funzioni ufficiali. Questo obbligo posto a carico degli Stati contraenti si traduce in un onere per i potenziali ricorrenti. Essi non sono certamente obbligati a servirsi dei ricorsi interni istituiti dallo Stato a protezione dei diritti convenzionali, ma se non li utilizzano (purché essi siano

accessibili ed efficaci, cioè idonei a riconoscere la violazione e a rimuoverne gli effetti) non potranno rivolgersi alla Corte EDU perché il previo esaurimento dei ricorsi interni è costruito dall'art. 35 § 1 CEDU come condizione procedurale di ammissibilità dei ricorsi.

La Corte ha chiarito che l'onere per il ricorrente di esperire i ricorsi interni viene meno quando ci si dolga di una violazione che discende direttamente da una legge ovvero da una pratica generale ⁽²⁾.

Una precisazione è opportuna relativamente ai rapporti tra l'art. 13 e l'art. 6 CEDU. Quest'ultima norma stabilisce il diritto di accesso al giudice e prevede una serie di garanzie del c.d. "giusto processo", sia in generale sia in modo più specifico per il processo penale, oltre alla presunzione d'innocenza. L'art. 6 però si riferisce a tutti i diritti riconosciuti dall'ordinamento interno e non solo a quelli convenzionali, e riguarda la giurisdizione, mentre l'art. 13 non impone di per sé la natura giurisdizionale dei ricorsi che lo Stato contraente è obbligato ad istituire ⁽³⁾, purché questi ricorsi siano idonei a tutelare efficacemente i diritti convenzionali ⁽⁴⁾.

Come l'art. 6, anche l'art. 13, come si diceva, stabilisce un diritto individuale, suscettibile quindi di ricorso in caso di violazione. È dunque possibile accertare una violazione autonoma dell'art. 13 indipendentemente dalla violazione del diritto convenzionale che venga in rilievo ⁽⁵⁾.

Nella giurisprudenza l'art. 6 è considerato norma speciale rispetto all'art. 13, per cui, in caso di concorrente pertinenza delle due disposizioni, la Corte applica il primo, maggiormente protettivo ⁽⁶⁾.

4. Il concetto "classico" di sussidiarietà

Sarebbe evidentemente inconcepibile concentrare a Strasburgo, nelle mani della Corte europea, la tutela diretta dei diritti fondamentali delle centinaia di milioni di persone che vivono sul continente europeo, senza contare le altre persone fisiche o giuridiche che anche occasionalmente sono assoggettate alla giurisdizione di uno o più dei quarantasei Stati contraenti della CEDU. Si suppone che i diritti convenzionalmente protetti siano

⁽²⁾ Corte EDU, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, 25 marzo 1993, n. 13134/87, par. 40; G.C., *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, n. 28957/95, parr. 112-113.

⁽³⁾ Corte EDU, *Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, n. 4451/70, par. 33; *Klass e Altri c. Germania*, 6 settembre 1978, n. 5029/71, par. 67.

⁽⁴⁾ Corte EDU, *Keenan c. Regno Unito*, 3 aprile 2001, n. 27229/95, par. 122.

⁽⁵⁾ Corte EDU, G.C., *Hatton e Altri c. Regno Unito*, 8 luglio 2003, n. 36022/97, parr. 137-142; G.C., *Kblaihia c. Italia*, 15 dicembre 2016, n. 16483/12, parr. 268-271.

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, n. 6289/73, parr. 34-35; *De Geouffre de la Pradelle c. Francia*, 16 dicembre 1992, n. 12964/87, parr. 33-37.

adeguatamente tutelati all'interno dei Paesi contraenti. La Corte di Strasburgo dovrebbe essere chiamata ad intervenire nei casi, in ipotesi rari — in realtà, come si sa, non è così, perché i ricorsi che raggiungono la Corte sono numerosissimi — nei quali i sistemi nazionali non siano riusciti a prevenire o almeno a rimediare alle violazioni.

Si comprende così la ragione profonda del collegamento tra la partecipazione al Consiglio d'Europa e quella alla CEDU. Solo Paesi pienamente rispettosi dei principi e dei valori dell'organizzazione, cioè, lo ricordiamo, democrazia, rispetto dello Stato di diritto e difesa dei diritti umani sono considerati in grado di assumere gli stringenti obblighi derivanti dalla CEDU, obblighi di tutela dei diritti fondamentali che vanno assolti non solo con la leale partecipazione degli Stati contraenti alle procedure sovranazionali previste dalla CEDU, ma, prima ancora, attraverso l'efficace applicazione della CEDU all'interno degli ordinamenti nazionali, in primo luogo da parte delle giurisdizioni nazionali.

In questa prospettiva emerge la fondamentale importanza dei sistemi giurisdizionali domestici, che devono soddisfare condizioni minime di autonomia, indipendenza, credibilità ed efficienza. Se uno Stato non dispone di una giustizia con queste caratteristiche esso non può dirsi interamente rispettoso del principio dello Stato di diritto, e quindi non può essere ammesso al Consiglio d'Europa e, di conseguenza, alla partecipazione alla CEDU.

Sussidiarietà vuol dire, dunque, che nell'ottica generale della CEDU la dimensione nazionale è anche più importante di quella sovranazionale. Un funzionamento ottimale del sistema dovrebbe produrre il risultato dell'assenza di ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ovviamente siamo lontani da questa situazione. Come sappiamo, mediamente 50-60.000 ricorsi individuali raggiungono ogni anno la Cancelleria della Corte di Strasburgo. Questo è un dato che non si può considerare in sé negativo, perché esso rivela la fiducia di cui il sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, al cui centro c'è la Corte di Strasburgo, gode presso la società civile, ma certamente è un elemento preoccupante per il buon funzionamento di questa istituzione, che infatti è costretta spesso a pronunciarsi con molto ritardo sui ricorsi che vengono portati alla sua attenzione.

La soluzione di questo problema non può consistere nel potenziamento all'infinito del sistema sovranazionale, ma risiede nel miglioramento dell'applicazione della CEDU a livello nazionale, e quindi nell'effettivo raggiungimento degli obiettivi della CEDU, che non sono quelli della moltiplicazione a Strasburgo delle sentenze di condanna degli Stati, ma quelli dell'effettiva tutela dei diritti convenzionalmente protetti già a livello nazionale, limitando al massimo gli interventi correttivi del giudice europeo dei diritti dell'uomo, il cui ruolo dovrebbe essere, per l'appunto, *sussidiario*.

Ciascuno vede come sia preferibile un'efficace tutela a livello domestico, da parte di un sistema giudiziario nazionale credibile ed efficace, ad una realizzazione del diritto per opera di una sentenza della Corte europea che arriva a distanza di molti anni dai fatti che abbiano dato luogo alla violazione, senza dimenticare che il percorso di un ricorso, un percorso che purtroppo, come si è detto, non viene compiuto normalmente in tempi brevi, inizia per definizione solo dopo l'ultimo ricorso interno, e dunque all'esito di un *iter* processuale già spesso lungo di suo.

Di qui la grande attenzione che la Corte di Strasburgo riserva al tema della sussidiarietà e la costante ricerca, da parte della giurisdizione europea, di un dialogo leale e costruttivo con i giudici nazionali, specie con le Corti supreme e quelle costituzionali, nella consapevolezza che senza il convinto recepimento da parte delle giurisdizioni domestiche dei principi e dei valori convenzionali, le sue sentenze rischierebbero di restare lettera morta.

È in nome della sussidiarietà che la Corte si è sforzata di coltivare forme di "dialogo" con i giudici nazionali. Il dialogo avviene a vari livelli. Innanzitutto, evidentemente, attraverso le giurisprudenze rispettive delle giurisdizioni interessate, ma anche attraverso scambi diretti tra i membri delle stesse giurisdizioni attraverso di visite *ad hoc* o in occasione della cerimonia inaugurale dell'anno giudiziario alla Corte di Strasburgo, alla quale sono invitati tutti i presidenti delle corti supreme e costituzionali europee, e a margine della quale viene sempre organizzato un seminario tematico inquadrato in una serie che viene significativamente denominata "Dialogo tra i giudici".

In questo contesto va inquadrata la prassi dei protocolli d'intesa conclusi dalla Corte di Strasburgo con diverse corti superiori europee. Questi documenti, che non contengono disposizioni vincolanti, esprimono generalmente il desiderio delle giurisdizioni interessate di proseguire e sviluppare il dialogo nelle varie forme possibili, inclusa quella degli incontri diretti, e hanno un alto valore simbolico. La prassi dei protocolli d'intesa ha accompagnato la nascita e lo sviluppo della "Rete delle corti superiori europee", una realizzazione di grande importanza, nell'ambito della quale sono stati resi possibili scambi diretti tra le corti nazionali e la Corte europea dei diritti dell'uomo e che anche simbolicamente rappresenta la volontà della giurisdizione europea e di quelle nazionali di cooperare insieme per la migliore applicazione della CEDU (7).

(7) Tutte le corti superiori italiane, cioè la Corte costituzionale, la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, hanno concluso protocolli d'intesa con la Corte di Strasburgo e sono entrate a far parte della Rete. Il sito internet della Rete può essere consultato all'indirizzo <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c=>. Sulla prassi

Più avanti vedremo come la Corte si sia sforzata di valorizzare il principio di sussidiarietà nella sua giurisprudenza.

5. La sussidiarietà come *self restraint* della Corte europea

Dicevamo di una possibile diversa concezione della sussidiarietà dal punto di vista di alcuni Stati contraenti della CEDU. In effetti, si è fatta strada recentemente un'altra idea di sussidiarietà, che più che dai testi convenzionali e dalla giurisprudenza della Corte trae origine da un atteggiamento critico da parte di taluni Stati contraenti verso quello che viene considerato da questi ambienti come un certo "attivismo giudiziario" da parte della Corte, che non sarebbe sufficientemente rispettosa del "margine di apprezzamento" che spetta agli Stati contraenti secondo la stessa giurisprudenza della Corte. In particolare, secondo questa prospettiva, la Corte di Strasburgo non dovrebbe rimettere in discussione l'applicazione della Convenzione fatta dai giudici nazionali, salvo che sia riscontrabile un errore manifesto. In questa prospettiva, la sussidiarietà, piuttosto che riferirsi alle responsabilità degli Stati nell'applicazione della Convenzione, esprime l'idea secondo la quale l'azione della Corte dovrebbe essere caratterizzata da *self restraint* e deferenza verso le decisioni statali.

Si tratta quindi di una prospettiva che tende ad una visione della sussidiarietà secondo il diverso significato di questa nozione nell'ambito del diritto dell'Unione europea a proposito della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri. Si è giustamente osservato a questo proposito che in questo modo si viene a trasformare in prerogativa degli Stati ciò che è un loro obbligo — quello di assicurare il rispetto dei diritti previsti dalla Convenzione (art. 1 CEDU) (8).

Come si sa, i concetti di "sussidiarietà" e di "margine di apprezzamento" hanno fatto il loro ingresso nel Preambolo della Convenzione il 1° agosto 2021, quando è entrato in vigore il Protocollo n. 15 alla Convenzione. Ci sono pochi dubbi su quale delle due visioni della sussidiarietà gli Stati contraenti avessero in mente quando hanno deciso di emendare il Preambolo.

dei protocolli d'intesa e sulla Rete v. G. RAIMONDI, *La Corte e la stagione dei protocolli con le corti supreme*, in *Questione giustizia*, numero speciale su *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. BUFFA e M.G. CIVININI, 2019, disponibile online all'indirizzo https://www.questionegiustizia.it/speciale/articolo/la-corte-e-la-stagione-dei-protocolli-con-le-corti-supreme_46.php.

(8) V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali*, cit., 52.

6. La sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte europea. Il “margine di apprezzamento”

Va detto che il discorso sulla sussidiarietà non si esaurisce nella dicotomia obbligo per gli Stati di istituire ricorsi interni efficaci — onere per i ricorrenti di esperirli come condizione processuale di ammissibilità di un ricorso a Strasburgo.

Fin dai primordi della sua giurisprudenza, la Corte EDU si è preoccupata di riconoscere un margine di autonomia agli Stati nell'applicazione della Convenzione. Si tratta del c.d. “margine di apprezzamento” (*margin of appreciation, marge d'appréciation*). Il principio di sussidiarietà, quindi, non si risolve sul piano strettamente processuale, quindi del rispetto delle condizioni di ammissibilità per la proposizione di un ricorso a Strasburgo, ma gioca anche un ruolo sul piano sostanziale, nella delimitazione della responsabilità degli Stati contraenti, attraverso, per l'appunto, la dottrina del margine di apprezzamento.

La dottrina è anche più antica, ma in genere, per la sua descrizione, si fa riferimento alla sentenza pronunciata dalla Corte nel caso *Handyside* ⁽⁹⁾. Si trattava di un caso nel quale veniva in gioco la libertà di espressione, protetta dell'art. 10 CEDU, a proposito della repressione penale di una pubblicazione giudicata oscena. La Corte era quindi chiamata a stabilire se le misure repressive adottate dalle autorità britanniche a tutela della morale, e che avevano interferito con la libertà di espressione, potessero considerarsi giustificate ai sensi del § 2 dell'art. 10. Si trattava cioè di stabilire se tali misure si potessero considerare “necessarie in una società democratica” ai sensi di quest'ultima disposizione.

In questa decisione la Corte enuncia solennemente il principio di sussidiarietà, affermando che “... il sistema per la protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione è *sussidiario* [corsivo aggiunto] rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti umani” ⁽¹⁰⁾.

A questa affermazione la Corte, nello stesso paragrafo della sentenza, premessa l'inesistenza di un approccio comune a tutte le legislazioni europee sui requisiti di tutela della morale, collega la constatazione secondo cui “in ragione del loro contatto diretto e continuo con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità statali sono in linea di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi sull'esatto contenuto di tali requisiti nonché sulla “necessità” di un “restrizione” o “pena” destinata a soddi-

⁽⁹⁾ Corte EDU, Pl., *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, n. 5493/72.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, Pl., *Handyside*, cit., par. 48, nel quale viene richiamata una precedente classica pronuncia, cioè Corte EDU, Pl., “*Affare linguistico belga*” (*merito*), 23 luglio 1968, n. 1474/62, 1677/62, 1691/62.

sfarli” (11). La Corte precisa che questo margine di apprezzamento è accordato non solo al legislatore, ma anche agli organi, comprese evidentemente le giurisdizioni, ai quali è affidato il compito di interpretare la legge (12).

La Corte però precisa che il potere discrezionale degli Stati non è illimitato, per cui “il margine di apprezzamento interno va quindi di pari passo con un controllo europeo. Tale controllo riguarda sia la finalità del provvedimento impugnato sia la sua ‘necessità’; copre non solo la legislazione, ma anche la decisione che la applica, anche quella emessa da un tribunale indipendente” (13).

Questo approccio è un invito al dialogo rivolto alle giurisdizioni nazionali ed afferma, questa volta sul piano sostanziale, la fondamentale importanza della sussidiarietà.

Al *margine di apprezzamento* è dedicato un contributo specifico in questo volume, e ad esso si rinvia, ma premeva in questa sede sottolineare il collegamento tra il concetto di *sussidiarietà* e quello di *margine di apprezzamento*. Non a caso, come si diceva, le due nozioni sono state inserite insieme Preambolo della CEDU dal Protocollo n. 15, entrato in vigore il 1° agosto del 2021.

L’operazione non è priva di ambiguità, ed ha infatti formato oggetto di critica soprattutto da parte delle organizzazioni non governative che si occupano di diritti umani, giacché le due nozioni possono inquadrarsi sia nella prospettiva, che è quella della Corte europea, della *responsabilità condivisa*, sia in quella, che è propria almeno di alcuni Stati contraenti, della opportunità che la Corte di Strasburgo mantenga un’attitudine di *self restraint* rispetto alle prerogative degli Stati. Rassicura, dal punto di vista della preservazione della efficacia e della credibilità del sistema europeo di protezione dei diritti umani, la considerazione che l’interpretazione della Convenzione, anche alla luce del Preambolo modificato, resta una esclusiva prerogativa della Corte, che non dovrebbe avere ragioni per discostarsi dall’approccio fin qui seguito con riguardo alle nozioni di *sussidiarietà* e di *margine di apprezzamento*.

In chiusura sembra rilevante, in tema di sussidiarietà, far cenno alla più recente evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, sempre più orientata alla ricerca del dialogo con le giurisdizioni nazionali. Si può citare in questo contesto la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Ndidi* (14). Si trattava dell’espulsione dal Regno Unito di uno straniero che

(11) Corte EDU, Pl., *Handyside*, cit., *ibidem*.

(12) *Ibidem*.

(13) Corte EDU, Pl., *Handyside*, cit., par. 49.

(14) Corte EDU, *Ndidi c. Regno Unito*, 14 settembre 2017, n. 41215/14.

aveva commesso reati, una questione esaminata sotto il profilo della tutela della vita privata e familiare, tutelata dall'art. 8 della Convenzione. In questo caso, richiamando la giurisprudenza in tema di margine di apprezzamento e controllo europeo, la Corte ha ribadito un'affermazione importante, già presente in alcune decisioni precedenti. La principale questione da decidere era quella del se la misura di espulsione ordinata dalle autorità britanniche fosse "necessaria in una società democratica", cioè se fosse rispettosa del giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco (da una parte quello del ricorrente al rispetto della sua vita privata e familiare e, dall'altra, l'interesse securitario dello Stato convenuto), quindi una indagine di proporzionalità della misura (sulla proporzionalità v. il contributo presente in questo volume).

La Corte ha osservato che il requisito della "supervisione europea", nel senso che si è indicato, non significa che nel determinare se una misura contestata abbia raggiunto un giusto equilibrio tra gli interessi rilevanti, la Corte debba condurre nuovamente la valutazione di proporzionalità. Il margine di apprezzamento va inteso nel senso che, laddove i tribunali interni indipendenti e imparziali abbiano attentamente esaminato i fatti, applicando le pertinenti norme sui diritti umani in conformità con la Convenzione e la sua giurisprudenza, e abbiano adeguatamente bilanciato gli interessi personali del ricorrente rispetto all'interesse pubblico più generale nel caso, non spetta alla stessa Corte sostituire la propria valutazione del merito (compresa, in particolare, la propria valutazione dei dettagli di fatto della proporzionalità) a quella del autorità nazionali competenti. Perché la Corte sia indotta a rivedere l'analisi delle corti nazionali occorrono motivi più che validi (*strong reasons*)⁽¹⁵⁾.

Vero è che per il momento la Corte si è espressa in modo così esplicito in favore della deferenza verso la soluzione adottata dalle corti nazionali — salvo, beninteso, *strong reasons* — essenzialmente in relazione a questioni di espulsione rilevanti sotto il profilo dell'art. 8 CEDU, ma questo sembra essere un terreno suscettibile di espansione, e quindi, in una auspicabile sempre accresciuta sintonia tra la Corte EDU e le corti nazionali, il futuro della sussidiarietà intesa come *responsabilità condivisa*.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Ndidi*, cit., par. 76. Questa giurisprudenza è oramai consolidata, v. Corte EDU, *Avci c. Danimarca*, 30 novembre 2021, par. 38; G.C., *Savran c. Danimarca*, 7 dicembre 2021, n. 57467/15, par. 189; *Loukili c. Danimarca*, 11 aprile 2023, n. 57766/19, par. 50; *Azzaqui c. Paesi Bassi*, 30 maggio 2023, n. 8757, par. 52.

II.

GLI OBBLIGHI POSITIVI DI NATURA CONVENZIONALE E IL RUOLO DEL GIUDICE, DI STRASBURGO E NAZIONALE

di Roberto Giovanni Conti (*)

SOMMARIO: 1. Premesse. — 2. Gli obblighi positivi in ambito civile. — 3. I legami familiari e personali e gli obblighi positivi. — 4. L'emersione del superiore interesse del minore attraverso gli obblighi positivi. — 5. Gli obblighi positivi in materia penale. — 6. Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia* come *leading case* in materia di contrasto alle violenze di genere. — 7. Gli obblighi positivi relativi alla condizione carceraria. La sentenza *pilota* Torreggiani c. Italia. — 8. La vicenda del letto a castello come metafora del ruolo del giudice, civile e penale, rispetto agli obblighi positivi di matrice convenzionale. — 9. Conclusioni.

1. Premesse

Una riflessione di ordine generale sul rilievo assunto nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dal concetto di obbligo positivo non può che prendere le mosse dal cosa era la CEDU quando essa venne introdotta nel panorama degli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani e cosa è divenuta per effetto dell'opera di interpretazione che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha progressivamente messo a punto nel corso della sua attività di primo e più autorevole interprete della Convenzione.

Una conferma autentica del carattere di *living instrument* della Convenzione, capace di adeguarsi al contesto sociale e culturale nel quale essa è stata chiamata ad operare grazie all'assoluta autonomia ed indipendenza dei giudici che ne hanno fatto parte, i quali hanno considerato le funzioni svolte non quali articolazioni dei paesi che pure rappresentano istituzionalmente all'interno della Corte stessa, ma autentici interpreti della Convenzione, slegati da condizionamenti di appartenenza nazionalista o corporativa e dunque, essi stessi espressione massima ed autorevole della indipendenza della Corte dagli interessi localistici e regionali. Una Corte così orientata a volare alto ed

(*) Consigliere presso la Corte di cassazione.

insieme a tutti paesi che l'hanno voluta all'interno degli strumenti normativi del Consiglio d'Europa e poi ratificata e resa esecutiva nei singoli ordinamenti nazionali.

Ed è sempre la Corte EDU a mostrarsi nelle sue caratteristiche proprie, collegate alla casistica che scorre innanzi a sé e che consente di ricostruire, attorno ai singoli casi, una “dottrina” — o categoria, se mai possa davvero spendersi tale termine rispetto alla dommatica che lo utilizza nell'ambito del settore civile e penale in tutt'altro significato —.

La prospettiva qui prescelta, peraltro, tenderà ad approfondire il tema degli obblighi positivi con particolare riferimento alle ricadute prodotte sull'apparato giudiziario del nostro paese, esso rappresentando uno dei tanti *volti* dei quali si compone appunto lo stato indicato dalla Corte EDU come “destinatario del rispetto degli obblighi positivi”.

Una prospettiva che tocca tanto l'ambito penale che quello civile ed amministrativo dall'apparato giurisdizionale e che in ognuno dei settori assume tratti marcati e differenti per come si avrà modo di evidenziare.

Si può qui solo per ragioni di sintesi già evidenziare che l'obbligo positivo in ambito penale si atteggia come esigenza massima di proteggere in via effettiva ed efficace beni primari della persona — generalmente la vita, l'integrità fisica o psichica e sessuale — da condotte illecite che, se non impedito dall'autorità, potrebbero cagionare pregiudizi irreparabili dei beni protetti, in guisa da rendere non effettiva l'eventuale condanna *ex post* delle condotte aggressive, una volta perpetuatasi l'aggressione che, invece, l'autorità giudiziaria e quella di polizia hanno il dovere di impedire con misure appropriate, preventive e cautelari allorché sia prevedibile il comportamento offensivo.

In ambito civile l'obbligo positivo di protezione dei diritti di matrice convenzionale ha per converso una funzione di approfondimento delle tutele offerte dalla CEDU, consentendo l'ampliamento della sfera di operatività della stessa fino a comprendere l'obbligo dello Stato di impedire anche nei rapporti fra privati condotte violative di alcuni diritti di matrice convenzionale.

2. Gli obblighi positivi in ambito civile

Quello dell'efficacia dei rapporti c.d. orizzontali (fra privati) dei diritti fondamentali è un tema che “irradia” i sistemi continentali europei ⁽¹⁾ da una

⁽¹⁾ V. P. FEMIA, “*Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione delle sfere private*”, in Pietro Perlingieri, *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, 2006, Napoli, 194.

certa epoca, a cominciare dall'esperienza tedesca — cd. *Drittwirkung* — nella quale ha avuto particolare attenzione, sviluppando tematiche (efficacia diretta attraverso clausole generali o efficacia diretta senza mediazione di clausole generali) (2).

Tale tematica si è sviluppata anche all'interno della CEDU per poi espandersi al tema, limitrofo, degli effetti della Carta UE nei rapporti interprivati (3).

In termini generali va detto che la CEDU ha come destinatario finale degli obblighi ivi assunti lo Stato, in tutte le sue multiformi articolazioni organiche. In effetti, ai sensi dell'art. 1 della CEDU, ciascuno Stato contraente “riconosce ad ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel ... [la] Convenzione”.

Così espressa la risposta risulterebbe, tuttavia, incompleta e insoddisfacente, essendo il tema decisamente più complesso, vuoi sotto il profilo dello svolgimento di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati che dovrebbero rimanere sotto l'ombrello convenzionale, vuoi sotto l'aspetto, assai più rilevante, dell'esistenza, a carico dello Stato, di vari “obblighi positivi” che lo Stato assume nei confronti di tutte le persone al fine di assicurare l'esercizio dei diritti garantiti dalla CEDU.

La Corte EDU ha infatti affermato — caso *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, § 31, caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*, 13 agosto 1981, § 49 — che in aggiunta all'impegno soprattutto negativo dello Stato di astenersi dall'ingerenza nelle garanzie previste nella Convenzione, possono esservi *obblighi positivi* intrinseci a tali garanzie. La responsabilità dello Stato può allora essere impegnata in conseguenza dell'inosservanza del suo obbligo di adottare una legislazione interna idonea a preservare il diritto fondamentale che entra in gioco.

La Corte EDU ha infatti reiteratamente sottolineato la rilevanza dello strumento dell'*obbligo positivo* a carico dello Stato, che non deve rimanere passivo di fronte agli obblighi assunti, ma è tenuto ad adottare, attraverso le articolazioni tutte nelle quali si manifesta, le misure ragionevoli ed adeguate per proteggere i diritti riconosciuti ed evitare che la vita sia posta in pericolo (obbligo positivo di natura *sostanziale*), ma anche per accertare eventuali responsabilità correlate alla privazione della vita (obbligo positivo di natura *procedurale*).

(2) V., di recente, F. EPISCOPO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in *Giustiziasieme*, 28 maggio 2020, sui casi “Stadium Ban” e “Hotel Ban” di recente esaminati dal Tribunale costituzionale tedesco.

(3) V. G. ALPA, *L'applicazione diretta dei diritti fondamentali ai rapporti fra privati*, in *I diritti dell'uomo*, 2016, XXVII, 3, 2016, 517.

Per tale ragione suole dirsi che la Convenzione europea sui diritti dell'uomo non garantisce solo una serie di “*libertà da*” (per effetto delle quali sullo Stato incombe un divieto di ingerenza), ma offre altresì anche corrispondenti “*libertà di*”, che lo Stato ha l'obbligo di assicurare attraverso condotte positive.

Siffatto obbligo dello Stato si atteggia come protezione di secondo livello, costruendo su un soggetto che può essere diverso dall'aggressore una responsabilità tarata sulla mancata osservanza di doveri che avrebbero potuto impedire o attenuare la lesione inferta al titolare del diritto.

La giurisprudenza della Corte EDU ha da tempo affrontato il tema degli obblighi positivi dello Stato rispetto ai danni prodotti da soggetti, anche privati, che espletano servizi pubblici — colpa medica — Corte dir. Uomo, 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia* — servizi sanitari — Corte dir. uomo, Corte dir. uomo, 16 giugno 2005, *Stork c. Germania* — raccolta rifiuti — Corte dir. uomo, 10 febbraio 2012, *Di Sarno c. Italia* — sanzioni e istruzione scolastica — Corte dir. uomo, 25 marzo 1993, *Costello Roberts c. Regno Unito* —. In tali casi lo Stato risponde direttamente della violazione subita dal privato.

Sotto il secondo versante, il concetto di obbligo positivo si affianca — differenziandosene — a quello di “obbligo negativo” ⁽⁴⁾.

A fronte dell'esigenza di “non danneggiare” un diritto su base CEDU imposta allo Stato, l'obbligo positivo impone a quest'ultimo un comportamento proattivo, obbligandolo a rendere in concreto esercitabile il diritto di matrice convenzionale. Ed è proprio attraverso il concetto di obbligo positivo che si giunge all'affermazione dell'efficacia *indiretta od orizzontale* della CEDU nei rapporti fra privati ⁽⁵⁾.

Chiarificatrici in ordine alla crescente rilevanza dell'efficacia orizzontale della CEDU risultano le osservazioni espresse dal Giudice Wojtyczek nel-

⁽⁴⁾ Corte EDU, 6 dicembre 2022, *Scalzo c. Italia*, 60: La Corte rammenta che l'articolo 8 della Convenzione ha essenzialmente per oggetto la tutela dell'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, e che a tale obbligo negativo possono aggiungersi degli obblighi positivi inerenti a un effettivo rispetto della vita privata o familiare. Questi obblighi positivi possono implicare l'adozione di misure che mirano al rispetto della vita privata nelle relazioni tra le persone. La linea di demarcazione tra gli obblighi positivi e gli obblighi negativi dello Stato ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione non si presta, tuttavia, ad una definizione precisa, anche se i principi applicabili sono equiparabili. Per determinare se esista un obbligo positivo, si deve avere riguardo al giusto equilibrio da garantire tra l'interesse generale e gli interessi della persona; analogamente, sia per gli obblighi positivi che per gli obblighi negativi, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento (Mikulić, sopra citata, §§ 57-58).

⁽⁵⁾ Sul punto v. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Torino, 2022, 3^a ed., 138. 116.

l'opinione concorrente resa nel caso *Bochan c. Ucraina* (n. 2), 5 febbraio 2015, deciso dalla Grande Camera della Corte EDU.

Tale prospettiva è chiarita in modo esplicito dalla Corte EDU quando ha riconosciuto che essa non è, in teoria, tenuta a definire controversie di natura puramente privata, però immediatamente aggiungendo che *nell'esercizio del controllo europeo che le spetta, non può rimanere passiva laddove l'interpretazione da parte di un tribunale interno di un atto giuridico, sia esso una disposizione testamentaria, un contratto privato, un documento pubblico, una disposizione di legge o una prassi amministrativa, appaia illogica, arbitraria, discriminatoria o, più in generale, incompatibile con i principi sottostanti alla Convenzione* ⁽⁶⁾.

Si tratta, all'evidenza, di una tutela che la Corte EDU appresta ad interessi di particolare rilevanza, ritenendo che la loro violazione anche nell'ambito di controversie puramente civili fra privati, renderebbe oltremodo compresso l'essenza stessa della tutela convenzionale dei diritti fondamentali garantita dall'art. 1 CEDU.

Ed è proprio seguendo questa prospettiva che il giudice di Strasburgo ha emesso numerose decisioni di condanna a carico dei Paesi contraenti per violazione dell'art. 8 CEDU riscontrata in pregiudizio dei genitori di origine di minori che, per effetto della dichiarazione di stato di abbandono e dell'adottabilità o ancora dell'adozione, si sono visti privati del diritto ad ottenere protezione dallo Stato rispetto alla posizione nella quale erano venuti a trovarsi con riguardo al legame genitoriale.

Su tale questione può dirsi che la giurisprudenza della Corte EDU muove dall'idea che il legame genitoriale costituisce un elemento fondamentale delle persone coinvolte che merita particolare protezione. Le misure che incidono su tale diritto rappresentano un'ingerenza alla vita familiare e sono giustificate se previste dalla legge, pertinenti e sufficienti, nonché necessarie e proporzionate. In sostanza, per verificare se le misure limitative siano orientate a salvaguardare il preminente interesse del minore occorre considerare l'età, il grado di maturità e i desideri accertati del minore, ma anche il potenziale effetto che avrà sul minore l'allontanamento dalla famiglia d'origine ed il rapporto tra il minore e i familiari. La delicatezza delle vicende concrete induce quindi la Corte EDU a riconoscere alle autorità interne un margine di apprezzamento che varia in funzione degli interessi in gioco quali, da una parte, l'importanza di proteggere il minore in una situazione ritenuta seriamente minacciosa per la sua salute o per il suo sviluppo personale e,

⁽⁶⁾ Corte dir. uomo, *Pla e Puncernau c. Andorra*, 13 luglio 2004, § 59; conf. Corte dir.uomo, 16 dicembre 2008, *Shid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, 33.

dall'altra, l'obiettivo di riunire la famiglia non appena le circostanze lo consentono (cfr. Corte dir. uomo, *K e T c. Finlandia* [GC], ric. n. 25702/94).

In altri termini, la Corte EDU è ferma nel ritenere problematica l'assenza di protezione dell'obbligo positivo che incombe sullo Stato contraente al fine di rendere effettivo ed efficace il diritto al legame familiare.

E tutte le volte in cui la Corte EDU, esaminando gli atti, riscontra che questa posizione non è stata adeguatamente considerata, scatta la condanna del Paese contraente senza che ciò ovviamente possa poi concretamente determinare una modifica dell'assetto familiare creato dallo Stato rispetto al minore interessato (7).

3. I legami familiari e personali e gli obblighi positivi

Un fascio di decisioni rese dalla Corte EDU in materia di tutela del diritto al rispetto della vita familiare nelle relazioni genitori-figli, che le autorità interne non avevano adeguatamente garantito, consente, da un lato, di riscontrare quanto la Corte EDU svolga il proprio sindacato sul rispetto dell'obbligo positivo di apprestare, da parte delle autorità interne, di uno standard di protezione adeguata al valore convenzionale in gioco (8).

Ma tali pronunzie hanno un'efficacia endoprocessuale spiccata, offrendosi all'attenzione dell'interprete-operatore nazionale come esempi di interpretazione convenzionalmente orientata del diritto interno al quale occorre tendere per evitare decisioni che possano infrangere l'esigenza di una tutela piena ed effettiva dei diritti di matrice convenzionale.

Gli obblighi positivi, in questa prospettiva, dimostrano ancora una volta la loro valenza doppia, per l'un verso orientata a consentire alla Corte di verificare l'avvenuta violazione o meno del parametro convenzionale da parte delle autorità nazionali. Ma si pongono, per altro verso, come elemento incidente sulla tutela interna apprestata ai diritti di matrice convenzionale.

Ruota sempre attorno al tema dell'obbligo positivo la questione relativa alla tutela in ambito di adozioni delle coppie dello stesso sesso.

Proprio Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia* — resa all'interno di un procedimento giudiziario italiano che aveva peraltro propiziato l'inter-

(7) In definitiva, la Corte EDU non consente che in nome dell'interesse del minore vengano legittimate misure privative del legame genitoriale quando non si dimostra che lo Stato e le sue articolazioni abbiano fatto tutto il possibile per ripristinare la situazione connessa al legame genitori figli. E che tale valutazione è fortemente condizionata dalla particolare condizione nella quale si trovano i genitori.

(8) Corte EDU, — *Akinnibosun c. Italia*, 16 luglio 2015; Corte EDU, *S.F. c. Italia*, 11 ottobre 2015; Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*.

vento della Corte costituzionale — Corte cost. n. 138/2010 — si è ritenuto che lo Stato italiano aveva violato l'art. 8 CEDU ⁽⁹⁾ in relazione all'inerzia del legislatore rispetto ai ripetuti inviti delle giurisdizioni nazionali — Corte costituzionale e Corte di cassazione — ad introdurre forme di tutela legale delle unioni civili.

Ma ha però riconosciuto che l'inerzia del legislatore rispetto ai ripetuti inviti delle giurisdizioni nazionali — Corte costituzionale e Corte di cassazione- ad introdurre forme di tutela legale delle unioni civili.

La pronuncia appena ricordata assume particolare rilievo per focalizzare gli effetti della violazione dell'obbligo positivo incombente sullo Stato. Per un verso, infatti, esso incide sullo Stato legislatore, inducendolo a misure legislative volte ad elidere gli effetti della violazione accertata. Ed in questo contesto si inserisce, in materia di unioni civili, la legge n. 76/2016 e specificamente dall'art. 1, c. 25, l. n. 76/2016.

Ma tale violazione dell'obbligo positivo, se rimasta inadempita, incide anche sull'ordine giudiziario, come ha avuto modo di chiarire la stessa Corte EDU nella sentenza Oliari, cit., quando ha ritenuto che il Governo italiano aveva “ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali” — cfr. par. 185 Corte EDU, *Oliari c. Italia*, cit.; v. anche Corte EDU, 14 dicembre 2017, *Orlandi e a. c. Italia*, ric. nn. 44057/12 60088/12 26431/12 26742/12 —.

La partita si gioca dunque, volta per volta, sulla verifica del margine di apprezzamento che impone ad uno Stato di proteggere in modo effettivo una

⁽⁹⁾ V. P. BRUNO, *Oliari contro Italia: la dottrina degli “obblighi positivi impliciti” al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e persone*, n. 12/2015, 1073 ss. La Corte EDU ha ricordato che “Nell’attuazione del loro obbligo positivo ai sensi dell’articolo 8, gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità. Quando si determina l’ampiezza di tale margine si deve tener conto di diversi fattori. Nel contesto della “vita privata” la Corte ha ritenuto che, qualor sia in gioco un aspetto particolarmente importante dell’esistenza o dell’identità di una persona, il margine consentito allo Stato sarà ristretto (si vedano, per esempio, X e Y, sopra citata, §§ 24 e 27; Christine Goodwin, sopra citata, § 90; si veda altresì *Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02, §71, CEDU 2002 III). Qualora, tuttavia, non vi sia accordo tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa riguardo alla relativa importanza dell’interesse in gioco o ai mezzi migliori per tutelarlo, in particolare quando la causa solleva delicate questioni morali o etiche, il margine sarà più ampio (si vedano X, Y e Z c. Regno Unito, 22 aprile 1997, § 44, Reports 1997-II; *Fretté c. Francia*, n. 36515/97, § 41, CEDU 2002-I; e Christine Goodwin, sopra citata, § 85). Il margine sarà usualmente ampio anche quando si richiede allo Stato di garantire l’equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti della Convenzione (si vedano *Fretté*, sopra citata, § 42; *Odièvre c. Francia* [GC], n. 42326/98, §§ 44 49, CEDU 2003 III; *Evans c. Regno Unito* [GC], n. 6339/05, § 77, CEDU 2007 I; *Dickson c. Regno Unito* [GC], n. 44362/04, § 78, CEDU 2007 V; e *S.H.e altri*, sopra citata, § 94).”

situazione giuridica che si assume protetta all'interno di un diritto di matrice convenzionale ma che non trova pieno riconoscimento nei Paesi aderenti alla CEDU — proprio per saggiare gli obblighi positivi dello Stato Cass.(ord.) n. 2507/2023 ha rimesso alle S.U. la questione se, ai fini del riconoscimento dell'assegno di cui all'art. 5 co. 6, L. n. 898/1970, nel caso di unione civile sciolta in base all'art. 1, co. 25, L. n. 76/2016 sia possibile valutare i fatti intercorsi tra le parti, anteriori alla costituzione dell'unione stessa —.

Si pensi alla questione, di recente approdata innanzi alla Corte EDU per effetto di un ricorso proposto da un cittadino francese che aveva chiesto all'autorità amministrativa l'inserimento nel certificato di nascita del termine “neutro” o “intersessuale”, in sostituzione di “maschio”, ottenendo un rifiuto impugnato innanzi al giudice transalpino che aveva rigettato il ricorso. In quel caso la vicenda riguardava l'adempimento dello Stato convenuto all'obbligo positivo di garantire il diritto del ricorrente all'effettivo rispetto della sua vita privata e familiare. In quel caso, Corte EDU, 31 gennaio 2023, Y. C. Francia — ric. n. 76888/17 — ha rigettato il ricorso escludendo la violazione prospettata a carico della Francia, proprio argomentando sull'insussistenza, in atto di un consenso fra i Paesi della Convenzione in ordine alla tutela delle persone intersessuali, pur riconoscendo che l'attuale situazione dagli stessi rappresentata presenta aspetti delicati che la stessa Corte, pur riconoscendo la natura di “*living instrument*” della CEDU, ha ritenuto di non essere in atto meritevoli di tutela⁽¹⁰⁾, avendo rifiutato la richiesta dello stesso di modificare il proprio stato civile sul proprio certificato di nascita.

Ed è proprio tale precedente a mettere in risalto il senso ultimo dei c.d. obblighi positivi nascenti dalla CEDU che, inseriti nel tessuto della Convenzione, sono soggetti ad un'opera di concretizzazione e formalizzazione che si costruisce volta per volta in relazione alla vicenda posta all'esame della Corte EDU ed all'epoca nella quale viene posta in essere, risultando condizionata dalla tipologia di protezione riconosciuta nei Paesi contraenti.

Prospettiva che, d'altra parte, va vista in modo bidirezionale, riguardando allo stesso tempo il giudice nazionale, chiamato a verificare se nel caso

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte EDU, Y. c. Francia, cit. nel testo, 91: *A fortiori en l'absence de consensus européen en la matière, il convient donc de laisser à l'État défendeur le soin de déterminer à quel rythme et jusqu'à quel point il convient de répondre aux demandes des personnes intersexuées, tel que le requérant, en matière d'état civil, en tenant dûment compte de la difficile situation dans laquelle elles se trouvent au regard du droit au respect de la vie privée en particulier du fait de l'inadéquation entre le cadre juridique et leur réalité biologique. Elle rappelle sur ce point que la Convention est un instrument vivant, qui doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles, et que la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donc donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la société et de l'état des consciences.*

al suo esame, al momento nel quale egli è chiamato a decidere, debba o possa apprezzarsi l'esistenza di un obbligo positivo di matrice convenzionale capace di determinare la decisione del caso nel senso di riconoscere, sulla base della legislazione vigente e dell'interpretazione che alla stessa occorre dare per evitare violazioni convenzionali, una certa protezione ad un diritto avente copertura convenzionale.

Si tratta di un moto che coinvolge il sistema di protezione dei diritti fondamentali in continuo movimento che si muove in un circuito di piena legalità se appunto si guarda alla CEDU, alla legge che l'ha ratificata riconoscendo il ruolo della Corte EDU, sul piano interno — ormai consolidatosi anche grazie alla note sentenze gemelle del 2007 rese dalla Corte costituzionale — ed alla recenti modifiche interne introdotte tanto sul piano civile che su quello penale a proposito della necessità che il sistema di protezione interno si conformi alla giurisprudenza della Corte EDU, a pena di incorrere nelle ipotesi di revisione (penale) e revocazione (civile) dei giudicati resi in violazione della CEDU accertate dalla Corte dei diritti dell'uomo.

4. L'emersione del superiore interesse del minore attraverso gli obblighi positivi

La tecnica dei c.d. obblighi positivi di cui qui si discute ha svolto un ruolo decisivo nell'individuazione del superiore interesse del minore come linea maestra sulla quale ispirare la tutela dei minori.

Ciò emerge in diverse pronunzie della Corte EDU, soprattutto correlate al tema della sottrazione internazionale dei minori, per le quali il *leading case* va individuato, senza ombra di dubbio, nel caso *Neulinger c. Svizzera*, dapprima deciso nell'anno 2009 dalla Camera della Corte EDU e poi transitato alla Grande Camera che lo ha definitivamente deciso con la sentenza del 6 luglio 2010 ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Nella vicenda concreta la ricorrente, cittadina svizzera, si era stabilita in Israele dove aveva il futuro padre di suo figlio. Di fronte ai suoi timori che il bambino potesse essere rapito da suo padre ed essere da costui condotto in una comunità ultraortodossa all'estero e praticante un proselitismo intenso, il tribunale per gli affari di famiglia israeliano aveva deciso il divieto di uscita dal territorio israeliano per il figlio fino alla sua maggiore età, assegnando la custodia provvisoria del figlio alla ricorrente e la potestà genitoriale affidata congiuntamente ai due genitori. Dopo il divorzio la madre aveva lasciato clandestinamente Israele recandosi con il figlio in Svizzera ove, il Tribunale federale svizzero di ultima istanza aveva ordinato alla stessa di assicurare il ritorno del bambino in Israele.

Proprio dalla sentenza del gennaio 2009 ⁽¹²⁾ emerge l'operazione, posta in essere dalla Corte EDU, di *adozione* del parametro del *superiore interesse del minore* proveniente dagli strumenti sovranazionali che lo avevano a chiare lettere sancito- Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo del 1959, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, e Convenzione de L'Aja del 1980 — realizzata attraverso l'obbligo di "interpretazione conforme della CEDU agli strumenti internazionali appena evocati.

Ma la Corte eedu, anche nella decisione resa dalla Grande Camera, nel confermare specificamente quanto affermato dalla Camera, evidenziava come ai fini della corretta determinazione di tale concetto fosse necessario considerare un fascio di interessi, senza i quali il primo non poteva essere adeguatamente tutelato ⁽¹³⁾.

I principi affermati nel caso *Neulinger* sono stati, di recente riassunti in una vicenda che ha riguardato un caso di sottrazione nel quale sono state coinvolte le autorità italiane-Corte dir.uomo, 12 luglio 2011-Ric. n. 14737/09 — *Sneerson e Kampanella c. Italia* — ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ V. SPINA, *I principi in materia di sottrazione internazionale dei minori*, in *Famiglia e minori di Guida al diritto*, n. 9/2011, parte speciale 8 ss.; M. MARCHEGIANI, *Rispetto della vita privata e familiare e sottrazione internazionale di minori nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, f. 4/2011.

⁽¹³⁾ "...134. In this area the decisive issue is whether a fair balance between the competing interests at stake — those of the child, of the two parents, and of public order — has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 62), bearing in mind, however, that the child's best interests must be the primary consideration (see, to that effect, *Gnaboré v. France*, no. 40031/98, § 59, ECHR 2000-IX), as is indeed apparent from the Preamble to the Hague Convention, which provides that "the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody". The child's best interests may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents (see *Sabin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII). The parents' interests, especially in having regular contact with their child, nevertheless remain a factor when balancing the various interests at stake (ibid., and see also *Haase v. Germany*, no. 11057/02, § 89, ECHR 2004-III (extracts), or *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 58, ECHR 2002-I, with the numerous authorities cited).

⁽¹⁴⁾ Per tale motivo è utile riportarne per esteso e testualmente, nella traduzione che della sentenza ha fatto il Ministero della Giustizia, alcuni passi per poi passare ad una veloce rassegna dei principi che dalla stessa è possibile trarre "...85. In *Neulinger e Shuruk* (succitato, §§ 131-140, con ulteriori riferimenti) la Corte ha articolato e cristallizzato diversi principi che sono emersi dalla sua giurisprudenza sulla questione della sottrazione internazionale di minori, come segue.

(i) La Convenzione non può essere interpretata isolatamente, ma, a norma dell'articolo 31 § 3 (c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), si deve tenere conto di ogni pertinente norma di diritto internazionale applicabile alle Parti contraenti (vedi *Streletz, Kessler e Kreuz contro la Germania* [GC], nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 90, CEDU 2001-II). (ii) Gli obblighi positivi che all'articolo 8 impone agli Stati in relazione alla riunifi-

Orbene, la sentenza *Sneersone e Kampanella* non solo sintetizza i contenuti della sentenza *Neulinger*, ma offre all'interprete la possibilità di

cazione tra genitori e figli devono pertanto essere interpretati alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite e della Convenzione dell'Aja (vedi *Maire contro il Portogallo*, n. 48206/99, § 72, CEDU 2003-VII, e *Ignaccolo-Zenide contro la Romania*, n. 31679/96, § 95, CEDU 2000-I).(iii) La Corte è competente a riesaminare la procedura seguita dai tribunali nazionali, in particolare ad accertare se tali tribunali, nell'applicare e nell'interpretare le disposizioni della Convenzione dell'Aja, abbiano assicurato le garanzie della Convenzione e in particolare quelle di cui all'articolo 8 (vedi, a tal fine, *Bianchi contro la Svizzera*, n. 7548/04, § 92, 22 giugno 2006, e *Carlson contro la Svizzera*, n. 49492/06, § 73, 6 novembre 2008). (iv) In questo campo la questione decisiva è se si sia raggiunto un equo equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco — quelli del minore, quelli dei due genitori e quelli dell'ordine pubblico — entro il margine di apprezzamento concesso agli Stati in tali materie (vedi *Maumousseau e Washington*, succitato, § 62), tenendo in mente, comunque, che l'interesse superiore del minore deve essere la considerazione principale (vedi, al riguardo, *Gnahoré*, succitato, § 59).(v) Si ritiene che “gli interessi del minore” siano principalmente i seguenti due: mantenere i legami con la sua famiglia, a meno che non sia dimostrato che tali legami siano indesiderabili, e potersi sviluppare in un ambiente sano (vedi, tra gli altri precedenti, *Elsholz contro la Germania* [GC], n. 25735/94, § 50 CEDU 2000-VIII, e *Maršálek contro la Repubblica Ceca*, n. 8153/04, § 71, 4 aprile 2006). L'interesse superiore del minore, da una prospettiva di sviluppo personale, dipenderà da una varietà di circostanze personali, in particolare dalla sua età e dal suo livello di maturità, dalla presenza o dall'assenza dei genitori e dall'ambiente e dalle esperienze.(v) Il rimpatrio di un minore non può essere disposto automaticamente o meccanicamente quando è applicabile la Convenzione dell'Aja, come è indicato dal riconoscimento in quello strumento di diverse eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore (vedi, in particolare gli articoli 12, 13 e 20), in base a considerazioni che riguardano l'effettiva persona del minore e il suo ambiente, dimostrando così che è il tribunale che giudica il caso che deve adottare per esso un approccio in concreto (vedi *Maumousseau e Washington*, succitato, § 72).

(vii) Il compito di giudicare tale interesse superiore in ogni singolo caso spetta pertanto principalmente alle autorità nazionali, che spesso hanno il vantaggio del rapporto diretto con le persone interessate. A tal fine esse godono di un certo margine di apprezzamento, che rimane comunque soggetto a controllo europeo se la Corte riesamina in base alla Convenzione le decisioni che tali autorità hanno preso nell'esercizio di quel potere (vedi, per esempio, *Hokkanen contro la Finlandia*, 23 settembre 1994, § 55, Serie A n. 299-A, e *Kutzner contro la Germania*, n. 46544/99, §§ 65-66, CEDU 2002-I; vedi anche *Tiemann contro la Francia e la Germania* (dec.), nn. 47457/99 e 47458/99, CEDU 2000-IV; *Bianchi*, succitato, § 92; e *Carlson*, succitato, § 69). (viii) Inoltre, la Corte deve garantire che il processo decisionale che ha condotto all'adozione da parte del tribunale delle misure impugnate sia stato equo e abbia consentito agli interessati di presentare il loro caso in modo completo (vedi *Tiemann*, succitato, e *Eskinazi e Chelouche contro la Turchia*, (dec.), n. 14600/05, CEDU 2005-XIII (estratti)). A tal fine la Corte deve accertare se i tribunali nazionali abbiano svolto un'analisi approfondita dell'intera situazione familiare e di tutta una serie di fattori, in particolare di natura fattuale, emotiva, psicologica, materiale e medica, e abbiano effettuato una valutazione equilibrata e ragionevole dei rispettivi interessi di ogni persona, con la costante preoccupazione di determinare quale dovrebbe essere la soluzione migliore per il minore sottratto, nel quadro di una richiesta di rimpatrio dello stesso nel paese d'origine (vedi *Maumousseau e Washington*, succitato, § 74)...”

cogliere, in concreto, la posizione della Corte EDU rispetto all'interesse di cui qui si discorre.

Si coglie, anzitutto, un preciso riferimento agli *obblighi positivi* ricadenti sugli Stati contraenti i quali, rispetto alla salvaguardia del diritto al rispetto della vita privata e familiare- riferibile tanto ai figli che ai genitori- devono essere interpretati “alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite e della Convenzione dell’Aja”.

La Corte EDU, in altri termini, è ben consapevole che il superiore interesse del minore non trova spazio testuale nell’art. 8, ma non per questo pensa e vuole eliderne la portata e l’efficacia aprendosi, in questo modo, agli strumenti internazionali che si sono di più caratterizzati in termini di protezione dell’infanzia ed imponendo un’interpretazione della CEDU che non può prescindere da quei parametri e che, dunque, diventa interpretazione della CEDU “*convenzionalmente conforme*”.

Accanto a questo obbligo di *interpretazione orientata* dell’art. 8 CEDU agli strumenti sovranazionali che contemplano tale interesse si staglia, in maniera non meno incisiva, il ruolo della Corte EDU che, nei casi in cui si discute di sottrazione internazionale dei minori, è “...competente a riesaminare la procedura seguita dai tribunali nazionali, in particolare ad accertare se tali tribunali, nell’applicare e nell’interpretare le disposizioni della Convenzione dell’Aja, abbiano assicurato le garanzie della Convenzione e in particolare quelle di cui all’art. 8”.

Si tratta, a ben considerare, di un *riesame* particolarmente penetrante ⁽¹⁵⁾, volto a verificare se le autorità nazionali “*che spesso hanno il vantaggio del rapporto diretto con le persone interessate*” abbiano raggiunto “*un equo equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco- quelli del minore, quelli dei due genitori e quelle dell’ordine pubblico- entro il margine di apprezzamento concesso agli Stati in tali materie, tenendo in mente, comunque, che l’interesse superiore del minore deve essere la considerazione principale*”.

Si tratta di due aspetti estremamente rilevanti, poiché il primo sancisce, in maniera netta, la centralità del giudice nazionale rispetto alla delicata verifica alla quale è tenuto mentre il secondo dimostra ancora una volta, come il carattere “primario” dell’interesse del minore non vada inteso come

⁽¹⁵⁾ Di ciò si ha la misura al punto 92 della stessa decisione, allorché la Corte chiarisce che “...non è suo compito prendere il posto delle competenti autorità nell’esaminare se vi sarebbe il grave rischio di esporre Marko a un danno psicologico o fisico, ai sensi dell’articolo 13 della Convenzione dell’Aja, in caso di rimpatrio dello stesso in Italia. Comunque la Corte è competente ad accertare se i tribunali italiani, nell’applicazione e nell’interpretazione delle disposizioni della Convenzione e del Regolamento, abbiano assicurato le garanzie previste all’articolo 8 della Convenzione, tenendo conto in particolare dell’interesse superiore del minore”.

impossibilità di operare il bilanciamento con riguardo agli altri interessi che pure coinvolgono il minore.

Ma è estremamente importante ciò che secondo la Corte EDU i tribunali nazionali devono compiere per garantire il corretto bilanciamento degli interessi in gioco e il superiore interesse del minore.

Ed infatti, alla Corte EDU spetta il compito di garantire che il processo decisionale del tribunale sia stato equo e abbia consentito agli interessati di presentare il loro caso in modo completo, dovendo a tal fine “accertare se i tribunali nazionali abbiano svolto un’analisi approfondita dell’intera situazione familiare e di tutta una serie di fattori, in particolare di natura fattuale, emotiva, psicologica, materiale e medica, e abbiano effettuato una valutazione equilibrata e ragionevole dei rispettivi interessi di ogni persona, con la costante preoccupazione di determinare quale dovrebbe essere la soluzione migliore per il minore sottratto, nel quadro di una richiesta di rimpatrio dello stesso nel paese d’origine” — p. 85 sent. *Šneerson e Campanella c. Italia* —.

Il passaggio è di assoluta centralità, mettendo in evidenza quanto il ruolo del giudice — in questo caso del giudice minorile — sia centrale nella verifica del superiore interesse del minore e quanto tale ruolo non possa prescindere da una verifica concreta di tutti i fattori che, secondo l’art. 13 lett. b) della Convenzione de l’Aja, possono costituire elementi tali da impedire il rientro del minore illecitamente sottratto. In questa direzione si è orientata, di recente, la Corte di cassazione (v., diffusamente, Cass.24 luglio 2023, n.22022).

Ma accanto alla centralità del giudice nazionale emerge, con tratti singolari, il controllo non meno incisivo che la Corte EDU ritiene di dover compiere sull’operato nazionale.

Quest’attività di penetrante verifica sul modo con il quale il giudice nazionale si è autenticamente fatto garante del superiore interesse del minore scandagliando a fondo ogni aspetto fattuale capace di evidenziare possibili pregiudizi in relazione alle condotte di sottrazione e di rientro si approfondisce ulteriormente al successivo punto 93 della sentenza *Šneerson e Campanella c. Italia* allorché la Corte osserva “...che l’argomentazione contenuta nelle decisioni dei tribunali italiani era piuttosto inadeguata, in quanto i tribunali italiani nelle loro decisioni non si sono occupati dei rischi individuati dalle autorità lettone.” Nella verifica di cui si è detto, dunque, la Corte europea ha passato in rassegna le conclusioni contenute nel rapporto del Tribunale per l’affidamento lettone, la consulenza tecnica dello psicologo e la sentenza del Tribunale distrettuale di quel Paese per affermare che le stesse

“non sono state esplicitamente menzionate in nessuna delle due sentenze” (16).

Ci si è qui soffermati sugli aspetti peculiari della vicenda, scorgendo dagli stessi una linea di confine fra ciò che il giudice nazionale — di merito e di legittimità — deve compiere per salvaguardare l’interesse del minore, fino al punto da paralizzare il rientro del minore e, per altro verso, il controllo che la Corte EDU può essere chiamata a svolgere.

È dunque assai chiaro che la Corte EDU, proprio in ragione della particolare rilevanza assegnata agli obblighi positivi di protezione dei diritti di matrice convenzionale ed alla rilevanza degli interessi in gioco per le ricadute che le decisioni assunte dalle autorità nazionali potranno avere in futuro sul minore sulle relazioni che questi avrà con i familiari, se non arriva a sostituirsi alle autorità nazionali, di certo si affianca in modo rilevante a queste ultime nell’attività di verifica di eventuali violazioni.

Ciò che rappresenta dunque una ragione in più per i giudici nazionali di orientare il proprio operato secondo una lettura delle disposizioni convenzionalmente orientata.

5. Gli obblighi positivi in materia penale

Il diritto alla vita, tutelato dall’art. 2 CEDU, come l’art. 3 CEDU in tema di tortura e divieto di trattamenti disumani o degradanti, appartengono al c.d. nocciolo duro della Convenzione, essi contemplando prerogative che ogni Paese aderente deve sempre e comunque garantire, essendosi in presenza di valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d’Europa (17).

(16) Il fatto che “...I tribunali italiani non hanno fatto riferimento ai rapporti dei due psicologi redatti in Lettonia su richiesta del rappresentante dei ricorrenti e su cui si sono poi basati i tribunali lettoni” rappresenta una mancanza grave agli occhi della Corte. Né, proseguono i giudici di Strasburgo, i tribunali italiani avevano citato i pericoli potenziali per la salute del minore che erano stati individuati in questi rapporti”; tanto incrinava la solidità della decisione dei giudici italiani, i quali se “... avessero giudicato i rapporti inattendibili, essi avrebbero certamente avuto la possibilità di chiedere il rapporto di uno psicologo di propria scelta.” La Corte EDU non manca nemmeno di stigmatizzare il contegno delle autorità italiane che, quanto alla residenza che il padre del minore proponeva come abitazione dopo il rimpatrio in Italia, “non hanno fatto alcuno sforzo per accertare se essa fosse un’abitazione idonea per un minore in tenera età”, anzi addebitando agli stessi il fatto che “l’abitazione non è stata ispezionata, né dai tribunali né da un’altra persona di loro scelta.” Per queste ragioni la Corte ha escluso che “le autorità italiane abbiano valutato sufficientemente la gravità delle difficoltà che M... avrebbe probabilmente incontrato in Italia”.

(17) Cfr. Corte EDU, 27 settembre 1995, *Mc Cann e altri c. Regno Unito*; Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02, § 49; Corte EDU, 9 novembre 2006,

Non si manca di sottolineare che l'art. 2 CEDU deve essere interpretato ed applicato in modo da offrire una protezione concreta ed effettiva — sent. *Luluyev*, cit. p. 76 —.

Viene spesso ribadito che la prima frase dell'articolo 2 § 1 CEDU costringe lo Stato non soltanto ad astenersi dal procurare volontariamente ed illegalmente la morte, ma anche a prendere, nell'ambito del suo ordinamento giuridico interno, le misure necessarie alla tutela della vita delle persone sotto la sua giurisdizione ⁽¹⁸⁾.

In questa prospettiva la CEDU impone allo Stato il dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita, predisponendo un quadro giuridico e amministrativo non soltanto capace di operare in funzione dissuasiva rispetto alla possibile commissione di azioni dannose in danno della persona, ma altresì basato su un meccanismo d'applicazione concepito per prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni.

Per tali ragioni si afferma in dottrina che gli artt. 2 e 3 CEDU pongono a carico degli Stati contraenti l'obbligo primario di salvaguardare la vita e l'integrità psico-fisica della persona mediante l'introduzione di una legislazione penale effettiva che punisca con sanzioni adeguate le condotte lesive di tali beni e che sia sostenuta da un sistema di attuazione coattiva del diritto in grado di assicurare la prevenzione e la repressione di eventuali offese, siano esse poste in essere da soggetti pubblici o da soggetti privati ⁽¹⁹⁾.

In questa cornice si inseriscono numerosi precedenti della Corte EDU in tema di responsabilità del sanitario per *malpractice* ⁽²⁰⁾, dello Stato in tema di

Luluyev c. Russia, § 76; Corte EDU, 23 agosto 2009, *Giuliani e Gaggio c. Italia*- ric. n. 23458/02 -, Corte EDU, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, 28 marzo 2000, *Kiliç c. Turchia*, ric. n. 22492/93, § 62.

⁽¹⁹⁾ Così, espressamente, A. SACCUCCI, *Gli obblighi positivi di protezione della salute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti dell'uomo, Cronache e battaglie*, n. 3/2011, 15. V. anche V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Archivio penale*, 17 settembre 2020.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, 8 febbraio 2022, *Botoyan v. Armenia*, ric. 5766/17, in *Biodiritto.it*. Con tale pronunzia la Corte EDU ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU nei confronti dell'Armenia, rilevando l'assenza di rimedi giudiziari adeguati a garantire il risarcimento del danno in favore della vittima in un caso di malasanità. Corte EDU, Grande Camera, *VaVrička e a. c. Re.Ceca*, 8 aprile 2021, 282: "In this respect it is relevant to reiterate that the Contracting States are under a positive obligation, by virtue of the relevant provisions of the Convention, notably Articles 2 and 8, to take appropriate measures to protect the life and health of those within their jurisdiction (see *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, Reports of Judgments and Decisions 1998-III; *Budayeva and Others v. Russia*, nos. 15339/02 and 4 others, §§ 128-30, ECHR 2008 (extracts); *Furdík v. Slovakia* (dec.), no. 42994/05, 2 December 2008, with further references; *Hristozov and Others*, cited above, §§ 106 and 116; *İbrahim*

vaccinazioni — particolarmente attuali nell’era post Covid ⁽²¹⁾ — e di ambiente ⁽²²⁾.

In questo contesto si inserisce il tema delle condotte che lo Stato è tenuto ad adottare in caso di accertato rischio imminente di esposizione a pericolo del bene vita per effetto di azioni di privati.

Il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Osman c. Regno Unito* ⁽²³⁾, in occasione del quale la Corte EDU valutò la condotta dello Stato contraente che non aveva adottato misure idonee ad impedire l’uccisione di un padre e di suo figlio da parte di un soggetto che aveva più volte manifestato condotte ossessive nei confronti dello stesso nucleo familiare.

La Corte EDU ha così ritenuto di misurare il grado di responsabilità dello Stato sulla prevedibilità degli atti lesivi in danno di un individuo e sulla

Keskin v. Turkey, no. 10491/12, § 62, 27 March 2018; and *Kotilainen and Others v. Finland*, no. 62439/12, §§ 78 et seq., 17 September 2020). Similar obligations arise under other widely accepted international human rights instruments, further developed in the practice of the competent monitoring bodies (see, regarding the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, paragraphs 129-131 above; regarding the Convention on the Rights of the Child, paragraphs 132-134 above; and regarding the European Social Charter, paragraphs 137-140 above).” V. comunicato della Corte EDU sul ricorso proposto da alcuni cittadini francesi volto ad ottenere anche l’adozione di misure provvisorie — disattese dalla Corte EDU — per i dedotti effetti negativi dei vaccini anti covid sulla salute — http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/GIURISPRUDENZA_2020/CEDU-com.-25-08-2021.pdf.

⁽²¹⁾ Corte EDU, Grande Camera, *VaVříčka e a. c. Re.Ceca*, 8 aprile 2021, 282: “In this respect it is relevant to reiterate that the Contracting States are under a positive obligation, by virtue of the relevant provisions of the Convention, notably Articles 2 and 8, to take appropriate measures to protect the life and health of those within their jurisdiction (see *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; *Budayeva and Others v. Russia*, nos. 15339/02 and 4 others, §§ 128-30, ECHR 2008 (extracts); *Furdík v. Slovakia* (dec.), no. 42994/05, 2 December 2008, with further references; *Hristozov and Others*, cited above, §§ 106 and 116; *İbrahim Keskin v. Turkey*, no. 10491/12, § 62, 27 March 2018; and *Kotilainen and Others v. Finland*, no. 62439/12, §§ 78 et seq., 17 September 2020). Similar obligations arise under other widely accepted international human rights instruments, further developed in the practice of the competent monitoring bodies (see, regarding the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, paragraphs 129-131 above; regarding the Convention on the Rights of the Child, paragraphs 132-134 above; and regarding the European Social Charter, paragraphs 137-140 above).” V. comunicato della Corte EDU sul ricorso proposto da alcuni cittadini francesi volto ad ottenere anche l’adozione di misure provvisorie — disattese dalla Corte EDU — per i dedotti effetti negativi dei vaccini anti covid sulla salute — http://www.lavorosi.it/fileadmin/user_upload/GIURISPRUDENZA_2020/CEDU-com.-25-08-2021.pdf.

⁽²²⁾ S. RUPE, *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, in *europenrights.eu*; A. GALANTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sulla tutela dell’ambiente: approdi, prospettive e portata precettiva*, in *Questionegiustizia*, 4 marzo 2022.

⁽²³⁾ Corte EDU, 18 ottobre 1998, [GC], *Osman c. Regno Unito*.

ragionevolezza delle misure da adottare per impedire la ‘materializzazione del rischio’ — Corte EDU, *Osman*, cit., §116 —.

Un’ulteriore declinazione fra le più rilevanti del diritto alla vita di matrice convenzionale, sempre sul versante degli obblighi positivi di natura procedurale, è quella che si esprime *nell’obbligo di inchiesta effettiva* sulle circostanze che hanno cagionato la morte cagionata da terzi.

L’obbligo di proteggere il diritto alla vita imposto dall’articolo 2 CEDU, combinato con il dovere generale che incombe sullo Stato in virtù dell’articolo 1 CEDU di « riconoscere ad ogni persona sotto la sua giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella (...) Convenzione », implica ed esige di condurre una forma di indagine efficace quando il ricorso alla forza abbia comportato la morte di un uomo. Una simile inchiesta deve aver luogo in ogni caso in cui vi è stata la morte di un uomo a seguito del ricorso alla forza, sia che gli autori siano agenti dello Stato che terze persone ⁽²⁴⁾.

In particolare, secondo la Corte le investigazioni devono essere approfondite, imparziali e rigorose — Corte EDU, *McCan*, cit., §§ 161-163, e Corte EDU, 8 luglio 1999, *Çakıcı c. Turchia* [GC], ric. n. 23657/94, § 86 —.

Le stesse, per di più, devono svolgersi in un tempo ragionevole — Corte EDU, 9 dicembre 2014, *McDonnell c. Regno Unito*, §§ 86/90 —.

La Corte EDU non ha mancato di chiarire che la natura e il livello dell’esame del caso deve rispondere al criterio minimo di *effettività dell’indagine*, pur dipendendo dalle circostanze della fattispecie che impongono una valutazione in base a tutti i fatti pertinenti e tenuto conto delle realtà pratiche dell’attività d’indagine.

In linea generale, affinché l’inchiesta possa essere considerata « effettiva » è necessario che le persone che ne sono responsabili e quelle che effettuano le investigazioni siano indipendenti da quelle coinvolte negli eventi. Questo non soltanto presuppone la mancanza di qualsiasi legame gerarchico o istituzionale, ma anche un’indipendenza pratica ⁽²⁵⁾.

Lo Stato assume, in simili casi, un obbligo di mezzi, non di risultato. Le autorità devono avere adottato tutte le misure ragionevoli a loro disposizione per essere sicure di ottenere prove relative ai fatti in questione.

La particolare profondità della tutela riconosciuta al diritto alla vita impone, poi, l’esigenza di celerità e di ragionevole diligenza nella conduzione

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Tahsin Acar c. Turchia* [GC], ric. n. 26307/95, § 220, Corte EDU, *Steliana Varban c. Italia*, 23 ottobre 2012 – ric. n. 19661/05.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, 15 maggio 2007, *Ramsabai e altri c. Paesi Bassi* [GC], ric. 52391/99, § 325; Corte EDU, 4 maggio 2001, *McKerr c. Regno Unito*, ric. n. 28883/95, § 128; Corte EDU, 4 maggio 2001, *Hugh Jordan c. Regno Unito*, ric. n. 24746/94, § 120; Corte EDU, 24 aprile 2003, *Aktaş c. Turchia*, ric. n. 24351/94, § 301.

delle relative investigazioni (Corte EDU, 2 settembre 1998, *Yaşa c. Turchia*, §§ 102-104).

L'esistenza — possibile o addirittura prevedibile in relazione alla delicatezza delle vicende — di ostacoli o difficoltà che impediscono all'indagine di progredire in una situazione particolare non elide la necessità che, in caso di indagine sul ricorso alla forza omicida, vi sia una rapida risposta delle autorità, questa dovendosi ritenere essenziale per preservare la fiducia del pubblico nel rispetto del principio di legalità e per evitare qualsiasi parvenza di complicità o tolleranza relativamente ad atti illegali.

Per le stesse ragioni, secondo la Corte EDU il pubblico deve avere un sufficiente diritto di controllo sull'inchiesta o sulle sue conclusioni, di modo che la responsabilità possa essere messa in causa sia in pratica che in teoria. Il richiesto livello di controllo del pubblico può variare da una situazione all'altra. In tutti i casi, tuttavia, i parenti della vittima devono poter partecipare alla procedura nella misura necessaria alla tutela dei loro interessi legittimi.

Per questi motivi il riconoscimento di qualsiasi lacuna dell'indagine che ne indebolisca la sua capacità di stabilire la causa del decesso o le persone responsabili rischia di far concludere che essa non è compatibile con l'art. 2 CEDU ⁽²⁶⁾.

6. Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia* come *leading case* in materia di contrasto alle violenze di genere

Il caso *Talpis c. Italia* — Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14 — può definirsi centrale per l'accresciuta sensibilità prodotta in ambito interno sulla necessità di apprestare in favore delle vittime vulnerabili tutele penali efficaci, dissuasive e protettive capaci in concreto di evitare effetti irreparabili sui beni personali aggrediti dagli autori di condotte violente.

La Corte EDU è stata chiamata ad esaminare il ricorso di una donna moldava che, lamentando la violazione degli artt. 2, 3 e 14 CEDU — in relazione agli artt. 2 e 3 cit. —, aveva prospettato la responsabilità del nostro paese per non avere impedito le condotte commesse dal marito che, dopo vari episodi di violenza perpetrati in danno del coniuge, aveva ucciso il figlio, intervenuto per difendere la madre e tentato di uccidere la donna.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, 23 gennaio 2003, *Aktaş* - ric. 24351/94 - § 300.

La Corte EDU, muovendosi sulle linee fissate nei casi *Osman c. R.Unito*, cit. e *Opuz c. Turchia* ⁽²⁷⁾, ha riconosciuto la violazione degli artt. 2 e 3 CEDU, rilevando che nei confronti dei soggetti vulnerabili, fra i quali vanno inseriti i minori e in generale i soggetti che subiscono violenze domestiche, lo Stato ha l'obbligo di apprestare misure capaci di salvaguardare in modo efficace i beni supremi della vita e dell'integrità delle persone quando vi è un rischio immediato e reale che quei diritti possano essere aggrediti. E se la Corte EDU non è titolata a valutare la misura adottata dai singoli Stati per garantire il rispetto dell'obbligo positivo, la stessa è comunque tenuta a verificare che dette misure siano effettive e prontamente attuate.

La Corte EDU ha stigmatizzato il fatto che nessuna misura di protezione era stata adottata nei confronti della donna e del figlio minore nei sette mesi successivi alla circostanziata denuncia inoltrata alle forze dell'ordine e corredata da perizia medica, tanto che il P.M., a causa dell'inerzia dell'autorità delegata in via urgente, aveva nuovamente richiesto un supplemento di indagini, in esito al quale la donna era stata ascoltata il mese successivo — in quella circostanza, peraltro, ridimensionando le accuse all'indirizzo del marito —.

Orbene, secondo la Corte EDU la situazione di particolare vulnerabilità nella quale si era trovata la donna — già vittima di violenze fisiche e psicologiche, costretta ad abbandonare il domicilio ed a trovare riparo in un centro di accoglienza — unitamente all'assenza di misure protettive adottate in quell'ampio lasso di tempo, durante il quale il procedimento penale relativo alle lesioni era proseguito, mentre era stato archiviato quello relativo al delitto di maltrattamenti, avevano comunque determinato un quadro idoneo a garantire l'impunità del marito rispetto a condotte aggressive del bene vita. L'aver così omesso ogni ponderazione dei rischi ai quali la donna ed il figlio avrebbero potuto andare incontro era tale da cagionare la violazione dei parametri convenzionali dalla stessa invocati.

Peraltro, il fatto che le forze dell'ordine fossero intervenute, su richiesta della ricorrente, per ben due volte poche ore prima dell'omicidio e del tentato omicidio, riscontrando non solo l'ubriachezza del marito, ma anche l'effrazione di una porta e le condizioni dell'immobile ove dimorava la donna, rendeva evidente la negligenza dell'autorità di polizia, ben a conoscenza della situazione concreta e dunque capace di individuare la gravità ed imminenza del rischio di aggressione ai beni della vita e dell'integrità fisica al quale erano sottoposti i soggetti coinvolti.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, 9 giugno 2009, ric. n. 33401/02, su cui v. VIVIANI, *Violenza domestica, discriminazione e obblighi degli Stati per la tutela delle vittime: il caso Opuz dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2009, n. 3, 671 ss.

Analoghe considerazioni sono state espresse dalla Corte EDU con riguardo alla violazione dell'art. 3 CEDU, ricondotta alla mancata adozione di misure idonee ad accertare le gravi condotte di maltrattamento perpetuate in danno della ricorrente ⁽²⁸⁾ ed a prevenire ulteriori forme di maltrattamenti in danno dei soggetti vulnerabili — in quanto vittime di violenze domestiche —. Nella medesima direzione è stato ritenuto decisivo il tempo trascorso dalla condanna per lesioni personali aggravate emessa a tre anni di distanza dai fatti, anch'esso indice di ineffettività della tutela accordata alla vittima.

La Corte EDU ha infine riconosciuto a carico dello Stato italiano la violazione del combinato disposto di cui agli artt. 14, 2 e 3 CEDU ritenendo integrata, nel caso di specie, una forma di discriminazione indiretta fondata sul sesso.

La Corte EDU ha ritenuto che la mancata protezione, da parte dello Stato, delle donne vittime di violenza domestica integra la violazione del loro diritto ad un'uguale tutela da parte della legge, aggiungendo che l'attività omissiva della polizia in ordine alla repressione di tali fenomeni ingenera una recrudescenza dei delitti, configurando un effetto discriminatorio in danno delle donne, vieppiù rafforzato da alcuni rapporti resi dal Comitato Cedaw ⁽²⁹⁾ e dall'ISTAT, dai quali era emersa la persistente esistenza di condotte di femminicidi e di violenze domestiche in danno delle donne, unito ad un clima sociale di persistente tolleranza nei riguardi di tali fenomeni. Documenti, questi ultimi, non contestati dallo Stato italiano che denotavano, conseguentemente, la violazione del parametro convenzionale di cui all'art. 14 CEDU.

In verità, la sentenza *Talpis c. Italia* si gioca tutta sul tema della prevedibilità del rischio imminente di aggressione nei riguardi dei beni inviolabili di vita e integrità fisica e di adozione di misure idonee ad impedire che quel rischio possa sfociare in una concreta aggressione, c.d. *test Osman*.

Si tratta, del resto, di un punto assai delicato, rispetto al quale la Corte, a partire dal caso *Osman*, sembra stabilmente attestata su criteri che non impongono oneri sproporzionati e irragionevoli alle autorità statali.

La posizione della Corte, in termini generali, è stata indicata da Corte dir. uomo, 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia* — ric. n. 28634/06 —, p. 104 ss. ove si è osservato che “...L'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere fondamentale di assicurare il diritto alla vita creando una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona e pog-

⁽²⁸⁾ Per la ricorrenza dei quali v. Corte EDU, 28 maggio 2013, ric.n.3564/11, *Eremia c. Moldavia*; Corte EDU, 25 marzo 1993, *Costello Roberts c. Regno Unito*, ric. n. 13134/85.

⁽²⁹⁾ Rapporto sull'Italia del 26 luglio 2011, in <http://www2.obchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ITA-CO-6.pdf>.

giando su di un meccanismo di applicazione concepito per prevenirne, reprimere e sanzionare le violazioni (*Natchova e altri c. Bulgaria [GC]*, nos 43577/98 e 43579/98, § 160, CEDH 2005-VII). Così, in alcune circostanze ben definite, l'articolo 2 può porre a carico delle autorità l'obbligo positivo di adottare preventivamente misure di ordine pratico per proteggere l'individuo la cui vita è minacciata da comportamenti criminali altrui (*Mastromatteo succitata*, § 67 infine, *Branko Tomasić e altri c. Croazia*, no 46598/06, § 50, 15 gennaio 2009, e *Opuz c. Turchia*, no 33401/02, § 128, 9 giugno 2009). 105. Tuttavia ciò non significa che da tale disposizione si possa dedurre un obbligo positivo di impedire qualsiasi potenziale violenza. Tale obbligo deve essere interpretato in modo tale da non imporre alle autorità un onere insopportabile o eccessivo, tenendo conto delle difficoltà che la polizia riscontra nell'esercitare le sue funzioni nelle società contemporanee e anche della imprevedibilità del comportamento umano e delle scelte operative che debbono essere effettuate in termini di priorità e di risorse (*Osman succitata*, § 116). 106. Pertanto, non ogni addotta minaccia contro la vita obbliga le autorità, per quanto riguarda la Convenzione, ad adottare misure concrete per prevenirne la realizzazione. La Corte ha affermato che sorge un obbligo positivo ove sia stabilito che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere che esisteva una minaccia reale e immediata per la vita di uno o di più individui e che esse, nell'ambito dei loro poteri, non hanno adottato le misure che ragionevolmente avrebbero senza dubbio avviato a questo rischio”.

Il punto è dunque di verificare in che modo i *principia* espressi dalla Corte EDU trovino applicazione nella singola vicenda all'esame della Corte o, eventualmente, del giudice nazionale in un caso omologo.

In conclusione, come già abbiamo in altra occasione sottolineato⁽³⁰⁾, il modo più efficace per dare esecuzione alla sentenza *Talpis* nelle vicende similari che purtroppo e drammaticamente continuano a presentarsi nell'attuale contesto sociale soprattutto nel nostro paese dovrebbe essere quello di sensibilizzare le autorità di polizia e giudiziarie in ordine alla posizione della Corte EDU a proposito degli obblighi di protezione del bene vita ed integrità personale che incombono sullo Stato.

In questa chiave di analisi la sentenza *Opuz c. Turchia* alla quale si è pure ispirata la sentenza *Talpis* sembra promuovere fortemente una visione universale dei diritti delle donne vittime di violenza e delle misure capaci di contenerle, tanto da essere stata richiamata dalla Corte interamericana per i

⁽³⁰⁾ V., volendo, R. CONTI, *Violenze in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere*. Corte Edu, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14 (non definitiva), in *Questionegiustizia*, 23 marzo 2017.

diritti umani nel noto caso Corte interam. dir. um., 19 novembre 2009, *González y e altri c. Messico* ⁽³¹⁾.

Ciò peraltro dimostra quanto sia complicato il ruolo del giudice nazionale, soprattutto quando è chiamato a dover bilanciare diritti fondamentali che trovano comunque protezione all'interno della CEDU.

Plastica dimostrazione di quanto appena espresso si trova in un recente caso esaminato dalla Corte EDU, nel quale il ricorrente, attinto dalla misura dell'ammonimento adottata dal Questore per condotte di stalking aveva vanamente chiesto innanzi al giudice amministrativo l'annullamento della misura sostenendo di non avere avuto avviso dell'inizio del procedimento nonché il pregiudizio collegato alla natura permanente dell'ammonimento, senza che fosse possibile individuare un rimedio interno volto ad eliminarne gli effetti.

In tale circostanza, Corte EDU, 22 giugno 2023, *Giuliano Germano c. Italia* — ric. n. 10794/2012 ⁽³²⁾ — ha condannato il nostro paese per violazione dell'art. 8 della CEDU.

Al di là dei tanti e delicati profili di interesse che la pronunzia offre — anche in ragione dell'opinione concorrente del Giudice Sabato in ordine alle possibili ripercussioni negative che la pronunzia potrebbe produrre sul sistema di protezione delle vittime — spicca, ai fini della presente indagine, l'affermazione della Corte EDU che nel ribadire l'esistenza di un obbligo positivo in caso agli Stati di salvaguardare la persona vulnerabile da condotte violente ⁽³³⁾, non ha mancato di affermare la violazione dell'art. 8 CEDU, sul piano procedurale, in danno del soggetto destinatario dell'ammonimento,

⁽³¹⁾ In http://www.corteidb.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, § 396.

⁽³²⁾ Sulla sentenza v., di recente. D. ALBANESE, *Ammonimento del questore in materia di stalking: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU. "Molti passi indietro nel contrasto alla violenza di genere"?*, in *Sistema penale*, 3 luglio 2023; C. MORINI, *Quo vadis favor victimae? Ovvero, di quella volta in cui la corte europea dei diritti dell'uomo ha operato un pericoloso détournement dal suo acquis in materia di contrasto alla violenza contro le donne: il caso G. Germano c. Italia*, in *SIDIblog*, 14 luglio 2023, <http://www.sidiblog.org/2023/07/14/quo-vadis-favor-victimae-ovvero-di-quella-volta-in-cui-la-corte-europea-dei-diritti-dell-uomo-ha-operato-un-pericoloso-detournement-dal-suo-acquis-in-materia-di-contrasto-alla-violenz-a-contr/>.

⁽³³⁾ Cfr. sent. *Giuliano Germano c. Italia*, cit., 125: The Court reiterates that the right to be heard is an important procedural safeguard which must be implemented in accordance with the nature and purpose of the measure to be adopted (see paragraphs 112-13 above) which, in the present case, is preventing the reiteration of stalking behaviours, in accordance with the obligations enshrined in the Istanbul Convention (see paragraphs 55-56 and 115 above). Accordingly, the Court reiterates that in cases raising issues of domestic violence States have positive obligations under Articles 2, 3 and 8 of the Convention to take preventive operational measures to protect victims, or potential victims, from real and immediate risks to their life and from breaches of their physical and psychological integrity (see, among many

non avendo offerto al ricorrente, in assenza di dimostrate ragioni di urgenza, la possibilità di essere previamente ascoltato dall'autorità amministrativa, né avendo l'autorità amministrativa indicato in maniera esaustiva le ragioni poste a fondamento dell'ingerenza nella vita privata e familiare del ricorrente, essendo infine mancato un effettivo controllo giurisdizionale sui presupposti legittimanti l'ammonimento ⁽³⁴⁾.

Ciò che vieppiù dimostra quanto sia delicata l'attività riservata al giudice nazionale, soprattutto quando in gioco vi sono operazioni di bilanciamento fra diritti fondamentali. E ciò soprattutto quando può essere urticante proteggere un diritto fondamentale se esso si intreccia con altro valore fondamentale facente capo a persona vulnerabile. Sicché trovare il corretto punto di equilibrio fra i diritti in gioco richiede particolari doti di conoscenza e consapevolezza dei valori in gioco.

7. Gli obblighi positivi relativi alla condizione carceraria. La sentenza pilota *Torreggiani c. Italia*

Con riferimento al tema del sovraffollamento carcerario Corte dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, — ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10 —, p. 65, ricorda che "... l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente.

Poco tempo prima, Corte dir. uomo, 7 febbraio 2012 — Ricorso n. 2447/05, *Damiani c. Italia*, ove si è chiarito che "...trattandosi di persone

others, *Kurt v. Austria* [GC], no. 62903/15, §§ 177-89, 15 June 2021, *Volodina v. Russia* (no. 2), no. 40419/19, §§ 47-49, 14 September 2021, *Malagić v. Croatia*, no. 29417/17, § 57, 17 November 2022).

⁽³⁴⁾ Cfr. 144 sent. *Giuliano Germano c. Italia*, cit.: "In the light of the above, the Court finds that the applicant was excluded from the decision-making process to a significant degree in the absence of demonstrated reasons of urgency, that the domestic authorities failed to give relevant and sufficient reasons justifying the measure and that, in view of how the Consiglio di Stato carried out the review of the matter, any safeguards it provided the applicant were limited. In sum, the domestic authorities did not afford the applicant the adequate legal protection against abuse to which he was entitled under the rule of law in a democratic society. The interference with the applicant's right to private and family life cannot therefore be said to have been "necessary in a democratic society" for the purposes of paragraph 2 of Article 8 of the Convention."

private della libertà, l'articolo 3 impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad un pericolo o ad una prova di una intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione”.

Si tratta di due precedenti che attestano, ove ancora ve ne fosse bisogno, quanto la Corte EDU individui già in alcuni parametri convenzionali — qui l'art. 3 CEDU — l'esistenza di obblighi positivi dai quali scaturiscono a carico degli Stati precisi doveri di azioni positive.

Ora, come si diceva nelle riflessioni che precedono, tali azioni positive rientrano nel margine di apprezzamento riservato allo Stato e si rivolgono, conseguentemente, a tutte le diverse articolazioni che lo Stato compongono.

Per quel che riguarda la giurisprudenza, appare evidente che ciò produca ricadute evidenti sul piano dell'interpretazione del quadro normativo interno, dovendosi ogni giudice, di merito e di legittimità, fare carico della necessità che le soluzioni espresse siano rispettose di quell'obbligo positivo che, come si è detto, sta in equilibrio fra margine di apprezzamento, teoria del c.d. *consensus* e metodo casistico con il quale la Corte EDU individua, volta per volta, il concetto e la portata degli obblighi positivi.

Ed è particolarmente rilevante come tale prospettiva sia stata ben colta dalla giurisprudenza della prima sezione penale della Corte di cassazione, con riguardo alla c.d. questione del letto a castello rispetto allo spazio minimo vitale e della esclusione, a tali fini, del letto (a castello) considerato come bene mobile incidente sul libero movimento del detenuto.

Cass. pen. n. 52819/2016, dep. 13.12.2016, *Sciuto*, muove dal dato di partenza che quanto alle modalità di computo dello spazio minimo in cella collettiva, la decisione emessa dalla Grande Camera della Corte EDU, non esprime una posizione specifica sul tema del letto, ma al contempo afferma con chiarezza che per tale va inteso lo spazio in cui il soggetto detenuto abbia la possibilità di muoversi, all'interno della cella.

Nell'esaminare un provvedimento del giudice di merito che aveva considerato l'ingombro del letto — che, secondo la Cassazione, *‘per comune esperienza è tipologicamente un letto a castello (la camera detentiva non è singola) dal peso consistente* — come computabile nello spazio minimo vitale, il giudice di legittimità, muovendosi sulle coordinate della giurisprudenza della Corte EDU, ha ritenuto che *‘...il letto a castello vada considerato come un «ingombro» idoneo a restringere per la sua quota di incidenza, lo ‘spazio vitale minimo’ all'interno della cella, contrariamente a quanto ritenuto nel provvedimento impugnato.’* A tale conclusione giunge sul presupposto che *‘...per spazio vitale minimo in cella collettiva deve intendersi quello in cui i soggetti reclusi hanno la possibilità di muoversi.’* Per tali ragioni il letto a

castello è equiparabile agli ingombri che limitano la capacità di movimento — arredi fissi ingombranti e bagno —. La finalità di 'riposo' o di 'attività sedentaria' considerata dal giudice di merito, per converso, '...non soddisfano la primaria esigenza di movimento e pertanto non possono farsi rientrare nella nozione — così come ricostruita — di spazio minimo individuale'.

Per ritenere che lo stesso letto vada escluso ai fini della determinazione dei 3 metri quadri al di sotto dei quali scatta la forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, la Cassazione ha rilevato che '...i tre metri quadri indicati come criterio di riferimento nelle decisioni emesse dalla CEDU', come spazio utile al fine di garantire il « movimento » del soggetto recluso nello spazio detentivo, esclude di poter inglobare nel computo gli arredi fissi, in ragione *dell'ingombro* che ne deriva.

Si tratta di una logica considerazione, correlata alla funzione che la nozione dello « spazio minimo vitale » assolve nel quadro della complessa ricostruzione dei parametri di un trattamento carcerario, affinché lo stesso possa essere ritenuto conforme ai contenuti dell'art. 3 Conv. Eur. Circa tale assetto interpretativo, teso ad escludere dal computo della superficie minima individuale in cella collettiva sia la parte destinata ai servizi igienici (non solo ingombrante ma destinata a funzioni diverse da quelle correlate al movimento) che quella destinata ad arredi fissi (armadietti o mensole sporgenti) non pare sussistere alcun contrasto interno in sede di legittimità, essendo gli ulteriori arresti sul tema (tra cui Sez. VII del 18.11.2015 ric. Borrelli) condizionati, nei loro esiti, dalle prospettazioni coltivate dai ricorrenti nei singoli atti di ricorso.

La Corte ha quindi ravvisato '...in rapporto alle coordinate interpretative necessarie ad orientare il giudizio di rinvio, la necessità di affermare il seguente principio di diritto: *per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie non solo lo spazio destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi ma anche quello occupato dal letto*'.

Il suddetto 'principio' è stato ritenuto dalla Cassazione penale '...conforme alla stessa evoluzione della giurisprudenza CEDU, ferma restando la necessità di tener conto del fatto che con la decisione emessa in data 20 ottobre 2016 la Grande Camera ha convalidato l'opzione interpretativa, circa le conseguenze della disponibilità di uno spazio minimo inferiore ai 3 mq., seguita nell'arresto *Muršić c. Croazia* del 12 marzo 2015 (forte presunzione di trattamento degradante, compensabile con la brevità della permanenza in tale condizione, l'esistenza di sufficiente libertà di circolazione fuori dalla cella, l'esistenza di adeguata offerta di attività esterne alla cella, le buone

condizioni complessive dell'istituto e l'assenza di altri aspetti negativi del trattamento in rapporto a condizioni igieniche e servizi forniti).⁷

La mancanza di uniformità fra precedenti della Corte ha suggerito la rimessione della questione alle Sezioni unite penali.

E proprio Cass. S.U. n. 65551/2021 ha premesso che “l’analisi dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU dimostra una progressiva presa di consapevolezza del fatto che la privazione della libertà personale non comporta, di per sé, il venir meno dei diritti riconosciuti dalla CEDU (Corte EDU, 21/02/1975, Golder c. Regno Unito) e che i diritti delle persone recluse possono essere sottoposti a restrizioni solo ove queste siano giustificate dalle normali e ragionevoli esigenze della detenzione; passando dal principio secondo cui l’art. 3 CEDU non pone a carico degli Stati contraenti solo obblighi negativi, ma anche ben più incisivi obblighi positivi, di intervento, per assicurare ad ogni individuo detenuto condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana (Corte EDU, Grande Camera, 26/10/2000, Kudla c. Poland), si afferma che le modalità di esecuzione della restrizione in carcere non devono provocare all’interessato uno sconforto e un’afflizione di intensità tale da eccedere l’inevitabile sofferenza legata alla detenzione.”

Da questa premessa, dopo un’articolata ricostruzione del diritto vivente espresso dalla Corte EDU in tema di spazio vitale del detenuto, è giunta a confermare l’indirizzo fatto proprio dalla sentenza “Magi”⁽³⁵⁾.

8. La vicenda del letto a castello come metafora del ruolo del giudice, civile e penale, rispetto agli obblighi positivi di matrice convenzionale

Orbene, la vicenda del c.d. letto a castello sembra paradigmatica per dimostrare la complessità del diritto che si pone davanti all’interprete e, con essa, i compiti onerosi demandati al giudice nazionale rispetto alla tutela di un diritto fondamentale tutelato da una pluralità di fonti primarie a loro volta oggetto di applicazione da parte di diversi plessi giurisdizionali — nazionali e sovranazionali —⁽³⁶⁾.

Si tratta di un intreccio di questioni che passano dalla vincolatività delle pronunzie della Corte EDU a prescindere dal loro carattere consolidato e di quella sicuramente rafforzata, nascente dalle c.d. sentenze

⁽³⁵⁾ L’iter argomentativo delle S.U. citate nel testo è ben sintetizzato nella *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni penali*, a cura dell’Ufficio del Massimario — M. Guerra — 2021, 495.

⁽³⁶⁾ R. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”: tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, in *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, a cura di F. Fiorentin, Torino, 2019, 609 ss.

pilota, stando ai principi espressi da Corte cost. n. 49/2015 ed oggi richiamati dalle Sezioni unite penali.

Ma ad esse si affianca quella che attiene alla incidenza di indirizzi espressi dalla Corte EDU per questioni non perfettamente sovrapponibili a quella oggetto di esame da parte del giudice nazionale. Ad entrare in gioco è infatti il delicato rapporto che intercorre per l'un verso fra Corte EDU e giudice nazionale e, per altro verso, quello che a me è sembrato essere ancora più stretto, fra Corte EDU e giudice del merito che si occupa del fatto.

È, in definitiva, la dimensione sempre più prepotentemente casistica e fattuale del diritto ⁽³⁷⁾ a dimostrare quanto il giudice sia portato a plasmare il diritto scritto verso soluzioni che *nel caso* riescano a fornire la migliore tutela possibile dei diritti coinvolti e, al contempo, la più efficace, effettiva, adeguata e proporzionata.

In tale prospettiva si potrebbe, in effetti, dubitare che spetti al giudice di legittimità fissare, con un principio di diritto, le condizioni per stabilire lo spazio minimo vitale del detenuto, ovvero se a questi sia riservato il potere di verificare la correttezza del processo logico fattuale seguito dal giudice di merito per verificare la violazione o meno dell'art. 3 CEDU nei confronti dell'istanza ⁽³⁸⁾.

A tale ultimo dubbio ha però risposto la Cassazione che ha dato continuità alla sentenza "Magi" 52819/2016, espressamente affermando che "...Il mancato rispetto dei criteri interpretativi dettati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo integra una vera e propria violazione di legge in conseguenza della tecnica redazionale dell'art. 35-terord. pen., atteso che la norma, non solo trasforma la violazione dell'art. 3 della CEDU in violazione di legge nazionale, ma lo fa recependo in toto l'interpretazione data alla norma convenzionale dalla Corte EDU; di conseguenza, anche le modalità di calcolo della superficie utile possono essere fatte oggetto del ricorso per cassazione nonostante l'impugnazione sia consentita solo per violazione di legge" ⁽³⁹⁾.

Ciò detto, entra in campo il tema dello scostamento che il giudice nazionale può realizzare rispetto a quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo per non avere quest'ultima espressamente affrontato la questione, ovvero per averla risolta in modo diverso da quello espresso dal giudice nazionale.

⁽³⁷⁾ P. GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (una post-fazione)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, 473; id., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2007, 73.

⁽³⁸⁾ V., infatti, Cass. pen., 12 dicembre 2014 n. 5697, *Ministero della giustizia*, v. anche, in senso conf., Cass. n. 53011 del 27/11/2014 Cc. (dep. 19/12/2014), *Ministero della giustizia*.

⁽³⁹⁾ Cass. pen., sez. I, 03/07/2017, (ud. 03/07/2017, dep. 18/08/2017), n. 39294, M.G.

La questione del 'letto' si mostra così in tutta la sua prorompente importanza, valicando come già si accennava i confini della rilevanza o meno di quell'arredo essenziale all'interno della cella ai fini dello spazio vitale e, invece, mostrandosi come esempio virtuale delle problematiche si porranno innanzi al giudice di sorveglianza allorché questi sarà chiamato a maneggiare il rimedio di cui all'art. 35-ter l.o.p. a tenore del quale "Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.*"

È, dunque, proprio l'inciso finale del primo comma dell'art. 35-ter a suscitare un apposito momento di approfondimento sul ruolo del giudice nazionale e, in definitiva, sulla stessa giurisprudenza della Corte EDU, nel sistema di protezione dei diritti fondamentali in chiave convenzionale.

In prima approssimazione la dottrina ha più volte sottolineato la difficoltà, per l'interprete, di misurarsi con lo smisurato campo del diritto vivente della Corte EDU, soprattutto in relazione alla natura casistica delle soluzioni offerte dal giudice di Strasburgo, al cui interno si celerebbero, secondo questa prospettiva, più di un'insidia nell'individuazione del principio, se davvero esistente, valido per il giudice nazionale quando va alla ricerca del diritto vivente di matrice convenzionale.

L'obiezione sembra potersi contenere, se solo si consideri che si tratta, in buona sostanza, delle ordinarie difficoltà che si pongono davanti al giudice moderno, chiamato ad un confronto spesso 'sovrumano' con materiali giurisprudenziali di varia estrazione. Certo, le difficoltà, come già ci è capitato di evidenziare, sono accresciute dalla mancanza di un sistema di aggiornamento organico per gli operatori. In questa direzione ha in effetti proceduto la Cassazione penale a Sezioni Unite.

Prendendo in esame l'ipotesi che il giudice nazionale abbia 'superato' la giurisprudenza della Corte EDU, offrendo un'interpretazione della giurisprudenza di Strasburgo — correlata, qui, all'individuazione di uno spazio del detenuto *funzionale* al suo movimento tale da condurlo a ritenere il letto a castello un ingombro incompatibile con tale parametro — capace di realizzare un risultato non solo inesperto dalla Corte EDU, ma anche maggiormente protettivo rispetto a quello in atto fatto proprio dalla Corte europea, l'operazione ermeneutica del giudice nazionale dovrebbe ritenersi ortodossa.

Come già ci è capitato di osservare in passato ⁽⁴⁰⁾, tutte le volte in cui la giurisprudenza di Strasburgo non ha direttamente esaminato una questione analoga a quella posta all'esame del giudice nazionale, se non può individuarsi alcun vincolo interpretativo rispetto alla Corte EDU, non può nemmeno disconoscersi il potere-dovere del giudice di operare direttamente sulla norma convenzionale secondo i canoni interpretativi che meglio ad essa si attagliano in relazione alle indicazioni offerte dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo.

Ciò in relazione ai canoni di sussidiarietà che intravedono nelle autorità nazionali e, tra queste, nelle Corti giudiziarie il vero e proprio "motore" della CEDU e che l'Italia, insieme agli altri Paesi contraenti, ha ribadito proprio in occasione della Conferenza di Bruxelles del 26-27 marzo 2015 sullo stato di implementazione della CEDU ⁽⁴¹⁾, ormai sostanzialmente protesa, con il pieno consenso dei Paesi contraenti, a rimandare alle giurisdizioni nazionali la competenza di decidere vicende per le quali si è pronunziata la Corte di Strasburgo, anche se non vi sia una giurisprudenza della Corte EDU e vi sia un solo precedente ⁽⁴²⁾.

L'assenza di una giurisprudenza specifica della Corte di Strasburgo nella materia oggetto di esame non può mai avere come effetto l'impossibilità per il giudice comune nazionale di operare un'interpretazione convenzionalmente orientata, risultando comunque dovuto l'obbligo del primo di conformarsi alla CEDU sempre che egli ravvisi la possibilità di applicare dei

⁽⁴⁰⁾ V., volendo, R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it. Per tali ragioni, commentando Corte cost. n. 49/2015, avevamo espresso più di un dubbio sul fatto che la CEDU potesse applicarsi solo in presenza di una giurisprudenza consolidata della Corte EDU rilevando che se il messaggio espresso da tale sentenza fosse stato nel senso che la CEDU va disapplicata soltanto se: *a*) la Corte europea non si è pronunziata sulla vicenda concreta; *b*) si è pronunziata su un caso simile che non è identicamente sovrapponibile ad altri affrontati in modo "dubbio", avrebbe davvero ragione chi, all'indomani di Corte cost. sent. n. 49/2015, ha preconizzato un senso di smarrimento da parte del giudice comune-cfr. CONTI R., *La CEDU assediata*, cit.-

⁽⁴¹⁾ High-level Conference on the "Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility", in <http://justice.belgium.be/fr/binaries/DeclarationENtcm421-265137.pdf>.

⁽⁴²⁾ In tali occasioni si è infatti riconosciuta la piena operatività della CEDU *prima* che la Corte di Strasburgo sia chiamata valutare gli eventuali ricorsi individuali, specificamente riconoscendo il ruolo del "giudiziario". In questa prospettiva si è *riaffermato*, da parte di tutti gli Stati contraenti -e dunque anche dell'Italia- che "...the primary responsibility of the States Parties to ensure the application and effective implementation of the Convention and, in this regard, reaffirms that the national authorities and, in particular, the courts are the first guardians of human rights ensuring the full, effective and direct application of the Convention — in the light of the Court's case law — in their national legal system, in accordance with the principle of subsidiarity." — enfasi aggiunta... — .

principi che ritiene conferenti al caso posto al suo cospetto, magari perché applicati in casi analoghi anche se in un altro Stato contraente ⁽⁴³⁾. Il che assume particolare significato quando debba ritenersi uno specifico obbligo positivo delle autorità nazionali a salvaguardare un diritto di matrice convenzionale e quando occorra ricostruire i passaggi della giurisprudenza consolidata.

È così evidente che il ruolo del giudice comune sia destinato ad accrescersi, quest'ultimo contribuendo, nella sua veste di 'giudice comune della CEDU' a fornire, mediante adeguata motivazione, una risposta alla vicenda compatibile con quello che gli appare essere il quadro dei principi convenzionali — e costituzionali —.

9. Conclusioni

È dunque possibile svolgere una considerazione finale e riassuntiva sul ruolo centrale assunto dagli obblighi positivi di matrice convenzionale per il sistema di protezione dei diritti fondamentali nei paesi che aderiscono alla CEDU.

Si tratta, a ben considerare, di una valvola di sicurezza di matrice essenzialmente giurisprudenziale che si risolve in un ispessimento notevole del ruolo delle autorità nazionali, alle quali la CEDU ed il giudice che la interpreta attribuiscono un ruolo essenziale nello sviluppo e nella protezione effettiva dei diritti fondamentali.

Non può ritenersi un caso, allora, che il recente disegno di legge n. 1294 presentato alla Camera nella XIX legislatura su iniziativa governativa in materia di violenza contro le donne, nelle premesse al testo normativo che si affida all'esame del Parlamento, abbia espressamente affermato che l'intervento normativo proposto "teso a rafforzare procedure e strumenti per la tutela delle vittime di violenza,..." si impone anche alla luce del quadro normativo sovranazionale — Convenzione di Istanbul e giurisprudenza della Corte EDU — che ha evidenziato "la necessità di intensificare, a livello statale, le misure positive di protezione. In piena linea di continuità con gli orien-

⁽⁴³⁾ Avevamo già ricordato- in R. CONTI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 243- l'affermazione della Corte europea che include nella verifica del rispetto della CEDU da parte del giudice nazionale l'aver preso in considerazione i principi resi in questioni simili da quel giudice anche quando sono stati affermati nei confronti di altri Stati — Corte dir. uomo, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, ric.n.33401/2, §163: «...in carrying out this scrutiny, and bearing in mind that the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section I of the Convention, the Court will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other States ».

tamenti della Procura generale della Corte di cassazione in materia di violenza di genere adottati il 3 maggio 2023.

Dunque un concetto, quello di obbligo positivo, davvero “plurale” rivolto cioè ancora una volta a tutti i “volti” dei poteri dello Stato tenuti a garantire la protezione dei diritti fondamentali delle persone, attraverso uno spirito di fiducia e cooperazione che metta da parte le contrapposizioni fra poteri e ordini dello Stato, invece investendo sul senso comune che deve unire chi ha responsabilità istituzionale in modo da offrire risposte adeguate alle esigenze di giustizia delle persone.

III.

PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

di *Alessandro Dinisi* (*)

SOMMARIO: 1. Il principio di proporzionalità. Nozione generale, fondamento e contenuto. — 1.1 Genesi del contenuto della proporzionalità. — 2. Necessità dell'interferenza e pressante bisogno sociale. — 3. Pertinenza e sufficienza. — 4. Bilanciamento o proporzionalità "in senso stretto". — 5. Particolari declinazioni della proporzionalità. — 5.1. Rispetto dei beni, giusto equilibrio e onere individuale ed eccessivo. — 5.2. L'essenza del diritto quale limite alla proporzionalità. — 6. Aspetti procedurali della proporzionalità.

1. Il principio di proporzionalità. Nozione generale, fondamento e contenuto

La dottrina della proporzionalità è il nome attribuito in senso lato all'insieme di criteri di valutazione elaborati dalla Corte di Strasburgo per stabilire se una limitazione dei diritti umani sia giustificata o meno. Il principio, di derivazione tedesca ⁽¹⁾, richiede che sussista un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e quelle di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Nonostante non sia specificamente menzionato nel testo della Convenzione europea e dei suoi protocolli, questo rappresenta la "regola d'oro" ⁽²⁾ adottata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per delimitare la portata della tutela dei diritti umani. In quanto tale, il principio non funge da norma autonoma idonea da sola a governare

(*) Esperto CEDU per l'Agente del Governo italiano. Assegnista di ricerca, presso l'Università degli Studi di Pisa.

⁽¹⁾ A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge, 2012, 175 ss. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, 2013, 4-5; D.U. GALETTA, *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, in *Enciclopedia del Diritto*, I tematici, 5, *Potere e costituzione*, Milano, 2023, 1035 ss.

⁽²⁾ L'appellativo gli è stato autorevolmente attribuito da L.-E. PETTITI, *Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui*, in L.-E. PETTITI E ALTRI (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, 1995, 2^a ed., 33.

e risolvere le controversie della giurisdizione convenzionale, ma costituisce la tecnica di bilanciamento attraverso cui interpretare e applicare le disposizioni della Convenzione ⁽³⁾.

Il fondamento della proporzionalità trae origine nella natura della Convenzione stessa, quale carta dei diritti concepita per limitare l'agire tanto degli Stati quanto degli individui all'interno di una logica di coesistenza reciproca di esigenze pubbliche e private contrapposte, che devono essere bilanciate ⁽⁴⁾. La sua implicita "inerenza" ⁽⁵⁾ all'ordinamento convenzionale è ricavabile dal contenuto stesso delle disposizioni che riconoscono e tutelano la maggior parte dei diritti della Convenzione, i quali, salvo alcune eccezioni (v. *infra*), sono sprovvisti del carattere della assolutezza e, quindi, ammettono forme di limitazione, la cui legittimità è affidata al *test* di proporzionalità.

La centralità attribuita al principio non va, quindi, spiegata come il mero risultato dell'attività creativa della giurisprudenza europea, ma semmai costituisce il riflesso di un'attenta esegesi del contenuto protetto dei diritti garantiti nelle disposizioni del testo convenzionale e del loro ammettere una tutela suscettibile di limitazioni e deroghe. In simile contesto, la proporzionalità è il criterio attraverso cui definire e circoscrivere la portata delle limitazioni alla tutela dei diritti umani riconosciuti dalla Convenzione.

Il principio opera non soltanto per le categorie di limitazioni previste esplicitamente in varie disposizioni del testo convenzionale (si pensi ai requisiti della "necessità" di cui agli articoli da 8 a 11, 1 del Protocollo n. 1 e 2 del Protocollo n. 4, della "rigida misura" *ex art.* articolo 15, nonché dell'"assoluta necessità" o della "rigida necessità" nelle eccezioni di cui, rispettivamente, all'articolo 2, paragrafo 2, e all'articolo 6, paragrafo 1) ma anche per quelle norme in cui la limitazione è ricavata in via ermeneutica dalla giurisprudenza CEDU, vuoi perché, in assenza di una indicazione testuale chiara nel senso dell'inderogabilità, è stata favorita l'opzione della limitazione implicita, vuoi perché la relativizzazione della tutela è imposta

⁽³⁾ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001, 74.

⁽⁴⁾ M. DE SALVIA, *La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 1978, 493.

⁽⁵⁾ È la stessa Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, n. 14038/88, par. 89 ad affermare che « *inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance* ».

dalle inevitabili ipotesi di conflitto tra diritti parimenti protetti dalla Convenzione ⁽⁶⁾.

Dal suo essere un principio ricavato dalle limitazioni previste nelle singole disposizioni deriva logicamente l'inapplicabilità (o l'eccezionale applicazione) alle disposizioni inderogabili ⁽⁷⁾. Così, non sono soggetti ad alcun test di proporzionalità il divieto di tortura (articolo 3) ⁽⁸⁾, il divieto di schiavitù (articolo 4 §1) e il principio di legalità penale (articolo 7) ⁽⁹⁾. Discorso a parte, che non può essere approfondito in questa sede, meriterebbe il diritto alla vita (articolo 2): qui la tipizzazione delle condotte che giustificano la limitazione — garantire la difesa contro la violenza illegale, eseguire un arresto regolare o impedire un'evasione, reprimere una sommossa o un'insurrezione — restringe gli spazi di valutazione verso quella che la Corte chiama una "rigida proporzionalità" ⁽¹⁰⁾.

La base testuale su cui si poggia costruito il principio di proporzionalità è rappresentata quindi dai diritti umani non assoluti e, in particolare, quelli previsti dagli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione, dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 e dall'articolo 2 del Protocollo n. 4 accomunati dalla analoga

⁽⁶⁾ Per una analisi dei concetti di limitazioni "implicita" e "sistemica", cfr. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, cit., 95 ss. e 109 ss.

⁽⁷⁾ L'inderogabilità delle disposizioni è ricavabile, oltre che dalla formulazione testuale, anche dall'articolo 15 che nell'ammettere una deroga all'osservanza della Convenzione in contesti emergenziali, nondimeno, esclude la possibilità di comprimere alcune disposizioni. Non vi è chi non abbia comunque mosso opinioni critiche all'esistenza di disposizioni assolutamente inderogabili, andando ad osservare come nella pratica, uno spazio di valutazione e di bilanciamento sia rinvenibile anche negli articoli richiamati dall'articolo 15 della Convenzione. Sul punto cfr. J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in *The Cambridge Law Journal*, 1, 2006, 182 ss.

⁽⁸⁾ Già in Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, n. 5310/71, par. 163: « la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles no 1 et 4 (P1, P4), et d'après l'article 15 par. 2 (art. 15-2) il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »; v. anche Corte EDU, *O'Keeffe c. Irlanda*, 28 gennaio 2014, n. 35810/09, par. 144; Corte EDU, *Trabelsi c. Belgio*, 4 settembre 2014, n. 140/10, par. 116-118.

⁽⁹⁾ Corte EDU, *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, n. 20166/92, par. 34; Corte EDU, Corte EDU, *C.R. c. Regno Unito*, 22/11/1995, n. 20190/92, par. 32.

⁽¹⁰⁾ *Ex multis*, cfr. Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011, n. 23458/02, par. 209. Di recente si v. anche Corte EDU, *Semache c. Francia*, 21 giugno 2018, n. 36083/16, par. 66, in cui si esplicita che il termine « ["absolutely necessary"] indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is "necessary in a democratic society" under paragraphs 2 of Articles 8 to 11 of the Convention ».

formulazione che richiede che l'interferenza per essere legittima sia "necessaria in una società democratica". Come subito si dirà, il principio si è però generalizzato andando a raccordarsi con analoghe formulazioni presenti in altre disposizioni della Convenzione e a estendere il suo raggio applicativo nelle altre disposizioni prive di testuali clausole di limitazione. Inoltre, l'interpretazione della Corte EDU ha contribuito ad arricchire il contenuto del principio di proporzionalità, scomponendolo in diverse formule dotate ognuna di una propria specificità (v. *infra* par. 1.1.).

Prima di addentrarsi in questa complessità e, quindi, nelle varie articolazioni assunte dal principio di proporzionalità, è opportuno comunque offrire una descrizione generale del tipo di valutazione che il giudice europeo è chiamato a compiere. Trattasi di un controllo di tipo *oggettivo* sull'impatto che l'azione (o l'omissione) statale, volta a perseguire una finalità legittima o un interesse pubblico, ha avuto sul diritto umano protetto, da effettuarsi in *concreto* ⁽¹¹⁾ e, quindi, avendo riguardo alla specifica controversia per cui è stato proposto ricorso. La proporzionalità non è, quindi, di regola, interessata da valutazioni di tipo soggettivo, circa le intenzioni sottese ad una determinata condotta, né si limita ad un giudizio astratto e aprioristico dell'assetto normativo nazionale, che prescinda dalla considerazione di come quest'ultimo, unito all'agire pubblico, abbia condizionato la sfera personale dell'individuo che ha adito la Corte.

1.1. *Genesi del contenuto della proporzionalità*

Per una piena comprensione del contenuto del principio di proporzionalità, è opportuno ripercorrere succintamente i passaggi salienti della definizione del suo contenuto da parte della giurisprudenza europea. In alcune storiche sentenze la Corte di Strasburgo ha introdotto il principio di proporzionalità dando il via ad una sua generalizzata applicazione.

La prima esplicita menzione della proporzionalità risale al caso *Belgian Linguistic*, in cui la CEDU ha affermato che l'interferenza deve rispettare « *the relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised* » ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Questo aspetto della proporzionalità, funzionale a rendere la tutela convenzionale una protezione di « diritti non teorici o illusori, ma concreti e effettivi », determina una netta differenziazione rispetto al principio di ragionevolezza del costituzionalismo italiano, che al contrario ha ad oggetto le leggi in astratto. Lo evidenziano V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2022, 41-2.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Causa Relativa a taluni aspetti delle leggi sull'uso delle lingue nell'istruzione in Belgio c. Belgio*, 23 luglio 1968, nn. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, par. 5, 10 e 32.

Solamente con il *leading case Handyside* del 1976 si è avviata una costruzione più dettagliata del principio, distinguendo al suo interno i diversi criteri di valutazione in cui esso si compone. Infatti, nella motivazione della sentenza è possibile isolare i principali contenuti del principio di proporzionalità, che la Corte sviluppa partendo dall'esegesi testuale.

Innanzitutto, la sentenza ha specificato il significato del lemma "necessità" sviluppandolo nell'indagine sull'esistenza di un "bisogno sociale pressante" ⁽¹³⁾ (v. *infra* par. 2.1.). Attraverso l'interpretazione del concetto di "società democratica" si è ricavato che «ogni "formalità", "condizione", "restrizione" o sanzione imposta ... deve essere proporzionata allo scopo legittimo perseguito» ⁽¹⁴⁾ (v. *infra* par. 3.). Infine, la Corte ha rivendicato la sua prerogativa di stabilire se le motivazioni addotte dalle autorità statali a sostegno dell'ingerenza in questione fossero "pertinenti e sufficienti" ⁽¹⁵⁾ (v. *infra* par. 4.).

Successivamente, nel caso *Sunday Times*, la Corte ha fornito ulteriori chiarimenti, suddividendo con maggiore nettezza gli elementi della proporzionalità: i. ingerenza necessaria, in quanto corrispondente a un "pressante esigenza sociale"; ii. proporzionalità in senso stretto (bilanciamento di interessi contrapposti); iii. pertinenza e sufficienza delle ragioni addotte dall'autorità che realizza l'interferenza ⁽¹⁶⁾.

Nonostante in teoria la condotta statale dovrebbe superare ciascun test per essere legittima, la prassi della Corte dimostra che raramente vi sia un'analisi di ogni singolo elemento ⁽¹⁷⁾.

Una volta fissati i tre elementi del controllo di proporzionalità, l'ultimo passaggio chiave di questo itinerario giurisprudenziale è costituito dalla causa *Sporrong e Lönnroth* in materia di tutela della proprietà, grazie alla quale il controllo di proporzionalità viene qualificato come principio generale dell'ordinamento convenzionale, affermando che «*the search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1)*» ⁽¹⁸⁾.

L'estensione generalizzata del principio ⁽¹⁹⁾ ha contribuito ad alimen-

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, n. 5493/72, par. 48.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, par. 49.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, par. 50.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, n. 6538/74, par. 62.

⁽¹⁷⁾ V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 162.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, n. 7151/75 e 7152/75, par. 69.

⁽¹⁹⁾ Per una fotografia della tendenza ad una applicazione generalizzata del principio alla fine del secolo scorso si v. l'analisi di D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella*

tarne la complessità e la specificità casistiche. Ai suddetti tre elementi si aggiungono così ulteriori formule standardizzate di cui la Corte si avvale in specifici filoni giurisprudenziali. Un tale approccio non sempre riesce a sottrarsi da motivate critiche circa l'eccessiva complessità dei canoni applicati per determinare la proporzionalità dell'interferenza. Tuttavia, alcune formule meritano di essere comunque prese isolatamente in considerazione perché riguardano specifiche disposizioni della Convenzione: in relazione alle restrizioni del diritto di proprietà (articolo 1 del Protocollo I), ad esempio, la Corte ha elaborato il criterio dell'"onere individuale ed eccessivo" causato al richiedente dalle misure nazionali; ancora, rispetto al diritto di accesso a un tribunale e a un processo equo (articolo 6 della Convenzione), la Corte valuta se le restrizioni ne abbiano intaccato "l'essenza stessa"; infine, per valutare la legittimità di un trattamento discriminatorio (articolo 14 della Convenzione), la Corte esamina se vi sia alla base una "giustificazione obiettiva e ragionevole".

Al fine di avere un'adeguata comprensione del modo di operare delle varie formule impiegate dalla Corte è opportuno analizzarle singolarmente. Tuttavia, è opportuno già da subito premettere che la tripartizione risultante dai *leading cases* sopra richiamati ha suscitato fondate critiche. Innanzitutto, si è rilevato che la tripartizione offerta dalla Corte solo parzialmente coincida con quella tradizionale derivante dal costituzionalismo tedesco e diffusa nel contesto internazionale (adeguatezza, necessità e ragionevole bilanciamento di interessi). A fronte di questo discostamento, alcune delle formule autonomamente adottate dalla Corte, risentono tuttora di un deficit di chiarezza (cfr. *infra*).

In particolare, rimane estraneo al linguaggio della Corte il requisito dell'adeguatezza (*suitability*) attraverso il quale si valuta se la condotta o la misura statale sia funzionalmente idonea a raggiungere lo scopo dichiarato. Salvo pretendere di forzare simile criterio all'interno della formula della "rilevanza e sufficienza", la Corte si astiene dal fare un uso esplicito e autonomo dell'adeguatezza, preferendo farlo confluire nelle altre formule impiegate, nei rari casi in cui una siffatta indagine di natura empirica sia possibile ⁽²⁰⁾.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio., in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3/4, 1999, 743-771.

⁽²⁰⁾ Spiegano così lo scarso uso del parametro dell'adeguatezza V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 162-3, richiamando i precedenti di Corte EDU, *Lazariu c. Romania*, 13 novembre 2014, n. 31973/03, par. 107-8; Corte EDU, G.C., *Konstantin Markin c. Russia*, 22 marzo 2012, n. 30078/06, par. 144.

2. Necessità dell'interferenza e pressante bisogno sociale

Sin dalla prima sentenza che ha affrontato la questione, la Corte ha proceduto a relativizzare la nozione di “necessità”, collocandola all’interno di una scala di valori tra i due diversi concetti di “indispensabilità” e “mera utilità”. Questa operazione ermeneutica, all’apparenza meramente terminologica, ha consentito di disvelare il significato e l’operatività di questo canone di valutazione. Si afferma così che necessaria è quella restrizione in assenza della quale un determinato obiettivo poteva essere comunque raggiunto ma con minore facilità. In questo senso lo standard si differenzia sia dall’indispensabilità, che invece valuta misura e obiettivo in termini di rigida alternative, sia dalla mera utilità, per la quale la prima rappresenta una delle tante vie per perseguire il secondo (21).

In applicazione del test di necessità, dunque, la Corte è generalmente portata a concludere per la violazione ogniqualvolta l’autorità nazionale non riesca a dimostrare che la perpetrazione dell’interferenza non ha apportato alcuna differenza significativa all’utile realizzazione degli obiettivi perseguiti (22).

Se in linea teorica questa sistematizzazione può apparire chiara e lineare, in pratica il problema si sposta verso la valutazione della minore facilità con cui quell’obiettivo potrebbe essere perseguito da altre misure. Non sempre agevole è infatti individuare i parametri di questo confronto: si tratta di una valutazione basata su un calcolo costi-benefici e, quindi, improntata all’efficienza dell’azione statale? Oppure il *test* implica un giudizio di efficacia, *id est* di capacità della misura di perseguire l’obiettivo a parità di sacrificio imposto all’individuo? (23).

Un ulteriore fattore di incertezza è poi rappresentato dal diverso margine di apprezzamento lasciato agli Stati a seconda delle circostanze: nei casi in cui

(21) Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, cit., par. 48.

(22) Corte EDU, *Daróczy c. Ungheria*, 1° luglio 2008, n. 44378/05, parr. 30-31; Corte EDU, *Chabauty c. Francia*, G.C., 4 ottobre 2012, n. 57412/08, par. 54; Corte EDU, *Kasparov e altri c. Russia*, 3 ottobre 2013, n. 21613/07, parr. 92-94; Corte EDU, *Mytilinaios e Kostakis c. Grecia*, 3 dicembre 2015, n. 29389/11, par. 63; Corte EDU, *Frumkin c. Russia*, 5 gennaio 2016, n. 74568/12, parr. 137-140; Corte EDU, *Novikova e altri c. Russia*, 26 aprile 2016, n. 25501/07, parr. 171 e 181-3; Corte EDU, *Selmani e altri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 9 febbraio 2017, n. 67259/14, parr. 76-85.

(23) La questione è affrontata in maniera analitica da S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme*, cit., 207-213, il quale acutamente osserva come una simile valutazione che pretenderebbe di apparire neutra e strumentale, in realtà spesso implica un giudizio assiologico che la Corte non può non compiere, pur senza esplicitarlo. Ciò si verifica soprattutto quando l’ipotetica misura alternativa comprime diritti diversi da quelli interessati dalla misura adottata dal governo.

il controllo della Corte si fa più penetrante, la nozione di necessario si avvicina a quella di “indispensabile” e richiede così che le autorità nazionali dimostrino che la restrizione sia di grande importanza per il perseguimento dell’obiettivo⁽²⁴⁾. Diversamente, nelle ipotesi in cui lo Stato mantenga un’ampia discrezionalità, il controllo sarà meno penetrante.

Ad attribuire maggiore concretezza e specificità al requisito, è intervenuta la nozione di “pressante esigenza sociale”. Tale declinazione della necessità serve ad evitare che la restrizione del diritto venga adottata per perseguire un obiettivo pretestuoso e non attuale nel contesto concreto. Con tale ulteriore strumento di valutazione, la Corte effettua un controllo più penetrante sulla necessità della misura statale, che non si accontenta di un confronto teorico circa l’efficacia della misura a perseguire la finalità ma si cura di accertare che quest’ultima corrisponda a un bisogno reale, oggettivo e sufficientemente importante da giustificare l’intervento restrittivo.

Il pregio della “pressante necessità sociale” è quello di consentire alla Corte, da una parte, di misurare l’importanza concreta degli obiettivi dichiarati dal governo e, dall’altra, di verificare l’efficacia della misura a realizzarli. Una valutazione siffatta richiede un’indagine alla luce delle circostanze particolari del caso che è idonea a fugare il rischio che lo Stato pretestuosamente affermi una necessità solo apparente o comunque non sufficientemente urgente da giustificare quella specifica misura. Infine, com’è stato osservato da attenta dottrina⁽²⁵⁾, il canone della necessità sociale svolge un ruolo importante anche con riferimento alle interferenze continuative rispetto alle quali il test consente alla Corte di valutare se il carattere pressante della necessità sociale si mantenga nel tempo o, al contrario, si affievolisca a causa del mutamento delle circostanze concrete.

Una particolare declinazione del giudizio di necessità in una società democratica — di cui la Corte si avvale per precisare il contenuto del canone — è costituita dal controllo sull’uso dei “mezzi meno restrittivi”. Attraverso tale formula la Corte effettua un confronto ipotetico tra le diverse misure o decisioni che potevano essere adottate per perseguire un dato obiettivo legittimo e richiede che l’opzione scelta sia la meno dannosa o intrusiva dal punto di vista della Convenzione. Si afferma così che “le autorità sono tenute, quando decidono di limitare i diritti fondamentali, a scegliere i mezzi che

⁽²⁴⁾ Attraverso la lettura delle decisioni, Corte EDU, G.C., *Mouvement raëlien suisse c. Svizzera*, 13 luglio 2012, n. 16354/06, par. 72 e Corte EDU, G.C., *S.A.S. c. Francia*, 1° luglio 2014, n. 43835/11, par. 141, evidenzia questo aspetto J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2019 234.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, 236.

arrecano il minor pregiudizio possibile ai diritti in questione” (26). Secondo l’opinione maggioritaria, non si tratta di una tipo di valutazione autonoma rispetto a quella della “necessità”, ma semmai di una diversa applicazione caratterizzata da una maggiore attenzione all’efficacia della misura adottata.

Senza la pretesa di effettuare in questa sede un’indagine esauriente (27), è possibile comunque rilevare come la formula appaia sporadicamente nelle pronunce della Corte EDU. Ciò dipende senz’altro dall’ampio margine di apprezzamento generalmente concesso agli Stati. Infatti, un confronto puntuale e penetrante delle alternative pratiche che l’autorità statale poteva adottare nel caso concreto è compatibile solamente con le situazioni in cui la Corte si riserva un potere di controllo più rigoroso, come ad esempio nei casi di limitazione della libertà di espressione (28).

D’altra parte, una simile valutazione sconta la difficoltà pratica della sua attuazione, soprattutto quando questa è già stata effettuata dalle autorità nazionali: in questi casi, infatti, una valutazione in concreto sulla misura meno restrittiva finirebbe per sostituirsi alle scelte nazionali e locali, perdendo così di vista la natura sussidiaria del sistema della Convenzione.

3. Pertinenza e sufficienza

Il requisito di “pertinenza e sufficienza” richiede che le restrizioni ai diritti umani siano corredate di una certa adeguatezza e appropriatezza rispetto agli obiettivi di interesse generale.

Sebbene la dottrina spesso lamenti una certa ambiguità del contenuto di questo requisito (29), che finisce con il sovrapporsi agli altri (30), alcuni autori

(26) Corte EDU, G.C., *Mouvement raëlien suisse c. Svizzera*, cit., par. 75; Corte EDU(G.C.), *Animal Defenders International c. Regno Unito*, 22 aprile 2013, n. 48876/08, par. 124; Corte EDU, *Centro Biblico della Repubblica Chuvash c. Russia*, 12 giugno 2014, n. 33203/08, par. 59.

(27) Per un’analisi approfondita della giurisprudenza CEDU che richiama la formula “least restrictive means”, cfr. E. BREMS, L. LAVRYSEN, « Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut »: *Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 1, 2015, 139–168.

(28) J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, cit., 237.

(29) J. GERARDS, *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2013, 466-490.

(30) Cfr. Y. ARAI, *The systems of restrictions*, in P. VAN DIJK, Y. ARAI (a cura di), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, 4^a ed., 2006, 341, per cui il rischio di sovrapposizione è con il test di proporzionalità in senso stretto; al contrario J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, cit., 241-2, ritiene che la formula affronti la stessa questione del test di “pressante necessità sociale”.

hanno proposto una linea di discriminazione tra i due caratteri di pertinenza e sufficienza. Il primo test evoca, infatti, una valutazione *a priori* della ragionevolezza e plausibilità degli argomenti avanzati dall'autorità statale a sostegno di una restrizione. Diversamente, il test della "sufficienza" serve a calare la valutazione in concreto, per accertare che quegli argomenti siano stati abbastanza rilevanti e presenti nel caso concreto da giustificare l'interferenza. Rispetto al primo canone, che compie una valutazione di adeguatezza in astratto, la "sufficienza" si concentra maggiormente sulla questione se la restrizione sia effettivamente e ragionevolmente servita a raggiungere gli obiettivi perseguiti nel caso concreto ⁽³¹⁾.

Invero, la peculiarità operativa di questa formula sembra risiedere nel fatto di introdurre uno standard procedurale di manifestazione esplicita delle ragioni a sostegno di una misura, in modo da escludere l'arbitrarietà delle condotte statali e dare sufficiente pubblicità alle motivazioni sottese ad una determinata misura. Tale controllo, dunque, diversamente dalle altre formule richiamate, non si concentra sugli interessi in gioco né sul tipo di misura, ma sulla adeguatezza della ragione addotta dall'autorità pubblica ⁽³²⁾.

4. Bilanciamento o proporzionalità « in senso stretto »

L'ultima e più importante formula evocata dai *leading case Handyside e Sunday Times* è quella della proporzionalità in senso stretto con cui si introduce una regola di bilanciamento che impone di trovare un giusto equilibrio tra gli obiettivi perseguiti e i diritti della Convenzione lesi dalla restrizione. Questo criterio di giudizio, che assume un ruolo centrale nella valutazione della Corte, è influenzato da alcuni macro-fattori che ricorrono trasversalmente in tutte le decisioni. Inoltre, in alcuni filoni giurisprudenziali, la Corte ha tipizzato in maniera più puntuale le circostanze e gli elementi che assumono rilevanza nel bilanciamento di interessi. Trattasi di veri e propri *vademecum* che si applicano soltanto a specifici filoni giurisprudenziali e che perciò non potranno essere trattati in questa sede.

Un primo elemento condizionante il bilanciamento tra obiettivi perseguiti e interessi lesi è indubbiamente il margine di apprezzamento lasciato

⁽³¹⁾ J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, cit., 241.

⁽³²⁾ Cfr. S. C. GREER, *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Human rights files no. 15, Strasburgo, 1997, 15, il quale sostiene che la formula ha la funzione di fissare in capo agli Stati l'onere probatorio della proporzionalità.

agli Stati ⁽³³⁾. Se il margine è ampio, la Corte lascerà che siano le autorità nazionali ad esercitare il bilanciamento e si riserverà di controllare soltanto che la valutazione nazionale non si traduca in un risultato manifestamente sproporzionato o chiaramente irragionevole. La definizione dei casi in cui il margine di apprezzamento è ampio dipende da vari fattori, non esaminabili in questa sede. A titolo esemplificativo, è possibile però richiamare le questioni pianificazione economica o sociale, per le quali la Corte ha sempre riconosciuto agli Stati di essere “*better placed*” ad effettuare la valutazione comparativa tra interessi in gioco. In questi casi, allora, la Corte non effettuerà un proprio autonomo bilanciamento di interessi ma si limiterà a correggere gli “errori manifesti”, per verificare se non vi siano evidenti carenze logiche o procedurali nel processo decisionale nazionale tali da far sconfinare la discrezionalità in mero arbitrio.

Diverso è il tipo di controllo del giudice europeo nei casi in cui il margine di apprezzamento è più ristretto. In simili ipotesi, la valutazione sarà ben più penetrante, richiedendo agli Stati argomentazioni rigorose e convincenti in merito alla preponderanza dell’interesse generale sul diritto individuale leso e andando a sanzionare qualsiasi segno di incoerenza. Sempre a titolo esemplificativo, è possibile rilevare come a determinare un restringimento del margine di apprezzamento sia, da una parte, il tipo di interferenza (ad es. le disparità di trattamento basate su l’etnia, l’orientamento sessuale o il genere) e, dall’altra, la sussistenza di un *European consensus* nel trattare una determinata fattispecie ⁽³⁴⁾.

Un secondo fattore rilevante nel bilanciamento di interessi è rappresentato dal peso degli interessi in gioco: da una parte, l’interesse generale per il quale la misura viene adottata e, dall’altra, il diritto individuale leso. Rispetto al primo, di regola, la Corte si è dimostrata molto flessibile nell’ammettere

⁽³³⁾ Rinviando agli appositi contributi del presente volume che trattano la questione, ci si limita a richiamare alcune indagini sul rapporto tra proporzionalità e margine di apprezzamento, D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio.*, cit., 749 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002.

⁽³⁴⁾ L’esistenza di modelli di regolamentazione simili nei diversi Stati legittima un margine di apprezzamento più ampio per lo Stato che si mantiene all’interno di tale quadro e, al contrario, delegittima i tentativi di discostarsene. Per un’analisi dell’impatto della dottrina dell’*European consensus* sull’ambito di applicazione del margine di apprezzamento cfr. N. VOGIATZIS, *The Relationship Between European Consensus, the Margin of Appreciation and the Legitimacy of the Strasbourg Court*, in *European Public Law*, 3, 2019, 445 ss.; l’importanza dell’*European standard* è sottolineata anche da G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 13 ss.

che determinati finalità dedotte dagli Stati convenuti fossero legittime ai sensi della Convenzione.

Ciò significa che raramente si risconterà una violazione per una carenza in sé dell'obiettivo di interesse generale posto alla base di una determinata misura. Tuttavia, l'importanza di una corretta individuazione dell'interesse generale o della finalità legittima perseguiti con la misura assumono un ruolo decisivo in fase di bilanciamento ⁽³⁵⁾. Allo stesso modo, anche il particolare diritto o interesse individuale leso ed il peso che esso assume rispetto al contenuto della disposizione della Convenzione che lo protegge, sono idonei a influenzare il bilanciamento che la Corte effettua. Se un caso riguarda un aspetto del diritto della Convenzione che si avvicina molto ai valori e ai principi fondamentali della Convenzione, o se esiste un forte consenso europeo sull'importanza di un determinato diritto, la Corte riterrà che l'interesse concomitante sia particolarmente rilevante e richiederà che l'interesse generale alla base dell'interferenza sia altrettanto importante.

Un ruolo decisivo è assunto anche dal grado di intrusività dell'ingerenza. quando l'ingerenza è di natura molto intrusiva o afflittiva, la Corte ha sovente ritenuto che siano necessarie ragioni più forti e più ponderate ovvero che l'ingerenza debba essere corredata dall'espletamento di precise azioni positive volte ad attenuarne l'impatto sulla sfera personale. Un esempio che può essere utilmente richiamato è quello del diritto al rispetto della casa di cui all'articolo 8 della Convenzione. Delle varie possibili interferenze al diritto in questione, quella che si traduce nella perdita dell'abitazione è considerata la più grave e, in quanto tale, influenza il bilanciamento, richiedendo agli stati il rispetto di una lista di garanzie procedurali e sostanziali ben individuate ⁽³⁶⁾.

In molti casi, la Corte non si accontenta che il bilanciamento di interessi contrapposti si traduca in un'alternativa secca tra l'interesse generale o il sacrificio del diritto individuale. La necessità di un approccio conciliativo, che consenta la coesistenza di entrambi gli interessi coinvolti nel bilanciamento, spinge la Corte a richiedere agli Stati delle **condotte positive** volte ad evitare la prevalenza assoluta di un interesse sull'altro. Così, ad esempio, il divieto di una manifestazione politica al fine di evitare il rischio grave e attuale di disordini pubblici appare sproporzionata in quanto lo Stato avrebbe potuto evitare il divieto attraverso l'adozione di misure preventive

⁽³⁵⁾ Y. ARAI, *The systems of restrictions*, cit., 340.

⁽³⁶⁾ Cfr. Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, 13 agosto 2008, n. 18984/91, par. 46 e 50: « *the loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home* ».

più stringenti ⁽³⁷⁾. Tale utilizzo della proporzionalità in senso stretto, si sovrappone al canone della necessità in quanto coinvolge i mezzi adottati dall'autorità statale. Tuttavia, l'uso che se ne fa in questa sede è un po' diverso, in quanto dalla decisione dello Stato di far prevalere in modo assoluto l'interesse generale attraverso una determinata misura, la Corte ricava una scarsa considerazione del peso del diritto individuale negato.

Infine, in molte materie la Corte ha elaborato attraverso la casistica degli elenchi o cataloghi di fattori rilevanti per il bilanciamento, i quali possono consistere tanto in aspetti sostanziali che in elementi procedurali che lo Stato deve implementare. Simile tipizzazione, se da una parte, aumenta notevolmente il livello di trasparenza decisionale della Corte, dall'altra, aumenta il suo potere di controllo delle condotte statali, le quali saranno sottoposte ad un confronto mirato circa la ricorrenza dei fattori elencati in astratto ⁽³⁸⁾.

5. Particolari declinazioni della proporzionalità

Come si è già avuto modo di vedere, dopo la costruzione del principio di proporzionalità “a immagine” della formula della “necessità in una società democratica”, questo è stato successivamente ampliato per una sua generalizzata applicazione a tutte le disposizioni della Convenzione che ammettono una limitazione dei diritti protetti. Molte disposizioni della CEDU non contengono clausole di limitazione specifiche. L'esistenza di un controllo di proporzionalità è comunque ricavabile dal carattere non assoluto del diritto protetto (cd. limitazioni implicite o intrinseche, v. *supra* par. 1.). Questa operazione ha però portato ad elaborare formule specifiche utilizzate prevalentemente con riferimento ad alcuni diritti violati.

5.1. *Rispetto dei beni, giusto equilibrio e onere individuale ed eccessivo*

Soprattutto in relazione al diritto di proprietà protetto dall'articolo 1 del Protocollo n. 1, la Corte utilizza una formulazione diversa laddove richiede che l'interferenza con i diritti patrimoniali dell'individuo rispettino il “giusto equilibrio” e che non determinino un “onere individuale ed eccessivo” in

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Öllinger c. Austria*, 29 giugno 2006, n. 76900/01, parr. 48-50.

⁽³⁸⁾ Alcuni esempi di elenchi e cataloghi possono essere richiamati: in tema di garanzie procedurali e sostanziali contro gli sfratti e gli sgomberi (articolo 8 CEDU), cfr. Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012, n. 25446/06, par. 118; Corte EDU, *Winterstein e altri c. Francia*, 17 ottobre 2013, n. 27013/07, par. 148; in materia di ripetibilità dell'indebito retributivo corrisposto dalla P.A. (Articolo 1 Protocollo I), cfr. Corte EDU, *Casarin c. Italia*, 11 febbraio 2021, n. 4893/13, par. 74; in materia di misure di espulsione (articolo 8 CEDU), si v. Corte EDU, G.C., *Üner c. Olanda*, 18 ottobre 2006, n. 46410/99, parr. 57-8.

capo al soggetto interessato dalla misura. Queste espressioni sono state coniate dalla celebre sentenza *Sporrong and Lönnroth* ⁽³⁹⁾.

Il “giusto equilibrio” è una formula molto generale che non trova una concreta base testuale ma che la Corte ha ricavato dalla prima frase della disposizione: “ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni”. Attraverso questa formula la Corte ha sviluppato una serie di fattori e circostanze rilevanti per il bilanciamento, solo in parte assimilabili a quelli previsti da altre norme, quali le garanzie procedurali adottate, la misura per perseguire l’interesse generale e la situazione del ricorrente. Un ruolo peculiare, soprattutto quando viene in gioco una privazione della proprietà è assunto dalla sussistenza di una compensazione del sacrificio subito ⁽⁴⁰⁾.

Per quanto invece riguarda il test dell’ “onere individuale ed eccessivo”, esso consiste in un bilanciamento concreto tra l’interesse pubblico e i diritti proprietari. La Corte esamina l’impatto dell’applicazione di una decisione o di una normativa nelle circostanze particolari del caso e se risulta che essa ha conseguenze molto gravi o “eccessive” per il richiedente, come una privazione totale della proprietà o del reddito, l’esigenza di una protezione effettiva della Convenzione può superare l’interesse generale soddisfatto dalla misura o dalla decisione. Al contrario, se la riduzione è di portata limitata o di natura temporanea, o se il contenuto minimo del diritto di proprietà non è stato intaccato, la Corte sarà portata a ritenere la restrizione giustificata.

In questa indagine, l’elemento dell’onere “individuale” ha il ruolo di vietare che una misura colpisca una particolare persona o un particolare gruppo in modo molto più grave rispetto ad altri, secondo una logica di generalità e non vessatorietà dell’azione pubblica. Se un onere generale non è distribuito in modo equo e paritario su tutti i consociati, ciò può fornire un’indicazione di iniquità e sproporzionalità. Diversamente, l’elemento dell’ “eccessività” dello svantaggio costituisce il contenuto principale del giudizio di proporzionalità, in quanto effettua una valutazione di bilanciamento tra il sacrificio subito e l’interesse perseguito ⁽⁴¹⁾.

5.2. *L’essenza del diritto quale limite alla proporzionalità*

Una tecnica sovente usata dalla giurisprudenza per valutare la proporzionalità delle restrizioni al diritto è quella di accertare la lesione dell’ “es-

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Sporrong and Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, nn. 7151/75 e 7152/75.

⁽⁴⁰⁾ Si rinvia all’analisi più approfondita tenuta nel capitolo di questo volume *Articolo 1 Protocollo I, Il controllo sul rispetto dei beni*.

⁽⁴¹⁾ J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, cit., 252-53.

senza del diritto” o del suo “nucleo essenziale” (42). La Corte si avvale di simile formula nelle controversie riguardanti l’articolo 6 della Convenzione soprattutto in ipotesi in cui una limitazione all’accesso alle corti nazionali risulta eccessivamente formalistica ovvero in presenza di requisiti di ammissibilità irragionevoli o di spese processuali troppo elevate. Ancora, tale riferimento può essere rinvenuto nei casi riguardanti il diritto all’accesso all’istruzione (articolo 2 del Protocollo n. 1), al voto (articolo 3 del Protocollo n. 1) in quelli relativi al diritto di sposarsi (articolo 12 della Convenzione).

Alcuni commentatori — seguiti da autorevoli opinioni dissenzienti dei giudici europei (43) — hanno lamentato l’eccessiva vaghezza della nozione che si ripercuote sulla linearità della sua applicazione (44).

In particolare, si è osservato che, mentre in alcune decisioni essa opera come un’ordinaria attività di bilanciamento di interessi, in altre ipotesi, il richiamo all’“essenza del diritto” funge da “*limit of limits*” (45). In quest’ultima prospettiva, il nucleo duro dei diritti fondamentali evocato dalla nozione rimane al di fuori dell’ambito di applicazione del principio di proporzionalità, in quanto rappresenta un elemento distinto che non può essere limitato in nessuna circostanza e che prescinde da qualsiasi bilanciamento con il fine perseguito e i mezzi utilizzati (46).

In entrambe le accezioni, una carenza di definizione del nucleo duro del diritto violato rischia di tradursi in risultati applicativi poco chiari o, addirittura, imprevedibili. Così, rispetto al primo uso del parametro, facendo

(42) Si v. J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, 2009, 135.

(43) Cfr. Corte EDU, *Regner c. Repubblica Ceca*, 19 settembre 2017, n. 35289/11, in particolare l’Opinione dissenziente del giudice Serghides, par. 72 ss., il quale lamenta l’assenza di « *any explanation as to why the very essence of the right of the applicant to a fair trial has not been impaired* » e quella del giudice Sajó, par. 5.

(44) S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *The ECHR and the essence of fundamental rights: searching for sugar in hot milk?*, in *German Law Journal*, 6, 2019, 904–923. Gli Autori passano in rassegna i numerosi impieghi della formula non soltanto in relazione alla proporzionalità ma anche come strumento di espansione dell’ambito di applicazione della tutela convenzionale e come criterio per costruire una gerarchia di valori tra i diritti.

(45) In questo senso, J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., 184 ss., dopo aver chiarito che la seconda accezione di “vera essenza” mira a « *to create a clear limit to state action without balancing* », evidenzia come la Corte EDU si avvalga più spesso della prima versione della formula. Si v. anche la sistematizzazione di S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *The ECHR and the essence of fundamental rights: searching for sugar in hot milk?*, cit., 911, che distingue rispettivamente tra una prospettiva *relativista* e una *assolutista*.

(46) Secondo G. VAN DER SCHYFF, *Cutting to the core of conflicting rights: The question of inalienable cores in comparative perspective*, in E. BREMS (a cura di), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen, 2008, 134, l’essenza del diritto « *guaranteed legal position[s] that no possible or conceivable legal justification can ever limit* ».

combaciare l'essenza con la proporzionalità, si finisce per evocare una soglia di offensività più elevata e, quindi, per applicare un bilanciamento troppo permissivo, che legittimi *in toto* qualsiasi azione statale che si ferma al di sotto della “vera essenza” (47).

All'opposto, il problema della seconda accezione è quello della difficoltà di fornire una definizione utilmente spendibile in giudizio che prescindano da una considerazione degli interessi contrapposti (48). In assenza di uno sforzo di puntuale definizione di ciò che rientra del nucleo essenziale (49) e onde evitarne una eccessiva dilatazione — che determinerebbe una disapplicazione della proporzionalità, anche laddove questa risulti possibile o opportuna — la Corte, in pratica, si è limitata ad usare questa nozione solo in rari casi di completa negazione di diritti relativamente specifici (*id est* il diritto di sposarsi e il diritto di voto) (50).

Il persistente dissenso tra i giudici europei nelle sentenze recenti in cui la formula è stata adottata dimostra che tuttora la nozione di essenza del diritto difetta di una chiara definizione (51).

6. Aspetti procedurali della proporzionalità

Fino ad ora la proporzionalità è stata affrontata dal punto di vista sostanziale, vale a dire come un controllo avente ad oggetto gli interessi coinvolti, le finalità perseguite e i mezzi impiegati in un determinato caso. Tuttavia, in molti casi e, di recente, sempre più sovente, la Corte ha mostrato

(47) Lo evidenzia in Corte EDU, *Regner c. Repubblica Ceca*, cit., l'Opinione dissenziente del giudice Sajó, par. 5, che denuncia un uso improprio della formula che dovrebbe essere « *conceived as a limitation upon State action, not as carte blanche for State intrusions that stop short of impairing the “very essence”* ».

(48) Lo rileva chiaramente J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., 186-7, secondo cui « *it is almost impossible to define usefully without reference to competing public interests* ».

(49) Un esempio di puntuale definizione dell'essenza è individuato da J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, cit., 254, in alcune sentenza riguardanti la libertà sindacale, ad esempio, ha ritenuto che il diritto di associazione contenga i seguenti elementi essenziali « *il diritto di formare e di aderire a un sindacato ... il divieto di accordi di chiusura ... e il diritto di un sindacato di cercare di persuadere il datore di lavoro ad ascoltare ciò che ha da dire a nome dei suoi membri* », cfr. Corte EDU, *Demir e Baykara c. Turchia*, 12 novembre 2008, n. 34503/97, par. 145.

(50) Così J. RIVERS, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., 187, il quale conclude che « *the concept of “very essence” is practically useless* ».

(51) Oltre alla già citata Corte EDU, *Regner c. Repubblica Ceca*, cit., cfr. da ultimo anche Corte EDU, *Naït-Liman c. Svizzera*, 15 marzo 2018, n. 51357/07, in particolare l'Opinione dissenziente del giudice Wojtyczek, par. 8.

di dare attenzione anche ad alcuni aspetti estranei al bilanciamento sostanziale, perché di natura strettamente procedurale.

Invero, l'utilizzo del termine "procedurale" riferito al giudizio di proporzionalità evoca almeno due diverse tecniche di controllo che devono essere tenute tra loro distinte⁽⁵²⁾. Da una parte, la Corte individua e impone agli Stati obblighi procedurali riferiti a particolari diritti della Convenzione (cd. *procedural safeguards*)⁽⁵³⁾ e, dall'altra, effettua un controllo sulla qualità dei processi decisionali nazionali e sull'eventualità che i tribunali abbiano ommesso di applicare il controllo di proporzionalità della misura contestata⁽⁵⁴⁾.

Per quanto riguarda il primo aspetto, gli obblighi procedurali costituiscono dei fattori autonomi di valutazione della proporzionalità e, quindi, una loro carenza può da sola determinare una violazione del diritto sostanziale⁽⁵⁵⁾.

Diversamente il "procedural review in senso stretto" si concentra sull'implementazione degli standard convenzionali a livello interno, tanto con riferimento alla procedura legislativa e amministrativa adottata per porre in essere la misura, la quale deve essere il più possibile aperta e trasparente, quanto rispetto al processo decisionale dei giudici nazionali, i quali su espressa richiesta dell'interessato deve effettuare il bilanciamento imposto dal requisito della proporzionalità. Se nel caso concreto è possibile riscontrare una mancanza di diligenza procedurale da parte del soggetto pubblico o l'assenza di un adeguato controllo di proporzionalità da parte dei tribunali nazionali, questo influirà sull'attività di controllo della Corte.

Sebbene in origine il controllo procedurale non sembrasse essere da solo dirimente, di recente la Corte EDU ha modificato radicalmente il suo approccio decisionale andando ad integrare — se non a sostituire — il bilanciamento sostanziale di interessi con una valutazione attinente alla corretta applicazione degli standard europei nella procedura nazionale. In

⁽⁵²⁾ J. GERARDS, *Procedural review by the ECtHR: A Typology*, in J. GERARDS, E. BREMS (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, 2017, 127 ss.

⁽⁵³⁾ Per una tassonomia degli obblighi procedurali, distinti in obblighi *ex ante* e *ex post*, si v. E. BREMS, *An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights*, in E. BREMS, J. GERARDS (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge, 2014, 137 ss.

⁽⁵⁴⁾ In tal senso cfr. Corte EDU, *Animal Defenders c. Regno Unito*, cit., par. 108; Corte EDU, *Von Hannover c. Germania* (no. 2), 7 febbraio 2012, nn. 40660/08 e 60641/08, par. 124.

⁽⁵⁵⁾ E. BREMS, *An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights*, cit., 159.

ossequio al principio di sussidiarietà ⁽⁵⁶⁾, piuttosto che esaminare il merito (sostanziale) dei casi in modo autonomo e indipendente dalla valutazione nazionale, la Corte riconosce il margine di apprezzamento nazionale e si limita verificare se i giudici interni hanno applicato gli standard europei, senza entrare nel merito dei fatti di causa ⁽⁵⁷⁾.

Una simile svolta nell'approccio della Corte di Strasburgo al controllo del rispetto del principio di proporzionalità chiama in causa il grado di agibilità delle autorità nazionali nell'applicare al singolo caso concreto il bilanciamento elaborato a livello europeo.

Un'ipotesi particolarmente problematica, perché strutturalmente ostativa di un'applicazione concreta della proporzionalità, è quella delle presunzioni legislative generiche ⁽⁵⁸⁾, in cui al giudice è impedito a monte un potere di controllo. In simili ipotesi, è allora necessario individuare una ragione — ad esempio, di certezza del diritto o di ordine pubblico — che giustifichi l'introduzione della presunzione generale. Ma una tale ragione non sarà comunque sufficiente ad escludere una violazione qualora l'esercizio del bilanciamento individuale appaia alla Corte la via più efficace per fornire una protezione dei diritti della Convenzione a livello nazionale.

⁽⁵⁶⁾ L. M. HUIJBERS, *The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity*, in *Cambridge International Law Journal*, 2, 2017, 177 ss.; R. SPANO, *Universality or Diversity of Human Rights?†: Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 3, 2014, 497-99.

⁽⁵⁷⁾ A. ZYSSET, *A Culture of Justification or a Culture of Presumption? The Turn to Procedural Review and the Normative Function of Proportionality at the European Court of Human Rights*, in S. SCHIEDERMAIR, A. SCHWARZ, D. STEIGER, (a cura di), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 1st ed., Baden-Baden, 2022, 215.

⁽⁵⁸⁾ Mette in luce questo aspetto J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, cit., 256 ss. con particolare riferimento al settore del diritto di famiglia. Si v. ad esempio la presunzione legale di paternità del marito della madre, Corte EDU, *Schneider c. Germania*, 15 settembre 2011, n. 17080/07, par. 100.

IV.
**IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE**
di *Guido Raimondi* (*)

SOMMARIO: 1. Proporzionalità e CEDU. — 2. Applicazione del principio in generale. — 3. (*Segue*) con riguardo ai diritti di cui agli articoli 8-11 CEDU. — 4. (*Segue*) qualche esempio in altri settori della CEDU. — 5. Conclusioni.

1. Proporzionalità e CEDU

Il principio di proporzionalità svolge un ruolo importante nella interpretazione della CEDU (1).

Secondo una dottrina largamente accreditata, la proporzionalità è parte di un ragionamento che si articola in due stadi: innanzitutto l'interprete (il giudice) rileva l'esistenza di una restrizione a un diritto fondamentale (costituzionale); in seguito egli procede ad un esame concreto della legittimità (secondo la Costituzione o un testo convenzionale) applicando il *test* di proporzionalità (2). Questo *test* è generalmente presentato come un ragionamento in quattro tappe: *a*) un controllo della legittimità dello scopo perseguito dall'autorità autrice della restrizione; *b*) un esame del carattere appropriato dei mezzi scelti; *c*) un controllo della necessità delle restrizioni; infine, *d*) l'apprezzamento della proporzionalità in senso stretto. Quest'ultimo passaggio si traduce in un'operazione di bilanciamento. I valori costi-

(*) Presidente di sezione presso la Corte di cassazione.

(1) Sul principio di proporzionalità nell'ambito della CEDU v., per tutti, D. HARRIS, M. O'BOYLE & C. WARBRICK (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, II edizione, Oxford, 2009, spec. 10 s.; A. MARKETOU, *Analyse de proportionnalité et raisonnement par cas dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue de la Recherche juridique, Cahiers de méthodologie juridique*, RRJ 2018-5, 1865 ss.

(2) R. ALEXYS, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985; *A theory of constitutional rights*, trad. J. RIVERS, Oxford; New York, OUP, 2002.

tuzionali (o convenzionali) incisi negativamente dalla misura litigiosa sono bilanciati con i valori che la misura tende a proteggere ⁽³⁾.

Il bilanciamento distingue la proporzionalità dai metodi di ragionamento tradizionali, in particolare dal metodo di sussunzione sillogistica, tipico della tradizione continentale, e la avvicina al ragionamento “caso per caso” ⁽⁴⁾.

La Corte di Strasburgo ha chiarito che il principio di proporzionalità è “inerente” alla Convenzione considerata nel suo complesso, nel senso che globalmente la CEDU esprime la necessità della ricerca di un “giusto equilibrio” (*fair balance*) tra le esigenze dell’interesse generale della comunità e quelle della protezione dei diritti fondamentali dell’individuo ⁽⁵⁾.

Il raggiungimento di questo equilibrio necessariamente richiede il ricorso a considerazioni di proporzionalità tra i mezzi impiegati ed il risultato — legittimo — da perseguire. Una sproporzione tra i primi ed il secondo può infatti condurre ad una eccessiva compressione del diritto protetto e quindi alla sua violazione.

Questa esigenza è particolarmente evidente per quei diritti previsti dalla CEDU che esplicitamente prevedono la possibilità di limitazioni.

Il riferimento è agli articoli da 8 a 11 della Convenzione (8, diritto al rispetto della vita privata e familiare; 9, libertà di pensiero, di coscienza e di religione; 10, libertà di espressione; 11, libertà di riunione e di associazione), i quali sono tutti strutturati alla stessa maniera: c’è un primo comma che enuncia il diritto o la libertà tutelata, e un secondo comma che ne indica le possibili limitazioni. In tutti i casi la legittimità delle limitazioni è ancorata a tre presupposti: *a*) la loro previsione per legge; *b*) la loro finalizzazione alla tutela di uno degli “scopi legittimi” elencati per ciascun diritto (per esempio, “la salute o la morale”, scopo legittimo presente in tutti e quattro gli articoli in discorso); *c*) la loro “necessità in una società democratica”.

È l’ultimo di questi presupposti, cioè la *necessità della misura limitatrice del diritto in una società democratica*, che chiama in causa l’esigenza di un esame di proporzionalità, e quindi di bilanciamento tra il diritto convenzionalmente protetto e l’interesse “altro” pure previsto dalla CEDU come meritevole di tutela. In effetti la Corte europea ha interpretato la formula “necessaria in una società democratica” nel senso che la limitazione al diritto

⁽³⁾ V. A. MARKETOU, *Analyse etc.*, cit., 1866.

⁽⁴⁾ R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n. 4, 433-449.

⁽⁵⁾ Corte EDU, Pl., *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, n. 14038/88, par. 89; *JA Pye (Oxford) Ltd e JA Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*, 30 agosto 2007, n. 44302/02, par. 53.

realizzata dallo Stato dev'essere "proporzionata allo scopo legittimo perseguito" (*proportioned to the legitimate aim pursued*)⁽⁶⁾.

La giurisprudenza fa ricorso alla categoria della proporzionalità anche in diversi altri casi, che cerchiamo di indicare sinteticamente qui di seguito.

Ciò avviene quando si tratti di limitazioni previste da altri articoli della Convenzione, come l'art. 5, posto a tutela della libertà personale⁽⁷⁾ o l'art. 12 sul diritto al matrimonio⁽⁸⁾. Analogamente si utilizza la proporzionalità quando si tratti di delimitare restrizioni a garanzie convenzionali implicitamente ammesse, come nel caso della tutela della proprietà e dei beni di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale (n. 1)⁽⁹⁾ o del diritto di accesso al giudice, a sua volta implicitamente contenuto nell'art. 6, comma 1, CEDU⁽¹⁰⁾. Ancora, in certi casi, quando si debba accertare se un'obbligazione positiva sia stata adempiuta⁽¹¹⁾.

Il principio viene correntemente utilizzato in tema di divieto di discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU⁽¹²⁾, e anche nell'applicazione dell'art. 15 CEDU, che in caso di guerra o altro grave pericolo che minacci la vita della nazione consente limitazioni — con l'eccezione dei cosiddetti *core rights*⁽¹³⁾ — ai diritti convenzionalmente protetti⁽¹⁴⁾.

La giurisprudenza non fa invece normalmente ricorso al principio di proporzionalità con riguardo all'art. 3 CEDU, che vieta la tortura e le pene

(6) Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, cit., par. 49.

(7) Corte EDU, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, 24 ottobre 1979, n. 6301/73, par. 39.

(8) Corte EDU, *F. c. Svizzera*, 18 dicembre 1987, n. 11329/85, par. 40.

(9) Corte EDU, *Mathieu-Morin e Clerfayt c. Belgio*, Pl., 2 marzo 1987, n. 9267/81, par. 52.

(10) Corte EDU, *Fayed c. Regno Unito*, 21 settembre 1994, n. 17101/90, par. 71.

(11) Corte EDU, Pl., *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986, n. 9532/81, par. 37; Pl., *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, 10454/83, par. 49. Questi ultimi due casi attengono all'art. 8 CEDU, ma sotto il profilo delle obbligazioni positive degli Stati, e quindi in una prospettiva diversa da quella classica dell'ingerenza nel diritto (e quindi delle obbligazioni negative degli Stati).

(12) Corte EDU, Pl., "*Affare linguistico belga*", cit., par. 9 (della Sez. I B della parte in diritto).

(13) I *core rights*, cioè i diritti non derogabili ai sensi dell'art. 15 CEDU, sono quelli previsti dall'art. 2 (diritto alla vita), con l'eccezione delle morti dovute ad atti legittimi di guerra e dagli art. 3 (diritto a non essere assoggettati a tortura e a pene o trattamenti disumani o degradanti), 4, comma 1 (divieto di schiavitù e servaggio) e 7 (principio di legalità dei delitti e delle pene).

(14) Corte EDU, *Lawless c. Irlanda (merito)*, 1° luglio 1961, n. 332/57, par. 22, 36-38 e 57-59; Pl., *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, n. 5310/71, *passim*. Come osservano D. HARRIS, M. O'BOYLE & C. WARBRICK (eds), *Law* etc., cit., 11, in nota, anche se il termine *proporzionalità* non è presente in queste ultime due sentenze, il principio vi è impiegato di fatto.

e altri trattamenti disumani o degradanti, trattandosi di un diritto assoluto, che non soffre limitazioni ⁽¹⁵⁾.

Con riguardo all'art. 2, invece, che protegge il diritto alla vita, quindi anche qui un diritto assoluto, viene in gioco il comma 2 di questa disposizione, che prevede alcuni casi nei quali la perdita di vite umane non si considera contraria alla CEDU quando sia l'effetto di uso legittimo della forza. Per l'analisi di queste situazioni la Corte europea fa ricorso ad un *test* di "stretta proporzionalità" (*strict proportionality*), più rigoroso di quello ordinario di cui si venuti sin qui discorrendo ⁽¹⁶⁾.

2. Applicazione del principio in generale

In linea generale si può dire che l'applicazione del principio di proporzionalità, indubbiamente legata alla dottrina del *margin of appreciation* ⁽¹⁷⁾, non è un'operazione matematica, per cui non è concepibile una assoluta prevedibilità delle decisioni della Corte di Strasburgo, specie quando vengano in gioco questioni nuove.

L'esame di proporzionalità, come si è accennato, può riguardare, come avviene nella maggior parte dei casi, quando vengano in rilievo obbligazioni negative degli Stati, la valutazione della limitazione posta ad un diritto da un'ingerenza statale, ovvero, in caso di obbligazioni positive, quella dell'azione statale dovuta per proteggere il diritto.

In un caso e nell'altro, quindi, che si tratti di valutare l'ingerenza statale ovvero l'azione (o l'inazione) delle autorità, queste saranno considerate *proporzionate*, e quindi compatibili con la CEDU, quando vi sia la prova che le istituzioni statali abbiano provveduto ad un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco, quelli individuali e quelli della comunità, nell'applicare le misure limitative o, per converso, nel decidere le azioni da intraprendere in caso di obblighi positivi.

La Corte troverà sicuramente una violazione quando le condizioni del diritto interno siano tali da impedire in radice il corretto bilanciamento degli interessi pertinenti ⁽¹⁸⁾.

Con una giurisprudenza elaborata in relazione ai casi di restrizioni di diritti "implicitamente limitabili", come l'art. 6, comma 1, CEDU e l'art. 1

⁽¹⁵⁾ Ad es., Corte EDU, G.C., *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, 37201/06, par. 138 s.

⁽¹⁶⁾ Ad es., Corte EDU, *Giuliani e Gaggio*, marzo 2011, n. 23458/02, par. 209.

⁽¹⁷⁾ Su cui v. il distinto contributo dedicato al tema in questo volume.

⁽¹⁸⁾ Ad es., Corte EDU, G.C., *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, 6 ottobre 2005, n. 74025/01, par. 80, relativa alla violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 a causa del divieto assoluto di voto per i detenuti condannati, senza alcuna possibilità di un esame di proporzionalità e dunque di bilanciamento tra il diritto elettorale dei detenuti e le esigenze di difesa sociale.

del Protocollo n. 1, ma che poi è stata estesa in generale ai casi nei quali occorre far riferimento al principio di proporzionalità, la Corte EDU ha chiarito che quando una restrizione “compromette l’essenza” (*impairs the essence*) del diritto, non può parlarsi di rispetto della proporzionalità, e si è quindi sicuramente in presenza di una violazione ⁽¹⁹⁾.

Nei paragrafi che seguono si cercherà di dar conto sinteticamente dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell’applicazione del principio di proporzionalità, sempre con l’avvertenza che, come si è detto, non si tratta di un’operazione matematica.

Sembra opportuno, salvo poi a proporre qualche altro esempio, partire dalla giurisprudenza elaborata a proposito dei diritti previsti dalla CEDU che esplicitamente prevedono la possibilità di limitazioni, cioè i diritti previsti dagli articoli da 8 a 11 della CEDU.

3. (*Segue*) con riguardo ai diritti di cui agli articoli 8-11 CEDU

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa agli articoli da 8 a 11 CEDU emerge l’individuazione di alcuni fattori che occorre tenere in conto per l’esame di proporzionalità ⁽²⁰⁾. Questa giurisprudenza non esaurisce la sua valenza nell’ambito di questi quattro articoli, ma è pertinente, a tutto campo, tutte le volte che la Corte EDU è chiamata ad un esame della proporzionalità.

Come si ricorderà, nel caso classico degli obblighi negativi, quando cioè occorra valutare la convenzionalità di una misura limitativa di uno di questi diritti, l’esame di proporzionalità è l’ultimo dei passaggi che l’esame della Corte deve seguire, perché esso entra in gioco solo dopo che la Corte abbia appurato che la misura litigiosa è prevista dalla legge e che essa tende a proteggere uno degli interessi specificamente — e tassativamente — elencati nei commi 2 di questi articoli. Si tratta del terzo passaggio, che ovviamente non è utile se la Corte ha già accertato la non esistenza anche di uno solo dei due elementi precedenti, quello relativo alla verifica della “necessità in una società democratica”. Non di rado, però - il che sottolinea l’importanza dell’indagine sulla proporzionalità - la Corte EDU non approfondisce l’esame della condizione della previsione per legge dell’ingerenza nel diritto, lasciando impregiudicata la questione, per concentrarsi proprio sul tema della “necessità in una società democratica” della misura litigiosa, cioè

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, *Mathieu-Morin e Clerfayt c. Belgio*, cit., e *Fayed c. Regno Unito* cit. V. anche Corte EDU, *Ashingdane c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, n. 8225/78, par. 57.

⁽²⁰⁾ Per gli esempi riportati in questo paragrafo, v. D. HARRIS, M. O’BOYLE & C. WARBRICK (eds), *Law, etc.*, cit., 358 s.

sull'esame di proporzionalità. Ciò nell'intento, che potremmo definire “no-mofilattico”, di fornire indicazioni il più possibile chiare alle autorità nazionali.

In questo quadro la giurisprudenza ha fatto ricorso ai criteri della *necessità* della misura litigiosa, della eventuale esistenza di *mezzi meno intrusivi* rispetto al diritto fondamentale in gioco idonei a tutelare l'interesse da salvaguardare, della *inutilità* dell'ingerenza nel diritto e quello dell'onere dello Stato di *rendere palese* la necessità della misura litigiosa.

Il criterio della *necessità* e quello della eventuale esistenza di *mezzi meno intrusivi* sono stati impiegati, ad esempio, nel caso *Campbell* ⁽²¹⁾.

Si trattava di un caso di controllo della posta dei detenuti, nell'ambito del diritto al rispetto della corrispondenza di cui all'art. 8 CEDU.

Sotto il primo profilo, quello della *necessità*, la Corte EDU ha trovato contrario alla Convenzione la sistematica apertura, da parte delle autorità carcerarie, delle missive che pervenivano al ricorrente, detenuto, da parte della allora Commissione europea dei diritti dell'uomo ⁽²²⁾. In particolare, la Corte ha constatato un difetto manifesto di proporzionalità giacché la ragione addotta dal Governo convenuto, cioè la possibilità che le intestazioni delle buste fossero falsificate, è stata ritenuta inverosimile (*far-fetched*), per cui vi era un'assoluta assenza di *necessità* della misura litigiosa.

Sotto il secondo profilo, quello dell'esistenza di *mezzi alternativi*, veniva in rilievo la denuncia da parte del ricorrente della sistematica apertura ed ispezione da parte delle autorità carcerarie della corrispondenza con i suoi avvocati. La sentenza chiarisce che la ragione addotta dal Governo, e cioè il timore che le lettere potessero contenere elementi illeciti, avrebbe giustificato solo misure meno intrusive. In particolare, la sentenza osserva che sarebbe stato compatibile con la Convenzione, così soddisfacendo il *test* di proporzionalità, un controllo limitato ai casi nei quali fosse sorto un *legittimo sospetto* (*legitimate suspicion*), con garanzie per l'interessato, ad esempio prevedendo la sua presenza al momento dell'apertura della corrispondenza.

Sempre a proposito del criterio dei *mezzi meno intrusivi*, può citarsi il caso *Marckx* ⁽²³⁾. In questo caso venivano in rilievo i diritti dei figli nati al di fuori del matrimonio, sotto il profilo del diritto alla tutela della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU). Qui la Corte ha osservato che la ragione addotta dal Governo convenuto a

⁽²¹⁾ Corte EDU, *Campbell c. Regno Unito*, 25 marzo 1992, n. 13590/88, par. 62 (necessità) e 48 (mezzi meno intrusivi).

⁽²²⁾ Come è noto, questo organo è scomparso dopo l'entrata in vigore, nel 1998, del Protocollo n. 11 alla CEDU, e le sue competenze sono state assorbite dalla Corte EDU.

⁽²³⁾ Corte EDU, Pl., *Marckx c. Belgio*, 1979, n. 6833/74, par. 40.

giustificazione delle misure discriminatorie verso i figli “illegittimi”, quella cioè della tutela della famiglia tradizionale, era uno scopo legittimo, ma che nella scelta delle politiche adeguate a servire questo scopo occorreva evitare quelle che andassero ad incidere su di un diritto convenzionalmente protetto.

Il criterio della *inutilità* della misura restrittiva (obiettivamente difficile da distinguere da quello della *necessità* esaminato prima) è stato seguito dalla Corte EDU, ad esempio, nei casi *Weber* e *Observer e Guardian* (24). In questi casi si trattava della libertà di espressione di cui all’art. 10 CEDU, e si discuteva della necessità dell’azione preventiva e repressiva diretta alla protezione di informazioni riservate. Trattandosi di informazioni che avevano finito per perdere il loro carattere di riservatezza, perché erano state pubblicate in organi di stampa diversi da quelli facenti capo ai ricorrenti, la Corte EDU ha ritenuto che l’ingerenza non fosse proporzionata perché *inutile*.

Infine, per quanto riguarda il criterio dell’onere dello Stato di *rendere palese* la necessità della misura restrittiva, si può citare come esempio il caso *Kokkinakis* (25). In questa vicenda veniva in rilievo una questione di libertà di religione (art. 9 CEDU). Il ricorrente era stato sanzionato per aver cercato di convertire altri con “mezzi impropri” (*improper means*). La Corte EDU ha osservato che, dato che il Governo convenuto non aveva reso palese, né provato, quali fossero i “mezzi impropri” il cui uso era rimproverato al ricorrente, l’ingerenza nel diritto di questo, diritto che pacificamente comprende il proselitismo, non poteva considerarsi proporzionata, per cui doveva affermarsi la violazione convenzionale denunciata.

4. (*Segue*) qualche esempio in altri settori della CEDU

Come si diceva, la giurisprudenza della Corte EDU in tema di proporzionalità ha avuto modo di svilupparsi soprattutto nell’ambito dei diritti previsti dagli art. 8-11 della Convenzione, come è naturale.

La proporzionalità, però, è un principio inerente all’intera Convenzione, per cui non mancano impieghi rilevanti di esso in altri settori della CEDU. Senza alcuna pretesa di completezza, si indica qualche esempio qui di seguito, in particolare sul diritto di accesso al giudice, di cui all’art. 6, comma 1, CEDU, e sul diritto di proprietà, protetto dall’art. 1 del Protocollo n. 1. Si tratta di due diritti che consentono limitazioni *implicite*.

Per quanto riguarda il diritto di accesso al giudice, viene in rilievo, per

(24) Corte EDU, *Weber c. Svizzera*, 22 maggio 1990, n. 11034/84, par. 51; Pl., *Observer e Guardian c. Regno Unito*, 26 novembre 1991, par. 69.

(25) Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 1993, par. 49.

esempio, il caso *Cordova (n. 2)* ⁽²⁶⁾. Qui un magistrato italiano, Agostino Cordova, sentendosi offeso da certe dichiarazioni di un parlamentare, l'On. Vittorio Sgarbi, lo aveva querelato per diffamazione aggravata. La Camera dei deputati ritenne che dichiarazioni dell'On. Sgarbi dovessero considerarsi protette dall'art. 68 della Costituzione, che stabilisce l'immunità giurisdizionale dei parlamentari per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni. In conseguenza la Corte di cassazione aveva annullato la condanna del parlamentare decisa dai giudici di merito, e il dott. Cordova si era quindi rivolto alla Corte europea denunciando la violazione del suo diritto di accesso al giudice.

La Corte EDU ha ritenuto la limitazione al diritto del dott. Cordova *sproporzionata*. La Corte è partita dalla considerazione che le dichiarazioni dell'On. Sgarbi erano state profferite al di fuori della sede parlamentare e ha ritenuto che l'assenza di un chiaro nesso di esse con l'attività parlamentare imponga di adottare *un'interpretazione restrittiva della nozione di proporzionalità* tra lo scopo perseguito e i mezzi impiegati. Ciò soprattutto quando le restrizioni al diritto di accesso al giudice derivano dalla risoluzione di un organo politico. Sostenere diversamente equivarrebbe a limitare in modo incompatibile con l'articolo 6, comma 1 della Convenzione il diritto dei singoli di accedere a un tribunale qualora le presunte dichiarazioni diffamatorie siano state rese da un parlamentare. Pertanto, la Corte ha concluso che la decisione di annullare tutte le sentenze favorevoli al ricorrente e di congelare tutti gli altri procedimenti avviati per proteggere la sua reputazione non avessero realizzato un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e la necessità di salvaguardare i diritti fondamentali delle persone. La Corte ha considerato rilevante anche la circostanza che non erano state offerte al ricorrente vie alternative per il soddisfacimento del suo diritto di accesso al giudice.

Relativamente al diritto di proprietà può citarsi, tra i tanti, il caso *Paulet* ⁽²⁷⁾. Qui si discuteva di una confisca. Pacificamente il provvedimento di confisca litigioso equivaleva a un'interferenza con il diritto del ricorrente al pacifico godimento dei suoi beni come tutelato dalla prima frase dell'articolo 1 del Protocollo n. 1. Inoltre, la Corte ha osservato che i provvedimenti di confisca rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 1, secondo comma, del Protocollo n. 1, che consente il controllo dei beni, in particolare per assicurare l'esecuzione delle sanzioni. Tuttavia, tale disposizione deve essere interpretata alla luce del principio generale enunciato nella prima frase del primo comma, per cui deve sussistere un *ragionevole rapporto di propor-*

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Cordova c. Italia (n. 2)*, 30 gennaio 2003, n. no. 45649/99, parr. 59-65.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Paulet c. Regno Unito*, 13 maggio 2014, n. 6219/08), parr. 64 s.

zionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Un'interferenza con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 sarà *sproporzionata* laddove il proprietario interessato abbia dovuto sostenere "un onere individuale ed eccessivo", tale da sconvolgere "il giusto equilibrio che dovrebbe essere raggiunto tra la protezione del diritto di proprietà e le esigenze dell'interesse generale". Il raggiungimento di un giusto equilibrio dipende da molti fattori. Sebbene il secondo comma dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 non contenga requisiti procedurali espliciti, la Corte deve valutare se il procedimento nel suo complesso abbia offerto al ricorrente una ragionevole opportunità di sottoporre il suo caso alle autorità competenti al fine di consentire loro di stabilire un giusto equilibrio tra gli interessi contrastanti in gioco. Nel caso di specie il giudice nazionale, la *Court of Appeals*, invocando le prerogative della Corona, aveva rifiutato di compiere ogni indagine sulla proporzionalità della misura, il che dimostrava l'assenza di proporzionalità in termini convenzionali.

5. Conclusioni

Come si è visto, pur trovando il suo terreno privilegiato nell'ambito dei diritti *esplicitamente limitabili* di cui agli articoli da 8 a 11 della CEDU, il principio di proporzionalità è *inerente*, cioè trasversale, all'intera Convenzione.

Nell'applicazione del principio di proporzionalità è tipico il ricorso a tecniche di bilanciamento. Il bilanciamento distingue la proporzionalità dai metodi di ragionamento tradizionali, in particolare dal metodo di sussunzione sillogistica, proprio della tradizione continentale, e la avvicina al ragionamento "caso per caso", più vicino alla tradizione di *common law*.

Certamente, come si è osservato, l'applicazione del principio di proporzionalità non è un'operazione matematica, e quindi la decisione della Corte EDU nei casi nei quali questo venga in rilievo spesso non è prevedibile con certezza.

Va detto però che se il giudice nazionale provvede in modo motivato all'analisi di proporzionalità alla luce della giurisprudenza della Corte, è difficile che quest'ultima metta in discussione la soluzione adottata dal primo. In questi casi la difesa del Governo convenuto sarà relativamente facile. Per converso, quando il giudice nazionale rifiuti, per questa o quella ragione, di procedere all'esame di proporzionalità, allora la constatazione di violazione convenzionale da parte della Corte EDU è praticamente automatica, come si è visto nei casi *Hirst* e *Paulet*.

Ne deriva un incoraggiamento al giudice domestico affinché proceda, quando opportuno, alla valutazione di proporzionalità delle restrizioni ai

diritti protetti dalla CEDU, senza dimenticare l'esame della proporzionalità delle azioni richieste in tema di obblighi positivi. Ciò non tanto per facilitare la difesa in giudizio del Governo nazionale dinanzi alla Corte EDU in caso di ricorso a Strasburgo, ma per una migliore protezione dei diritti fondamentali, missione che è propria non solo del giudice europeo, ma anche di quello nazionale, per cui si parla giustamente di *responsabilità condivisa* tra i due livelli.

V.
IL MARGINE DI APPREZZAMENTO
di *Giuseppe Riccardi* (*)

SOMMARIO: 1. Il margine di apprezzamento tra « dottrina » e *judicial review*. — 2. Il margine di apprezzamento delle deroghe statali alla Convenzione (art. 15 CEDU). — 3. Il margine di apprezzamento delle interferenze statali ai diritti fondamentali. — 3.1. I test di legittimità delle interferenze statali. — 3.2. Il margine di apprezzamento delle misure di interferenza: origine ed evoluzione. — 3.3. Margine di apprezzamento e libertà di espressione. — 3.4. Margine di apprezzamento e dottrina del consenso. — 3.5. Il margine di apprezzamento nel bilanciamento tra libertà di opinione e libertà religiosa: blasfemia e protezione dei sentimenti religiosi. — 3.6. Margine di apprezzamento e tutela della vita privata. — 4. Il margine di apprezzamento tra *self-restraint* e limite della ‘discrezionalità’ politica.

1. Il margine di apprezzamento tra « dottrina » e *judicial review*

Il margine di apprezzamento è una tecnica argomentativa cruciale nell’interpretazione della Convenzione europea, mediante la quale la Corte di Strasburgo cerca di bilanciare la *sovranità* degli Stati membri con il rispetto degli *obblighi* stabiliti dalla Convenzione, riconoscendo loro un margine di discrezionalità ⁽¹⁾.

(*) Sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

(1) Sulla “dottrina” del margine di apprezzamento, I. A. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell’uomo*, in *La funzione giurisdizionale nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento comunitario. Atti dell’incontro di studio fra giovani cultori delle materie internazionali (Torino, 9-10 ottobre 2009)*, Napoli, ESI, 2010, 7 ss.; F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, 65 ss.; L. OLIVIERI, *La dottrina del margine di apprezzamento tra sindacato giurisdizionale e giustizia politica*, *ivi*, 413 ss.

Sulla impropria locuzione di « dottrina » a proposito del margine di apprezzamento, in quanto non si tratterebbe di un insieme di principi con una coerenza teorica, ma di un approccio metodologico o di una tecnica giudiziale, per tutti, P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 149 ss.

Corollario del principio di sussidiarietà che informa il sistema di tutela convenzionale, che affida in prima battuta ai singoli Stati contraenti il compito di garantire i diritti umani (art. 35 CEDU), il margine di apprezzamento è stato dapprima impiegato nel sindacato delle misure derogatorie rispetto ai diritti ed alle libertà riconosciute dalla Convenzione (art. 15 CEDU), e, successivamente, con riferimento alle misure costituenti una “interferenza” (artt. 5, 6, 8-11 CEDU).

Del resto, si è rilevato in dottrina che la radice storico-giuridica del concetto di “margine di apprezzamento” è duplice: con riferimento alle deroghe in caso di guerra o altro pericolo pubblico, l’origine della discrezionalità riconosciuta agli Stati nell’affermare l’esistenza di una situazione di guerra ‘esterna’ o di grave emergenza ‘interna’ si rinviene nel diritto bellico, nella « *martial law* »; il sindacato sulle misure di interferenza e limitazione delle libertà adottate dagli Stati rinviene, invece, la propria origine nel concetto di discrezionalità dell’amministrazione, e controllo sull’esercizio di tale discrezionalità, e sui criteri di *judicial review* elaborati dal Consiglio di Stato francese (2).

In assenza di una esaustiva e vincolante definizione compiuta della Corte di Strasburgo, il « margine di apprezzamento » è stato definito come “quel margine in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla CEDU configuri una concreta violazione della Convenzione stessa: si tratta quindi di un « confine » tra misure ammesse (in quanto interne al « margine di apprezzamento ») e misure non ammesse (in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione) necessariamente « mobile »” (3).

In altri termini, il margine di apprezzamento segna la « latitudine » consentita agli Stati nel rispettare la Convenzione, o nel non rispettarla, attivando legittimamente le clausole di deroga o di interferenza previste dalla stessa (4).

2. Il margine di apprezzamento delle deroghe statali alla Convenzione (art. 15 CEDU)

Le prime affermazioni della ‘dottrina’ del margine di apprezzamento sono emerse con riferimento alle deroghe agli obblighi convenzionali che gli

(2) F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 70.

(3) F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 67.

(4) T. O'DONNELL, *The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, 475.

Stati nazionali possono adottare in caso di stato d'urgenza, ai sensi dell'art. 15 CEDU.

La possibilità riconosciuta agli Stati nazionali di proclamare uno 'stato di emergenza', in caso di « guerra » o di « altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione », è infatti sottoposta ad una serie di limitazioni: le deroghe non possono essere adottate in relazioni agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 §1 (divieto di riduzione in schiavitù) e 7 (*nullum crimen sine lege*), e devono essere previste « nella stretta misura in cui la situazione lo richieda ».

Ed è con riferimento alla verifica di tali presupposti dello 'stato di emergenza' che la giurisprudenza europea ha iniziato ad affermare la necessità di un controllo, da parte della Corte EDU, sulla ricorrenza dei presupposti legittimanti la deroga di cui all'art. 15 CEDU.

Nel caso *Grecia c. Regno Unito* del 1956, con riferimento allo stato di emergenza proclamato dal Regno Unito sul territorio di Cipro, la Commissione ha riconosciuto l'esistenza di un « certo margine di apprezzamento » degli Stati sulla ricorrenza della situazione di emergenza cui l'art. 15 CEDU subordina le misure di deroga e sulla stretta proporzionalità delle stesse.

L'argomento venne ribadito nel celebre caso *Lawless c. Irlanda* del 1961, in cui la Corte di Strasburgo, decidendo del ricorso di un cittadino irlandese vicino all'IRA, sottoposto per cinque mesi a detenzione senza processo, ha ritenuto che la deroga all'art. 5 CEDU fosse giustificata dalla situazione di emergenza 'interna', derivante dal terrorismo armato dell'IRA, e fosse strettamente necessaria ad affrontare la situazione: il vaglio della Corte EDU si è estrinsecato, dunque, in un giudizio sulla "ragionevolezza" delle misure adottate e sulla "proporzionalità" rispetto alla situazione di emergenza ⁽⁵⁾, senza esaminare la effettiva sussistenza dello stato di emergenza.

Un *revirement* si è registrato, invece, in occasione del caso *Greek Colonels*: pronunciandosi sulla sospensione degli obblighi nel c.d. "caso greco", riguardante il colpo di Stato dei colonnelli nel 1967 ⁽⁶⁾, è stata infatti negata — all'epoca, dalla Commissione — l'esistenza di una pubblica emergenza che giustificasse la deroga, sul presupposto che gli Stati non godono di una discrezionalità illimitata nella proclamazione della condizione

⁽⁵⁾ F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 73.

⁽⁶⁾ I ricorsi contro la Grecia erano stati proposti da alcuni Paesi scandinavi — Danimarca, Norvegia, Svezia e Olanda —, che, in seguito al colpo di stato dell'aprile del 1967, ed all'insediamento di una giunta militare, denunciarono la sospensione di alcune libertà costituzionali, tutelate anche dalla CEDU, quali la libertà di espressione, la libertà di riunione, il diritto ad un equo processo, il divieto di tortura.

di “pericolo pubblico” che minacci la vita della nazione (7). In questo caso, dunque, la particolarità della situazione, caratterizzata dalla instaurazione di un regime antidemocratico, con la sospensione di numerose libertà, ha indotto gli organi di Strasburgo a negare il riconoscimento del “margine di apprezzamento” al governo greco, ed a censurare le misure adottate, sulla base di una interpretazione più stringente della Convenzione.

Un ritorno alle posizioni inaugurate con il caso *Lawless* si riscontra nel caso *Irlanda c. Regno Unito* del 1976 (8): pur non venendo in contestazione l'esistenza di una situazione di emergenza — integrata dall'attività dell'IRA sul territorio nordirlandese —, l'Irlanda contestava la ‘proporzionalità’ di alcune misure adottate dal governo britannico.

La Corte di Strasburgo, raffinando l'argomentazione già sviluppata con la sentenza *Lawless*, ha individuato nella « *better position* » dello Stato il fondamento del riconoscimento del margine di apprezzamento: essendo in « continuo e diretto contatto con i bisogni più pressanti del momento », infatti, lo Stato si trova in una « miglior posizione » rispetto alla Corte di Strasburgo per valutare se esista una situazione di emergenza e quali siano gli strumenti per affrontarla (9).

Tuttavia, a fronte del riconoscimento di un « ampio » margine di apprezzamento statale, la Corte EDU, che è responsabile dell'applicazione e dell'osservanza degli impegni degli Stati nel rispetto della Convenzione, si riserva il compito di “supervisione” della adeguatezza delle misure adottate, e della loro necessità per affrontare la situazione di emergenza.

La ‘dottrina’ del margine di apprezzamento, elaborata con riferimento alle misure di deroga alle libertà riconosciute dalla Convenzione, nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 15 CEDU, è stata successivamente riproposta nel caso *Branningan and McBride c. Regno Unito* del 1993 (10), avente ad oggetto le misure antiterroristiche adottate dal governo inglese in relazione alle attività dell'IRA, e nel caso *Aksoy c. Turchia* del 1996 (11), avente ad oggetto le misure di deroga adottate dal governo turco in relazione alle minacce per la sicurezza nazionale nel Sud-est del paese provenienti dagli indipendentisti curdi: nel vaglio di tali deroghe, la giurisprudenza europea ha individuato alcuni parametri per giudicare l'adeguatezza delle misure, tra cui la « natura dei diritti » incisi dalla deroga, la « durata » dello stato di emer-

(7) Commissione EDU, Rapporto del 05/11/1969, §§ 159-165, 207.

(8) Corte EDU, caso *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978.

(9) In tema, *amplius*, F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 77 ss.

(10) Corte EDU, caso *Branningan and McBride c. Regno Unito*, 26 maggio 1993.

(11) Corte EDU, caso *Aksoy c. Turchia*, 18 dicembre 1996.

genza, le « circostanze che l'hanno creato », e l'esistenza di « garanzie » interne compensative ⁽¹²⁾.

Mentre la maggior parte delle 'deroghe' hanno tradizionalmente riguardato situazioni di emergenza derivanti da attività qualificate come forme di 'terrorismo' interno, uno spostamento del baricentro tra esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti umani si è registrato con le misure adottate da molti Stati del Consiglio d'Europa dopo l'11 settembre 2001, in relazione al pericolo di attentati terroristici di matrice fondamentalista islamica.

Di particolare rilievo è la decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo del 2009, relativa alle misure adottate dalla Gran Bretagna con l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* nel 2001, che autorizzavano la detenzione di stranieri 'sospettati' di terrorismo, ed alla deroga comunicata rispetto all'art. 5 CEDU.

La base che ha fondato l'adozione della legislazione antiterroristica, infatti, era l'attacco terroristico agli Stati Uniti, ritenuto un « pericolo pubblico », nonostante la minaccia si fosse concretamente manifestata in un altro Stato, e non nel territorio britannico ⁽¹³⁾.

La Grande Camera ⁽¹⁴⁾, pronunciandosi sulle misure restrittive della libertà personale introdotte dal Regno Unito all'indomani degli attacchi dell'11 settembre 2001, ha dunque riconosciuto sussistente la situazione di emergenza derivante dalle minacce del terrorismo internazionale, affermando la legittimità del ricorso alla deroga da parte dello Stato convenuto, nonostante al momento della notifica della comunicazione di deroga (intervenuta il 18 dicembre 2001) il Regno Unito non era ancora stato oggetto di alcun attacco diretto; la Corte ha infatti sostenuto che le misure adottate dalle autorità britanniche non potessero essere censurate per aver stabilito, sulla base delle informazioni disponibili, che sussistesse la reale possibilità di un imminente attacco terroristico contro il Regno Unito; con riferimento al requisito dell'imminenza del pericolo, infatti, le autorità non possono essere tenute ad attendere che l'attentato venga compiuto prima di poter prendere provvedimenti adeguati, sottolineando altresì che lo scopo principale della

⁽¹²⁾ In tema, *amplius*, F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 79 ss.

⁽¹³⁾ La legislazione adottata nel 2001 è stata dichiarata incompatibile con la Convenzione europea dalla *House of Lords*, con una decisione del 16 dicembre 2004; successivamente è stato adottato il *Prevention of Terrorism Act*, emanato l'11 marzo 2005, e successivamente reso più severo in seguito agli attentati di Londra.

In tema, *amplius*, G. CATALDI, *Art. 15*, in A. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, Cedam, 2012, 562 ss.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, Grande Camera, *A. e altri c. Regno Unito*, 19 febbraio 2009.

clausola derogatoria è di consentire l'adozione di misure atte a proteggere la popolazione da rischi futuri; il rischio nel territorio britannico era dunque reale e imminente, come comprovato dagli attentati del 7 luglio 2005 ⁽¹⁵⁾.

Pur ritenendo che spettasse alle autorità nazionali il "margine di apprezzamento" sulla gravità del pericolo e sull'opportunità di adottare misure straordinarie, la Corte di Strasburgo ha nondimeno ritenuto incompatibili con la Convenzione le misure non strettamente necessarie e discriminatorie, in quanto indirizzate solo a sospettati di origine straniera, mediante previsione di un regime di detenzione sproporzionato e discriminatorio, essendo la detenzione non già strumentale all'espulsione o all'extradizione, ma giustificata sulla base di sospetto terrorismo ⁽¹⁶⁾; la conseguente violazione dell'art. 5 CEDU, peraltro, è stata affermata anche con riferimento all'impedimento frapposto ai difensori di accedere ai documenti classificati come 'riservati' ⁽¹⁷⁾.

L'intrinseca 'politicità' dei giudizi sul perimetro da riconoscere al margine di apprezzamento del singolo Stato, ancor più spiccata nel caso delle situazioni di emergenza, 'esterna' (guerra o terrorismo internazionale) o 'interna', caratterizza dunque la giurisprudenza europea sull'art. 15 CEDU.

E, in tale ambito, la concreta dimensione riconosciuta al « margine di apprezzamento » verrà nuovamente in rilievo in situazioni di 'emergenza' molto recenti, non ancora giunte al compiuto scrutinio della Corte di Strasburgo, quali: lo stato di emergenza proclamato dalla Francia in seguito agli attentati terroristici del 13 novembre 2015 ⁽¹⁸⁾; lo stato di emergenza

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, Grande Camera, *A. e altri c. Regno Unito*, 19 febbraio 2009, § 177.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, Grande Camera, *A. e altri c. Regno Unito*, 19 febbraio 2009, §§ 179-186.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, Grande Camera, *A. e altri c. Regno Unito*, 19 febbraio 2009, § 220.

⁽¹⁸⁾ La Francia ha infatti proclamato lo stato di emergenza, autorizzando le misure particolari previste dalla *Loi* n. 55-385 del 3.4.1955 sullo stato di emergenza, promulgata in occasione della guerra d'indipendenza d'Algeria, che prevede che il decreto con il quale il Consiglio dei Ministri dichiara lo stato di emergenza possa fornire altresì alle autorità amministrative poteri eccezionali di polizia relativi: alla circolazione di persone e di veicoli, alla possibilità di proibire il soggiorno nel territorio francese (art. 5), al divieto di riunioni di natura potenzialmente lesiva dell'ordine sociale (art. 6-1), al sequestro di armi (art. 9), alla chiusura di tutti i luoghi pubblici (art. 8), alla possibilità di disporre perquisizioni in ogni tempo e luogo, nonché all'ampliamento della misura dell'assegnazione a residenza e degli arresti domiciliari.

Con una successiva dichiarazione, la Francia ha comunicato al Segretariato del Consiglio d'Europa la possibilità di derogare agli obblighi della Convenzione, ai sensi dell'art. 15 CEDU.

In tema, C. PELOSO, *La scelta della Francia di autorizzarsi a derogare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la portata dell'articolo 15 CEDU nel quadro dello stato di necessità*,

proclamato dalla Turchia in seguito al tentato *golpe* del 15 luglio 2016 ⁽¹⁹⁾; lo stato di emergenza sanitaria proclamato in relazione alla pandemia da Covid-19 da numerosi Stati ⁽²⁰⁾, molti dei quali hanno comunicato la procedura di ‘deroga’ di cui all’art. 15 CEDU ⁽²¹⁾.

3. Il margine di apprezzamento delle interferenze statali ai diritti fondamentali

La ‘dottrina’ del margine di apprezzamento, la cui genesi è stata individuata nel laboratorio del vaglio sulle misure di deroga *ex art.* 15 CEDU, è stata successivamente sviluppata nell’ambito del controllo sulla legittimità convenzionale delle ingerenze (o interferenze) statali sui diritti riconosciuti dalla Convenzione, con particolare riferimento alla previsione delle misure limitative dell’esercizio dei diritti ammesse espressamente dagli artt. 8 (vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione), 10 (libertà di espressione) e 11 (libertà di riunione e associazione).

3.1. I test di legittimità delle interferenze statali

Si tratta, come noto, di disposizioni che — diversamente dall’art. 15 CEDU, che prevede una facoltà di deroga — sono strutturate in termini di tendenziale inviolabilità dei diritti e delle libertà in esse garantite; sicché il margine di apprezzamento concerne la valutazione delle misure di ‘interferenza’ con tali diritti, previsti dal § 2 delle disposizioni in oggetto, a differenza dei « diritti assoluti » previsti dagli artt. 2 (vita), 3 (divieto di tortura), 4 (divieto di schiavitù e lavoro forzato) e 5 (libertà e sicurezza).

In tal senso, viene in rilievo la distinzione tra « diritti assoluti » — formulati in modo da impedire agli Stati di restringerli, e dunque sottratti alle

in *Legisl.pen.*, 25 febbraio 2016; E. SOMMARIO, *Attentati di Parigi: la Francia deroga alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Sidiblog*, 11 gennaio 2016.

⁽¹⁹⁾ E. SOMMARIO, *Stato d’emergenza in Turchia: prime risposte dalla Corte europea dei diritti umani*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2020, n. 4-5, 259.

⁽²⁰⁾ R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 3, 341 ss.

⁽²¹⁾ Appare significativo che la procedura di deroga di cui all’art. 15 CEDU era stata comunicata, nei precedenti settanta anni di applicazione della Convenzione, soltanto da 9 Stati; in particolare, si erano avvalsi della deroga, anche per periodi di tempo consistenti, la Gran Bretagna (in relazione al terrorismo dell’IRA) e la Turchia (in relazione agli indipendentisti curdi).

Nei primi mesi dell’emergenza pandemica, sono stati già 10 gli Stati che hanno comunicato la deroga ai sensi dell’art. 15 CEDU.

operazioni di bilanciamento e all'applicazione del margine di apprezzamento — e « diritti soggetti a limitazioni »⁽²²⁾: di questi ultimi gli Stati possono definirne e restringerne l'esercizio in base a considerazioni di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di protezione della salute o di morale pubblica, e con precipuo riferimento ad essi viene in rilievo il perimetro del “margine di apprezzamento”.

In tali casi, dunque, le limitazioni ai diritti e alle libertà sono condizionate ad un triplice *test*: di legalità, di legittimità e di necessità/proporzione.

Il primo requisito, dell'esistenza della base legale, è stato tradizionalmente inteso in senso ampio, nel senso che l'interferenza statale rilevante per il sindacato della Corte EDU potesse derivare da ogni forma di diritto, scritto e non scritto, e da ogni atto dell'autorità pubblica su di esso basato, compreso l'orientamento giurisprudenziale consolidato.

La seconda fase del controllo della Corte di Strasburgo, se l'interferenza statale risulti “prevista dalla legge”, consiste nel c.d. *test* di legittimità: l'interferenza deve perseguire uno degli obiettivi legittimi previsti dal § 2 degli articoli menzionati.

Il *test* di necessità rappresenta la terza fase del controllo della Corte di Strasburgo: una volta verificata la ‘legalità’ e la ‘legittimità’ (degli scopi perseguiti) dell'interferenza statale, la Corte deve verificare che la limitazione del diritto o della libertà del ricorrente sia necessaria in una società democratica.

La necessità di una limitazione corrisponde, secondo la collaudata definizione della giurisprudenza europea, ad un bisogno sociale imperioso (“*pressing social need*”), e la restrizione deve essere proporzionata allo scopo legittimo perseguito.

3.2. *Il margine di apprezzamento delle misure di interferenza: origine ed evoluzione*

Il sindacato maggiormente penetrante della Corte di Strasburgo concerne, dunque, il terzo requisito della “necessità in una società democratica”, sviluppato secondo i canoni della congruità e, soprattutto, della proporzionalità delle limitazioni alle libertà rispetto agli scopi legittimi perseguiti.

La definizione del concetto di necessità è il frutto di una lunga elaborazione, che, tuttavia, rinviene il proprio fondamento concettuale nel caso *Handyside*, a proposito dell'art. 10 CEDU, allorché la Corte di Strasburgo innanzitutto chiarì che “necessario”, da un lato, non è una nozione

(22) In tema, *amplius*, I.A. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, cit., 11.

flessibile come “ammissibile”, “normale”, “utile”, “ragionevole” o “opportuno”, ma, dall’altro, non è rigida come “indispensabile” (23).

E, sempre nel caso *Handyside*, la Corte sviluppò la dottrina del c.d. “doppio margine di apprezzamento” (24), alla cui stregua si riconosce al singolo Stato un “certo” margine di discrezionalità nel valutare la necessità delle misure restrittive delle libertà che la Convenzione non tutela in maniera incondizionata (come, nella fattispecie, la libertà di espressione), mentre alla Corte di Strasburgo compete una ulteriore valutazione in ordine alla proporzione delle misure restrittive rispetto allo scopo perseguito.

Si tratta, dunque, di una collaudata tecnica giudiziale mediante la quale, come si è osservato, la Corte cerca di bilanciare la *sovranità* degli Stati membri con il rispetto degli *obblighi* stabiliti dalla Convenzione, riconoscendo loro un margine di discrezionalità.

Al riguardo, va infatti evidenziato che l’approccio della Corte di Strasburgo era stato, fino a quel momento, connotato da una spiccata cautela interpretativa, essendo ritenuta un esempio classico di giurisdizione internazionale: il riflesso di tale concezione era la natura internazionalistica della tutela dei diritti, in cui gli Stati erano considerati detentori di un ambito di sovranità da limitare soltanto nei casi di violazione manifesta dei diritti previsti dalla Convenzione (25).

Le tecniche argomentative della Corte, infatti, erano calibrate, come si è in precedenza evidenziato, sull’art. 15 CEDU, che prevede l’esclusione della responsabilità degli Stati aderenti per violazione dei diritti fondamentali “in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”, e, dunque, invocato dagli Stati per sottrarsi al rispetto delle garanzie convenzionali.

In tale contesto interpretativo, pertanto, la Corte EDU riteneva che gli Stati fossero gli unici soggetti in grado di valutare la sussistenza e la portata di tali situazioni di pericolo, perché posti nella posizione migliore (“*better placed*”) per valutare la necessità di sospendere il godimento dei diritti (26).

È soltanto sul finire degli anni Sessanta del secolo scorso che la Corte iniziò a considerare la teoria del “*better placement*” un limite immanente a

(23) Corte EDU, Grande Chambre, caso *Handyside c. Regno Unito*, 7.12.1976, § 48.

(24) Dottrina formulata ed applicata per la prima volta, al di fuori dell’art. 15 CEDU, nel caso *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, con riferimento all’art. 10 CEDU, a proposito dei limiti di tutela della morale pubblica in relazione alla pubblicazione di un libro ritenuto osceno.

(25) G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento, tra self-restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*, in *L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo*, *diritti-cedu.unipg.it*, 240 ss.

(26) Corte EDU, caso *Lawless c. Irlanda*, 1 luglio 1961.

tutti i diritti previsti dalla Convenzione, che consentiva di riconoscere ai singoli Stati un margine di apprezzamento nel valutare se, e in che modo, dare tutela ad un diritto garantito dalla CEDU, ma anche a prospettare un controllo più stringente sulle decisioni degli Stati, precisando che le misure restrittive dei diritti potevano ritenersi compatibili con la Convenzione soltanto se avevano una “giustificazione obiettiva e razionale” e, soprattutto, se risultavano proporzionali rispetto allo scopo perseguito ⁽²⁷⁾.

3.3. *Margine di apprezzamento e libertà di espressione*

La ‘dottrina’ del margine di apprezzamento, i cui primordi risalgono, appunto, al riconoscimento di un grado di discrezionalità dei singoli Stati nella tutela dei diritti fondamentali, è stata dunque compiutamente delineata nel caso *Handyside*, che aveva ad oggetto una limitazione della libertà di espressione (la pubblicazione di un libro sull’educazione sessuale) per la protezione della morale.

Trattandosi di uno degli ‘obiettivi legittimi’ che giustificano una interferenza, la protezione della morale è sovente invocata dagli Stati per giustificare una limitazione della libertà di espressione.

Nel caso *Handyside c. Regno Unito* ⁽²⁸⁾, le autorità britanniche avevano impedito la diffusione di un libro sull’educazione sessuale — *The Little Red Schoolbook* — rivolta ad un pubblico adolescenziale, e contenente indicazioni su stili di vita, ritenuti ‘alternativi’, soprattutto in materia sessuale; le misure di censura e di sequestro della pubblicazione erano state fondate su alcune disposizioni dell’*Obscene Publications Act* del 1959, e giustificate dall’esigenza di protezione della morale, in particolare per gli aspetti legati “allo stadio particolarmente critico dell’età dello sviluppo”.

La Corte EDU, ribadendo che, in ossequio al principio di sussidiarietà, spetta allo Stato individuare la nozione di morale da tutelare e valutare se la misura adottata sia la più appropriata per la salvaguardia della finalità, ha ritenuto che il comportamento delle autorità inglesi non avesse violato la libertà di espressione, trattandosi di una materia — la morale — che, in assenza di *consensus standard* tra i paesi europei, rientra nell’ambito del più ampio margine di apprezzamento del singolo Stato ⁽²⁹⁾.

Partendo da questa conclusione — che riprende la teoria del *better placement* —, la Corte EDU prese lo spunto per approfondire i presupposti del proprio giudizio, e per elaborare un *test* più preciso e penetrante per

⁽²⁷⁾ G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento*, cit., 241.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, Grande Chambre, caso *Handyside c. Regno Unito*, 7.12.1976.

⁽²⁹⁾ In tema, G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento*, cit., 240 ss.

valutare il *concreto* esercizio del margine di apprezzamento, fondato sul giudizio comparativo: la valutazione della necessità di una misura limitativa di un diritto rispetto agli obiettivi da perseguire rientra sì nel margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato, ma questo rappresenta soltanto il ‘*primo stadio del giudizio*’.

La Corte precisò, infatti, che la verifica che le compete riguarda anche il merito delle ragioni fatte valere dal ricorrente, sicché ogni decisione adottata a livello interno deve essere sottoposta ad un ‘*secondo stadio di giudizio*’, nell’ambito del quale la Corte esercita un *controllo* particolarmente *intenso sulla fondatezza e sulla necessità in concreto* della misura restrittiva ⁽³⁰⁾.

In particolare, l’esercizio del margine di apprezzamento da parte del singolo Stato deve ritenersi sempre sottoposto alla valutazione della Corte EDU in merito alla *proporzione* della misura rispetto alla salvaguardia dello scopo legittimo.

E, mentre il giudizio sulla proporzionalità delle misure statali è svolto dalla Corte tenendo presente una molteplicità di fattori — in primo luogo, la sussistenza di un *pressing social need* —, il giudizio sul fine perseguito non può prescindere dall’esistenza, o meno, di un *consensus standard* tra i paesi europei, di una concezione uniforme europea su una certa materia ⁽³¹⁾: ciò comporta che l’assenza di consenso europeo su una certa materia giustifica il riconoscimento di un margine di apprezzamento più ampio per lo Stato interessato.

Lo sviluppo della ‘dottrina’ del “margine di apprezzamento”, peraltro, rivela il diverso approccio della Corte EDU, a seconda dei vari ambiti del sindacato, nella valutazione della ‘legittimità convenzionale’ delle limitazioni alla libertà di espressione.

Dalla giurisprudenza europea emerge, infatti, una sorta di “tutela a cerchi concentrici” della libertà di espressione, nel senso che la Corte di Strasburgo riconosce una ampia e penetrante tutela al c.d. *political speech*, che progressivamente si restringe man mano che la forma espressiva si allontana dal discorso politico o di interesse spiccatamente pubblico ⁽³²⁾; il nucleo della libertà di espressione è, dunque, il *political speech*, e, intorno a tale nucleo, è possibile individuare più cerchi concentrici: il posizionamento di una specifica attività comunicativa ad un livello o ad un altro avviene,

⁽³⁰⁾ G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento*, cit., 242.

⁽³¹⁾ G. REPETTO, *Alle origini del margine di apprezzamento*, cit., 242.

⁽³²⁾ M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014, 51-62.

quindi, in funzione della rilevanza della comunicazione per lo sviluppo e il mantenimento di una società democratica ⁽³³⁾.

In tale approccio funzionalistico, dunque, la giurisprudenza europea ammette, in relazione al *political speech* — che, di solito, si accompagna alla tutela del mezzo stampa, e, ormai, dei nuovi *media* —, restrizioni e sanzioni solo in casi eccezionali, mai *ex ante* e molto raramente sanzioni penali *ex post*; in relazione alle altre tipologie di espressione, più esse sono vicine al nucleo, minori sono le restrizioni ammissibili, più si allontanano, maggiori sono le limitazioni che gli Stati possono imporre ⁽³⁴⁾.

È, infatti, consolidato e risalente il rilievo della Corte di Strasburgo secondo cui, mentre la possibilità di imporre restrizioni, sulla base dell'art. 10 § 2 CEDU, a discorsi inerenti tematiche politiche o dibattiti relativi a questioni di interesse pubblico — il c.d. *political speech* — è assai limitata, e le restrizioni *ex ante* devono ritenersi sempre illegittime, al contrario « un margine di apprezzamento più ampio è generalmente riconosciuto agli Stati contraenti quando regolano la libertà di espressione in relazione a contenuti idonei a offendere le più intime convinzioni personali nella sfera della *morale* o, in particolar modo, della *religione* » ⁽³⁵⁾.

3.4. Margine di apprezzamento e dottrina del consenso

Tra i casi di maggiore rilevanza nello sviluppo interpretativo del perimetro del margine di apprezzamento vi è senz'altro quello esaminato dalla Corte EDU nella sentenza *Sunday Times (n. 1) c. Regno Unito* ⁽³⁶⁾, che costituisce altresì un punto di riferimento nell'elaborazione delle tecniche argomentative della giurisprudenza europea.

Il caso riguardava, in particolare, il direttore ed alcuni giornalisti del noto giornale inglese che lamentavano una violazione dell'art. 10 CEDU perché la *House of Lords* aveva impedito la pubblicazione di una serie di articoli relativi al processo che si svolgeva nei confronti della casa farmaceutica responsabile di aver diffuso il farmaco Talidomide. Il divieto si giustificava, nel diritto interno, sulla base del fatto che la diffusione di notizie sulle

⁽³³⁾ M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2,9.

⁽³⁴⁾ M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 9.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, caso *Wingrove c. Regno Unito*, 25.11.1996, § 58.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, caso *Sunday Times (n. 1) c. Regno Unito*, 26.4.1979.

conseguenze dannose del farmaco avrebbe potuto pregiudicare un regolare svolgimento del processo, e così integrare il reato di *contempt of the court* ⁽³⁷⁾.

Proprio sotto tale profilo, infatti, il Regno Unito aveva resistito, sostenendo la legittimità del divieto di pubblicazione, in quanto rivolto a “garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario”, e rientrando nel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, secondo i principi affermati nel caso *Handyside*.

La Corte EDU, nella sentenza *Sunday Times*, ha affinato l’argomentazione sulla nozione di “società democratica”, che, a differenza della teoria del margine di apprezzamento e dell’interpretazione comparativa, è positivamente disciplinata in una serie di articoli della Convenzione (il secondo § degli articoli da 8 a 11) ⁽³⁸⁾.

Divergendo dal caso *Handyside*, che, sviluppando la teoria del margine di apprezzamento, aveva rilevato l’assenza di una nozione uniforme a livello europeo di “morale”, e, dunque, una maggiore discrezionalità dei singoli Stati, la Corte EDU ha invece precisato che quanto affermato in relazione alla protezione della morale “non può dirsi per la *nozione ben più oggettiva di ‘autorità’ del potere giudiziario*. Il diritto interno e l’esperienza degli Stati contraenti rivelano in questa materia un grado particolarmente significativo di accordo. Quest’ultimo è riscontrabile in numerose disposizioni della Convenzione, compreso l’art. 6, che non hanno equivalenti per quanto riguarda la morale. Di conseguenza, in questo settore, *ad un controllo europeo più intenso corrisponde un grado minore di discrezionalità da parte dello Stato*” ⁽³⁹⁾.

Dunque, se il campo della morale — in assenza di un consenso uniforme europeo — non può che essere affidato all’apprezzamento degli Stati, l’area dei reati connessi all’amministrazione della giustizia ricade nell’ambito di uno scrutinio più penetrante da parte della Corte, considerato che in questo settore è riscontrabile un grado di consenso più evidente nelle legislazioni e nelle prassi rilevanti nei diversi ordinamenti interni ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ Al riguardo, l’inserimento, nel § 2 dell’art. 10 CEDU, dello scopo di protezione dell’autorità e dell’imparzialità del potere giudiziario fu dovuto proprio alla richiesta del Regno Unito di coprire la nozione di *contempt of the court*. Lo rammenta M. OETHEIMER, *Art. 10*, in A. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., 407.

⁽³⁸⁾ G. REPETTO, *La nozione di società democratica nel caso Sunday Times*, in *L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo, diritti-cedu.unipg.it*, 249 ss.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, caso *Sunday Times (n. 1) c. Regno Unito*, 26.4.1979, § 59.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso, G. REPETTO, *La nozione di società democratica nel caso Sunday Times*, cit., 250-251, che evidenzia, altresì, come l’istituto del *contempt of the court* rappresenti un

In tale contesto, dunque, la Corte EDU colloca il bilanciamento tra le due pretese: anche se allo Stato continua a spettare un margine di apprezzamento in questa materia, esso non può che ridursi nel momento in cui viene in gioco la libertà di espressione e il diritto ad essere informati, valori fondamentali alla base del quadro della Convenzione (41).

Il vero snodo della decisione, quanto alla comparazione tra ordinamenti e tradizioni statali, non è tanto nella definizione di “autorità del potere giudiziario” quanto nel consenso tra gli stati europei sul ruolo privilegiato che deve avere la libertà di espressione rispetto alla salvaguardia della regolarità dei processi, e sulla individuazione della tutela della libertà di espressione giornalistica come uno dei valori di fondo su cui poggia quella “società democratica” presupposta dalla Convenzione, e che costituisce l’intersezione tra l’esigenza di salvaguardare la portata garantistica dei diritti e quella di elaborare soluzioni interpretative che assicurino il pluralismo delle scelte e degli interessi tra i paesi firmatari (42).

3.5. *Il margine di apprezzamento nel bilanciamento tra libertà di opinione e libertà religiosa: blasfemia e protezione dei sentimenti religiosi*

La Corte di Strasburgo ha sovente impiegato la ‘dottrina’ del margine di apprezzamento per affrontare la questione del rapporto tra diritto di manifestazione del pensiero e protezione della libertà e del sentimento religioso,

unicum nel panorama degli ordinamenti continentali, costituendo una peculiarità del sistema inglese; tuttavia, la Corte di Strasburgo sottolinea che l’assoluta unicità di una certa legislazione non rappresenta un motivo sufficiente perché questa sia ritenuta — solo per questo — non necessaria in una società democratica e quindi contraria alla Convenzione.

(41) G. REPETTO, *La nozione di società democratica nel caso Sunday Times*, cit., 251, che sottolinea: “tali regole di giudizio pongono al centro dell’esame il significato del diritto tutelato dalla Convenzione (nel caso di specie la libertà di espressione), letto però non formalisticamente, ma nel quadro del rapporto tra la Convenzione come *testo* e gli ordinamenti nazionali come *contesto* in cui quest’ultima viene applicata”.

(42) G. REPETTO, *La nozione di società democratica nel caso Sunday Times*, cit., 252; l’A. evidenzia, al riguardo, che “il modo in cui si legano il margine di apprezzamento, l’argomentazione comparativa e la nozione di società democratica illustrano, nel caso *Sunday Times*, quanto la Corte abbia elaborato nel tempo una vera e propria teoria dell’interpretazione della Convenzione, che si fonda sull’esigenza di salvaguardare la portata garantistica dei diritti e, al tempo stesso, di elaborare soluzioni interpretative che assicurino il pluralismo delle scelte e degli interessi tra i paesi firmatari. (...) nel caso *Sunday Times*, la Corte rinuncia a dare un’applicazione dell’art. 10 che, benché letteralmente corretta, avrebbe portato a risultati in contrasto con lo spirito della Convenzione. E la chiave sui cui si fonda la diversa interpretazione della norma sta proprio nell’esaltazione della nozione di società democratica”.

elaborando una giurisprudenza in tema di tutela e rispetto dei sentimenti religiosi altrui ⁽⁴³⁾.

Anche in tale ambito la Corte riconosce un ampio margine di apprezzamento agli Stati nazionali, per l'assenza di un generale consenso sulla disciplina e sul significato della religione nei diversi contesti nazionali; ed è proprio l'assenza di un *idem sentire* con riferimento alla rilevanza penale (o comunque alla natura illecita) della blasfemia ⁽⁴⁴⁾, e la stessa mutevolezza della nozione di offesa ai credo religiosi, che può evolversi nel tempo e nello spazio ⁽⁴⁵⁾, ad avere fondato orientamenti non sempre uniformi.

Al riguardo, vengono in rilievo diverse questioni, strettamente legate tra loro, concernenti: *a)* l'estensione della libertà d'espressione; *b)* la possibilità che la libertà religiosa possa limitare la libertà di espressione senza divenire una forma di censura; *c)* la tutela del diritto a non essere offesi nella propria sensibilità religiosa.

Nel celebre caso *Otto-Preminger Institut c. Austria* ⁽⁴⁶⁾, l'istituto culturale *Otto Preminger*, operante a Innsbruck, con l'obiettivo di promuovere iniziative culturali attraverso l'uso di mezzi audiovisivi, aveva programmato la proiezione di un film ("*Das Liebeskonzil*"), tratto da una tragedia satirica di Oskar Panizza del 1894, in cui erano rappresentate in chiave grottesca le figure del Dio cristiano, della Vergine Maria, la cui figura veniva accostata ad una donna di facili costumi e dedita ad intrallazzi, e di Gesù, la cui figura veniva accostata a quella di un uomo 'donnaiolo'; benché la proiezione del film fosse stata anticipata da una serie di precauzioni — una diffusa pubblicità della trama e del divieto di visione ai minori d'età —, le autorità pubbliche, su segnalazione della diocesi cattolica della città, impedirono la proiezione del film, adottando un provvedimento di censura preventiva, fondato sulle norme del codice penale (art. 188 *StGB*) che vietavano il vilipendio alla religione e ai dogmi religiosi; l'autorità giudiziaria austriaca

⁽⁴³⁾ Sul tema, di recente, M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2. In generale, M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, 2014. In tema, altresì, S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova, Cedam, 2008, 106 ss.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto, si veda la Raccomandazione 1805/2007 del Consiglio d'Europa, *Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion*.

In dottrina, M. GATTI, *La blasfemia nel diritto europeo: un "reperto storico"*, in A. Melloni, F. Cadeddu, F. Meloni (a cura di), *Blasfemia, diritto e libertà*, Bologna, 2016, 135-153; A. LOLLO, *Blasfemia, libertà di espressione e tutela del sentimento religioso*, in *Consultaonline*, 30 novembre 2017.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, caso *Murphy c. Irlanda*, 10.7.2003.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, caso *Otto-Preminger Institut c. Austria*, 20.9.1994.

ritenne, al riguardo, che la libertà dell'arte dovesse trovare un limite nel diritto altrui alla libertà di religione e nel dovere dello Stato di salvaguardare una società basata sull'ordine e la tolleranza.

Tanto premesso, l'istituto culturale propose ricorso alla Corte EDU, lamentando la lesione della libertà di espressione.

La Corte di Strasburgo, nell'affermare che entrambe le libertà, di espressione e di religione, “*costituiscono valori fondamentali nelle contemporanee società democratiche e sono tutelati senza differenza gerarchica nella carta europea*”, che la libertà di espressione deve essere considerata uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, e che la religione non può essere esente da ogni forma di critica pubblica, ha nondimeno ritenuto, in relazione alla concreta fattispecie, che uno Stato membro può ritenere prevalente la tutela del sentimento religioso rispetto alla libertà di esprimersi senza limiti, facendo leva sul giudizio di bilanciamento attribuito al legislatore nazionale dal secondo comma dell'articolo 10 CEDU (47).

Pertanto, poiché l'esercizio della libertà di espressione si accompagna a doveri e responsabilità, allorquando vengano in rilievo materie religiosamente sensibili, può essere giustificato l'obbligo di astenersi dall'uso di un linguaggio e di toni gratuitamente offensivi, e che non offrono un serio contributo al dibattito pubblico; e, richiamando la dottrina del “margine di apprezzamento”, è compito dello Stato stabilire quale sia l'esigenza prioritaria da salvaguardare, tra la libertà di espressione artistica e il diritto dei fedeli a non vedere offesa la propria sensibilità di credenti, tenendo conto della densità di presenza religiosa del territorio interessato (il Tirolo ha una significativa tradizione cattolica) e della possibilità di danni all'armonia sociale.

Pertanto, le autorità austriache hanno agito nell'ambito dei limiti posti dal § 2 dell'art. 10 CEDU, perseguendo lo scopo legittimo della protezione dei diritti altrui e del mantenimento dell'ordine pubblico (48), in quanto fattori limite all'esercizio della libertà di espressione, sempre che alla stessa sia assicurato un *minimum* di sopravvivenza.

(47) Corte EDU, caso *Otto-Preminger Institut c. Austria*, cit.: “l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle 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 giudiziari”.

(48) Per un riepilogo delle questioni, S. ANGELETTI, *Libertà di espressione c. libertà religiosa: il difficile equilibrio nella tutela della manifestazione del pensiero e della sensibilità dei credenti*, in *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, *diritti-cedu.unipg.it.*; M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso*

Nell'ambito del bilanciamento tra morale e libertà di espressione, nel caso *Müller e altri c. Svizzera* ⁽⁴⁹⁾, la Corte EDU ha affrontato il caso del sequestro e della successiva confisca di tre quadri, esposti nel corso di una mostra di arte contemporanea a Friburgo, raffiguranti rapporti sessuali tra uomini e animali; ritenute oscene ai sensi dell'art. 204 del codice penale svizzero, le opere erano state dunque sequestrate e confiscate.

La Corte EDU, ribadendo la dottrina del margine di apprezzamento elaborata nel caso *Handyside*, ha ritenuto che l'ingerenza fosse prevista dalla legge — in quanto il concetto di *oscenità* contenuto nella norma penale interna non è suscettibile di definizione più precisa — e che lo scopo perseguito — la protezione della morale pubblica — fosse legittimo; quanto alla necessità della misura, ha ribadito che spetta allo Stato individuare la nozione di morale da tutelare e valutare se la misura adottata sia la più appropriata per la salvaguardia della finalità, in quanto la *morale* pubblica è un concetto privo di una concezione uniforme a livello europeo (*consensus standard*), e perciò rientra nell'ambito del '*più ampio margine di apprezzamento*' del singolo Stato; l'esercizio del margine di apprezzamento da parte del singolo Stato, tuttavia, è sempre sottoposto alla valutazione della Corte EDU in merito alla *proporzione* della misura rispetto alla salvaguardia dello scopo legittimo; ed è con riferimento a tale ultimo profilo che la Corte ha evidenziato che la misura della confisca, trattandosi di dipinti originali, aveva impedito all'artista di esibirli in altri luoghi, e, dunque, sotto tale aspetto era sproporzionata.

La tutela dei sentimenti religiosi ed il bilanciamento con la libertà di espressione sono stati ribaditi nel caso *Wingrove c. Regno Unito* ⁽⁵⁰⁾: il regista inglese Wingrove aveva proposto ricorso contro il rifiuto del *British Board of Film Classification* (BBFC) di una pellicola intitolata "Vision of Ecstasy", ritenuta pornografica e blasfema, su santa Teresa d'Avila, la suora carmelitana fondatrice di molti conventi, che, secondo la tradizione, ebbe numerose visioni estatiche di Gesù Cristo; il cortometraggio rappresentava la protagonista, insieme ad un'altra donna che ne impersonava la sua psiche, in atteggiamenti intimi ⁽⁵¹⁾.

altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., 14 ss.

⁽⁴⁹⁾ Corte EDU, caso *Müller e altri c. Svizzera*, 24.5.1988, § 30.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, caso *Wingrove c. Regno Unito*, 25.11.1996.

⁽⁵¹⁾ Sul caso *Wingrove*, M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 16 ss., il quale sottolinea come, nelle motivazioni del rifiuto di concedere il certificato per la distribuzione, il *Board* ritenga la pellicola blasfema ai sensi della legislazione penale britannica

Ebbene, la Corte EDU, oltre a formulare un giudizio positivo in merito alla *test* di legalità, ritenendo che la legge penale in materia di blasfemia abbia una base legale sufficiente, integrata dalla interpretazione della *House of Lords*, e sia sufficientemente prevedibile, nonostante l'ampiezza e la vaghezza della nozione, ha ribadito il principio già applicato nel caso *Otto Preminger*, affermando altresì la legittimità del fine tutelato dalla legislazione inglese: la protezione del sentimento religioso attraverso le norme che vietano la blasfemia rientra nella *finalità di protezione dei diritti altrui* prevista nel § 2 dell'art. 10 CEDU. Ed è legittima anche una restrizione che abbia l'obiettivo di proteggere *ex ante* i sentimenti dei membri di una comunità religiosa da rappresentazioni che oltraggiano o pongono in ridicolo i loro simboli religiosi ⁽⁵²⁾.

Anche il *test* di necessità dell'interferenza viene ritenuto superato dalla Corte EDU, nonostante l'esistenza di un *pressing social need* sia nei fatti assai debole, considerando le due sole condanne per blasfemia in oltre settanta anni di vigenza della legge, ed il meccanismo di controllo preventivo, molto penetrante, previsto, che impedisce la diffusione di pellicole per questioni attinenti alla fede o sentimenti individuali.

Peraltro, viene operata una distinzione molto rilevante, che evidenzia la già richiamata "tutela a cerchi concentrici" della libertà di espressione, laddove la Corte di Strasburgo evidenzia che mentre la possibilità di imporre restrizioni, sulla base dell'art. 10 § 2 CEDU, a discorsi inerenti tematiche politiche o dibattiti relativi a questioni di interesse pubblico — il c.d. *political speech* — è assai limitata, e le restrizioni *ex ante* devono ritenersi sempre illegittime, al contrario « un margine di apprezzamento più ampio è generalmente riconosciuto agli Stati contraenti quando regolano la libertà di espressione in relazione a contenuti idonei a offendere le più intime convinzioni personali nella sfera della *morale* o, in particolar modo, della *religione* » ⁽⁵³⁾.

Inoltre, come per la morale, così per la protezione del sentimento religioso, non vi era una concezione europea uniforme, poiché "ciò che è

e dell'interpretazione offerta dalla *House of Lords* nel precedente *Lemon and Gay News v. Whitehouse* del 1979; secondo tale interpretazione, ciò che conta è il tono dell'espressione utilizzata, più che il messaggio veicolato, per cui, da un lato, non può essere considerato blasfemo diffondere o pubblicare opinioni ostili o fortemente critiche riguardanti una religione o i suoi simboli, se l'espressione o la pubblicazione sono decenti e temperate; da un altro lato, la diffusione di opinioni ostili integra il reato di blasfemia, allorché avvenga in modo non decente o al fine di ridicolizzare l'altrui sentimento religioso.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, caso *Wingrove c. Regno Unito*, 25.11.1996, § 48. Sul punto, M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 18.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, caso *Wingrove c. Regno Unito*, 25.11.1996, § 58.

presumibile costituire un'offesa grave per una persona di una particolare convinzione religiosa può variare, anche in maniera significativa, a seconda dei tempi e dei luoghi, soprattutto in un'epoca caratterizzata da una sempre maggiore varietà di fedi e denominazioni” (54).

Pertanto, nel solco di quanto già affermato vent'anni prima, nel caso *Handyside c. Regno Unito*, originato dal sequestro e dalla distruzione delle copie di un libro giudicato osceno ai sensi dell'*Obscene Publications Act* del 1964, la Corte di Strasburgo rimette alle autorità statali - che “in ragione del loro contatto diretto e continuo con le forze vitali dei loro paesi sono in linea di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale” -, il compito di inquadrare la portata esatta e le implicazioni dei provvedimenti “finalizzati a proteggere coloro i cui intimi sentimenti e le cui convinzioni più profonde potrebbero venirne gravemente offesi”.

Più recentemente, trattando sempre profili evidentemente connessi alla *libertà di religione* di cui all'art. 9 CEDU, nel caso *Sekmadienis Ltd. c. Lituania* (55) è stata affrontata la questione dell'*uso irriverente di versetti religiosi o di personaggi biblici*, per il bilanciamento operato tra la libertà di espressione con il rispetto della libertà di religione e per la prossimità alla questione, divenuta cruciale nelle società multiculturali, dell'uso della simbologia religiosa nello spazio pubblico (56).

Nel caso *Sekmadienis Ltd. c. Lituania* veniva in rilievo la condanna inflitta ad un'azienda lituana produttrice di jeans e vestiti per tre manifesti pubblicitari contenenti allusioni evangeliche utilizzate a scopo di *marketing* (57); in particolare, l'allusione a Gesù e Maria, raffigurati da un uomo tatuato in jeans e da una donna con un vestito bianco e una collana di perline che sembrava una corona di rosario, si traeva dalle tre frasi esclamative: “Gesù, che pantaloni!”, “Gesù, Maria! Cosa indossate!”, e “Cara Maria, che vestito!” (58).

La Corte EDU, sul presupposto che lo Stato avesse riconosciuto trattarsi di una interferenza sulla libertà di espressione tutelata dall'art. 10 CEDU, e

(54) Corte EDU, caso *Wingrove c. Regno Unito*, 25.11.1996, § 58.

(55) Corte EDU, caso *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, 30.1.2018.

(56) Sul tema, di recente, S. TESTA BAPPENHEIM, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, Napoli, ESI, 2019.

(57) Per un lucido commento, N. COLAIANNI, *Quando la libertà prevale sulla morale: la pubblicità*, in *Quest.Giust.*, 1.3.2018 (ora anche in *Stato e Chiese*, n. 8 del 2018).

(58) N. COLAIANNI, *Quando la libertà prevale sulla morale*, cit., richiama, al riguardo, l'analoga questione, di marginale rilevanza giudiziaria in Italia, concernente la pubblicità dei jeans “Jesus” durante gli anni Settanta del secolo scorso, e l'uso di espressioni allusive (“Non avrai altro jeans al di fuori di me”, e, sull'immagine di un sedere femminile fasciato da un jeans, “Chi mi ama mi segua”).

che l'azienda ricorrente avesse riconosciuto la legittimità dello scopo perseguito con l'interferenza, consistente nella *tutela della morale pubblica*, ha ravvisato una violazione dell'art. 10 sotto il profilo della *necessità*.

Pur ribadendo i non angusti confini del “margine di apprezzamento” del singolo Stato, la Corte europea ha infatti ritenuto insufficiente la motivazione con cui era stata negata rilevanza alla libertà di espressione: non era stata considerata la tesi della ricorrente, secondo cui i nomi di Gesù e Maria erano stati usati non come antroponimi, ma come interiezioni, comunemente adoperate nel linguaggio occidentale; era mancata una motivazione sulla ritenuta incompatibilità del messaggio pubblicitario con i principi religiosi cattolici e sulla implicita coincidenza di tali principi con la morale pubblica, al contrario desumibile dalle diverse tradizioni (non solo) religiose, (ma anche) sociali e filosofiche. Ciò posto, è stata dunque affermata la violazione convenzionale, per l'assenza di un corretto bilanciamento tra protezione della morale pubblica e libertà di espressione dell'azienda ⁽⁵⁹⁾.

3.6. *Margine di apprezzamento e tutela della vita privata*

La tecnica giudiziale del ‘margine di apprezzamento’ è stata impiegata in numerosissime decisioni della Corte di Strasburgo, concernenti diverse ipotesi di limitazioni ai diritti ed alle libertà garantite dagli artt. 8-11 CEDU.

Tra queste merita un richiamo il caso *Dudgeon* del 1981 ⁽⁶⁰⁾, nel quale la valutazione del margine di apprezzamento ha riguardato le misure di criminalizzazione di rapporti omosessuali tra cittadini adulti consenzienti.

La Corte EDU, pur considerando il contesto sociale e culturale fortemente conservatore e tradizionalista dell'Irlanda del Nord (che prevedeva il reato di relazioni omosessuali), ha ritenuto che la mera vigenza di norme che criminalizzavano i rapporti omosessuali incidesse sul diritto alla vita privata, tutelata dall'art. 8 CEDU; nel sindacato sulla necessità della misura di interferenza, la Corte ha ritenuto che una “società democratica” è caratterizzata dalla tolleranza e dall'apertura alle diversità, e che la limitazione ad un aspetto della vita privata « assolutamente intimo » avrebbe dovuto essere giustificato dallo Stato con motivazioni particolarmente pregnanti e incisive.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto, ampiamente, N. COLAIANNI, *Quando la libertà prevale sulla morale*, cit., che sottolinea come la ‘vittoria’ della libertà di espressione in materia religiosa, pur in una visione paternalistica che connota la Convenzione EDU — che “inserendo la morale pubblica come limite dei diritti di libertà, non è un capolavoro della separazione tra diritto e morale che caratterizza la democrazia liberale” —, sarebbe legata non già ad una pur auspicabile svolta interpretativa in senso laico, bensì alla sola circostanza che riguardasse manifesti pubblicitari; per i quali si è affermata una laicità altra, che, richiamando Pasolini, “non si misura più con la religione” (p. 6).

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981.

Diversamente dal caso *Handyside*, dunque, la Corte non ha attribuito rilievo decisivo alla relatività del concetto di morale, ravvisando una violazione del rispetto della vita privata, nonostante la comunità nazionale avesse una concezione maggioritaria differente in ordine al comportamento omosessuale; la *ratio decidendi* è, comunque, rinvenibile nella rilevanza primaria del diritto inciso, il rispetto della vita privata nella sua dimensione più ‘intima’⁽⁶¹⁾.

A corroborare l’argomentazione, viene altresì richiamato il profilo del c.d. *consensus standard*, integrato dal rilievo che nella maggior parte degli Stati membri la pratica omosessuale non è più considerata reato.

Consensus, invece, ritenuto non sufficiente, sempre con riferimento al tema dell’identità sessuale, in relazione alla rettifica dell’indicazione del sesso nei registri dello stato civile, essendo gli ordinamenti giuridici europei in una “fase di transizione” riguardo all’atteggiamento nei confronti dei transessuali⁽⁶²⁾.

4. Il margine di apprezzamento tra *self-restraint* e limite della ‘discrezionalità’ politica

Le declinazioni del ‘margine di apprezzamento’ sono state molteplici, nell’ambito del vaglio sulle interferenze nei confronti dei diritti suscettibili di limitazioni, quali la libertà di associazione, il divieto di discriminazione, il diritto di proprietà, con una casistica ricca e non sempre scevra da incoerenze sistematiche.

La ‘dottrina’ del margine di apprezzamento è stata oggetto di critiche, da parte della dottrina, non soltanto per la carenza di affidabili ed univoci parametri interpretativi, e per la conseguente indeterminatezza e imprevedibilità del sindacato della Corte EDU, ma altresì perché ritenuta il fondamento di un atteggiamento eccessivamente reverenziale della Corte europea nei confronti dei singoli Stati membri: il *self-restraint* nella individuazione della linea di demarcazione tra sfera riservata alla competenza degli Stati e sfera sulla quale può esercitarsi un controllo della Corte di Strasburgo avrebbe infatti comportato una abdicazione alla funzione di controllo giu-

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, § 52: “l’estensione del margine di apprezzamento dipende non soltanto dal fine della restrizione, ma anche dalla natura delle attività in gioco. Ora, il presente caso attiene ad un aspetto fra i più intimi della vita privata. Devono quindi sussistere ragioni particolarmente gravi per rendere legittime, ai fini del § 2 dell’art. 8, delle ingerenze dei pubblici poteri”.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986. In tema, *amplius*, F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 94 ss.

diziale della condotta degli Stati, e di costruzione di *standard* europei quanto più uniformi nella tutela dei diritti fondamentali.

D'altra parte, si è sottolineata l'importanza della 'dottrina' del margine di apprezzamento nel garantire la « ricchezza della diversità »⁽⁶³⁾, quale strumento interpretativo di bilanciamento tra uniformità della tutela dei diritti e riconoscimento delle specificità nazionali, soprattutto nelle materie più sensibili; un elemento di flessibilità che, nel rassicurare gli Stati sul rispetto del nucleo ritenuto più inviolabile della sovranità, evita alla Corte di Strasburgo di entrare in contrasto con alcuni Stati nazionali⁽⁶⁴⁾.

È stato, al riguardo, sostenuto che l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento appare come “un meccanismo che limita l'operato della Corte, preservando dal suo giudizio alcuni aspetti dell'attività degli Stati che si ritiene di dover escludere dalla verifica giurisdizionale sovranazionale in quanto particolarmente intrisi di valutazioni politiche (necessariamente nazionali), o comunque strettamente connessi a profili attinenti alla valutazione di valori delicati ed essenziali per la vita degli Stati”⁽⁶⁵⁾; tanto da fondare un parallelismo tra la discrezionalità legislativa degli organi politici quale limite al sindacato della Corte Costituzionale enucleato dall'art. 28 della l. n. 87/1953, ed il “margine di apprezzamento” quale discrezionalità 'politica' degli Stati nazionali insindacabile dalla Corte di Strasburgo⁽⁶⁶⁾.

La critica alla 'dottrina' calibrata, invece, sulla mancanza di legittimazione della Corte EDU all'utilizzo di tale tecnica, data l'assenza nel testo della Convenzione di un riferimento esplicito⁽⁶⁷⁾, deve invece ritenersi superato dall'approvazione del Protocollo n. 15 alla CEDU, adottato a Strasburgo in data 24 giugno 2013, ed entrato in vigore, in seguito alla ratifica dello Stato italiano, il 1 agosto 2021, che ha inserito il principio di sussidiarietà e la dottrina del margine di apprezzamento in un nuovo considerando al Preambolo della Convenzione.

Sicché attualmente il “margine di apprezzamento” è espressamente previsto dalla Convenzione tra gli strumenti interpretativi affidati alla Corte di Strasburgo per la tutela dei diritti fondamentali, nel rispetto delle peculiarità nazionali.

⁽⁶³⁾ L. OLIVIERI, *La dottrina del margine di apprezzamento tra sindacato giurisdizionale e giustizia politica*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 415.

⁽⁶⁴⁾ F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 109 ss.; I.A. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., 27.

⁽⁶⁵⁾ F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 111.

⁽⁶⁶⁾ F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., 111.

⁽⁶⁷⁾ I.A. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., 27.

VI.
SIGNIFICATO AUTONOMO DELLE PAROLE
di *Giulia Puleio* (*)

SOMMARIO: 1. Violazioni semantiche della CEDU e necessità di nozioni autonome. — 2. Fondamenti teorici della tesi delle nozioni autonome. — 3. Criteri di interpretazione delle nozioni autonome.

1. Violazioni semantiche della CEDU e necessità di nozioni autonome

L'articolo 32 della CEDU attribuisce alla Corte EDU il potere di interpretare le norme della Convenzione. Poiché spetta alla Corte di Strasburgo anche il compito di fissare i criteri ermeneutici ⁽¹⁾, si tratta di un vero monopolio interpretativo, nell'esercizio del quale la Corte EDU ha elaborato la teoria delle nozioni autonome. Secondo questa teoria, che costituisce un principio di interpretazione del testo della Convenzione EDU, le parole utilizzate nella CEDU godono di un proprio statuto di indipendenza semantica ⁽²⁾. In altri termini e per esteso, alle parole della Convenzione deve essere attribuito un significato indipendente dal contenuto delle nozioni equivalenti nel diritto nazionale, sulla base di regole di interpretazione che vengono fissate dalla Corte EDU stessa.

Per comprendere più facilmente cosa si intenda per nozioni autonome, è necessario ricordare alcune sentenze della Corte EDU in cui è stata elaborata la tesi. Uno dei primi casi è *Engels v. The Netherlands* ⁽³⁾. Nel 1971, alcuni soldati di leva che prestavano servizio nelle forze armate olandesi presentarono un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo,

(*) Ricercatrice in Diritto privato, ex articolo 24, comma 3, lett. b), legge n. 240/10 del 30 dicembre 2010, presso l'Università degli Studi di Pisa.

⁽¹⁾ All'interno della CEDU non si trovano norme che fissano la strategia d'azione dell'interprete, come avviene, invece, all'articolo 12 delle preleggi.

⁽²⁾ G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How to interpret the ECHR*, EJIL, 15, 2005, 279 ss, in particolare 282.

⁽³⁾ Corte EDU, caso *Engel and Others v. The Netherlands*, 8 giugno 1976. Quanto ai problemi posti dalla nozione autonoma "materia penale", si rinvia ai contributi in materia in quest'opera.

lamentando una violazione nell'imposizione di pene da parte dei tribunali militari per reati militari. I ricorrenti sostenevano che fosse stato leso l'articolo 6 CEDU, i cui requisiti non erano stati rispettati dal procedimento davanti alle autorità militari. Il Governo convenuto si era difeso circoscrivendo l'ambito di applicazione della norma di cui all'articolo 6 CEDU, che attribuisce a ciascuna persona un diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, per la determinazione sia dei suoi "diritti e dei suoi doveri di carattere civile", sia della fondatezza di ogni "accusa penale". Secondo il Governo, le sanzioni inflitte ai ricorrenti costituivano, nell'ordinamento giuridico olandese, sanzioni disciplinari e non penali, e perciò doveva essere esclusa la possibilità di applicare l'articolo 6 della CEDU. Investita della questione, la Corte EDU ammette che, nell'ordinamento giuridico olandese, sussiste, tra procedimenti disciplinari e procedimenti penali, una consolidata distinzione, che riflette una prassi di lunga data e che si ritrova anche in altri ordinamenti nazionali. Nonostante ciò, la Corte si domanda se l'ambito di applicazione dell'articolo 6 possa essere definito dalla classificazione di un'azione o di una omissione data dagli organi competenti di uno Stato contraente, o al contrario se la norma CEDU si applichi indipendentemente dalle classificazioni interne. La Corte prosegue il suo ragionamento esprimendo il timore che attribuire alle classificazioni operate dagli ordinamenti nazionali il valore di definire l'ambito di applicazione dell'articolo 6 significherebbe subordinare alla volontà sovrana degli Stati Parti l'operatività della CEDU. Al fine di rendere effettiva e certa l'applicazione dei diritti umani riconosciuti e tutelati dalla Convenzione, la Corte EDU elabora la teoria delle nozioni autonome, per cui, nel caso *Engel v. The Netherlands*, le parole "diritti e doveri di carattere civile" e "accusa penale" non possono essere interpretate come un semplice rinvio al diritto interno dello Stato Parte, ma si riferiscono a un concetto autonomo, proprio dell'ordinamento giuridico CEDU, che deve essere interpretato in modo indipendente, anche se i principi generali delle Alte Parti contraenti devono necessariamente essere presi in considerazione in tale interpretazione ⁽⁴⁾.

In altre parole, la teoria delle nozioni autonome è elaborata al fine di evitare le possibili violazioni semantiche della CEDU, cioè lesioni delle norme CEDU a causa di un'applicazione errata perché filtrata da concetti o categorie giuridiche nazionali. Per comprendere cosa si intenda per viola-

⁽⁴⁾ Una prima enunciazione della teoria delle nozioni autonome si ha con Corte EDU, caso *Wemhoff v. Germany*, 27 giugno 1968.

zione semantica può essere utile il noto caso *Chassagnou v. Francia* ⁽⁵⁾, in cui i ricorrenti lamentavano che l'iscrizione obbligatoria all'Associazione comunale dei cacciatori autorizzati (*Associations communales de chasse agréées* - 'ACCAs'), violasse la loro libertà di associazione ai sensi dell'Articolo 11 della Convenzione. In particolare, nella fattispecie sottostante, i ricorrenti erano stati obbligati, nonostante la loro opposizione alla caccia per motivi etici, a trasferire i diritti di caccia sui loro terreni alle ACCAs e a diventare automaticamente membri di queste associazioni. Pertanto, lamentavano una violazione della loro libertà di associazione, che si esprime anche in una libertà di non partecipare ad alcuna associazione. Lo Stato convenuto non ha contestato il contenuto negativo della libertà di associazione né ha cercato di dimostrare che, nel caso di specie, la libertà di associazione dovesse essere compressa al fine di tutelare un interesse pubblico superiore. Piuttosto, ha sostenuto che, nel diritto francese, le ACCAs non siano affatto associazioni di diritto privato: secondo lo Stato convenuto, la qualificazione operata dell'ordinamento giuridico francese permetterebbe di escludere che ci sia stata una violazione. I ricorrenti, tuttavia, contestavano questa qualificazione da parte dell'ordinamento francese, ritenendo che un'associazione di cacciatori, anche se approvata dalle autorità pubbliche, rimane un ente di diritto privato.

La Corte ha accolto il ricorso, sostenendo che la questione non è tanto se nel diritto francese le ACCAs siano associazioni di diritto privato, associazioni pubbliche o parapubbliche, o associazioni miste, ma se siano associazioni ai fini dell'articolo 11 della Convenzione. Infatti, secondo la Corte, se le classificazioni operate dagli Stati contraenti fossero vincolanti ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione delle norme CEDU, ciò darebbe agli Stati Parti un tale margine di manovra che potrebbe portare a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione, che è quello di garantire tutela effettiva ai diritti umani.

Si comprende allora che la possibilità di una violazione semantica è plausibile a causa delle caratteristiche peculiari del linguaggio giuridico, e soprattutto dalla circostanza che ogni ordinamento giuridico ha un proprio vocabolario giuridico, che ricostruisce in maniera diversa il rapporto tra la singola parola e il concetto giuridico. Un giurista la cui mente si è formata nell'ordinamento giuridico italiano ricostruirà il significato della parola "associazione" sulla base delle norme di cui agli articoli 14 e seguenti del codice civile, ma l'interprete della CEDU non è vincolato da quelle norme per definire l'ambito di applicazione dell'articolo 11 CEDU. Insomma, il

(5) Corte EDU, caso *Chassagnou v. Francia*, 29 aprile 1999.

giudice interno che interpreti le parole della Convenzione EDU alla luce dei concetti giuridici nazionali rischia di comportarsi come il Porzia di ascareliana memoria ⁽⁶⁾.

La Corte EDU, con la teoria delle nozioni autonome, afferma la necessità che, affinché i diritti umani riconosciuti godano di effettiva tutela, la CEDU debba essere dotato di un proprio vocabolario giuridico, laddove il mero rinvio al vocabolario giuridico dello Stato contraente — e quindi ai concetti, alle classificazioni e alle categorie nazionali — potrebbe comportare una violazione dei diritti umani.

2. Fondamenti teorici della tesi delle nozioni autonome

La teoria delle nozioni autonome è criticata da qualche autore, che denuncia i rischi della eccessiva creatività giudiziaria della Corte EDU nell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Più precisamente, in dottrina, alcuni autori ritengono che il linguaggio aperto e la struttura della Convenzione lascino alla Corte allarmanti spazi di discrezionalità nell'interpretazione, nell'esercizio della quale la Corte di fatto esercita un potere normativo ⁽⁷⁾. Anche all'interno della Corte EDU c'è chi ha mostrato scetticismo rispetto all'opportunità di utilizzare lo strumento interpretativo delle nozioni autonome, laddove la possibilità, per la Corte EDU, di allontanarsi dalla qualificazione formale nazionale di un concetto giuridico provocherebbe il rischio di una definizione astratta degli istituti, che risulterebbero così privi di alcuna base giuridica: *Even if it is necessary, for purposes of autonomous qualification of a concept in an international convention, to depart from the formal qualification given to an institution in the legislation of a given State and to analyse its real nature, this process must never go too far — otherwise there is a danger of arriving at an abstract qualification which may be philosophically valid, but which has no basis in law* ⁽⁸⁾.

La tesi delle nozioni autonome ha incontrato anche qualche resistenza da

⁽⁶⁾ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, 756, in particolare 762: *Porzia afferma la validità del patto; non si ribella; non lo taccia di iniquo. Però lo interpreta e, interpretandolo, lo riduce a nulla.*

⁽⁷⁾ P. MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism*, *Human Rights Law Journal*, 1998, 2 ss. Lo stesso autore denuncia i rischi di un attivismo giudiziario della Corte EDU: P. MAHONEY, *Judicial Activism and Judicial Self-restraint in the EurCourtHR: Two Sides of the Same Coin*, 1990, 57 ss.

⁽⁸⁾ Dissenting Opinion del Giudice Matscher, caso *Özturk v Germany*, 1984, Series A no. 73.

parte degli ordinamenti nazionali ⁽⁹⁾. Sul punto, sono interessanti le considerazioni avanzate dalla Corte costituzionale tedesca che, se da un lato ha ammesso la necessità di una costruzione indipendente dei concetti da parte della Corte EDU, a causa della diversità giuridica, linguistica e culturale degli Stati Parti della Convenzione, dall'altro ha sottolineato come l'ordinamento costituzionale tedesco sia maturo nelle costruzioni delle sue categorie e dei suoi istituti giuridici, tanto da dovere essere necessariamente preso in considerazione nell'elaborazione delle nozioni autonome CEDU ⁽¹⁰⁾.

Di fronte a tanto scetticismo, è necessario cercare di individuare quali siano i fondamenti teorici che giustificano le nozioni autonome.

In effetti, l'insegnamento classico ⁽¹¹⁾ in materia di interpretazione dei Trattati internazionali sostiene che l'allontanamento delle definizioni nazionali sia non solo accettabile, ma anche necessario per mediare tra sistemi giuridici distinti ⁽¹²⁾. È la cosiddetta teoria del consenso, secondo la quale i Trattati internazionali costruiscono sempre i propri concetti come mediazione tra gli ordinamenti giuridici nazionali.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, la teoria del consenso riecheggia nel riferimento alla necessità di cercare un comune denominatore tra le norme dei diversi ordinamenti ⁽¹³⁾, cioè di un'analisi comparata dei diritti nazionali.

Tuttavia, questa giustificazione non descrive a pieno la dinamica interna ai concetti autonomi nella CEDU. Infatti, la teoria delle nozioni autonome non è utilizzata dalla Corte EDU solo nel caso di disaccordo tra gli Stati quanto alla classificazione dei concetti giuridici, ma il giudice di Strasburgo può elaborare delle nozioni autonome anche nel caso in cui ci sia una totale uniformità tra gli Stati Parti sulla classificazione di una nozione. Si prenda come esempio il caso *Chassagnou v. Francia* ⁽¹⁴⁾: i ricorrenti non affermano che negli altri ordinamenti europei, le ACCAs sarebbero qualificate associazioni di diritto privato, ma che devono essere considerate tali ai fini dell'articolo 11 CEDU.

⁽⁹⁾ Si rinvia a E. BJORGE, *Autonomous Concepts* in E. BJORGE, *Domestic application of the ECHR*, Oxford, 2015, 202 ss, per un'analisi sullo scetticismo nelle corti degli ordinamenti tedesco, francese e inglese ad applicare a livello nazionale le nozioni autonome CEDU.

⁽¹⁰⁾ BVerfGE, sentenza del 5 febbraio 2004, 128, 326.

⁽¹¹⁾ H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, 1927, 10 ss.

⁽¹²⁾ R. BERNHARDT, *Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties*, F. MATSCHER and H. PETZFOLD (edito da), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, 1990, 71 ss.

⁽¹³⁾ Corte EDU, caso *Engels and Others v. The Netherlands*, 8 giugno 1976, 31, § 82.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, caso *Chassagnou v. Francia*, 29 aprile 1999.

Comprendere la teoria delle nozioni autonome implica una riflessione su quale sia lo scopo della CEDU. Ad esempio, se nel caso *Engel and Others v. The Netherlands* venisse negato il diritto a un processo equo perché nessun Paese della Convenzione considera le sanzioni disciplinari come pena, questo svuoterebbe di contenuto normativo l'articolo 6 CEDU. Più in generale, in assenza di nozioni autonome, nel caso in cui tutti i Paesi classifichino allo stesso modo un concetto giuridico, lo standard di tutela dei diritti umani sarebbe abbassato: la CEDU finirebbe per garantire e tutelare solo i diritti umani già riconosciuti dagli Stati Parti. La Corte EDU mira a diventare la coscienza d'Europa⁽¹⁵⁾ e definisce se stessa uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo⁽¹⁶⁾.

Un'analisi più attenta mostra che il fondamento teorico della dottrina delle nozioni autonome coincide con quello alla base della definizione della Convenzione EDU come strumento vivente, tale da giustificarne una interpretazione evolutiva da parte della Corte EDU⁽¹⁷⁾. Si prenda ad esempio il caso *Marckx v. Belgium*⁽¹⁸⁾, in cui i ricorrenti, e cioè un bambino nato fuori dal matrimonio e la madre non coniugata, lamentavano che la legislazione belga fosse lesiva del loro diritto alla vita familiare ai sensi dell'Articolo 8 della Convenzione e li discriminasse in violazione dell'Articolo 14 della Convenzione. Infatti, all'epoca, l'ordinamento giuridico belga non riconosceva immediatamente alla nascita il rapporto di filiazione ai figli nati al di fuori dei matrimoni, ma richiedeva o un riconoscimento volontario da parte della madre o una dichiarazione del tribunale. La Corte ha interpretato l'articolo 8 come volto a tutelare tanto la famiglia fondata sul matrimonio quanto quella in assenza di matrimonio, ritenendo che ricostruire in maniera più ristretta l'ambito di applicazione dell'articolo 8 sarebbe comunque in contraddizione con l'Articolo 14 della Convenzione, che vieta qualsiasi discriminazione basata sulla nascita. Ha poi osservato che il rispetto della vita familiare può imporre obblighi positivi da parte dello Stato, che erano stati violati nel caso di specie. Le argomentazioni della sentenza *Mackx* sono

⁽¹⁵⁾ Consiglio d'Europa, *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, 2010, Third Millennium, 16 ss.

⁽¹⁶⁾ J. VILJANEN, *The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law*, 2003, University of Tampere, Tampere University Press, disponibile qui: <https://www.corteidb.or.cr/tablas/r26759.pdf>.

⁽¹⁷⁾ In questo senso, la teoria delle nozioni autonome elaborata dalla Corte EDU sembra più vicina a quella delle nozioni autonome dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Per uno studio comparato si veda H.C.K. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, 2011.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, caso *Marckx v Belgium*, 13 giugno 1979.

interessanti perché la Corte EDU si limita ad un vago cenno agli standard e alle convinzioni europei quanto al ruolo del matrimonio e alla nozione di famiglia, mentre conduce un ragionamento articolato sulla natura sostanziale del diritto da tutelare e sulle esigenze di tutela effettiva. A ben vedere, quindi, è il principio di effettività il principale fondamento teorico delle nozioni autonome.

3. Criteri di interpretazione delle nozioni autonome

Una volta illustrati sinteticamente i fondamenti teorici della dottrina delle nozioni autonome, occorre individuare attraverso quali criteri la Corte EDU tradizionalmente costruisce le singole nozioni autonome. In particolare, l'interpretazione del testo della Convenzione impone alla Corte EDU di affrontare alcuni aspetti fondamentali ⁽¹⁹⁾.

Innanzitutto, nella definizione di una nozione autonoma, la Corte è mossa dal principio di effettività della tutela, che, come si è detto, costituisce il principale fondamento teorico del criterio interpretativo. Si prenda come esempio il caso *Anheuser-Busch Inc. v. Portogallo* ⁽²⁰⁾, in cui a ricorrere è una società americana produttrice di birra, cui era stato impedito, a seguito di una sentenza della Corte di appello di Lisbona, di registrare e utilizzare una marca commerciale, a causa del rischio di confusione con un'altra denominazione di origine. Il ricorrente sostiene che, a partire dal momento della domanda di deposito della marca, fosse suo diritto non essere privato dell'uso della marca, che costituirebbe un bene ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo 1; al contrario, secondo il governo portoghese, nell'ordinamento portoghese, così come in molti Paesi europei, è solo dal momento della registrazione definitiva che una marca può essere considerato oggetto del diritto di proprietà. Investita della questione, la Corte EDU elabora le nozioni autonome di beni e di proprietà di cui alla prima parte dell'articolo 1 del Protocollo n. 1. Secondo la Corte, le due nozioni hanno un significato autonomo che non si limita alla proprietà di beni fisici ed è indipendente dalla classificazione formale nel diritto interno. Anche alcuni altri diritti e interessi possono essere considerati come "diritti di proprietà" o come "beni" ai fini di questa disposizione. La Corte afferma la necessità di un approccio pragmatico, ancorato alle circostanze del caso concreto, per

⁽¹⁹⁾ Si veda anche la guida pratica pubblicata, nel 2021, dal Consiglio di Europa: J. McBRIDE, *The doctrines and methodology of interpretation of the European Convention on Human Rights*, 2021, disponibile qui: <https://rm.coe.int/echr-eng-the-doctrines-and-methodology-of-interpretation-of-the-europe/1680a20aee>.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, *caso Anheuser-Busch Inc. v. Portogallo*, 11 gennaio 2007.

comprendere se queste, considerate nel loro insieme, conferiscano al richiedente la titolarità di un interesse sostanziale protetto dall'articolo 1 del Protocollo n. 1. Lo stesso approccio orientato alla effettività della tutela è confermato anche in alcune sentenze in cui si definisce ulteriormente la nozione autonoma di "pena" ex articolo 7 CEDU, laddove la Corte sottolinea che sia di fondamentale importanza che la Convenzione sia interpretata e applicata "in modo da rendere i suoi diritti pratici ed effettivi, non teorici e illusori" (21). Il significato delle parole della Convenzione deve essere, quindi, volta per volta ricostruito alla luce delle esigenze di tutela.

Un secondo criterio di ricostruzione delle nozioni autonome nasce dalle esigenze di rispettare le peculiarità di un testo bilingue, qual è quello della Convenzione. Poiché entrambe le versioni linguistiche, inglese e francese, sono ufficiali, nella interpretazione della CEDU, la Corte EDU deve tenere conto di entrambi i testi. Un esempio è offerto dal caso *Perinçek c. Svizzera* (22), che delimita l'ambito di applicazione della norma di cui al comma 2 dell'articolo 10 CEDU, e in particolare della espressione "difesa dell'ordine". La questione sorge da alcune difformità linguistiche che si registrano nei diversi articoli della Convenzione e dei suoi Protocolli, tanto nella versione inglese, quanto nella versione francese. Infatti, gli articoli 10, comma 2, 8, comma 2 e 11, comma 2 della Convenzione contengono nella versione inglese l'espressione "the prevention of the disorder", cui corrisponde, in quella francese, l'espressione "la défense de l'ordre". Similmente, gli articoli 6, comma 1 della Convenzione e 1, comma 2 del Protocollo n. 7 parlano di "interests of public order", cui corrisponde, nella versione francese, l'espressione "ordre public". Ora, nel caso di specie, il limite della "prevention of the disorder" sembra essere più rigoroso del più generico riferimento a "la défense de l'ordre". Per questo, nella sentenza in esame, al fine di interpretare l'articolo 10, comma 2, CEDU, la Corte ritiene di potere applicare l'articolo 33, paragrafo 4, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: quando il confronto dei testi autentici rivela una differenza di significato che l'applicazione delle altre regole di interpretazione non elimina, il significato da adottare è quello che "meglio concilia i testi, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato". La Corte ricorda che le clausole, come quelle dell'articolo 10, comma 2, che consentono una compressione, da parte dello Stato, dei diritti riconosciuti dalla Convenzione devono essere interpretate in modo restrittivo, e che, più in generale, le eccezioni a una regola generale non possono essere interpretate in modo ampio. Per questo motivo, nel caso in esame, la Corte ritiene che, poiché il testo inglese della

(21) Corte EDU, caso *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia* [GC], n. 1828/06, 28 giugno 2018.

(22) Corte EDU, caso *Perinçek c. Svizzera* [GC], n. 27510/08, 15 ottobre 2015.

Convenzione sembra avallare una interpretazione più restrittiva, le espressioni “the prevention of disorder” (la prevenzione del disordine) e “la défense de l’ordre” (la difesa dell’ordine) nei testi inglese e francese dell’articolo 10, comma 2 possono essere meglio conciliate se lette come aventi il significato più ristretto.

Infine, la Corte interpreta le disposizioni della Convenzione non come monadi isolate, ma alla luce l’una delle altre, nel loro insieme. Si prenda ad esempio il caso *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera* ⁽²³⁾, in cui i ricorrenti sono due genitori che affermano la lesione della libertà di religione ex articolo 9 CEDU da parte delle autorità amministrative locali, che avevano rifiutato la loro richiesta di esentare le loro figlie minorenni dalle lezioni scolastiche obbligatorie di nuoto misto. Nel caso in esame, si pone un problema di interpretazione delle disposizioni CEDU nel loro insieme, perché i genitori lamentavano la violazione dell’articolo 9 (libertà religiosa) e non dell’articolo 2, Protocollo n. 1, dato che la Svizzera non aveva ratificato il Protocollo n. 1. Nonostante questa mancata ratifica, per una interpretazione corretta, la Corte ritiene tuttavia utile riassumere i principi pertinenti applicabili ai sensi dell’articolo 2 del Protocollo n. 1, dato che la Convenzione deve essere letta nel suo insieme e che quest’ultima disposizione, almeno per quanto riguarda la sua seconda frase, è in linea di principio la *lex specialis* in relazione all’articolo 9 nel settore dell’istruzione e dell’insegnamento. In particolare, l’articolo 2 del Protocollo n. 1 stabilisce che ogni individuo ha diritto all’istruzione e individua nei genitori i primi soggetti responsabili dell’educazione e dell’istruzione dei loro figli. Secondo la Corte, una interpretazione corretta deve mettere in relazione i due articoli, perché è nell’adempimento di questo dovere che i genitori possono chiedere allo Stato di rispettare le loro convinzioni religiose e filosofiche. L’obiettivo è quello di salvaguardare il pluralismo nell’educazione, quale caratteristica essenziale per il mantenimento di una società democratica, come concepita dalla Convenzione. Ciò implica che lo Stato deve fare in modo che le informazioni incluse nei programmi scolastici siano trasmesse in modo obiettivo, critico e pluralistico. Allo Stato è vietato perseguire un obiettivo di indottrinamento che possa essere considerato non rispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori, laddove sorge ex articolo 2 del Protocollo n. 1 un obbligo positivo da parte dello Stato. Tuttavia, gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento nel determinare le misure da adottare per garantire il rispetto della libertà religiosa e del diritto all’istruzione garantiti dalla Convenzione, tenendo in debito conto i bisogni e le risorse della comunità e degli individui.

(23) Corte EDU, caso *Osmanoğlu e Kocabaş c. Svizzera*, 10 gennaio 2017.

Nel contesto dell'articolo 2 del Protocollo n. 1, tale margine di apprezzamento implica in particolare che questa disposizione non possa essere interpretata nel senso di attribuire ai genitori il potere di richiedere allo Stato di fornire una particolare forma di insegnamento. Sulla base di questa argomentazione, e interpretando, quindi, l'articolo 9 alla luce dell'articolo 2, Protocollo 1, Convenzione, pur non applicabile al caso concreto, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie non ci fosse stata una violazione della libertà religiosa.

II.

LA CEDU E IL SISTEMA GIURIDICO INTERNO

I.
L'INQUADRAMENTO DELLE NORME DELLA CEDU
TRA LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO.
IL SINDACATO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
di *Giulia Battaglia* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I punti fermi posti dalle c.d. “sentenze gemelle” del 2007: la CEDU come parametro costituzionale interposto. — 3. Gli “assestamenti” della giurisprudenza costituzionale dopo il 2007. — 3.1. La persistenza del rilievo delle norme CEDU come parametro all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009: la sentenza Corte cost. n. 80 del 2011. — 3.2. Il ridimensionamento del vincolo interpretativo della Corte di Strasburgo. — 3.2.1. Il seguito della sentenza Corte cost. n. 49 del 2015: alcune precisazioni sul *predominio assiologico* della Costituzione, sull’onere di interpretazione convenzionalmente conforme del giudice e sul vincolo del diritto consolidato. — 4. L’incidenza dei pareri resi dalla Corte EDU nell’ambito del Protocollo n. 16 (cenni). — 5. Le sentenze nn. 120 e 194 del 2018: la Carta Sociale Europea come parametro costituzionale interposto (cenni).

1. Introduzione

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, è entrata in vigore in Italia il 26 ottobre 1955, a seguito della legge di ratifica 4 agosto 1955, n. 848.

La sua “custode”, la Corte europea dei diritti dell’uomo, è invece entrata in funzione nel 1959, appena tre anni dopo la Corte costituzionale italiana.

Tuttavia, per lungo tempo, il nostro Giudice delle leggi si è mantenuto “a distanza” dal Giudice di Strasburgo e, in generale, la Convenzione ha assunto un rilievo marginale nell’ordinamento costituzionale italiano.

Questa tendenza ha iniziato a mutare a partire dalla fine degli anni Ottanta, con una decisa accelerazione sul finire del decennio successivo ⁽¹⁾. Sul versante legislativo, il riferimento corre, ad esempio, al nuovo codice di

(*) Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale, presso l’Università degli Studi di Pisa.

(¹) F. VIGANÒ, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento giuridico italiano nella prospettiva della Corte costituzionale* (Zagabria, 3 ottobre 2019), 1, reperibile sul sito della Corte costituzionale, sezione documenti (relazioni internazionali).

procedura penale del 1988, « programmaticamente [ispirato] ai principi sviluppati dalla giurisprudenza in materia di art. 6 CEDU »⁽²⁾; alla legge n. 89 del 24 marzo 2001 (c.d. “legge Pinto”), con cui è stato riconosciuto il diritto al risarcimento a chi ha subito un danno sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all’articolo 6, paragrafo 1, CEDU (art. 2, ora 1-*bis*); o, ancora, alla legge n. 12 del 2006, recante « Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo ».

Ma di primaria importanza, anche ai fini del presente contributo, è la modifica dell’art. 117 Cost. ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Come noto, tale disposizione, al primo comma, prevede che: « La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ».

Nello stesso arco temporale, la fisionomia del Giudice europeo ha subito una radicale trasformazione. Con l’entrata in vigore, nel 1998, del Protocollo n. 11, a Strasburgo ha infatti iniziato ad operare una “nuova” Corte europea dei diritti dell’uomo, istituzione unica e permanente sostituitasi alla precedente struttura triadica⁽³⁾, direttamente accessibile da ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati membri. La consacrazione del ricorso individuale diretto e la conseguente esponenziale crescita del contenzioso ha reso sempre più difficile, soprattutto sul versante giudiziario, ignorare la giurisprudenza proveniente da Strasburgo e, prima ancora, lasciare irrisolta la questione relativa alla difficile individuazione del rango delle norme CEDU nel sistema delle fonti italiano.

A quest’ultimo riguardo, nel corso del tempo erano state avanzate svariate ipotesi⁽⁴⁾. Dal canto suo, la Corte costituzionale aveva sempre negato la collocazione di tali norme a livello costituzionale, atteso che i trattati internazionali venivano ad assumere nell’ordinamento la medesima posizione dell’atto che aveva dato loro esecuzione⁽⁵⁾. L’innegabile frizione di tale ricostruzione con la “specialità” di un trattato rivolto alla tutela di diritti umani fondamentali era stata, in altra pronuncia, risolta rilevando che, « indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si

⁽²⁾ Ivi, 1.

⁽³⁾ La Corte, inizialmente, faceva parte di un sistema più complesso di protezione dei diritti, costituito dalla Commissione europea dei diritti dell’uomo e dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa.

⁽⁴⁾ Per una ricostruzione più ampia sul tema, si veda R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano*, in *ConsultaOnline*, fasc III, 2018, spec. 618-620.

⁽⁵⁾ Corte cost., sent. n. 323 del 1989, punto n. 4 del Considerato in diritto.

collocano di per se stesse a livello costituzionale [...] i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione », con particolare riguardo « al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione » (6). In un unico caso, la Corte le aveva qualificate come “fonti atipiche” (7). D'altra parte, tale incertezza, e l'urgenza di risolverla per dare ingresso ai principi convenzionali, aveva spinto alcuni giudici a disapplicare direttamente le norme legislative in contrasto con quelle CEDU, secondo lo schema delineato per le norme comunitarie dalla c.d. “sentenza *Granital*” (Corte cost., n. 170 del 1984). Si vedano, in questo senso, *ex multis*, Cass 19 luglio 2002, n. 10542 e Cass. S.U. 23 dicembre 2005, n. 28507 (« [questa Corte] ha espressamente riconosciuto la natura sovraordinata alle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto »).

2. I punti fermi posti dalle sentenze c.d. “sentenze gemelle” del 2007: la CEDU come parametro costituzionale interposto

La svolta è stata segnata, in questo senso, dalle notissime sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (c.d. “sentenze gemelle”), rese in materia di “accessione invertita” e di indennità di esproprio, con cui la Corte costituzionale, nel solco tracciato dalla nuova formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost., ha posto alcuni punti fermi riguardo la collocazione della Convenzione nel nostro ordinamento costituzionale.

In primo luogo, la Corte ha inteso arginare la prassi poc'anzi ricordata e ha fermamente escluso che i giudici nazionali, dinanzi a un contrasto tra legge ordinaria e norme CEDU, possano procedere a disapplicare la prima, alla stregua dello schema delineato per le norme dell'Unione europea direttamente efficaci. E ciò perché, diversamente da quanto è avvenuto con l'adesione ai Trattati comunitari, la sottoscrizione della Convenzione EDU « non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti » (8).

Esclusa, dunque, l'operatività dell'art. 11 Cost. (è su di esso che si fonda la c.d. “dottrina *Granital*”) e, altresì, dell'art. 10, comma 1, Cost. — riferito alle « norme del diritto internazionale generalmente riconosciute » e non a quelle pattizie — occorre guardare all'art. 117, primo comma, Cost., nel testo

(6) Corte cost., sent. n. 388 del 1999, punto n. 2.1 del Considerato in diritto.

(7) Corte cost., sent. n. 10 del 1993.

(8) Corte cost., sent. n. 348 del 2007, punto n. 3 del Considerato in diritto.

per l'appunto introdotto nel 2001, che condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni « al rispetto degli obblighi internazionali », tra i quali rientrano, indubbiamente, quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Invero, da siffatta previsione costituzionale si ricava che la norma interna incompatibile con la norma della CEDU, ovvero con gli “obblighi internazionali” cui si riferisce il primo comma dell'art. 117, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale che realizza, in definitiva, « un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati » ⁽⁹⁾.

Sulla scorta di tale ricostruzione, la Corte ha collocato le norme della CEDU ad un livello superiore rispetto a quello della legge ordinaria, seppure comunque subordinato alla Costituzione, qualificandole come fonti “*interposte*”: destinate, cioè, a dare contenuti ad un parametro costituzionale — l'art. 117, primo comma, Cost. — che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere.

Da ciò consegue, sul piano del riparto di competenze tra giudice comune e giudice costituzionale nella garanzia dei diritti fondamentali, che al primo spetta, anzitutto, tentare di interpretare il diritto interno in modo conforme alla disposizione convenzionale pertinente e, solo ove ciò non sia possibile — e perciò dubiti della compatibilità della norma interna con quella convenzionale “*interposta*” — investire la Corte costituzionale della questione di legittimità rispetto all'art. 117 Cost.

A ciò si aggiunge un'altra importante specificazione. La Corte costituzionale ha rilevato, difatti, che la peculiarità del sistema convenzionale consiste « nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti », con la predisposizione di « un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali » ⁽¹⁰⁾ che fa capo alla Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha riconosciuto, quindi, al Giudice di Strasburgo la funzione di interprete « *eminente* » ⁽¹¹⁾ della Convenzione e dei suoi protocolli, che « vivono » ⁽¹²⁾ nell'interpretazione che degli stessi viene data alla giurisdizione sovranazionale, al fine di garantirne l'uniforme applicazione a livello europeo. Cosicché, il controllo del Giudice delle leggi sulla compatibilità costituzionale della norma interna con quella sovranazionale *interposta* e, prima ancora, il dovere di interpretazione convenzionalmente conforme del giudice comune dovranno necessariamente

⁽⁹⁾ Corte cost., sent. n. 349 del 2007, punto n. 6.2 del Considerato in diritto.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁾ Corte cost., sent. n. 348 del 2007, punto n. 4.6 del Considerato in diritto.

⁽¹²⁾ *Ivi*, par. 4.7, corsivi nostri.

tenere conto non soltanto del tenore testuale della disposizione, ma anche della giurisprudenza convenzionale rilevante.

Infine, la Corte ha premura di aggiungere che, proprio perché si tratta di norme che, pur integrando il parametro costituzionale di cui all'art. 117, si collocano comunque a un livello sub-costituzionale, è « assoluta e inderogabile » l'esigenza che esse stesse siano conformi a Costituzione. Peraltro, la verifica di tale compatibilità non può limitarsi all'eventuale lesione dei principi e dei diritti fondamentali (c.d. "controlimiti"), come accade, invece, con riguardo al diritto eurolunitario, ma deve riguardare ogni profilo di possibile contrasto tra le norme CEDU — che sono, quindi non solo parametro, ma anche oggetto del giudizio di costituzionalità — e quelle costituzionali. Ovviamente, nell'ipotesi, rilevante, forse, solo in linea teorica, che una norma interposta risulti in contrasto con la Costituzione, la Corte « ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano ». In questo senso, il giudice comune potrà esperire il tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme della norma interna, solo dopo aver risolto positivamente la questione relativa alla conformità della disposizione CEDU alla Costituzione, onde evitare di "conformarsi" ad un diritto incostituzionale.

3. Gli "assestamenti" della giurisprudenza costituzionale dopo il 2007

I principi metodologici enunciati nelle sentenze del 2007 hanno, da un lato, permesso alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte europea di penetrare nel diritto interno attraverso il varco offerto dall'art. 117 Cost., e di dispiegare un significativo impatto (in modo diretto o indiretto ⁽¹³⁾) in molteplici settori dell'ordinamento. Dall'altro, hanno consentito alla Corte costituzionale di mantenere comunque la sua centralità, che rischiava di essere erosa dalla prassi che alcuni giudici avevano iniziato a seguire, di procedere alla diretta applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli.

Invero, gli approdi raggiunti dalla Corte nelle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 non sono stati, nella loro sostanza, revocati in dubbio dalla giurispru-

⁽¹³⁾ Ci si riferisce ai casi, non infrequenti nei due decenni scorsi, in cui la Corte costituzionale ha pronunciato una sentenza di illegittimità costituzionale sulla base dei soli parametri interni invocati dal giudice a quo, dichiarando assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117 Cost. E ciò, anche in ipotesi in cui era stata, invece, proprio la svolta registrata sul piano sovranazionale a determinare il *revirement*. Sul punto, cfr. E. MALFATTI, *La CEDU come parametro tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, fasc. 3, spec. 135-136.

denza costituzionale degli anni successivi ⁽¹⁴⁾. Nondimeno, si sono registrate alcune importanti pronunce del Giudice delle leggi, talora semplicemente di conferma o, comunque, di precisazione del contenuto delle “gemelle”, talaltra di puntualizzazione più “tesa”; espressiva, in alcuni casi, di una maggiore “frizione” con la giurisprudenza di Strasburgo.

3.1. *La persistenza del rilievo delle norme CEDU come parametro all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009: la sentenza Corte cost. n. 80 del 2011*

A venire in considerazione è, anzitutto, la sent. n. 80 del 2011, pronunciata in tema di pubblicità delle udienze nei procedimenti di prevenzione, in cui la Corte ha avuto modo di ribadire la persistente validità della tecnica dell'interposizione relativamente alle norme CEDU, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009.

A seguito delle modifiche apportate dal Trattato in parola, il testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, al secondo comma, prefigura l'adesione dell'Unione alla CEDU mentre, al comma 3, afferma che « I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, *fanno parte* del diritto dell'Unione in quanto principi generali ».

Secondo il giudice *a quo*, la nuova formulazione avrebbe comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la loro concezione alla stregua di “norme interposte”. Diventando le stesse “parte” integrante del diritto dell'Unione, i giudici comuni sarebbero stati abilitati, ad avviso del rimettente, a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con esse, senza dover attivare il sindacato di costituzionalità.

Al riguardo, la Corte, pur rilevando il carattere maggiormente articolato e complesso del sistema di protezione dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea a seguito delle anzidette modifiche; ha ripetuto, in modo netto, la posizione già espressa nel 2007, ovvero: « l'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come “principi generali” del diritto comunitario

⁽¹⁴⁾ V., al riguardo, le analisi contenute negli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2011, 2014, 2017 e, da ultimo, G. CAMPANELLI, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA. VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 2020, spec. 282 ss.

(oggi, del diritto dell'Unione) »⁽¹⁵⁾. Di talché, ha ritenuto che si dovesse continuare a « escludere che, in una fattispecie quale quella oggetto del giudizio principale, il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, *omisso medio*, le norme interne ritenute incompatibili con [l]a CEDU »⁽¹⁶⁾.

La Corte ha raggiunto tali conclusioni, con riferimento alla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, « per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta »⁽¹⁷⁾. Con riguardo, invece, al contenuto del paragrafo 3 dell'art. 6, a mente del quale i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione « fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali », la Corte ha rilevato che si tratta di una disposizione che riprende lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea « evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona »⁽¹⁸⁾.

3.2. *Il ridimensionamento del vincolo interpretativo della Corte di Strasburgo*

Alcune rilevanti pronunce, poi, sono intervenute nel senso di precisare il carattere vincolante della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con riguardo tanto alla Corte costituzionale, quanto ai giudici comuni.

Nelle sent. nn. 348 e 349 del 2007, la Corte aveva parlato di funzione interpretativa “eminente”⁽¹⁹⁾, ovvero di « interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima »⁽²⁰⁾. Nondimeno, poche righe dopo, nella prima delle due decisioni richiamate, la Corte aveva offerto un'importante precisazione, laddove si escludeva che gli approdi della Corte di Strasburgo « siano incondizionatamente vincolanti ai fini del *controllo di costituzionalità delle leggi nazionali* », che deve sempre « ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto

⁽¹⁵⁾ Corte cost., sent. n. 80 del 2011, punto 5.4 del Considerato in diritto. In senso conforme, si vedano, del resto, le più recenti sentenze n. 80 del 2019, n. 121 del 2020 e n. 8 del 2023.

⁽¹⁶⁾ *Ivi*, punto 5.6 del Considerato in diritto.

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, punto 5.3 del Considerato in diritto. Da questo punto di vista, R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 649, non esclude, quindi, che tale questione possa riproporsi nell'ipotesi (ad oggi remota) che l'adesione si verifichi.

⁽¹⁸⁾ *Ivi*, punto 5.4 del Considerato in diritto.

⁽¹⁹⁾ Corte cost., sent. n. 348 del 2007, punto n. 4.6 del Considerato in diritto.

⁽²⁰⁾ Corte cost., sent. n. 349 del 2007, punto n. 6.2 del Considerato in diritto.

dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione »⁽²¹⁾.

Tale precisazione è stata ripresa nella sent. n. 317 del 2009, sulla (mancata) restituzione dell'imputato contumace nel termine per proporre impugnazione. In questa pronuncia, la Corte ha rilevato, in primo luogo, che « il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie* », che, però, deve essere « sistemica e non frazionata ». In altre parole, « dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali », il che comporta « il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti [...] che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela »⁽²²⁾.

In questo senso, precisata la differenza strutturale tra i due giudizi, la Corte ha sottolineato che, pur non potendo sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, essa « può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano », atteso che « la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui [la] Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza ».

Nella sentenza n. 234 del 2012, sulle c.d. pensioni svizzere, la Corte ha rimarcato nuovamente come, a differenza della tutela "parcellizzata"⁽²³⁾ spesso inevitabilmente condotta dalla Corte EDU⁽²⁴⁾, essa operi, invece, « una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante » « con altri interessi costituzionalmente protetti rispetto [a quello] sotteso al parametro »⁽²⁵⁾.

La portata delle sentenze del 2007 è stata, poi, significativamente incisa, soprattutto con riguardo al ruolo del giudice comune, dalla sent. n. 49 del 2015, in tema di confisca urbanistica. La rilevanza e la complessità della

⁽²¹⁾ Corte cost., sent. n. 348 del 2007, punto n. 4.8 del Considerato in diritto.

⁽²²⁾ Corte cost., sent. n. 217 del 2009, punto n. 7 del Considerato in diritto, corsivi aggiunti.

⁽²³⁾ Per una sintetica ricognizione della vicenda, si veda ancora, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 632-634.

⁽²⁴⁾ Si trattava di Corte EDU, Sez. II, *Maggio e altri c. Italia*, 31 maggio 2011, ric. nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08.

⁽²⁵⁾ Corte cost., sent. n. 234 del 2012, punti nn. 5.3. e 5.4 del Considerato in diritto.

sentenza presuppone una sia pure riassuntiva esposizione della vicenda. La Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione e dal Tribunale ordinario di Teramo in relazione all'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, a mente del quale: « La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite ». La rimessione dei due giudici *a quibus* muoveva da presupposti differenti ma, in entrambi i casi, si fondava sulla sentenza della Corte EDU *Varvara c. Italia* ⁽²⁶⁾, che aveva riscontrato una violazione del principio di legalità in materia penale nella confisca urbanistica applicata unitamente ad una sentenza dichiarativa della estinzione del reato per prescrizione. Segnatamente, il giudice di legittimità aveva sollevato il dubbio di costituzionalità della norma interna, per contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., poiché, ritenendo di doverla interpretare alla luce della sentenza europea, essa avrebbe precluso l'applicazione della confisca urbanistica « nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi », così determinando una forma di iperprotezione del diritto di proprietà. All'opposto, il giudice di Teramo aveva sollevato la questione in relazione alla medesima disposizione, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nella parte in cui essa consentiva che la confisca urbanistica « anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione », non essendo possibile, a suo avviso, una lettura conforme della stessa alla giurisprudenza richiamata.

Nel dichiarare l'inammissibilità di entrambe le questioni proposte, la Corte ha affermato, anzitutto, che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU è da intendersi « subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il *predominio assiologico* della Costituzione sulla CEDU » ⁽²⁷⁾. Relativamente alle ipotesi, sia pure remote, in cui non sia possibile conciliare i principi desumibili da entrambe le fonti, la Corte ha ribadito, con maggiore incisività rispetto ai precedenti del 2007, che la pretesa antinomia che si viene a creare tra il diritto nazionale interpretato in senso costituzionalmente orientato e la CEDU deve essere risolta dal giudice interno « ponendo in dubbio la legittimità costituzionale della legge di adattamento, in quanto essa permette l'ingresso nell'ordina-

⁽²⁶⁾ Corte EDU, Sez. II, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09.

⁽²⁷⁾ Corte cost., sent. n. 45 del 2015, punto n. 4 del Considerato in diritto, corsivi aggiunti.

mento italiano di una simile regola » (28). La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione era, dunque, inammissibile, anzitutto perché erroneamente aveva per oggetto la norma interna, anziché la legge 4 agosto 1955, n. 848, di ratifica ed esecuzione della CEDU.

Ancora più rilevante è, tuttavia, la precisazione formulata al punto 7 del Considerato in diritto, ove la Corte ha motivato l'inammissibilità delle questioni che le erano state sottoposte, perché entrambi i rimettenti, seppur con effetti opposti, avevano, a suo avviso erroneamente, ritenuto di essere obbligati a recepire il principio di diritto che avevano ricavato dalla sentenza *Varvara*. In altri termini, secondo il Giudice costituzionale, essi avevano attribuito alla norma CEDU un significato « non immediatamente desumibile da tale disposizione », « benché la pronuncia appena citata non fosse, con ogni evidenza, espressione di un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea ». In questo senso, se è vero che alla Corte EDU compete di pronunciare la « parola ultima » (29) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli; ciò non significa, secondo la Corte, che gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, siano « passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale ».

Invero, prosegue la sentenza, il giudice comune sarà tenuto a fondare il proprio processo interpretativo, eventualmente sollevando il dubbio di costituzionalità — del diritto interno o, se la norma CEDU che ne risulta è contraria alla Costituzione, della l. n. 848/55 — solo ove il preteso contrasto con la norma CEDU sia riscontrato alla luce di una « sentenza pilota » oppure di « diritto consolidato », quando cioè, sia stato raggiunto, a Strasburgo, « uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali ». A quest'ultimo proposito, il Giudice delle leggi ha enucleato alcuni indici che, a titolo esemplificativo, possono orientare i giudici a escludere che la giurisprudenza convenzionale possa essere ritenuta « consolidata », quali: « 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; la ricorrenza 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 elabo-

(28) *Ivi*, punto n. 5 del Considerato in diritto.

(29) Corte cost., sent. n. 349 del 2007.

rati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano »⁽³⁰⁾.

3.2.1. *Il seguito della sentenza Corte cost. n. 49 del 2015: alcune precisazioni sul predominio assiologico della Costituzione, sull'onere di interpretazione convenzionalmente conforme del giudice e sul vincolo del diritto consolidato*

Nel solco dei principi posti da questa pronuncia, si collocano alcune più recenti sentenze che ne hanno sviluppato i contenuti⁽³¹⁾.

Il riferimento corre, anzitutto, alla sent. n. 25 del 2019, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei reati previsti dall'art. 75, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui puniscono l'inosservanza, da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" (art. 8, comma 4), per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 7 CEDU e 2 del Protocollo n. 4.

La pronuncia in parola è giunta dopo la sentenza della Grande Camera *de Tommaso c. Italia*⁽³²⁾, con cui la Corte di Strasburgo aveva condannato lo Stato italiano per la violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 CEDU, in ragione della vaghezza e della indeterminatezza di siffatti obblighi⁽³³⁾. Alla pronuncia europea, aveva fatto eco l'interpretazione adeguatrice offerta dalle Sezioni Unite penali della cassazione⁽³⁴⁾, secondo cui la fattispecie di reato in discorso doveva essere interpretata, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, nel senso che essa non aveva ad oggetto anche la violazione delle generiche prescrizioni poc'anzi richiamate.

Sollecitata da una Sezione semplice della Cassazione, la Corte costituzionale ha pronunciato la declinatoria di incostituzionalità, nei termini sopra indicati, esponendo alcune ulteriori indicazioni di sistema sul rapporto tra l'onere di interpretazione convenzionalmente conforme che ricade sui giudici comuni e il ruolo della Corte costituzionale. La questione di costituzionalità

⁽³⁰⁾ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, punto n. 7 del Considerato in diritto.

⁽³¹⁾ Per un'attenta ed estesa disamina delle tendenze emerse nel triennio 2017-2019, si rinvia nuovamente a G. CAMPANELLI, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., spec. 303-305.

⁽³²⁾ Corte EDU, G.C., *de Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09.

⁽³³⁾ La pronuncia della Corte EDU aveva riguardato, specificatamente, l'obbligo di « vivere onestamente e rispettare le leggi » e quello di « non dare ragione alcuna ai sospetti », previsti dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423, recante « Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità »; il secondo dei quali non era stato riprodotto nel codice delle leggi antimafia.

⁽³⁴⁾ Cass., S.U., 5 settembre 2017, n. 40076 (c.d. "sentenza Paternò").

viene, infatti, presentata come il necessario « completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU », operata — nel caso di specie — dalle Sezioni unite, e ciò, in considerazione dei limiti in cui può incorrere l'interpretazione giurisprudenziale, soprattutto quando, come nell'ipotesi in esame, si tratti di « ritagliare la fattispecie penale escludendo dal reato condotte che prima si riteneva vi fossero comprese » ⁽³⁵⁾.

In questa prospettiva, il Giudice costituzionale ha altresì rilevato come, nella concorrenza di garanzie offerte dalla Costituzione e dalla CEDU, sia pure in larga misura simmetriche e sovrapponibili, possa verificarsi talora uno « scarto di tutele » « rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia ». Richiamando l'orientamento espresso nella sent. n. 49 del 2015, la Corte ha quindi osservato che in questi casi non può comunque esserci, in virtù del « predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU », « alcun automatismo [...] nel progressivo adeguamento » alla seconda. Da ciò deriva, « [d]a una parte, [che] la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU, [possa] comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un "approdo giurisprudenziale stabile" o un "diritto consolidato" ». Dall'altra, che sarà compito della Corte (costituzionale) verificare che « il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa — o comunque non necessariamente convergente — rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU ». Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto sussistenti entrambi i presupposti e, pertanto, ha concluso di poter « completare, con riferimento alla norma oggetto delle questioni di costituzionalità, l'adeguamento alla CEDU in concordanza con quello già operato, in via interpretativa, dalla citata sentenza delle Sezioni unite ».

L'allineamento dell'ordinamento interno alla CEDU è, quindi, possibile, anzi doveroso, per il giudice comune che opererà, tuttavia, nel perimetro sin qui tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, e, comunque, nei limiti del suo potere interpretativo.

Da quest'ultimo punto di vista, è possibile rammentare, tra le altre, la sent. Corte cost. n. 43 del 2017, con cui la Corte ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 che stabilisce che « [q]uando in applicazione

⁽³⁵⁾ Corte cost., sent. n. 25 del 2019, punto n. 13 del Considerato in diritto.

della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali». Il giudice rimettente sosteneva, in particolare, che la disposizione impugnata fosse costituzionalmente illegittima, nella parte in cui non si applica alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come “penale” ai sensi del diritto convenzionale. Nel rigettare l’eccezione proposta dall’Avvocatura dello Stato, secondo cui la questione era inammissibile poiché il giudice *a quo* avrebbe potuto interpretare la disposizione in senso convenzionalmente conforme, la Corte ha replicato che correttamente il giudice rimettente si era « *astenuto dal praticare una interpretazione convenzionalmente orientata che lo avrebbe indotto a estendere la portata applicativa della disposizione impugnata senza coinvolgere previamente [la] Corte*. Infatti, secondo un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale in materia, “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma»⁽³⁶⁾.

In merito, poi, al concetto di diritto o giurisprudenza “consolidata” — rispetto al quale, come si è detto, la sent. n. 49 del 2015 riporta alcuni indici sintomatici, seppur da intendersi non in termini assoluti — può essere utile richiamare alcuni esempi, tanto “in negativo”, quanto “in positivo”, rispetto alla sua corretta individuazione da parte del giudice *a quo*.

Tra i primi, il riferimento corre alla sent. n. 263 del 2017, sulla mancanza di pubblicità delle udienze nel procedimento per il riesame delle misure cautelari. Il giudice rimettente adduceva l’illegittimità di tale disciplina per contrasto, tra l’altro, con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 6, primo comma, CEDU, alla luce della sentenza *Bocellari e Rizza c. Italia*⁽³⁷⁾. Con la pronuncia citata, la Corte di Strasburgo aveva condannato l’Italia per violazione dell’art. 6, in ragione della preclusione, per i soggetti sottoposti al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione, della possibilità di richiedere l’udienza pubblica. Dopo aver ricostruito il diritto CEDU effettivamente consolidatosi in merito alla garanzia convenzionale di pubblicità delle udienze, con specifico riferimento, però, al procedimento *de libertate*; la Corte costituzionale ha dichiarato l’infondatezza della questione,

⁽³⁶⁾ Corte cost., sent. n. 43 del 2017, punto n. 2 del Considerato in diritto, corsivi aggiunti.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, Sez. II, *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, ric. n. 399/02.

« per la dirimente ragione che la “norma interposta” ricavabile dalla CEDU, come interpretata dalla “sua” Corte risulta essere di segno diverso da quello ipotizzato dal giudice *a quo* »⁽³⁸⁾.

In senso parzialmente simile, è poi possibile citare la più recente sent. n. 12 del 2020. Il giudizio di costituzionalità riguardava alcune disposizioni della c.d. legge Pinto nella parte in cui, secondo l’interpretazione consolidatasi in termini di diritto vivente, riconoscono il diritto ad un equo indennizzo per l’eccessiva durata di “procedure concorsuali”, con riferimento alle sole procedure fallimentari e non anche a quelle di liquidazione coatta amministrativa. Nel dichiarare infondata la questione, la Corte ha osservato che la sentenza della Corte EDU *Cipolletta c. Italia*⁽³⁹⁾, che il giudice *a quo* aveva richiamato per integrare il parametro, si discostava, in verità, dalla giurisprudenza consolidata del Giudice di Strasburgo in materia⁽⁴⁰⁾. Inoltre, ha evidenziato che tale pronuncia, da un lato, « non [aveva tenuto] compiutamente conto dei rimedi riparatori apprestati dall’ordinamento italiano riferibili anche al procedimento [di liquidazione coatta amministrativa]; e, dall’altro lato, nel suo decisum, risponde[va] ad una finalità di tutela dell’interesse del ricorrente, che si ravvisa lesa in correlazione alla peculiarità del caso concreto: tutela, questa, “parcellizzata”, che è per sua natura complementare alla tutela “sistemica” apprestata in sede nazionale ». Dunque, nell’opera di adeguamento interpretativo al diritto CEDU, il giudice non soltanto deve correttamente individuare gli indirizzi che possono essere ritenuti effettivamente consolidati nella giurisprudenza convenzionale, ma anche tenere di conto dell’approccio casistico della stessa.

In senso “positivo”, si può invece richiamare, ad esempio, la sent. n. 120 del 2018, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di costituire associazioni sindacali tra militari per contrasto con l’art. 117 in relazione, tra l’altro, all’art. 11 CEDU, nel significato attribuitogli dalle sentenze *Matelly c. Francia*⁽⁴¹⁾ e *Association de Défense des Droits des Militaires (ADefDroMil) c. Francia*⁽⁴²⁾. Le pronunce invocate dal giudice *a quo*, tese a riaffermare principi già enunciati dalla Grande Camera nel 2008, sono state ritenute dalla Corte « espressione di un approdo giurisprudenziale stabile ».

⁽³⁸⁾ Corte cost., sent. n. 263 del 2017, punto 5.4 del Considerato in diritto.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, Sez. I, *Cipolletta c. Italia*, 11 gennaio 2018, ric. n. 38259/09, che aveva in sostanza equiparato le procedure di liquidazione coatta amministrativa alle procedure fallimentari, ai fini del riconoscimento dal pari diritto (del creditore) ad un equo indennizzo per l’eccessiva correlativa durata.

⁽⁴⁰⁾ Come aveva sottolineato nell’opinione dissenziente il giudice Wojtyczek.

⁽⁴¹⁾ Corte EDU, Sez. I, *Matelly c. Francia*, 2 ottobre 2014, ric. n. 10609/10.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, Sez. I, *Association de Défense des Droits des Militaires (ADefDroMil) c. Francia*, 2 ottobre 2014, ric. n. 32191/09.

È peraltro interessante notare che la Corte ha altresì ritenuto « significativo »⁽⁴³⁾ (*rectius*: sintomatico?), in questa prospettiva, che in adempimento delle sentenze citate il legislatore francese avesse modificato la previsione incompatibile con la CEDU, che ne aveva determinato la condanna.

Merita, infine, rammentare la sentenza n. 33 del 2021. La pronuncia riguardava la questione di costituzionalità della disciplina interna che non consente, secondo l'interpretazione del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri, del c.d. genitore d'intenzione non biologico. La Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione, per rispetto della discrezionalità legislativa, al contempo invitando il legislatore ad adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati mediante il ricorso a tale tecnica riproduttiva. Per quanto concerne il profilo di interesse della presente trattazione, è importante osservare che la Corte ha formulato tale "invito", riconoscendo come la ormai « consolidata giurisprudenza della Corte EDU » affermi la necessità, « al metro dell'art. 8 CEDU, che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del "legame di filiazione" con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita ». E, inoltre, che tale "punto di equilibrio" raggiunto dalla Corte di Strasburgo sia « corrispondente anche all'insieme dei principi sanciti in materia dalla Costituzione italiana, parimenti invocati dal giudice *a quo* »⁽⁴⁴⁾.

4. L'incidenza dei pareri resi dalla Corte EDU a mente del Protocollo n. 16 (cenni)

L'ultima pronuncia richiamata, peraltro, pare interessante anche da un secondo punto di vista. Vale a dire, il rilievo che essa conferisce al parere reso nel 2019 dalla Grande Camera, su richiesta della Corte di cassazione francese, in merito al riconoscimento del legame tra il minore nato da maternità surrogata all'estero e la madre d'intenzione⁽⁴⁵⁾. Si tratta della prima opinione consultiva adottata a seguito dell'entrata in vigore, il 1° agosto 2018, del Protocollo n. 16.

⁽⁴³⁾ Corte cost., sent. n. 120 del 2018, punto 8.1 del Considerato in diritto.

⁽⁴⁴⁾ Tra l'altro, Corte EDU, Sez. V, *D c. Francia*, 16 luglio 2020, ric. n. 11288/18.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, G.C., *Parere consultivo in merito al riconoscimento nel diritto interno di una relazione legale genitore-figlio tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la futura madre d'intenzione*, 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001.

Quest'ultimo, come noto, ha introdotto una nuova competenza per la Corte di Strasburgo, in base alla quale le più "alte giurisdizioni" degli Stati contraenti, da questi individuate in sede di ratifica, possono richiedere alla Corte un'opinione consultiva non vincolante, su questioni di principio concernenti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà previsti nella Convenzione e nei protocolli addizionali, nell'ambito di una causa pendente dinanzi alle stesse.

L'Italia, che ha firmato il Protocollo, non ha ancora provveduto alla ratifica. Tuttavia, è inevitabile che le opinioni consultive rese dalla Corte su sollecitazione di giurisdizioni di altri Paesi, entrino comunque a far parte del "blocco di convenzionalità" che integra il parametro costituzionale interposto⁽⁴⁶⁾. A maggior ragione, se si considera che questo tipo di competenza presenta caratteristiche strutturali molto simili, per certi versi, a quelli del giudizio incidentale, con una connotazione inevitabilmente più astratta rispetto alla competenza ordinaria della Corte.

Nella sentenza n. 33 del 2021, la Corte ha difatti respinto l'eccezione governativa che faceva leva sul carattere non vincolante del parere consultivo in discorso, ampiamente citato nell'ordinanza di rimessione. A questo riguardo, il Giudice costituzionale ha rilevato, da un lato, come il giudice rimettente, pur avendo richiamato tale parere, abbia « invoca[to] correttamente — quale parametro interposto [...] — l'art. 8 CEDU, che riconosce il diritto alla vita privata e familiare del minore: diritto sul quale si impernano le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza di rimessione ». Dall'altro, che il parere « seppur non [...] vincolante, come espressamente stabilisce l'art. 5 del Protocollo n. 16 alla CEDU: né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati, tanto meno per quelli — come l'Italia — che non hanno ratificato il protocollo in questione », cionondimeno è comunque « confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa dalla Corte EDU ».

5. Le sentenze nn. 120 e 194 del 2018: la Carta Sociale Europea come parametro costituzionale interposto (cenni)

Un ultimo cenno meritano, infine, le sentenze nn. 120 (v. *supra*) e 194 del 2018. Si tratta, infatti, delle prime occasioni in cui la Corte costituzionale ha utilizzato la Carta sociale europea (di seguito: CSE) come parametro interposto di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

⁽⁴⁶⁾ Al riguardo, di particolare interesse sono le osservazioni contenute nell'opinione concordante del giudice Krenč nella sentenza Corte EDU, Sez. III, *B. e altri c. Svizzera*, 22 novembre 2022, ric. n. 58817/15 58252/15.

La CSE è stata sottoscritta a Torino nel 1961 nell'ambito del Consiglio d'Europa, con l'intento di completare il sistema di tutela dei diritti umani della CEDU sul versante dei diritti economici e sociali. La Carta è poi stata rivisitata nel 1996 e, in questa versione, è stata ratificata in Italia con la legge 9 febbraio 1999, n. 30. Sul rispetto dei diritti sanciti nella CSE, vigila il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) attraverso due meccanismi complementari: i rapporti nazionali elaborati dagli Stati e, dal 1995, mediante le procedure di reclamo collettive, che possono essere presentate dalle parti sociali e da altre organizzazioni non governative.

Nella già richiamata sent. n. 120 del 2018, la Corte ha anzitutto affermato che la CSE è un trattato internazionale che « presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, [...] che la collegano alla CEDU », di cui costituisce invero il « naturale completamento sul piano sociale ». Analogamente alla prima, essa si qualifica, quindi, quale fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero, quale parametro interposto di costituzionalità; non potendo la sua applicazione « avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede[ndo] l'intervento [della] Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta » (47).

A differenza della CEDU, però, la Carta non è “custodita” da un organo propriamente giurisdizionale. In questo senso, la Corte costituzionale ha precisato che, attesa la mancanza di disposizioni corrispondenti agli artt. 32, par. 1 e 46 CEDU, le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), « pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta, tanto più se — come nel caso in questione — l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali » (48).

Nel confermare tale impostazione, la successiva sent. n. 194 del 2018, resa sul meccanismo di determinazione dell'indennità spettante al lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato ha, nondimeno, conferito un certo rilievo alla decisione del CEDS richiamata dal remittente nella prospettazione della questione di costituzionalità (49).

(47) Corte cost., sent. n. 120 del 2018, punto n. 10.1 del Considerato in diritto.

(48) *Ivi*, punto n. 13.4 del Considerato in diritto.

(49) Corte cost., sent. n. 194 del 2018, punto n. 14 del Considerato in diritto.

II.

L'INTERVENTO DEI TERZI DI FRONTE ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA RECENTE "APERTURA" DEL PROCESSO COSTITUZIONALE

di *Giulia Battaglia* (*)

SOMMARIO: 1. Le origini dell'istituto convenzionale. — 2. La disciplina attuale. — 2.1. Il diritto a intervenire dello Stato di cui è cittadino il ricorrente (art. 36, par. 1) e del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa (art. 36, par. 3). — 2.2. L'intervento di terzi su invito o dietro autorizzazione del Presidente della Camera « *in the interest of the proper administration of justice* » (art. 36, par. 2). — 2.2.1. Gli Stati. — 2.2.2. Gli *amici curiae*. — 2.2.3. I terzi *stricto sensu* intesi. — 3. Le regole processuali dell'intervento. — 3.1. La partecipazione "amicale" nella fase di esecuzione delle sentenze. — 4. L'apertura della Corte costituzionale alla "società civile": spunti per un confronto.

1. Le origini dell'istituto convenzionale

L'intervento dei terzi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo trova oggi la sua disciplina nell'art. 36 della Convenzione e nell'art. 44 del Regolamento di procedura, nonché nell'art. 3 del Protocollo 16 che, con taluni adattamenti resi necessari dal carattere non contenzioso della procedura, definisce il perimetro della platea di interlocutori della Corte nell'esercizio della sua nuova funzione consultiva.

La rubrica delle prime due disposizioni rammentate recita testualmente « *Third-party intervention* ». A tale riguardo, preme sin d'ora evidenziare che, nonostante la formulazione possa rievocare il rimedio processuale, per l'appunto, dell'intervento del terzo, ovvero il soggetto, diverso dalle parti originarie, che interviene nel contraddittorio in quanto titolare di un interesse che potrebbe essere pregiudicato dalla sentenza resa in sua assenza; entro l'ambito di operatività dell'istituto rientrano, come si avrà modo di precisare, soggetti tra loro molto diversi, proprio con riguardo al tipo di interesse che li lega al processo "convenzionale", la maggior parte dei quali è assimilabile alla distinta figura dell'*amicus curiae*.

(*) Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale, presso l'Università degli Studi di Pisa.

L'origine pretoria dell'istituto e il suo successivo riconoscimento normativo, dapprima, nel nuovo regolamento del 1983 e, successivamente, nella Convenzione, con il Protocollo 11, sono profondamente intrecciati al percorso di trasformazione dell'originario assetto del contraddittorio sovranazionale, caratterizzato dalla iniziale esclusione della partecipazione del ricorrente individuale alla allora vigente Commissione europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultimo, infatti, non solo non era ricompreso tra i soggetti che, a mente del previgente art. 48 della Convenzione, potevano riferire il caso alla Corte ⁽¹⁾, ma non poteva neppure prendere parte al procedimento eventualmente instaurato dinanzi a essa, a seguito dell'istanza avanzata dalla Commissione, dallo Stato convenuto oppure da quello di cui era cittadino.

In parallelo con il progressivo superamento di questa barriera formale, attraverso un'azione sinergica della Commissione e della Corte — siamo alla fine degli anni '70, periodo in cui la Corte enuncia i criteri cardinali della propria giurisprudenza — inizia a prospettarsi la possibilità di allargare ulteriormente la platea di interlocutori oltre le parti intese in senso sostanziale.

Il riferimento corre, in particolare, a tre *leading cases*. Il primo, *Tyrer c. Regno Unito* ⁽²⁾ del 1978, in cui si è registrata la prima richiesta di intervento (rigettata) di cui si abbia notizia, avanzata dall'associazione non governativa *National Council for Civil Liberties (Liberty)*. Il secondo fu *Winterwerp c. Paesi Bassi* del 1979 ⁽³⁾, in cui la Corte autorizzò per la prima volta uno Stato membro, il Regno Unito, terzo rispetto alla controversia, a presentare le proprie osservazioni scritte per il tramite dei delegati dell'allora vigente Commissione. Infine, il caso *Young James e Webster c. Regno Unito* del 1981 ⁽⁴⁾, in occasione del quale il Giudice sovranazionale, esercitando i poteri istruttori previsti dall'art. 38 del Regolamento ⁽⁵⁾, ammise la richiesta di intervento della confederazione sindacale *Trade Union Congress* disponendo l'esame di un suo rappresentante.

Le richiamate occasioni di apertura del processo hanno poi spianato la strada al successivo riconoscimento normativo dell'istituto. Con il nuovo

⁽¹⁾ ... una volta che la Commissione aveva trasmesso il suo *report* al Comitato dei Ministri. Tale possibilità, prima del Protocollo 11, gli sarà riconosciuta, a certe condizioni, solo con il Protocollo 9.

⁽²⁾ Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, 25 aprile 1978, ric. n. 5856/72.

⁽³⁾ Corte EDU, *Winterwerp c. Paesi Bassi*, 24 ottobre 1979, ric. n. 6301/73.

⁽⁴⁾ Corte EDU, *Young, James and Webster c. Regno Unito*, 13 agosto 1981, ricc. nn. 7601/76, 7806/77.

⁽⁵⁾ L'art. 38, par. 1 Reg. prevedeva la possibilità per la Corte di esaminare testimoni, esperti o « *any person whose evidence or statements seem likely to assist it in the carrying out of its task* ».

Regolamento entrato in vigore nel 1983, oltre al superamento della formale estromissione dell'individuo ricorrente, all'art. 37, par. 2, relativo alla procedura cartolare, fu inserita la possibilità per il Presidente della Camera di invitare o autorizzare (« *invite or grant leave* »), nell'interesse della buona amministrazione della giustizia (« *in the interest of the proper administration of the justice* »), gli Stati membri che non fossero già parti in causa e ogni altra persona interessata diversa dal ricorrente.

Nella applicazione dell'istituto successivo all'entrata in vigore del Regolamento emerse un atteggiamento iniziale di marcata cautela della Corte: la premura era, soprattutto, quella di assicurare una connessione sufficientemente prossima con la vicenda *sub iudice* e, anche laddove la richiesta di intervento fosse stata dichiarata ammissibile, il terzo veniva invitato a circoscrivere le proprie osservazioni alla fattispecie concreta. Come è accaduto, ad esempio, nel caso *Malone c. Regno Unito* ⁽⁶⁾, in tema di intercettazioni telefoniche, in cui il sindacato *Post Office Engineering Union* — ammesso a partecipare vantando uno “specifico interesse occupazionale sul punto” — venne invitato a non estendere i propri rilievi « *far beyond the particular issues raised in the Malone case* » ⁽⁷⁾.

2. La disciplina attuale

2.1. *Il diritto a intervenire dello Stato di cui è cittadino il ricorrente (art. 36, par. 1) e del Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa (art. 36, par. 3)*

La rigidità di queste limitazioni si attenuò abbastanza rapidamente, ancor più con l'entrata in vigore del Protocollo 11, a cui si deve l'introduzione della base giuridica dell'intervento di terzi all'interno della Convenzione e, segnatamente, all'art. 36, che, come osservato in apertura, congiuntamente all'art. 44 del Regolamento di procedura, disciplina attualmente l'istituto.

Nello specifico, la disposizione in parola, al par. 1, attribuisce allo Stato di cui sia cittadino il ricorrente, diverso ovviamente da quello convenuto, un vero e proprio diritto a intervenire nel processo: si tratta di una derivazione della protezione diplomatica, istituto tipico del diritto internazionale consuetudinario che, però, nel sistema convenzionale, almeno in teoria, dovrebbe invertire l'originaria prospettiva Stato-centrica e acquisire una diversa

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Malone c. Regno Unito*, 2 agosto 1984, ric. n. 8691/79.

⁽⁷⁾ *Eur. Cour. H. R., Series B, n. 67, case of Malone*, 67, 73.

sfumatura: nella sentenza *I c. Svezia* ⁽⁸⁾ si parla di un diritto "di supportare" il proprio cittadino, che può invero far valere autonomamente i propri diritti attraverso il ricorso.

A partire dal 2010, con l'introduzione del par. 3, un vero e proprio diritto di intervento è stato riconosciuto anche al Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa: l'idea era quella che tale tipo di intervento avrebbe dovuto dispiegarsi soprattutto per collocare il ricorso del singolo nel contesto delle sue implicazioni di carattere generale e accendere i riflettori sui casi di violazione strutturale e sistemica della Convenzione, nella logica del Protocollo 14.

2.2. *L'intervento di terzi su invito o dietro autorizzazione del Presidente della Camera «in the interest of the proper administration of justice» (art. 36, par. 2)*

Il fulcro della disciplina, tuttavia, è contenuto nel par. 2, i cui destinatari si definiscono, prima di tutto, in negativo rispetto al concetto di "parte". In questo senso, la norma dispone che, « [n]ell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze ». Allo stesso modo, l'art. 44, par. 3 Reg. utilizza l'espressione « *any Contracting Party which is not a party to the proceedings, or any person concerned who is not the applicant, to submit written comments or, in exceptional cases, to take part in a hearing* ».

2.2.1. *Gli Stati*

Si tratta, anzitutto, degli Stati, i quali possono essere considerati intervenienti *de facto* privilegiati. La norma, infatti, riferisce l'aggettivo "*concerned*", "interessato", soltanto agli "altri soggetti diversi dal ricorrente", presumendo la sussistenza di un interesse a intervenire proprio per il valore interpretativo delle pronunce della Corte. Gli interventi degli Stati, in verità non moltissimi (tantoché vengono incentivati nella Dichiarazione di Copenaghen del 2018) ⁽⁹⁾, per quanto spesso di tenore difensivo, possono rivelarsi importanti, anche in vista dell'effettiva applicazione della Convenzione e del seguito delle pronunce. A questo riguardo, è interessante richiamare l'inter-

⁽⁸⁾ Corte EDU, Sez. III, 5 settembre 2013, *I c. Svezia*, ric. n. 61204/09.

⁽⁹⁾ In apparente controtendenza, v. i numerosi interventi dispiegati nell'ambito del ricorso interstatale *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, ric. nn. 8019/16, 43800/14 e 28525/20.

vento svolto dallo Stato francese in *Bărbulescu c. Romania* ⁽¹⁰⁾, in ragione della concomitante pendenza del ricorso *Libert c. Francia* ⁽¹¹⁾, sul delicato tema della sorveglianza informatica del dipendente da parte del datore di lavoro.

2.2.2. *Gli amici curiae*

Entro il secondo gruppo, definito dalla locuzione « *any person concerned who is not the applicant* », la dottrina ⁽¹²⁾ individua due distinte categorie: la prima, più rilevante anche da un punto di vista quantitativo, corrisponde a interventi riconducibili alla figura dell'*amicus curiae*, nata, come noto, in Inghilterra come strumento di collaborazione neutrale per le corti, per poi evolversi, prima di tutti negli Stati Uniti, in forme di “amicizia” più “interessate”.

Si tratta di Organizzazioni non governative ⁽¹³⁾, ma anche istituzioni nazionali per la tutela dei diritti umani ⁽¹⁴⁾, organizzazioni internazionali o istituzioni delle medesime ⁽¹⁵⁾, associazioni sindacali ⁽¹⁶⁾ e, sempre più frequentemente, centri di ricerca ⁽¹⁷⁾, che chiedono di intervenire perché

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, G.C., 5 settembre 2017, *Bărbulescu c. Romania*, ric. n. 61496/08.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, Sez. I, 22 febbraio 2018, *Libert c. Francia*, ric. n. 588/13.

⁽¹²⁾ Cfr. *ex multis*, N. BÜRLI, *Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, che costituisce uno studio particolarmente approfondito dell'istituto e della sua resa sulla giurisprudenza convenzionale.

⁽¹³⁾ Tra i c.d. *repeat players* del giudizio sovranazionale è possibile citare: *National Council for Civil Liberties (Liberty)*, *Amnesty International*, *Article 19*, *European Centre for Law and Justice*, *Human Rights Watch*, *Interights*, *Justice*, *European Roma Rights Centre* e *Helsinki Foundation for Human Rights*.

⁽¹⁴⁾ Ad esempio, la *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*, il cui apporto informativo si è rivelato di particolare utilità nel caso *Kahn c. Francia*, 28 febbraio 2019, ric. n. 12267/16. Ma si veda anche, *ex multis*, l'intervento del *Commissioner for Human Rights of the Republic of Poland* nei recenti casi *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, ric. n. 26374/18, 1.12.2020 e *Xero Flor w polsce sp. z o. o. v c. Polonia*, ric. n. 4907/18, 07.05.2021. Per incentivare gli interventi di questi autorevoli interventori, lo *European Network of National Human Rights Institutions (ENNHRI)* ha pubblicato un manuale operativo: *New NHRI Guide on Third Party Interventions before the European Court of Human Rights. Guide for National Human Rights Institutions*, ottobre 2020, accessibile tramite il link: <<https://en.nhri.org/wp-content/uploads/2020/10/Third-Party-Interventions-Before-the-European-Court-of-Human-Rights-Guide-for-NHRIs.pdf>>.

⁽¹⁵⁾ Il riferimento corre, in particolare, all'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati e alla Commissione di Venezia.

⁽¹⁶⁾ In particolare, la *European Trade Union Confederation* (*Bărbulescu c. Romania*, cit.).

⁽¹⁷⁾ Tra quelli più attivi, vi è lo *Human Rights Centre* della Università di Ghent che gestisce, peraltro, l'osservatorio sulla giurisprudenza della Corte EDU *Strasbourgobserver.com*.

dotati di una particolare esperienza o autorità con riferimento allo specifico diritto compromesso e interessati a influenzare la giurisprudenza della Corte in ragione della propria missione o dello scopo sociale o istituzionale.

Come aveva preannunciato Trocker, commentando favorevolmente la novità regolamentare nel 1983, il criterio selettivo cristallizzato nella disposizione (« *in the interest of the proper administration of justice* »), proprio per la sua vaghezza, ha consentito alla Corte di aprirsi ad un ampio novero di soggetti, modulandone il contributo processuale, non solo in funzione istruttoria — il supporto informativo di questa categoria di terzi non è trascurabile — ma anche per « la cognizione e la definizione della causa ». Invero, i terzi spesso forniscono alla Corte informazioni essenziali per la comprensione del fatto o, ancora, materiale di diritto internazionale o comparato per il corretto inquadramento giuridico della questione. In questo senso, un esempio molto significativo è rappresentato dall'intervento del *Centre for Justice and International Law* in *Kurt e Timurtas c. Turchia* ⁽¹⁸⁾ su alcuni casi di sparizione forzata. Soprattutto nel secondo, la memoria ha apportato un contributo conoscitivo fondamentale in merito alla giurisprudenza della Corte Interamericana per i diritti umani, allora già particolarmente sviluppata sul tema, offrendo così al Giudice di Strasburgo la "soluzione giuridica" della questione.

In altre occasioni, essi assumono una più spiccata funzione di *advocacy*. Le memorie dei terzi si appuntano sulla "costruzione" del diritto convenzionale alla luce dei canoni ermeneutici elaborati dalla Corte medesima. In questo senso, gli interventi *amicus curiae* "trascendono" l'ambito specifico delimitato dal ricorso, evidenziando i profili di interesse generale a esso sottesi ⁽¹⁹⁾.

Talora, poi, soprattutto nei casi che affrontano questioni "eticamente controverse", come il fine vita ⁽²⁰⁾, il *same-sex marriage* ⁽²¹⁾, la procreazione medicalmente assistita ⁽²²⁾ o l'esposizione di simboli religiosi ⁽²³⁾, la Corte dà

V., inoltre, il *Netherlands Institute for Human Rights* dell'Università di Utrecht, invitato a intervenire nei casi *Zoblandt* (ric. n. 69491/16), *Massen* (ric. n. 10982/15) e *Hasselbaink c. Olanda* (ric. n. 73329/16), 9.02.2021, in tema di custodia cautelare.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Kurt c. Turchia*, 25 maggio 1998, ric. n. 24276/94 e *Timurtas c. Turchia*, 13 giugno 2000, ric. n. 23531/94.

⁽¹⁹⁾ Emblematico, in questo senso, è: Corte EDU, Sez. I, *Karner c. Austria*, 24 ottobre 2003, ric. n. 40016/98.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, sez. IV, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, ric. n. 2346/02.

⁽²¹⁾ Corte EDU, sez. IV, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, ric. nn. 18766/11 e 36030/11.

⁽²²⁾ Corte EDU, sez. II, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, ric. n. 54270/12.

spazio a una vasta platea di interlocutori, ricreando le posizioni ideologicamente diversificate che emergono nei *fora* della società civile (24).

2.2.3. *I terzi stricto sensu intesi*

Nella nozione di “persona interessata” espressa dall’art. 36, par. 2, viene infine individuata un’ulteriore categoria di aspiranti “terzi”. In particolare, si tratta di coloro i quali la dottrina definisce terzi per c.d. “propriamente intesi”, perché titolari di un interesse (*rectius*: di un diritto umano fondamentale) implicato nel rapporto interno “orizzontale” che ha dato origine al ricorso e che potrebbe essere pregiudicato dall’esito della vicenda processuale (25), soprattutto qualora sia disposta l’adozione di una misura individuale, quale, ad esempio, la riapertura del giudicato interno.

In taluni sporadici casi, tali soggetti sono stati destinatari di un “invito” da parte della Corte (26).

È appena il caso di sottolineare che, secondo alcuni studiosi (27), l’esiguo numero di interventi di questo tipo sia da riconnettere a una vera e propria carenza del processo sovranazionale: ovvero, l’assenza, per mutare un termine impiegato nel dibattito dottrinario interno sul processo costituzionale, di un c.d. “doppio binario” (28) che consenta di instaurare nei confronti di tali soggetti un corretto contraddittorio.

3. Le regole processuali dell’intervento

A fronte dei diversi possibili interessi sottesi alla partecipazione al processo convenzionale, tutte le figure che ricadono nell’ambito di operati-

(23) Tra le numerose sentenze, esemplare resta Corte EDU, GC, *Lautsi c. Italia*, ricc. nn. 78028/01 e 78030/01, 22 giugno 2004.

(24) Corte EDU, G.C., *S.A.S. c. Francia*, 1° luglio 2014, ric. n. 43835/11, 1° luglio 2014.

(25) N. BÜRLI, *Third-Party Interventions before the European Court of Human Rights*, cit., 157 ss., spec. 177, la quale identifica come tali quei soggetti che « (1) *have conflicting rights with another right holder*; (2) *might be affected by an individual measure the government takes in order to implement a judgment*; (3) *have standing before the Court to claim Convention rights* ».

(26) V. Corte EDU, Grande Camera, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, 10 settembre 2019, ric. n. 37283/13, concernente la violazione dell’art. 8 lamentata dalla madre biologica, sono stati invitati i genitori adottivi a intervenire in qualità di terzi.

(27) Parla, infatti, di “*disappearing party*” C. LOVEN, ‘*A and B v. Croatia and the concurring opinion of Judge Wojtyczek: the procedural status of the ‘disappearing party’*’, in *Strasbourg Observers*, 16 luglio 2019.

(28) Si v., in particolare, A. PUGIOTTO, *Per un’autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, fasc. 2, 361 ss. e T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *ConsultaOnline*, 2019, fasc. I, 123 ss.

vità dell'art. 36 Convenzione — ci si riferisce, segnatamente, a quelle descritte nel par. 2 — sono soggette alle medesime regole processuali. Per lo Stato nazionale e per il Commissario, titolari — come detto — di un diritto di intervento, sono dettate regole parzialmente diverse. A partire dalla previsione di un'autonoma comunicazione del ricorso nei confronti del primo.

Anzitutto, gli aspiranti "terzi" hanno un termine di dodici settimane per presentare la domanda di intervento. Al riguardo, è peraltro importante puntualizzare che la Corte, con delibera del 3 marzo 2023, ha apportato alcuni emendamenti all'articolo 44, parr. 2 e 3 del Regolamento ⁽²⁹⁾, relativi proprio all'intervento di terzi. Le modifiche in parola chiariscono, tra l'altro, che il *dies a quo* per la decorrenza dei termini per presentare la richiesta di intervento scritto, prima genericamente riferito alla comunicazione del ricorso al governo dello Stato, è costituito dalla pubblicazione sulla banca dati HUDOC di tale provvedimento oppure dall'atto che comunica alle parti il coinvolgimento della Grande Camera; e aggiungono un distinto termine per la richiesta di intervento orale, fissato in quattro settimane a decorrere dalla pubblicazione della decisione della Corte di tenere un'udienza. A tal fine, gli aspiranti terzi devono "farsi parte diligente" e monitorare il sito della Corte oppure il database HUDOC, impostando il filtro "*document type*", voce "*communicated cases*" oppure "*press collection*", voce "*communicated cases*" e, per i giudizi dinanzi alla Grande Camera, "*relinquishments to Grand Chamber*" o "*referrals*".

È utile sottolineare che dalla comunicazione in parola — soprattutto dalla sezione "*questions to the parties*" — gli aspiranti interventori possono ricavare quali aspetti mettere a fuoco perché ritenuti maggiormente rilevanti dalla Corte e, pertanto, rendere più efficace l'intervento e, prima ancora, la richiesta di poter intervenire. Difatti, la struttura dell'intervento si articola in due momenti: una volta presentata la domanda, che deve essere "adeguatamente motivata", gli aspiranti terzi possono depositare memorie o, eventualmente, prendere parte all'udienza, solo dopo che è intervenuta l'autorizzazione del Presidente.

Per quanto concerne, invece, la posizione processuale dei "terzi", il rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 ha chiarito che essi non acquistano la qualità di parte: « *States and persons taking part in such proceedings are not*

(29) Si aggiunge che, contestualmente alla modifica, la Corte ha emanato un documento recante indicazioni operative concernenti l'applicazione dell'istituto, con specifico riferimento all'intervento effettuato ai sensi dell'art. 36, par. 2, CEDU (reperibili tramite il link https://www.echr.coe.int/Documents/PD_Third_Party_intervention_ENG.pdf).

parties to the proceedings »⁽³⁰⁾. Quindi, almeno formalmente, essi rimangono ai margini del contraddittorio. Non possono, pertanto, se non eccezionalmente, prendere parte all’udienza — da questo punto di vista il Regolamento è più chiaro rispetto alla disposizione convenzionale —, chiedere di rinviare il caso alla Grande Camera, beneficiare del *Legal Aid* e, soprattutto, non possono replicare alle osservazioni delle parti alle quali, invece, vengono appositamente notificate le memorie dei terzi.

Della presenza di soggetti terzi ammessi a partecipare al giudizio si dà conto, anzitutto, nella prima sezione della sentenza («*PROCEDURE*»). Le relative argomentazioni, come quelle delle parti, vengono invece sintetizzate nel considerato in diritto («*LAW*»), suddivise nelle diverse parti in cui questo è articolato con riferimento alle eventuali eccezioni sull’ammissibilità e a ciascuno dei parametri convenzionali asseritamente violati.

3.1. *La partecipazione “amicale” nella fase di esecuzione delle sentenze*

Spostando l’attenzione dalla fase propriamente giurisdizionale all’appendice esecutiva del processo che ha luogo a Strasburgo, è interessante evidenziare come alcuni tra questi interlocutori — segnatamente, coloro che rientrano nella categoria degli *amici curiae* — possono svolgere un ruolo non trascurabile anche nella fase particolarmente delicata e complessa relativa alla supervisione sull’esecuzione delle sentenze pronunciate dalla Corte EDU, che, ai sensi dell’art. 46, par. 2 CEDU, è affidata all’organo di direzione politica del Consiglio d’Europa, ovvero il Comitato dei Ministri supportato dal personale del Dipartimento per l’esecuzione delle sentenze.

La procedura che regola questa fase è delineata dalle *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*.

Pur trattandosi di un momento prettamente politico, è interessante notare che, a mente della *Rule 9*, possono presentare comunicazioni e, dunque, “contraddire” le autorità statali in merito al piano di azione presentato dal Governo: ONG e istituzioni nazionali per la promozione dei diritti umani (par. 2), organizzazioni internazionali, o loro organi, nei settori di competenza (par. 3), nonché tutti gli enti o istituzioni che siano intervenuti in qualità di terzi nel procedimento conclusosi di fronte alla Corte (par. 4).

Questo canale di partecipazione *lato sensu* “amicale” appare quantitativamente ancora molto poco sfruttato se confrontato non solo con il numero

⁽³⁰⁾ *European Treaty Series - No. 155 Explanatory Report to Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby*, § 91.

di procedure di sorveglianza pendenti, ma anche con quello dei piani e dei *report* trasmessi dagli Stati ⁽³¹⁾.

Tuttavia, una maggiore partecipazione potrebbe contribuire a rendere più efficace il meccanismo convenzionale di tutela dei diritti umani, in quanto le comunicazioni proposte da questi soggetti possono favorire l'instaurazione di una forma di "contraddittorio" — termine, anche questo, da intendersi ovviamente in senso lato — nel processo di esecuzione. Tanto più rilevante se si considera, per un verso, che le informazioni fornite dallo Stato sono spesso lacunose e poco oggettive e possono indurre a una prematura chiusura della procedura e, per l'altro, che il ricorrente vittorioso a Strasburgo può presentare comunicazioni solo con riguardo al pagamento nei suoi confronti dell'equo indennizzo pecuniario o all'adozione di misure individuali.

4. L'apertura della Corte costituzionale alla "società civile": spunti per un confronto

Con delibera dell'8 gennaio 2020, la Corte costituzionale ha apportato alcune rilevanti modifiche alle Norme integrative per i giudizi dinanzi a essa.

L'intento dichiarato nel relativo Comunicato Stampa è stato quello di aprirsi « all'ascolto della società civile » e di porsi « in linea con la prassi di molte Corti supreme e costituzionali di altri Paesi » ⁽³²⁾. In questa prospettiva, non pare inverosimile che il modello processuale tendenzialmente aperto di Strasburgo possa essere annoverato tra quelle esperienze che hanno quantomeno sollecitato l'apertura del processo costituzionale. Peraltro, è interessante notare come, già prima dell'anzidetta delibera, nell'ambito di questioni attinenti a tematiche eticamente sensibili o comunque particolarmente discusse, alcune associazioni respinte dinanzi al Giudice delle leggi o, al più, ammesse perché parti del processo principale, siano invece potute intervenire dinanzi alla Corte europea ⁽³³⁾.

Guardando più da vicino le modifiche, si rileva, anzitutto, che la delibera ha "cristallizzato" il criterio restrittivo elaborato in via pretoria per selezio-

⁽³¹⁾ Per le *Rule 9 communications* presentate nell'ambito di procedimenti che hanno interessato l'Italia, cfr. *Kblaifia e altri c. Italia* (ric. n. 16483/12, 15.12.2016); *Sbarifi* (ric. n. 16643/09, 21.10.2014); *Cestaro* (ric. n. 6884/11, 7 aprile 2015); *Talpis* (ric. n. 41237/14, 2.03.2017); *Arnoldi c. Italia* (ric. n. 35637/04, 7 dicembre 2017); *Cordella*, (ric. nn. 54414/13 e 54264/15, 24 gennaio 2019); e, infine, *Viola c. Italia n. 2*.

⁽³²⁾ Ufficio stampa della Corte costituzionale, Comunicato dell'11 gennaio 2020, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, 1.

⁽³³⁾ Vedasi, a titolo esemplificativo, gli interventi ammessi nei casi *Parrillo c. Italia* (ric. n. 46470/11) e *Costa e Pavan c. Italia* (ric. n. 54270/12), mentre le relative richieste di intervento presentate dalle medesime associazioni sono state dichiarate inammissibili dalla

nare i soggetti legittimati a intervenire in qualità di “terzi” nel processo costituzionale incidentale.

Segnatamente, in base all’art. 4, comma 3 ⁽³⁴⁾ n.i., possono intervenire nel processo, oltre alle parti del giudizio *a quo*, e al Presidente del Consiglio dei Ministri o quello della Giunta regionale, soltanto « i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio ».

Come ha avuto modo di ribadire la giurisprudenza successiva, non deve, cioè, trattarsi di un rapporto « semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura » ⁽³⁵⁾. Con riguardo, ad esempio, all’intervento dispiegato da soggetti rappresentativi di interessi collettivi, non può trattarsi di un interesse soltanto « riflesso rispetto [al suo oggetto], connesso ai generici scopi statutari di tutela degli iscritti » ⁽³⁶⁾. Ciò vale *a fortiori* — ha costantemente precisato la Corte — « alla luce dell’art. 4-ter delle Norme integrative » (v. *infra*).

Ancora con riferimento all’istituto dell’intervento di terzi, l’art. 5 n.i., ha recepito, con taluni aggiustamenti, le “istruzioni” processuali contenute nel provvedimento presidenziale del 21 novembre 2018, relativamente all’impossibilità di ammettere i candidati terzi a prendere visione ed estrarre copia degli atti processuali prima della loro ammissione. In proposito, la disposizione prevede che, qualora l’interveniente intenda accedere al fascicolo, debba depositare, contestualmente all’atto di intervento, « un’apposita istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente l’ammissibilità dello stesso », su cui la Corte deciderà in Camera di consiglio, anche alla luce delle memorie depositate dalle parti costituite e dall’istante relativamente al profilo esaminato ⁽³⁷⁾.

Nondimeno, la novità più significativa è contenuta nell’art. 6 n.i., che introduce nel processo costituzionale la figura dell’*amicus curiae*. Tale disposizione prevede, in particolare, che le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità possono essere ammessi a presentare opinioni scritte della lunghezza massima di 25.000 caratteri, purché offrano elementi

Corte costituzionale nei giudizi sulle q.l.c. decisi dalle seguenti pronunce: sent. n. 151 del 2009, ord. n. 150 del 2012, sent. n. 162 del 2014, sent. n. 221 del 2019.

⁽³⁴⁾ Numerazione risultante a seguito delle successive modifiche deliberate dalla Corte costituzionale il 22 luglio 2021.

⁽³⁵⁾ In questi termini, cfr. ordinanze nn. 24 e 225 e le ordinanze del 23 giugno, 22 settembre, 5 ottobre e 9 novembre 2021 allegate alle sentenze nn. 180, 210, 218, 239.

⁽³⁶⁾ Ordinanza allegata ordinanza allegata alla sentenza Corte cost. n. 210 del 2021.

⁽³⁷⁾ Tra le istanze decise con questo modulo, v. ordinanze n. 191 e n. 24 del 2021, n. 272, n. 202 e n. 111 del 2020 e n. 204 del 2019.

utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della complessità del medesimo.

A questo riguardo, è possibile notare, in primo luogo, come l'attuale assetto del processo costituzionale si qualifichi, diversamente dalle regole che governano l'intervento di terzi a Strasburgo, per un differente grado di coinvolgimento processuale degli *amici curiae* rispetto ai soggetti identificati come "terzi" per così dire propriamente intesi. Al contrario di questi ultimi, i primi, non assumono la qualità di parte nel giudizio, non possono partecipare all'udienza, né prendere visione o copia degli atti processuali.

L'art. 6 sembra, poi, contenere un filtro più rigoroso rispetto a quello contemplato nell'art. 36, par. 2 Cedu. La disposizione convenzionale, fatta eccezione per gli Stati "terzi", fa genericamente riferimento agli « altri soggetti interessati diversi dal ricorrente », senza individuare categorie più o meno definite. Parimenti vaga è l'espressione secondo cui l'intervento è ammesso « nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia », che ha garantito alla Corte di Strasburgo una certa flessibilità nel selezionare i suoi interlocutori. Viceversa, i soggetti ammessi a depositare opinioni in qualità di *amici curiae* a mente dell'art. 6 n.i. possono essere soltanto formazioni sociali senza scopo di lucro e soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità. Inoltre, essi devono essere « in grado di offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della complessità del medesimo ».

In effetti, la "resa" dell'istituto, da un primo e necessariamente parziale esame, sembra rilevare un impiego ancora "cauto" dello strumento da parte dei giudici di Palazzo della Consulta, a dispetto del numero non del tutto trascurabile di opinioni ammesse. Nonostante la presenza di alcuni cc.dd. "repeat-players" ⁽³⁸⁾ e, con riferimento ai giudizi connotati da tematiche particolarmente "sensibili", di vaste platee di interlocutori ⁽³⁹⁾, le opinioni hanno finora ricevuto un limitato riscontro quantomeno formale, dal mo-

⁽³⁸⁾ Tra tutti, in particolare, l'Unione delle Camere penali. Per una rassegna aggiornata ai primi mesi del 2022, cfr. A. VUOLO, *L'amicus curiae*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2022, spec. 84-85, e in *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative. Atti del seminario annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa"*, Università degli Studi di Milano, 12 novembre 2021, a cura di M. D'Amico, C. Nardocci, Editoriale Scientifica, 2023, 153 ss. È inoltre possibile consultare i decreti di ammissione sul sito della Corte, nella sezione "processo costituzionale".

⁽³⁹⁾ Il riferimento corre al giudizio concernente l'ergastolo ostativo (v. ord. nn. 97 del 2021, 122 e 227 del 2022), con un totale di 5 opinioni ammesse, oppure a quello sulla maternità surrogata (v. sent. n. 33 del 2021), con un totale di 7 opinioni ammesse. Su entrambi i casi, cfr. C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell'amicus curiae nella giurisprudenza costituzionale alla luce della prassi applicativa*, in *Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative*, cit., 211 ss.

mento che la sentenza raramente si diffonde o comunque dà conto delle argomentazioni degli *amici curiae*. Si possono, però, segnalare alcune significative eccezioni. Si tratta, segnatamente, della sent. n. 260 del 2020, in tema di preclusione del ricorso al giudizio abbreviato nel caso di reati puniti con la pena dell'ergastolo, in cui le argomentazioni degli *amici* trovano riscontro anche nel Considerato in diritto; della ordinanza n. 97 del 2021, in tema di ergastolo ostativo, in cui le opinioni ammesse vengono diffusamente illustrate nel fatto e, infine, della sent. n. 63 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'all'art. 12, comma 3, lettera *d*) t.u. immigrazione, in cui viene dato ampio spazio, sia nella ricostruzione in fatto, sia nella parte motiva, dell'opinione congiunta presentata dai ricercatori dell'Accademia di diritto e migrazioni, dello *European Council on Refugees and Exiles*, dell'*International Commission of Jurists e dell'Advice on Individual Rights in Europe* ⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ In argomento, C. SICCARDI *La sentenza n. 63 del 2022: un'occasione per riflettere sulla proporzionalità della pena e sul ruolo degli amici curiae*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, 486 ss.

III.

LEGGI INTERPRETATIVE E APPLICAZIONE RETROATTIVA

di Chiara Buffon (*)

SOMMARIO: 1. Natura ed effetti delle leggi interpretative: proporzioni. — 2. La Corte di Strasburgo sugli effetti retroattivi della legge. — 2.1. Reazioni legislative a mutamenti della giurisprudenza: il caso *Vegotex International S.A. c. Belgio*. — 2.2. Aspetto civile e contenziosi seriali italiani. — 2.3. Vicenda *Scoppola c. Italia* e casi confinanti. — 3. Specifiche per la materia fiscale.

1. Natura ed effetti delle leggi interpretative: proporzioni

Si dice interpretativa la legge che impone come interpretare una precedente disposizione, consapevolmente diretta a dirimere i contrasti sorti o che possono sorgere fra operatori giuridici.

I connotati principali attengono al contenuto, definitorio o comunque ermeneutico; agli effetti, tendenzialmente retroattivi; al significato precettivo, risultante dalla compenetrazione con altra legge.

L'accento sull'uno o sull'altro connotato suggerisce un diverso inquadramento dogmatico.

Per la tesi dichiarativa, la legge interpretativa è atto di conoscenza, volto a precisare il significato che la disposizione interpretata rivestiva sin dall'entrata in vigore; l'autenticità risiede nell'esattezza dell'interpretazione e la retroattività è solo apparente ⁽¹⁾. A rigore, ne discende l'esenzione sia dal test

(*) Esperta CEDU a supporto dell'Agente del Governo dello Stato italiano presso la Corte EDU.

⁽¹⁾ La tesi della natura dichiarativa rappresenta l'elaborazione dottrinale più antica e robusta in merito alle leggi interpretative, secondo alcuni risalente a Cicerone (R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1361), in ogni caso portata a sistema dalla tradizione canonista (cfr. can. 17 del previgente *Codex iuris canonici*; in dottrina, M. PETROCELLI, *Il principio di non retroattività delle leggi in diritto canonico*, Milano, 1931, 44-45), dalla Scuola francese dell'esegesi (A. GENTILI, *Interpretazione legale, modifiche normative e principio di ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 900), dalla scuola storica di area prussiana (F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. Torino, 1986, 218). Nella dottrina più recente, F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909, 93; E. BETTI,

di ragionevolezza ed eguaglianza degli effetti retroattivi *ex art. 3 Cost.*, sia dal test di legalità *ex art. 25 Cost.* Appartiene a questa tesi la differenza con le leggi “innovative”, leggi che non rispondono all’esigenza di sciogliere un contrasto giurisprudenziale, integrano un dato testuale già chiaro ovvero s’impongono contraddicendo la giurisprudenza maggioritaria.

Per la tesi decisoria, la legge interpretativa è atto di potere, sempre innovativo dell’ordinamento; l’autenticità risiede nell’obbligatorietà dell’interpretazione e la retroattività è effettiva (2).

Per la tesi della tipicità strutturale, nominalmente attenta alla struttura piuttosto che alla natura giuridica, la legge interpretativa è componente strumentale o di secondo grado di una fattispecie complessa; l’autenticità risiede nella mancanza di autonomia rispetto alla disposizione interpretata e la retroattività è indiretta, o meglio non entra in gioco, posto che gli unici effetti validamente prodotti, in grado di conformare la realtà, decorrono dalla norma materiale o di primo grado (3).

Per una variante della tesi decisoria, quanto alla natura, e della tesi della tipicità, quanto alla struttura, la legge interpretativa è atto di ordinaria produzione normativa, s’inscrive in una successione diacronica e abrogativa (retta dai consueti criteri di risoluzione delle antinomie) e retroagisce solo eccezionalmente, su previsione espressa (4).

Interpretazione della legge e degli atti giuridici, ed. II, Milano, 1971, 207. In giurisprudenza, Cass., 12 giugno 1986, n. 3928; Cass., 6 marzo 1992, n. 2740, in *Dir. lav.*, II, 1992, 263; Cons. St., sez. IV, 8 ottobre 1996, n. 1091.

(2) La tesi della natura decisoria sottende l’idea che chi detiene il potere di fare la legge è anche titolare del potere di darne il significato voluto, contrapposta all’idea sottesa alla tesi dichiarativa secondo cui l’autore del documento sappia meglio di chiunque altro l’autentico significato del documento redatto, cfr. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in A. CICO e F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. 1, tomo 2, Milano, 1980, 244; in dottrina, altresì, F. CAMMEO, *L’interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 305 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 770; M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973, 927-930. In giurisprudenza, Cass., sez. I civ. n. 6260 del 25 ottobre 1986; Cass., sez. lav., n. 1435 del 10 febbraio 1988.

(3) La tesi della tipicità strutturale è prevalentemente giurisprudenziale e trae linfa tanto da sentenze della Corte di cassazione (Cass., 29 luglio 1074, n. 2289, in *Foro it.*, 1974, I, 3343 ss. o Cass., 18 febbraio 1980, n. 1184), quanto da sentenze della Corte costituzionale (nn. 233/1988, 155/1990, 246/1992, 132/2008). Adesioni anche nella manualistica di diritto tributario, cfr. A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, I, Torino, 1998, 131-132; G. TABET, *Legge correttiva e legge interpretativa nell’esperienza della riforma tributaria*, Roma, 1981, 10; in parte, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. I, Torino, 1994, 45.

(4) A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2003, 189-214; per la riconduzione della legge interpretativa al fenomeno dell’abrogazione tacita (piuttosto che della coesistenza o compenetrazione, P.

L'utilizzo dell'interpretazione autentica conosce, storicamente, una singolare eterogeneità dei fini: nasce per porre rimedio alla giurisprudenza creativa, sotto l'egida del principio illuministico di separazione dei poteri; oggi, asseconda l'inclinazione di un legislatore "interprete", che si fa giudice del caso concreto. Ora come allora, sottende un problema di allocazione di potere, di controllo dei risultati ermeneutici, stante la dicotomia di *civil law* tra produzione e interpretazione del diritto.

Il pertinente sindacato costituzionale si presenta, inizialmente, come sindacato sul sistema delle fonti, mosso da timori che investono la figura del giudice, prim'ancora che i sottoposti a giudizio, e la possibile prevalenza di una giustizia legislativa, politica e parziale, su quella giudiziaria. Sin dalla sentenza n. 118/1957, la Corte costituzionale, per ammettere l'esegesi legislativa, valorizza le tradizioni comuni agli Stati di diritto, l'assenza di limiti *ad hoc* e il principio d'indipendenza giurisdizionale. Il dialogo col principio da ultimo richiamato è scandito secondo tre argomenti: la differenza dei piani d'azione tra legislatore e giudice; l'impossibilità di ritenere, in capo all'autorità giudiziaria, un monopolio nell'attività d'interpretazione del diritto; la persistente intangibilità della *potestas iudicandi* qualora ne venga ridefinito il modello decisorio. ⁽⁵⁾ La Corte non si cimenta direttamente col quesito relativo alla natura giuridica poiché, a prescindere dall'adesione all'una o all'altra tesi, l'eventuale vulnus costituzionale discende, non dall'interpretazione in sé, ma dalla sua applicazione per il passato, apparente, effettiva o indiretta che sia.

In seguito, la Corte conferma sia l'ammissibilità della *potestas interpretandi* del legislatore sia l'irrelevanza dell'autodefinizione "interpretativa" ai fini del sindacato sulla retroattività, ma lo fa, talora, accedendo a un modello tipico e costituzionale d'interpretazione autentica, a dispetto dei fenomeni innovativi e abusivamente retroattivi ⁽⁶⁾; talaltra, disconoscendo tale distinzione, in virtù della portata innovativa e retroattiva di ogni legge interpretativa ⁽⁷⁾. Solo in un'occasione, in materia di concentrazioni editoriali, il carattere pseudo-interpretativo, oltre a precludere il "connaturato effetto retroattivo", è assunto come motivo autonomo e sufficiente d'incostituzionalità: la Corte radicalizza la differenza tra forma (o tecnica) legislativa (*i.e.*

CARNEVALE-A. CELOTTO, *Il parametro "eventuale". Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Torino, 1998, 81; P.A. CAPOTOSTI, *Interpretazione autentica o abrogazione tacita?*, in *Giur. cost.*, 1969, 2327 ss.

⁽⁵⁾ Corte cost. 19 gennaio 1957, n. 118 e 27 gennaio 1998, n. 6.

⁽⁶⁾ Il modello costituzionale di legge interpretativa è definito, al fine di distinguerlo dalla legge "innovativa" in Corte cost. 19 marzo 1990, n. 155; in seguito, Corte cost. 10 novembre 1994, n. 397.

⁽⁷⁾ Corte cost. 27 gennaio 1988, n. 123.

modello d'interpretazione autentica) e contenuto, indi attribuisce alla prima portata precettiva, in concreto violata dalla differenza sostanziale tra disciplina vecchia e nuova, dall'integrale sostituzione dell'una con l'altra (8).

Fatta eccezione per il suddetto precedente, la legge interpretativa è viziata quando intenzionalmente diretta a incidere sui giudizi in corso, su situazioni giuridiche esaurite, su giudicati già formati (9), poiché lesiva delle attribuzioni giudiziarie (circostanza di difficile dimostrazione), ovvero quale legge retroattiva adottata in violazione degli artt. 3 o 25 Cost.

2. La Corte di Strasburgo sugli effetti retroattivi della legge

I profili politico-istituzionali sfumano in sede sovranazionale, ove prevale un approccio pragmatico e necessariamente coerente tra convenuti di *common law* e di *civil law*: le leggi interpretative rilevano se e in quanto leggi retroattive, perché lesive dei diritti del singolo.

La Corte di Strasburgo, in particolare, si occupa dell'effetto retroattivo della legge, senza essere vincolata da etichette o diversi semantici, alla luce dei seguenti parametri di legittimità: il principio *nulla poena sine lege*, il diritto a un equo processo, la tutela del diritto di proprietà.

L'art. 7 della Convenzione, nel sancire il principio *nulla poena sine lege*, vieta espressamente la retroattività della legge che individui i fatti di reato o le pene irrogabili. I criteri di giudizio appaiono largamente convergenti con l'art. 25, comma 2, Cost., sicché, in materia penale, nella prospettiva del principio di legalità, l'esegesi legislativa non origina forti dissidi tra Corti. Le condanne patite dall'ordinamento italiano non dipendono, infatti, dall'utilizzo irragionevole di leggi retroattive, ma, a monte, dall'ampiezza della materia penale sostanziale, dalla ricomprensione di un determinato istituto in categorie processuali piuttosto che sostanziali, soggette al principio *tempus regit actum* piuttosto che di irretroattività. Così, nel caso *Scoppola c. Italia* (n. 2) (10), la Grande Camera ritiene contrari al divieto di cui all'art. 7 cit. gli effetti retroattivi di una legge interpretativa riguardante lo sconto di pena

(8) Corte cost. 19 marzo 1990, n. 155 « In tale quadro è evidente che si è chiaramente fuori dall'ambito di un'interpretazione autentica: precisamente, con la l. n. 67 del 1987 il legislatore ha notevolmente modificato la disciplina precedente (l. n. 416 del 1981), illegittimamente disponendo peraltro che quello era il significato della suindicata normativa preesistente. Cade così con la qualifica arbitrariamente attribuita la conseguente efficacia retroattiva, e pertanto la nuova disciplina ex l. n. 67 del 1987 è applicabile secondo la disciplina generale della legge nel tempo ».

(9) L'intangibilità del giudicato da parte di una legge interpretativa è stata affermata dalla sentenza costituzionale n. 374/2000.

(10) Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia* (n. 2), 17 settembre 2009, n. 10249/03.

correlato al giudizio abbreviato, effetti ammessi dai giudici nazionali sulla scorta della natura processuale di tutte le norme sul rito premiale.

L'art. 6 § 1 della Convenzione, nel definire le prerogative che compongono l'equo processo, pone una serie di limiti impliciti all'utilizzo di leggi retroattive: la prevedibilità della decisione giudiziaria, l'indipendenza del giudice, la parità delle armi e il legittimo affidamento del singolo. Il pertinente sindacato riguarda sia i procedimenti nazionali che vertono su diritti civili (c.d. aspetto civile dell'art. 6 § 1), sia i procedimenti nazionali che vertono su accuse penali (c.d. aspetto penale dell'art. 6 § 1).

Quanto all'aspetto civile, la Corte di Strasburgo ha ripetutamente affermato che, sebbene al legislatore nazionale non sia astrattamente precluso disciplinare diritti preesistenti attraverso nuove disposizioni retroattive, i principi dello Stato di diritto e dell'equo processo ostano a qualsiasi interferenza con l'amministrazione della giustizia, quando volta a influenzare la decisione giudiziaria di una controversia, se non per motivi imperativi di interesse generale ("*impérieux motif d'intérêt général*" o "*obvious and compelling general interest*")⁽¹¹⁾. Di per sé, una legge sopravvenuta altera sempre il corso del giudizio pendente e l'equilibrio tra le parti, ma la sua applicazione può risultare compatibile con la Convenzione in forza di un test di bilanciamento (*fair balance test*) attento alla "diligenza" serbata da tutti i soggetti coinvolti, non solo le parti private.

Nel rivolgersi allo Stato (spesso parte del procedimento nazionale), la Corte Edu verifica: la collocazione temporale della legge interpretativa rispetto alla legge interpretata (minore è la distanza, maggiore è la possibilità di giustificare l'intervento legislativo) e alla fase del procedimento nazionale, non contenziosa, contenziosa, di primo grado o d'impugnazione (l'affidamento del privato decorre dall'inizio del processo, rafforzandosi dopo l'ottenimento di una decisione di merito favorevole)⁽¹²⁾; i presupposti e il contesto della promulgazione, al fine di vagliare la rispondenza dell'inter-

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 dicembre 1994, n. 13427/87, par. 49; Corte EDU, G.C., *Zielinski e Pradal & Gonzalez e altri c. Francia*, 28 ottobre 1999, nn. 24846/94 e altri 9, par. 57; Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italia* (n. 1), 29 marzo 2006, n. 36813/97, par. 126; Corte EDU, *Dimopoulos c. Turchia*, 2 aprile 2019, n. 37766/05, par. 45; Corte EDU, *Hussein e Altri c. Belgio*, 16 marzo 2021, n. 45187/12, par. 60.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Maggio e Altri c. Italia*, 31 maggio 2011, nn. 46286/09 e altri, par. 44 « In the instant case, the Court must look at the effect of Law 296/2006 and the timing of its enactment. It notes that the Law expressly excluded from its scope court decisions that had become final (pension treatments already liquidated) and settled once and for all the terms of the disputes before the ordinary courts retrospectively. Indeed, the enactment of Law 296/2006, while the proceedings were pending, in reality determined the substance of the disputes and the application of it by the various ordinary courts made it pointless for an entire group of individuals in the applicants' positions to carry on with the litigation. Thus, the law

vento legislativo al criterio od obiettivo di certezza del diritto, tenuto conto dell'eventuale oscurità del pregresso quadro normativo, dell'instabilità del panorama giurisprudenziale ovvero della discontinuità tra esegesi pretoria e legislativa (cui conseguirebbe l'imprevedibilità di quest'ultima); gli scopi perseguiti, che consentono al legislatore di "sostituirsi" al giudice solo se generali e impellenti, non essendo tali le "mere" considerazioni finanziarie ("*budgetary considerations*"), l'intenzione di attuare un programma politico ("*legislature's intention to implement a political programme*"), l'esigenza di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico, a fronte di vantaggi concessi a sole alcune categorie ("*to achieve a homogenous pension system, in particular by abolishing a system which favoured some over others*")⁽¹³⁾ né la presenza di decisioni giudiziarie confliggenti⁽¹⁴⁾; d'altronde, il numero ridotto di casi su cui la norma retroattiva è destinata a operare non osta alla qualità "impellente" o "imperativa" del motivo⁽¹⁵⁾.

Nel rivolgersi al privato, la Corte procede a un accertamento negativo, circa l'adozione di strategie difensive o altre condotte significative del tentativo di "sfruttare" o "approfittarsi della debolezza della legge" (« *The*

had the effect of definitively modifying the outcome of the pending litigation, to which the State was a party, endorsing the State's position to the applicants' detriment ».

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Scordino c. Italia*, cit., par. 132 « In the Court's view, the Government have not demonstrated that the considerations to which they referred, namely, budgetary considerations and the legislature's intention to implement a political programme, amounted to an "obvious and compelling general interest" required to justify the retrospective effect that it has acknowledged in certain cases »; Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit. par. 49 « As to the Government's argument that the Law had been necessary to re-establish an equilibrium in the pension system by removing any advantages enjoyed by individuals who had worked in Switzerland and paid lower contributions, while the Court accepts this to be a reason of general interest, the Court is not persuaded that it was compelling enough to overcome the dangers inherent in the use of retrospective legislation which had the effect of influencing the judicial determination of a pending dispute to which the State was a party »; conf. Corte EDU, *Arras e Altri c. Italia*, 14 febbraio 2021, n. 17972/07, par. 49.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Zielinski e Pradal & Gonzalez e Altri c. Francia*, cit., par. 59 « The Court cannot discern in the facts of the case why the conflicting court decisions required legislative intervention while proceedings were pending. It considers that such divergences are an inherent consequence of any judicial system which, like the French one, is based on a network of trial and appeal courts with authority over the area of their territorial jurisdiction. As the role of the Court of Cassation is precisely to resolve conflicts between decisions of the courts below, it is impossible to conjecture what its decision in the face of these conflicting decisions would have been but for the intervention of the Act in issue ».

⁽¹⁵⁾ In Corte EDU, *Vegotex International S.A. c. Belgio*, 3 novembre 2022, n. 49812/09, la Corte di Strasburgo, ribadito che gli interessi finanziari non rappresentano, di per sé, motivi sufficienti per giustificare una legge retroattiva, ha altresì specificato che non è ostativo all'intervento retroattivo il fatto che la norma controversa investa pochi casi e non rischi di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario (par. 103).

Court will, however, also assess whether the applicant companies were attempting to take advantage of a weakness in the system »⁽¹⁶⁾ o “di un vizio tecnico della legge” (« *les requérants ne peuvent valablement invoquer la possibilité, dans le cadre d'une procédure, de se prévaloir d'un "droit" techniquement imparfait ou déficient sans que, au nom du respect de l'équité de la procédure, le législateur puisse intervenir pour préciser les conditions d'obtention de ce droit et ses limites (...) les requérants ont tenté de bénéficier d'un effet d'aubaine dû à la carence du pouvoir réglementaire et ne pouvaient valablement escompter que l'Etat resterait inactif face à une nouvelle demande de remboursement intégral* »⁽¹⁷⁾). In altre parole, l'azione del privato può, per tempi, modalità o costi di proposizione, denotare un abuso, se proposta “in forza” di un palese difetto normativo e non semplicemente “in presenza” del medesimo. Ciò vale anche quando il privato profitti, piuttosto che di un difetto normativo, di un mutamento giurisprudenziale; in quanto sopravvenuto, un *revirement* non ha il “tempo” di consolidare un affidamento legittimo in capo al privato, accordandogli, al più, una mera speranza, come un “colpo di fortuna”⁽¹⁸⁾.

Quanto all'aspetto penale, le leggi retroattive, sempre illegittime se incidono su istituti sostanziali ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, possono esserlo anche a prescindere dalla configurazione sostanziale o processuale nella prospettiva dell'equo processo.

Ultimo parametro del sindacato sovranazionale sulle leggi retroattive è l'art. 1 Protocollo 1, a tutela del diritto di proprietà. In genere, per saggiare la legittimità di un'interferenza col diritto di proprietà, la Corte Edu si avvale di un test a tre livelli: il primo livello guarda a esistenza, accessibilità e prevedibilità della base legale che produce l'interferenza (principio di lega-

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Azienda agricola Silverfunghi s.a.s. e Altri c. Italia*, 24 giugno 2014, nn. 48357/07 e altri, par. 83.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille e Altri c. Francia*, 27 maggio 2004, nn. 42219/98 e 54563/00, parr. 69-72.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Vegotex International S.A. c. Belgio*, cit., par. 119 « Hence, it would appear that the applicant company hoped rather than expected to benefit from the “windfall” resulting from the development in the Court of Cassation’s case-law following the judgment of 10 October 2002 (see point B.19.11 of the Constitutional Court’s reasoning, cited in paragraph 47 above). While the applicant company cannot be criticised for taking advantage, in the process of exhausting the remedies available to it under domestic law, of a new line of case-law that was favourable to it (compare *Legrand v. France*, no. 23228/08, §§ 36-40, 26 May 2011), the intervention by the legislature in the form of the Miscellaneous Provisions Act of 9 July 2004 cannot be said to have put an end to a legitimate expectation on the applicant company’s part that had existed when it commenced proceedings ».

lità)⁽¹⁹⁾; il secondo, al perseguimento di uno scopo legittimo (pubblica utilità o interesse generale)⁽²⁰⁾; il terzo, al giusto equilibrio tra lo scopo perseguito dal legislatore e il sacrificio imposto al privato, verificando, esemplificativamente, l'osservanza dei margini di discrezionalità spettanti agli Stati contraenti, la presenza di alternative meno gravose, la previsione del diritto a una riparazione (principio di proporzionalità)⁽²¹⁾.

Benché il sindacato *ex art. 1* cit. spesso corra in parallelo con quello *ex art. 6* della Convenzione, non è raro che la Corte Edu accerti l'iniquità del processo ma giustifichi l'interferenza col diritto di proprietà. Questo avviene perché componenti comuni, quanto meno simili, a entrambe le norme ricevono un peso diverso nell'una e nell'altra. Così, nel *fair balance test* di cui all'art. 6, i requisiti di accessibilità e prevedibilità della legge vengono verificati sistematicamente, in termini di prevedibilità dell'intervento legislativo e di legittimo affidamento del privato; nella valutazione della base legale dell'interferenza col diritto di proprietà, premesso che la retroattività non fa venir meno l'esistenza della base legale, l'aspetto della prevedibilità rimane in penombra. La dottrina, soprattutto in materia fiscale, ha spiegato tale *modus operandi* secondo diverse tesi: rispetto alle leggi retroattive, il test di prevedibilità della base legale non opererebbe; rispetto alle leggi retroattive, il test di prevedibilità guarderebbe, non al contenuto della legge, ma alla circostanza che la legge sia applicabile retroattivamente; rispetto alle leggi retroattive, il test di prevedibilità verrebbe posposto al test di proporzionalità. In favore di quest'ultima opzione deporrebbe la sovrapponibilità della funzione del *proportionality test* con quella del *fair balance test*, nella quale confluiscono tutte le componenti del sindacato *ex art. 6* della Convenzione e volta a verificare l'ammissibilità di effetti retroattivi⁽²²⁾.

In definitiva, il fulcro del sindacato *ex art. 1* Protocollo 1 risiede nel soppesare lo scopo perseguito dal legislatore con l'onere, *in primis* economico, imposto al ricorrente. Sul punto, la Corte Edu sembra considerare "eccezionale" non l'utilizzo di leggi retroattive (come quando si pronuncia

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, G.C., *Centro Europa 7 S.R.L. e di Stefano c. Italia*, 7 giugno 2012, n. 38433/09, par. 187; Corte EDU, G.C., *Hutten-Czapska c. Polonia*, 19 giugno 2006, n. 35014/97, par. 163.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, G.C., *Bélané Nagy c. Ungheria*, 13 dicembre 2016, n. 53080/13, par. 113; Corte EDU, G.C., *Lekič c. Slovenia*, 11 dicembre 2018, n. 36480/07, par. 105.

⁽²¹⁾ Corte EDU, G.C., *Beyeler c. Italia*, 5 gennaio 2000, n. 33202/96, par. 107; Corte EDU, G.C., *Ališić e altri c. Bosnia-Erzegovina, Croazia, Serbia, Slovenia ed Ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 16 luglio 2014, n. 60642/08, par. 108.

⁽²²⁾ Sulla compatibilità delle leggi retroattive coi diritti dei contribuenti protetti dalla Convenzione, M.R.T. PAUWELS, *Retroactive Tax Legislation in View of Article 1 First Protocol ECHR*, in *EC Tax review*, vol. 22, 2013, 6, 268-281.

sulla compressione dell'equo processo), bensì l'onere imposto al privato e suscettibile di sterilizzarle. In *Arras e Altri c. Italia* ⁽²³⁾, la nuova legge che privi gli aventi diritto di una prestazione pensionistica, mediante previsioni retroattive sui requisiti connessi all'acquisizione di diritti pensionistici, dà luogo a iniquità del processo, nonostante lo scopo d'interesse generale di ristabilire l'omogeneità nel sistema pensionistico; viceversa, non è, di per sé, sufficiente a determinare la violazione del diritto di proprietà. Eccessivo è l'onere (e, dunque, soddisfatta è l'eccezione all'ammissibilità di leggi retroattive interferenti col diritto di proprietà) in *Romeva c. Macedonia Settentrionale* (parr. 78 e 88), ove la ricorrente, non solo era stata privata retroattivamente della pensione di vecchiaia che riceveva da sette anni, ma era stata invitata a restituire le somme ricevute, a causa di un errore nell'originaria valutazione dell'idoneità a percepire la pensione.

2.1. *Reazioni legislative a mutamenti della giurisprudenza: il caso Vego-tex International S.A. c. Belgio*

Il rapporto di continuità o discontinuità tra esegesi pretoria e legislativa è un parametro fondamentale per sindacare la legittimità della legge retroattiva e può essere sondato guardando alla “condotta”, oltre che del legislatore, della giurisprudenza: anche le “intenzioni” della giurisprudenza possono, infatti, orientare il sindacato della Corte di Strasburgo.

Legislatore e giurisprudenza sono entrambi chiamati a garantire la certezza del diritto, intesa come affidabilità e legittima aspettativa sulla stabilità applicativa delle norme interpretate dai giudici: fatte salve la discrezionalità legislativa e l'indipendenza del giudice, spetta agli Stati tutelare l'aspettativa del singolo con mezzi atti a prevenire o superare contrasti o mutamenti giurisprudenziali, senza interventi “drastici” sui processi in corso ⁽²⁴⁾.

La legge può, quindi, retroagire per compensare gli effetti di una nuova linea giurisprudenziale, valutati tempi e modalità dell'intervento normativo, la sua prevedibilità, l'ambito di applicazione, la compattezza o meno della prassi prevalente.

Una delle prime applicazioni dei suddetti criteri si rinviene nel caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e*

⁽²³⁾ Corte EDU, *Arras e altri c. Italia*, cit., parr. 42 e 81; conf. Corte EDU, *Khoniakina c. Georgia*, 19 giugno 2012, n. 17767/08, parr. 74 e 75.

⁽²⁴⁾ In dottrina F. DE STEFANO, *Contrasti di giurisprudenza, leggi interpretative, legittima aspettativa*, in F. Buffa e M. G. Civinini (a cura di), *Gli speciali di Questione Giustizia*, aprile 2019, 476 ss.

Yorkshire Building Society c. Regno Unito (25). Le società ricorrenti contestano la retroattività di una legge adottata per sanare il difetto tecnico di una normativa riguardante la tassazione di un periodo d'imposta "transitorio", di passaggio da un regime fiscale all'altro. La decisione con cui la Camera dei Lord aveva accertato il suddetto difetto aveva ingenerato nelle ricorrenti l'aspettativa o la speranza di recuperare l'imposta già versata, determinandole ad adire la giustizia.

Secondo la Corte, sebbene l'intervento retroattivo avesse effettivamente causato l'interruzione dei procedimenti avviati dalle ricorrenti (facendo venir meno ogni chance di successo), l'interferenza risulta giustificabile e ragionevole, in virtù delle seguenti considerazioni. L'intenzione del legislatore era ripristinarne la vigenza di una norma che la giurisprudenza aveva dichiarato invalida a causa di un difetto tecnico, non di motivi sostanziali; tale norma era volta a recuperare la tassazione dovuta per un periodo d'imposta che, nel passaggio da un regime all'altro, sarebbe rimasto non tassato, attribuendo alle ricorrenti un vantaggio indebito. L'affidamento delle ricorrenti (circa il recupero dell'imposta versata per il periodo "scoperto") non poteva dirsi legittimo: da una parte, si fondava su una pronuncia sopravvenuta rispetto al pagamento delle imposte, isolata; dall'altra, l'eventualità di un intervento normativo che reintrodusse la stessa normativa, emendata del difetto, era altamente prevedibile. La scelta delle ricorrenti di agire in giudizio, poste queste premesse, sembra frutto di una strategia tesa a sfruttare il difetto della legge e il sopravvenuto riconoscimento giurisprudenziale di quest'ultimo (par. 109). L'esame del dibattito politico e dei lavori parlamentari si rivelano determinanti per sondare sia le aspettative dei ricorrenti che le intenzioni del legislatore; tra gli elementi valorizzati dalla Corte, rientra anche la mancanza di elementi attestanti la previsione del Parlamento di condizionare i procedimenti in corso (par. 110), nonché il momento del processo in cui la legge retroattiva ha prodotto l'interferenza, in concreto in fase non avanzata (la Corte sottolinea la differenza col caso *Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia*, ove l'ingerenza legislativa era "più drastica" in quanto sopravvenuta dopo nove anni di contenzioso tra ricorrenti e Stato, par. 112).

Più recente e significativa è la sentenza *Vegotex International S.A. c. Belgio*, la quale concorre ad alimentare il dibattito sulle leggi interpretative secondo due direttrici: precisa i criteri per sindacare l'efficacia retroattiva di leggi tese a contrastare un mutamento giurisprudenziale; chiarisce "dove collocare" la materia fiscale entro quella scala di tutele, diverse per intensità,

(25) Corte EDU, *National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 ottobre 1997, n. 21319/93 e altri.

via via costruita dalla Corte di Strasburgo tra piani civile e penale. Il presente paragrafo si occupa del primo profilo, di capire come sia stata condotta la verifica dei “motivi imperativi di interesse generale”.

La società ricorrente, informata dalle autorità fiscali della necessità di rettificare la dichiarazione dei redditi per l'anno 1993 e di pagare una sovrattassa, presentava ricorso avverso il pertinente avviso di accertamento. Rigettato il ricorso, l'amministrazione fiscale notificava un'ingiunzione di pagamento per interrompere la prescrizione del debito fiscale. A dicembre 2000, la società adiva l'autorità giudiziaria per l'annullamento della sovrattassa e, nel 2004, il Tribunale di primo grado le riconosceva solo una riduzione. Nell'impugnare tale decisione, la ricorrente eccepiva la prescrizione del diritto dello Stato al recupero dell'imposta, alla luce di una linea giurisprudenziale stabilita dalla Corte di cassazione nel 2002, secondo cui la notifica dell'ingiunzione di pagamento per debiti fiscali contestati non interrompeva il termine di prescrizione; lo Stato convenuto, d'altro canto, faceva valere il neo introdotto art. 49 l. 9 luglio 2004, con cui il legislatore aveva ribadito l'efficacia interruttiva dell'ingiunzione. La Corte d'appello confermava la sentenza di primo grado ritenendo che, nel caso di specie, operasse una causa di sospensione, non d'interruzione. Infine, la Corte di cassazione dichiarava inammissibile il ricorso della società per mancanza d'interesse, nella misura in cui riguardava la causa di sospensione: la decisione impugnata avrebbe continuato ad avere una base giuridica in forza dell'interruzione, come novellata nel 2004.

Dinanzi alla Grande Camera è rimessa la questione dell'equità del processo sulla sovrattassa, nella versione penale dell'art. 6 della Convenzione, quale procedimento volto a irrogare una “pena”.

La Corte europea enuncia due parametri secondo cui saggiare le intenzioni del legislatore, dunque i “motivi imperativi di interesse generale”: la cronistoria dell'iniziativa parlamentare e l'evoluzione del mutamento giurisprudenziale cui è pervenuta la Corte di cassazione nel 2002 (par. 100). L'esame di entrambi è filtrato dalla Corte costituzionale belga: l'obiettivo del legislatore era tutelare i diritti dell'Erario nei procedimenti pendenti dopo che il *revirement* della Corte di cassazione aveva privato d'efficacia interruttiva le ingiunzioni di pagamento già emesse.

L'argomento della Corte costituzionale è forse quello che più convince i giudici europei perché ne condivide le prospettive: certezza del diritto e affidamento. Nel caso di specie, il mutamento giurisprudenziale era fondato sull'esigenza di porre rimedio a una lacuna normativa, rispetto a un tema particolarmente rilevante nell'ottica della certezza, la prescrizione (par. 116); tuttavia, vi aveva sopperito avallando una soluzione diversa da quella consolidata nella precedente prassi amministrativa e giurisprudenziale. Benché

legittimo nei presupposti, aveva incrinato certezza e affidamento, anche perché destinato a essere applicato retroattivamente.

Se, in genere, l'intenzione legislativa di garantire la certezza del diritto, interpolando una norma non chiara o una giurisprudenza difforme, non integra motivo sufficiente per giustificare la retroattività della legge, nel caso di specie tale intenzione è motivo pertinente perché ristabilisce un equilibrio inaspettatamente alterato ⁽²⁶⁾. In altre parole, i limiti alla retroattività dell'intervento normativo verrebbero meno laddove questo interferisca con un intervento nomofilattico che a monte li abbia travalicati.

Le modalità di normazione confermano il verdetto di legittimità: secondo la Corte di Strasburgo, il legislatore ha impiegato un tempo relativamente breve per intervenire (un anno e mezzo dal mutamento giurisprudenziale); ne discende, agli occhi dell'interprete, un parametro di tempestività utile per vagliare la diligenza del legislatore.

Un ultimo appunto riguarda gli interessi mediati dall'intenzione di certezza: rimuovere le discriminazioni tra contribuenti che avevano rinunciato alla prescrizione scaduta, pagando il debito fiscale, e quelli che non l'avevano fatto (par. 105); salvaguardare gli interessi dell'Erario. Ribadito che i soli interessi finanziari dello Stato non giustificano, in linea di principio, una legge retroattiva, la Corte evidenzia l'obiettivo di combattere le frodi fiscali su larga scala, a prescindere dalla circostanza che l'intervento normativo possa in concreto interferire con un numero limitato di controversie, van-tando pur sempre efficacia innovativa dell'ordinamento (parr. 103-104).

2.2. *Aspetto civile e contenziosi seriali italiani*

I principi sovranazionali sulle leggi interpretative, sulla compatibilità tra efficacia retroattiva e Convenzione, prendono forma nell'ambito dell'aspetto civile dell'art. 6 § 1, rispetto a due tipologie di casi: da una parte, le transizioni da regimi dittatoriali o socialisti alla liberaldemocrazia, ovvero i ristori per le spoliazioni subite in tempo di guerra; dall'altra, gli interventi legislativi volti a sopire contenziosi seriali tra cittadini ed enti pubblici ⁽²⁷⁾.

Lo Stato italiano è stato invitato a difendersi in relazione a casi appartenenti alla seconda tipologia, nello specifico al contenzioso sulle "pensioni svizzere" e a quello sul personale ATA.

⁽²⁶⁾ Si evidenzia che l'esistenza di un preesistente equilibrio è affermata in base alla compattezza della giurisprudenza, esaminata anche la posizione dei tribunali inferiori, prima e dopo la sentenza del 2002 par. 117.

⁽²⁷⁾ Cfr. M. MASSA, *Le leggi interpretative retroattive nella diversa impostazione di Corte Edu e Corte costituzionale*, in F. Buffa e M. G. Civinini (a cura di), *Gli speciali di Questione Giustizia*, aprile 2019, 483 ss.

Il contenzioso sulle pensioni svizzere prende spunto da richieste di trasferimento in Italia di contributi versati in Svizzera, ove gli stipendi sono più elevati e i contributi inferiori. I richiedenti, cittadini italiani, confidano nell'applicazione della regola, pacifica in giurisprudenza, secondo cui l'INPS dovrebbe liquidare le pensioni sulla scorta delle retribuzioni percepite, senza considerare il minore esborso contributivo. L'Ente pensionistico, invece, tiene conto dell'aliquota vigente all'estero, scelta avallata dalla legge d'interpretazione autentica n. 296/2006, secondo cui la retribuzione pensionabile deve, in ogni caso, essere proporzionata alla misura dei contributi effettivamente versati. Mentre la Corte costituzionale dichiara legittimo l'intervento legislativo, alla luce del principio di sostenibilità finanziaria di Stato ed enti previdenziali, nonché eguaglianza nel sistema pensionistico ⁽²⁸⁾, la Corte di Strasburgo riconduce la violazione dei diritti umani all'interferenza nell'amministrazione della giustizia e alla mancanza di "motivi imperativi di interesse generale" ⁽²⁹⁾. Il contrasto tra Corti prosegue in costanza di successivi incidenti di costituzionalità e condanne sovranazionali sulla medesima questione ⁽³⁰⁾, a volte affiancando alla violazione dell'equo processo, l'illegittima interferenza col diritto di proprietà ⁽³¹⁾ (tra le ultime condanne, *D'Amico c. Italia* del 2022 ⁽³²⁾).

Il contenzioso sul personale ATA, non docente o "amministrativo-tecnico-ausiliario", riguarda il trasferimento *ex lege* dei dipendenti degli enti locali ai ruoli a carico dello Stato. Il Ministero dell'istruzione, recependo un accordo sindacale immediatamente successivo alla riunificazione dei ruoli, interviene per disciplinare un profilo ignorato dal legislatore, ossia il computo dell'anzianità maturata nel precedente comparto. La giurisprudenza interna, tuttavia, non applica tale fonte, ritenendola inidonea, per rango normativo, a ridurre la garanzia economica su cui i lavoratori facevano affidamento ⁽³³⁾. L'argomento "gerarchico" viene superato dal legislatore interprete, circostanza che alimenta ulteriormente il contenzioso, incentrandolo sull'efficacia nel tempo dell'ultima novella. La Corte costituzionale, in ben due occasioni, ne esclude l'illegittimità, valorizzando l'intenzione del legislatore di superare il difetto tecnico della legge originaria, altresì di armonizzare il sistema retributivo del personale ATA indipendentemente

⁽²⁸⁾ Corte cost., 23 maggio 2008, n. 172.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Maggio e Altri c. Italia*, cit.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Biraghi e Altri c. Italia*, 24 giugno 2014, nn. 54425/08 e altri, 24 giugno 2014.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Stefanetti e Altri c. Italia*, 15 aprile 2014, nn. 21838/10 e altri.

⁽³²⁾ Corte EDU *D'Amico c. Italia*, 17 febbraio 2022, n. 46586/14.

⁽³³⁾ Cass., 17 febbraio 2005, n. 3224; Cass., 4 marzo 2005, n. 4722; Cass., 27 settembre 2005, n. 18829.

dalla provenienza degli stipendiati ⁽³⁴⁾. La Corte di Strasburgo conferma, viceversa, il proprio rigore ⁽³⁵⁾.

Invero, giudici costituzionali ed europei si avvalgono di differenti presunzioni: i primi muovono dal presupposto che il ricorso alle leggi retroattive rientri tra le facoltà del legislatore, salvo prova contraria; i secondi, ricavano dall'utilizzo di leggi retroattive il sospetto di un'interferenza illegittima nei processi in corso, salvo prova contraria. Sul punto, la dottrina ha parlato, e tuttora parla, di "asimmetria percettiva" ⁽³⁶⁾.

Il dialogo sembra conoscere una nuova fase, di allineamento, grazie alla sentenza costituzionale n. 12/2018, la quale accerta l'uso arbitrario della funzione legislativa, diretta a condizionare l'esito delle controversie in corso in senso favorevole all'Ente pubblico previdenziale. Taluno vi ha riconosciuto l'adesione al *modus operandi* della Corte di Strasburgo, attento ai diritti individuali piuttosto che alla teoria delle fonti ⁽³⁷⁾; altri, un arresto destinato a non fare precedente, forse condizionato dal peso dell'incostituzionalità sull'erario, in concreto modesto ⁽³⁸⁾.

2.3. *Vicenda Scoppola c. Italia e casi confinanti*

Nel caso *Scoppola c. Italia* (n. 2), la Grande Camera stigmatizza il trattamento sanzionatorio irrogato al ricorrente e risultante dall'applicazione retroattiva di una legge d'interpretazione autentica, perché lesivo del principio di legalità penale di cui all'art. 7 della Convenzione, nonché, in via consequenziale, perché iniquo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione ⁽³⁹⁾.

Il ricorrente era accusato di omicidio aggravato in concorso con altri reati; all'epoca dei fatti, la legge nazionale non consentiva di chiedere il rito abbreviato in relazione ai delitti punibili con l'ergastolo (l'originario testo

⁽³⁴⁾ Corte cost. 18 giugno 2007, n. 234; 26 novembre 2009, n. 311.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Agrati e altri c. Italia*, 7 giugno 2011, nn. 43549/08 e altri; Corte EDU, *Arras e altri c. Italia*, 14 febbraio 2021, n. 17972/07; Corte EDU, *Casacchia e Altri c. Italia*, 15 ottobre 2003, nn. 23658/07; Corte EDU, *Natale e Altri c. Italia*, 15 gennaio 2014, n. 19264/07.

⁽³⁶⁾ M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, nonché M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea. Alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016.

⁽³⁷⁾ Così M. MASSA, *Le leggi interpretative retroattive nella diversa impostazione di Corte Edu e Corte costituzionale*, cit.

⁽³⁸⁾ Lettura di A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in *Oss. cost.*, II, 2018.

⁽³⁹⁾ In dottrina, G. ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 841 ss.; M. GAMBARDILLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 2020 ss.

dell'art. 442, co. 2, c.p.p. — che lo consentiva — era stato emendato per eccesso di delega con sentenza costituzionale n. 176/1991). Nel corso del giudizio di primo grado, l'art. 30 l. n. 479/1999 ripristinava l'ammissibilità del rito premiale, sancendo la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione temporanea, nello specifico di anni trenta; l'art. 4-ter d.l. 7 aprile 2000, n. 82 (conv. in l. n. 144/2000) concedeva la remissione in termini per formulare la richiesta di abbreviato nei giudizi in corso al momento dell'entrata in vigore della l. n. 479/1999. Il ricorrente presentava apposita istanza. Tuttavia, il giorno della condanna di primo grado, sopravveniva una legge d'interpretazione autentica dell'art. 442, comma 2, c.p.p. (art. 7, comma 1, d.l. n. 341/2000) a precisare che, per effetto della diminuzione processuale, l'ergastolo con isolamento diurno era sostituito con l'ergastolo semplice, mentre la conversione in reclusione temporanea operava solo per l'ergastolo senza isolamento diurno. Sulla scorta dell'esegesi legislativa, il ricorrente veniva condannato all'ergastolo.

La Corte di Strasburgo non conosce la categoria della legge interpretativa e concentra il proprio sindacato sugli effetti in concreto derivanti all'imputato: l'applicazione dell'art. 7 d.l. n. 341/2000, nella misura in cui aveva determinato la condanna all'ergastolo benché, fino alla condanna di primo grado, la pena massima irrogabile fosse la reclusione di anni trenta, viola non solo il principio di irretroattività *in malam partem*, ma quello di retroattività *in bonam partem*, parimenti desumibile dall'art. 7 della Convenzione.

Negli anni successivi, e ancora oggi, la Corte di Strasburgo viene adita da quanti ritengono la propria posizione simile a quella in cui versava Scoppola. In situazioni identiche, non è necessario il ricorso europeo, poiché la giurisprudenza interna, a partire dalle Sezioni Unite c.d. Ercolano del 2013, riconosce l'estensione della pronuncia convenzionale ⁽⁴⁰⁾. Simile ma non identica è la posizione di chi, responsabile di reati astrattamente puniti con

⁽⁴⁰⁾ Cass. pen., S.U., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *CED Cass.*, n. 258649 « Non può essere ulteriormente eseguita, ma deve essere sostituita con quella di anni trenta di reclusione, la pena dell'ergastolo inflitta in applicazione dell'art. 7, comma primo, D.L. n. 341 del 2000 all'esito di giudizio abbreviato richiesto dall'interessato nella vigenza dell'art. 30, comma primo, lett. b), legge n. 479 del 1999 — il quale disponeva, per il caso di accesso al rito speciale, la sostituzione della sanzione detentiva perpetua con quella temporanea nella misura precisata —, anche se la condanna è divenuta irrevocabile prima della dichiarazione di illegittimità della disposizione più rigorosa, pronunciata per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 7, par. 1, della Convenzione Edu, laddove riconosce il diritto dell'interessato a beneficiare del trattamento "intermedio" più favorevole, in quanto il divieto di dare esecuzione ad una sanzione penale contemplata da una norma dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi esprime un valore che prevale su quello della intangibilità del giudicato e trova attuazione nell'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 ».

ergastolo e isolamento diurno, abbia formulato istanza di abbreviato ai sensi del combinato disposto degli artt. 30 l. n. 479/1999 e 4-ter d.l. n. 82/2000 e, a fronte dell'entrata in vigore dell'interpretazione autentica di cui all'art. 7 d.l. n. 341/2000, abbia esercitato la facoltà di revoca della richiesta di abbreviato prevista dall'art. 8 del medesimo decreto ⁽⁴¹⁾. La *ratio* sottesa all'art. 8 risiedeva negli effetti dell'interpretazione autentica di cui all'art. 7 sui procedimenti in corso: chi aveva richiesto l'abbreviato in relazione a reati puniti con ergastolo e isolamento diurno aveva rinunciato alle garanzie del rito ordinario per ottenere la pena di trent'anni di reclusione ma, in ragione della portata retroattiva "connaturata" all'interpretazione autentica, il premio si sarebbe limitato alla sostituzione della pena base con l'ergastolo semplice, sicché il legislatore concesse la facoltà di rivalutare la convenienza del rito alternativo e recuperare le garanzie procedurali ordinarie.

Chi ha fruito della revoca o ha rinunciato all'abbreviato, in ragione della portata retroattiva dell'interpretazione autentica (ancorché in seguito ritenuta illegittima sia dalla Corte di Strasburgo che dalla Corte costituzionale) è sicuramente fuori dal raggio operativo della Scoppola, come tratteggiato dalle Sezioni Unite nel 2013. Ciò non esclude, di per sé, la sussistenza di una diversa violazione delle stesse norme convenzionali. I profili di possibile violazione dell'art. 7, come individuati dalla sentenza Scoppola, sono tre e attengono all'applicazione retroattiva della legge più sfavorevole; alla mancata applicazione retroattiva della legge più mite, considerate quelle succedutesi tra il momento della commissione del fatto e la condanna definitiva; all'assenza di chiarezza della legge penale in base alla quale la condanna è inflitta. Operazione preliminare è stabilire quando ci si trovi dinanzi a una norma penale materiale, sostanziale, che valga il regime di cui all'art. 7 della Convenzione. Nella sentenza *Scoppola* (par. 111), l'art. 442, comma 2, c.p.p. è stato così definito, nonostante il formale inserimento nella disciplina processuale, in quanto interamente dedicato alla severità della pena da infliggere, a differenza degli artt. 438, 441 e 443 c.p.p., relativi al campo di applicazione del rito abbreviato e alle fasi procedurali: come anticipato nel par. 80, è legge "sul trattamento sanzionatorio" quella che lo definisca, nella specie e nella misura (in senso analogo già *Kafkaris c. Cipro*, 2008). Stando alla definizione e alle distinzioni esemplificative dettate dalla Corte di Strasburgo, l'art. 8 d.l. n. 341/2000 non potrebbe dirsi norma sul trattamento sanzionatorio, bensì norma concernente la strategia difensiva, la scelta del rito e le modalità con cui esercitarla. La circostanza che tale scelta si

⁽⁴¹⁾ Tale norma prevede che nei processi penali in corso, qualora sia applicabile la pena dell'ergastolo con isolamento diurno e sia stata formulata richiesta di abbreviato ai sensi del d.l. 82/2000, l'imputato può revocarla entro trenta giorni.

ripercuota sull'esito sanzionatorio è conseguenza naturale e comune a gran parte delle norme processuali, *in primis* le norme sui presupposti dei riti alternativi: sarebbe paradossale estendere per ciò solo a tutte queste norme la qualifica sostanziale, quando la Corte europea espressamente distingue l'art. 442, comma 2, c.p.p. dalle altre norme sul medesimo rito (artt. 438, 441 e 443). Inoltre, il tema della successione di leggi penali che regolano, nel caso di ammissione al rito alternativo, il trattamento sanzionatorio di reati per cui è comminata la pena perpetua, non viene in rilievo qualora sia presentata revoca o rinuncia alla richiesta di abbreviato, proprio in quanto l'abbreviato non è stato celebrato. Per condividere la ragionevolezza di siffatta conclusione è sufficiente sviluppare le conseguenze di quella contraria: la norma sul potere di revocare la richiesta di abbreviato non è, di per sé, più o meno favorevole (rispetto a quale altra disposizione?), consentendo di ripristinare le garanzie probatorie del rito ordinario ed eventualmente condurre a esiti diversi dalla condanna.

Nella prospettiva dell'equo processo, la sentenza *Scoppola* ritiene la violazione dell'art. 6 poiché le aspettative riposte nella riduzione della pena, alla luce delle quali l'imputato aveva irreversibilmente rinunciato alle garanzie del procedimento ordinario, erano state deluse dall'art. 7 d.l. n. 341/2000: il vulnus di garanzie sarebbe rimasto, senza più essere compensato dallo sconto sanzionatorio. Viceversa, nelle ipotesi in esame, l'affidamento in una condanna a trent'anni di reclusione viene meno per scelta dei ricorrenti medesimi (piuttosto che da fattori "non controllabili" quali la durata del procedimento interno e la sopravvenienza del d.l. n. 341/2000), senza lesione alcuna delle garanzie del procedimento ordinario, effettivamente svoltosi.

La questione presenta una perdurante rilevanza, non solo nei casi affetti dalla suddetta successione di leggi, ma in relazione a casi rispetto ai quali è sopravvenuta la riforma Bonafede del 2019, nella parte in cui ha nuovamente escluso l'accesso al rito premiale per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo; in ogni altro in cui il legislatore abbia "precisato" o modificato le condizioni di accesso ai riti premiali.

3. Specifiche per la materia fiscale

Un discorso a sé stante occorre per la materia fiscale, ove l'interpretazione autentica è una tecnica legislativa frequente: in una fiscalità di massa,

basata sull'adesione volontaria del contribuente, attendere il sedimentarsi della giurisprudenza è opzione troppo costosa ⁽⁴²⁾.

Se favorisce il contribuente, l'utilizzo della norma interpretativa non pone particolari problemi. Considerato che il dubbio esegetico, nel diritto tributario, riguarda, da una parte, un numero indeterminato e potenzialmente vasto di persone, dall'altra, una sola controparte, lo Stato, l'interpretazione *pro contribuente* non "scontenta" nessuno perché produce una perdita preventivata e sopportata dallo stesso "interprete".

Spesso, però, l'interpretazione autentica favorisce il gettito fiscale. Se ciò avviene per porre rimedio a imperfezioni o disattenzioni che, nel previgente quadro normativo, consentivano scappatoie o salti d'imposta contrari al sistema, la retroattività non dovrebbe determinare violazioni della Convenzione, alla luce di quella giurisprudenza sovranazionale attenta alla diligenza del ricorrente privato. Rischi di abuso e di violazioni ricorrono, invece, quando il legislatore tenti di attrarre a tassazione fatti espressivi di capacità contributiva verificatisi anteriormente alla norma interpretata; tenti di rovesciare un orientamento consolidato, facendo divenire *contra legem* comportamenti contributivi in passato ammessi dai giudici; tenti di recuperare gettito sottratto da inadempienze amministrative.

Il criterio dell'interpretazione *pro contribuente* o *pro Fisco* influenza anche il recepimento, da parte della giurisprudenza tributaria, della teoria che distingue tra leggi interpretative in senso stretto e leggi pseudo-interpretative o innovative: tendenzialmente, mentre la legge interpretativa *pro contribuente* viene considerata interpretativa e retroattiva, la legge interpretativa *pro Fisco* viene considerata, non solo innovativa, dunque non retroattiva, ma argomento *a contrario* per applicare, ai casi pendenti, l'interpretazione *pro contribuente*, assumendo che l'intervento del legislatore sia "utile" se volto ad affermare una soluzione opposta a quella previgente ⁽⁴³⁾.

Ciò posto, in materia fiscale, la stessa accezione di retroattività può non essere pacifica. Il primo interrogativo attiene al parametro temporale rispetto cui ritenere la retroattività, se il momento del pagamento o quello dell'evento tassabile, come sostiene la tesi maggioritaria. Altro quesito concerne la rilevanza dell'anno fiscale, se debba o meno attendersene la "chiusura" per ritenere "avvenuto" l'evento tassabile.

⁽⁴²⁾ Sul tema, F. BUFFA, *Le principali questioni in materia tributaria*, in *Gli speciali di Questione giustizia*, 4, 2019, 522-528; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisprudenziali*, cit., 36-41; G. M. CIPOLLA, *La giurisprudenza tributaria le modifiche normative e le controversie in corso*, in *Rass. trib.*, I, 1994, 408 ss.

⁽⁴³⁾ La dottrina parla a riguardo, criticamente, di "effetto boomerang", cfr. R. LUPI, *Retroattività o interpretazione a contrario? Quando la legge interviene su una questione controversa*, in *Rass. trib.*, I, 1994, 404 ss.

A riguardo, la Corte di Strasburgo tende a non esprimersi, concentrando il proprio sindacato sul bilanciamento di interessi in concreto. In generale, sembra lasciare agli Stati grande libertà nel definire e attuare la politica fiscale, secondo margini di discrezionalità più ampi rispetto a quelli riguardanti le (restanti) aree della materia civile e penale.

In primo luogo, la Corte esclude il contenzioso tributario dall'applicazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, nel suo aspetto civile, in forza della natura pubblicistica del rapporto tra contribuente e amministrazione finanziaria⁽⁴⁴⁾. Fanno eccezione le vicende tributarie non riguardanti l'aspetto patrimoniale ma altri diritti di carattere civile, quali il domicilio, tutelato entro l'art. 8 della Convenzione e, solo grazie all'art. 8, destinatario delle prerogative dell'equo processo⁽⁴⁵⁾. Ne discende che i profili prettamente patrimoniali del contenzioso fiscale arrivano a Strasburgo solo ai sensi dell'art. 1 Protocollo 1 (in relazione al quale valgono principi e criteri di giudizio enunciati nei precedenti paragrafi)⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ In Corte EDU, *Ferrazzini c. Italia*, 12 luglio 2001, n. 44759/98, ove il ricorrente lamentava la lunghezza dei procedimenti fiscali, la Corte precisa che la materia tributaria non rientra nel campo di applicazione dell'aspetto civile dell'art. 6 § 1, in quanto facente parte del "nucleo duro" delle prerogative delle autorità pubbliche « In the tax field, developments which might have occurred in democratic societies do not, however, affect the fundamental nature of the obligation on individuals or companies to pay tax. In comparison with the position when the Convention was adopted, those developments have not entailed a further intervention by the State into the "civil" sphere of the individual's life. The Court considers that tax matters still form part of the hard core of public-authority prerogatives, with the public nature of the relationship between the taxpayer and the community remaining predominant. Bearing in mind that the Convention and its Protocols must be interpreted as a whole, the Court also observes that Article 1 of Protocol No. 1, which concerns the protection of property, reserves the right of States to enact such laws as they deem necessary for the purpose of securing the payment of taxes (...). Although the Court does not attach decisive importance to that factor, it does take it into account. It considers that tax disputes fall outside the scope of civil rights and obligations, despite the pecuniary effects which they necessarily produce for the taxpayer » (par. 29). Taluno in dottrina contesta tale soluzione nella misura in cui scinde la garanzia sostanziale dei diritti e la garanzia della tutela giurisdizionale dei medesimi (scissione generalmente esclusa dai giudici sovranazionali) cfr. A. MARCHESELLI, *Il giusto processo tributario europeo. Efficienza e giustizia nel diritto finanziario d'Europa*, Key, Vicalvi (FR), 2016.

⁽⁴⁵⁾ In Corte EDU, *Ravon e Altri c. Francia*, 21 marzo 2008, n. 18497/03, ove il ricorrente lamentava la mancanza di un rimedio avverso le attività di perquisizione e sequestro disposte nell'ambito di una procedura di accertamento d'IVA, la Corte ritiene ammissibile *ratione materiae* la censura ex art. 6 § 1 della Convenzione, alla luce dell'art. 8 e, quindi, della natura "civile" del diritto, non tanto patrimoniale o di derivazione fiscale, ma di domicilio.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, *Buffalo S.r.l. in liquidazione c. Italia*, 3 luglio 2003, n. 38746/97, par. 32 « La Cour rappelle que l'imposition fiscale est en principe une ingérence dans le droit garanti par le premier alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 et que cette ingérence se justifie,

Anche l'aspetto penale dell'art. 6 della Convenzione risente della funzione peculiare del diritto tributario. Vero è che maggiorazioni d'imposta e altre sanzioni tributarie rientrano nella qualifica "penale", essendo concepite come strumenti di pressione e punizione dei contribuenti, piuttosto che fonti di finanziamento del sistema; tuttavia, esse rappresentano pur sempre un'estensione, una percentuale, dell'imposta dovuta, sicché non sono equiparabili alle pene in senso stretto e non appartengono al "nucleo duro" del diritto penale. Tale circostanza determina un "temperamento" nell'applicazione delle garanzie di cui all'art. 6. Così, nel recente caso *Vegotex International S.A. c. Belgio*, la Grande Camera ammette gli effetti retroattivi di una legge sul recupero della sovrattassa a carico della società ricorrente, la quale aveva formulato, nel giudizio pendente, l'eccezione di prescrizione in base a un orientamento giurisprudenziale sopravvenuto rispetto alla prassi esistente al momento della richiesta di pagamento, oltretutto non condiviso dalla generalità dei giudici (eccezione rigettata in forza della legge retroattiva). Benché la reviviscenza della responsabilità penale dopo la scadenza di un termine di prescrizione sia incompatibile con l'interpretazione dei principi di legalità e prevedibilità di cui all'art. 7 della Convenzione, il rigore di questa norma non s'impone nel caso in esame che riguarda l'art. 6, non l'art. 7, e il settore fiscale, piuttosto che il "nocciolo duro" del diritto penale ⁽⁴⁷⁾.

conformément au deuxième alinéa de cet article, qui prévoit expressément une exception pour ce qui est du paiement des impôts ou d'autres contributions ».

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, G.C., *Vegotex International S.A. c. Belgio*, cit, par. 122 « Lastly, the Court observes that the present case concerns Article 6 of the Convention and not Article 7, and that, as tax surcharges fall primarily within the sphere of tax law and differ from the hard core of criminal law, the guarantees of Article 6 will not necessarily apply with their full stringency ».

Vademecum

<p>Quesiti Corte EDU</p>	<ul style="list-style-type: none"> • I ricorrenti hanno avuto un processo equo in conformità con l'art. 6 § 1 della Convenzione? In particolare, il legislatore ha interferito con l'amministrazione della giustizia in modo da influenzare l'esito dei processi in corso? • In caso affermativo, l'interferenza si basava su motivi impellenti di interesse generale ed era sufficientemente proporzionata allo scopo perseguito dal legislatore? • Infine, l'interferenza era compatibile coi principi di certezza del diritto?
<p>Indicazioni operative</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sindacare la legittimità degli effetti retroattivi di una legge a prescindere dalla natura o qualifica retroattiva. • Limitare l'efficacia retroattiva in base, non solo alla natura sostanziale dell'istituto penale interessato dall'intervento legislativo ma, con riguardo ad altre materie, agli scopi sottesi e al contesto normativo di riferimento. In particolare, la retroattività non è compatibile con la Convenzione se fondata su mere considerazioni finanziarie, sulla necessità di attuare un programma politico o di ristabilire l'eguaglianza tra categorie di destinatari; centrale è il dialogo col principio di certezza del diritto, dunque la prevedibilità dell'esegesi legislativa, tenuto conto della distanza temporale con la legge interpretata, dell'oscurità o meno del testo normativo, della stabilità e dell'omogeneità del panorama giurisprudenziale. • Valutare l'affidamento del privato in base, non solo a parametri estranei alla sua volontà (quelli relativi allo scopo e al contesto dell'intervento legislativo), ma alla strategia difensiva, se posta in essere in forza di una "fragilità" normativa o, semplicemente, "in presenza" della medesima.

III.

IL GIUDICE NAZIONALE COME PRIMO GARANTE DEI DIRITTI CONVENZIONALI

I.

OBBLIGHI E POSSIBILITÀ PER IL GIUDICE NAZIONALE: L'INTERPRETAZIONE CONFORME ALLA CEDU

di *Piero Gaeta* (*)

SOMMARIO: 1. Interpretazione costituzionalmente conforme: cenni essenziali. — 2. (*Segue*) quando è assolto dal giudice comune l'obbligo di interpretazione conforme? — 3. Interpretazione 'convenzionalmente' conforme: i caratteri e le differenze. — 4. Di alcuni dubbi e su alcuni rischi. Conclusioni.

1. Interpretazione costituzionalmente conforme: cenni essenziali

Per comprendere gli obblighi ed i poteri interpretativi del giudice comune di fronte alla normativa CEDU, occorre innanzitutto riflettere su come il giudice comune possa adempiere ai primi ed esercitare i secondi attraverso l'interpretazione conforme.

Ovviamente, si tratta di un discorso sconfinato e complesso che richiederebbe sistematicità e notevole approfondimento; nondimeno, nello spirito e finalità di questi scritti, esso va limitato agli aspetti essenziali ed orientato in dimensione prevalentemente pratica, pur con qualche doverosa puntualizzazione teorica.

Un primo punto di riflessione riguarda le concordanze e le differenze tra l'interpretazione conforme a Costituzione e quella eventualmente applicata ai principi della CEDU.

È noto come l'interpretazione conforme a Costituzione valga essenzialmente a prevenire uno strappo — tale essendo ogni espunzione di norma dall'ordinamento — restituendo, al contempo, assiologie "dal basso", da tutte le articolazioni della giurisdizione. È quello che Perelman, nel suo *Trattato dell'argomentazione*, chiamerebbe "il contatto delle menti" tra giudice comune e Giudice delle leggi sui valori della Carta fondamentale.

Sotto un profilo pratico, è stato spesso affermato che, nel giudizio incidentale di costituzionalità, l'i.c. si colloca accanto ai due requisiti tradi-

(*) Avvocato generale presso la Procura generale della Corte di cassazione.

zionali, codificati, della rilevanza e della non manifesta infondatezza; un requisito non già formalizzato in un testo di legge, ma di origine giurisprudenziale: eppure, decisivo come gli altri due per superare la barriera dell'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità: il previo tentativo — infruttuoso — di ricavare dalla disposizione impugnata norme costituzionalmente compatibili costituisce, in realtà, una "precondizione", un "*prius* logico" per poter (poi) ritenere rilevante la questione ed, eventualmente, non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale. Insomma, l'i.c. sarebbe la condizione di partenza, la prima operazione logica nel lungo tragitto dell'incidente di costituzionalità.

Il tentativo di un'ermeneutica conforme a Costituzione è una chiave destinata ad aprire (se negativa) o a chiudere (se positiva) la porta dell'incidente di costituzionalità: come tale, interessa assai da vicino il giudice comune.

Storicamente, tale canone ermeneutico è rimasto a lungo sopito (e, per certi aspetti, etereo) nella giurisprudenza costituzionale, fino a quando il Giudice delle leggi ne ha quasi certificato espressamente la nascita. Se ne volessimo individuare una data, essa coinciderebbe con il momento in cui "il problema dell'interpretazione conforme viene completamente « ributtato » sui giudici comuni" (per dirla con le parole di Marilisa D'Amico, ma come riconosce unanimemente la dottrina), con la nota sentenza n. 356 del 1996, estesa da Gustavo Zagrebelsky. Tale pronuncia affermò, in uno dei suoi passaggi più significativi, che « *una legge si dichiara incostituzionale non perché è possibile darle interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darle), ma perché è impossibile darle interpretazioni costituzionali* ». Non che prima di tale pronuncia il principio non fosse *in mundo* o che la stessa Corte non ne avesse auspicato l'applicazione: ma la svolta della sentenza, al di là del felicissimo (e citatissimo) *calembour* semantico sopra riportato, è nella scure dell'inammissibilità con cui la Corte, da quel momento, sanzionerà l'omissione di tale canone da parte del giudice comune.

Prima non era così: prima, vigeva il principio della separatezza interpretativa, secondo un programma di metodo formulato al momento dell'inizio dell'attività della stessa Corte costituzionale. Nel discorso pronunciato in occasione della prima udienza della Corte costituzionale, il 23 aprile del 1956, il suo Presidente, Enrico De Nicola, nel delineare il rapporto tra la Corte e l'autorità giurisdizionale, definiva la prima "vestale della Costituzione" e "la Magistratura, vestale della Legge". A quest'ultima — alla Magistratura — competeva fornire l'interpretazione della legge; alla prima — il Giudice delle Leggi — spettava, in via esclusiva, l'interpretazione del parametro costituzionale. I "naturali confini" tra le due giurisdizioni erano ben netti, nel senso di precludere al giudice comune qualsiasi ermeneutica

della norma costituzionale finalizzata ad una sua estensione di senso o, peggio, ad una sua diretta applicazione sulla *res iudicanda*; parallelamente, la Corte si imponeva un *self restraint* nell'interpretazione della legge ordinaria, rispettando gli esiti ermeneutici del 'diritto vivente' (stilema che compare, per la prima volta, nella sent. n. 276 del 1974) della giurisdizione ordinaria, al fine di delibarne la compatibilità costituzionale.

Il modello della separatezza delle giurisdizioni per differenza di 'oggetto' delineato dal Presidente De Nicola esprime tuttavia una concezione della giustizia costituzionale "nata morta, prima ancora di potersi sviluppare": è un modello antistorico, destinato a naufragare, per vari fattori. Da un lato, a remarvi contro, è "l'esperienza di sindacato diffuso sulla legge esercitato dai giudici comuni fino al 1956 (...) assai più decisa di quanto non si ritenga comunemente, e che accrebbe la confidenza della magistratura circa la attitudine della disposizione costituzionale a regolare, direttamente o per tramite della legge, la fattispecie" (1). È insomma la natura stessa della Costituzione repubblicana, che si mostra infatti ben presto pervasiva e capace di penetrare "in modo molecolare" (come ha scritto Gaetano Silvestri), orientandolo, l'insieme dei valori cementati dalla legislazione: non mero limite negativo alla produzione normativa primaria, in altri termini, ma fonte positiva essa stessa per lo sviluppo dinamico dell'ordinamento (2). Dal canto suo, la Corte si impadronisce del livello legislativo "avocando a sé il compito di fornire un'interpretazione delle norma oggetto, anche divergente da quella assunta dal giudice *a quo* a base del dubbio di legittimità costituzionale" (Bignami).

Il meccanismo del controllo incidentale di costituzionalità, nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso — coincidenti peraltro con una delle più alte espressioni della qualità dei componenti della Corte — ribalta l'idea di De Nicola: la Corte coinvolge direttamente i giudici comuni — custodi della "legalità legale" — nell'affermazione anche della "legalità costituzionale", posto che il giudice comune dovrà innanzitutto sforzarsi "di adeguare

(1) M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella « morsa » delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 604.

(2) M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in *Aa.Vv., Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario* a cura di A. Pace, Milano, 2006, 913. Dello stesso A., per eventuali approfondimenti, si v.: *Quando il giudice deve fare da sé* in *Quest. Giust. on line* del 22 ottobre 2018; ID. *L'interpretazione conforme torna a casa?* Relazione al Seminario di studi del gruppo di Pisa su *Il sistema 'accentrato' di costituzionalità*, Pisa, 25 ottobre 2019, oggi in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 37-48.

la legalità legale alla legalità costituzionale, prima di denunciare l'eventuale contrasto della prima con la seconda, pena l'inammissibilità della denuncia stessa". Si badi: non vi è mai un'espressa, formale e solenne proclamazione del principio dell'interpretazione conforme, ma vi è la minaccia — l'inammissibilità, appunto, della questione — della sanzione per la sua mancata pratica.

L'ermeneutica del giudice comune non è più solo meccanico esercizio applicativo di regole formali, ma diviene diffusione dei valori che quelle regole ispirano.

Si realizza così — secondo un modello perfettamente antitetico a quello auspicato all'abbrivio della Corte costituzionale — un meraviglioso circolo ermeneutico, interamente fondato sul canone dell'interpretazione conforme a Costituzione. Precisamente, si realizza, in concreto, questo duplice flusso ermeneutico, ascendente (dalla norma ordinaria al parametro costituzionale) e discendente (dal parametro costituzionale alla norma ordinaria), nel quale magistratura ordinaria e Corte costituzionale svolgono un'azione congiunta, rivestendo ruoli mobili e quasi intercambiabili: sicuramente flessibili. Si realizza insomma un modello in cui il *controllo* di costituzionalità diffuso è felicemente armonico con un *sindacato* di costituzionalità accentrato.

2. *Segue: Quando è assolto dal giudice comune l'obbligo di interpretazione conforme?*

Non è possibile, in questa sede, seguire l'andamento e gli sviluppi che il metodo dell'interpretazione conforme ha avuto, specie nell'ultimo quinquennio, attraverso le sentenze della Corte costituzionale e le precisazioni, in esse contenute, circa i modi e i limiti della sua sperimentazione da parte dei giudici comuni.

È possibile solo fornire, saltando complessi passaggi giurisprudenziali intermedi, il risultato finale di questa evoluzione, quale si trae dalla giurisprudenza costituzionale più recente. Risultato che può essere sintetizzato nella risposta ad una domanda: quando è assolto dal giudice comune l'obbligo di interpretazione conforme?

Esiste, innanzitutto, un obbligo primario: il giudice che non esplora affatto e che taccia completamente sulle ragioni per le quali non sia rinvenibile un'interpretazione conforme a Costituzione della norma sospettata di illegittimità costituzionale vedrà comunque la sua questione dichiarata inammissibile (v. ordd. n. 177 del 2016 e n. 97 del 2017): ogni volta che « ciò sia permesso dalla lettera della legge e dal contesto logico-normativo entro cui essa si colloca » (sentenze n. 36 del 2016 e n. 253 del 2017), è « dovere del rimettente di interpretare la normativa in senso conforme alla Costituzione »

attraverso un « accurato ed esaustivo esame delle alternative poste a disposizione dal dibattito giurisprudenziale, se del caso per discostarsene motivatamente ». Solo se avviene ciò, infatti, si può dire che l'interpretazione adeguatrice è stata davvero « consapevolmente esclusa » dal rimettente (sentenza n. 253 del 2017).

Dunque, un' esplorazione deve esserci, accompagnata da una motivazione; una consapevolezza della finalità dell'operazione interpretativa deve trasparire; un risultato, sia pure negativo, deve essere manifestato. Ma, a differenza del passato, la Corte non ritiene più di dover sanzionare con una pronuncia di inammissibilità il tentativo abortito perché il risultato è parso al rimettente difficile, improbabile, arduo da praticare, non adattabile alla *species facti*: in breve, un tentativo di i.c. che sia stata « tentata e consapevolmente scartata dal rimettente » (sent. n. 69 del 2017).

La sentenza n. 42 del 2017, estesa da Franco Modugno, afferma — compiendo, per prima, una forte correzione del principio enunciato più di venti anni prima nella sentenza Zagrebelsky — che « se «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)» (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospetterne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela (...) necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile ». ⁽³⁾

La differenza è enorme rispetto ai precetti della pregressa giurisprudenza costituzionale, quelli, per intenderci, della sentenza Zagrebelsky del 1996.

Allora, il giudice comune, rinvenuta una *possibile*, lettura conforme a Costituzione della norma, era tenuto a seguirla ed applicarla, pena l'inammissibilità della questione. Oggi, l'orizzonte decisorio è assai più ampio ed assai meno cogente: il giudice comune può ben spiegare alla Corte di aver sì rinvenuto un'ermeneutica della norma armonica alla Carta, ma di non poterla (volarla?) praticare per varie ragioni: perché gli pare accidentata ed ardua, troppo complessa, improbabile, difficoltosa, inaccostabile al caso di specie. Vale a dire, che se è lo stesso giudice a dirsi non convinto della sua stessa *inventio* ermeneutica, spiegandone brevemente le ragioni, la questione è ammissibile. Sarà eventualmente la Corte — entrando nel 'merito' della questione, senza fermarsi sulla soglia dell'inammissibilità — a decidere: qualora riterrà non implausibile l'interpretazione conforme 'scartata' dal

⁽³⁾ Quanto ai seguiti conformi, v. sentt. n. 53, 69, 180, 194, 208, 213, 218, 254 del 2017, nn. 15 e 40 del 2018.

giudice *a quo* la farà propria con una interpretativa di rigetto (“nei sensi di cui in motivazione”); qualora invece la riterrà davvero non praticabile adotterà una pronuncia di incostituzionalità.

Quale giudizio dare di questa nuova prospettiva?

Il giudice comune è sicuramente alleggerito rispetto al passato: “tentare e consapevolmente scartare” un’interpretazione conforme a Costituzione è sforzo assai minore che “tentare *ogni* possibilità e praticare” (pena l’inammissibilità). Le antiche inammissibilità pronunciate dalla Corte hanno spesso chiesto al giudice comune uno sforzo eccessivo, talvolta inesigibile: qualcuno ha scritto che hanno un po’ “maltrattato” i giudici. (4).

Ora, con questa nuova giurisprudenza, questo rischio si è molto attenuato: la Corte si accontenta di molto di meno, al punto che si è parlato (Tomba) di un « depotenziamento » dell’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione o perfino, rispetto ad essa, di una « rinuncia non priva di controindicazioni » (Bignami) per il sostanziale esonero del giudice comune quando ciò appaia soltanto “improbabile o difficile” (sent. n. 42 del 2017).

3. Interpretazione ‘convenzionalmente’ conforme: caratteri e differenze

Questo, in estrema sintesi e per grandi linee, è l’attuale stato dell’arte del meccanismo ermeneutico dell’interpretazione conforme a Costituzione.

Dai rapidi e molto semplificati cenni che precedono, risulta nondimeno oltremodo chiaro il vero limite di tale metodo: vale a dire, il suo fondamento puramente volontaristico e, dunque, il suo esito affidato solo agli armonici ingranaggi tra i suoi protagonisti. In breve: il problema dell’efficacia, presso i giudici comuni, delle interpretazioni suggerite dalla Corte costituzionale è, alla fine, affidato, quanto a soluzione, a criteri metagiuridici. Come è stato evidenziato, “il successo dell’interpretazione conforme suggerita dalla Corte può nascere solo dalla capacità di consenso che questa riesce a guadagnarsi con argomentazioni razionali e persuasive e non sulla base della loro efficacia

(4) L’espressione è di Massimo Luciani, ai cui affascinanti scritti sull’argomento si rimanda per eventuali approfondimenti: specialmente, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione « conforme a »*, in *www.federalismi.it*, n. 16 del 2007; voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano, 2016, 391 ss. Essi costituiscono un incantevole confronto teorico ‘a distanza’ con il pensiero del Maestro della teoria dell’i.c. in Italia, Franco Modugno, del quale — nella sterminata produzione — si consiglia, per un primo approfondimento, F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 68; *In difesa dell’interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, *www.rivistaaic.it*, 18 aprile 2014.

giuridica che attribuirebbe (...) alla Corte una sorta di potere d'interpretazione autentica" (5).

È proprio questo, tuttavia, il punto alogeno che illumina la differenza specifica, assai profonda, tra l'interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella conforme alla CEDU e, per essa, alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In tale ultimo orizzonte, infatti, mutano pressoché tutte le variabili, al punto da modificare integralmente la morfologia dello stesso criterio ermeneutico. Non è più, innanzitutto, una conformazione tutta interna ad un ordinamento, ma prospetta il complesso rapporto con una struttura pattizia sovranazionale; non si traduce in un semplice *affidavit* al giudice comune, ma si struttura quale vincolo sanzionato per l'intera giurisdizione ed in relazione all'intero diritto nazionale; non è solo metodo di prevenzione dell'incidente di costituzionalità (è anche questo, per vero: ma solo quale effetto secondo), ma è autentico meccanismo di integrazione normativa dell'ordinamento nazionale, con un controllo *ex post*; non è conformazione a norme o a valori in esse espressi, bensì a decisioni, ancorché emesse da un'autorità non formalmente sovraordinata alla giurisdizione nazionale; non è — soprattutto — euristica giudiziale libera nel metodo e polimorfa nei risultati, ma criterio rigido della stessa legittimità della legislazione nazionale.

Dunque, l'interpretazione conforme alla Convenzione EDU appare essere: *generale* (riguardando tutto il diritto della CEDU e tutto il diritto nazionale); *estesa* (coinvolgendo tutti, indistintamente, gli organi giurisdizionali nazionali); *obbligatoria* (non contemplandosi la facoltà del giudice nazionale di sottrarsi); *vincolata* (stabilendosi, da parte del conformante, il *quomodo* della sua attuazione); *soggetta a successiva verifica ed eventualmente sanzionata* (nella sua omissione o erroneità); *prevalente* (rispetto ad ogni altra ermeneutica alternativa); *mai recessiva* (se non rispetto alla sua stessa eventuale illegittimità costituzionale); *potenzialmente invalidante* (rispetto alla norma nazionale insuscettibile di veicolarla).

Ciascuno di tali caratteri reca una differenza con il modello dell'interpretazione conforme a Costituzione e meriterebbe adeguato approfondimento, all'evidenza impossibile in questa sede. Preme piuttosto evidenziare — ancora una volta solo per sintesi — una serie di passaggi storici ed evolutivi attraverso i quali è più semplice comprendere i caratteri stessi e la

(5) R. ROMBOLI, *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?* in *Foro it.*, 2006, 12, 3323; dello stesso A. sul tema, per approfondimenti, v. anche: *Qualcosa di nuovo... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme sulle leggi*, in *La giustizia costituzionale fra memoria a prospettive* a cura di P. Carnevale e C. Colapietro, Torino, 2008, 89 ss.

serie di obblighi che si pongono al giudice comune. Spiegando, innanzitutto, *come* si è giunti all'affermazione, ormai costante nella giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui non solo è obbligo delle autorità nazionali interpretare ed applicare il diritto interno secondo conformità a Convenzione, ma che la stessa Corte europea ha la riconosciuta legittimazione « a verificare se il modo in cui il diritto interno è stato interpretato ed applicato produce degli effetti conformi ai principi della Convenzione, come interpretati nella sua giurisprudenza » (6); poi, come si è evoluto tale obbligo ed il corrispettivo diritto 'di controllo' della CEDU sull'applicazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno.

In origine, la Convenzione era priva di qualsivoglia efficacia conformante: una variabile pressoché indifferente alle operazioni "logiche" del giudice comune.

La concretezza dell'efficacia è stata raggiunta solo dopo un lungo, elaborato "gioco di rimandi" delle giurisprudenze nazionali. Sono le Corti "a legittimare un'altra Corte" (Polacchini). Sono state le stesse Corti nazionali che, alla "forza della Convenzione" ed "alla forza delle sentenze di Strasburgo", hanno agganciato, appunto, lo strumento dell'interpretazione conforme, ben al di là della stessa legittimazione o necessità di esso derivante dal disposto dell'art. 46, par.1, della Convenzione, che impegna le "Alte parti contraenti" a "conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti". È stata, infatti, la Corte costituzionale, ad esempio, ad affermare — in un primo momento della sua giurisprudenza — la necessità di conformazione a *tutti* i principi affermati in *tutte* le pronunce di Strasburgo: anche in quelle, cioè, in cui il nostro Paese non compariva quale parte processuale (7).

Solo come *memento* (ma indispensabile), si comincia dalle sentenze gemelle del 2007 (nn. 348 e 349), nelle quali si afferma che la « funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte

(6) Corte EDU, *Grande Chambre, Affaire Scordino c. Italie (n. 1)*, (Requête no 36813/97), 29 marzo 2006, §§ 190-191.

(7) È stato evidenziato da E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 955 ss., come nella costruzione dell'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale abbia esteso il vincolo interpretativo "a tutta indiscriminatamente la giurisprudenza di Strasburgo, e quindi anche a quella relativa ai Paesi diversi dall'Italia", ben al di là dell'ambito di applicazione dell'art. 46 della Convenzione in ordine agli effetti della pronuncia rispetto allo Stato parte della controversia. La Corte, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, ha richiamato l'art. 32 della Convenzione, che, tuttavia, stabilisce soltanto la competenza funzionale della Corte di Strasburgo a pronunciarsi su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione, senza nulla affermare in merito all'efficacia *erga omnes* delle pronunce.

europea » è destinata « ad integrare il parametro costituzionale », pur collocandosi sempre ad un « livello sub-costituzionale ». Lettura funzionale, insomma, al meccanismo dell'interposizione rispetto al parametro dell'art. 117 Cost., ma che pone, al contempo, precisi paletti al giudice comune nell'adeguamento ai *dicta* di Strasburgo.

Innanzitutto, quello del monopolio ermeneutico della Convenzione riconosciuto alla Corte di Strasburgo: ciò che scava la distanza teorica rispetto all'interpretazione conforme a Costituzione. Quest'ultima, come visto, « esige un'interpretazione *attiva* non della sola norma primaria, ma, insieme ad essa, della disposizione costituzionale, al di là del circuito obbligato dei precedenti della Corte, come è di necessità a fronte di questioni del tutto nuove, emergenti dalla poderosa inflazione delle leggi” (8). Nell'interpretazione conforme a CEDU, invece, per il giudice comune il parametro è inattuabile: autentico invitato di pietra dell'attività ermeneutica. Il 'parametro' non è infatti costituito dalla disposizione *in sé* della Convenzione EDU, ma dagli esiti ermeneutici che, su di esso, hanno reso le pronunce della Corte di Strasburgo. Al giudice comune è fatto divieto di adottare interpretazioni della norma convenzionale diverse (e, meno che mai, incompatibili) con quelle che risultano dalle pronunce della Corte Europea; al giudice comune, piuttosto, « spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme » (Corte cost., sent. n. 349 del 2007). Ma « qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma » (*ivi*).

Il paletto ulteriore è stato poi la collocazione dell'eventuale contrasto tra norma interna e norma CEDU nell'alveo dell'incidente di costituzionalità, risultando comunque vietato al giudice comune la “soluzione finale”, vale a dire la *disapplicazione* della norma interna eventualmente in contrasto con la norma convenzionale o anche la diretta applicazione del precetto della Convenzione. Quest'ultima, nella costruzione operata dalla Corte costituzionale, è di rango interposto, formalmente 'subordinata' alla Costituzione: proprio in quanto le norme che vi figurano sono destinate « ad integrare il parametro costituzionale », esse si collocano sempre ad un « livello sub-costituzionale », con la necessità che, a loro volta, siano conformi a Costituzione.

(8) Così, con cristallina chiarezza, M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune*, cit., 604.

Non è pertanto consentito l'effetto diretto del diritto convenzionale e, quindi, il potere « per il giudice nazionale di applicar[lo] direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti » (Corte cost., sent. n. 349 del 2007 e, tra le successive, sent. n. 113 del 2011).

Quel che, in ogni caso, interessa notare — ed al di là dei dubbi teorici indubbiamente rilevanti in tale complessa costruzione sistematica — è che, già con una decisione di poco successiva a quelle di esordio, il vincolo delle norme CEDU fu affermato con forza ancora maggiore dalla giurisprudenza costituzionale. Nella pronuncia n. 39 del 2008, infatti, la Corte, richiamando le due sentenze dell'anno precedente, evidenziava che il tratto di peculiarità delle norme CEDU « consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi »⁽⁹⁾. Dunque, non l'astratta norma della Convenzione è in sé norma interposta e parametro di conformazione — perché se così fosse, ben scarsa sarebbe la sua incidenza — quanto la norma come interpretata dalla Corte EDU attraverso le sue pronunce. La differenza è enorme: e sono proprio le sentenze di Strasburgo a rammentarlo. Si affaccia, in breve, in forma cogente il *tertium non datur* (o adeguamento conforme o questione di legittimità costituzionale), che viene ribadito nelle (ulteriori) sentenze c.d. 'natalizie' nn. 311 e 317 del 2009⁽¹⁰⁾: con l'importante sottolineatura, inoltre, riguardante lo stesso Giudice delle leggi, al quale « è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve ».

Tutto questo può essere espresso attraverso un primo, sintetico (quanto fondamentale), precetto: è vietata la disapplicazione della norma interna eventualmente in contrasto con la norma convenzionale o anche la non applicazione della norma interna e la diretta applicazione del precetto della Convenzione.

⁽⁹⁾ Effetto, questo, della “regola aurea” secondo cui le norme sovranazionali, anche laddove siano state ‘incorporate’ nell’ordinamento interno a mezzo della clausola di piena ed intera esecuzione (...) *conservano la loro natura di norme sovranazionali* e dunque richiedono di essere interpretate *alla stregua dei canoni ermeneutici vigenti nell’ordinamento di provenienza*: così F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. Corso e E. Zanetti, 2, 2010, 617-679, cit. 634 (corsivi originali), il quale aggiunge che, in caso contrario, sarebbe frustrato lo scopo stesso delle norme internazionali, vale a dire di assicurare una regolamentazione uniforme di determinate materie al di là dei confini nazionali.

⁽¹⁰⁾ « (...) al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti »: così sent. n. 311 del 2009, § 6 del *Considerato*.

La stessa Corte costituzionale si riconosce destinataria del potere conformante della giurisprudenza di Strasburgo: di più, fa anche copiosa applicazione di tale principio. È il caso, solo per fare qualche esempio, delle sentenze n. 93 del 2010 (pubblicità dell'udienza di prevenzione ⁽¹¹⁾), n. 187 del 2010 (principio di non discriminazione ⁽¹²⁾), n. 196 del 2010 (natura sostanzialmente penale della sanzione afflittiva ⁽¹³⁾), n. 113 del 2011 (*restitutio in integrum* integrale per la vittima ⁽¹⁴⁾). A questo elenco — che potrebbe essere assai lungo — si potrebbe aggiungere quello delle pronunce della Corte di cassazione, altrettanto decisa (forse ancor di più) a spingere l'interpretazione convenzionalmente conforme sino al punto da ritenere non più revocabile in dubbio « che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la “forza vincolante” delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo » ⁽¹⁵⁾.

Dunque, il futuro sembrava edificato ed il volto del sistema segnato. Uso tuttavia l'imperfetto perché tale assetto ha subito anch'esso una importante evoluzione (o involuzione, a seconda delle prospettive), tale da modellarlo in maniera assai diversa. Il punto di cesura rispetto a questi principi, ciò che segna l'esistenza di un 'prima' e di un 'dopo' è infatti rappresentato dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 (est. Lattanzi).

È la sentenza del canone 'occidentale' della c.d. 'giurisprudenza consolidata': in essa si afferma che non ogni pronuncia isolata della Corte EDU, (che non individua, appunto, alcun orientamento consolidato) obbliga il giudice nazionale all'applicazione del principio espresso ad ipotesi diverse, ancorché astrattamente rientranti nel (o assimilabili al) caso deciso. Dunque,

⁽¹¹⁾ Nella quale la conformazione alle decisioni di Strasburgo non vale solo ad affermare il principio della pubblicità dell'udienza di prevenzione, ma anche, significativamente, a definirne le eccezioni, posto che « in conformità alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, resta fermo il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto ».

⁽¹²⁾ Nella quale si afferma che « lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione, assunto dall'odierno rimettente a parametro interposto ».

⁽¹³⁾ ... la quale richiama la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, per ricavare « il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto », posto a fondamento di quel giudizio di costituzionalità.

⁽¹⁴⁾ Dove il richiamo alla « consolidata (...) giurisprudenza della Corte di Strasburgo » sulla *restitutio in integrum* della vittima della violazione è funzionale al « poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata ».

⁽¹⁵⁾ È il noto passaggio di Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, rv. 241753.

la Corte costituzionale statuisce che fino a quando non emerge un 'diritto consolidato' (espresso, cioè, quantomeno da una pronuncia della Grande Chambre), può continuare ad applicarsi il 'diritto vivente' nazionale. Nella specifica materia, ciò equivale ad affermare la piena compatibilità di una confisca urbanistica disposta sì in assenza di una formale sentenza di condanna, ma in presenza di una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

L'argomento, tuttavia, trova espressa e dettagliata trattazione in altro contributo del presente volume, al quale pertanto si rinvia per ulteriori approfondimenti e riflessioni.

4. Di alcuni dubbi e su alcuni rischi. Conclusioni

Nondimeno, alcuni interrogativi possono essere sollevati anche nella presente sede. Innanzitutto: ciò che non obbliga (in quanto non consolidato) implica anche irrilevanza dell'orientamento CEDU e, quindi, il potere del giudice comune di ignorare l'orientamento 'episodico'? Più in generale, è da chiedersi quale coerenza manifesti la presenza stessa di un orientamento interpretativo di tale specie e se esso possa generare, comunque, un dubbio di legittimità costituzionale. Dubbio che si trasferisce ad un profilo ancora più generale: se, cioè, l'interpretazione 'convenzionalmente' conforme sia, per così dire, sollecitata anche da un diritto sovranazionale consolidato nel senso dei principi o dei criteri, ancorché non ancora sulla *species facti* all'esame del giudice nazionale. Interrogativi, questi, tutt'altro che teorici, tanto vero che sono venuti in rilievo nella annosa questione del *bis in idem* in materia penale⁽¹⁶⁾.

La Corte costituzionale sembra avere risposto positivamente al quesito, nel senso di riconoscere al giudice comune la libertà interpretativa di conformazione alla CEDU, *recte*: ai criteri da essa enunciati, riconoscendo, in quel caso, la natura 'penale' della sanzione « benché manchi, allo stato, una pronuncia della Corte europea che, con specifico riferimento alle suddette sanzioni, si sia espressa in tal senso », come recita un passo assai significativo della sent. n. 43/2017. E, ancora più significativamente, la sent. n. 68 del 2017 ha affermato che « è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo ». La Corte ha infatti precisato, in diverse pronunce, come « i canoni dell'interpretazione costituzionalmente

⁽¹⁶⁾ La questione è autorevolmente affrontata da N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Giappichelli, Torino, 2018, 27 ss.

e convenzionalmente orientata debbono (...) trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse (...) non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto » (sent. n. 236/2011); ed ancora, che « in tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione » (sent. n. 49/2015). Rispetto a tale indirizzo — che amplia molto l'ambito di efficacia dell'interpretazione conforme del giudice comune, fino ad abbracciare la 'complessiva' giurisprudenza di Strasburgo — non sono mancate critiche, alcune delle quali provenienti, significativamente, proprio da un giudice costituzionale. Nota infatti lo stesso prof. Zanon che tale tipologia di i.c. trova diversi limiti: innanzitutto, quello del testo; poi quello derivante dal fatto che ci si trova « in un ambito situato ai confini del diritto penale in senso proprio, e comunque governato dal principio di legalità, che è la prima garanzia dell'eguale applicazione della legge », cosicché « il ricorso al canone dell'interpretazione conforme fisiologicamente non può trovare grande applicazione ». Se, dunque, il giudice « decide da solo il caso sottoposto al suo esame, facendo prevalere le garanzie convenzionali sulla disposizione interna, quindi applicandole direttamente al caso » incorrerebbe « in un errore, che pregiudica grandemente il principio di legalità penale » (Zanon). Insomma, sull'interpretazione conforme ai *criteri* (quand'anche sia riscontrata la presenza di uno di essi, riferito ai criteri Engel) sarebbe prevalente (e "dirimente") « la qualificazione formale sulla base della legge interna ». Quindi, il giudice comune dovrebbe abbandonare l'idea di una interpretazione conforme e sollevare, eventualmente, questione di legittimità costituzionale attraverso il parametro interposto di cui all'art. 117, comma 1, Cost.

Come si intuisce — anche sulla scorta della riflessione dottrinale maturata nell'ultimo decennio — il problema dell'interpretazione conforme, anche in ambito sovranazionale, è quello del suo limite estremo, vale a dire della dilatazione dei suoi poteri interpretativi, eventualmente al di là del testo, dei "cancelli della parola" della norma interpretata.

Il rischio è, insomma, di trasformare l'interpretazione (conforme) in normazione (mascherata), risultando sottile (secondo molti, inesistente) il confine tra adeguamento ermeneutico ed autentica creazione normativa da parte del giudice comune. È la tradizionale oscillazione tra perimetro del testo della disposizione interpretata e suo (più vasto) orizzonte di senso.

Concludendo, per sintesi estrema, l'interpretazione convenzionalmente

conforme dovrà attenersi ad alcuni caposaldi di principio, assai stringenti per il giudice comune.

Riconoscendo alla Corte EDU la “funzione interpretativa eminente” dei diritti contenuti nella Convenzione, la Corte costituzionale ha sancito, per il giudice comune, il divieto di interpretare il parametro (interposto), cioè la norma convenzionale. Dunque, il controllo di convenzionalità da parte del giudice comune postula una variabile indipendente, rappresentata, appunto, dalla latitudine interpretativa della norma convenzionale. D'altra parte, le norme costituenti parametro interposto — ovvero le norme convenzionali per come interpretate da Strasburgo — sono pur sempre soggette ad un principio di necessaria conformità alle norme (a tutte le norme, oltre che ai principi) della Costituzione, trattandosi, proprio sul piano della gerarchia delle fonti, di norme «sub costituzionali». La circostanza che la Corte costituzionale si riservi il sindacato finale sulle “letture” delle norme CEDU effettuata da Strasburgo; che, insomma, il precetto pretorio in cui si materializza la norma convenzionale sia del tutto “sottomesso”, alla fine, alla Costituzione esclude tuttavia, in capo al giudice comune, un potere di ‘dar voce’ a tale subordinazione attraverso una lettura “costituzionalmente orientata” della norma CEDU: in una parola, di disattendere l'interpretazione fornita da Strasburgo in favore di altra ritenuta maggiormente conforme a Costituzione. Rispetto al parametro interposto, il giudice comune — sperimentata l'impossibilità di una interpretazione convenzionalmente conforme in ragione del limite di testo della disposizione interna applicanda — potrà solo promuovere incidente di legittimità, qualora non sia persuaso della compatibilità del parametro stesso con la Carta costituzionale: non potrà, in nessun caso, disapplicare la norma interna, per applicare, con efficacia diretta la norma sovranazionale quale interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Ciò significa anche, quale effetto ulteriore, che come è stato notato ⁽¹⁷⁾ a fronte di una disposizione interna suscettibile di due diverse interpretazioni — una (più) vicina alla CEDU (vale a dire, alla giurisprudenza di Strasburgo) ma tale da indurre sospetti, non manifestamente infondati, di incostituzionalità; l'altra sicuramente conforme a Costituzione ma (più) lontana dal “diritto di Strasburgo” — il giudice comune avrebbe il potere/dovere di optare immediatamente per l'interpretazione sicuramente conforme a Costituzione. Ciò, tuttavia, senza mai dimenticare che (Corte cost., sent. n. 25/2019) «l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, orientata alla conformità alla CEDU (...) non implica anche necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione

⁽¹⁷⁾ V. SCARABBA, *L'“interpretazione conforme” tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, e, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 maggio 2019.

per violazione di un principio o di una previsione della CEDU (...). È ricorrente che gli stessi principi o analoghe previsioni si rinvenivano nella Costituzione e nella CEDU, così determinandosi una concorrenza di tutele, che però possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili; vi può essere uno scarto di tutele, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia (...). Non c'è però, nel progressivo adeguamento alla CEDU, alcun automatismo, come risulta già dalla giurisprudenza di questa Corte, stante, nell'ordinamento nazionale, il « predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU ».

I poteri interpretativi del giudice comune, compreso quello di interpretazione 'convenzionalmente' conforme trovano dunque perimetro nei tre divieti ermeneutici imposti: divieto di disapplicazione della norma interna eventualmente contrastante con quella convenzionale; divieto di interpretazione della norma convenzionale; divieto di disapplicazione del parametro interposto (norma convenzionale) in ragione del *favor Constitutionis*. E nondimeno, si tratta di miti che, sebbene intensi, esprimono altrettante necessità fondamentali del sistema, delle quali ogni giudice comune deve avere piena consapevolezza.

II.

IL “DIRITTO CONSOLIDATO” E LA “SENTENZA PILOTA”: QUALI CONSEGUENZE PER IL DIRITTO INTERNO E QUALI OBBLIGHI PER IL GIUDICE NAZIONALE

di Daniela Cardamone (*)

SOMMARIO: 1. Interpretazione conforme e “diritto vivente” europeo, dalle “sentenze gemelle” alla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015. — 2. La “sentenza pilota”. — 3. Applicazione delle sentenze della Corte EDU ai casi simili in via interpretativa: difficoltà di individuare il precedente di “portata generale”. — 4. Non utilità del criterio della formazione giudiziaria che ha emesso la sentenza della Corte EDU al fine di individuare la “giurisprudenza consolidata”. — 5. Considerazioni conclusive.

1. Interpretazione conforme e “diritto vivente” europeo, dalle “sentenze gemelle” alla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015

Per quanto riguarda l'estensione in via interpretativa della giurisprudenza della Corte EDU, la vocazione *erga omnes* delle sentenze europee ha comportato la necessità di collocarle all'interno della gerarchia delle fonti.

Il fondamento costituzionale dei rapporti con la Convenzione è da rinvenirsi nell'art. 117, primo comma, della Costituzione, che assicura alle disposizioni della Convenzione, come interpretate dalla Corte europea di Strasburgo, un valore « intermedio »: superiore alle leggi dello Stato, ma subordinato alla Costituzione nazionale.

Ne consegue che, mentre i giudici comuni sono chiamati ad interpretare le normative nazionali alla luce della CEDU, spetta solo alla Corte costituzionale l'eventuale dichiarazione di illegittimità delle disposizioni legislative che con essa contrastino, sempre che i principi convenzionali non determinino, a loro volta, una lesione di altre norme o principi protetti dalla Costituzione nazionale (come la Corte Cost. ha stabilito a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007).

Esclusa la possibilità di disapplicare la norma interna da parte del giudice comune, viene posta un'alternativa tra interpretare la norma interna

(*) Magistrata presso il Tribunale di Milano.

in modo conforme alla disposizione internazionale e, qualora ciò non sia consentito dal dato testuale, investire la Consulta della relativa questione di legittimità costituzionale, in riferimento al parametro costituzionale dinanzi indicato, così come integrato le norme della CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte EDU (come ulteriormente chiarito dalle sentenze n. 317 e 311 del 2009; n. 39 del 2008 e n. 81 del 2011).

Successivamente, con la sentenza n. 49/2015, scaturita da due questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alla sentenza della Corte EDU Varvara c. Italia (sent. 29.10.2013, ric. n. 17475/09) in tema di confisca urbanistica applicata in caso di reato prescritto, la Corte costituzionale ha specificato, per la prima volta, che il vincolo interpretativo vale soltanto in relazione al “diritto consolidato” generato dalla giurisprudenza europea, mentre nessun obbligo esiste a fronte di pronunce che non sono espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Queste ultime andrebbero individuate secondo la Consulta nelle “sentenze pilota”, che accertano una violazione “sistemica” di un diritto convenzionale da parte dello Stato in conseguenza di un difetto strutturale del suo ordinamento giuridico, o delle sue prassi giudiziarie o amministrative, e nelle sentenze di Grande Camera; non avrebbero, invece, analoga forza vincolante le sentenze che affermano un principio “creativo” rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea, quelle in cui figurano opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; le sentenze emesse da una sezione semplice, che non abbiano ricevuto l'avallo della Grande Camera; infine, le sentenze dalla lettura delle quali emerge 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* ».

2. La “sentenza pilota”

Nonostante le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, i dubbi interpretativi permangono.

Le “sentenze pilota” (*pilot jugements; arrêts pilotes*), invero, nel sistema della Convenzione EDU sono uno strumento di carattere procedimentale finalizzato a decidere ricorsi seriali che hanno alla base un problema strutturale e non hanno una forza vincolante diversa da quella di altre sentenze.

Esse vengono adottate all'esito di una procedura — introdotta dapprima in via pretoria con la sentenza Broniowski c. Polonia del 22.6.2004 (ric. 31443/96) e poi codificata con l'introduzione dell'art. 61 delle Regole di procedura il 31.3.2011 — finalizzata a identificare i problemi strutturali dai

quali scaturiscono casi ripetitivi e ad indicare allo Stato membro le soluzioni a livello normativo o amministrativo da adottare. L'utilità della sentenza pilota è triplice: aiutare gli Stati membri a risolvere i problemi sistemici o strutturali, evitando plurime condanne; fornire un risarcimento più rapidamente ai ricorrenti; aiutare la Corte EDU a smaltire in modo più efficiente e rapido il suo carico di lavoro di casi "seriali", riducendo il numero di casi simili, generalmente complessi, e consentendo di risolvere velocemente quelli già pendenti senza doverli esaminare nel dettaglio.

Ad esempio, la pronuncia Torreggiani ed altri c. Italia dell'8.1.2013 (ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10) è una sentenza pilota che riguarda il problema strutturale del sovraffollamento carcerario e ben 3500 ricorsi all'epoca già pendenti dinanzi alla Corte EDU.

Dopo aver esaminato i nuovi rimedi introdotti dallo Stato italiano (ad es. D.L. 92/2014, art. 35-ter⁵L. 354/1975), la Corte EDU ha ritenuto che gli stessi costituissero un rimedio effettivo per i ricorrenti e ha respinto i ricorsi pendenti per mancato previo esaurimento dei rimedi interni (sentenze Stella c. Italia ed altri, ric. n. 49169/09, e Rexhepi c. Italia, ric. n. 47180/10), così potendo trattare con maggiore speditezza migliaia di ricorsi.

Dal punto di vista giurisprudenziale, quindi, le sentenze pilota non rivestono un particolare interesse, poiché riprendono precedenti non contestati e si rivolgono, quindi, principalmente al legislatore chiamato a introdurre mediante riforme normative i rimedi necessari per evitare il protrarsi di violazioni di carattere sistematico.

3. Applicazione delle sentenze della Corte EDU ai casi simili in via interpretativa: difficoltà di individuare il precedente di "portata generale"

Sarebbe più utile, quindi, fare riferimento invece che alla "sentenza pilota" alla nozione di "*leading case*" intesa quale decisione giudiziaria che, per prima, fissa una norma o un principio di diritto destinato ad essere applicato in futuro in tutti i casi simili e che, quindi, costituisce un precedente di portata generale.

La giurisprudenza della Corte EDU, infatti, per essere colta appieno nel suo significato, richiederebbe il ricorso al metodo proprio della dottrina del precedente, nota al diritto e alla pratica di *common law*; la giurisprudenza casistica di Strasburgo, basata sulla risoluzione del caso concreto, e la pratica che essa segue nell'argomentare per precedenti, con ricorso al metodo del *distinguishing*, assimila molto tale produzione giurisprudenziale a quella tipica appunto dei sistemi di *common law* (Cossey c. Regno Unito, 27.9.1990, par. 32-34).

Si tratta, però, di un'operazione ermeneutica non sempre agevole in quanto, considerato il flusso continuo di produzione giurisprudenziale e la estrema varietà dei sistemi giuridici di riferimento, è difficile individuare un precedente di portata generale.

Peraltro, si deve constatare che il principio del precedente, che opera di fatto nella giurisprudenza della Corte EDU, assume contorni piuttosto fluidi, in relazione alle specificità della sua struttura organizzativa e delle sue prassi.

L'analisi approfondita della sua giurisprudenza rivela, infatti, che la Corte di Strasburgo adotta una "nozione autonoma" di precedente, che appare in concreto divergente da quella propria dei sistemi di *common law*. L'uso dei precedenti in un diritto di creazione giurisprudenziale presuppone, infatti, l'esistenza di un nucleo fattuale simile se non identico (*idem factum*) al quale applicare il principio generale; invece, la Corte EDU fa spesso ricorso al meccanismo, ben diverso, dell'applicazione estensiva di principi enunciati in fattispecie differenti, che non facevano inizialmente parte del loro campo di applicazione. Per esempio, appare emblematico di tale modo di ragionare della Corte EDU il caso della sentenza Oztürk c. Germania (sent. 21.2.1984, ric. n. 8544/79) dove, in assenza di precedenti, essa ha fatto ricorso alla sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi (sent. 8.6.1976, ric. 5100/71 ed altri) vertente su una fattispecie differente (l'applicabilità dell'articolo 6 capo penale della Convenzione alle sanzioni disciplinari anche privative della libertà personale) ma ispirata al medesimo principio generale (l'autonomia della nozione di "materia penale" e l'applicazione dei tre "criteri Engel" che permettono di definirla). Allo stesso tempo, la sentenza Oztürk costituisce un "precedente" per le pronunzie successive che vertono sul tema dell'applicabilità dell'articolo 6 alle sanzioni amministrative (Gradinger c. Austria, GC, 23.10.1995, n. 15963/90, par. 34-35).

Nelle sue sentenze la Corte di Strasburgo, inoltre, fa ricorso ai "precedenti" per ricordare le regole d'interpretazione delle norme convenzionali, prima di effettuare l'analisi delle similarità fattuali o, anche, a prescindere da tale analisi; in tal modo, non è chiarito il nesso che lega il precedente al nuovo caso sottoposto all'esame del giudice europeo, il che è reso particolarmente evidente nei casi in cui i precedenti citati fanno riferimento a contesti fattuali e normativi completamente diversi dalla fattispecie concreta da decidere (si veda, ad esempio, la citazione dei precedenti Dan c. Moldavia ric. n. 8999/07, Manolachi c. Romania ric. n. 36605/04 e Hanu c. Romania ric. n. 10890/04, nella sentenza Lorefice c. Italia, ric. n. 63446/13; la citazione del precedente Perez c. Francia ric. n. 47287/99 nella sentenza Arnoldi c. Italia, ric. n. 35637/04; del precedente Beuze c. Belgio [GC], ric. n. 71409/10, nella sentenza Knox c. Italia, ric. n. 76577/13).

Non è, inoltre, di aiuto all'interprete il fatto che la redazione delle sentenze avviene secondo un modello standardizzato che prevede lo svolgi-

mento dei fatti, la descrizione della normativa interna o internazionale pertinente, le questioni di ammissibilità e le questioni di merito. In particolare, la trattazione di queste ultime avviene secondo uno schema ricorrente che consiste nella prospettazione delle parti, nella giurisprudenza della Corte EDU e nell'applicazione dei principi al caso di specie; il precedente e la realtà giuridico-fattuale che lo ha originato non sono, però, sempre approfonditamente valutati, con la conseguenza che il caso può essere risolto con una condanna o una non-violazione, come nei precedenti invocati, senza un'analisi fattuale delle ragioni per i quali si ritiene di poter sussumere la fattispecie concreta nell'ambito di quel precedente.

4. Non utilità del criterio della formazione giudiziaria che ha emesso la sentenza della Corte EDU al fine di individuare la “giurisprudenza consolidata”

Non è possibile neanche graduare la forza vincolante delle sentenze della Corte EDU in base alla formazione giudiziaria dalla quale promanano (Comitato, Camera, Grande Camera).

La Corte di Strasburgo, come essa stessa ha chiarito, « *non è vincolata dai propri precedenti, ma usualmente li segue ed applica, nell'interesse della sicurezza legale e dell'ordinato sviluppo della sua giurisprudenza* » (Cossey c. Regno Unito, cit. par. 35). In tal senso, la Corte EDU ritiene vincolante ogni sua pronuncia precedente, se attinente al caso da decidere, quindi anche un'unica sentenza o un'unica decisione di irricevibilità, fino a quando l'orientamento che vi è espresso non sia modificato da una sentenza della Grande Camera.

Ne consegue che non è possibile ritenere che una sentenza emessa da un Comitato di tre giudici o da una Camera di sette giudici sia meno vincolante di una pronuncia emessa dalla Grande Camera. L'intervento della Grande Camera è, invero, solo eventuale ed è previsto in casi ben precisi, tassativamente individuati dalla Convenzione: in primo luogo, quando una Camera abbia ad essa rinviato un caso che solleva serie questioni di interpretazione della Convenzione, ovvero si prospetta un contrasto di giurisprudenza (art. 30 CEDU); oltre alla rimessione disposta da una Camera, in casi eccezionali, un collegio di cinque giudici può ammettere che, dopo la sentenza di una Camera, a richiesta di parte, il caso sia riesaminato dalla Grande Camera (art. 43 CEDU). La Grande Camera può, quindi, modificare o meglio specificare un orientamento interpretativo della Corte; in questo senso, quindi, non è completamente corretto affermare che una sentenza della Grande Camera assuma una particolare forza vincolante, maggiore di quella propria dei precedenti formati dalle sentenze delle Camere.

Va anche rilevato che la formula « *giurisprudenza consolidata* » (*jurisprudence bien établie* o *well established case law*) contenuta nell’art. 28 par. 1 lett. b) della Convenzione, nel linguaggio della CEDU, indica essenzialmente la condizione per l’adozione della procedura davanti ad un Comitato di tre giudici, che pronunciano una sentenza immediatamente definitiva, per la quale è escluso il ricorso alla Grande Camera (in tal senso, Grande Camera G.i.e.m. ed altri contro Italia del 28/06/2018, par. 39).

Tale parametro, nell’ambito del sistema organizzativo della Corte EDU, corrisponde essenzialmente a criteri di *court management*, destinati ad evolversi nel tempo, per far fronte alle esigenze di gestione dei procedimenti; di recente, ad esempio, nell’intento di gestire l’arretrato di casi ammissibili pendenti, la Corte EDU ha deciso di adottare in maniera generalizzata la procedura più snella del Comitato per decidere non solo i casi ripetitivi o seriali ma anche i casi che vertono su questioni sulle quali vi è una « *giurisprudenza che è stata costantemente applicata da una Camera* ».

In tal senso, è stata di recente valorizzata la lettera del Protocollo 14, la quale lascia spazio ad una nozione più ampia di giurisprudenza consolidata che non sarebbe limitata ai “casi seriali”, quali ad esempio quelli in materia di irragionevole durata della procedura o di condizioni di detenzione, ma può essere ampliata fino a ricomprendere il concetto di “giurisprudenza costante” (si veda in particolare: “*Opinion on the draft Copenhagen Declaration. Adopted by the Bureau in light of the discussion in the Plenary Court on 19 February 2018*” che richiama il documento DD(2018)60 distribuito alle delegazioni della Conferenza di Copenhagen del 2018).

Di qui la non adeguatezza del criterio della formazione giudiziaria per individuare la maggiore forza vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo in quanto ormai, a seguito delle recenti riforme finalizzate a snellire le procedure di esame di casi ammissibili pendenti dinanzi alla Corte EDU, il Comitato è destinato a prendere il posto sino ad ora occupato dalla Camera e quest’ultima sarà chiamata a decidere solo i casi che pongono questioni giurisprudenziali nuove.

Infine, va rilevato che la giurisprudenza consolidata della Corte EDU sarebbe ancora meglio decifrabile sulla base delle decisioni di irricevibilità del giudice unico le quali, rappresentando la maggioranza delle pronunzie emesse (81.764 nel 2012, 89.737 nel 2013, 83.675 nel 2014, 43.135 nel 2015, 30.998 nel 2016, 66.156 nel 2017, 29.300 nel 2018, 29.800 nel 2019, 37.289 nel 2020, 32.961 nel 2021), qualora fossero pubbliche e motivate, fornirebbero un quadro certamente molto completo delle questioni interpretative considerate ormai pacifiche dai giudici europei, tanto da non richiedere alcun ulteriore esame (art. 27 della Convenzione).

La Corte EDU, del resto, rispondendo alla Consulta, ha inteso ribadire con fermezza la vincolatività di tutte le sue pronunce e, nella sentenza di

Grande Camera del 28/06/2018, nel caso G.i.e.m. ed altri contro Italia, ha affermato che « *le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e le loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate* » (par. 252).

Nonostante tale perentoria affermazione, la sentenza di Grande Camera, G.i.e.m. ed altri contro Italia non ha contribuito alla dissipazione definitiva di tutti i dubbi interpretativi del giudice comune in merito alla individuazione della giurisprudenza “vivente” della Corte EDU, in quanto, proprio la medesima sentenza offre, in realtà, elementi che confermano la validità dell’approccio della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015.

La sentenza G.i.e.m., in particolare, chiarisce, dopo un lungo percorso giurisprudenziale sviluppatosi con le pronunzie Sud Fondi c. Italia (sent. 20.1.2009, ric. n. 75909/11) e Varvara c. Italia (sent. 29.10.2013, ric. n. 17475/09), la questione interpretativa cruciale che la confisca urbanistica applicata a seguito di una declaratoria di prescrizione del reato, a determinate condizioni, non viola la Convenzione; quindi, da un lato, la sentenza ribadisce che tutte le decisioni della CEDU sono vincolanti *inter partes* ed *erga omnes* come *res interpretata*, dall’altro, rappresentando l’esito della complessa vicenda che ha riguardato la confisca urbanistica e che si è sviluppata in successive pronunzie, al di là delle affermazioni di principio, costituisce la conferma che il “diritto vivente” della Convenzione può effettivamente non promanare da una singola pronuncia ma essere il frutto di un processo tutto in divenire, soggetto a precisazioni ed affinamenti indotti anche da un dialogo costruttivo tra le Corti.

5. Considerazioni conclusive

Per quanto riguarda l’estensione in via interpretativa dei principi sanciti dalle sentenze della Corte di Strasburgo, la stessa è ostacolata dalla difficile decifrabilità di una giurisprudenza in continua evoluzione. L’attività che si richiede al giudice nazionale è, infatti, molto complessa e destinata a produrre risultati non sempre certi.

Invero, nell’ambito del sistema integrato di tutela di diritti, la funzione del giudice nazionale nell’interpretare il proprio sistema giuridico in conformità alla Convenzione EDU, anche mediante il filtro della Corte Costituzionale, si svolge con riferimento ad un diritto di matrice giurisprudenziale che, promanando da uno strumento vivente qual è la Convenzione EDU, è in continua trasformazione ed evoluzione (la Convenzione è definita “*living instrument*”, per la prima volta, nel caso Tyrer c. Regno Unito, sentenza del 25.4.1978, ric. n. 5856/72, par. 31.)

Nelle sentenze della Corte EDU convivono spesso orientamenti non sempre univoci e la quantità di sentenze e decisioni pronunciate nelle sue

diverse formazioni giudiziarie non aiuta ad assicurarne la coerenza e l’ordinato sviluppo.

Peraltro, in molte questioni di principio, prima che siano risolte con il meccanismo del rinvio alla Grande Camera, convivono talora nelle sentenze della Corte di Strasburgo orientamenti difficilmente compatibili che l’interprete nazionale, che dovrebbe poter identificare con sicurezza la *ratio decidendi* cui far riferimento, non ha strumenti per comporre ⁽¹⁾.

Oltre alla difficoltà di individuare il “diritto vivente”, il problema pratico che si pone al giudice comune è quello se egli possa/debba sollevare una questione di legittimità costituzionale anche con riferimento ad un diritto europeo “non consolidato” che non possa quindi considerarsi “diritto vivente”, ma che, qualora disatteso, potrebbe esporre, anni più tardi, lo Stato a responsabilità internazionale.

Le difficoltà allora non mancano per i giudici comuni che oggi sono tenuti a fare i conti con i diversi ordinamenti sovranazionali e con i due diversi piani della legalità, quella costituzionale e quella delle fonti “esterne” alla Costituzione, le quali si presentano come dotate di effettività e non ammettono, quindi, che se ne possa prescindere.

Nonostante le difficoltà, essi non possono sottrarsi al compito, che è loro assegnato nell’ordine costituzionale europeo, di assicurare la tutela dei valori storicamente e culturalmente comuni agli stati europei la quale, in base al principio di sussidiarietà, che costituisce parte integrante della Convenzione EDU (si deve alla Dichiarazione di Brighton del 2012 l’inserimento nel preambolo della Convenzione dei principi di sussidiarietà e del margine di apprezzamento) deve essere assicurata, in primo luogo, attraverso l’azione delle autorità giurisdizionali nazionali.

I giudici comuni devono anche riuscire a portare all’attenzione della Corte di Strasburgo il punto di vista del diritto interno e i principi del sistema giuridico italiano, con l’enorme potenzialità dei suoi bilanciamenti tra diritti fondamentali dei singoli ma anche tra diritti dei singoli e della collettività.

Nel fare questo, i giudici nazionali non dovrebbero chiudersi su posizioni conservatrici del sistema di diritto interno ma, piuttosto, esercitare appieno quella funzione fondamentale che spetta agli organi giurisdizionali nazionali di interpretare le norme in modo conforme anche al diritto europeo, oltre che di portare all’attenzione del giudice europeo il punto di vista del diritto interno, assicurando un collegamento costante e proficuo tra i due sistemi, nell’ottica della massimizzazione delle tutele.

⁽¹⁾ V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, Maggio 2015.

III.
I RIMEDI INTERNI
di *Davide Giovanni Pintus* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La nozione di rimedio interno per la Corte EDU. — 3. L'ammissibilità di un ricorso diretto alla Corte EDU.

1. Introduzione

Nella costruzione del sistema di tutela convenzionale, assume un pregnante rilievo l'articolo 35, § 1, della Convenzione ⁽¹⁾, che subordina l'accesso alla tutela erogata dalla Corte EDU, tra l'altro, al previo esaurimento delle vie di ricorso interne.

Tale requisito di ricevibilità del ricorso si inserisce nel solco di una consolidata tradizione del diritto internazionale consuetudinario, il quale punta a garantire la sovranità dei singoli Stati, nel rispetto del principio di sussidiarietà ⁽²⁾, limitando l'ambito di un possibile intervento *ab externo* a quei soli casi in cui i singoli ordinamenti non siano riusciti ad assicurare, tramite gli strumenti del diritto nazionale, la tutela richiesta da uno o più soggetti.

In tal senso, la Corte EDU è ben consapevole che il proprio compito si svolge su un crinale estremamente scivoloso: da un lato, essa ha il delicato compito di fornire una tutela concreta a diritti fondamentali dotati del carattere della effettività, che non possono quindi ridursi al rango di prerogative meramente teoriche, poiché inattuabili nella pratica ⁽³⁾.

Da un altro lato, la medesima Corte EDU è conscia di non avere i mezzi e gli strumenti propri di un tribunale di prima istanza, con la conseguenza di

(*) Avvocato dello Stato.

⁽¹⁾ Art. 35, § 1, Convenzione EDU: “*Condizioni di ricevibilità - 1. La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di quattro mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva*”.

⁽²⁾ Corte EDU, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996, ric. n. 21893/93, §§ 65 e segg.

⁽³⁾ Corte EDU, *Zubak c. Croazia*, 5 aprile 2018, ric. n. 40160/12, § 77.

non potere concretamente decidere su un gran numero di casi, qualora essi comportino la necessità di accertamenti in fatto o di complesse liquidazioni del risarcimento spettante alla parte danneggiata, essendo questi due compiti, almeno in linea di principio, di competenza dei giudici nazionali (4).

Infine, la regola in esame implica che la Corte, in linea di massima, non può essere adita per ottenere la reiterazione dell'attività di accertamento e valutazione svolta dai giudici nazionali: non può tradursi, insomma, in un quarto grado di giudizio. In tal senso, è pacifico che non spetti alla Corte sostituirsi ai tribunali nazionali, dovendo essere soltanto questi ultimi a risolvere i problemi di interpretazione della legislazione nazionale. La Corte, dunque, tende a non mettere in discussione l'interpretazione del diritto interno offerta da parte dei giudici nazionali, salvo il caso di evidente arbitrarietà, ossia allorquando la legge nazionale sia stata applicata in modo manifestamente erroneo o in modo da giungere a conclusioni arbitrarie e/o a un diniego di giustizia (5).

Alla luce di questa premessa, verranno analizzate di seguito le principali caratteristiche della regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, tentando di esplicitare alcune peculiari situazioni nelle quali la giurisprudenza convenzionale ha variamente perimetrato la portata del principio, mettendo altresì in luce gli aspetti sui quali è opportuno che si soffermi il giudice nazionale investito di una specifica controversia, al fine di erogare la tutela conseguente alla lesione di un diritto umano convenzionalmente garantito.

2. La nozione di rimedio interno per la Corte EDU

Come anticipato, la ricevibilità del ricorso alla Corte EDU è subordinata alla dimostrazione del previo esaurimento delle vie di ricorso interne.

Trattasi di un presupposto processuale, che implica l'avvenuta instaurazione dei rimedi offerti dalla giurisdizione nazionale, i quali devono altresì essersi conclusi con una pronuncia definitiva. La funzione della regola è quella di garantire la sussidiarietà dell'intervento sovranazionale (6).

In linea di massima, nell'ottica nella Convenzione EDU, la principale forma di tutela dei diritti umani deve essere quella garantita dall'ordinamento nazionale (e, per esso, dal giudice nazionale) (7), poiché più vicino ai bisogni

(4) Corte EDU, *Burmych e altri c. Ucraina*, 12 ottobre 2017, ric. n. 46852/13 e altri, § 159.

(5) Corte EDU, *Andelković c. Serbia*, 9 aprile 2013, ric. 1401/08, § 24.

(6) Corte EDU, *Shibendra DEV c. Svezia*, 21 ottobre 2014, ric. n. 7362/10, § 38.

(7) Corte EDU, *A, B e C c. Irlanda*, 16 dicembre 2010, ric. n. 25579/05, §§ 142 e segg.

e alle istanze di tutela dei ricorrenti. Il risultato ottimale, dal punto di vista della Convenzione, è dunque che i diritti garantiti dalla stessa siano tutelati, in prima battuta, dai singoli ordinamenti (ed eventualmente dai rispettivi giudici); solo quando ciò non avviene può intervenire il giudice sovranazionale.

I tribunali nazionali, dunque, devono porsi fin da subito il problema della compatibilità del diritto interno con la Convenzione EDU, anche qualora il ricorrente non abbia esplicitamente dedotto una specifica violazione di norme convenzionali analiticamente individuate. Nella giurisprudenza della Corte, infatti, è consolidata l'idea che, ai fini del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, possa essere sufficiente che una specifica doglianza sia stata sollevata almeno nella sostanza ⁽⁸⁾.

Quel che è dirimente, dunque, non è tanto l'aver rappresentato uno specifico contrasto con una ben individuata disposizione della Convenzione EDU, bensì l'aver fornito al giudice nazionale la possibilità di prevenire (o porre rimedio *a*) una lesione di un diritto fondamentale ⁽⁹⁾.

Questo, d'altro canto, non significa che il compito di ravvisare un possibile *vulnus* di un diritto convenzionalmente garantito possa essere integralmente addossato al giudice nazionale, qualora il singolo ricorrente non abbia fatto valere, almeno nella sostanza, il suo diritto ⁽¹⁰⁾. Anche nelle ipotesi in cui un dato ordinamento consenta al giudice di esaminare *ex officio* una determinata questione, la Corte ha ritenuto che, ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, non possa dirsi sufficiente il solo fatto di avere adito un tribunale nazionale, innanzi al quale non sia stata dedotta quella specifica doglianza, destinata a tradursi successivamente in una possibile lesione convenzionale ⁽¹¹⁾.

Così inquadrata la questione, è bene evidenziare che la Corte EDU ha sempre considerato opportuna e necessaria, nell'ottica di una tutela integrata e multilivello dei diritti fondamentali, l'acquisizione delle opinioni dei tribunali nazionali, che sono in contatto diretto e continuo con le forze dei loro paesi ⁽¹²⁾.

È tuttavia consolidata l'idea che i singoli Stati membri possano rinunciare a far valere il beneficio del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, posto che la regola è sancita nell'interesse degli ordinamenti nazio-

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Azinas c. Cipro*, 28 aprile 2004, ric. n. 56679/00, § 41.

⁽⁹⁾ Corte EDU, *Karácsony e altri c. Ungheria*, 17 maggio 2016, ric. nn. 42461/13 e 44357/13, § 76.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *Vučković e altri c. Serbia*, 25 marzo 2014, ric. n. 17153/11 e altri, § 72.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Farzaliyev c. Azerbaijan*, 28 maggio 2020, ric. n. 29620/07, § 55.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Burden c. Regno Unito*, 29 aprile 2008, ric. n. 13378/05, §§ 42 e segg.

nali ⁽¹³⁾. Si è parimenti affermato che, in presenza di più rimedi nazionali astrattamente idonei a tutelare il ricorrente, non occorre la dimostrazione che essi siano stati tutti azionati, essendo sufficiente l'esperimento di uno solo di essi ⁽¹⁴⁾.

Il che implica, tra le altre cose, che i soli rimedi che rilevano ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne sono le impugnazioni c.d. ordinarie e non anche quelle c.d. straordinarie (come, ad esempio, un'istanza di revisione di una decisione già divenuta definitiva ⁽¹⁵⁾).

Nella giurisprudenza della Corte EDU, inoltre, è condivisa la tesi secondo cui, per potersi discorrere di mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, occorre che il rimedio giurisdizionale offerto dagli ordinamenti nazionali sia al contempo accessibile, efficace e sufficiente.

Il requisito dell'accessibilità, per come interpretato dalla Corte, attiene fondamentalmente alla effettiva possibilità di esperire un dato rimedio, nel senso che la normativa nazionale deve essere sufficientemente chiara nel correlare un certo istituto alla fattispecie per la quale il singolo ritiene si sia verificata una lesione dei suoi diritti fondamentali.

L'accessibilità, inoltre, deve essere valutata in relazione alle specifiche circostanze di tempo e di luogo nelle quali il rimedio avrebbe dovuto essere esperito, senza contare che l'accesso ad una determinata via di ricorso interno deve essere (non solo ipotizzabile nella teoria, ma anche) effettivamente perseguibile nella pratica.

Quanto al primo aspetto, ad esempio, la giurisprudenza della Corte ha affermato che la proposizione di un'eccezione di mancato esperimento delle vie di ricorso interne, fondata sulla presunta esistenza di un rimedio accessibile in un dato ordinamento nazionale, implica il correlato onere della prova, gravante sulla parte che propone l'eccezione (tipicamente il governo di volta in volta convenuto), tendente a dimostrare che il rimedio stesso fosse effettivamente azionabile nella pratica all'epoca dei fatti ⁽¹⁶⁾.

La Corte, cioè, tiene conto della intrinseca mutevolezza degli orientamenti giurisprudenziali e pretende che chi lamenta il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne dimostri non soltanto l'esistenza di una base legale sufficientemente precisa per potere adire un giudice nazionale, in relazione alla specifica fattispecie di cui si discute, ma anche l'esistenza di orientamenti

⁽¹³⁾ Corte EDU, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, 18 giugno 1971, ric. nn. 2832/66, 2835/66 e 2899/66, § 55.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Fabris e Parziale c. Italia*, 19 marzo 2020, ric. n. 41603/13, §§ 49 e segg.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Prystavka c. Ucraina*, 17 dicembre 2002, ric. n. 21287/02.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Scavuzzo-Hager e altri c. Svizzera*, 30 novembre 2004, ric. n. 41773/98.

giurisprudenziali che ammettano l'esperibilità di una certa azione giurisdizionale, finalizzata a porre rimedio alla precisa ipotesi dedotta in giudizio. In pratica, non basta una mera speculazione teorica sulla astratta praticabilità di una certa via di ricorso interna, ma occorre una solida dimostrazione pratica sulla concreta fattibilità di una certa scelta processuale ⁽¹⁷⁾.

Quanto appena esposto pare estremamente rilevante al fine di orientare l'operato del giudice nazionale.

La regola dell'esaurimento dei rimedi interni ha due finalità: fare del giudice nazionale il primo garante del diritto convenzionale e, nel contempo, garantire alla giurisdizione domestica dello Stato contraente la riserva di potere di accertamento e valutazione dei fatti alla base della presunta contestazione del diritto convenzionale ⁽¹⁸⁾.

Di tal che, appare necessario che il giudice nazionale adotti un approccio interpretativo della massima apertura quando si tratta di stabilire in via pregiudiziale l'ammissibilità di un rimedio processuale volto alla tutela di un diritto convenzionale.

Volendo operare un riferimento al sistema italiano, partendo dalle coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte EDU, potrebbe ad esempio auspicarsi l'affermazione di una tendenza giurisprudenziale al riconoscimento dell'ammissibilità del rimedio cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c., nelle ipotesi in cui venga in rilievo, in ambito civile, una possibile violazione di un diritto convenzionalmente tutelato e non esista un altro rimedio interno accessibile, efficace e sufficiente.

Dal momento che il compito del giudice nazionale è anche quello di prevenire la violazione di un diritto convenzionalmente garantito, potrebbe dunque essere proficuo, anche nell'ottica di una significativa deflazione del contenzioso che riguarda l'Italia innanzi alla Corte EDU, che talune specifiche questioni afferenti a diritti umani di assoluta centralità ordinamentale (quali possono essere, ad esempio, la vita e la libertà personale) ottengano una prima tutela da parte del giudice nazionale, anche in assenza di un preciso rimedio di diritto interno, attraverso l'erogazione della tutela cautelare atipica dell'art. 700 c.p.c.

Si pensi, per un esempio su tutti, alle ipotesi di trattenimento degli stranieri presso i c.d. *hotspot*, ovvero ad altre ipotesi similari per le quali si

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Norbert Sikorski c. Polonia*, 22 ottobre 2009, ric. n. 17599/05, §§ 116 e segg.

⁽¹⁸⁾ Come detto, la Corte EDU può sindacare l'accertamento svolto dal giudice nazionale solo nei casi in cui lo stesso sia avvenuto con modalità tali da determinare una violazione convenzionale: vedasi al riguardo Corte EDU, *Carta c. Italia*, 20 aprile 2006, ric. n. 4548/02, § 52, nonché *Khamidov c. Russia*, 15 novembre 2007, ric. n. 72118/01, §§ 170 e segg.

verificati, al contempo, l'esigenza di una pronta tutela del diritto fondamentale e la mancanza di uno specifico rimedio ordinamentale.

In simili fattispecie, inoltre, può accadere che il singolo ricorrente, in mancanza di un preciso rimedio giurisdizionale idoneo a rivendicare la tutela del proprio diritto fondamentale, utilizzi un'azione non pertinente o incorra sotto altro profilo in possibili inammissibilità di tipo procedurale: in casi del genere, onde evitare e prevenire possibili vuoti di tutela, potrebbe essere opportuno, da parte del giudice nazionale, che l'eventuale declaratoria di inammissibilità di una certa azione giurisdizionale si accompagni ad una puntuale indicazione della via più corretta per richiedere la tutela ⁽¹⁹⁾.

L'accessibilità di un rimedio, inoltre, è stata ritenuta insussistente dalla Corte, in una fattispecie in cui l'ammissibilità di una certa azione era stata affermata soltanto in una parte della giurisprudenza di merito, senza avere ancora ricevuto un espresso e definitivo avallo dalla giurisprudenza apicale ⁽²⁰⁾.

Il criterio di riparto dell'onere della prova indicato dalla Corte EDU, tuttavia, potrebbe non essere del tutto condivisibile nell'ipotesi opposta. Si pensi, con specifico riferimento al contenzioso italiano, alla peculiare ipotesi esaminata dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, nella sentenza 7 maggio 2010, n. 11082, in materia di accertamenti tributari. Tale pronuncia, nell'ambito di una vasta analisi di uno specifico caso concreto, ha affermato, tra le tante cose, il seguente criterio di riparto della giurisdizione:

“La giurisdizione del giudice tributario ha carattere pieno ed esclusivo, estendendosi non solo all'impugnazione del provvedimento impositivo, ma anche alla legittimità di tutti gli atti del procedimento, ivi compresa l'autorizzazione rilasciata dal Procuratore della Repubblica, ai sensi dell'art. 52, comma 3, d.P.R. n. 633 del 1972, per consentire, nel corso di una verifica fiscale, l'esame di documenti e l'acquisizione di notizie relativamente alle quali il contribuente abbia eccipito l'esistenza del segreto professionale. Gli eventuali vizi di tale autorizzazione, in quanto attinenti esclusivamente al procedimento amministrativo di verifica tributaria e produttiva di effetti solo nell'ambito dello stesso, potranno essere dedotti soltanto e nel momento in cui si impugni il provvedimento che conclude l'iter di accertamento. Qualora, invece, l'attività di accertamento non sfoci in un atto impositivo — come anche nel caso di

⁽¹⁹⁾ Nel caso deciso dalla Corte EDU, *P. c. Ucraina*, 11 giugno 2019, ric. n. 40296/16, §§ 52-55, ad esempio, è stato reputato irricevibile, per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, il ricorso di un soggetto che, pur avendo ricevuto una precisa indicazione, da parte del giudice nazionale, su quale fosse il rimedio idoneo ad ottenere la tutela reclamata, non aveva esperito l'azione indicatagli e aveva adito direttamente la Corte EDU.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, *Sürmeli c. Germania*, 8 giugno 2006, ric. n. 75529/01, §§ 110 e segg.

adozione di un provvedimento impositivo del tutto avulso dall'esame dei documenti e/o delle notizie secretati — l'autorizzazione del p.m., in quanto ipoteticamente lesiva del diritto soggettivo del contribuente a non subire verifiche fiscali al di fuori dei casi previsti dalla legge, e la connessa compressione dei propri diritti anche costituzionali (in particolare, libertà di domicilio, di corrispondenza, di iniziativa economica), sarà autonomamente impugnabile dinanzi al g.o., nessun elemento di collegamento potendosi ricavare dall'art. 7, comma 4, della l. n. 212 del 2000, che si limita ad attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo i normali criteri di riparto, l'impugnazione di atti amministrativi a contenuto generale o normativo, ovvero di atti di natura provvedimentoale che costituiscano un presupposto dell'esercizio della potestà impositiva”.

Da una sommaria ricerca giurisprudenziale presso le più comuni banche dati giuridiche, tuttavia, è praticamente impossibile rinvenire giurisprudenza di merito che si sia occupata della tipologia di azioni menzionata dalla Corte di Cassazione, in cui un contribuente agisca innanzi al giudice ordinario, per far valere la presunta illegittimità di un'autorizzazione rilasciata dal pubblico ministero all'esecuzione di accessi, ispezioni o verifiche fiscali.

In casi del genere, dunque, sarebbe opportuna un'ulteriore inversione dell'onere della prova relativa all'esistenza delle vie di ricorso interne. Per volere essere più chiari, è certamente comprensibile che la Corte EDU addossi al singolo governo che eccipisce il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne l'onere di provare l'esistenza del rimedio; è altrettanto vero, tuttavia, che in un caso come quello menzionato, in cui la Corte Suprema ha affermato con chiarezza l'esperibilità di un dato rimedio, ma non risulta alcuna specifica affermazione analoga nella giurisprudenza di merito, dovrebbe essere il ricorrente, semmai, a dimostrare di avere adito il giudice nazionale, in conformità all'insegnamento proveniente dal giudice della nomofilachia, senza tuttavia riuscire ad ottenere la tutela reclamata.

Discorso diverso merita di essere fatto in relazione al requisito dell'efficacia. Per quanto vi sia una innegabile contiguità tra le due caratteristiche (accessibilità ed efficacia), il requisito dell'efficacia attiene, per così dire, (non tanto alla ammissibilità concreta dell'azione, quanto) alla intrinseca idoneità del rimedio interno a consentire l'ottenimento del bene della vita che sarebbe spettato al ricorrente, ove il suo diritto fondamentale fosse stato rispettato in conformità alla Convenzione EDU.

La giurisprudenza della Corte, ad esempio, richiede che l'eccezione del mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, in casi del genere, sia corredata dalla prova delle ragionevoli prospettive di successo correlate

all'esperimento dell'azione che si assume avrebbe potuto essere utilizzata dal ricorrente (21).

Allo stesso modo, la giurisprudenza ha chiaramente affermato che non può comunque dirsi sussistente un obbligo del singolo soggetto di proporre innanzi al giudice nazionale, sperando tutti i gradi di giudizio, un rimedio che si prefigura fin da subito come inefficace o inutile (22).

Ad esempio, nell'ambito dell'ordinamento italiano, in una materia in cui sussista un orientamento consolidato della Corte di Cassazione sfavorevole al ricorrente, la Corte EDU può ritenere sufficiente la proposizione del ricorso di primo grado e, in caso di esito negativo dello stesso, reputare non esigibile la proposizione dell'appello e dell'eventuale successivo ricorso per cassazione (23).

Resta infine da analizzare il requisito della sufficienza. La questione è stata affrontata in più occasioni dalla giurisprudenza della Corte, con particolare riferimento alle peculiarità del rimedio risarcitorio.

In diverse occasioni, infatti, si è posto il problema di comprendere se, a fronte di una violazione convenzionale, il diritto fondamentale dell'uomo possa dirsi effettivamente garantito ove l'ordinamento interno appronti una tutela soltanto "per equivalente pecuniario", anziché "in forma specifica".

L'approccio della Corte in simili fattispecie è abbastanza duttile. La giurisprudenza, infatti, parte dal presupposto che, almeno in linea di principio, la tutela risarcitoria non possa essere definita come aprioristicamente insufficiente rispetto alla tutela di diritti fondamentali; è certamente vero, tuttavia, che nell'ottica convenzionale l'obiettivo cui tendere in prima battuta è la prevenzione della violazione del diritto fondamentale, ovvero impedire in concreto la reiterazione di una violazione già realizzatasi.

La Corte, d'altro canto, ha constatato e ribadito, in più occasioni, che l'introduzione in un dato ordinamento di un rimedio risarcitorio di diritto interno, per quanto in linea di principio meno preferibile rispetto ad un intervento normativo con valenza preventiva/impeditiva della violazione convenzionale, può comunque essere considerato sufficiente, nel rispetto della autonomia procedurale riservata ai singoli Stati membri della Convenzione EDU. Nella prospettiva dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, dunque, può rilevare anche l'esperimento di un rimedio unicamente risarcitorio, nella misura in cui esso consenta ai singoli di ottenere una forma di tutela ragionevole, mediante uno strumento più agevole (quale tipicamente è

(21) Corte EDU, *Sejdovic c. Italia*, 1° marzo 2006, ric. n. 56581/00, §§ 46 e segg.

(22) Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, 1° luglio 2014, ric. n. 43835/11, § 60.

(23) Per l'enunciazione del principio generale, vedasi Corte EDU, *Carson e altri c. Regno Unito*, 16 marzo 2010, ric. n. 42184/05, §§ 58 e segg.

il ricorso ad un giudice nazionale di prossimità) rispetto all'intervento diretto della Corte EDU ⁽²⁴⁾.

In tal senso, ad esempio, la Corte ha ritenuto necessaria una valutazione caso per caso sulla concreta tutela risarcitoria che può essere assicurata al ricorrente dal rimedio di diritto interno approntato dalle singole legislazioni nazionali.

Elementi che hanno indotto la Corte a ritenere sufficiente un rimedio risarcitorio sono stati:

— la tempistica della tutela approntata in sede nazionale, la quale deve offrire un ristoro in un congruo termine rispetto al tempo in cui si è verificata la violazione ⁽²⁵⁾;

— la completezza della riparazione pecuniaria, che non deve comprimere eccessivamente le poste di danno astrattamente risarcibili (è stato ad esempio ritenuto insufficiente un rimedio che non fornisse adeguata tutela al pregiudizio non patrimoniale allegato e provato dal ricorrente) ⁽²⁶⁾;

— l'ammontare ragionevole e proporzionato delle spese legali necessarie al fine di investire il giudice nazionale della controversia volta ad ottenere il risarcimento reclamato ⁽²⁷⁾.

L'esaurimento delle vie di ricorso interne, tuttavia, viene comunemente declinato non soltanto nella forma del c.d. esaurimento verticale, nella quale rileva la proposizione di ogni possibile rimedio impugnatorio concesso dall'ordinamento, ma anche *sub specie* di esaurimento c.d. orizzontale dei rimedi nazionali.

Con la locuzione “esaurimento orizzontale” delle vie di ricorso interne si allude a quelle fattispecie in cui il ricorrente ha effettivamente adito l'autorità giudiziaria dell'ordinamento nazionale, ma quest'ultima ha ritenuto di non poter esaminare il caso sottoposto alla sua attenzione per un vizio procedimentale (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una domanda giudiziale proposta, in primo grado o in fase di impugnazione, oltre il termine perentorio previsto dalla pertinente disciplina processuale, ovvero ancora all'ipotesi di un gravame che difetti dei requisiti formali minimi per consentirne l'esame da parte del giudice di secondo grado, ad esempio per difetto di specificità delle censure proposte).

In casi del genere, orbene, la Corte ha affermato che le vie di ricorso interne non possono ritenersi effettivamente esperite dal ricorrente, qualora

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Scordino c. Italia* (n. 1), 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, § 183 e §§ 187-188.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *Brudan c. Romania*, 10 aprile 2018, ric. n. 75717/14, § 69.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Valada Matos Das Neves c. Portogallo*, 29 ottobre 2015, ric. n. 73798/13, § 73.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Marshall e altri c. Malta*, 11 febbraio 2020, ric. n. 79177/16, § 82.

la domanda giudiziale sia stata proposta senza il rispetto dei requisiti formali e dei termini previsti dal diritto nazionale, ovvero in presenza di un errore procedurale imputabile al ricorrente ⁽²⁸⁾.

Alla luce di quanto si è detto fin qui, è possibile analizzare talune ipotesi peculiari inerenti al previo esaurimento delle vie di ricorso interne.

In primo luogo, è necessario interrogarsi sulla possibilità di includere nel novero dei rimedi interni, che devono obbligatoriamente essere esperiti per garantire la ricevibilità del ricorso in Corte EDU, un gravame indirizzato ad un'autorità amministrativa anziché giudiziaria.

Al riguardo, è bene anzitutto rammentare che l'approccio della Corte al tema della ricevibilità dei ricorsi è sufficientemente elastico, tenuto conto che un eccessivo formalismo *in subiecta materia* potrebbe recare pregiudizio alla tutela dei diritti convenzionalmente garantiti ⁽²⁹⁾.

Ciò premesso, può darsi atto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale della Corte che ha escluso che possa considerarsi dotato della necessaria effettività l'esperimento di un ricorso gerarchico nel quale l'autorità amministrativa decida (anche o soltanto) in base a valutazioni di opportunità ⁽³⁰⁾; allo stesso modo, non rileva ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne un ricorso amministrativo il cui esame sarebbe puramente discrezionale da parte dell'autorità destinataria del gravame ⁽³¹⁾.

Applicando le seguenti coordinate ermeneutiche all'ordinamento italiano, può quindi ipotizzarsi che non possa rilevare, ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, l'astratta possibilità di proporre una istanza di annullamento in autotutela di un provvedimento amministrativo (a fronte della quale non si configurerebbe un obbligo di provvedere dell'amministrazione), ovvero la facoltà di presentare una segnalazione, volta a sollecitare l'esercizio di poteri ispettivi, ad esempio da parte di un'autorità amministrativa indipendente.

In secondo luogo, è possibile interrogarsi sulla rilevanza, sempre ai fini del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, della instaurazione di un giudizio di costituzionalità della norma nazionale che si assume possa avere determinato la presunta violazione di una o più disposizioni convenzionali.

In linea di principio, la Corte ha talvolta attribuito rilevanza anche al giudizio di costituzionalità, reputando che il ricorso convenzionale possa essere reputato irricevibile, qualora sia emerso che la presunta violazione, imputata al singolo ordinamento nazionale, avrebbe potuto essere risolta o

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Gäfgen c. Germania*, 1° giugno 2010, ric. n. 22978/05, §§ 141-143.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Gherghina c. Romania*, 9 luglio 2015, ric. n. 42219/07, § 87.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Horvat c. Croazia*, 26 luglio 2001, ric. n. 51585/99, §§ 47-48.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Milovanović c. Serbia*, 8 ottobre 2019, ric. n. 56065/10, § 104.

prevenuta mediante la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione interna, rimasta tuttavia intentata nell'ambito delle vie di ricorso interne astrattamente perseguibili ⁽³²⁾.

In considerazione del citato orientamento ermeneutico occorre dunque valutare se la suddetta conclusione, nel senso della possibile irricevibilità del ricorso indirizzato alla Corte EDU, possa essere sostenuta anche in relazione ad una vicenda occorsa nell'ordinamento italiano, nell'ambito del quale la presunta violazione convenzionale possa essere addebitata alla perdurante vigenza di una norma, della quale non sia stata sollevata la questione di legittimità costituzionale innanzi al giudice delle leggi.

Tale fattispecie ha già formato oggetto di specifico esame da parte della Corte EDU, la quale ha ricordato in più occasioni che, nel sistema giudiziario italiano, le parti in causa non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale. Dal momento che la facoltà di adire la Corte costituzionale spetta solo ai giudici nazionali, che si occupano del merito di una causa, secondo la Corte EDU non può affermarsi che, nell'ordinamento italiano, possa dirsi sussistente un onere di investire il giudice delle leggi, al fine di reputare correttamente assolto il previo esaurimento delle vie di ricorso interne, stabilito in relazione alla ricevibilità del ricorso innanzi alla stessa Corte EDU ⁽³³⁾.

Rispetto a tale orientamento ermeneutico, che ha formato oggetto di notevole attenzione anche in dottrina ⁽³⁴⁾, occorre precisare che potrebbero sussistere validi argomenti per mettere in dubbio l'assunto di partenza del ragionamento svolto dalla giurisprudenza sovranazionale.

La Corte EDU, cioè, attribuisce forse una rilevanza decisiva al dato, in realtà non necessariamente caratterizzante, della modalità di accesso alla giustizia costituzionale prevista dall'ordinamento italiano. La circostanza che il giudizio della Corte costituzionale possa essere sollecitato unicamente dai giudici nazionali, e non dai singoli soggetti, è fin qui risultata decisiva nel fare escludere alla Corte EDU che possa pretendersi, ai fini dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, l'avvenuta instaurazione di un giudizio di legittimità costituzionale.

⁽³²⁾ Corte EDU, *Sándor varga e altri c. Ungheria*, 17 giugno 2021, ric. n. 39734/15 e altri, § 31. In precedenza, vedasi anche Corte EDU, *Kušić e altri c. Croazia*, 10 dicembre 2019, ric. n. 71667/17, § 105.

⁽³³⁾ Vedasi, tra le tante, Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, § 101, ove si citano anche ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi.

⁽³⁴⁾ *Ex multis*, MASCIOTTA C., *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018; disponibile all'indirizzo <http://www.osservatoriosullefonti.it>

In questo contesto, tuttavia, sembra potersi affermarsi che la Corte EDU ha fin qui colto una parte soltanto del problema, nella misura in cui ha ritenuto che il giudice nazionale possa scegliere, per così dire “arbitrariamente”, di sottoporre o non sottoporre alla Corte costituzionale una determinata questione di legittimità costituzionale, derivante da un presunto contrasto tra una disposizione interna e la Convenzione EDU.

In tal senso, la Corte EDU ha fin qui valorizzato, per certi versi anche stigmatizzandola velatamente ⁽³⁵⁾, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale. Come è noto, infatti, il giudice delle leggi ha dapprima analizzato la questione evidenziando che le norme della Convenzione EDU “*integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale*”, ragion per cui “*è necessario che esse siano conformi a Costituzione*”.

Da tale assunto, la medesima Corte costituzionale ha tratto la conclusione che “*L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.*”

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, [la] Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano” ⁽³⁶⁾.

Tale approdo ermeneutico, tuttavia, è stato successivamente perimetrato affermando che “*il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla « giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente » (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), « in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza » (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).*”

È, pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio

⁽³⁵⁾ Vedasi, nell'ambito della già citata sentenza *Parrillo c. Italia* (di cui alla nota 29), l'opinione parzialmente concordante dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov.

⁽³⁶⁾ Corte costituzionale, sentenza 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.7 in diritto.

processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo” ⁽³⁷⁾.

Alla luce di questa evoluzione, come anticipato, la Corte EDU ha fin qui ritenuto che il giudice nazionale italiano conservi un margine di scelta in ordine all’opportunità o meno di sottoporre una determinata questione di legittimità costituzionale, con la conseguenza che, ai fini del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, non potrebbe fondatamente pretendersi l’avvenuta instaurazione di un giudizio di legittimità costituzionale della norma interna asseritamente contrastante con la Convenzione EDU.

Occorre tuttavia evidenziare che, ove il singolo ricorrente sottoponga al giudice nazionale il tema della possibile contrarietà di una norma interna alla Costituzione e alla Convenzione EDU, non sarebbe condivisibile il punto di vista della Corte EDU, secondo la quale il medesimo giudice nazionale sarebbe, in ultima analisi, libero di sottoporre o non sottoporre la questione alla Corte costituzionale.

A fronte di uno specifico profilo di possibile contrasto di una norma interna con la Costituzione (e con la Convenzione EDU), infatti, il giudice nazionale sarebbe comunque tenuto a esaminare la questione e dovrebbe necessariamente assumere una decisione in merito: o solleverà la questione di legittimità costituzionale o dovrà spiegare le ragioni per le quali ha ritenuto insussistenti i presupposti della rilevanza e della non manifesta infondatezza ⁽³⁸⁾.

Può quindi affermarsi che, seppure nell’ordinamento italiano residui certamente un margine di apprezzamento (giuridico e non certo di opportunità) da parte del giudice nazionale, tale da rendere l’accesso alla giustizia costituzionale non aperto ad un ricorso diretto dei singoli, è tuttavia altrettanto vero che, a fronte della specifica sottoposizione di un determinato tema di indagine al giudice nazionale, il dubbio di costituzionalità avanzato da un ricorrente (derivante dalla ritenuta incompatibilità di una disposizione nazionale con la Convenzione EDU) non potrà in ogni caso rimanere privo di risposta, poiché il giudice adito non potrà fare altro che sollevare la questione di legittimità costituzionale ovvero motivare sulla irrilevanza e/o manifesta infondatezza della prospettata questione.

Alla luce di questa rilettura delle peculiarità dell’ordinamento italiano, può forse auspicarsi un *revirement* della giurisprudenza della Corte EDU, nel

⁽³⁷⁾ Corte costituzionale, sentenza 26 marzo 2015, n. 49, punto 7 in diritto.

⁽³⁸⁾ Vedasi al riguardo l’art. 24 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui “L’ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata. L’eccezione può essere riproposta all’inizio di ogni grado ulteriore del processo”.

senso che, ai fini dell'esaurimento dei rimedi interni, il ricorrente dovrebbe quantomeno provare di avere dedotto, innanzi ai giudici nazionali, il tema della possibile contrarietà di una specifica norma nazionale con la Costituzione e con la Convenzione EDU.

Solo in tale fattispecie potrà effettivamente dirsi che il ricorrente ha esaurito le vie di ricorso interne, nel senso che, pur avendo investito ritualmente della questione il giudice nazionale, non è riuscito ad ottenere una remissione alla Corte costituzionale, tale da garantirgli il bene della vita auspicato, ossia la rimozione o prevenzione del motivo di contrasto tra la norma interna e la previsione convenzionale.

3. L'ammissibilità di un ricorso diretto alla Corte EDU

Il tema appena delineato consente, in ultimo, di affrontare un ulteriore aspetto rilevante, del quale si è dato appena un accenno nelle considerazioni precedenti, ossia il tema della ammissibilità di un ricorso diretto alla Corte EDU e le implicazioni che una tale evenienza viene a porre in relazione al principio di sussidiarietà della tutela convenzionale.

Come si è anticipato, la giurisprudenza convenzionale ammette la possibilità di adire direttamente la Corte EDU, senza necessità di alcun previo esaurimento delle vie di ricorso interne, nelle due fattispecie in cui:

— o non esista uno specifico rimedio avente le caratteristiche poc'anzi delineate (accessibilità, efficacia e sufficienza);

— ovvero, pur esistendo un rimedio astrattamente perseguibile, sia dimostrata una "prassi amministrativa" caratterizzata da una reiterazione di atti incompatibili con la Convenzione EDU, assistita dalla "tolleranza ufficiale" delle autorità statali⁽³⁹⁾ (i due requisiti devono coesistere).

Queste due evenienze, secondo la giurisprudenza della Corte, consentono al ricorrente di rivolgersi direttamente al giudice convenzionale, senza dovere previamente avviare alcun ricorso interno che si prefiguri fin da subito come inadeguato o inefficace.

L'ulteriore riflessione che sembra quindi potersi sviluppare in tale contesto attiene alla stretta correlazione esistente tra esaurimento delle vie di ricorso interne e sussidiarietà della tutela convenzionale.

Un'interpretazione elastica della regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, come quella che viene sovente perorata dalla stessa Corte EDU, rischia infatti di apportare una deroga significativa al (*recte*, una notevole riduzione del margine di operatività del) principio di sussidiarietà che regola l'erogazione della tutela convenzionale. Volendo essere più chiari,

⁽³⁹⁾ Principio consolidato fin dalla sentenza della Corte EDU, *Aksoy c. Turchia*, 18 dicembre 1996, ric. n. 21987/93, punto 52.

tanto più la Corte ammette la possibilità per un ricorrente di rivolgersi direttamente al giudice convenzionale, quanto più diminuiscono (per forza di cose) le ipotesi in cui i singoli Stati membri hanno la possibilità di rimuovere o prevenire in sede nazionale una possibile violazione convenzionale.

Alla luce di questa relazione, per così dire inversamente proporzionale, tra esaurimento delle vie di ricorso interne e principio di sussidiarietà, vi è da chiedersi quale incidenza potranno avere sul contenzioso in Corte EDU due istituti recentemente introdotti nell'ordinamento processuale italiano, rispetto ai quali si è in attesa delle prime pronunce giurisdizionali: il riferimento, in particolare, è al rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione, *ex art. 363-bis* c.p.c. ⁽⁴⁰⁾, e alla nuova modalità di definizione del giudizio di legittimità di cui all'*art. 380-bis* c.p.c. ⁽⁴¹⁾

Nel primo caso — rinvio pregiudiziale — vi è da chiedersi se, una volta

⁽⁴⁰⁾ Art. 363-*bis* c.p.c. - Rinvio pregiudiziale.

Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni:

- 1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;
- 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;
- 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione ed è comunicata alle parti. Il procedimento è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale.

Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma.

La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378.

Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti.

⁽⁴¹⁾ Art. 380-*bis* c.p.c. - Procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati. Se non è stata ancora fissata la data della decisione, il presidente della sezione o un consigliere da questo delegato può formulare una sintetica proposta di definizione del giudizio, quando ravvisa la inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto. La proposta è comunicata ai difensori delle parti.

che la Suprema Corte abbia enunciato un principio di diritto astrattamente sfavorevole ad un ricorrente, quest'ultimo possa rivolgersi direttamente alla Corte EDU, senza previamente percorrere alcuna via di ricorso interna, sul presupposto della possibile inutilità del rimedio giurisdizionale, tenuto conto che il giudice nazionale si uniformerebbe verosimilmente all'orientamento espresso dalla Corte di cassazione in sede di rinvio pregiudiziale.

Nel secondo caso — proposta di definizione del giudizio di legittimità — vi è da chiedersi se il ricorrente possa ricorrere in Corte EDU, allegando di avere esaurito le vie di ricorso interne, quando la Corte di cassazione abbia formulato nel giudizio nazionale una proposta sfavorevole al ricorrente e quest'ultimo, anziché chiedere la decisione, abbia lasciato estinguere il processo.

Partendo dal primo caso, è lecito ritenere, allo stato, che un ipotetico ricorso in Corte EDU non preceduto da alcuna azione innanzi al giudice nazionale possa essere fondatamente dichiarato irricevibile, anche se il mancato esperimento di un ricorso interno è dipeso dalla constatazione che la Corte di cassazione ha enunciato, nell'ambito di una controversia analoga pendente *inter alios*, un principio di diritto apparentemente sfavorevole alle ragioni del ricorrente.

Tale conclusione tiene conto del fatto che, nell'ordinamento italiano, non è possibile enucleare alcuna efficacia vincolante del precedente giurisprudenziale. Pur a fronte dell'enunciazione di un principio di diritto astrattamente sfavorevole, dunque, non sembra ammissibile che un soggetto avente interesse a far valere una presunta lesione convenzionale possa del tutto prescindere dall'utilizzo delle vie di ricorso interne, per l'effetto rivolgendosi direttamente alla Corte EDU, tenuto conto che la statuizione della Suprema Corte non vincolerebbe in senso stretto qualsiasi altro giudice di merito che si trovasse ad affrontare un caso meramente analogo, in ossequio all'art. 101, comma secondo, della Costituzione, e considerato che, in pendenza del processo, non potrebbe in ogni caso escludersi la possibilità di un mutamento di giurisprudenza, eventualmente dettato da un ripensamento della questione controversa, ovvero da una più attenta considerazione di singole circostanze fattuali, che possono evidentemente differire da un caso all'altro ⁽⁴²⁾.

Entro quaranta giorni dalla comunicazione la parte ricorrente, con istanza sottoscritta dal difensore munito di una nuova procura speciale, può chiedere la decisione. In mancanza, il ricorso si intende rinunciato e la Corte provvede ai sensi dell'articolo 391.

Se entro il termine indicato al secondo comma la parte chiede la decisione, la Corte procede ai sensi dell'articolo 380-bis.1 e quando definisce il giudizio in conformità alla proposta applica il terzo e il quarto comma dell'articolo 96.

⁽⁴²⁾ Proprio in relazione ad una controversia riguardante l'Italia, infatti, la Corte EDU ha avuto modo di ricordare che il semplice fatto di nutrire dubbi sulle prospettive di successo

Andando al secondo caso, invece, corre l'obbligo di evidenziare che, a fronte di una proposta di definizione della controversia da parte della Suprema Corte, *ex art. 380-bis c.p.c.*, alla quale non abbia fatto seguito l'istanza di decisione della causa, si verifica l'estinzione del giudizio, *ex art. 391 c.p.c.*

In simile fattispecie, potrebbe fondatamente dirsi che l'estinzione del processo nel grado di legittimità non appare compatibile con la nozione di esaurimento delle vie di ricorso interne tradizionalmente elaborata dalla Corte EDU.

Potrebbero tuttavia assumere rilevanza alcune prese di posizione della giurisprudenza convenzionale. Si fa riferimento, in particolare, a due specifici profili:

— da un lato, esiste un orientamento ermeneutico secondo cui l'esistenza di una consolidata giurisprudenza di legittimità (quale è quella che, in ipotesi, potrebbe essere posta alla base di una proposta *ex art. 380-bis c.p.c.*) può essere reputata sufficiente al fine di esonerare il singolo ricorrente dall'esaurimento dei rimedi interni, qualora possano dirsi praticamente assenti le ragionevoli prospettive di successo ⁽⁴³⁾;

— dall'altro lato, la stessa Corte EDU ha già avuto modo di affermare che una normativa nazionale che imponga sistematicamente una multa, distinta dalle spese, a carico del ricorrente, in caso di rigetto del suo ricorso (potrebbe essere il caso della responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.*, richiamata dal nuovo art. 380-*bis c.p.c.*), può indurre a ritenere che il rimedio interno non sia rilevante ai fini dell'art. 35 della Convenzione EDU, con la conseguenza che il suo mancato esperimento potrebbe non essere di ostacolo alla proposizione diretta di un ricorso alla Corte EDU ⁽⁴⁴⁾.

Il combinato disposto delle suddette argomentazioni, orbene, potrebbe indurre la Corte EDU ad affermare che, nell'ipotesi di estinzione del giudizio di legittimità conseguente alla formulazione di una proposta di decisione della Corte di cassazione sfavorevole al ricorrente, l'esaurimento delle vie di ricorso interne possa dirsi comunque rispettato, nonostante il dato formale dell'avvenuta estinzione del giudizio.

Saranno ovviamente dirimenti, in chiave prospettica, le future prese di posizione della giurisprudenza della Corte di cassazione sui due nuovi istituti processuali di cui si è detto (rinvio pregiudiziale e proposta di definizione del giudizio), al fine di valutare se essi possano effettivamente interferire in qualche misura con il requisito del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, indispensabile per l'intervento della Corte EDU.

di un determinato rimedio, che non è ovviamente destinato a fallire, non costituisce una ragione valida per giustificare il mancato utilizzo dei rimedi interni: vedasi Corte EDU, *Pellegriti c. Italia*, 26 maggio 2005, ric. n. 77363/01.

⁽⁴³⁾ Corte EDU, *Pressos Compania Naviera s.a. e altri c. Belgio*, 20 novembre 1995, ric. n. 17849/91, § 27.

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, *Prencipe c. Monaco*, 16 luglio 2009, ric. n. 43376/06, §§ 93 e segg.

Vademecum

<p>Quesiti della Corte EDU (in relazione all'esistenza di rimedi interni azionabili dai ricorrenti)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • I ricorrenti avevano a disposizione, come richiesto dall'articolo 13 della Convenzione, un ricorso interno effettivo attraverso il quale avrebbero potuto sollevare le loro lamentele di violazione della Convenzione? • Il ricorrente disponeva di un ricorso interno effettivo per denunciare il suo presunto trattamento inumano o degradante, come richiesto dall'articolo 13 della Convenzione? • Il ricorrente aveva a disposizione una procedura efficace per contestare la legittimità della sua detenzione, come richiesto dall'articolo 5 § 4 della Convenzione? • L'inammissibilità dei ricorsi dichiarata dalla Corte di cassazione, derivante dalla mancanza dei requisiti formali di cui all'articolo 366-<i>bis</i> del codice di procedura civile, ha imposto una restrizione sproporzionata al diritto del ricorrente ad avere un tribunale, come garantito dall'articolo 6 § 1 della Convenzione? In particolare, l'applicazione di tale articolo nel caso di specie era compatibile con i principi individuati dalla Corte in materia di "eccessivo formalismo" (si vedano, tra le tante, Dos Santos Calado e altri c. Portogallo, n. 55997/14 e altri 3, §§ 108-117, 31 marzo 2020, Succi e altri c. Italia, n. 55064/11 e altri 2, § 99, 28 ottobre 2021, Trevisanato c. Italia, n. 32610/07, § 36, 15 settembre 2016)? • I ricorrenti hanno avuto accesso a un tribunale per l'accertamento dei loro diritti civili ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, conformemente all'articolo 6 § 1 della Convenzione (si vedano Société Canal Plus e altri c. Francia, n. 29408/08, § 40, 21 dicembre 2010; Compagnie des gaz de pétrole Primagaz c. Francia, n. 29613/08, § 30, 21 dicembre 2010; e Ravon e altri c. Francia, n. 18497/03, §§ 28, 31 e 33, 21 febbraio 2008), o a un ricorso effettivo, ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione, al fine di contestare la legittimità e la giustificazione dei mandati di perquisizione?
--	---

IV.

IL PROCESSO DINANZI ALLA CORTE DI STRASBURGO

di *Giulia Battaglia* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione: le vie di accesso alla Corte di Strasburgo. — 2. L'accesso alla Corte di Strasburgo da parte dei singoli. — 2.1. I soggetti legittimati ad adire la Corte. — 2.2. La nozione di vittima. — 3. Cenni sulle condizioni di ricevibilità del ricorso. 3.1. Le condizioni di ricevibilità poste dall'art. 35 CEDU. — 3.2. I motivi di irricevibilità connessi alla competenza della Corte. — 4. L'introduzione del ricorso individuale e le formalità previste dall'art. 47 del Reg. — 5. La procedura. — 5.1. Le differenti formazioni giudiziarie della Corte per l'esame dei ricorsi individuali. — 5.1.1. Le principali tappe della procedura: dall'esame sulla ricevibilità del ricorso individuale ... — 5.1.2. ... alla comunicazione del ricorso al governo con la conseguente instaurazione del contraddittorio. — 5.2. Cenni alla procedura seguita dal ricorso interstatale. — 5.3. I poteri istruttori della Corte — 5.4. Le misure *ad interim*. — 5.5. Il regolamento amichevole e la dichiarazione unilaterale. — 6. Le decisioni e le sentenze. — 7. La Grande Camera.

1. Introduzione: le vie di accesso alla Corte di Strasburgo

La giurisdizione contenziosa della Corte europea dei diritti dell'Uomo si attiva, come noto, attraverso due distinti strumenti: il ricorso interstatale (art. 33 CEDU) e il ricorso individuale (art. 34 CEDU).

Il primo può essere promosso da uno o più Stati membri, i quali possono deferire alla Corte « *qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli* », che si ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente.

A partire dall'entrata in funzione del meccanismo convenzionale, sono stati presentati poco meno di 40 ricorsi interstatali ⁽¹⁾, 16 dei quali pendenti nel momento in cui si scrive (gennaio 2023).

Seppur non trascurabile dal punto di vista qualitativo, la rilevanza di tale canale di accesso non è paragonabile al flusso di ricorsi individuali che

(*) Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Pisa.

(1) Per un elenco aggiornato: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/interstate&c=>.

giungono alla Corte, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore, nel 1998, del Protocollo n. 11. Invero, la media annua è di circa 60.000 ricorsi proposti. Alla fine del 2022 ne risultavano pendenti 74.650, mentre nel corso dell'anno sono stati 45.500 quelli assegnati a una formazione giudiziaria (che hanno, quindi, superato il vaglio preliminare di cui si dirà nel par. 4).

È stata, peraltro, l'esponenziale crescita del contenzioso conseguente alla consacrazione del ricorso individuale diretto a determinare alcune importanti riforme procedurali, che hanno inciso, anzitutto, sulle formazioni giudiziarie di cui la Corte si compone, nonché sui suoi strumenti decisorii. Il riferimento corre tanto alle revisioni operate dai Protocolli nn. 14 ⁽²⁾, 15 ⁽³⁾ e 16 ⁽⁴⁾, quanto agli assestamenti procedurali operati dalla Corte medesima, attraverso le modifiche apportate al proprio regolamento e ai propri metodi di lavoro.

Si pensi, ad esempio, alla politica di *prioritarizzazione* (v., *infra* par. 5.1.1.) elaborata a partire dal giugno 2009 e revisionata nel 2021 ⁽⁵⁾, con l'intento di accelerare il trattamento dei casi considerati più rilevanti e urgenti.

Per questo motivo, nel prosieguo, la trattazione degli elementi salienti del processo convenzionale assumerà — principalmente — la prospettiva del ricorso individuale diretto.

2. L'accesso alla Corte di Strasburgo da parte dei singoli

2.1. I soggetti legittimati ad adire la Corte

A mente dell'art. 34 CEDU, la Corte può essere investita di un ricorso individuale « *da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli* ».

a) Persone fisiche.

La legittimazione attiva spetta, quindi, in primo luogo, a qualsiasi persona fisica che si trovi nella giurisdizione di uno Stato membro, a

⁽²⁾ Protocollo n. 14, entrato in vigore il 1° giugno 2010.

⁽³⁾ Protocollo n. 15, entrato in vigore dal 1° agosto 2021.

⁽⁴⁾ Protocollo n. 16 entrato in vigore il 1° agosto 2018 con il deposito del decimo strumento di ratifica, nei confronti degli Stati che l'hanno ratificato. A differenza di quelli precedenti, che sono emendativi della Convenzione, si tratta di un Protocollo facoltativo.

⁽⁵⁾ La nuova strategia è sintetizzata nel comunicato stampa del 17 marzo 2021, significativamente intitolato "A Court that matters", accessibile tramite il link: https://www.echr.coe.int/Documents/Court_that_matters_ENG.pdf.

prescindere dalla sua cittadinanza, dal luogo di residenza, dallo stato civile o dalla capacità di agire in giudizio.

Invero, in taluni casi, alla persona priva della capacità processuale sul versante interno, è stata comunque riconosciuta la possibilità di adire la Corte, indipendentemente dal previo consenso e, addirittura, contro la volontà del tutore ⁽⁶⁾. In una prospettiva analoga, orientata al principio della tutela effettiva dei diritti, la Corte ha riconosciuto alla madre naturale privata della potestà genitoriale la possibilità di ricorrere contro l'autorità statale, anche in nome e per conto dei figli ⁽⁷⁾.

Il ricorso deve essere presentato da una persona vivente o, eventualmente, da un suo rappresentante munito di procura scritta e debitamente firmata, a mente dell'art. 45, par. 3 Reg. Nondimeno, in taluni casi concernenti l'asserita violazione degli articoli 2, 3 e 8 CEDU, e caratterizzati dalla particolare vulnerabilità delle vittime, la Corte ha considerato ammissibili i ricorsi presentati da parte di persone o di associazioni nell'interesse delle prime, anche in assenza di una valida procura ⁽⁸⁾. In siffatte evenienze, la giurisprudenza convenzionale ha, tuttavia, ritenuto necessario verificare che, prima dell'introduzione del ricorso, vi fossero stati contatti tra la vittima e il ricorrente che intendeva agire in suo nome, ovvero un effettivo interessamento alla tutela dei suoi diritti.

Qualora il ricorrente muoia dopo la presentazione del ricorso, la giurisprudenza convenzionale ha riconosciuto agli eredi e ai suoi prossimi congiunti la facoltà di portare avanti la causa, purché vi abbiano sufficiente interesse. In ipotesi eccezionali, come, ad esempio, nel caso *Karner c. Austria* ⁽⁹⁾, la Corte ha deciso di proseguire il procedimento, respingendo la richiesta del governo di cancellazione dal ruolo a motivo dell'assenza di aventi causa del ricorrente, in ragione della rilevanza "oggettiva" della questione controversa.

b) Organizzazioni non governative e gruppi di privati.

Come si evince dall'art. 34 CEDU, la legittimazione attiva a proporre il ricorso individuale spetta, altresì, alle organizzazioni non governative o ai gruppi di privati.

Il perimetro della prima nozione può essere chiarito in negativo, in contrapposizione, cioè, a quella di "organizzazioni governative". Al riguardo,

⁽⁶⁾ Corte EDU, Sez. I, *Zebentner c. Austria*, ric. n. 20082/02, 16 luglio 2009.

⁽⁷⁾ Corte EDU, G.C., *Scozzari e Giunta c. Italia*, ric. nn. 39221/98 41963/98, 13 luglio 2000.

⁽⁸⁾ V., *ex multis*, il rilevante caso Corte EDU, G.C., *Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, ric. n. 47848/08, 17 luglio 2014.

⁽⁹⁾ Corte EDU, Sez. I, *Karner c. Austria*, ric. n. 40016/98, 24 ottobre 2003.

la Corte ha inteso « *non solo gli organi centrali dello Stato, ma anche gli enti decentrati che esercitano “funzioni pubbliche”, indipendentemente dalla loro autonomia nei confronti degli organi centrali; parimenti si applica agli enti locali e regionali* »; nonché « *gli enti di diritto pubblico diversi dagli enti territoriali* », che svolgano « *“funzioni ufficiali ... assegnate ... dalla Costituzione e la legislazione”* » ovvero quelli che, a prescindere dalla qualificazione giuridica sul piano interno, « *partecipano all’esercizio di poteri governativi o gestiscono un servizio pubblico sotto il controllo del governo* » ⁽¹⁰⁾.

Con riguardo alla seconda, invece, è interessante dare conto che nella causa *Forcadell i Lluís e altri c. Spagna* ⁽¹¹⁾ sono stati qualificati come “gruppo di privati” un certo numero di deputati, i quali lamentavano la violazione degli artt. 10 e 11 CEDU a causa della sospensione provvisoria della seduta plenaria del Parlamento di una comunità autonoma imposta dal *Tribunal constitucional*, in attesa di pronunciarsi sul ricorso di *amparo* proposto da altri sedici deputati. La Corte ha motivato tale decisione, sulla base della considerazione che diritti e le libertà invocati spettassero ai ricorrenti individualmente e non al Parlamento quale istituzione.

2.2. La nozione di vittima

Essenziale, in ogni caso, è che il ricorrente rivesta la qualità di vittima dell’asserita violazione, atteso che il sistema convenzionale non riconosce ai singoli la possibilità di far valere in astratto una violazione della Convenzione.

Il ricorrente deve, quindi, addurre di essere stato “direttamente interessato” dalla misura asseritamente lesiva di un diritto convenzionale: si parla, in questo caso, di c.d. “vittima diretta”. Nondimeno, la nozione di “vittima” non viene interpretata e applicata in modo rigido da parte della Corte e il riconoscimento o meno di tale qualità nell’ambito dei procedimenti nazionali non è decisiva.

Oltre a quelli presentati dalla “vittima diretta”, la Corte ha, nel tempo, accolto i ricorsi proposti dalle c.d. “vittime indirette”. Tale nozione, dai contorni per vero non sempre chiarissimi ⁽¹²⁾, si applica, in generale, quando il ricorrente è un prossimo congiunto della vittima diretta di una violazione la quale, però, è deceduta prima della presentazione del ricorso.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, Sez. II, *Radio France e altri c. Francia*, ric. n. 53984/00, 23 settembre 2003.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, Sez. III, *Forcadell i Lluís e altri c. Spagna*, ric. n. 75147/17, 7 maggio 2019.

⁽¹²⁾ Cfr. in proposito D. J. HARRIS, M. O’BOYLE, E. P. BATES, C. BUCKLEY, *Harris, O’Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, IV ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, 127.

Il riferimento corre, ad esempio, ai casi in cui la Corte ha ammesso il ricorso dei prossimi congiunti della persona, il cui decesso o la cui scomparsa poteva costituire una violazione dell'art. 2 CEDU imputabile alle autorità statali (13). Al riguardo, peraltro, la Corte non ha ritenuto necessario chiarire se fosse possibile considerare il ricorso proposto anche a nome delle persone scomparse, effettive titolari del diritto che si assumeva leso; considerando sufficiente allo scopo l'attribuzione dello status di ricorrenti ai familiari. In situazioni di questo tipo, la Corte ha altresì riconosciuto che i familiari erano state vittime di un trattamento inumano ai sensi dell'art. 3 CEDU. È il caso di *Timurtas c. Turchia*, relativo alla sparizione forzata del figlio del ricorrente, in cui la Corte ha riconosciuto che l'angoscia per la incerta sorte del figlio costituiva di per sé un trattamento inumano e degradante contrario all'articolo 3 della Convenzione. In ipotesi di questo tipo, secondo la Corte, rilevano « *la prossimità del vincolo familiare [...], le particolari circostanze del rapporto, la misura in cui il familiare ha assistito agli eventi in questione, il coinvolgimento del familiare nei tentativi di ottenere informazioni sulla persona scomparsa e sul modo in cui le autorità hanno risposto a tali richieste* » (14).

Nei casi in cui la presunta violazione della Convenzione non ha riguardato il bene della vita, la Corte ha tenuto un approccio più restrittivo.

Ad esempio, in casi concernenti l'asserita violazione degli articoli 5, 6 o 8 CEDU, la Corte ha concesso lo status di vittima indiretta a parenti stretti, purché essi avessero dimostrato, ad esempio, un interesse alla presunzione di innocenza della defunta vittima, oppure fondato sulla diretta incidenza della violazione sui loro diritti patrimoniali (15). In questo senso, la partecipazione dei ricorrenti ai procedimenti interni è stata ritenuta essere solo uno dei numerosi criteri da prendere in considerazione.

Come anticipato, l'articolo 34 della Convenzione non permette doglianze che lamentino *in abstracto* una violazione della Convenzione. Senon-

(13) *Ex multis*, Corte EDU, G.C., *Varnava e altri c. Turchia*, ric. nn. 16064/90 16065/90 16066/90, 18 settembre 2009 o, più recentemente, Corte EDU, Sez. II, *Romeo Castaño c. Belgio*, ric. n. 8351/17, 9 luglio 2019.

(14) Corte EDU, *Timurtas c. Turchia*, ric. n. 23531/94, 13 giugno 2000.

(15) V. Corte EDU, *Nölkenbockhoff c. Germania*, 25 maggio 1987, ric. n. 10300/83, par. 33, che ha ritenuto ammissibile (seppure, poi, rigettato nel merito) il ricorso della vedova — e, quindi, ha riconosciuto alla stessa la qualità di vittima — di un uomo morto nelle more dell'appello della sentenza di condanna di primo grado, alla quale i tribunali interni avevano respinto la richiesta di recupero delle spese processuali e quella per l'ingiusta detenzione del marito; in quanto, la donna « [p]uò essere in grado di manifestare sia un legittimo interesse materiale nella sua qualità di erede del defunto, sia un interesse morale, a nome suo e della famiglia, a che il defunto marito sia esonerato da ogni accertamento di colpevolezza ».

ché, la Corte ha ammesso che, in alcune specifiche circostanze, un ricorrente possa rivestire la qualità di « vittima potenziale ». A titolo di esempio, si tratta, più frequentemente, della persona che, in caso di esecuzione di un provvedimento di espulsione o di estradizione, rischi di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 CEDU nel paese di destinazione ⁽¹⁶⁾. Oppure, ancora, nel noto e risalente caso del ricorrente che, seppur non sottoposto ad alcun procedimento penale, è stato considerato vittima potenziale della legislazione che puniva i rapporti omosessuali, in quanto, essendo omosessuale, « *l'esistenza stessa di questa normativa incide[va] continuamente e direttamente sulla sua vita privata* » ⁽¹⁷⁾, ingenerandogli paura, sofferenza e angoscia.

3. Cenni sulla ricevibilità del ricorso

3.1. *Le condizioni di ricevibilità poste dall'art. 35 CEDU*

L'art. 35 della Convenzione indica una « serie eterogenea » di condizioni di ricevibilità del ricorso e afferma che, qualora la Corte ne rilevi la mancanza, può dichiarare il ricorso irricevibile in ogni stato del procedimento.

Il primo paragrafo della disposizione richiede, anzitutto, il previo esaurimento delle vie di ricorso interne « *come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti* ». La regola in discorso costituisce « *lo strumento procedurale di attuazione del principio di sussidiarietà* » ⁽¹⁸⁾, giusta la quale, alle autorità nazionali è offerta la possibilità di prevenire o di porre rimedio, in prima battuta, alle asserite violazioni della Convenzione, purché gli strumenti di ricorso offerti dall'ordinamento giuridico interno siano effettivi. Per una trattazione più esauriente di questa regola si rimanda al contributo di G. Raimondi, principio di Sussidiarietà, in questa Opera.

Sempre il primo paragrafo fissa il limite temporale entro il quale il ricorso può essere proposto, che è stato ridotto da sei a quattro mesi dall'art. 4 Protocollo n. 15, a partire dal 1° febbraio 2022, e decorre dalla data della decisione interna definitiva.

Il successivo paragrafo 2 dispone che il ricorso è irricevibile se: (a) è

⁽¹⁶⁾ V., *ex plurimis*, Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ric. n. 7525/76, 22 ottobre 1981.

⁽¹⁸⁾ C. PITEA sub *Art. 35*, in *Commentario Breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 658.

anonimo ⁽¹⁹⁾; oppure (b) se è ridondante, vale a dire « *essenzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi* ». La prima parte di quest'ultima regola (par. 2, sub *b*) costituisce la traduzione sul piano convenzionale del principio processuale del *ne bis in idem*, teso a preservare la natura definitiva delle sentenze della Corte e la certezza del diritto. L'identità si riferisce, generalmente, alla medesima base fattuale di un precedente ricorso e presuppone che la questione sia stata assegnata a una formazione giudiziaria e decisa, anche mediante cancellazione dal ruolo sulla base di una procedura di composizione amichevole. Al contrario, in caso di rigetto semplicemente amministrativo per mancanza dei requisiti di cui all'art. 47 Reg., il ricorso, come si vedrà, può essere riproposto.

La seconda parte della regola mira, invece, ad evitare la situazione per cui più organi internazionali trattino simultaneamente ricorsi che sono essenzialmente identici.

Il paragrafo 3, espressamente riferito ai soli ricorsi individuali, stabilisce che la Corte li dichiara irricevibili se ritiene che: (a) essi siano « *incompatibili* » con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli » (v. *infra*), « *abusivi* » o « *manifestamente infondati* ».

Il ricorso è considerato “abusivo” in casi eccezionali, correlati a comportamenti del ricorrente manifestamente contrari alle finalità del diritto al ricorso consacrato dalla Convenzione oppure tesi a ostacolare il corretto funzionamento della Corte (ricorso fondato su informazioni false, uso di un linguaggio offensivo, violazione dell'obbligo di riservatezza della composizione amichevole; ricorso manifestamente vessatorio o privo di una reale finalità ⁽²⁰⁾).

Secondo la giurisprudenza consolidata, il ricorso è, invece, considerato “manifestamente infondato”, qualora l'esame preliminare del merito non riveli l'apparenza di una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione, cosicché esso può essere dichiarato immediatamente irricevibile senza procedere a un formale esame del merito. La maggioranza dei ricorsi manifestamente infondati è dichiarata irricevibile de plano da un Giudice unico o da un Comitato di tre giudici (v. *infra*, par. 5).

Infine, a mente del par. 3, lett. (b), il ricorso deve essere dichiarato irricevibile qualora il ricorrente « *non abbia subito alcun pregiudizio impor-*

⁽¹⁹⁾ Discorso differente è che la Corte possa decidere che l'identità del ricorrente non debba essere divulgata al pubblico (art. 47, par. 4 Reg.); in tal caso il ricorrente sarà indicato mediante le sue iniziali o semplicemente mediante una lettera.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, G.C., *S.A.S c. Francia*, ric. 43845/11, 1° luglio 2004, par. 67.

tante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito».

Quest'ultimo requisito è stato introdotto dal Protocollo n. 14, con evidente scopo deflattivo e « accentua la funzione “costituzionale” del giudizio sovranazionale » (21). Invero, esso fornisce alla Corte uno strumento per concentrarsi sulle cause che giustificano un esame nel merito perché connotate da una soglia minima di gravità, permettendole di rigettare quelle giudicate “di minore importanza”, in applicazione del principio “*de minimis non curat praetor*”.

La valutazione del livello minimo di gravità che giustifica l'esame da parte della Corte è relativa, e dipende da tutte le circostanze della causa, tenuto conto sia della percezione soggettiva da parte del ricorrente, sia della portata oggettiva della questione sottesa al ricorso. Peraltro, per quanto l'operatività di tale condizione non sia delimitata a uno specifico novero di diritti, la Corte ne ha escluso l'applicazione, ad esempio, in cause concernenti la violazione dell'art. 2 CEDU (22).

La condizione era originariamente corredata da due “clausole di salvaguardia”, per limitare la discrezionalità della Corte. La prima, tutt'ora operativa, impone alla Corte di esaminare la causa, se il rispetto dei diritti umani protetti dalla Convenzione lo richiede. La seconda, che condizionava l'applicazione della regola in esame alla circostanza che la causa fosse stata debitamente esaminata da un tribunale interno, è stata eliminata dal Protocollo n. 15.

3.2. *I motivi di irricevibilità connessi alla competenza della Corte*

Nel momento in cui è chiamata a decidere sulla ricevibilità del ricorso, la Corte esamina, di norma, le questioni attinenti alla competenza, che ricadono nell'ambito dell'art. 35, par. 3, lett. a) CEDU, a mente del quale il ricorso deve essere dichiarato irricevibile, tra l'altro, se « è *incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli* ».

Esse devono comunque essere trattate dalla Corte, anche se lo Stato convenuto non le eccepisce, atteso che riguardano un presupposto oggettivo e indisponibile correlato ai limiti della giurisdizione dell'organo.

Si tratta, in primo luogo, della legittimazione attiva (dello Stato contraente, per il ricorso interstatale, e dell'individuo, per quello individuale) ad adire la Corte e di quella passiva. La competenza *ratione personae* consta,

(21) C. PITEA, sub *Art. 35*, cit., 680.

(22) Corte EDU, Sez. IV, *Makuchyan e Minasyan c. Azerbaijan e Ungheria*, ric. n. 17247/13, 26 maggio 2020.

evidentemente, di due componenti: la domanda deve essere, infatti, proposta da uno Stato membro della Convenzione oppure, come si è visto, da una persona fisica o giuridica, in conformità con i requisiti posti dall'art. 34 CEDU (v. *supra*, par. 2); contro uno Stato membro della Convenzione.

In secondo luogo, in base alla competenza *ratione materiae*, il diritto invocato dal ricorrente deve essere tutelato dalla Convenzione e dai suoi Protocolli entrati in vigore. D'altra parte, a mente dell'art. 32 CEDU, la competenza della Corte si estende a « tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa alle condizioni previste dagli articoli 33, 34, 46 e 47 ». A questo riguardo, conviene precisare che, sebbene l'art. 1 CEDU affermi che gli Stati membri « riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della Convenzione »; la giurisprudenza convenzionale ha esteso la possibilità, per l'individuo, di lamentare violazioni che riguardino disposizioni ulteriori rispetto a quelle contenute nel Titolo I; come, ad esempio, l'art. 34 o l'art. 38 CEDU.

L'asserita violazione della Convenzione deve, poi, essersi verificata all'interno della giurisdizione dello Stato convenuto, in base alla competenza *ratione loci*. La giurisdizione degli Stati può, in alcune circostanze eccezionali, estendersi però anche al di fuori del loro territorio; ad esempio, in caso di controllo effettivo di un'area o di esercizio del controllo e dell'autorità da parte di un agente dello Stato. In un caso recente, *H.F. e altri c. Francia*, la Grande Camera ha altresì sottolineato che la specificità dell'oggetto e della portata del diritto della Convenzione che si presume violato — nel caso di specie, il diritto di entrare nel territorio dello Stato di cittadinanza (art. 3, par. 2 del protocollo n. 4) — può comportare la necessità di tutelare i cittadini di uno Stato membro che si trovino al di fuori della sua giurisdizione territoriale.

Infine, in virtù del principio generale di irretroattività dei trattati, la Corte non può conoscere i ricorsi che abbiano ad oggetto atti o fatti verificatisi prima della data di entrata in vigore della Convenzione nei confronti dello Stato membro interessato o, se tale data è precedente all'entrata in vigore del Protocollo n. 11, prima della data in cui lo Stato ha riconosciuto il diritto di ricorso individuale (competenza *ratione temporis*).

4. L'introduzione del ricorso individuale e le formalità previste dall'art. 47 del Reg.

Il rispetto dei criteri di ricevibilità posti dall'articolo 35 CEDU deve risultare, ovviamente, dal ricorso, che deve essere presentato conformemente a tutti i requisiti stabiliti dall'art. 47 Reg.

Segnatamente, il ricorso può essere proposto esclusivamente mediante il formulario messo a disposizione (e costantemente aggiornato) dalla Cancelleria nell'apposita sezione del sito Internet della Corte ⁽²³⁾, compilato in ogni sua parte nel rispetto del limite di battute e delle precise indicazioni ivi previste, al fine di consentire alla Corte di determinare natura e oggetto del ricorso senza dover consultare altri documenti (art. 47, par. 2 Reg.) ⁽²⁴⁾.

Il formulario di ricorso completato deve essere firmato e inviato per posta.

In considerazione dell'ingente numero di ricorsi che pervengono alla Corte, il rispetto di ogni formalità nella compilazione del formulario è essenziale perché il ricorso possa essere considerato validamente introdotto. Come chiaramente ribadito nell'avvertenza posta in testa al prestampato, qualora esso risulti incompleto, il ricorso non sarà assegnato ad alcuna formazione giudiziaria (art. 47 del Reg.)

Invero, l'esame della corretta compilazione del formulario — che, in parte, può assorbire l'esame di alcuni motivi di ricevibilità ⁽²⁵⁾ — costituisce un vaglio preliminare di natura eminentemente amministrativa, espletato dalla Cancelleria della Corte, sotto la supervisione del “relatore non giudiziario” ⁽²⁶⁾ del paese contro il quale il ricorso è stato introdotto. Come si può ricavare dalle statistiche pubblicate sul sito della Corte, nel 2022 sono stati 14.400 i ricorsi respinti in questa fase, il 62% dei quali è stato eliminato proprio per il mancato rispetto dei requisiti dell'articolo 47 del Regolamento.

Non trattandosi di una decisione di natura giurisdizionale, in caso di rigetto dovuto alla non conformità rispetto all'art. 47 Reg. il ricorso può essere riproposto, purché ciò avvenga entro il termine di quattro mesi, che si considera interrotto solo mediante la corretta introduzione del ricorso.

La perentorietà delle condizioni poste dall'art. 47 del Regolamento risulta temperata dalla possibilità, per il ricorrente, di allegare al formulario una memora di non più di 20 pagine che esponga in dettaglio i fatti, le violazioni della Convenzione dedotte e gli argomenti pertinenti. Inoltre, la disposizione prevede che si possa derogare ai requisiti ivi stabiliti, nel caso in cui: *a)* il ricorrente motivi in maniera esauriente e adeguata l'inosservanza; *b)*

⁽²³⁾ Di seguito il link: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms/ita&c=>. Vale la pena evidenziare i numerosi documenti informativi messi a disposizione nell'apposita sezione “How to lodge an application” (<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms&c>).

⁽²⁴⁾ Si può parlare, in proposito, di un « principio dell'autosufficienza del formulario »: in questi termini, V. ZAGREBELSKY -R. CHENAL -L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, III ed., Il Mulino, Bologna, 2022, 576.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*

⁽²⁶⁾ V. *infra* par. 5.1.

il ricorso abbia ad oggetto la richiesta di misure provvisorie urgenti; c) la Corte decida diversamente, d'ufficio o su richiesta di un ricorrente.

La condizione sub a) è stata riscontrata, ad esempio, nei casi di detenuti o di persone comunque sottoposte a misure restrittive della libertà personale, che non avevano avuto accesso a particolari documenti; di stranieri nelle sopracitate condizioni, che avevano riscontrato difficoltà linguistiche oppure, con riguardo alle domande provenienti dall'Ucraina, in ragione del conflitto in corso.

La condizione sub c), invece, si riferisce a casi del tutto eccezionali, in cui una domanda solleva importanti problemi di interpretazione della giurisprudenza della Corte o della Convenzione che assumono rilevanza ai fini dell'effettivo funzionamento del meccanismo di protezione convenzionale e, dunque, al di là delle singole circostanze del caso concreto.

5. La procedura

5.1. *Le differenti formazioni giudiziarie della Corte per l'esame dei ricorsi individuali*

I giudici della Corte di Strasburgo, uno per ciascuno Stato membro, sono eletti per un mandato che dura nove anni, non rinnovabile, secondo la procedura delineata dall'art. 22 della Convenzione (27). Dal punto di vista organizzativo, ciascuno di essi è incardinato presso una delle Sezioni costituite dall'Assemblea plenaria della Corte, su proposta del Presidente, per un periodo di tre anni che decorre dalla elezione dei titolari delle cariche presidenziali. Le Sezioni sono attualmente cinque e sono composte da un numero variabile che va da 8 a 10 membri, secondo una compagine che deve tendere all'equilibrio geografico e di genere (28).

A mente dell'art. 26 della Convenzione, la Corte esercita la funzione giurisdizionale in quattro distinte composizioni: Giudice unico, Comitati, Camere e Grande Camera (per quest'ultima, v. *infra* par. 8).

Le prime due sono competenti a giudicare esclusivamente i ricorsi individuali.

I Giudici unici sono nominati dal Presidente della Corte a rotazione tra

(27) Art. 22: « I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare in relazione a ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall'Alta Parte contraente ». Per un approfondimento sul tema, cfr. A. Fusco, *L'indipendenza dei custodi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

(28) Per un riscontro, cfr.: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c#n1368718271710_pointer.

i 46 giudici della Corte, per un periodo di dodici mesi ⁽²⁹⁾, rinnovabili, durante i quali continuano comunque a svolgere le loro funzioni anche nelle altre formazioni giudicanti. Per ragioni di terzietà e di imparzialità, essi non possono trattare i ricorsi introdotti contro lo Stato a titolo del quale sono stati eletti. In base all'art. 24, par. 2 CEDU, il Giudice unico è assistito, nello svolgimento delle sue funzioni, da un "relatore non giudiziario", vale a dire un agente della Cancelleria nominato dal Presidente della Corte, a sua volta assistito da altri giuristi e funzionari della Cancelleria (art. 18A Reg.).

È importante sin d'ora sottolineare che la Cancelleria della Corte, composta di 640 funzionari dipendenti del Consiglio d'Europa, svolge un ruolo essenziale nella razionalizzazione del lavoro della Corte e nel filtraggio e corretto instradamento dell'enorme mole di ricorsi che giungono a Strasburgo ⁽³⁰⁾. Lo si evince, del resto, dal fatto che la sua disciplina, dettagliatamente delineata a livello regolamentare, trova altresì riscontro nel testo della Convenzione medesima (art. 24 CEDU), anche e proprio con specifico riferimento alla figura centrale del relatore non giudiziario ⁽³¹⁾.

Nell'ambito di ciascuna Sezione — ciascuna dotata di un apposito apparato di Cancelleria — sono costituiti, poi, i Comitati e le Camere. Il numero dei primi è determinato dal Presidente della Corte, sentiti i Presidenti delle Sezioni e sono composti da tre giudici, scelti a rotazione e per un periodo di dodici mesi dal Presidente della Sezione tra i giudici della stessa, con l'esclusione del Presidente.

Le Camere sono composte da sette giudici, scelti dal Presidente della Sezione a rotazione tra i membri della stessa. Ne fanno parte di diritto il Presidente della Sezione e il c.d. "giudice nazionale" (ovvero, il giudice eletto dallo Stato membro interessato dal ricorso ⁽³²⁾). Nel caso in cui questi sia impossibilitato, il Presidente della Camera nomina, in sua sostituzione, un c.d. "giudice *ad hoc*", attingendo dall'elenco di nominativi preventivamente

⁽²⁹⁾ Attraverso il link indicato nella nota precedente, è possibile accedere all'elenco dei giudici attualmente individuati dalla Corte per svolgere la funzione di Giudice unico.

⁽³⁰⁾ Per un'interessante "incursione" sulle figure dei giuristi di Strasburgo e sul ruolo decisivo da essi svolto nella razionalizzazione gestionale dell'ingente carico di lavoro della Corte, cfr. F. DI SALVO, *Lo statuto del Greffe e il suo ruolo nel processo decisionale della Corte*, in *La Corte di Strasburgo*, in *Questione Giustizia*, numero speciale: *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa, M.G. Civinini, 2019, 56 ss.

⁽³¹⁾ Si vedano, a questo proposito, le considerazioni espresse nel rapporto esplicativo al Protocollo n. 14 Council of Europe Treaty Series - No. 194, *Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention Strasbourg*, 13.05.2004, 10.

⁽³²⁾ È opportuno ricordare che, a dispetto del titolo, quest'ultimo siede a titolo individuale e non in rappresentanza dello Stato che lo ha eletto.

presentato da ciascuno Stato contraente, in base alla procedura di cui all'art. 29 Reg. ⁽³³⁾

Per quanto concerne le competenze proprie di ciascuna formazione, alla prima (Giudice unico), introdotta dal Protocollo n. 14, è attribuita quella di dichiarare il ricorso inammissibile o cancellarlo dal ruolo ⁽³⁴⁾ « *quando tale decisione può essere adottata senza ulteriori accertamenti* » (art. 27 CEDU); quando, cioè, il motivo di irricevibilità o la causa che determina la cancellazione dal ruolo emergono *ictu oculi* dagli atti, senza che sia necessaria alcuna attività istruttoria suppletiva. Si tratta, quindi, di un modello procedurale semplificato e de-giurisdizionalizzato, in cui non si instaura alcun tipo di contraddittorio e che si conclude con la comunicazione della decisione (non pubblica) al ricorrente o al suo rappresentante.

Relativamente al Comitato, l'art. 28, par. 1, lett. a) della Convenzione, stabilisce, anzitutto, che tale composizione è competente a dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo un ricorso, « *quando tale decisione può essere adottata senza ulteriore esame* ». A questo riguardo, è utile ricordare che il Protocollo n. 14 ha istituito il Giudice unico, proprio per deflazionare il carico di lavoro attribuito ai Comitati derivante dai ricorsi manifestamente inammissibili. Si comprende, pertanto, come questa prima competenza venga, di norma, esercitata dai Comitati, allorché un Giudice unico, investito di un ricorso considerato manifestamente irricevibile, abbia invece ritenuto che dovesse essere sottoposto a una formazione collegiale ⁽³⁵⁾.

Il Comitato è, poi, competente a trattare i ricorsi c.d. “ripetitivi”. Invero, ai sensi dell'art. 28, par. 1, lett. b) CEDU, il Comitato può dichiarare il ricorso ricevibile e pronunciarsi congiuntamente sul merito « *quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte* »: si parla, a quest'ultimo riguardo, di “*well-established case-law*”. A partire dal 2017, peraltro, in seguito a una decisione dell'Assemblea Plenaria assunta nel solco dell'invito formulato dagli Stati nella

⁽³³⁾ È possibile accedere ai nominativi tramite il link: https://www.echr.coe.int/Documents/List_adhoc_judges_BIL.pdf.

⁽³⁴⁾ In generale, a mente dell'art. 37 CEDU, in ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo « quando le circostanze permettono di concludere: (a) che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure (b) che la controversia è stata risolta; oppure (c) che per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata ». Ciò a meno che, sempre secondo la disposizione richiamata, il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli imponga comunque l'esame del ricorso.

⁽³⁵⁾ D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E. P. BATES, C. BUCKLEY, *Harris, O'Boyle, and Warbrick*, cit., 127.

Dichiarazione di Brighton (2012)260, la Corte ha esteso la procedura *WECL* e, di conseguenza, la competenza dei Comitati, oltre la gestione dei casi ripetitivi, adottando una nozione per così dire “allargata” di “*well established case-law*”. La c.d. “*broader WECL procedure*” ⁽³⁶⁾ si applica, ad esempio, quando, relativamente alla questione controversa, sia rilevabile un indirizzo giurisprudenziale espresso da almeno tre recenti sentenze riguardanti Stati diversi o da sentenze pilota, e ciò a prescindere dal diritto in discussione o dalla gravità della violazione.

Dal punto di vista procedurale, anche il giudizio che si svolge dinanzi ai Comitati si caratterizza per una maggiore semplificazione e, per contro, per minori garanzie, rispetto a quello che si celebra dinanzi alle Camere. In linea di principio, infatti, si ritiene che siano applicabili al Comitato le sole disposizioni del Regolamento di procedura che espressamente si riferiscono anche a tale composizione. La procedura dinanzi ai Comitati non prevede, ad esempio, lo svolgimento dell’udienza pubblica; di regola, l’intervento di soggetti terzi è previsto solo nei casi di competenza delle Camere. Inoltre, la presenza necessaria del c.d. “giudice nazionale” è prevista solo per il giudizio della Camera (art. 26, par. 1 Reg.). Nondimeno, il Comitato può, all’unanimità e in ogni fase della procedura, decidere di invitarlo a partecipare in sostituzione di uno dei suoi membri, «*tenendo conto di tutti i fattori pertinenti, compresa l’eventualità che la Parte contraente abbia contestato l’applicazione della procedura prevista all’articolo 28, par. 1 b) della Convenzione*» (art. 53, par. 2 Reg.).

Le decisioni del Comitato sono assunte all’unanimità e sono definitive. Nel caso in cui non raggiunga una deliberazione all’unanimità, il caso è trasmesso alla Camera per un ulteriore esame.

La funzione delle prime due composizioni, Giudice unico e Comitato è, evidentemente, quella di ridurre e di razionalizzare le pendenze delle Camere, che si occupano, quindi, di tutti i casi che non sono di competenza del Giudice unico e del Comitato.

5.1.1. *Le principali tappe della procedura: dall’esame sulla ricevibilità del ricorso individuale ...*

Alla luce di quanto evidenziato nel paragrafo precedente, si comprende come, una volta che il ricorso ha superato il vaglio preliminare secondo i criteri fissati dall’art. 47 del Regolamento, lo snodo centrale della procedura sia costituito dalla scelta della formazione giudiziaria a cui assegnare la causa.

In questo senso, come si è visto, un ruolo centrale è svolto dalla

⁽³⁶⁾ DD(2018)60.

Cancelleria — e, soprattutto, dalla c.d. “sezione filtro” ⁽³⁷⁾ — determinante tanto per il filtraggio dei ricorsi, quanto per il loro corretto instradamento verso le formazioni giudiziarie. Proprio a questo riguardo, è peraltro essenziale richiamare la *priority policy*, elaborata a partire dal 2009 e ulteriormente implementata nel 2021 con l’introduzione della categoria dei c.d. “*impact case*”, volta a classificare per categorie i casi pendenti al fine di determinarne l’ordine di trattazione a seconda dell’urgenza e della rilevanza delle questioni sottese ⁽³⁸⁾.

Ciò posto, il ricorso è attribuito, come si è detto, al Giudice unico, qualora, in base agli elementi prodotti dal ricorrente, si consideri la domanda manifestamente irricevibile, a meno che non vi siano specifiche ragioni per assegnarlo comunque ad un Comitato o a una Camera (art. 49, par. 1 Reg.).

Diversamente, il ricorso è indirizzato a un Comitato, qualora abbia ad oggetto una questione su cui si è formata una giurisprudenza “consolidata” della Corte, oppure a una Camera. Il ricorso, peraltro, può giungere all’esame delle due formazioni collegiali anche laddove il Giudice unico abbia ritenuto di non dover adottare alcuna delle decisioni monocratiche previste dagli artt. 27 CEDU, non condividendo la manifesta irricevibilità in ragione della quale il ricorso gli era stato inizialmente attribuito.

Quando il ricorso viene indirizzato a una Camera, oppure a un Comitato nell’esercizio della competenza di cui all’art. 28, par. 1, lett. *b*) CEDU (esame dei ricorsi ripetitivi), il Presidente della Sezione designa un giudice relatore (art. 49, parr. 2 e 3 Reg.), il quale esamina e presenta la causa all’organo, proponendo gli step procedurali successivi; ivi compresa, eventualmente, anche l’assegnazione a una diversa formazione giudiziaria (art. 49, par. 3 Reg.).

Tanto il Comitato (art. 28, par. 1, lett. *a*) CEDU e art. 53, par. 1 Reg.), come si è visto, quanto la Camera (art. 54, par. 1 Reg.) possono dichiarare il ricorso irricevibile oppure cancellarlo dal ruolo. In questo caso, la decisione sarà assunta *de plano*, senza instaurare alcun contraddittorio scritto con il governo convenuto.

5.1.2. ... alla comunicazione del ricorso al governo con la conseguente instaurazione del contraddittorio

In alternativa, secondo quanto disposto, rispettivamente, dagli artt. 53, par. 2 e 54, par. 2, lett. *b*) Reg., il Presidente della Sezione o quello della Camera possono disporre la comunicazione del ricorso — o, se di compe-

⁽³⁷⁾ Cfr. https://www.echr.coe.int/Documents/Registry_ENG.pdf.

⁽³⁸⁾ Cfr. il documento “*A Court that matters*”, cit.

tenza della Camera, di una parte di esso, dichiarandolo in parte irricevibile o disponendone la cancellazione dal ruolo *in parte qua* — al governo dello Stato convenuto, invitandolo a presentare osservazioni scritte entro un termine che, solitamente, è fissato in dodici settimane.

La comunicazione del ricorso instaura il contraddittorio tra le parti sulla ricevibilità, sul merito e sull'equa soddisfazione ⁽³⁹⁾, delimitando, con le domande che la Corte pone alle parti, la materia che deve essere trattata nelle loro osservazioni. Inoltre, con la lettera di comunicazione, la Corte informa le parti che la Cancelleria è a loro disposizione per assisterle in trattative per addivenire a una composizione amichevole della causa, eventualmente formulando direttamente una proposta ⁽⁴⁰⁾.

Una volta ricevute le osservazioni del governo, il ricorrente dispone di un termine — solitamente fissato in sei settimane — per presentare le sue osservazioni in replica, insieme alle richieste concernenti la domanda di equa soddisfazione a mente dell'art. 41 CEDU. A questo riguardo, è opportuno precisare che, da un lato, l'inosservanza di questo termine preclude al ricorrente la possibilità di ottenere l'equa soddisfazione. Dall'altro, la mancata presentazione delle osservazioni, in assenza di qualsivoglia comunicazione, può far ritenere alla Corte che il ricorrente non abbia più interesse a mantenere il ricorso ai sensi dell'art. 37, par. 1, lett. a), CEDU.

Il governo dispone di un ulteriore termine, di norma di sei settimane, per presentare osservazioni sull'equa soddisfazione. In questa fase, gli sarà però precluso sollevare eccezioni sulla ricevibilità (art. 55 Reg.).

La comunicazione del ricorso dovrà essere effettuata anche nei confronti dello Stato di nazionalità del ricorrente, che dovrà essere contestualmente avvisato della possibilità di intervenire a mente dell'art. 36, par. 1 CEDU (art. 44, par. 1 Reg.). Inoltre, nei casi di competenza di una Camera, a partire dalla pubblicazione della comunicazione del ricorso allo Stato convenuto sul

⁽³⁹⁾ È importante sottolineare come, al fine di razionalizzare ulteriormente il flusso del contenzioso, la Corte abbia affiancato alla procedura di comunicazione — che comprende una copia del ricorso e degli allegati più importanti, un'esposizione in fatto e diritto predisposta dalla Cancelleria e una serie di questioni per indirizzare le osservazioni delle parti — due tipologie di comunicazione più sintetiche: una per i casi ripetitivi di competenza del Comitato, che viene impiegata quando l'esame del ricorso non è particolarmente complesso e non necessita di richieste di informazioni alle parti; l'altra, comunque caratterizzata per la semplice esposizione dell'oggetto del ricorso, corredata dall'indicazione delle domande alle parti e, eventualmente, da una richiesta di informazioni. V., *amplius*, V. ZAGREBELSKY -R. CHENAL -L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 467 s.

⁽⁴⁰⁾ V. *infra* par. 5.6.

database HUDOC, decorre il termine di dodici settimane per l'intervento dei soggetti terzi (artt. 36, parr. 2 e 3 CEDU e 44, parr. 2 e 3 Reg. ⁽⁴¹⁾).

Con la trasmissione e lo scambio delle osservazioni, la fase del contraddittorio si esaurisce e la Corte dispone, a regola, di tutti gli elementi per pronunciarsi con decisione o sentenza. Tuttavia, nei casi di competenza della Camera, la Camera o il suo Presidente possono, a mente dell'art. 59 Reg., invitare le parti a presentare ulteriori prove e osservazioni scritte e, ai sensi del par. 3, decidere, su istanza di parte o d'ufficio, di celebrare un'udienza di merito.

5.2. *Cenni alla procedura seguita dal ricorso interstatale*

A differenza di quello individuale, il ricorso interstatale può essere esaminato solo da una Camera — di cui faranno parte i giudici eletti nei confronti dello Stato ricorrente e di quello convenuto — e non, invece, da un Giudice unico e da un Comitato.

Il ricorso, che deve essere introdotto nel rispetto dei requisiti posti dall'art. 46 Reg., viene assegnato dal Presidente della Corte ad una delle Sezioni ed è immediatamente comunicato al governo dello Stato membro convenuto.

Quest'ultimo è invitato a presentare osservazioni scritte, che sono trasmesse allo Stato richiedente per osservazioni in replica.

Anche in questa sede, peraltro, dalla pubblicazione della comunicazione del ricorso decorrono i termini per l'intervento dei soggetti terzi, di cui agli artt. 36 CEDU e 44 Reg.

5.3. *I poteri istruttori della Corte*

Qualora la Corte non ritenga la causa sufficientemente istruita può ricorrere ai propri poteri istruttori, caratterizzati da una rilevante discrezionalità, con riguardo tanto alla tipologia di prove che possono essere assunte, quanto ai mezzi per assumerle.

L'art. 38 CEDU stabilisce, al riguardo, che la Corte esamina la causa in contraddittorio con i rappresentanti delle parti e, se necessario, procede ad un'inchiesta, per il cui efficace svolgimento le Alte Parti contraenti interessate sono tenute a collaborare.

⁽⁴¹⁾ Al riguardo, è importante puntualizzare che la Corte, con delibera del 3 marzo 2023, ha chiarito che il *dies a quo* per la decorrenza dei termini per presentare la richiesta di intervento scritto, prima genericamente riferito alla comunicazione del ricorso al governo dello Stato, è costituito dalla pubblicazione sulla banca dati HUDOC di tale provvedimento oppure dall'atto che comunica alle parti il coinvolgimento della Grande Camera.

Più dettagliatamente, l'apposito allegato al Regolamento dispone che la Corte, su richiesta di una delle parti, o d'ufficio, possa esercitare i propri poteri istruttori se ciò appare necessario a chiarire i fatti di causa.

Come previsto dall'art. A 1, la Camera può, anzitutto, invitare le parti a produrre documenti, esaminare testimoni o periti (par. 1), ovvero richiedere il parere di istituzioni o di esperti (par. 2); la Camera può, altresì, istituire una delegazione composta da propri membri o da altri giudici della Corte, cui affidare la conduzione di un'indagine o l'acquisizione di prove *in loco*, eventualmente nominando soggetti o istituzioni che assistano la delegazione (par. 3). Le regole concernenti l'espletamento delle indagini e l'assunzione delle prove in contraddittorio tra le parti sono dettate dalle successive disposizioni con riguardo all'attività delle delegazioni (A2-7) e si applicano, *mutatis mutandis*, all'attività istruttoria svolta dinanzi alla Camera.

L'art. A 1 prevede, tra l'altro, che il Presidente possa invitare o autorizzare a partecipare « *ogni soggetto terzo* » a un provvedimento istruttorio, secondo le modalità dal medesimo appositamente indicate.

A questo proposito, è peraltro utile ricordare che, nella prassi, l'apporto dei "terzi" va ben al di là della regola processuale testé ricordata. La Corte, infatti, utilizza raramente i mezzi istruttori delineati dalla disciplina regolamentare, ricorrendo, spesso, al contributo documentale spontaneamente fornito da soggetti esterni — si pensi ai report stilati da organizzazioni internazionali e ONG con esperienza in un certo settore, o contezza del contesto fattuale di riferimento — i quali, attraverso l'art. 36, par. 2 CEDU, possono essere anche formalmente coinvolti nel processo ⁽⁴²⁾.

5.4. *Le misure ad interim*

L'art. 39, par. 1 del Regolamento di procedura dispone che « *[l]a Camera o, se del caso, il Presidente della Sezione o un giudice di turno nominato ai sensi del comma 4 del Regolamento può, su richiesta di parte o di altri soggetti interessati, ovvero d'ufficio, indicare alle parti eventuali provvedimenti provvisori che ritiene debbano essere adottati nell'interesse delle parti o del corretto svolgimento del processo* ».

In altre parole, la Corte, su istanza di parte o d'ufficio, può ordinare al Governo l'adozione di misure cautelari urgenti (o l'astensione dal compierne), laddove ravvisi il rischio imminente di un danno irreparabile a un diritto protetto dalla Convenzione.

⁽⁴²⁾ In argomento, si veda il contributo appositamente dedicato in questa opera: *L'intervento dei terzi di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo e la recente "apertura" del processo costituzionale*.

Si tratta, perlopiù, di minacce che incombono sui diritti tutelati dagli articoli 2 e 3 CEDU. Invero, la maggior parte delle misure cautelari ordinate dalla Corte riguarda la sospensione di provvedimenti di espulsione oppure di estradizione, qualora l'esecuzione degli stessi comporti un rischio per l'incolumità del destinatario o che lo stesso possa subire trattamenti contrari all'art. 3. Ma si pensi anche, sempre con riferimento alla tutela del diritto alla vita, il provvedimento adottato dalla Corte nel giugno 2014, nel noto caso *Lambert e altri c. Francia*, con cui ha disposto la sospensione dell'esecutività della sentenza pronunciata dal *Conseil d'État* che autorizzava l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale del sig. Lambert.

Cionondimeno, la tutela cautelare è stata talora impiegata anche con riguardo ad altri diritti, quali, ad esempio, il diritto a un processo equo (art. 6) ⁽⁴³⁾, il diritto al rispetto della vita privata e familiare (articolo 8) ⁽⁴⁴⁾ e la libertà di espressione (articolo 10) ⁽⁴⁵⁾.

Come si può ricavare dalle linee guida emanate dal Presidente della Corte, ⁽⁴⁶⁾ le richieste possono essere presentate dagli interessati tramite il sito appositamente dedicato <<https://r39.echr.coe.int>>, oppure via fax o tramite posta, con esclusione della posta elettronica.

Per la presentazione delle domande di misure cautelari non sono richieste particolari formalità. Tuttavia, la Corte impone che le richieste siano adeguatamente motivate, mediante l'esposizione dei punti su cui si fondano i timori del richiedente, la natura del rischio lamentato, che deve essere imminente e irreparabile, e l'indicazione delle disposizioni della Convenzione che si presume potrebbero essere violate.

Inoltre, pur non essendo applicabile, di norma, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, la Corte considera negativamente la circostanza che il ricorrente possa ancora esperire un rimedio interno che abbia effetto sospensivo.

⁽⁴³⁾ Si segnalano, al riguardo, i recenti provvedimenti emessi nei confronti della Polonia; ad esempio, nel caso *Wróbel c. Polonia* (n. 6904/22), in cui la Corte ha ingiunto allo Stato, in primo luogo, di assicurare che il procedimento relativo alla revoca dell'immunità giudiziaria del ricorrente si svolga con le garanzie dell'equo processo sancite dall'art. 6 CEDU. Inoltre, ha chiesto di sospendere il suddetto procedimento, almeno fino alla conclusione di quello pendente a Strasburgo.

⁽⁴⁴⁾ Si pensi, ad esempio, alla sospensione dell'esecutività del provvedimento che dispone il rimpatrio del minore nei casi di sottrazione internazionale (caso *Eskinazi e Chelouche c. Turchia*, ric. n. 14600/05); oppure, alla misura cautelare con cui la Corte EDU ha imposto la concessione (provvisoria) del diritto di visita alla madre biologica, in un caso che affrontava la compatibilità convenzionale della decisione dell'autorità giudiziaria di revocare la potestà genitoriale della ricorrente (caso *Soares de melo c. Portogallo*, ric. n. 72850/14).

⁽⁴⁵⁾ V. il provvedimento provvisorio adottato nell'ambito della causa *Novaya Gazeta e altri c. Russia* (ric. n. 11884/22).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. <https://www.echr.coe.int/documents/pd_interim_measures_eng.pdf>.

La domanda deve, poi, essere inoltrata con tempestività, al fine di consentire alla Corte e alla sua cancelleria di disporre di tempo sufficiente per esaminare la questione. Per quanto concerne, in particolare, la sospensione dei provvedimenti di espulsione o di estradizione, le suddette linee guida richiedono che le relative richieste siano trasmesse almeno un giorno lavorativo prima della data di esecuzione.

In generale, è possibile osservare come la Corte adotti provvedimenti di questo tipo con particolare *self-restraint* ⁽⁴⁷⁾. D'altronde, è importante sottolineare che, sebbene la tutela cautelare sia disciplinata soltanto a livello regolamentare, la Corte ha da tempo chiaramente affermato che in caso di inosservanza delle misure, lo Stato deve essere considerato responsabile della violazione dell'art. 34 CEDU ⁽⁴⁸⁾. In questo senso, la Corte ha sottolineato come, in virtù del principio dell'effettività dei rimedi per la protezione dei diritti umani, « *nel sistema della Convenzione, le misure cautelari [...] svolg[a]no un ruolo fondamentale nell'evitare situazioni irreversibili che impedirebbero [...] di esaminare correttamente la domanda e, se del caso, garantire al ricorrente il beneficio pratico ed effettivo dei diritti rivendicati dalla Convenzione. Di conseguenza, [...] il mancato rispetto da parte di uno Stato convenuto di misure cautelari pregiudicherà l'effettività del diritto di ricorso individuale garantito dall'articolo 34* » ⁽⁴⁹⁾.

5.5. *Il regolamento amichevole e la dichiarazione unilaterale*

L'art. 39 CEDU prevede la possibilità che la causa sia cancellata dal ruolo, qualora le parti pervengano a una composizione amichevole della controversia. La disposizione in parola stabilisce, difatti, che « *[i]n ogni momento della procedura, la Corte si mette a disposizione degli interessati al fine di pervenire a una composizione amichevole della controversia che si fondi sul rispetto dei diritti dell'uomo quali sono riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli* ». Normalmente, come anticipato (v. *supra*, par. 5.3.), ciò avviene a seguito della comunicazione del ricorso al governo dello Stato convenuto.

Di particolare importanza è la confidenzialità che deve connotare questa procedura, sancita al paragrafo 2 dell'art. 39 CEDU e all'art. 62 Reg., che si configura come un obbligo per le parti; di talché, la sua violazione intenzio-

⁽⁴⁷⁾ Per un esame quantitativo, cfr.: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39_01_ENG.pdf.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, G.C., *Mamatkulov e Askarov c. Turkey*, ric. nn. 46827/99 e 46951/99, 4 febbraio 2005.

⁽⁴⁹⁾ Ivi, §§ 124 ss.

nale da parte del ricorrente può comportare il rigetto del ricorso, considerato abusivo ⁽⁵⁰⁾.

Si nota, altresì, che la disponibilità del processo convenzionale risulta “temperata” dalla regola giusta la quale, anche nel caso in cui le parti abbiano raggiunto un accordo amichevole, la Camera dovrà comunque verificare che esso sia stato concluso nel rispetto dei diritti umani e il Comitato dei ministri supervisionare l’effettiva e corretta esecuzione in tal senso.

Nel caso in cui il ricorrente rifiuti i termini della proposta amichevole, l’art. 62/A Reg. prevede che lo Stato convenuto possa comunque presentare alla Corte una richiesta di cancellazione dal ruolo, accompagnata, in questo caso, da una dichiarazione, resa nell’ambito di una procedura pubblica, che riconosca chiaramente che vi è stata violazione della Convenzione nei confronti del ricorrente e dall’impegno della Parte contraente a fornire una riparazione adeguata, ed eventualmente ad adottare le necessarie misure correttive. In circostanze eccezionali, la dichiarazione unilaterale può essere presentata alla Corte anche se non è stato messo in atto in via preliminare alcun tentativo di composizione amichevole.

Anche in questo caso, la dichiarazione può essere considerata sufficiente, solo se rispetta i diritti sanciti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli.

6. Le decisioni e le sentenze

A conclusione del giudizio, la Corte, in una delle sue varie composizioni, si esprime attraverso decisioni oppure sentenze. Alle prime, ricorre nei casi di irricevibilità del ricorso e, parimenti, quando pronuncia la ricevibilità della causa, separatamente dal merito (art. 54A Reg.). A mente dell’art. 43, par. 3 Reg., la Corte procede con decisione pure in caso di cancellazione della causa dal ruolo a seguito di composizione amichevole e, anche negli altri casi previsti dall’art. 37 CEDU, se ciò avviene prima che la questione sia stata dichiarata ricevibile. Diversamente, la cancellazione dal ruolo è pronunciata con sentenza ⁽⁵¹⁾.

Le sentenze, poi, sono adottate dalla Corte se deve pronunciarsi sul merito della questione, anche quando, come di regola accade, decide congiuntamente sulla ricevibilità. La Corte si pronuncia altresì con sentenza in caso di domanda di revisione art. 80 Reg.) o di interpretazione di una sentenza (art. 79 Reg.); o in caso di domanda del Comitato dei ministri

⁽⁵⁰⁾ Si veda, *ex multis*, Corte EDU (dec.), Sez. V, *Adrabova c. Repubblica Ceca*, ric. nn. 42165/02 466/03, 25 settembre 2007.

⁽⁵¹⁾ Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, G.C., *Mraović c. Croazia*, ric. n. 30373/13, 9 aprile 2021.

sull'inadempimento dello Stato rispetto all'esecuzione di una sentenza (art. 46 CEDU).

A mente dell'art. 45, par. 1 CEDU « *[l]e sentenze e le decisioni che dichiarano i ricorsi ricevibili o irricevibili devono essere motivate* »⁽⁵²⁾. Invero, anche le seconde possono contenere motivazioni piuttosto approfondite.

Per la loro importanza, conviene, tuttavia, brevemente soffermarsi sulla struttura delle sentenze di merito (ed eventualmente di ammissibilità) delle Camere⁽⁵³⁾. Esse contengono, solitamente, una breve sezione introduttiva relativa alla proposizione del ricorso (« *PROCEDURA* » o « *INTRODUZIONE* »); cui fanno seguito le due sezioni sul « *FATTO* » e sul « *DIRITTO* ». La prima si compone della descrizione del fatto e dei motivi del ricorso, nonché della ricostruzione del quadro giuridico, normativo e giurisprudenziale, interno, internazionale ed eventualmente del diritto comparato rilevante. La seconda contiene l'illustrazione delle motivazioni in punto di ricevibilità e di merito, esposte separatamente per ciascun articolo di cui il ricorrente lamenta la violazione. In questa parte, sono riportate le argomentazioni delle parti e degli eventuali terzi intervenuti.

Nella parte propriamente dedicata alla sua valutazione, la Corte opera, in prima battuta, una ricognizione dei precedenti rilevanti e dei principi ricavabili dalla giurisprudenza convenzionale (« *Principi applicabili* »), per poi procedere ad applicarli al caso di specie (« *Applicazione di questi principi alla presente causa* »).

Nel caso in cui la Corte dichiari la violazione di uno o più articoli della Convenzione, prima dell'enunciazione del dispositivo esamina la domanda di equa soddisfazione pecuniaria (« *SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE* ») ed eccezionalmente, prima, indica le misure individuali o generali auspicabili allo scopo di porre fine alla situazione di violazione constatata⁽⁵⁴⁾ (« *SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 46 DELLA CONVENZIONE* »).

⁽⁵²⁾ Non richiedono, invece, di essere motivate le decisioni con cui il collegio dei cinque giudici rigetta la domanda di rinvio alla Grande Camera (art. 73, par. 4 Reg) e la decisione con la quale la Camera rimette il caso alla Grande Camera (art. 72, par. 2 Reg).

⁽⁵³⁾ Le sentenze dei Comitati si caratterizzano, di norma, per una struttura decisamente più snella, suddivisa in due sezioni, rispettivamente dedicate, l'una alla sommaria ricostruzione del fatto, l'altra alla valutazione della Corte che non comprende, se non in misura molto limitata, le argomentazioni delle parti.

⁽⁵⁴⁾ Cfr., in questo senso, Corte EDU, G.C., *Broniowski c. Polonia*, n. 31443/96, 22 giugno 2004 e Sez. I, *Viola c. Italia* (n. 2), ric. n. 7763/16, 13 giugno 2019. A questo proposito, ci si limita a ricordare — rinviando alla più approfondita analisi di M. AVERSANO, *L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella duplice prospettiva, nazionale ed europea*, in questa *Opera* — che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza convenzionale, le sentenze della Corte EDU hanno una natura essenzialmente dichiarativa. In questo senso,

Infine, a mente dell'art. 45, par. 2 CEDU e 74, par. 2 Reg., i giudici che hanno partecipato all'esame della causa da parte di una Camera o della Grande Camera hanno il diritto di allegare alla sentenza l'esposizione della loro opinione separata, concordante o dissenziente, o una semplice dichiarazione di dissenso.

Le sentenze, pubblicate in inglese o in francese, come indicato nel dispositivo — a meno che la Corte decida di renderle contemporaneamente nelle due lingue — sono comunicate dal Cancelliere alle parti, al Segretario generale del Consiglio d'Europa, ai terzi intervenienti, ivi compreso il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, e alle altre persone direttamente interessate.

Sono altresì trasmesse al Comitato dei Ministri che, a mente dell'art. 46, par. 2 CEDU, ne controlla l'esecuzione. Per un approfondimento su questa fase, si rinvia a M. Aversano, *L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella duplice prospettiva, nazionale ed europea*, in questa *Opera*.

Si rinvia a D. Cardamone, *Il "diritto consolidato" e la "sentenza pilota": quali conseguenze per il diritto interno e quali obblighi per il giudice nazionale*, in questa *Opera*, per la trattazione delle procedure delle c.d. "sentenze-pilota", elaborata in via giurisprudenziale per affrontare i casi in cui emerga un problema strutturale o sistemico di violazione dei diritti convenzionali e successivamente codificata nell'art. 61 del Regolamento.

Come si è già visto, le decisioni sono definitive al momento della loro pronuncia attraverso comunicazione scritta alle parti. A mente dell'art. 44 CEDU, le sentenze diventano, invece, definitive « (a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; oppure (b) tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; oppure (c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell'articolo 43 ».

7. La Grande Camera

La Grande Camera è composta da diciassette giudici e da almeno tre supplenti. Essa comprende il Presidente e i Vicepresidenti della Corte, i Presidenti delle Sezioni, nonché il "giudice nazionale", eventualmente sostituito da un giudice "ad hoc".

lo Stato condannato resta libero di scegliere, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, i modi con i quali adempiere l'obbligo di conformazione sancito dall'art. 46 CEDU. Nondimeno, in alcuni casi, è accaduto che la Corte abbia ritenuto di indicare il tipo di misure da adottare per porre fine alla situazione che aveva dato luogo all'accertamento della violazione.

L'intervento della Grande Camera può essere richiesto, anzitutto, da parte di una Camera, ai sensi dell'art. 30 CEDU, prima che questa abbia pronunciato la sentenza « *[se] la questione oggetto del ricorso ... solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte* ». Con l'entrata in vigore del Protocollo n. 15, è stata eliminata la possibilità, per le parti, di opporsi a tale istanza.

Inoltre, l'art. 43 CEDU prevede che, entro il termine di tre mesi a decorrere dalla pronuncia di una sentenza da parte di una Camera, « *ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera* ». In questo caso, l'istanza deve essere preliminarmente esaminata da un collegio di cinque giudici della Grande Camera, che « *accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale* ». La Grande Camera si pronuncia sul caso se il *Panel* di cinque giudici ha accolto l'istanza.

È importante precisare che non possono far parte dell'organo i giudici della Camera che ha rimesso la questione all'organo ai sensi dell'art. 30 CEDU, né quelli che hanno composto la Camera che ha emesso la sentenza nella causa che le è stata deferita, ad eccezione del Presidente e del c.d. "giudice nazionale".

In sede contenziosa, la Grande Camera è pure competente a pronunciarsi sulle questioni deferite dal Comitato dei Ministri a mente dell'art. 46, par. 4 CEDU; ovvero, quando quest'ultimo ritiene che uno Stato membro si rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva di condanna. In questo caso, l'accesso alla Grande Camera presuppone una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei membri del Comitato, previa messa in mora dello Stato in questione.

Infine, pur esulando dalla presente trattazione, occorre dare conto della competenza consultiva della Grande Camera, che può svolgersi, anzitutto, a mente degli artt. 47-49 CEDU, su istanza del Comitato dei Ministri. La richiesta di parere non può, però, riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei Protocolli, né altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione.

Più nota e rilevante è la funzione consultiva introdotta con il Protocollo n. 16, entrato in vigore il 1° agosto 2018. Si tratta di una nuova competenza per la Corte di Strasburgo, in base alla quale le più "alte giurisdizioni" degli Stati contraenti, da questi individuate in sede di ratifica, possono richiedere

alla Corte un'opinione consultiva non vincolante su questioni di principio concernenti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà previsti nella Convenzione e nei protocolli addizionali, nell'ambito di una causa pendente dinanzi alle stesse. La Grande Camera può esprimere il proprio parere se il collegio di cinque giudici decide per l'accoglimento della richiesta. A differenza delle altre decisioni di rigetto del *Panel*, in questo caso il rifiuto di esaminare la domanda dovrà essere motivato. Per alcune considerazioni in merito alla rilevanza dei pareri resi dalla Corte nell'ambito del Protocollo n 16, si rinvia al contributo sull'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano.

V.

L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NELLA DUPLICE PROSPETTIVA, NAZIONALE ED EUROPEA

di *Maria Aversano* (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il processo di esecuzione nella prospettiva nazionale. — 2.1. L'inizio della fase esecutiva. — 2.2. L'adempimento agli obblighi conformativi: contenuti e destinatari. — 3. Il processo di esecuzione nella prospettiva del Consiglio d'Europa. — 4. Conclusioni e linee di azione.

1. Premessa

Nella disamina della fase esecutiva delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti di uno Stato non si può assolutamente prescindere da un richiamo, pur breve, alle origini fondanti del processo di cui essa costituisce un precipitato, in particolare al contesto generale in cui la Convenzione EDU è nata ed opera, alle finalità che con essa gli Stati hanno inteso e intendono perseguire, al rapporto tra la Convenzione stessa e gli Stati — nella loro onnicomprensiva conformazione — che ne sono parte.

Una summa programmatica di tutto questo è sostanzialmente condensata nel Preambolo alla Convenzione, in cui è dato rinvenire:

— il contesto valoriale del Consiglio d'Europa:

Considerato che il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;

— il fine della Convenzione:

Riaffermato il loro (I governi firmatari) profondo attaccamento a tali libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un

(*) Magistrata, Esperta giuridica alla Rappresentanza d'Italia presso il Consiglio d'Europa a Strasburgo.

regime politico effettivamente democratico e dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo di cui essi si valgono;

— il rapporto tra la Convenzione e gli Stati che ne sono parte ed il principio di sussidiarietà:

Affermando 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, esse godono di un margine di apprezzamento soggetto al controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione, (...)

Nata all'indomani delle atrocità della seconda guerra mondiale, la Convenzione è stata chiaramente concepita come una dichiarazione di diritti e di valori condivisi, alla cui applicazione effettiva tendere allo scopo di fare del Consiglio d'Europa un'unione sempre più forte tra i suoi Stati Membri per un ambiente di pace, democrazia e stato di diritto, attraverso un processo di armonizzazione collettiva dei livelli di salvaguardia dei diritti fondamentali che, tuttavia, lasci a ciascuno Stato la prima tutela ed applicazione della Convenzione e la discrezionalità di predisporre le misure più appropriate per il perseguimento di tale obiettivo.

L'applicazione di questi principi anche al momento successivo ad una sentenza di accertamento di violazione della Convenzione consente di spiegare l'approccio necessario alla fase esecutiva e le modalità di attuazione degli obblighi di conformazione alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da parte dello Stato convenuto.

2. Il processo di esecuzione nella prospettiva nazionale

2.1. L'inizio della fase esecutiva

La fase esecutiva inizia con la sentenza dichiarativa di un'accertata violazione della Convenzione da parte dello Stato convenuto, a seguito della quale si avviano tutti i meccanismi di attuazione degli obblighi convenzionali, ricavabili, in primo luogo, dagli articoli 41 e 46 della Convenzione.

L'art. 41 della Convenzione statuisce, infatti, che: *Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.*

L'art. 46, sulla forza vincolante ed esecuzione delle sentenze, statuisce che *1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione. [...]*

Si desumono da tale impianto convenzionale i due principali cardini della fase esecutiva: *i*) la divisione di competenze e di ruoli tra la Corte, la cui funzione è quella di “assicurare il rispetto degli impegni assunti dalle Alte Parti contraenti nella Convenzione e nei suoi Protocolli” (articolo 19 della Convenzione), ed il Comitato dei Ministri, l’organismo politico decisionale composto dai Ministri degli Esteri degli Stati Membri del Consiglio d’Europa, “che supervisiona l’esecuzione” delle sentenze definitive della Corte (articolo 46 della Convenzione) ⁽¹⁾; *ii*) la costituzione degli obblighi conformativi conseguenti alla sentenza della Corte dichiarativa di accertata violazione, che impongono allo Stato convenuto di dare attuazione ai precetti ivi stabiliti, mediante il pagamento del risarcimento del danno eventualmente liquidato dalla Corte come misura compensatoria, (cd. “equa soddisfazione”) e l’ulteriore predisposizione di tutte le misure necessarie ad eliminare le conseguenze della violazione, sul piano individuale, ed a prevenire violazioni analoghe, sul piano generale e sistemico ⁽²⁾.

2.2. *L’adempimento agli obblighi conformativi: contenuti e destinatari*

Circa i contenuti degli obblighi esecutivi gravanti sullo Stato, quelli che poi dovranno orientarne l’azione successiva alla sentenza di violazione, si rileva, sul piano generale, che, secondo consolidata giurisprudenza della Corte, “tutte le sentenze che constatino una violazione comportano per lo Stato convenuto l’obbligo giuridico rispetto all’articolo 46 della Convenzione di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze, in modo tale da ripristinare per quanto possibile la situazione precedente a quest’ultima. Se, invece, il diritto nazionale non permette o permette solo in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze della violazione, l’articolo 41 autorizza la Corte ad accordare alla parte lesa, se del caso, la soddisfazione che ritiene appropriata. Ne consegue in particolare che lo Stato convenuto riconosciuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli è chiamato non solo a versare agli interessati le somme assegnate a titolo di equa soddisfazione, ma anche a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei

⁽¹⁾ v. Corte EDU, *Burmich v. Ucraina*, 12 ottobre 2017, § 141; Corte EDU, *Scozzari e Giunta v. Italia*, GC, 13 luglio 2000, §§ 249-250

⁽²⁾ Corte EDU, *Abbasov v. Azerbaijan*, 17 gennaio 2008, § 36: the Court reiterates that its judgments are essentially declaratory in nature and that, in general, it is primarily for the State concerned to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the means to be used in its domestic legal order in order to discharge its obligation under Article 46 of the Convention (see, among other authorities, *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 210, ECHR 2005-IV, and *Scozzari and Giunta v. Italy* [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 249, ECHR 2000-VIII); *Grande Stevens v. Italia* sent. 4.3.2014 §§ 232-234.

Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali da adottare nel suo ordinamento giuridico interno”

Pertanto, in linea di principio, “è in primo luogo lo Stato in causa a dover scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, i mezzi da utilizzare nel proprio ordinamento giuridico interno per adempiere al proprio obbligo rispetto all’articolo 46 della Convenzione, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte (...). Tale potere di apprezzamento per quanto riguarda le modalità di esecuzione di una sentenza esprime la libertà di scelta che accompagna l’obbligo fondamentale imposto dalla Convenzione agli Stati contraenti: assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà sanciti (...)” (3).

Tuttavia, a titolo eccezionale, per aiutare lo Stato convenuto ad adempiere ai propri obblighi ai sensi dell’articolo 46 della Convenzione, la Corte cerca di indicare il tipo di misure da adottare per porre fine alla situazione strutturale da essa constatata. In questo contesto, essa può formulare varie opzioni la cui scelta e realizzazione vengono lasciate alla discrezione dello Stato interessato. In alcuni casi, accade che la natura stessa della violazione constatata non offra realmente una scelta tra vari tipi di misure idonee a porvi rimedio, nel qual caso la Corte può decidere di indicare una sola misura di questo tipo” (4)

Da quanto sopra e dalle finalità generali di armonizzazione delle tutele dei diritti fondamentali sottese al sistema convenzionale, attraverso la valutazione di convenzionalità della Corte ed il controllo dell’esecuzione delle sue sentenze, si ricava, dunque, che, a seguito di una sentenza di violazione, lo Stato è tenuto ad agire su un doppio piano, quello delle misure individuali, a beneficio dello specifico ricorrente, e quello delle misure generali di sistema, tese sostanzialmente a prevenire il verificarsi di ulteriori violazioni dello stesso tipo.

Le misure individuali, in base allo specifico fatto esaminato ed alla violazione riscontrata, potranno consistere, quindi, in una compensazione economica e, per quanto consentito dal sistema, nell’adozione di atti di intervento in “forma specifica” sulla situazione sofferta dal ricorrente ed all’origine della violazione accertata (ad es. riapertura di un procedimento giudiziario ritenuto iniquo o la ripresa dei rapporti genitore-figlio interrotti)

La compensazione economica, detta equa soddisfazione, in favore della parte ricorrente vittoriosa costituisce il rimedio ad una violazione non completamente emendabile per altre vie a livello nazionale. Tuttavia, come richiamato poc’anzi, non si tratta di statuizione necessaria in caso di viola-

(3) Corte EDU, *Grande Stevens v. Italia*, 4 marzo 2014, §§ 232-234

(4) v. Corte EDU, *Grande Stevens e altri v. Italia*, sub nota 3

zione, ma, qualora vi sia stata una tempestiva e provata istanza risarcitoria da parte del ricorrente, ricade nei poteri di valutazione della Corte accordarla, ponendola a carico dello Stato convenuto, oppure ritenere la sola constatazione della violazione già idonea a riparare il danno procurato alla parte dalla violazione accertata.

Nella variegata casistica di violazioni per le quali la constatazione della violazione è stata considerata soddisfattiva, un esempio può rinvenirsi anche nel caso italiano di cittadino tunisino, condannato in patria per terrorismo internazionale e destinatario di provvedimento di espulsione, in cui la Corte ha ravvisato una violazione “condizionata” dell’art. 3 per l’esposizione al rischio di trattamenti inumani e degradanti cui il ricorrente sarebbe stato soggetto se lo Stato convenuto avesse dato seguito al provvedimento di espulsione del ricorrente verso il paese di origine ⁽⁵⁾, ritenendo che la constatazione della violazione costituisca un’equa soddisfazione sufficiente a titolo di risarcimento dei danni morali subiti dal ricorrente.

Normalmente, il riconoscimento della riparazione economica avviene nella stessa sentenza di violazione, ma non sono infrequenti i casi in cui la Corte si limiti, in prima battuta, a pronunciarsi sul merito e sulla constatazione di violazione riservando ad una pronuncia successiva la sola questione della liquidazione dell’equa soddisfazione, talvolta rinviando la statuizione su questo punto, soprattutto nei casi di maggiore complessità, anche in vista di un possibile accordo tra le parti ⁽⁶⁾.

O, ancora, la causa può definirsi anche direttamente con un regolamento amichevole tra la parti e l’impegno del Governo al pagamento di una concordata somma di denaro ritenuta congrua dalla Corte.

Quanto ai contenuti dell’equa soddisfazione, si evidenzia che, oltre a coprire il danno morale sofferto a causa della violazione accertata, la Corte può riconoscere anche il risarcimento dei danni materiali — in termini di danno emergente e lucro cessante — causalmente collegati alla violazione, in

⁽⁵⁾ v. Corte EDU, *Saadi v. Italia*, GC del 22 febbraio 2008,, punto 2 del dispositivo (versione in italiano in [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-106011%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-106011%22]})): Decide che, nell’eventualità che la decisione di espellere il ricorrente verso la Tunisia venga eseguita, ci sarebbe violazione dell’articolo 3 della Convenzione.

⁽⁶⁾ V. ad esempio Corte EDU, *Valli Pierimpiè società agricola s.p.a v. Italia*, 1 settembre 2016, sentenza solo su equa soddisfazione di radiazione della causa dal ruolo per intervenuto regolamento amichevole tra le parti. In Corte EDU, *Valli Pierimpiè società agricola s.p.a v. Italia*, 23 settembre 2014 sul merito la Corte aveva riscontrato una violazione dell’art. 1 prot.1 e, attesa la complessità della valutazione del danno materiale richiesto dai ricorrenti, aveva rinviato la disamina di questo aspetto ad un momento successivo invitando Governo e ricorrenti ad informarla di eventuali accordi raggiunti. (§ 83, punto 4 del dispositivo).

particolare nei casi di accertata lesione del diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. 1 (7).

Va, tuttavia, precisato che il pagamento da parte dello Stato soccombenente dell'equa soddisfazione eventualmente liquidata dalla Corte costituisce solo una parte della fase esecutiva, che dovrà comunque estendersi anche all'adozione delle altre misure funzionali alla *restitutio in integrum* in favore del ricorrente.

Le altre misure individuali eventualmente prospettabili, devono tendere, per quanto possibile, ad una completa riparazione della violazione e ad un ripristino della situazione del ricorrente antecedente al verificarsi della violazione. E nel perseguimento di tale duplice obiettivo, lo Stato, e dunque il sistema interno, individuerà, nell'esercizio di un potere discrezionale proprio del principio di sussidiarietà e del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati Parti, quelle più adatte allo scopo.

In tal senso sono, infatti, anche le *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements* (8), le disposizioni che disciplinano la procedura seguita dal Comitato dei Ministri nella sua attività di monitoraggio, laddove prevedono che l'Alta Parte contraente, tenuto conto del suo obbligo di rispettare la sentenza ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 1, della Convenzione, deve informare il Comitato delle misure che ha adottato o intende adottare in conseguenza della stessa, e che il Comitato deve controllare che l'equa soddisfazione sia stata pagata e che siano state adottate anche le misure individuali, di cessazione della violazione e ripristino dello status quo, e le misure generali preventive (v. *Rule 6*).

Tuttavia, non si esclude che la Corte stessa, nell'ambito delle sue valutazioni sui fatti e sul tipo di violazione, individui essa stessa già in sentenza la strada per addivenire al risultato ed indichi allo Stato l'adozione delle specifiche misure individuali necessarie alla cessazione della violazione e, possibilmente, all'eliminazione delle sue conseguenze. In tal caso, lo Stato convenuto avrà minori margini di discrezionalità nell'individuazione delle misure individuali e, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, sarà tenuto, oltre che al pagamento dell'equa soddisfazione, a conformarsi anche alle ulteriori indicazioni della Corte ponendo in atto prioritariamente le misure individuali già da quest'ultima tracciate.

(7) V., *ex multis*, Corte EDU, *Guiso-Gallisay v. Italia* (equa soddisfazione) GC del 22 dicembre 2009, con cui la corte fissa le nuove regole di determinazione del risarcimento del danno materiale in caso di occupazione acquisitiva (§§104-107).

(8) V. *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements* - CM/Del/Dec(2006)964/4.4-app4consolidated in *www.coe.int* (Result details (coe.int)).

A tale riguardo, si possono, a titolo puramente esemplificativo, richiamare alcuni casi in cui la Corte stessa, in relazione alla specifica questione trattata ed alla violazione convenzionale riscontrata, ha anche indicato allo Stato la specifica misura da adottare al fine di consentire una possibile *restitutio in integrum* in favore del ricorrente, come: la scarcerazione del detenuto ⁽⁹⁾; la riapertura del processo interno, svoltosi in contrasto con i principi del giusto processo di cui all'art. 6 ⁽¹⁰⁾; la riduzione della pena comminata in violazione del principio di legalità ex art. 7 Conv ⁽¹¹⁾.; la revoca di un ordine di espulsione a fronte di un rischio di esposizione a tortura nel Paese del rimpatrio ⁽¹²⁾; l'esecuzione di una decisione giudiziaria interna. ⁽¹³⁾

In tale contesto si richiama anche un recente caso italiano, relativo alla dichiarazione di adottabilità di una minore da parte del giudice nazionale alla luce di una valutazione di criticità nel ruolo genitoriale e un conseguente allontanamento irreversibile della minore dalla madre, in cui la Corte, avendo constatato una violazione del diritto alla vita familiare di entrambe le ricorrenti (madre e figlia) (art. 8 conv.) nella carente giustificabilità della misura dell'adottabilità in luogo di misure meno radicali e della conseguente sproporzione tra l'ingerenza sulla vita delle ricorrenti ed il fine perseguito dalle autorità, ha anche indicato allo Stato convenuto la necessità urgente di porre fine alla violazione del diritto alla vita familiare delle ricorrenti e di riesaminare, entro un breve periodo di tempo, la loro situazione alla luce della sentenza sovranazionale adottando misure appropriate nell'interesse della minore ⁽¹⁴⁾.

Analogamente, anche una decisione di radiazione dal ruolo conseguente ad un regolamento amichevole tra le parti che prevede un impegno dello Stato all'adozione di ulteriori specifiche azioni (cd. *friendly settlement with undertaking*), oltre al pagamento dell'equa soddisfazione, è, al pari di una sentenza, produttiva dell'obbligo dello Stato convenuto di conformarsi al-

⁽⁹⁾ Corte EDU, *ex multis*, *Assanidze c. Georgia* 8.4.2004; in *Şabin Alpay v. Turkey*, 2018, §§ 194-195; *Kavala c. Turchia*, 10.12.2019, §§239-240; *Mammadov c. Azerbaijan*; *S.K. v. Russia*, 2017, §§ 134-135.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *ex multis*, *Öcalan v. Turkey* [GC], 2005, § 210, *Sakbnovskiy v. Russia* [GC], 2010, § 112).

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Scoppola v. Italia* 17 settembre 2009, §154 (“Considerate le circostanze particolari della causa e la necessità urgente di porre fine alla violazione degli articoli 6 e 7 della Convenzione, la Corte ritiene dunque che sia lo Stato convenuto a dover assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza, ossia una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta”).

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 2012, § 211.

⁽¹³⁾ Corte EDU, *ex multis*, *Croce ed altri v. Italia*, 16 dicembre 2021, §8 del dispositivo.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *D.M. ed N. v. Italia*, 20 gennaio 2022, punto 3 del dispositivo.

l'impegno assunto e della competenza del Comitato dei Ministri a monitorarne l'esecuzione ex art. 46 della Convenzione.

Fatte queste eccezioni, dunque, è regola di principio generale che lo Stato gode di una certa discrezionalità nell'adozione delle misure individuali "in forma specifica", purché, come evincibile dagli obblighi conformativi di cui agli artt. 41 e 46 della Conv., siano idonee, per quanto possibile, ad eliminare la violazione e le sue conseguenze.

Una delle principali misure individuali "in forma specifica", considerata nella prassi degli Stati tra le più idonee al perseguimento di una *restitutio in integrum*, soprattutto in tema di violazioni correlate alla conduzione di procedimenti, si è rivelata la riapertura dei processi interni, in particolare di quelli penali ⁽¹⁵⁾.

Sul punto, con la Raccomandazione n. (2000)2 in tema di riesame e riapertura dei casi a livello interno, il Comitato dei Ministri, quale organismo di controllo sulle esecuzioni delle sentenze, nel ribadire il principale obbligo dello Stato convenuto di garantire la *restitutio in integrum* in favore della vittima della violazione e la discrezionalità dello Stato medesimo nella scelta della soluzione più adatta, ha indicato agli Stati come, secondo la prassi, il riesame del caso o la riapertura del procedimento interno a certe condizioni eccezionali si presentino tra le possibili misure di rimedio individuale alla violazione con maggiore efficacia, invitandoli, ove possibile, a prevedere nei loro sistemi meccanismi di riesame o di *reopening* nelle situazioni in cui il danno sofferto dalla vittima non possa che essere emendato in tal modo o in cui la decisione nazionale sia risultata contraria alla convenzione o le violazioni procedurali riscontrare possano sollevare il dubbio anche sulla correttezza del merito della decisione.

Uno studio comparato della Corte ha registrato che meccanismi di riesame o riapertura dei casi a seguito di sentenza di violazione sono previsti ⁽¹⁶⁾ nella maggior parte dei Paesi del Consiglio d'Europa, tra i quali anche l'Italia.

In molti di questi sistemi, tale meccanismo di riesame era espressamente previsto dalla normazione penale e poteva essere azionato a determinate condizioni innanzi all'autorità giudiziaria o, in misura minoritaria, presso organismi non giudiziari, come commissioni amministrative indipendenti, o quasi giudiziarie. In altri sistemi, invece, il riesame o la riapertura, pur non

⁽¹⁵⁾ Per un approfondimento sulla prassi della riapertura dei processi interni v. thematic factsheets "reopening of domestic judicial proceedings following the european court's judgment", in www.coe.int 1680a8a486 (coe.int)

⁽¹⁶⁾ V. Corte EDU, *Moreira Ferreira v. Portugal* (no. 2), GC, dell'11 luglio 2017, §§ 34-39.

espressamente previsti, erano comunque possibili per effetto di un'interpretazione estensiva delle disposizioni sulla riapertura dei procedimenti, come per l'Italia, in cui, all'epoca, un'ipotesi di "revisione europea" era stata già introdotta con la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011.

Inoltre, sempre nella prassi esecutiva, accanto alla riapertura dei processi interni a seguito di sentenze della CEDU, si sono registrati anche casi di riapertura di procedimenti interni che, pur non essendo stati sottoposti al preventivo scrutinio della Corte, presentavano la medesima criticità del caso pilota e che, quindi, le autorità nazionali hanno previsto di riaprire per applicarvi i principi già enunciati dalla Corte sulla questione, così di fatto attuando un rimedio interno ad una violazione convenzionale⁽¹⁷⁾ rilevata già dalle autorità nazionali.

È bene anche precisare, poi, che in base al tipo di violazione riscontrata, la semplice riapertura del procedimento interno può essere ritenuta in sé soddisfacente degli obblighi conformativi dello Stato, come nell'evenienza in cui un vizio procedurale possa essere emendato attraverso un rinnovato esame del caso secondo i principi del giusto processo⁽¹⁸⁾, o meno, come nel caso in cui essa si configuri come meramente funzionale all'obiettivo finale di rivisitazione di una decisione ritenuta dalla Corte iniqua sul piano sostanziale⁽¹⁹⁾ e dunque suscettibile di essere rivista alla luce dei principi sanciti a livello sovranazionale.

Nel caso di procedimenti civili tra privati, il tema della riapertura è molto più complesso, venendo in gioco i principi di certezza giuridica del giudicato nazionale e buona fede, soprattutto rispetto ad una parte processuale rimasta

⁽¹⁷⁾ V. Corte EDU, *Del Rio Prada v. Spagna* GC del 21 ottobre 2013 su violazione del principio di legalità per applicazione retroattiva alla durata della detenzione di una giurisprudenza del Tribunale supremo consolidatasi successivamente ai fatti (art. 7 e 5 §1 Conv.); Corte EDU, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islanda* (26374/18), GC definitiva il 30 novembre 2021, § 314, in tema di violazione del giusto processo per difetto del tribunale nominato per legge, Final Resolution CM/ResDH(2022)48

⁽¹⁸⁾ V. sub nota 15, in thematic factsheets 4 in nota, v. Corte EDU, MKD / Mitrov (45959/09), Judgment final 2 september 2016, Final Resolution CM/ResDH(2017)146 (*concerning a closure before the reopened proceedings had ended, but after an impartial tribunal had started to consider the case*)

⁽¹⁹⁾ V. sub nota 15, in thematic factsheets p. 4 in nota, v. SUI / Perinçek (27510/08), Judgment final 15/10/2015, Final Resolution CM/ResDH(2016)326 (*concerning closure of the case only after the applicant convicted in violation of Article 10 had been acquitted in the reopened proceedings*); In taluni casi di riapertura del procedimento interno per effetto di decisioni di condanna alla detenzione da rivalutare, il soggetto detenuto è stato rilasciato in attesa dell'esito del riesame del caso (ROM / Constantin and Stoian (23782/06), Judgment final 29/12/2009, Final Resolution CM/ResDH(2013)40. LIT / Birutis and Others (47698/99), Judgment final 28/06/2002, Final Resolution No. ResDH(2004)45 (not all applicants were released but only because of other convictions).

estranea al procedimento innanzi alla Corte EDU. Secondo lo studio comparato della Corte nel 2015, gli Stati europei che contemplavano la riapertura di procedimenti civili come conseguenza di un accertamento di violazione convenzionale erano in misura molto più contenuta rispetto a quelli che la prevedevano per i procedimenti penali ⁽²⁰⁾.

Va comunque precisato che la previsione di riapertura della procedura interna, pur essendo una misura individuale specifica di grande efficacia e diffusione tra gli Stati, non è vincolante né, in linea di principio, può essere imposta dalla Corte stessa ⁽²¹⁾, rimanendo preminente la discrezionalità dello Stato convenuto nella scelta della soluzione più adatta ad una *restitutio in integrum* in favore del ricorrente; ed infatti, nei casi di impossibilità di riapertura del caso, il Comitato dei Ministri ha considerato comunque idonee a soddisfare gli obblighi esecutivi gravanti sullo Stato anche misure differenti, come ipotesi di pagamenti di risarcimenti economici o di appello straordinario (ad esempio del procuratore generale alla corte suprema) ⁽²²⁾.

Quanto all'ordinamento italiano, allo scopo di consentire allo Stato l'adempimento ai suoi obblighi conformativi alle sentenze della CEDU e porre rimedio ad un processo considerato iniquo dalla Corte, sono stati recentemente disciplinati i meccanismi di riapertura del procedimento giudiziario interno a seguito di decisione della Corte EDU, sia penale che civile.

Nel settore penale, infatti, la recente riforma di cui al D.lgs n. 150 /2022 (cd. Riforma Cartabia) ha introdotto una nuova forma di rimedio avverso le violazioni accertate dalla Corte EDU. L'art. 628-*bis* cpp di nuova introduzione prevede la *Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali*, stabilendo che "Il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza possono richiedere alla Corte di cassazione di revocare la sentenza penale o il decreto penale di condanna pronunciati nei loro confronti, di disporre la riapertura del procedimento o, comunque, di adottare i provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quando hanno proposto ricorso per

⁽²⁰⁾ Corte EDU, *Bochan v. Ucraina* (n.2), GC, 5 febbraio 2015 §§ 26-27. All'epoca della decisione erano stati esaminati 38 Stati, di cui solo 22 prevedevano la riapertura dei procedimenti civili; dei restanti 16 che non lo contemplavano, solo alcuni ammettevano la riapertura in presenza di fatti nuovi o di errori procedurali.

⁽²¹⁾ V. Corte EDU, *Moreira Ferreira v. Portogallo*, GC, 11 luglio 2017, §§ 49 e ss.

⁽²²⁾ V. *sub* nota 15, in *thematic factsheets*, 4 in nota 5 — in particolare, Corte EDU *Gaspari v. Slovenia* (21055/03)(Résolution CM/ResDH(2018)401); Corte EDU, *Dalban v. Romania* and 4 other cases (28114/95), Judgment final 28 September 1999 (Final Resolution CM/ResDH(2011)73)

l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dai Protocolli addizionali alla Convenzione e la Corte europea ha accolto il ricorso con decisione definitiva, oppure ha disposto la cancellazione dal ruolo del ricorso ai sensi dell'articolo 37 della Convenzione a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato".

La richiesta, da presentare a pena di inammissibilità entro novanta giorni dalla pubblicazione della sentenza al giudice che ha emesso la decisione censurata dalla CEDU, è esaminata dalla Corte di cassazione, che, ove ritenga che la violazione accertata abbia avuto incidenza effettiva sulla sentenza o sul decreto penale di condanna pronunciati contro il ricorrente, può decidere direttamente, se non sono necessari accertamenti ulteriori, o rinviare al giudice dell'esecuzione o al giudice innanzi al quale si è verificata la violazione. La prescrizione riprende a decorrere solo in caso di riapertura del procedimento in primo grado.

In ambito civile, il Dlgs n. 149 del 17 ottobre 2022, attuativo della recente riforma del processo civile, ha introdotto uno strumento di revocazione straordinaria nei casi di decisioni ritenute contrarie alla Convenzione EDU, attraverso la previsione di cui all'art. 391-quater c.p.c. (Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo) secondo cui: "Le decisioni passate in giudicato il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali ovvero ad uno dei suoi Protocolli, possono essere impugnate per revocazione se concorrono le seguenti condizioni: 1) la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona; 2) l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non è idonea a compensare le conseguenze della violazione.

Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o, in mancanza, dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea ai sensi del regolamento della Corte stessa. Si applica l'articolo 391-ter, secondo comma. L'accoglimento della revocazione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi di buona fede che non hanno partecipato al giudizio svoltosi innanzi alla Corte europea".

Un tale meccanismo procedurale, azionabile soltanto nei casi in cui la violazione convenzionale abbia negativamente inciso su un diritto di stato della persona e l'equa soddisfazione eventualmente riconosciuta dalla Corte non sia adeguata a porvi rimedio, si connota anche per una competenza esclusiva della Corte di cassazione — che deciderà nel merito in assenza di ulteriori accertamenti di fatto o rinvierà al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata (v. art. 391-ter c.p.c.) —, la trattazione in pubblica udienza

(art. 375 c.p.c.), la possibile iniziativa anche del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione (art. 397 cc) e la tutela dei terzi in buona fede, anche di quelli che vantino la trascrizione di un atto antecedente alla trascrizione dell'azione di revocazione (art. 2652 cc) ⁽²³⁾.

Ma come anticipato, l'attività esecutiva non si esaurisce nella sola predisposizione delle misure individuali tese a porre rimedio alla situazione del singolo ricorrente.

Lo Stato è richiesto di adottare, infatti, anche delle misure di carattere generale ogni qual volta la violazione accertata, benché riferibile ad uno specifico caso, sia conseguenza diretta o indiretta di aspetti sistemici e ordinamentali a portata generale.

Pertanto, compiuta una valutazione dell'origine e del contesto della violazione accertata, al fine di perseguire l'interesse generale all'innalzamento delle tutele e, quindi, alla prevenzione di future analoghe violazioni, le Autorità nazionali competenti procederanno di volta in volta, nell'esercizio del loro margine di apprezzamento, ai conseguenti interventi sul quadro normativo di riferimento che ha dato causa alla lesione, ove possibile, congiuntamente o alternativamente, ad un mutamento giurisprudenziale in termini convenzionalmente orientati, all'adozione di misure amministrative, all'adozione di misure organizzative adeguate, ad un'attività di sensibilizzazione e formazione delle autorità che si occupano della materia, ed in particolare gli operatori del diritto, oltre ad ogni altra misure ritenuta funzionale allo scopo.

È anche possibile che sia la Corte stessa, a fronte di una rilevata criticità strutturale del sistema nazionale, ad indicare nella decisione le specifiche misure di carattere generale che lo Stato dovrebbe intraprendere per superarla ed allineare il proprio sistema interno agli standard convenzionali ⁽²⁴⁾. Tale è, in particolare, l'aspetto caratterizzante delle cd. "sentenze pilota", che si connotano proprio per il fatto che la Corte, individuando un problema

⁽²³⁾ Sul punto v. F. DE STEFANO, *La riforma del processo civile in Cassazione. Note a prima lettura in Giustizia insieme* (online) 11.1.2023 - <https://www.giustiziainsieme.it/it/riforma-cartabia-civile/2608-la-riforma-del-processo-civile-in-cassazione-note-a-prima-lettura-bitcount=0>

⁽²⁴⁾ Nella recente esperienza italiana, si vedano Corte EDU: *SY v. Italia*, 24 gennaio 2022, in tema di detenzione in regime ordinario di soggetti destinati al ricovero in REMS; *Cordella - Ambrogi Melle v. Italia*, 24 gennaio 2019, in tema di inquinamento ambientale, in cui la Corte ha indicato allo Stato di dare completa attuazione al piano ambientale (§ 182); *Marcello Viola v. Italia* (n. 2), 13 giugno 2019, in tema di ergastolo ostativo per i detenuti di mafia non collaboranti con la giustizia, in cui la Corte ha indicato allo Stato di intervenire sul quadro normativo nazionale per estendere a questi ultimi il regime delle liberazione condizionale (§143).

sistemico e strutturale bisognoso di una pronta soluzione, individua già le misure specifiche che lo Stato deve adottare a livello nazionale e i tempi entro i quali tali misure devono essere adottate, eventualmente sospendendo, in parallelo, la trattazione dell'equa soddisfazione nella causa principale e la trattazione nel merito di tutti i casi simili pendenti innanzi ad essa in attesa dell'attuazione delle misure generali risolutive da parte dello Stato convenuto. Con la conseguenza che un'eventuale mancata adozione delle misure generali attese determinerà la ripresa della trattazione del caso principale e dei casi pendenti da parte della Corte (art. 61 Rules of the Court) ⁽²⁵⁾

D'altronde, lo stesso Comitato dei Ministri, con la specifica risoluzione sulle decisioni che rivelano problemi sistemici (*Res(2004)3*), nel richiamare, tra l'altro, lo scopo del Consiglio d'Europa di garantire forte unità tra i suoi Membri attraverso il mantenimento dei diritti fondamentali e l'interesse ad aiutare gli Stati con problemi sistemici mediante l'individuazione delle necessarie misure di esecuzione, ha invitato la Corte ad evidenziare quando la violazione riscontrata nasconde una criticità sistemica idonea a dar luogo ad una moltitudine di ricorsi analoghi, onde assistere gli Stati nella ricerca della soluzione, e a darne notizia anche agli altri organismi del Consiglio, come l'Assemblea Parlamentare, il Segretario Generale e il Commissario dei Diritti Umani.

Fatte queste precisazioni, resta, in generale, la discrezionalità dello Stato nell'individuazione delle misure generali da adottare, eventualmente anche a vari livelli, per prevenire il verificarsi di violazioni dello stesso tipo di quella riscontrata nel caso specifico, proprio nell'interesse generale del sistema nazionale e convenzionale.

I destinatari degli obblighi conformativi, genericamente attribuiti dalla Convenzione allo Stato nella sua interezza, saranno le varie articolazioni interne competenti ad intervenire sulla parte di sistema nazionale che ha mostrato la criticità accertata dalla Corte.

Pertanto, dove, infatti, la criticità riscontrata dalla Corte sia nel quadro normativo di riferimento o nella mancanza di un rimedio interno, un emendamento normativo o un intervento della Corte costituzionale ⁽²⁶⁾

⁽²⁵⁾ Per una recente esperienza italiana in tema di sentenza pilota, si veda Corte EDU *Torreggiani v. Italia*, 8 gennaio 2013, in tema di sovraffollamento carcerario, la risoluzione finale di chiusura del monitoraggio del caso (Resolution CM/ResDH(2016)28 e la conseguente dichiarazione di irricevibilità per sopravvenuta introduzione dei rimedi interni in casi simili (v. casi *Stella*, 16 settembre 2014, e *Rexhepi v. Italia*, 16 settembre 2014).

⁽²⁶⁾ In tal senso si v. Corte EDU *Cusan Fazzo v. Italia* del 7 gennaio 2014, Risoluzione finale del Comitato dei Ministri del 23 novembre 2022 (Rés. CM/ResDH(2022)320) che chiude il monitoraggio del caso a seguito dell'intervento della Corte costituzionale n.

modificativi dell'assetto giuridico del settore saranno le misure esecutive più verosimilmente prospettabili.

Alternativamente o congiuntamente, la criticità potrebbe trovare una sua soluzione anche in misure di tipo amministrativo-organizzativo o in un differente approccio giurisprudenziale alla questione. In tali ultimi casi, quindi, il processo di adattamento del sistema interno ai principi convenzionali dovrà necessariamente passare attraverso le autorità amministrative, centrali o locali, e le autorità giudiziarie in sede di interpretazione ed applicazione delle leggi.

Nell'esperienza italiana, si fa riferimento, come esempio di misure generali di natura giudiziaria, al processo di adattamento conseguito ad un caso di violazione del diritto al giusto processo (art. 6) per effetto di una riqualificazione del reato non prevista e di una mancanza di termini sufficienti alla difesa sulla nuova imputazione. In tal caso, l'esecuzione della decisione si è compendiate nel mutamento del quadro giurisprudenziale in termini più aderenti ai principi sanciti dalla Corte sul punto, che, infatti, prevedendo l'instaurazione di un contraddittorio su una possibile riqualificazione del reato in ogni istanza giudiziaria e della possibilità di riaprire il processo in cassazione attraverso lo strumento dell'art. 625-*bis* c.p.p., è stato positivamente valutato dal Comitato dei Ministri come misura risolutiva ed attuativa degli obblighi conformativi dello Stato ex art. 46 conv (27) derivanti dalla specifica violazione riscontrata.

Tra le misure generali preventive, sempre auspiccate sono anche tutte quelle tese sostanzialmente alla sensibilizzazione ai temi convenzionali dei principali attori istituzionali, ed in particolare degli operatori del diritto, mediante la traduzione in lingua nazionale e disseminazione della sentenza della CEDU in questione e la formazione, sia giudiziaria che di tutti gli

133/2022, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 262, 1° co., cc, nella parte in cui non prevede il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

Corte EDU, *Olivieri v. Italia* del 25 giugno 2016, Risoluzione finale dell'8 dicembre 2022 (Res. CM/ResDH(2022)351), con cui sono state ritenute soddisfattive la decisione della Corte costituzionale di intervenire sulla L. Pinto eliminando la preventiva istanza di prelievo nel processo amministrativo come condizione di accesso al rimedio risarcitorio e alla successiva giurisprudenza delle corti nazionali riguardo all'interpretazione della ragionevole durata del procedimento e di ciascuna fase in senso convenzionalmente orientato.

(27) V. Corte EDU, *Drassich v. Italia*, 11 dicembre 2007, Risoluzione finale del Comitato dei Ministri CM/resDH(2009)87.

operatori coinvolti, sull'applicazione dei principi convenzionali sanciti nella giurisprudenza della Corte alle questioni di volta in volta in esame. ⁽²⁸⁾

Naturalmente, i percorsi esecutivi a livello nazionale ed i contenuti delle misure generali adottate dagli Stati Membri registrano una certa varietà di soluzioni sistemiche, considerate dal comitato dei Ministri, pur nella loro diversità, soddisfacenti e tali da far ritenere eseguita la sentenza della CEDU originaria e concluso il monitoraggio del caso.

Su tematiche di particolare rilevanza anche nell'esperienza italiana, in particolare alla luce dei recenti arresti della Corte EDU sulla sussistenza di problemi sistemici a livello nazionale, potrebbe essere, infatti, di interesse comparatistico il riferimento all'esperienza di altri sistemi nazionali e le misure ivi approntate sulle medesime questioni.

Così, ad esempio, in tema di minori contesi ⁽²⁹⁾, in risposta ad una sentenza della Corte di Strasburgo riguardante, in particolare, l'incapacità dei tribunali nazionali di esercitare una speciale diligenza nei procedimenti ⁽³⁰⁾ sui diritti dei genitori e di far rispettare i diritti di visita dei ricorrenti, le soluzioni normative e processuali apprestate nei differenti sistemi nazionali sono state variamente declinate, come: la possibilità di sospendere il procedimento e contestualmente ordinare alle parti di partecipare ad incontri di mediazione o terapia familiare; di ordinare ai genitori che non rispettano i loro obblighi di partecipare a riunioni extragiudiziali o ad una terapia familiare, di stabilire un piano di graduale ripresa dei contatti o, come *extrema ratio*, di ordinare il ricongiungimento forzato del genitore con il minore.

Sempre sul tema delle controversie familiari ed interesse superiore del minore, merita segnalare per la specificità della soluzione adottata, un'altra esperienza nazionale, in cui con l'introduzione di un nuovo codice della famiglia è stato previsto che i genitori, prima di chiedere ad un tribunale di decidere sull'affidamento, sul mantenimento e sul diritto di visita del minore, debbano partecipare a sessioni di consulenza preventiva presso il centro di

⁽²⁸⁾ A tale proposito, l'attività di formazione della Scuola superiore della magistratura, in particolare il ciclo dei cd. "Laboratori Strasburgo", ha ricevuto positivi apprezzamenti di buona prassi esecutiva nazionale dal Consiglio d'Europa.

⁽²⁹⁾ Per l'esperienza italiana, v. Corte EDU *Terna v. Italia*, 14 gennaio 2021, § 97 (La Corte osserva, inoltre, che tali ritardi, come si evince dalla giurisprudenza (*Piazzi*, sopra citata, *Lombardo*, sopra citata, *Nicolò Santilli*, sopra citata, *Bondavalli*, sopra citata, § 90, *Strumia*, sopra citata, *Solarino c. Italia*, n. 76171/13, 9 febbraio 2017, *Endrizzi c. Italia*, n. 71660/14, 23 marzo 2017) dimostrano l'esistenza di un problema sistemico in Italia).

⁽³⁰⁾ V, in *thematic factsheets* sulle esecuzioni in tema "Diritti dei minori", 12, Corte EDU, *Reslova v. Rep. Ceca* (sent. Definitiva il 18.10.2006), Risoluzione finale CM/Res DH (2011)99.

assistenza sociale o che il centro di assistenza sociale presti attività di supporto a domicilio (*a help to a family at home*) a tutti i membri della famiglia ed ai minori in difficoltà ⁽³¹⁾.

In tema di trattamento di detenuti con problemi mentali ⁽³²⁾, invece, la criticità convenzionale è stata considerata superata mediante la creazione, all'interno degli istituti penitenziari, di speciali reparti dedicati al trattamento ed alla terapia dei detenuti con problemi mentali secondo gli specifici bisogni, capaci di accogliere tutti i detenuti con problemi, e la previsione di un rimedio interno a doglianze di inadeguatezza trattamentale da indirizzare al direttore dell'istituto e decidere in quindici giorni ⁽³³⁾.

3. Il processo di esecuzione nella prospettiva del Consiglio d'Europa

A seguito della sentenza di accertamento della violazione, il controllo sulla fase esecutiva e sull'adeguamento del sistema nazionale ai precetti sanciti dalla Corte, è affidato all'organo politico del Consiglio d'Europa, il Comitato dei Ministri (v. art. 46 conv.), secondo una suddivisione di competenze che vede, da un lato, la Corte, la cui funzione è quella di "assicurare il rispetto degli impegni assunti dalle Alte Parti contraenti nella Convenzione e nei suoi Protocolli" (articolo 19 della Convenzione) e, dall'altro, il Comi-

⁽³¹⁾ V. *sub* nota 30, 14 *A.V. c. Slovenia* (sentenza definitiva il 09/07/2019) Risoluzione finale CM/ResDH(2020) 82.

⁽³²⁾ Per l'esperienza italiana sul tema, v. Corte EDU, *SY v. Italia*, 24 gennaio 2022, §§ 135, 184-185. (184. Facendo riferimento ai principi riportati nella sentenza Strazimiri, sopra citata, il ricorrente chiede alla Corte di ordinare al Governo di adottare ogni misura generale necessaria per garantire che i detenuti affetti da disturbi mentali, e destinatari della misura di sicurezza del ricovero in REMS, siano rapidamente trasferiti in tali strutture, in particolare aumentando notevolmente il numero di posti disponibili nel sistema delle REMS.

185. La Corte rammenta che le sue sentenze hanno essenzialmente un carattere dichiarativo e che, in generale, spetta in primo luogo allo Stato in questione scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, i mezzi da utilizzare nel suo ordinamento giuridico interno per adempiere al proprio obbligo previsto dall'articolo 46 della Convenzione, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte (si vedano, tra altre, *Scozzari e Giunta c. Italia* [GC], nn. 39221/98 e 41963/98, § 249, CEDU 2000-VIII, *Brumărescu c. Romania* (equa soddisfazione) [GC], n. 28342/95, § 20, CEDU 2001-I, e *Grande Stevens e altri c. Italia*, nn. 18640/10 e altri 4, § 233, 4 marzo 2014) (versione in italiano a cura del Ministero della Giustizia).

⁽³³⁾ V. *thematic factsheets "Conditions of detention"*, sulle esecuzioni in tema di condizioni detentive, 9, Corte EDU, *Dybeku and Grovi v. Albania* (sentenza definitiva il 02/06/2008) Final Resolution CM/ResDH(2016)273, in <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-conditions-detention-eng/1680a2e323>.

tato dei Ministri, “che supervisiona [l’] esecuzione” delle sentenze definitive della Corte (articolo 46 della Convenzione) ⁽³⁴⁾.

Tuttavia, non si esclude che la Corte possa ritornare a pronunciarsi sulla medesima questione quando le misure adottate da uno Stato convenuto per rimediare a una violazione accertata dalla Corte sollevino nuove questioni; ad esempio quando le autorità nazionali hanno effettuato un nuovo esame del caso a livello nazionale in attuazione di una precedente decisione della Corte mediante la riapertura del procedimento o l’avvio di un intero nuovo procedimento interno ⁽³⁵⁾.

Il Comitato dei Ministri esercita questa sua funzione di controllo attraverso una verifica costante dei progressi compiuti dagli Stati nel processo di attuazione piena e tempestiva di tutte le misure, individuali e generali, necessarie ad eliminare la violazione e a prevenirne di nuove simili.

Alla maggiore complessità ed ampiezza della criticità riscontrata dalla Corte, come nel caso di questioni strutturali e sistemiche, potrebbe seguire una fase esecutiva interna altrettanto complessa e lunga, in considerazione della molteplicità delle misure attese a vari livelli e dei complicati processi interni che possono essere coinvolti, come nel caso in cui l’adattamento ai principi convenzionali richieda una modifica normativa.

La supervisione da parte del Comitato dei Ministri si estenderà, pertanto, per tutta la durata della fase esecutiva, articolandosi in periodiche verifiche sulle misure intraprese, sull’adozione dei rimedi interni al tipo di violazione accertata e, in particolare, sulla loro efficacia al raggiungimento dello scopo.

Sul piano procedurale, il sistema di monitoraggio innanzi al Comitato dei Ministri si articola in una procedura a doppio binario (*twin track procedure*), “procedura standard” o “procedura rafforzata” ⁽³⁶⁾.

La “procedura standard”, che costituisce la procedura normalmente seguita per la supervisione, prevede una verifica periodica da parte del Comitato dei Ministri delle informazioni fornite da parte degli Stati in merito alle misure *medio tempore* intraprese.

La “procedura rafforzata”, invece, viene di solito seguita nei casi che richiedono una trattazione prioritaria ed un monitoraggio più stringente, come nei casi in cui si richiedano misure individuali urgenti, interventi sistemici e strutturali — come nelle “sentenze pilota” —, nei casi particolarmente complessi ed in quelli inter-statali.

⁽³⁴⁾ V. Corte EDU, *Burmych v. Ucraina*, cit. § 141

⁽³⁵⁾ V. Corte EDU *Bochan v Ucraina* (2), GC, 5 febbraio 2015 § 34

⁽³⁶⁾ V. M. FIORI, “L’esecuzione delle sentenze nel sistema convenzionale: profili teorici e pratici”, in *Questione Giustizia*.

Tale procedura si connota, infatti, proprio per una maggiore incisività di intervento da parte del Comitato dei Ministri, che periodicamente esamina il caso — eventualmente anche sollecitando un dibattito tra tutti gli Stati del Consiglio — nel corso delle sue quattro riunioni annuali specificamente dedicate al monitoraggio delle sentenze della Corte (cd Comitato dei Ministri in formato Diritti Umani - CM-DH) e, nei casi più complessi e meritevoli di maggiore attenzione, anche nelle sue sedute ordinarie, e per una più stretta collaborazione tra lo Stato convenuto ed il Dipartimento delle Esecuzioni del Consiglio d'Europa, che, attraverso contatti bilaterali frequenti, riunioni, tavoli di lavoro, seminari ed altre iniziative con le autorità nazionali coinvolte, può prestarsi a fornire a queste ultime assistenza nella predisposizione delle misure più adatte al superamento della criticità.

Gli adempimenti procedurali dello Stato convenuto consistono nel rendere conto al Comitato dei Ministri dello svolgimento della fase esecutiva mediante la presentazione dei c.d. “piani d'azione” o “bilanci d'azione”.

I primi, da presentare inizialmente entro sei mesi dal momento in cui la sentenza è divenuta definitiva, recano la disamina della questione critica enucleabile dalla decisione della Corte e la rappresentazione delle misure che lo Stato, nell'esercizio della sua discrezionalità di scelta, ha già adottato o intende adottare per superarla, sia sul piano individuale che generale; il piano va, poi, periodicamente aggiornato con l'indicazione di tutti i progressi fatti a livello nazionale nell'attuazione delle misure annunciate o di quelle nuove delineatesi nel frattempo.

I “bilanci d'azione” vengono, invece, presentati nella fase conclusiva per rappresentare il completamento delle misure annunciate nei piani d'azione precedentemente presentati, la loro efficacia e, quindi, la piena esecuzione della sentenza della Corte.

L'analisi dei progressi nella procedura esecutiva e delle misure adottate, periodicamente condotta dal Comitato dei Ministri con l'ausilio del Dipartimento delle Esecuzioni, culmina in decisioni o risoluzioni interlocutorie (cd. *interim resolutions*), con cui può darsi atto di un'evoluzione positiva del processo o, all'opposto, in caso di lungaggine o resistenza da parte dello Stato nell'intraprendere azioni risolutive, sollecitarsi con fermezza l'adozione dei rapidi interventi indicati dal Comitato medesimo.

Nel corso del processo esecutivo sono possibili interventi anche da parte di soggetti terzi, in particolare del ricorrente, in merito al pagamento dell'equa soddisfazione o alle misure individuali, o di ONG, organizzazioni intergovernative o altri terzi intervenienti, in merito alle misure generali, e tali rapporti informativi unitamente ai commenti dello Stato convenuto sono esaminati dal Comitato dei Ministri nel quadro generale dello stato di esecuzione a livello nazionale (v. in particolare Rule 9 (Communications to

the Committee of Ministers) of the *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*).

Nei casi in cui lo Stato interessato persista nell'omettere di dare esecuzione alla sentenza ed ai principi ivi sanciti, ulteriori azioni politiche di sollecitazione possono essere intraprese dal Comitato dei Ministri, talune espressamente previste nella Convenzione medesima.

Il riferimento è, ad esempio, alla procedura di inchiesta, con cui il Segretario Generale del Consiglio d'Europa (art. 52 conv.), può chiedere allo Stato convenuto spiegazioni sul modo in cui il suo diritto interno assicura l'effettiva applicazione di tutte le disposizioni della Convenzione.

Inoltre, quando la mancata esecuzione dipende da questioni di interpretazione della sentenza da eseguire, il Comitato dei Ministri, con una maggioranza di due terzi degli aventi diritto, può rinviare il caso alla Corte per un'interpretazione della sua stessa decisione (art. 46 § 3 Conv.)

Nel caso in cui, invece, si configuri un persistente rifiuto dello Stato di eseguire la decisione, il Comitato dei Ministri può avviare una procedura di infrazione (*infringment procedure*) tesa all'adozione di misure di particolare rigore nei confronti dello Stato inadempiente (art. 46§ 4); infatti, dopo aver notificato allo Stato interessato la "*Interim Resolution*" con cui si è determinato ad avvalersi di tale procedura, il Comitato rinvia il caso alla Corte per dirimere la questione sul se lo Stato convenuto si sia effettivamente sottratto all'attuazione dei suoi obblighi convenzionali omettendo l'adozione delle misure necessarie a conformarsi alla decisione. In caso di acclarato rifiuto, la questione viene rimessa al Comitato dei Ministri per l'adozione di misure più forti; nell'evenienza in cui, invece, non dovesse configurarsi un rifiuto e/o le misure nel frattempo adottate dovessero esser ritenute dalla Corte adeguate, il Comitato procede alla chiusura del monitoraggio del caso.

Il processo esecutivo si conclude quando tutte le misure adottate dallo Stato sono state considerate sufficienti a superare la criticità ed efficaci nel prevenire altre violazioni analoghe. Compiute, quindi, queste valutazioni conclusive, il Comitato dei Ministri chiude il monitoraggio del caso con l'adozione di una cd. risoluzione finale, con cui si dà atto dell'attuazione di tutte le misure attese e, quindi, dell'adempimento da parte dello Stato ai suoi obblighi conformativi di cui agli artt. 41 e 46 della Convenzione.

4. Conclusioni e linee di azione

In conclusione, come è dato desumere dalle molteplici sfaccettature che caratterizzano la fase discendente delle procedure convenzionali, il processo di esecuzione di una sentenza di violazione della Corte EDU si distingue,

rispetto alla fase ascendente contenziosa, per la sua spiccata natura di sintesi tecnico-politica e, correlativamente, per la centralità di una coordinata azione multilivello da parte di tutte le autorità nazionali coinvolte nella questione, principali destinatarie degli obblighi conformativi e protagoniste della fase esecutiva.

Inoltre, una compiuta esecuzione delle sentenze della Corte, quali parametri di convenzionalità, del singolo caso o del sistema generale, è destinata a riflettersi positivamente, non solo sul singolo caso individuale, ma, in generale, ad ampio spettro anche su altri piani: sulla fase ascendente contenziosa, mediante la prevenzione di contenzioso CEDU ripetitivo; sui rapporti bilaterali con altri Stati, che possono trarre da una persistente criticità rilevata dalla Corte EDU argomenti negativi sul livello di tutele dei diritti fondamentali a livello nazionale; sui rapporti multilaterali con il resto della *membership* del Consiglio d'Europa e, in generale, di altri organismi internazionali di cui l'Italia è parte, come Membro rispettoso dei propri obblighi internazionali.

A ciò va aggiunto che sull'effettivo funzionamento del processo di esecuzione delle sentenze della corte EDU, considerato il cuore pulsante del sistema convenzionale e del suo fine ultimo di perseguimento di un armonico livello europeo di tutele dei diritti fondamentali, l'attenzione del Consiglio d'Europa è sempre più alta. Il tema è stato, infatti, uno dei pilastri della Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo di Reykjavik del 16-17 maggio 2023 e, come da essa evincibile, è di grande attualità in seno al Consiglio il dibattito sul rafforzamento dell'efficacia del sistema di monitoraggio, soprattutto sulle situazioni di mancata esecuzione, e sul rafforzamento di un possibile strumentario di misure di reazione utilizzabili, con graduale intensità che tenga conto della specificità dei casi, nei confronti degli Stati inadempienti ⁽³⁷⁾.

L'insieme di tutte le considerazioni che precedono porta, dunque, a concludere che a fronte di una sentenza della CEDU che accerti una violazione della Convenzione su una determinata questione, sarà obbligo di tutti gli attori istituzionali coinvolti avviare il processo esecutivo, sul piano individuale e generale.

Pertanto, nel caso di violazioni direttamente o indirettamente collegate al quadro normativo di riferimento, un possibile seguito potrà focalizzarsi su

⁽³⁷⁾ V. Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo di Reykjavik, 16-17 maggio 2023, "Reykjavik Declaration - United around our values", appendix IV: *inter alia* "Call on the Committee of Ministers to continue its work enhancing the tools available in the supervision of the execution of judgments with clear and predictable, gradual steps in the event of non-execution or persistent refusal to execute the final judgments of the Court, in an appropriate and flexible way, which takes into account the specificities of each case", in <https://rm.coe.int/4th-summit-of-heads-of-state-and-government-of-the-council-of-europe/1680ab40c1>.

eventuali interventi modificativi per via legislativa parlamentare, o, ove possibile, per via interpretativa o, ancora, per effetto di un intervento della Corte Costituzionale.

Nel caso di procedure giudiziarie interne considerate dalla Corte, per aspetti puramente procedurali o sostanziali, difformi dai principi convenzionali, le Autorità giudiziarie nazionali, in particolare quelle dotate di potere di iniziativa processuale, dovranno attivarsi per porre rimedio alla violazione accertata: sia rispetto al caso specifico, mediante la riapertura del caso innanzi alle corti interne o il riesame della questione, ove possibile, affinché la nuova procedura si svolga in ossequio ai principi del giusto processo (art. 6 Convenzione) considerati violati (ad es. mediante l'audizione di testimoni non ascoltati nel giudizio di impugnazione avverso l'assoluzione in primo grado) o si valuti l'adozione di una nuova decisione che tenga conto delle criticità rilevate dalla Corte; sia in termini generali, mediante l'adozione di una prassi giudiziaria che vada nella direzione indicata dalla Corte in sentenza rispetto al caso concretamente esaminato (v.ad esempio, in tema di minori e diritto parentale, l'adozione di *best practices* che favoriscano il rapporto con il genitore non affidatario ⁽³⁸⁾ o che introducano nelle procedure di adozione valutazioni sul mantenimento di relazioni tra minore adottando e genitore naturale ⁽³⁹⁾) o interpretazioni del quadro normativo di riferimento in senso convenzionalmente orientato, in ossequio ai consolidati principi sanciti dalla Corte costituzionale sin dalle cd. "sentenze gemelle" (Corte Cost. n. 348 e 349 del 2007).

Circa i seguiti esecutivi da adottare, preme anche evidenziare che in tema sentenze di violazione dell'aspetto procedurale dell'articolo 2 (diritto alla vita) e/o dell'articolo 3 (divieto di tortura) della Convenzione per assenza di un'indagine efficace su violazioni, provate o presunte, di tali diritti fondamentali da parte delle forze di sicurezza, sussiste un obbligo sostanzialmente permanente di condurre tale indagine; dal che consegue che anche dopo la sentenza di violazione della CEDU si richiede alle Autorità di riesaminare i casi d'ufficio e tempestivamente per evitare la prescrizione di ulteriori azioni e, ove ancora possibile, riaprire o riprendere le indagini ⁽⁴⁰⁾.

Ancora, le Autorità competenti provvederanno alla traduzione e disseminazione della sentenza della Corte e gli organismi preposti alla formazione giudiziaria o alla formazione di altre figure professionali coinvolte sulla questione provvederanno alle attività di sensibilizzazione degli operatori del settore interessato.

⁽³⁸⁾ v. ad es. Corte EDU *Terna v. Italia*, cit.;

⁽³⁹⁾ v. ad es. Corte EDU *A.I. v. Italia*, 1 aprile 2021.

⁽⁴⁰⁾ V. CoE, *thematic factsheet "Indagini efficaci sulla morte o i maltrattamenti causati dalle forze di sicurezza"*, in CoE, *Thematic-Factsheet-Effective-Investigations-ita.docx.pdf*

Vademecum

Questioni poste dalla Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Esame della sentenza che accerta l'intervenuta violazione di diritti sanciti dalla Convenzione e della condotta delle autorità nazionali che ha dato origine alla violazione; • Individuazione del principio convenzionale sancito nella decisione e della natura, solo individuale o sistemica, della criticità riscontrata; • Individuazione dei seguiti necessari: Misure individuali: <ul style="list-style-type: none"> – verifica dell'equa soddisfazione; – identificazione delle ulteriori misure funzionali alla <i>restitutio in integrum</i> in favore del ricorrente vittorioso; Misure generali: <ul style="list-style-type: none"> – individuazione dei piani di intervento; – identificazione delle misure di sistema funzionali alla prevenzione di violazioni della medesima natura; – attività di sensibilizzazione.
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • Gli obblighi conformativi ex artt. 41 e 46 della Convenzione richiedono l'adozione di tutte le misure, individuali e generali, funzionali alla <i>restitutio in integrum</i> del ricorrente ed alla prevenzione di ulteriori violazioni di analogo tenore. • Sul piano individuale, i seguiti attesi potrebbero declinarsi nei seguenti termini: <ol style="list-style-type: none"> i) pagamento dell'equa soddisfazione (ove riconosciuta dalla Corte); ove il caso lo richieda e sia possibile, anche per effetto di un'interpretazione convenzionalmente orientata del quadro giuridico di riferimento; ii) riaprire il caso innanzi alle corti nazionali per lo svolgimento di una nuova procedura, iii) riesaminarlo per l'adozione di misure differenti da quelle esaminate e censurate dalla Corte, iv) riaprire tempestivamente le indagini su atti di violenza perpetrati dalle forze dell'ordine (con violazioni degli artt. 2 e 3 della Conv per carenza investigativa). • Sul piano generale, a seconda della viola-

	<p>zione accertata e del principio di diritto enunciato dalla Corte, i seguiti attesi potrebbero richiedere, alternativamente o congiuntamente:</p> <ul style="list-style-type: none">i) una modifica del quadro normativo di riferimento;ii) l'adozione di prassi giudiziarie convenzionalmente orientate. In tal senso protocolli operativi in/tra uffici giudiziari potrebbero andare in quella direzione;iii) interpretazione convenzionalmente orientata del quadro normativo di riferimento;iv) attività di sensibilizzazione ai principi convenzionali sanciti dalla Corte sul tema in questione: traduzione e disseminazione della sentenza in questione;v) formazione degli operatori del settore; <ul style="list-style-type: none">• A livello internazionale: nell'ambito della procedura di monitoraggio svolta dal Comitato dei Ministri, fornire informazioni continue e tempestive sulle azioni intraprese a livello nazionale e sull'evoluzione del percorso attuativo degli obblighi conformativi al fine di dar prova dell'attenzione prestata, dell'affidabilità internazionale dello Stato membro e, in ultima analisi, della completa esecuzione della sentenza CEDU.
--	---

VI.
**GLI EFFETTI DELLE DECISIONI DELLA CORTE EDU
SUL GIUDICATO PENALE**

di *Daniela Cardamone* (*)

SOMMARIO: 1. L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU quale obbligo internazionale. — 2. L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU mediante la riapertura del processo. — 3. Gli strumenti processuali per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU: principio di sussidiarietà e adempimento di un'obbligazione di risultato. — 4. Estensione degli effetti delle sentenze della Corte EDU a soggetti diversi dai ricorrenti vittoriosi. — 5. Il nuovo rimedio per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

1. L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU quale obbligo internazionale

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è un trattato internazionale, redatto nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 1950, il quale è stato fondato con il Trattato di Londra del 5 maggio 1949 come organizzazione politica. Nonostante nello statuto del Consiglio d'Europa non vi sia alcuna indicazione circa la volontà di creare una federazione o un'unione, né circa un eventuale trasferimento o esercizio in comune di elementi della sovranità nazionale, essendo il Consiglio d'Europa essenzialmente, un organismo di cooperazione internazionale, di fatto, gli Stati membri, accettando il diritto al ricorso individuale e la giurisdizione obbligatoria della Corte Europea dei diritti dell'uomo, accettano una riduzione della loro sovranità, solo in parte mitigata dalla teoria del c.d. margine d'apprezzamento che riconosce la discrezionalità e le differenze tra ordinamenti degli stati firmatari in materia di diritti fondamentali.

La CEDU istituisce la Corte EDU quale meccanismo giurisdizionale permanente finalizzato a garantire l'effettività della tutela delle persone rispetto alle violazioni dei diritti umani sanciti dalla Convenzione (art. 19 CEDU) e impone agli Stati membri di eseguire le sentenze da questa emesse (art. 46 CEDU) e di garantire ai ricorrenti vittoriosi un'equa soddisfazione (art. 41 CEDU), quale risarcimento per la violazione subita.

(*) Magistrata presso il Tribunale di Milano.

Eseguire le sentenze significa sia applicare la giurisprudenza della Corte EDU, alla quale compete in via esclusiva il compito di interpretare la Convenzione (art. 32 CEDU), sia eseguire le sentenze che sanciscono le violazioni di diritti fondamentali. L'esecuzione richiede dei rimedi specifici per ripristinare il diritto leso nel caso concreto (c.d. misure di carattere individuale) e, per evitare analoghe violazioni in futuro, può richiedere anche interventi legislativi per superare eventuali difetti strutturali del sistema normativo degli Stati contraenti (c.d. misure di carattere generale).

Le misure individuali devono assicurare al ricorrente, per quanto possibile, la *restitutio in integrum* attraverso l'eliminazione delle conseguenze della violazione riscontrata.

Si tratta di un principio consolidato di diritto internazionale, secondo il quale uno Stato che si è reso responsabile di un atto illecito, violando un trattato internazionale, è obbligato a ripararne le conseguenze ripristinando la situazione preesistente, salvo che ciò sia materialmente impossibile o comporti un onere sproporzionato, rispetto ai benefici derivanti dalla riparazione e rispetto al pagamento di un indennizzo.

Ne consegue che il ricorrente deve poter beneficiare della totale rimozione degli effetti della violazione della Convenzione EDU ed essere posto in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se questa non avesse avuto luogo.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la raccomandazione CM/Rec(2000)2, ha invitato gli Stati contraenti a introdurre nel loro sistema giuridico uno strumento processuale finalizzato alla riapertura dei processi, laddove ciò risulti indispensabile per rimuovere la violazione della CEDU. Pur lasciando agli Stati la più ampia discrezionalità, il Comitato dei Ministri ha indicato che tale strumento è necessario quando, a causa della decisione interna oggetto della sentenza della Corte EDU, il ricorrente continui a subire gravi conseguenze che non possono essere adeguatamente sanate con l'equa soddisfazione di cui all'art. 41 CEDU e richiedono, quindi, un riesame del caso mediante la riapertura della procedura; in secondo luogo, tale rimedio può essere necessario quando la sentenza della Corte EDU affermi che la decisione in questione è contraria nel merito alla Convenzione, oppure quando la violazione constatata si basi su errori procedurali di gravità tale da mettere in dubbio le conclusioni stesse del procedimento di cui il ricorrente si lamenta.

2. L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU mediante la riapertura del processo

In assenza di un intervento del legislatore finalizzato a dotare il nostro ordinamento di strumenti che consentano di dare adeguata esecuzione alle

sentenze della Corte di Strasburgo (sul nuovo rimedio previsto dall'art. 628-*bis* c.p.p. si veda *infra*), la giurisprudenza ha dovuto adottare, di volta in volta, le soluzioni ritenute più idonee per ottemperare al dettato dell'art. 46 CEDU, in ciò agevolata dal fatto che la Corte EDU lascia agli Stati una buona dose di discrezionalità nella scelta degli strumenti per adempiere all'obbligazione di risultato della *restitutio in integrum*.

L'esigenza di adeguamento agli obblighi europei ha indotto la Corte costituzionale a prendere, con la sentenza n. 113 del 2011, una decisione di grande impatto sistematico ed a mettere in discussione la manifestazione simbolicamente più significativa di autorità statuale, ossia l'imperatività e la definitività della sentenza di condanna irrevocabile.

Il giudicato, uno dei cardini attorno al quale ruotano le scelte di politica penale di un sistema giuridico, uno dei più importanti terreni su cui si agita l'eterno conflitto tra certezza del diritto e giustizia sostanziale assume carattere recessivo di fronte a « *compromissioni di particolare pregnanza delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona* ».

Così ha affermato la Consulta nella sentenza n. 113 del 2011, intervenuta in seguito ad una lunga e complessa vicenda giudiziaria, il "caso Dorigo", che aveva visto un soggetto, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, rivolgersi alla Corte EDU lamentando di non aver potuto esercitare il diritto di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico, sicché la condanna era fondata solo sulle dichiarazioni etero-accusatorie di coimputati mai esaminati in contraddittorio, i quali si erano avvalsi in dibattimento della facoltà di non rispondere.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2011, ha creato un istituto nuovo, la c.d. "revisione europea", solo in parte riconducibile alla revisione tradizionale, la quale è un mezzo di impugnazione straordinario, preordinato esclusivamente al proscioglimento della persona già condannata in via definitiva; un istituto tradizionalmente configurato quale strumento volto a comporre il dissidio tra la "verità processuale", consacrata dal giudicato, e la "verità storica", risultante da elementi fattuali "esterni" al giudicato stesso.

Mentre, quindi, lo strumento ordinario previsto dall'art. 630 c.p.p. attiene ad una revisione interna relativa all'oggetto dell'accertamento, la "revisione europea" è finalizzata a sanare vizi che attengono alla procedura, a prescindere dall'esito del giudizio; la stessa non va, infatti, disposta in vista di un proscioglimento, dato che lo scopo primario del ripristino della equità processuale violata non implica necessariamente conseguenze sull'esito del processo, ben potendo la condanna essere confermata anche all'esito del nuovo giudizio.

Successivamente, la Corte costituzionale è ritornata più volte sul tema della non necessaria automaticità della riapertura dei processi oramai definiti.

Ad esempio, con la sentenza n. 93 del 2018, in materia di processo amministrativo, ha ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la riapertura dei processi interni, finanche quelli penali, a seguito di sopravvenute sentenze della Corte EDU di accertamento della violazione di diritti convenzionali, « *non è un diritto assicurato dalla Convenzione* ». Il riferimento è, in particolare, alla sentenza di Grande Camera Moreira Ferreira contro Portogallo n. 2 (sentenza del 11.7.2017, ric. n. 19867/12) in un caso in cui la vittima di una violazione dell'art. 6 CEDU, accertata dalla Corte di Strasburgo, non aveva potuto ottenere la riapertura del processo nazionale, pur se prevista dal sistema interno. La non necessaria automaticità della revisione europea, anche in presenza di violazioni accertate, trae conferma anche dalla giurisprudenza europea più recente.

Infatti, proprio in una sentenza pronunciata nei confronti dell'Italia, nell'ambito di una nota vicenda processuale (sent. 22/02/2018, Drassich contro Italia n. 2, ric. n. 65173/09), la Corte di Strasburgo ha avuto modo di ribadire i principi in tema di esecuzione delle sentenze che dichiarano una violazione della CEDU, in ossequio al già ricordato principio di sussidiarietà in materia di esecuzione: in linea di principio, la Corte EDU non è competente a ordinare la riapertura di una procedura potendo unicamente, soprattutto in presenza di una violazione dell'art. 6 CEDU, indicare che un nuovo processo o la riapertura della procedura, su richiesta dell'interessato, costituiscono un mezzo adeguato per porre rimedio alla violazione constatata; non spetta alla Corte EDU indicare le modalità e la forma di un nuovo eventuale processo, restando lo Stato convenuto libero di scegliere i mezzi per adempiere al proprio obbligo di porre il ricorrente in una situazione il più possibile equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata inosservanza della Convenzione, a condizione che questi mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte EDU e con i diritti della difesa.

3. Gli strumenti processuali per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU: principio di sussidiarietà e adempimento di un'obbligazione di risultato

Un altro momento di massima apertura della giurisprudenza nazionale rispetto agli obblighi sovranazionali è stato individuato nella vicenda processuale scaturita dal "caso Scoppola". Nella sentenza della Grande Camera Scoppola contro Italia (n. 2) del 17 settembre 2009 (ric. n. 10249/03), la Corte EDU ha concluso che l'applicazione retroattiva, a svantaggio del ricorrente, delle disposizioni del decreto-legge n. 341 del 2000, sotto forma di norma di interpretazione autentica, ha violato i diritti sanciti dagli articoli

6 e 7 della Convenzione. In particolare, all'esito di un processo giudicato iniquo dalla Corte, al ricorrente era stata imposta una pena (l'ergastolo) più severa della pena massima nella quale incorreva nel momento in cui ha chiesto e ottenuto di essere giudicato secondo il rito abbreviato (trenta anni di reclusione).

Nel caso di specie, il rimedio processuale mediante il quale il ricorrente ha ottenuto la *restitutio in integrum* richiesta dalla Corte di Strasburgo è stato individuato, in linea di principio, nell'incidente di esecuzione anche se, in concreto, la Suprema Corte — facendo leva sui principi dell'economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del processo — ha applicato quello di cui all'art. 625-*bis* c.p.p. provvedendo essa stessa sia alla revoca della precedente sentenza del 2002 (Cass. n. 2592/2003 del 25.9.2002) sia all'annullamento senza rinvio della sentenza della Corte d'assise d'appello limitatamente al trattamento sanzionatorio, che i medesimi giudici di legittimità hanno rideterminato in trenta anni di reclusione (sentenza Sez. 5, Sentenza n. 16507 del 11.2.2010, dep. 2010).

Al di là della peculiare soluzione in concreto adottata, la sentenza ha chiarito, in primo luogo che, nei casi di violazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole accertata dalla Corte Europea, qualora si debba poi rideterminare la pena comminata per adempiere all'obbligo di cui all'art. 46 CEDU, il ricorrente vittorioso può ottenere adeguata tutela mediante l'incidente di esecuzione, non essendo necessaria la revisione del processo quando si tratti di procedere alla sola modifica della sanzione. In secondo luogo, e più in generale, la sentenza della Corte di cassazione con cui si chiude il caso Scoppola conferma che, per riparare alle violazioni attinenti al diritto penale sostanziale, il ricorrente può servirsi del procedimento ex artt. 666 e ss. c.p.p., quantomeno nelle ipotesi in cui non residuino dei margini di discrezionalità che sia opportuno riservare al giudice della cognizione mediante la revisione del processo.

Oltre all'incidente di esecuzione, altri rimedi di carattere processuale che sono stati applicati dalla giurisprudenza per eseguire le sentenze europee sono la restituzione nel termine di cui all'art. 175 c.p.p. e il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all'art. 625-*bis* c.p.p..

L'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (art. 175, comma 2, c.p.p.) è stato utilizzato dalla giurisprudenza per porre rimedio alle violazioni della CEDU collegate alla disciplina del processo contumaciale (tra le altre, Cass., 12 febbraio 2008 n. 8784, dep. 2008; Cass., 15 novembre 2006, n. 4395, dep. 2007).

Il processo contumaciale, come noto, è stato oggetto di plurime condanne nei confronti dell'Italia (ad es. Sejdovic c. Italia [GC]; Somogyi c. Italia; Hermi c. Italia [GC], Colozza c. Italia) che sono state alla base di

successive modifiche normative, adottate quali misure di carattere generale, con le quali si è inteso adeguarsi agli standard europei (D.L. 21 febbraio 2005 n. 17, conv. in L. 22 aprile 2005 n. 60; L. 28 aprile 2014 n. 67). Significativa, sotto questo profilo, è la decisione di irricevibilità della Corte EDU Cat Berro c. Italia (decisione del 25.11.2008 ric. n. 34192/07) nella quale si afferma che il legislatore italiano, mediante le modifiche dell'articolo 175 c.p.p. del 2005, ha sopperito ad alcune delle criticità in passato censurate e che sarebbe stato necessario attendere l'interpretazione giurisprudenziale della norma così come modificata. Dunque, il sistema dei rimedi interni per il condannato in contumacia ha continuato ad essere oggetto di valutazione da parte della Corte di Strasburgo anche dopo le modifiche normative del 2005. E ciò anche alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della cassazione del 2008 (Sez. Un. Sent. n. 6026 del 31.1.2008, ric. Huzuneanu) che aveva dato prevalenza al principio di unicità della impugnazione, considerando esaurita la facoltà di impugnare del contumace, qualora il difensore avesse già fatto uso della scelta di cui all'art. 571 c. 3 c.p.p.; principio censurato dalla Corte di Strasburgo proprio nel caso introdotto dal medesimo ricorrente (Huzuneanu c. Italia, 1.9.2016, ric. n. 36043/08).

L'approccio sul punto è mutato con la sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009 la quale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'articolo 175 co. 2 c.p.p. nella parte in cui non consente la restituzione nel termine dell'imputato che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento al fine di proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato. Ne è scaturito un giudizio positivo della Corte di Strasburgo che, nel caso Baratta c. Italia (sent. del 3.10.2015, n. 28263/09, par. 93), ha ritenuto il ricorso manifestamente infondato, avendo avuto il ricorrente la possibilità di ottenere la rimessione nel termine per fare appello e la celebrazione di un nuovo processo, anche alla luce dei principi fissati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009.

Per quanto riguarda il rimedio di cui all'art. 625-*bis* c.p.p., è stato utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità, in via analogica, al fine di dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo che abbiano accertato violazioni di garanzie convenzionali, ancorché non dipese da mero errore percettivo (Cass., sent. n. 45807 del 12.11.2008, dep. 2008; Cass., sent. n. 16507 del 11.2.2010, dep. 2010).

È utile, in proposito, richiamare un'altra articolata vicenda processuale, quella scaturita dal "caso Drassich", che ha visto la Corte EDU pronunciarsi per due volte: la prima volta con sentenza dell'11.12.2007, ric. n. 25575/04; la seconda volta con sentenza del 22.2.2018, ric. n. 65173/09, dopo che la Corte di cassazione aveva individuato nell'art. 625-*bis* c.p.p. lo strumento processuale per dare esecuzione alla sentenza.

In estrema sintesi, la prima sentenza Drassich c. Italia del 2007 ha affermato la violazione dell'articolo 6, parr. 1 e 3, lett. *a*) e *b*) della Convenzione in quanto era stata effettuata una riqualificazione giuridica del fatto (da art. 319 a 319-ter c.p.) in Cassazione, giurisdizione di ultima istanza, non dando all'imputato il tempo di difendersi nel merito (Cass. sez. 6, n. 23024 del 4.2.2004).

Nel prosieguo della vicenda, la Corte di cassazione ha individuato nel ricorso straordinario di cui all'articolo 625-bis c.p.p. il mezzo idoneo per dare esecuzione alla condanna inflitta dalla Corte EDU (con revoca della sentenza del 2004 limitatamente ai fatti corruttivi qualificati come corruzione in atti giudiziari — Cass. n. 45807/2008 — celebrazione di un nuovo giudizio di cassazione, nel quale è stato consentito all'imputato di “interloquire” sulla nuova qualificazione giuridica dei fatti contestati, e conseguente rigetto del nuovo ricorso per Cassazione — Cass. n. 36323/2009) e la Corte EDU affermare, nella seconda sentenza Drassich c. Italia del 2018, che non era stato compromesso il diritto del ricorrente a difendersi nel merito.

Tale vicenda, al di là del merito della stessa, dal punto di vista processuale dimostra che la Corte EDU accorda una buona dose di discrezionalità alle autorità nazionali in tema di esecuzione delle sentenze, dando piena applicazione al principio di sussidiarietà in materia di esecuzione delle sentenze; invero, se, come sostenuto dal ricorrente in ben due ricorsi alla Corte EDU, vi fosse stato un *vulnus* del diritto di difendersi nel merito, allora il rimedio non avrebbe potuto essere quello, meramente formale, di cui all'articolo 625-bis c.p.p., ritenuto alla fine idoneo dalla Corte EDU, bensì un nuovo giudizio di merito.

4. Estensione degli effetti delle sentenze della Corte EDU a soggetti diversi dai ricorrenti vittoriosi

Per quanto riguarda, invece, i soggetti la cui vicenda processuale si è esaurita con sentenza definitiva e che adiscono le giurisdizioni interne invocando a loro favore l'efficacia di una sentenza della Corte EDU pronunciata nei confronti di altro soggetto, la tendenziale vocazione *erga omnes* delle sentenze europee non è stata recepita da parte della giurisprudenza interna.

Il rango occupato dalle sentenze della Corte EDU nella gerarchia delle fonti, i criteri indicati dalla Consulta per individuare la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, ovvero quel “diritto vivente” che sarebbe il solo ad imporre vincoli interpretativi stringenti al giudice nazionale, si riverberano inevitabilmente sulla tematica della estensione delle sentenze ai non ricorrenti, denominati “fratelli minori”, problematiche alle

quali si aggiungono quelle connesse alla presenza di una sentenza passata in giudicato.

La sentenza a sezioni Unite nel caso “Ercolano” (Cass. sez. un. n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014) conclude il complesso percorso giurisprudenziale in cui si erano pronunciate sia la Corte EDU (Grande Camera, 17.9.2009, Scoppola c. Italia n. 2, ric. n. 10249/03), che la Corte costituzionale (sentenza n. 210 del 2013) all’esito del quale era stata unanimemente stigmatizzata la violazione del principio di legalità da parte del decreto legge 24.11.2000 n. 341, che, sotto forma di norma di interpretazione autentica, consentiva l’applicazione retroattiva dell’ergastolo nei giudizi abbreviati in corso, richiesti in un momento in cui la pena massima applicabile era la reclusione di trenta anni, secondo la legislazione vigente.

La sentenza estende l’efficacia della sentenza della Corte EDU emessa nel caso Scoppola c. Italia ai casi analoghi, ovvero alle posizioni di condannati con processi conclusi che versavano nella medesima situazione dello Scoppola, affermando che, nel bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, il giudicato e le connesse ragioni di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici « non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona ».

Tale lunga vicenda processuale non ha, però, rappresentato affatto l’acquisizione pacifica a livello giurisprudenziale del principio della tutela dei “fratelli minori” in via esecutiva e del principio della cedevolezza del giudicato al cospetto della giurisprudenza europea, come era stato ritenuto da parte della dottrina.

Nella sentenza a Sezioni Unite nel “caso Ercolano”, l’estensione *erga alios* della sentenza della Corte EDU era stata giustificata dal fatto che la sentenza europea aveva sancito l’illegittimità convenzionale della “pena”, ovvero della conseguenza dell’accertamento di responsabilità che genera un rapporto “esecutivo” tra Stato e condannato, che non può dirsi concluso fino a quando la pena non è espiata o altrimenti estinta. Alla base del riconoscimento della efficacia generale dalla sentenza Scoppola vi era, in altri termini, la constatazione che l’esecuzione della pena non poteva considerarsi una situazione “esaurita”, fin tanto che era ancora in corso.

Le Sezioni Unite, del resto, hanno fissato dei presupposti ben precisi del meccanismo di superamento del giudicato: *a)* la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte EDU; *b)* la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale; *c)* deve esservi la possibilità d’interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è

praticabile, deve esservi la declaratoria d'incostituzionalità della medesima normativa; *d*) l'accoglimento della questione sollevata deve essere l'effetto di una operazione "sostanzialmente ricognitiva" e non deve richiedere la riapertura del processo.

Ricorrendo tali condizioni, il giudice dell'esecuzione non deve procedere alla revoca (parziale) della sentenza di condanna, ma deve limitarsi, avvalendosi degli ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670 c.p.p., a ritenere non eseguibile la pena inflitta e a sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima.

Tale approccio è stato confermato dalle Sezioni unite, nella sentenza "Gatto" (Cass. sez. un. n. 42858 del 29/05/2014, dep. 2014) in cui è stato stabilito che, sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi, spettando al giudice dell'esecuzione il compito di rimuovere tale illegittimità, nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione, della quale non può contraddire le valutazioni espresse.

Emerge, dunque, una duplice dimensione del giudicato: una relativa all'accertamento del fatto, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio; ed una differente dimensione relativa alla determinazione della pena che perdura finché il rapporto esecutivo che nasce dal giudicato non si esaurisce, con la espiazione o l'estinzione della pena potendo la pena essere emendata se è costituzionalmente illegittima la norma in base alla quale la stessa è stata determinata.

In definitiva, per i "fratelli minori" del ricorrente vittorioso, la giurisprudenza della Consulta e delle Sezioni Unite ha ritenuto che lo strumento dell'incidente di esecuzione possa essere utilizzato per far valere le violazioni di diritto sostanziale che non richiedano la riapertura del processo, ovvero valutazioni incompatibili con l'ambito dei poteri del giudice dell'esecuzione.

Alla luce dei principi consolidati nella giurisprudenza delle alte corti, resterebbero quindi privi di un rimedio processuale esperibile coloro che, non avendo adito la Corte di Strasburgo, vorrebbero giovare di una sentenza europea nei casi in cui ciò richiederebbe una rivalutazione nel merito (ad esempio una rivalutazione del giudizio di colpevolezza) o qualora vengano in considerazione violazioni di tipo processuale.

La rivalutazione nel merito esula, invero, dalla competenza del giudice dell'esecuzione e, come si è visto, la "revisione europea", quale rimedio finalizzato a sanare *errores in procedendo*, è esperibile, in linea di principio, dai soggetti che hanno adito la Corte EDU essendo diretto ad eseguire una

pronuncia di condanna nei confronti dei ricorrenti vittoriosi in base agli specifici obblighi esecutivi nascenti dall'art. 46 CEDU.

Per quanto riguarda le violazioni di carattere processuale, infatti, si è affermata come prevalente l'opinione che la "revisione europea" abbia una funzione "esecutiva" rispetto alla sentenza europea emessa in favore della "vittima" della violazione accertata e che, come tale, non è estensibile in via interpretativa per incidere su analoghe situazioni processuali ormai definite.

In base a tali principi, la giurisprudenza di legittimità ha, quindi, ad esempio, escluso che il rimedio della revisione europea, indicato dalla Corte EDU per eseguire la condanna inflitta con la sentenza Lorefice c. Italia (sent. del 29 giugno 2017, ric. n. 63446/13), potesse essere esperito anche dai "fratelli minori" del Lorefice. Nel caso del ricorrente che lamentava l'iniquità convenzionale del processo per essere stato condannato in secondo grado con una diversa valutazione delle prove dichiarative, ma senza rinnovazione sul punto dell'istruzione dibattimentale, la Suprema Corte ha ritenuto infatti essenziale, ai fini del procedimento di revisione europea, che la sentenza della Corte EDU da applicare sia stata emessa « *nella stessa vicenda* », risultando pertanto irrilevante la sua natura di sentenza "pilota" o meno, in quanto l'obbligo di riapertura del processo discendente dall'art. 46 CEDU attiene « *alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti* » (Sez. 1, n. 56163 del 23/10/2018, dep. 2018, ric. Bruno).

Anche per quanto riguarda l'applicazione della revisione europea ai "fratelli minori" di Drassich, la Suprema Corte, chiamata a stabilire l'applicabilità di tale rimedio in favore di un condannato che lamentava la medesima violazione procedurale accertata dalla Corte EDU nella sentenza Drassich contro Italia n. 2 (sent. del 22/02/2018, ric. n. 65173/09), ha ribadito che tale forma di revisione ha una funzione eminentemente "esecutiva" rispetto alla sentenza europea emessa in favore della "vittima" della violazione accertata, come tale non estensibile in via interpretativa ad incidere su analoghe situazioni processuali ormai definite, indipendentemente dalla natura "pilota" o meno della pronuncia stessa (Sez. 2, n. 40889 del 20/06/2017, ric. Cariolo).

Per quanto riguarda le accertate violazioni di diritto penale sostanziale (art. 7 CEDU), la vocazione *erga omnes* delle stesse, che in linea di principio dovrebbe rendere tendenzialmente più facile l'attivazione di rimedi processuali anche a favore di chi, pur non avendo adito la Corte Europea, versa in una situazione analoga al ricorrente vittorioso, in concreto non ha trovato adeguato riscontro nella giurisprudenza nazionale.

Ad esempio, nella sentenza n. 44193/2016 (Cass. pen., sent. n. 44193 del 11.10.2016, ric. Dell'Utri), che ha affermato che anche per chi lamenti una violazione sostanziale (nel caso di specie di trattava della violazione dell'art.

7 CEDU riconosciuta dalla sentenza Contrada c. Italia n. 3 del 2015) lo strumento processuale esperibile da chi intenda giovare della sentenza europea emessa nei confronti di altri è la “revisione europea”, a condizione che venga prima esperito l’incidente di costituzionalità per violazione dell’art. 117 Cost., essendo invece l’incidente di esecuzione attivabile solo in via residuale nei casi in cui non residuino spazi di discrezionalità altrimenti non attivabili dal giudice dell’esecuzione.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno poi escluso l’applicabilità *erga alios* della sentenza Contrada c. Italia del 2015 affermando che non può essere considerata espressione di una giurisprudenza europea consolidata (Sezioni Unite n. 8544/2020 del 24/10/2019, dep. 2020, ric. Genco).

La sentenza delle Sezioni Unite n. 8544/2020 conferma dunque la tendenza, già emersa nella giurisprudenza di legittimità, di totale chiusura rispetto alla estensione degli effetti della sentenza Contrada c. Italia a soggetti diversi dal ricorrente e, più in generale, dell’atteggiamento di maggiore chiusura per quanto concerne l’estensione *erga omnes* delle sentenze della Corte EDU che accertino violazioni di tipo sostanziale.

5. Il nuovo rimedio per l’esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo

Alla mancanza di un rimedio *ad hoc* per l’esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo ha inteso porre rimedio la legge 27 settembre 2021 n. 134 (recante delega al governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari) con la introduzione di un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte EDU, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio ed ha attribuito alla Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l’eventuale procedimento successivo.

L’indicazione contenuta nel criterio di delega di cui all’art. 1, comma 13, lett. o) è stata quella di superare l’assetto binario — da un lato, revisione europea e, dall’altro, incidente di esecuzione — fissato dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, a favore di un unico nuovo rimedio, che affidi sempre alla Corte di cassazione la valutazione della sentenza europea, con un vaglio preliminare sul vizio accertato dalla Corte di Strasburgo.

L’istituto è finalizzato a dare esecuzione alla sentenza di condanna della Corte EDU e ad ottemperare all’obbligo di riapertura del procedimento derivante dalla sentenza europea di condanna alla *restitutio in integrum*,

conservando però un ragionevole margine di apprezzamento a tutela del giudicato nazionale.

Si tratta di un rimedio diverso rispetto alla ordinaria revisione, che è stato collocato nell'ambito di un nuovo titolo III-bis, sotto la rubrica "Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Il soggetto legittimato ad esperire il rimedio in questione è esclusivamente il ricorrente in sede europea, con conseguente esclusione dei terzi non impugnanti che avrebbero potuto vantare la medesima violazione (c.d. "fratelli minori"), confermandosi l'impostazione già emersa nell'ambito della giurisprudenza di legittimità.

Per quanto concerne le decisioni della Corte EDU che legittimano l'attivazione della revisione europea, si è fatto riferimento non solo alle sentenze che accertino una violazione della Convenzione, ma anche alle ipotesi in cui sia disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo ai sensi dell'art. 37 della Convenzione in conseguenza del riconoscimento della violazione da parte dello Stato. Le norme di cui ai commi 2 e 3 disciplinano essenzialmente i profili procedurali della richiesta.

Superato il vaglio di ammissibilità, l'oggetto della valutazione rimessa alla Corte di cassazione riguarderà l'individuazione della "incidenza effettiva" che la violazione convenzionale ha prodotto sulla condanna, cui seguirà la scelta in ordine allo strumento più adatto per rimuovere gli effetti pregiudizievoli, ivi inclusa — se del caso — la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna.

Solo qualora la Corte di cassazione non sia in grado di provvedere direttamente, trasmetterà gli atti al giudice dell'esecuzione oppure, secondo le evenienze, disporrà la riapertura del processo nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento in cui si è verificata la violazione, stabilendo se e in quale parte gli atti compiuti nel processo in precedenza svoltosi conservino efficacia.

È stato previsto, inoltre, che le disposizioni sin qui esaminate trovano applicazione anche quando la violazione accertata dalla Corte europea riguardi il diritto dell'imputato di partecipare al processo. L'art. 629-*bis* c.p.p. (rescissione del giudicato) viene, quindi, riscritto per coordinarlo con il nuovo art. 628-*bis* c.p.p.

VII.
IL PERIMETRO DELLA MATERIA PENALE
di *Francesco Mazzacava* (*)

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. — 2. L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo. — 3. La conseguente ridefinizione dell'ambito operativo delle garanzie penalistiche previste dalla Costituzione. — 4. Il problema dell'analisi delle funzioni: l'esempio della confisca (rinvio).

1. Rilievi introduttivi

Fin dalla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, nelle carte sui diritti dell'uomo ampio spazio è riservato alle garanzie volte ad arginare la potestà punitiva statale tanto che, com'è stato autorevolmente osservato, la “fisionomia costituzionale” del diritto penale è interamente delineata dai diritti fondamentali ⁽¹⁾. Per tale ragione, anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo si ritrovano quelle tutele, sostanziali e processuali, su cui si fondano i sistemi penali occidentali, dal principio di legalità consacrato dall'art. 7 fino alle prerogative dell'accusato sancite dal *volet pénal* dell'art. 6, tra cui in particolare la presunzione di innocenza di cui al § 2, mentre il canone del *ne bis in idem* ha fatto la sua comparsa successivamente, in particolare nell'art. 4 del Prot. n. 7.

Ai fini dell'operatività di tali disposizioni — e, quindi, della stessa ammissibilità/ricevibilità dei motivi di ricorso nei quali se ne lamenta la violazione — risulta evidentemente decisiva la qualificazione come “penale” della *materia* trattata. Nell'ambito di tale valutazione, come ormai è noto, i giudici di Strasburgo ricorrono da tempo alla tecnica dell'*interpretazione autonoma* dei termini della Convenzione, attraverso la quale è stata elaborata una definizione “ampia” del concetto di *matière pénale* ⁽²⁾. Si tratta di un

(*) Professore Associato di Diritto penale presso l'Università di Parma.

⁽¹⁾ F.C. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in A. Bernardi, a cura di, *I controlimiti*, Napoli, 2017, 280.

⁽²⁾ Per uno sguardo generale sulla tematica, cfr. A. BERNARDI, *Articolo 7 - Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, a cura di, *Commentario alla Convenzione*

indirizzo ermeneutico che, in effetti, si è inizialmente sviluppato proprio in relazione alle tutele processuali previste dall'art. 6 Cedu e che poi è stato "trapiantato" anche sul terreno di altre garanzie penalistiche sancite dalla Convenzione.

Nel presente contributo, quindi, si esaminerà anzitutto l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, cercando in particolare di evidenziare su quali criteri riposi oggi la definizione convenzionale della nozione di materia penale e di ricostruirne il perimetro, per poi soffermarsi sulle significative ricadute che tale approccio ha già avuto sull'ordinamento interno.

2. L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo

Il momento in cui la Corte europea ha deciso di discostarsi dalle qualificazioni nazionali è rappresentato dalla storica sentenza *Engel e a. c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, nella quale la Corte affermava che — se è vero che la Convenzione consente agli Stati, nello svolgimento del loro compito di tutela dell'interesse pubblico, di mantenere o stabilire una distinzione tra diritto penale e altri rami del diritto e di definire tale linea di demarcazione — l'opzione per la qualificazione extrapenale deve essere sottoposta ad un sindacato rigoroso poiché, se fosse rimessa alla discrezionalità degli Stati contraenti, « l'operatività delle clausole fondamentali degli articoli 6 e 7 sarebbe subordinata alla loro volontà sovrana » e « una latitudine così estesa potrebbe portare a risultati incompatibili con lo scopo e l'oggetto della Convenzione »⁽³⁾. Come si vede, pertanto, il fondamento dell'elaborazione autonoma della nozione di materia penale si deve ricondurre non tanto alla necessità di confrontarsi con i diversi approcci che caratterizzano i vari ordinamenti degli Stati membri, quanto alla superiore esigenza di porre un argine alla discrezione del legislatore in ragione del noto rischio di "frode delle etichette" (*Etikettenschwindel*), tradizionalmente avvertito anche all'interno degli ordinamenti penali nazionali.

Nella predetta sentenza, quindi, venivano illustrati diversi criteri sulla base dei quali determinare la natura "sostanzialmente" penale di una sanzione — ancora oggi noti come *Engel criteria* — tra i quali, in particolare, la

europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001, 256 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 84 ss.; V. MANES, *Commento all'art. 7, § 1, Cedu*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, a cura di, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 259 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 25 ss., nonché sia consentito il rinvio a F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1908 ss..

(3) Cfr. Corte EDU, 8.6.1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, § 81.

natura dell'illecito presupposto e la *severità* di quest'ultima. Se in quell'occasione era stato proprio il parametro della severità a risultare decisivo ai fini della qualificazione delle sanzioni applicate a tre dei cinque ricorrenti come "penali" — nell'ambito di una valutazione in cui, peraltro, l'incidenza sulla libertà personale non era stata ritenuta decisiva ⁽⁴⁾ —, nella giurisprudenza successiva si è assistito ad un'importante evoluzione che ha portato la Corte a valorizzare soprattutto il criterio della *natura* delle misure applicate, con speciale riguardo alla loro *finalità*. Ciò è avvenuto, in particolare, a partire dalla sentenza *Öztürk c. Germania* del 21 febbraio 1984 in cui, in relazione ad una sanzione amministrativa pecuniaria di entità alquanto modesta che era stata applicata al ricorrente, la Corte ne sottolineava l'omogeneità dal punto di vista funzionale, con particolare riguardo alla finalità generalpreventiva, rispetto alle sanzioni penali, aggiungendo — così discostandosi dall'indirizzo adottato nella sentenza *Engel* — che « la relativa mancanza di gravità della pena applicabile non può privare un illecito del suo carattere intrinsecamente penale » ⁽⁵⁾. Proprio alcune incertezze emerse nella successiva giurisprudenza in materia di sanzioni amministrative tributarie sul "peso" del criterio della severità della sanzione, peraltro, originavano un significativo intervento della Grande Camera che, nella sentenza *Jussila c. Finlandia* del 23 novembre 2006, ribadiva in maniera ferma l'irrelevanza di tale parametro ⁽⁶⁾, con un orientamento che negli ultimi anni si è progres-

⁽⁴⁾ La Corte, infatti, riteneva accettabile la qualificazione disciplinare, e quindi non penale, di una sanzione limitativa della libertà personale applicata nei confronti di due ricorrenti evidenziandone la breve durata (pochi giorni), mentre al contrario riconduceva all'ambito della materia penale altra sanzione detentiva della durata di alcuni mesi che era prevista per le violazioni commesse dagli altri tre ricorrenti. Anche in sentenze successive, in effetti, da un lato è stato affermato che nel caso di sanzione privativa della libertà personale si ha una sorta di "presunzione di gravità" della sanzione se questa risulta "apprezzabilmente pregiudizievole" per natura, durata o modalità di esecuzione (Corte EDU, 15.11.2007, *Galstyan c. Armenia*, e Corte EDU, 17.7.2008, *Ashughyan c. Armenia*) ma, dall'altro, sanzioni pecuniarie convertibili in misure detentive non sono state ritenute aventi natura penale (Corte EDU, 23.3.1994, *Ravnsborg c. Svezia*; Corte EDU, 22.2.1996, *Putz c. Austria*).

⁽⁵⁾ Cfr. Corte EDU, 21.2.1984, *Öztürk c. Germania*, § 54. Di conseguenza, i giudici di Strasburgo riconoscevano la natura penale di una sanzione amministrativa prevista dall'ordinamento tedesco in materia di circolazione stradale, osservando come, nonostante l'importante riforma di depenalizzazione di cui era stato oggetto il settore e la modesta severità, permanesse un carattere « repressivo e preventivo » della sanzione tale da imporre l'applicazione delle garanzie penalistiche. Sulla decisione, cfr. le annotazioni di C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894 ss..

⁽⁶⁾ Corte EDU, Grande Camera, 23.11.2006, *Jussila c. Finlandia*, §§ 35 ss., in cui si affermava che il riconoscimento degli scopi preventivi e repressivi della sanzione « è sufficiente in quanto tale a conferire all'infrazione punita un carattere penale » e che « la levità della

sivamente consolidato ⁽⁷⁾, tanto che oramai l'entità delle sanzioni è talvolta evidenziata più che altro come argomento *ad abundantiam* ⁽⁸⁾.

Sulla base di queste osservazioni, si può allora evidenziare che il concetto di *matière pénale* non ruota davvero intorno al tema dell'*afflittività* della sanzione — come talvolta si afferma — poiché tanto una sanzione modesta può essere ritenuta sostanzialmente penale, quanto una particolarmente invasiva sulla sfera personale del destinatario può essere giudicata rispondente ad altre finalità ⁽⁹⁾. È l'*analisi delle funzioni*, per l'appunto, a costituire il fulcro del giudizio della Corte europea, in particolare attraverso il riferimento alla fondamentale tripartizione tra finalità *punitive, preventive e ripristinatorie* delle conseguenze dell'illecito ⁽¹⁰⁾.

Di conseguenza, rifacendosi alla tradizionale distinzione tra diritto civile e diritto penale, misure cui viene riconosciuta una funzione essenzialmente compensativo-ripristinatoria vengono affrancate dal rispetto delle garanzie penalistiche, come ad esempio è stato affermato in relazione agli istituti di accertamento e riscossione in materia tributaria ⁽¹¹⁾ ovvero, più di recente, ad alcune forme evolute di confisca dei proventi illeciti ⁽¹²⁾. Oltre questa prima fondamentale partizione, poi, si delinea un'antitesi tra funzioni *stricto sensu* preventive, in quanto volte al contrasto della pericolosità (trattamento,

sanzione (...)) non ha come effetto quello di escludere dal campo di applicazione dell'art. 6. Questa disposizione si applica quindi nel suo *volet pénal* nonostante la modicità della somma richiesta a titolo di maggiorazione d'imposta». Veniva superato, quindi, l'indirizzo emerso nella precedente sentenza Corte EDU, 3.6.2003, *Morel c. Francia*, in cui maggiorazioni d'imposta del 10% erano state ritenute non sufficientemente severe, sia in termini percentuali sia con riguardo all'ammontare totale, per attrarre le stesse nel concetto di sanzione penale (malgrado l'evidente natura repressiva e preventiva).

⁽⁷⁾ La scarsa rilevanza del parametro della severità appare confermata anche di recente: cfr. Corte EDU, 28.6.2011, *Ioan Pop c. Romania*, § 25; Corte EDU, 15.5.2018, *Sancakli c. Turchia*, § 30; Corte EDU, 8.7.2019, *Mibalache c. Romania*, § 62, tutte relative a sanzioni amministrative pecuniarie di lieve entità.

⁽⁸⁾ Come avvenuto, ad esempio, nella sentenza Corte EDU, 4.3.2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*, §§ 94 ss.

⁽⁹⁾ Quest'ultimo aspetto è stato anche di recente ribadito nella decisione Corte EDU, 2.2.2021, *Ulemek c. Serbia*, § 56.

⁽¹⁰⁾ Sul punto, cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 25 ss., nonché sia consentito il rinvio a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, *passim*.

⁽¹¹⁾ Tale conclusione emerge chiaramente, per quanto *a contrario*, proprio nella già citata sentenza Corte EDU, Grande Camera, 23.11.2006, *Jussila c. Finlandia*, § 32, laddove si sottolinea che la sovrattassa, in quanto eccedente la misura del tributo evaso, ha carattere non compensativo bensì punitivo, così facendo trasparire che misure volte esclusivamente al recupero del tributo evaso non sono invece attratte dalla nozione di *matière pénale*.

⁽¹²⁾ Corte EDU, 12.5.2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*, § 101 ss. e 124 ss.; Corte EDU, 11.10.2016, *Devadze e altri c. Georgia*, § 26 ss.; Corte EDU, 2.2.2021, *Ulemek c. Serbia*, § 50 ss.

neutralizzazione), e funzioni anch'esse preventive ma riconducibili alla logica della punizione (deterrenza, intimidazione). La Corte europea, quindi, finisce per accogliere la logica del “doppio binario” che informa diversi sistemi penali europei, attribuendosi però il compito fondamentale di sindacare la “genuinità” delle qualificazioni giuridiche interne (il che è decisivo, ad esempio, sul terreno dell'art. 7 Cedu dato che, notoriamente, l'efficacia nel tempo rappresenta uno dei principali tratti che differenziano la disciplina dei vari istituti nei due “binari”). Si tratta di comprendere, in altri termini, se una determinata misura sia effettivamente volta, tra teoria e prassi, ad arginare in chiave *proattiva* la pericolosità sociale di un soggetto, di cui il vissuto criminale è assunto come sintomo, ovvero se implichi piuttosto l'inflizione di una sofferenza *reattiva* rispetto alle precedenti condotte illecite, con un'eventuale funzione di prevenzione affidata proprio al contenuto necessariamente afflittivo della sanzione, conformemente ai tradizionali schemi punitivi.

Muovendo da queste premesse, pertanto, sin dalla menzionata sentenza *Öztürk* la Corte ha ricondotto alla nozione di *matière pénale* la generalità delle sanzioni amministrative, sia pecuniarie (comprese, come si è visto, quelle previste in materia tributaria), sia non pecuniarie (come, ad esempio, i provvedimenti sulla patente di guida) ⁽¹³⁾. In queste ipotesi, infatti, l'analisi funzionale non appare particolarmente problematica, essendo evidente che tali sanzioni affidano la loro funzione preventiva alla sofferenza che, per quanto normalmente meno rilevante di quella che caratterizza le sanzioni penali, producono nei confronti del destinatario. Un discorso a parte, semmai, meritano le sanzioni disciplinari, la cui riconducibilità alla nozione convenzionale di pena non pare effettivamente consolidata nella giurisprudenza della Corte europea, tanto che lo stesso principio di legalità di cui all'art. 7 Cedu è stato ritenuto inoperante rispetto a provvedimenti patrimoniali ⁽¹⁴⁾ ovvero, come accade più frequentemente, aventi natura interdittiva ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Sentenze Corte EDU, 23.9.1998, *Malige c. Francia*; Corte EDU, 13.12.2005, *Nilsson c. Svezia*; Corte EDU, 6.10.2011, *Wagner c. Lussemburgo*; Corte EDU, 24.1.2012, *Mihai Toma c. Romania*; Corte EDU, 5.10.2017, *Varadinov c. Bulgaria*, richiamate in maniera adesiva dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 68/2021.

⁽¹⁴⁾ Cfr. la decisione Corte EDU, 24.11.1998, *Brown c. Regno Unito*, in cui, sebbene ne fosse riconosciuta la finalità sanzionatoria, veniva escluso il carattere “penale” delle misure disciplinari inflitte al ricorrente in virtù della loro modesta entità.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Comm. EDU, 6.1.1993, *Yanasik c. Turchia*; Corte EDU, 7.11.2000, *Celikates e a. c. Turchia*; Corte EDU, 1.7.2003, *Sidabras e Dziutas c. Lituania*; Corte EDU, Grande Camera, 6.1.2011, *Paksas c. Lituania*, § 64 ss.; Corte EDU, 8.12.2015, *Monaco c. Italia*, § 40 ss.; Corte EDU, 11.2.2020, *Platini c. Svizzera*, § 43 ss. In questo filone giurisprudenziale si è iscritta di recente la decisione Corte EDU, 18.5.2021, *Galan c. Italia*, § 63 ss., relativa alla

Maggiormente problematica, invece, si può rivelare in concreto la distinzione tra punizione e prevenzione, tanto che proprio su questo terreno si sono registrate nel tempo alcune incertezze e contraddizioni nella giurisprudenza di Strasburgo. In particolare, la Corte ha ritenuto legittima l'introduzione (o la modifica *in peius*) retroattiva di *misure di sicurezza personali* allorquando ne ha riconosciuto la natura autenticamente preventiva — come avvenuto rispetto alla registrazione degli autori di reati sessuali (in progressiva diffusione in ambito europeo) ⁽¹⁶⁾ ed all'internamento in un istituto psichiatrico ⁽¹⁷⁾ —, funzione che ha attribuito altresì alle misure personali oggi previste nell'ordinamento italiano dal c.d. codice antimafia ⁽¹⁸⁾. Per altro verso, in diverse pronunce ha censurato l'abrogazione del termine decennale di durata massima di una misura di sicurezza detentiva prevista nell'ordinamento tedesco (*Sicherungsverwahrung*), ritenendone le modalità di esecuzione del tutto analoghe a quelle della pena carceraria ⁽¹⁹⁾.

Analoghe oscillazioni, poi, si sono manifestate anche in relazione a misure patrimoniali, tra cui in particolare la confisca. Nel noto caso *Welch c. Regno Unito* del 9 febbraio 1995, infatti, veniva riconosciuta la natura punitiva di un'ipotesi di confisca "allargata" dei proventi del reato, pur considerando l'idoneità dello strumento ad impedire il reinvestimento di tali *assets* in future attività criminali, censurandone di conseguenza l'efficacia

disciplina della incandidabilità introdotta dal d.lgs. n. 235/2012. Diversamente, un'interdizione perpetua dall'esercizio della professione medica è stata qualificata come sanzione penale in Corte EDU, 12.1.2016, *Gouarré Patte c. Andorra*, § 30, in cui, d'altra parte, viene valorizzata soprattutto la qualificazione data dalla legislazione nazionale.

⁽¹⁶⁾ Cfr. le coeve pronunce Corte EDU, 17.12.2009, *Gardel c. Francia*, § 43 ss., Corte EDU, 17.12.2009, *B.B. c. Francia*, § 42 ss., e Corte EDU, 17.12.2009, *M.B. c. Francia*, § 36 ss., così come le precedenti decisioni Comm. EDU, 21.10.1998, *Ibbotson c. Regno Unito*, e Corte EDU, 26.1.1999, *Adamson c. Regno Unito*.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Corte EDU, 3.9.2015, *Berland c. Francia*, § 36 ss.

⁽¹⁸⁾ Orientamento confermato di recente nella già citata sentenza Corte EDU, 23.2.2017, *De Tommaso c. Italia*, che si segnala anche per l'ampia opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, in cui si parla apertamente di "frode delle etichette" e "pene del sospetto" proprio richiamando l'orientamento più critico emerso nella dottrina italiana.

⁽¹⁹⁾ Cfr. l'orientamento inaugurato dalla sentenza Corte EDU, 17.12.2009, *M. c. Germania*, § 117 ss., e confermato (cfr. Corte EDU, 28.11.2013, *Glien c. Germania*, § 118 ss.) nonostante la diversa (e più convincente) posizione del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo cui il problema dell'analogia delle modalità di esecuzione rispetto alla pena detentiva comporterebbe semmai l'illegittimità *tout court* della misura, ma una volta riformate le medesime (come richiesto al legislatore), sarebbe possibile mantenerne una qualificazione preventiva in ragione dei relativi presupposti applicativi. In una successiva pronuncia, d'altra parte, la Corte europea ha fatto un (parziale) passo indietro, riconoscendo, se non altro nella vicenda concreta del singolo ricorrente, la funzione preventiva della misura (cfr. Corte EDU, 7.1.2016, *Bergmann c. Germania*, § 149 ss.).

retroattiva che, nell'ordinamento inglese, era stata giustificata proprio in nome della qualificazione non penale della medesima ⁽²⁰⁾. Tuttavia, negli ultimi anni, rispetto a modelli evolutivi di recupero dei proventi illeciti, tra cui la confisca prevista nell'ordinamento italiano dal c.d. codice antimafia, la Corte ha privilegiato un inquadramento preventivo ⁽²¹⁾ ovvero, come già osservato, ne ha valorizzato le finalità compensativo-ripristinatorie ⁽²²⁾. Proprio escludendo tale carattere, invece, è stata sempre ricondotta alla *matière pénale* la confisca prevista nella legislazione urbanistica italiana ⁽²³⁾, con una diversità di approcci che non ha mancato di sollevare alcune perplessità ⁽²⁴⁾.

3. La conseguente ridefinizione dell'ambito operativo delle garanzie penalistiche previste dalla Costituzione

L'approccio sostanzialistico della Corte europea ha comportato una vera e propria ridefinizione dello spettro applicativo di alcune garanzie penalistiche previste dalla Costituzione, determinandone l'estensione alla generalità delle sanzioni punitive, ⁽²⁵⁾.

Ciò è avvenuto, in particolare, con riguardo al *principio di legalità*: se,

⁽²⁰⁾ Corte EDU, 9.2.1995, *Welch c. Regno Unito*, § 30, in cui si affermava che poteri così ampi di confisca potessero essere certamente giustificati anche alla luce dell'esigenza di sottrarre beni che potrebbero essere utilizzati in futuro nell'attività di commercio di stupefacenti, così come dalla necessità di garantire che il crimine non paghi, ma allo stesso tempo non si potrebbe ignorare la compresenza di una funzione punitiva, anche considerando che, con riferimento all'istituto in parola, i concetti di prevenzione e riparazione sembrano divenire "elementi costitutivi" della stessa nozione di punizione.

⁽²¹⁾ Comm. EDU, 15.4.1991, *M. c. Italia*, e Corte EDU, 28.10.2004, *Bocellari e Rizza*, che confermano le conclusioni già raggiunte dalla Corte in numerose pronunce relative all'art. 6 Cedu, escludendo l'applicazione del divieto di retroattività. In termini analoghi, v. anche Corte EDU, 8.10.2019, *Balsamo c. San Marino*, § 60 ss., nonché Corte EDU, 13.7.2021, *Todorov e a. c. Bulgaria*, §§ 293 e 304.

⁽²²⁾ Corte EDU, 12.5.2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*, § 101 ss. e 124 ss.; Corte EDU, 11.10.2016, *Devadze e altri c. Georgia*, § 26 ss.; Corte EDU, 2.2.2021, *Ulemek c. Serbia*, § 50 ss.

⁽²³⁾ Cfr. la decisione sull'ammissibilità Corte EDU, 30.8.2007, *Sud fondi srl e a. c. Italia*, volta a ribaltare quella giurisprudenza che, facendo leva sulla natura ripristinatoria della misura, ne aveva dato una qualificazione (non tanto come misura di sicurezza bensì) come sanzione amministrativa, poi confermata dalla sentenza Corte EDU, 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, § 58 ss., e Corte EDU, Grande Camera, 28.6.2018, *Giem srl e a. c. Italia*, § 210 ss.

⁽²⁴⁾ Si vedano, ad esempio, le considerazioni svolte nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nella sentenza Corte EDU, 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, e, in dottrina, le osservazioni di V. MANES, *Il diritto penale nel prisma del "dialogo tra le Corti"*, in *La crisi della legalità. Il « sistema vivente » delle fonti penali*, cit., 197 ss.

⁽²⁵⁾ Su tale evoluzione, cfr. soprattutto F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1791 ss., nonché sia consentito il rinvio a F.

infatti, nella giurisprudenza costituzionale era nel tempo prevalso un approccio volto a rimarcare una nitida distinzione tra lo statuto garantistico delle pene e quello delle sanzioni amministrative ⁽²⁶⁾, un'autentica svolta si registrava con la sentenza n. 196/2010, in cui la Consulta non soltanto — proprio sulla base della ritenuta natura punitiva dello strumento — ha dichiarato l'efficacia retroattiva della confisca del veicolo introdotta per l'ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza contraria alla giurisprudenza di Strasburgo (e, quindi, all'art. 117 Cost.) ma ha anche aggiunto che « il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto (...) è desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost. il quale — data l'ampiezza della sua formulazione (« Nessuno può essere punito... ») — può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio (...) è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato » ⁽²⁷⁾. Questa affermazione ha trovato significative conferme nelle pronunce successive ⁽²⁸⁾, anche se un momento

MAZZACUVA, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 417 ss.

⁽²⁶⁾ È stato affermato, quindi, che « il principio della irretroattività delle leggi è stato costituzionalizzato soltanto con riguardo alla materia penale, mentre per le restanti materie la osservanza del principio stesso è rimessa alla prudente valutazione del legislatore » (sentenza C. cost. n. 68/1984), negandone la rilevanza, ad esempio, in ipotesi di depenalizzazione con effetti sfavorevoli in concreto (ordinanza C. cost. n. 150/2002, in cui la Corte dichiarava inammissibile la questione di legittimità dell'efficacia retroattiva della sanzione amministrativa pecuniaria prevista per l'illecito depenalizzato di guida senza patente, più sfavorevole rispetto all'ammenda per la previgente contravvenzione almeno nei casi di patteggiamento). Ancora, in relazione al profilo della determinatezza, sono state ricondotte semmai agli artt. 23 e 97 Cost. talune esigenze di prefissione *ex lege* di criteri di esercizio del potere applicativo (sentenza C. cost. n. 447/1988), così escludendo una « trasposizione della penetrante esigenza di protezione propria della sfera penale — che, toccando la libertà personale, impone la puntuale e completa definizione dei comportamenti vietati e delle relative sanzioni » (sentenza C. cost. n. 3567/1995).

⁽²⁷⁾ Cfr. sent. n. 196 del 2010, § 3.1.5. Sul punto, cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 10 ss., il quale osserva come tale *obiter dictum* (così qualificato atteso che nella questione di legittimità non era indicato tra i parametri violati l'art. 25 Cost.) sia di "cruciale importanza" nell'ambito del recepimento della nozione di materia penale elaborata dalla Corte di Strasburgo anche sul terreno costituzionale interno. Nella stesso senso, sia consentito il rinvio anche a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 106 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. soprattutto la sentenza C. cost. n. 104/2014 in cui, rispetto ad un'ipotesi di sanzione amministrativa introdotta retroattivamente, la questione di legittimità è stata accolta anche con specifico riferimento all'art. 25 Cost.. A livello argomentativo, invece, v. le sentenze C. cost. n. 43/2017 (distinguendo però il profilo della *lex mitior*, su cui si tornerà *infra*, § 3), n. 276/2016 (in cui tuttavia è stata esclusa la natura punitiva delle misure considerate) e n. 68 del 2017, in cui, pur rilevando l'inammissibilità delle questioni in assenza di una verifica da

di *impasse* si registrava con la sentenza n. 109/2017, in cui emergeva una visione *dualistica* del rapporto tra il principio di legalità interno e l'omologa garanzia convenzionale, in linea con l'opinione secondo cui, al cospetto di sanzioni non formalmente qualificate come penali, sarebbe più "prudente" riferirsi esclusivamente all'art. 117 Cost. ⁽²⁹⁾. Con la successiva sentenza C. cost. n. 223/2018, ad ogni modo, la Corte ha riaffermato in maniera perentoria l'estensione dell'art. 25 Cost. alle sanzioni amministrative precisando che, di conseguenza, anche nei processi di depenalizzazione occorre verificare che il trattamento sanzionatorio risultante sia in concreto più favorevole rispetto a quello prevalente ⁽³⁰⁾.

Analoga estensione, peraltro, ha riguardato il principio di *retroattività della legge favorevole*, benché ciò sia avvenuto in epoca più recente. Fino alle sentenze C. cost. n. 193/2016 e n. 43/2017, infatti, la Consulta affermava ancora che, non essendo tale estensione stata espressamente stabilita dalla Corte europea, « nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie al

parte dei remittenti in ordine alla natura più sfavorevole in concreto del trattamento sanzionatorio sopravvenuto, la Corte affermava che « una volta acclarata la funzione punitiva propria della confisca prevista dall'art. 187-*sexies* impugnato, è conseguente l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. in punto di divieto di retroattività ».

⁽²⁹⁾ In particolare, la sentenza ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità in relazione all'art. 25 Cost. della disciplina transitoria stabilita dall'art. 8 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 nella misura in cui, nell'ambito della depenalizzazione di diversi reati, consente l'applicazione retroattiva di sanzioni amministrative in concreto più sfavorevoli rispetto alle pene prevalenti. In particolare, la Consulta ha censurato il giudice *a quo* per avere dapprima affermato l'applicabilità dell'art. 25 comma 2 Cost. esclusivamente ai reati ed alle pene e, successivamente, richiamato la giurisprudenza della Corte europea per sostenere che, nello stesso diritto interno, la definizione di pena dovrebbe oggi comprendere anche le sanzioni amministrative. Come osservato da I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 173 e 178, la Consulta avrebbe inteso proprio indicare che, in ipotesi in cui venga in rilievo una forma di retroattività di misura riconducibile alla nozione convenzionale di materia penale, il giudice remittente debba indicare quale parametro violato l'art. 117 Cost., adombrando « una generale diffidenza, giustificata dalle esigenze garantistiche di eguaglianza e certezza retrostanti all'applicazione della sanzione penale, verso la trasposizione nell'ordinamento interno di sentenze emesse dalla Corte Edu in riferimento a sanzioni diverse ». Si tratta, in effetti, di un approccio che si ritrova nei termini di N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. Pellizzone, a cura di, *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, 90 ss.) ma che non pare valorizzare appieno l'esigenza di una lettura "integrata" dei principi convenzionali e costituzionali, senza contare che, pronunciandosi in questo modo, la Consulta ha finito per eludere una questione certamente rilevante alla luce del parametro invocato (cfr. le considerazioni critiche di F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017).

⁽³⁰⁾ Sentenza C. cost. n. 223/2018, su cui sia consentito il rinvio a F. MAZZACUVA, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, 2591 ss.

nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno » e che, in particolare, l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale anche sul piano delle tutele sarebbe espressione di « scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati » e giustificherebbe la non estensione del principio di retroattività della legge favorevole (e, quindi, il mantenimento della sanzione amministrativa ancorché successivamente dichiarata incostituzionale). Invero, in entrambe le pronunce veniva in qualche modo sminuito il riconoscimento da parte dei giudici di Strasburgo del principio di retroattività della *lex mitior* come autentico diritto fondamentale ⁽³¹⁾, seppur effettivamente non (ancora) riferito alle sanzioni amministrative, senza contare che, anche volendo limitare lo sguardo alla prospettiva interna, i controinteressi ivi richiamati non presentano certamente quello spessore richiesto nella precedente giurisprudenza costituzionale ⁽³²⁾. Risultano allora più convincenti i termini con cui, per la prima volta, la sentenza C. cost. n. 63/2019 ha sancito la rilevanza costituzionale del principio di retroattività della *lex mitior* anche nel campo delle sanzioni amministrative punitive. In particolare, la Consulta ha evidenziato che, pur in assenza di precedenti specifici, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della “materia penale” non possono che estendersi anche alle sanzioni amministrative punitive e che, con specifico riguardo alla retroattività *in mitius*, tale soluzione è « conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali », essendo inconsistente il controinteresse rappresentato dal “rischio di ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso” ⁽³³⁾. È proprio tale evoluzione, in effetti, che ha consentito alla Consulta nella sentenza n. 68/2021 di affermare finanche la cedevolezza del giudicato in caso di sanzione amministrativa applicata sulla base di una legge successiva-

⁽³¹⁾ Affermato nella già citata sentenza Corte EDU, Grande Camera, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*.

⁽³²⁾ Sul punto, cfr. le condivisibili considerazioni critiche di D. BIANCHI, *Resta la frattura categoriale: il principio di retroattività in mitius non penetra nel diritto punitivo amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 320 ss., e ID., *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 261.

⁽³³⁾ Cfr. quanto affermato ai §§ 6.2 e 6.3 della sentenza, in cui viene recepita una soluzione già prospettata da M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 81 ss., ma che per lungo tempo è rimasta minoritaria nella dottrina penalistica (cfr. ad esempio le considerazioni di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 176 s.; C. PIERGALLINI, *Argomenti per l'“autonomia” dell'illecito amministrativo: il nodo della “lex mitior”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 1551 ss.).

mente dichiarata incostituzionale, così ribaltando l'esito del giudizio rispetto a quello della citata sentenza n. 43/2017 ⁽³⁴⁾.

Per altro verso, a differenza di quanto avviene in alcuni ordinamenti europei, non sono tuttora ritenuti riferibili alle sanzioni amministrative i principi sulla responsabilità di cui all'art. 27 Cost.. Nella sentenza C. cost. n. 112/2019, in particolare, è stato affermato che essi, a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena, appaiono « strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale ». Tuttavia, l'idea di colpevolezza sembra avere una portata estensiva rispetto a qualsiasi manifestazione del potere punitivo — indipendentemente dalla tipologia e dalla severità della sanzione — la quale peraltro nei contesti “regolativi” è reclamata non soltanto da esigenze di tutela della libera autodeterminazione, ma anche da logiche funzionalistiche ⁽³⁵⁾, senza contare che, essendo il principio di personalità oramai stabilmente ricondotto all'art. 7 Cedu ⁽³⁶⁾, alcune forme di responsabilità indiretta o solidale previste nella disciplina delle sanzioni amministrative, volte a replicare gli schemi di stampo civilistico in ragione della natura patrimoniale della prestazione ⁽³⁷⁾, sembrerebbero in ogni caso incostituzionali, anche in assenza di uno specifico pronunciamento della Corte europea sul punto, per violazione del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost..

Una menzione a parte merita il tema dell'estensione del principio del *ne bis in idem*, anch'esso evidentemente interessato dalla ridefinizione dei confini della materia penale, soprattutto da quando è stata accolta una definizione storico-naturalistica del concetto di *idem*, la quale impone di valutare la conformità dell'apertura di un processo penale volto ad accertare

⁽³⁴⁾ In particolare, la Consulta ha affermato la cedevolezza del giudicato nelle ipotesi di revoca della patente di guida applicata in base alla normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza C. cost. n. 88/2019. Sul punto cfr. F. MAZZACUVA, *La revoca della sanzione amministrativa “illegale”: prosegue l'erosione del giudicato ad opera del principio di retroattività della lex mitior*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1613 ss.

⁽³⁵⁾ Uno sviluppo della nozione ampia di “*matière pénale*” sul terreno del principio di colpevolezza è stato conseguentemente auspicato in F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 26 ss. In senso adesivo rispetto all'estensione del principio di colpevolezza alle sanzioni amministrative, cfr. anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 244 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. Corte EDU, 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, § 66, con conclusioni ribadite nella sentenza Corte EDU, Grande Camera, 28.6.2018, *Giem srl e a. c. Italia*, §§ 271 s.

⁽³⁷⁾ Cfr. quanto previsto dall'art. 6 della l. n. 689 del 1981, soprattutto con riferimento ai commi 1 e 3, ma anche dall'art. 11 del d.lgs. n. 472 del 1997 (oltre che la responsabilità “trasversale” per l'ente stabilita dal correttivo apportato dall'art. 7 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003 n. 326).

una condotta già precedentemente giudicata in sede amministrativa rispetto all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU ⁽³⁸⁾. Come noto, anche in considerazione della posizione della Corte di giustizia dell'Unione europea, negli ultimi anni la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio "flessibile" secondo cui tale garanzia non sarebbe violata laddove si possa riscontrare una *connessione materiale e temporale* tra i procedimenti, da valutare alla luce di una serie articolata di criteri ⁽³⁹⁾, tra i quali nella giurisprudenza interna è stata soprattutto valorizzata la possibilità di "scomputo" della sanzione amministrativa da quella penale, in modo da garantire la proporzionalità del trattamento punitivo complessivo, ancorché non appaia scontato che tale correttivo sia sufficiente ad assicurare il rispetto degli standard convenzionali ⁽⁴⁰⁾. Sul punto, ad ogni modo conviene rinviare al capitolo dedicato a questa tematica (v. Sez. III, IV, Cap. 3).

4. Il problema dell'analisi delle funzioni: l'esempio della confisca (rinvio)

Come si è già osservato, con riguardo a certe misure l'analisi delle funzioni può rivelarsi particolarmente complessa, poiché le sanzioni mostrano frequentemente aspetti di polifunzionalità e la realizzazione delle singole finalità finisce per dipendere anche da molteplici variabili del caso concreto. Così, dopo che l'approccio metodologico della Corte europea è stato recepito nella giurisprudenza costituzionale, non sono mancate diverse ipotesi di difficile qualificazione. Il pensiero corre, ad esempio, al tema dell'applicazione retroattiva della decadenza dalle cariche elettive prevista dal d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, di cui la Corte costituzionale ha ritenuto

⁽³⁸⁾ Cfr. l'orientamento affermato a partire dalla sentenza Corte EDU, 10.2.2009, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*, il quale ha portato la Corte a censurare diverse ipotesi di "doppio binario" sanzionatorio penale-amministrativo, tra le quali quella prevista nella legislazione italiana in materia di abusi di mercato (Corte EDU, 4.3.2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*).

⁽³⁹⁾ Tale orientamento è stato inaugurato nella nota sentenza Corte EDU, Grande Camera, 15.11.2016, *A. e B. c. Norvegia*.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, sia consentito il rinvio a F. MAZZACUVA, *Ne bis in idem e diritto penale dell'economia: profili sostanziali e processuali*, in A. Mangiaracina, a cura di, *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, 205 ss. (pubblicato anche in *DisCrimen*, 3 agosto 2020). A commento della recente sentenza C. cost. n. 149/2022, cfr. anche le puntuali considerazioni di N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1676 ss.. Da ultimo, su questa tematica, cfr. l'ampia indagine di A. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022.

infine di escludere la natura sanzionatoria ⁽⁴¹⁾, con soluzione poi recepita anche dalla stessa Corte europea ⁽⁴²⁾.

Le maggiori difficoltà di inquadramento, in effetti, sono emerse in relazione alla *confisca*, dal momento che la misura si pone al crocevia tra funzioni punitive, preventive e riparative, i cui equilibri variano nei plurimi modelli con cui l'istituto si presenta nella legislazione. Non è un caso che, come si è visto, con riguardo ad un'ipotesi di confisca — quella del veicolo prevista nei casi più gravi di guida in stato di ebbrezza — sia stata pronunciata la prima storica sentenza di illegittimità costituzionale per violazione del diritto convenzionale (quale normativa interposta ai sensi dell'art. 117 Cost.) in materia penale, proprio in ragione di una riqualificazione dell'istituto alla luce delle sue reali finalità ⁽⁴³⁾. Il metodo dell'interpretazione conforme, peraltro, aveva già condotto la Corte di cassazione a riconoscere la natura sanzionatoria della confisca per equivalente ⁽⁴⁴⁾ mentre nella giurisprudenza di legittimità viene tuttora mantenuta la qualificazione preventiva delle altre ipotesi di ablazione dei proventi del reato — dalla confisca “diretta” prevista dall'art. 240 c.p. a quella “allargata” ora prevista dall'art. 240-*bis* c.p. ed a quella disciplinata dal c.d. codice antimafia (su cui, come detto, si è espressa nello stesso senso anche la Corte europea) —, sebbene sia sempre più evidente la marginalità del presupposto della pericolosità dei beni o del preposto nella prassi di applicazione delle medesime ⁽⁴⁵⁾. Non sorprende, allora, che recentemente la Corte costituzionale abbia preferito fare riferimento ad una funzione compensativo-ripristinatoria, con una certa conver-

⁽⁴¹⁾ Cfr. quanto affermato nella sentenza C. cost. n. 236/2015, § 4 ss., anche se la questione di legittimità non era stata sollevata richiamando il parametro dell'art. 25 Cost.

⁽⁴²⁾ V. la già citata decisione Corte EDU, 18.5.2021, *Galan c. Italia*, § 63 ss.

⁽⁴³⁾ V. la già citata sentenza C. cost. n. 196/2010.

⁽⁴⁴⁾ Tale orientamento si è affermato in giurisprudenza soprattutto a seguito dell'estensione dell'art. 322-*ter* c.p.p. ai reati tributari (cfr., tra le tante, Cass., sez. III, 24 settembre 2008 n. 39172, Canisto, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3420) ed è stato costantemente confermato anche in relazione ad altre ipotesi di confisca per equivalente.

⁽⁴⁵⁾ Ciò vale tanto per la generale forma di confisca prevista dall'art. 240 c.p., quanto per il modello più evolutivo rappresentato dalla confisca ora disciplinata dal codice antimafia. In proposito, rispettivamente, cfr. tra i tanti le considerazioni critiche di A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *D. disc. pen.*, III, Torino, 1989, e G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994. Con particolare riguardo alla confisca prevista dal codice antimafia, in effetti, non sorprende che nelle più recenti indagini monografiche su tale istituto sia stata evidenziata la fragilità della tradizionale qualificazione preventiva (cfr. A. COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione*, Torino, 2022, 128 ss.; M. DI LELLO FINUOLI, *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Torino, 2021, 186 ss.; S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, Milano, 2022, 345 ss.).

genza rispetto ai percorsi della giurisprudenza di Strasburgo ⁽⁴⁶⁾. Su tali aspetti, ad ogni modo, conviene rinviare al capitolo dedicato a questa tematica nell'ambito dei riflessi applicativi della giurisprudenza Cedu in tema di nozione autonoma di "materia penale" (v. Sez. III, IV, Cap. 2).

⁽⁴⁶⁾ Sentenza C. cost. n. 24/2019 che, a sostegno dell'inquadramento ripristinatorio, recepisce l'assunto secondo cui il reato non è valido titolo di acquisto della proprietà già sostenuto dall'estensore della pronuncia in F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca 'di prevenzione' nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 897 ss., con una tesi che è stata poi approfondita da T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, Torino, 2020, 375 ss., e S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, cit., 343 ss.. Per alcune considerazioni critiche rispetto a tale inquadramento, sia consentito ancora il rinvio a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 194 ss.

VIII.

L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU IN AMBITO CIVILE E LA NUOVA IPOTESI DI REVOCAZIONE “EUROPEA”, ART. 391-QUATER C.P.C.

di Roberto Giovanni Conti (*)

SOMMARIO: 1. Premesse. — 2. Il *prima* dell'art. 391-*quater* c.p.c. Corte cost. n. 123/2017. — 2.1 Pregi e difetti di Corte cost. n. 123/2017. — 2.2 Il pianeta famiglia e la riapertura dei procedimenti. — 3. L'art. 1, comma 10 lett. *a*) della legge delega n. 206/2021 alla riforma del processo civile. — 4. L'interprete di fronte all'art. 391-*quater* c.p.c. ed alle disposizioni attuative della legge delega. — 5. L'art. 391-*quater* c.p.c. si applica ai giudizi tributari? — 6. Su alcuni nodi problematici posti dall'art. 391-*quater* c.p.c. Le decisioni passate in giudicato. Qual è il confine dell'art. 391-*quater* c.p.c.? — 6.1. Il *diritto di stato delle persone* come elemento indefettibile per la revocazione europea. — 6.2 L'inidoneità del riconoscimento dell'equa indennità accordata dalla Corte a compensare le conseguenze della violazione. — 6.3 La legittimazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione in materia di revocazione con uno sguardo fugace alla revisione penale. — 6.4 I terzi di buona fede prima e dopo l'art. 391-*quater* c.p.c. — 6.5 Le sentenze di condanna dell'Italia dopo l'entrata in vigore dell'art. 391-*quater* c.p.c. Quale regime transitorio? — 6.6 La decisione del giudizio di revocazione. — 7. *Terzi* e parte civile nel processo penale rispetto al processo inconvenzionale accertato dalla Corte EDU? Quale regime (e tutela)? — 8. Al fondo della nuova ipotesi di revocazione introdotta dall'art. 391-*quater* c.p.c. Un nuovo orizzonte su verità processuale e certezza del diritto.

1. Premesse

È difficile, anzi forse arduo, imbastire un ragionamento attorno al tema della violazione alla CEDU accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in ambito civile dopo l'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'art. 391-*quater* cpc. Difficile rimanere impermeabili alle prospettive di fondo che animano, oggi, il giurista del nostro tempo. E, dunque, difficile esprimere una valutazione di fondo che non risenta di quegli stessi pre-orientamenti, in parte ideologici, in parte culturali all'interno di un immaginario dibattito a più voci che ruoti attorno alla nuova causa di revocazione introdotta nel

(*) Consigliere presso la Corte di cassazione.

codice di procedura civile. Ipotesi destinata ad operare solo all'interno dei giudizi civili e non per i procedimenti amministrativi e tributari, come osservato con il solito acume da Elena D'Alessandro, che molto si è spesa, e non solo commentando la nuova previsione codicistica, sull'argomento.

L'art. 391-*quater* c.p.c. d'altra parte, sembra essere terreno ideale per rinfocolare lo scontro, anche anagrafico, fra una generazione di giuristi da sempre poco incline a guardare di buon occhio le innovazioni prodotte dal piano sovranazionale su quello processuale interno, in esse intravedendo un nuovo che avanza raccogliuccio, fragile, poco accorto ed avvertito a fronte di una tradizione culturale secolare fondata, invece, sulla straordinaria personalità dei grandi processualisti del nostro tempo, capace di proteggere l'intero sistema interno quasi che lo scardinamento di qualche principio abbia il senso di un sacrilego attacco al vero diritto, al diritto dei padri, costituenti e non.

Sul fronte opposto si avverte, invece, un movimento crescente e circolare che si fa forte della capacità intrusiva delle giurisdizioni sovranazionali le quali, con una carica di effettività sempre più decrescente sul piano delle tutele interne, si propongono come “alternative” ad un diritto a volte non ritenuto idoneo, pur quando risultano esperiti tutti i rimedi riconosciuti dal sistema, a salvaguardare fino in fondo il ceppo di valori fondamentali che ruotano attorno alla persona.

È agevole scorgere in questa disfida un modo di intendere il diritto assolutamente dicotomico, rispetto al quale sembrano emergere due poli, l'uno abbarbicato sulla certezza dei capisaldi attorno ai quali si è identificato lo stato di diritto e, fra questi, quello del “giudicato” capace di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici. L'altro, per converso, pronto a rimodulare la forza ed il valore di quegli stessi principi dei quali non si disconosce affatto il valore ed il significato, purché essi non finiscano per determinare un sacrificio considerato inconciliabile con lo stato di diritto, con quel *rule of law* del quale tanto si sente parlare oggi, alla ricerca di un ceppo sul quale aggregare i sistemi democratici per fare fronte alle barbarie che si avvertono, a volte, meno lontane di quanto potrebbero sembrare ad un osservatore poco avveduto.

Partire da questo piano di riflessione sembra dunque utile per avvicinarsi con realismo all'ipotesi di revocazione di nuovo conio, non già per orientare il lettore verso una idea che chi scrive sia capace di ergersi al di sopra di questi due modi di essere del giurista di questi tempi, quanto per proiettarlo verso un modo di affrontare le tante criticità che il nuovo istituto reca con sé. Il che non potrà che richiedere notevoli doti di elasticità e flessibilità, anche solo per prendere atto che la nuova disciplina richiederà, nel tempo, taluni aggiustamenti e rimaneggiamenti che non saranno comunque in grado di scalfirne la carica di innovatività.

Seguendo questa prospettiva sarà peraltro necessario partire dal prima e cioè da quando il sistema di diritto scritto non contemplava alcuna forma di rimedio contro le decisioni interne riconosciute in contrasto con la CEDU e, per tale motivo, prendere consapevolezza che l'occhio dell'interprete dovrà abituarsi a guardare in ambiti e settori che non sono quotidianamente dallo stesso sperimentati.

Si fa riferimento, non casualmente, ai diversi percorsi che hanno condotto il sistema interno a misurarsi con il tema delle ricadute delle pronunzie della Corte ed su il giudicato interno e su procedimenti affini, con la conseguente necessità di inforcare, eventualmente (ed indegnamente), le lenti dell'operatore "processualpenalista" e "penalista".

Ciò non può né deve sembrare una arbitraria invasione di campo, quanto dimostrare che, pur senza disconoscere le diversità fra la protezione che i diritti reclamano in ambito penale rispetto a quella riconosciuta nelle controversie civili, sulla quale pure la Grande Camera della Corte EDU sembra in atto attestata ⁽¹⁾, lo stesso interprete ha il dovere di mettere al servizio della giustizia e delle persone il proprio sapere, proprio per evitare che la giustizia risulti incomprensibile agli occhi dei destinatari, ingenerando poi, inevitabilmente, le manifestazioni di disagio alle quali sempre più frequentemente si assiste all'esito di verdetti avvertiti, magari ingiustamente, come non conformi al sentimento di giustizia e verità ma che, invece, devono trovare il loro senso ultimo in un'opera di chiarezza, conoscibilità e comprensibilità alla quale ciascun interprete è chiamato a contribuire per la parte che gli compete.

In quest'opera di ricostruzione "dal basso" non può non partirsi da una considerazione di ordine generale. L'accertamento della violazione convenzionale da parte della Corte EDU in esito ad una pronunzia del giudice nazionale rappresenta la dimostrazione del non corretto funzionamento del sistema giudiziario sul piano interno.

Proiettando la riflessione sul piano delle controversie civili, significa che la violazione convenzionale acclarata dalla Corte di Strasburgo dimostra che

⁽¹⁾ Corte EDU, GC, 11 luglio 2017 (n. 19867/12), *Moreira Ferreira contro il Portogallo* (n. 2), § 66 e 67: The Court emphasises that its assessment of the Bochan (no. 2) case (cited above) focused on issues relating to the civil aspect of Article 6 of the Convention. However, there are significant differences between civil and criminal proceedings. 67. The Court considers that the rights of persons accused of or charged with a criminal offence require greater protection than the rights of parties to civil proceedings. The principles and standards applicable to criminal proceedings must therefore be laid down with particular clarity and precision. Lastly, whereas in civil proceedings the rights of one party may conflict with the rights of the other party, no such considerations stand in the way of measures taken in favour of persons who have been accused, charged or convicted, notwithstanding the rights which the victims of offences might seek to uphold before the domestic courts.

nel giudizio definito sul piano interno la parte vittoriosa a Strasburgo non fosse necessariamente quella che aveva ragione sul piano sostanziale, assumendo significato unicamente la circostanza che il giudizio chiuso nei confini interni ha violato uno dei diritti umani protetti dalla CEDU.

E significa, ancora, che la violazione di quei diritti non è riconducibile necessariamente alla parte vincitrice in ambito interno, ma va attribuita allo Stato ed agli organi con i quali esso si mostra innanzi alla Corte EDU: giudici, generalmente, ma non necessariamente quelli che hanno applicato o interpretato la legge interna in modo da pervenire ad un risultato disonico rispetto a quello espresso dalla CEDU alla quale lo Stato di riferimento ha aderito riconoscendo alla stessa, per quel che riguarda l'Italia, un particolare valore, attestato dall'art. 117, primo comma, Cost.

Dunque, chi vince a Strasburgo è creditore nei confronti dello Stato per un esito giudiziario ingiusto perché reso in violazione della CEDU.

Si tratta di una considerazione solo in apparenza marginale, poiché essa misura gli obblighi dello Stato nei confronti della parte vincitrice e fornisce il senso di quanto produce la sentenza resa dalla Corte EDU sul piano interno, disegnando una responsabilità alla quale lo Stato non può sottrarsi, non solo in ragione di quanto previsto dall'art. 46 CEDU. E ciò a pena di incrinare gravemente il senso stesso della legalità che quello stesso Stato persegue tanto attraverso i propri organi di giustizia, quanto nel rispettare un obbligo internazionale spontaneamente e consapevolmente assunto all'atto dell'adesione al Trattato relativo alla CEDU.

Lo Stato che si vede, dunque, condannato a Strasburgo per avere esercitato la funzione giudiziaria in violazione di uno o più diritti umani ha una responsabilità etica prima ancora che giuridica nei confronti del soggetto che ha subito una decisione contraria alla CEDU della quale deve rispondere.

Un'etica alla quale non si può non affiancare il piano della giuridicità degli effetti delle sentenze che provengono da una Corte sovranazionale chiamata, per Statuto, a garantire che gli Stati aderenti alla CEDU rispettino i diritti umani.

Peraltro, la Corte EDU ha più volte riconosciuto che lo Stato che subisce una condanna a Strasburgo resta libero, in linea di principio, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, di scegliere i mezzi per adempiere ai propri obblighi ai sensi dell'articolo 46 § 1 della Convenzione, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte (Scozzari e Giunta c. Italia [GC], nn. 39221/98 e 41963/98, § 249 CEDU 2000 VIII, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera (n. 2) [GC], n. 32772/02, § 88, 30 giugno 2009, Ferré Gisbert c. Spagna, n. 39590/05, § 46, 13 ottobre 2009, e Bondavalli c. Italia, n. 35532/12, § 91, 17 novembre 2015).

Ora, questa *libertà* che il legislatore ha inteso riempire prima con la legge delega e, poi, con l'art. 391-*quater* c.p.c., per ottenere una nuova rivalutazione del processo concluso in ambito interno nel quale si è perpetrata una violazione convenzionale è frutto di un cammino lungo e tortuoso che non può certo dirsi concluso per effetto dell'art. 391-*bis* c.p.c. Risposta legislativa che, peraltro, potrebbe essere la spia di un trend che coglie la necessità di orientare lo Stato, con tutti i suoi organi, in una direzione capace di ristorare, con o senza la revocazione, i pregiudizi derivanti dalle violazioni accertate dalla Corte EDU. Il che avrebbe effetti di rimbalzo su tematiche non direttamente coperte dalla revocazione, che si dirige contro i “giudicati” interni riconosciuti contrari alla CEDU ed ai suoi protocolli e, più in generale, sulla necessità di riconoscere altri strumenti, mediante la tutela giurisdizionale interna, capaci di ristorare, anche solo per equivalente, il pregiudizio sofferto dal danneggiato.

E tuttavia, l'ottica che tenteranno di perseguire le riflessioni che seguono sarà unicamente quella di ragionare sul quadro attuale ed eventualmente di rappresentare la possibile via di uscita rispetto ai problemi che si porranno all'interprete, muovendo da una logica di fiducia incondizionata tanto nei confronti di chi ha consentito che una innovazione così significativa potesse prendere corpo, quanto verso il legislatore delegato. Ciò nella consapevolezza che le riforme importanti richiedono generalmente delle modifiche quando l'istituto prende corpo e se ne misurano effetti e modalità operative. Il che, del resto, è nelle corde dell'intera riforma processuale civile.

2. Il *prima* dell'art. 391-*quater* c.p.c. Corte cost. n. 123/2017

Sul tema degli effetti della decisione della Corte di Strasburgo conclusa con l'accertamento della violazione convenzionale sul piano dei giudizi civili — e amministrativi, ancorché il tema non verrà qui esaminato — il punto di partenza è costituito dalla sentenza n. 123/2017, che la Corte costituzionale ha reso decidendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2/2015.

La Corte costituzionale, dopo avere escluso che i soggetti non ricorrenti a Strasburgo potessero godere delle medesime tutele ‘riflesse’ garantite da Corte cost. n. 210/2013 con riguardo al caso dei c.d. ‘fratelli Scoppola’ in ambito penale, non ha ritenuto che la protezione offerta da Corte cost. n. 113/2011 — introducendo un'ulteriore ipotesi di revisione che può dare luogo alla riapertura del processo penale, ai sensi dell'art. 630 c.p.c. — ai casi di sentenze della Corte EDU che hanno riconosciuto la violazione di norme convenzionali in ambito penale, potesse valere nei confronti dei soggetti parte di un procedimento giurisdizionale amministrativo o civile definito con

sentenza passata in giudicato, pur se contrastante con una sentenza della Corte EDU.

Secondo la Corte costituzionale l'esigenza della *restitutio in integrum*, in base ad una — ritenuta — costante giurisprudenza della Corte EDU era stata, in assenza di una regolamentazione comune da parte dei Paesi contraenti, particolarmente indicata come misura maggiormente soddisfattiva rispetto ai processi penali nei quali erano emerse violazioni convenzionali. Epperò tale esigenza, pur espressa in certo modo anche per i processi civili ed amministrativi ⁽²⁾, era sempre stata accompagnata dal riconoscimento di un certo margine di apprezzamento in capo ai singoli Stati, al fine di considerare e salvaguardare i principi della certezza del diritto e del giudicato interno formatosi nei confronti di soggetti terzi. Secondo Corte cost. n. 123/2017 cit., era “la tutela di costoro, unita al rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata* (oltre al fatto che nei processi civili e amministrativi non è in gioco la libertà personale), a spiegare l'atteggiamento più cauto della Corte EDU al di fuori della materia penale.”

Mai, secondo Corte cost. n. 123/2017, sarebbe stata indicata dalla Corte EDU la misura della riapertura dei processi civili e amministrativi quando lo Stato destinatario della pronuncia di condanna non aveva già introdotto, nell'esercizio delle sue prerogative, strumenti normativi tesi alla revisione delle sentenze passate in giudicato — p. 12 sent. 123/2017 —.

La Corte costituzionale, richiamando diverse fonti di *soft law* ⁽³⁾ e ponendosi in linea anche con l'opinione concorrente resa dal giudice polacco Wojtyczek nella sentenza *Bochan c. Ucraina* ⁽⁴⁾, sottolineò che gli effetti di cosa giudicata delle sentenze della Corte EDU rispetto ai processi civili ed

⁽²⁾ V., ad esempio, Corte dir. uomo, 30 giugno 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (no. 2), ric. n. 32772/02, ricordata in motivazione da Corte cost.n. 123/2017. Sul tema, in modo ampio, v. A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (A margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2016, 456 e ss.

⁽³⁾ Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, Memorandum esplicativo della Raccomandazione R(2000)2, Review sull'esecuzione della Raccomandazione del 12 maggio del 2006, Overview del comitato di esperti datato 12 febbraio 2016. Per una ricognizione dei problemi ante C.Cost.n.1232017, v.diffusamente, S. L. Vitale, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir.e proc.amm.*, 2015, 4, 1269.

⁽⁴⁾ Cfr. opinione concorrente Giudice WOJTYCZEK nella causa *Bochan c. Ucraina*, cit.: “...The Convention does not guarantee the other parties to domestic proceedings who are concerned by the impugned judicial decision the right to be heard by the Court. It is true that under Article 36 § 2 of the Convention, as supplemented by Rule 44 § 3 of the Rules of Court, the President of the Chamber may, in the interests of the proper administration of justice, authorise or invite any person concerned who is not the applicant to submit written comments or, in exceptional circumstances, to take part in the hearing. The Court sometimes makes use

amministrativi, i cui esiti contrastano con la CEDU, non potevano essere trattati in modo omogeneo rispetto a quelli che promanano da sentenza del giudice europeo rese in ambito penale, in questa direzione militando la forza del giudicato nazionale e l'esigenza, parimenti fondamentale, rappresentata dal rispetto del canone del contraddittorio che, par di capire, non risultando garantito dalla Corte edu, renderebbe difficoltosa l'estensione degli effetti ai terzi già parti del giudizio interno.

In definitiva, la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, competeva alle scelte del legislatore, al quale spetta *in via prioritaria* il compito di addivenire ad una 'delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi'.

Corte cost. n. 123/2017 ha poi concluso nel senso che l'eventuale apertura della Corte edu ad una prassi capace di generalizzare l'intervento dei terzi nel processo innanzi a sé, attraverso la disposizione dell'art. 36 par. 2 CEDU o, comunque, la modifica dello strumento convenzionale nel senso di una maggiore tutela delle posizioni dei terzi avrebbe potuto essere proficua. Ciò perché, conclude la Corte, una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi — per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU — avrebbe reso più agevole l'opera del legislatore nazionale.

2.1. *Pregi e difetti di Corte cost. n. 123/2017*

Tali conclusioni non ci sembrarono persuasive.

Corte cost. n. 123/2017 sembrò costituire un passo indietro rispetto alle affermazioni, di portata generale, contenute nella sentenza n. 49/2015. Né l'argomento volto a sostenere che quel principio, espresso da Corte cost. n.

of this possibility, in particular in cases dealing with family law. The approach adopted strikes me as inadequate, as the option, left to the discretion of the President of the Chamber, of hearing the views of a person who is concerned does not equate to a guarantee of the right to be heard. It is not always used where the rights of third parties are concerned. When sitting in cases dealing with violations of the Convention in civil proceedings or arising from a judicial decision in a civil case, I invariably wonder whether the other parties concerned should not be granted the right to submit observations to the Court. Is it right to give a decision without hearing the other parties concerned? Ensuring that they have the right to be heard would not only give greater effect to the principles of procedural justice, but in many cases would also afford greater insight into the issues under examination. Given the case-law developments referred to above, the rules applicable to the procedure for the examination of applications by the Court do not confer a sufficient degree of procedural legitimacy on the decisions given. Against that background, it is time to rethink the procedure before the Court in order better to adapt it to the requirements of procedural justice.”

49/2015, si riferisse unicamente ai processi penali trovava alcuna conferma testuale, nemmeno potendosi ritenere rilevante il richiamo (ivi espresso) a Corte cost. n. 210/2013 ⁽⁵⁾ che, a ben considerare, si occupò degli effetti riflessi delle sentenze della Corte EDU in ambito penale, avendo il giudice comune dato esecuzione immediata alla pronuncia Scoppola c. Italia nei confronti dello stesso Scoppola ⁽⁶⁾.

La scelta della Corte costituzionale finiva con il paralizzare gli effetti delle sentenze della Corte EDU, mettendo in *non cale* l'art. 46 CEDU e confermando che il sistema interno era privo di rimedi capaci di rendere effettive le pronunzie della Corte EDU quando gli effetti lesivi prodotti nei confronti dei soggetti vittoriosi a Strasburgo continuano a propagarsi in loro danno.

Tale posizione, oltre a porre il sistema interno in frizione evidente con la CEDU, scaricava sulla fase indennitaria (innanzi alla Corte EDU) e su quella di controllo innanzi al Comitato dei Ministri il peso dell'impossibilità di dare corso alle pronunzie della Corte EDU in favore dei soggetti vittoriosi, tagliando fuori lo Stato italiano ed il giudice interno dai compiti che invece l'art. 46 CEDU allo stesso attribuisce.

Nemmeno persuasiva apparve la sentenza n. 123/2017 nel ricondurre l'invito della Corte EDU alla riapertura dei processi civili ai soli casi in cui era stato parte un Paese che, spontaneamente, avesse introdotto a livello interno l'ipotesi di riapertura del processo, scontrandosi con l'esistenza di pronunzie che un siffatto invito hanno rivolto anche a Paesi che non avevano ancora introdotto lo strumento della riapertura dei processi — così Corte EDU, Tence c. Slovenia, 31 maggio 2016, ricorso n. 37242/14, §43 e Corte EDU, Perak c. Slovenia, 1 marzo 2016, ricorso n. 37903/09, § 50 —.

Né persuase l'accentuazione sui profili connessi al giudicato nazionale ed alla tutela dei terzi richiamati dalla Corte per giustificare la pronuncia di inammissibilità, almeno nei termini rigidi espressi dalla Consulta.

Anzitutto, l'attenzione riservata dalla Corte costituzionale al tema della certezza del diritto, al giudicato interno ed alla tutela del contraddittorio nei

⁽⁵⁾ Sui temi esaminati da Corte cost. n. 210/2013 v. M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, Nota a Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁽⁶⁾ Sul punto v. G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, 2014, 396. Effetto che, d'altra parte, si verificò anche nella vicenda susseguente a Corte dir. Uomo, *Drassich c. Italia* (Cass. n. 45807/2008), come ricorda opportunamente sempre G. LATTANZI, *Corte costituzionale, diritto CEDU e interpretazione conforme*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, 218 e che trovò realizzazione attraverso un'operazione di interpretazione convenzionalmente orientata senza l'intervento di una pronuncia additiva della Corte costituzionale.

confronti dei terzi rimasti estranei al processo non penale svolto a Strasburgo sembrò avere messo in secondo piano quanto era stato sottolineato da Corte cost. n. 113/2011 (7). La circostanza che tali affermazioni vennero espresse con riguardo al giudicato penale non elide, all'evidenza, l'identità di situazioni che si riscontra nei casi di processi 'non penali'.

È agevole, infatti, affermare che tale conclusione non possa valere solo quando è in gioco la libertà personale, prescindendo il fenomeno dell'esecuzione della sentenza della Corte EDU dalla tipologia della pronuncia, nemmeno rimanendo lo stesso condizionato dall'indicazione specifica operata dalla Corte EDU, proprio in relazione all'obbligo di cui all'art. 46 CEDU. La prospettiva sottostante al ragionamento della Corte costituzionale era quella di una graduazione fra i diritti fondamentali per come garantiti dalla Costituzione e, mediatamente, dalla CEDU. Visione che non sembra esattamente conforme a quella della CEDU, nella quale la protezione si tutela dei diritti della persona non si fonda sulla sovraordinazione dell'un diritto sull'altro ma, semmai, sulla equiordinata protezione dei diritti stessi, chiamati a confrontarsi, a coabitare insieme, attraverso un'opera delicata di bilanciamenti informati ai principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Del pari poco persuasivo parve l'invito rivolto alla Corte EDU dalla Corte costituzionale a rivitalizzare l'art. 36 par. 2 CEDU o, addirittura agli Stati parte del Consiglio d'Europa a modificare il trattato istitutivo della CEDU in modo da garantire meglio il diritto al contraddittorio.

(7) '... al fine di assicurare la *restitutio in integrum* della vittima della violazione, nei sensi indicati dalla Corte europea, occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata. L'avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta, infatti, condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, paragrafo 1, della CEDU): con la conseguenza che quest'ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile.' In dottrina, sul punto, v. R. DI CARIA, *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? l'obbligo per gli stati di « conformarsi alle sentenze definitive della corte » edu nella prospettiva italiana*, in *Giur. cost.*, fasc. 3, 2009, 2191 che pure ricorda l'opinione sul punto espressa da E. LUPO in *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in *Cass. pen.*, 2007, f. 5, 2247-2258: '...il fatto che la Corte possa essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie interne (la fondamentale regola sancita dall'attuale art. 35) implica per forza di cose che essa si pronunci su sentenze divenute definitive nell'ordinamento interno. Se a questa premessa si aggiunge quanto si ricava dai ricordati articoli 13 e 46, la conclusione è che « l'accertamento della violazione della CEDU comporta, pertanto, a favore della persona in danno della quale la violazione si è verificata, il diritto a proporre un ricorso interno per rimediare alla violazione stessa attraverso la c. d. *restitutio in integrum* ». V., altresì, nello stesso senso, S. L. VITALE, *Violazione della Cedu e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4/2015, 1300.

Tale affermazione che, dice Corte cost. n. 123/2017, renderebbe più agevole il compito del legislatore, riecheggiano nuovamente la già ricordata opinione concorrente del giudice polacco nella causa Bochan, non pare andare nella direzione del dialogo fra le Corti, finendo semmai per ulteriormente allontanare il senso di reciproca fiducia fra le stesse.

La Corte costituzionale sembrò tralasciare non soltanto le caratteristiche peculiari del processo come calibrato a Strasburgo — in una prospettiva di rapporto verticale fra persona che assume la violazione e lo Stato al quale viene attribuita in via esclusiva la responsabilità per la violazione convenzionale eventualmente accertata — ma anche gli obblighi convenzionali assunti dagli Stati e, soprattutto, la circostanza che la stragrande maggioranza dei Paesi contraenti si era già dotata di strumenti interni capaci di favorire la *restitutio in integrum* per effetto della condanna pronunciata a Strasburgo.

Parimenti non convincente risultò l'incitamento di Corte cost. n. 123/2017 a spingere sulla leva dell'art. 36 par. 2 CEDU per inserire stabilmente all'interno del processo a Strasburgo il terzo.

Si tratterebbe, in definitiva, di stravolgere la portata e il senso della cennata disposizione, essenzialmente rivolta a consentire, sempreché il Presidente lo ritenga utile, l'intervento di persone diverse dal ricorrente in funzione di *amicus curiae* (8). E di ciò vi è conferma nel fatto che il ricorso ritenuto ricevibile dalla Corte EDU in fase di delibazione preliminare non viene comunicato alle altre parti del processo interno, ma soltanto agli altri Stati contraenti (9). Il che, ovviamente, non vuol certo nascondere la circostanza che anche l'altra parte del processo interno, intervenendo nel giudizio innanzi alla Corte EDU, possa fornire elementi di valutazione utili ai fini del ricorso proposto dall'altra parte (10).

Malgrado le opacità della sentenza n. 123/2017 sopra evidenziate, il merito indiscusso della pronuncia ricordata è stato quello di avere messo alle corde il legislatore nazionale, al pari di quanto aveva fatto, in passato, Corte cost. n. 129/2008 sul versante penalistico della riapertura del processo, ponendo le basi per la successiva Corte cost. n. 113/2011.

In sostanza, il legislatore, al quale la Corte costituzionale attribuisce in via prioritaria il compito di individuare un rimedio capace di consentire l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU incidenti su giudicati civili e

(8) V., *amplius*, G. RAIMONDI, *Commento all'art. 36*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti e Raimondi, Padova, 2001, 627 ss.

(9) cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 512.

(10) Corte EDU, 14 gennaio 2016, *Mandet c. Francia* - ric. n. 30955/12 - par. 42 e 43, in materia di filiazione.

amministrativi nell'ordinamento interno in favore dei soggetti vittoriosi a Strasburgo, sembrò avvisato che non sarebbero stati consentiti ulteriori rinvii, altrimenti toccando comunque al giudice — costituzionale o comune — l'individuazione di una via di fuga capace di realizzare l'obiettivo di una riapertura del processo al cui interno le parti, nel pieno contraddittorio, potranno, a seconda dei casi, riaprire la partita tenendo conto della pronunzia della Corte EDU.

Il maggior pregio della pronunzia della Corte costituzionale n. 123/2017 fu dunque quello di costituire un forte stimolo a mettere in moto un processo culturale capace di porre al centro del dibattito il tema, indubbiamente complesso e poliedrico, degli effetti e dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU. Ed è ben evidente che una volta demandato al legislatore il compito di adeguare il sistema interno a quello convenzionale dopo la pronunzia della Corte EDU non può che sagomare l'ambito di operatività del giudice costituzionale rispetto alle decisioni assunte, nell'ambito della sua discrezionalità, da quello stesso legislatore, limitandolo alla verifica di conformità della disciplina innovativa al quadro costituzionale che, è bene rilevarlo, si compone "anche" attraverso il rispetto della CEDU (art. 117 1[^] c. Cost.). Il che val quanto dire che il bilanciamento operato dal legislatore con la disciplina introdotta in sede di revocazione della quale si dirà non potrò stravolgerlo ma, soltanto, verificarne la compatibilità, in tutto o in parte con il quadro dei principi costituzionali anche se esso si fosse discostato dalle possibili indicazioni, implicite o esplicite, che la Corte costituzionale aveva offerto "prima" che il legislatore intervenisse.

2.2. *Il pianeta famiglia e la riapertura dei procedimenti*

La Corte costituzionale ebbe poi modo di ritornare sul tema degli effetti di cosa giudicata delle sentenze della Corte EDU in materia di famiglia.

Non erano mancate, in dottrina ⁽¹¹⁾, voci autorevoli che, all'indomani della sentenza n. 123/2017, auspicavano un mutamento di prospettiva rispetto a quella concernente il contenzioso di natura meramente patrimoniale. Prospettiva relativa, invero, ad un contenzioso rispetto al quale l'ipotesi della riapertura del processo innanzi al giudice interno, ben presente nella giurisprudenza della Corte EDU ⁽¹²⁾ sembrava consentire una ricomposizione dei

⁽¹¹⁾ E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2018.

⁽¹²⁾ Corte EDU, 20/01/2022, *D.M. e N. c. Italia*, ric.60083/1999; Corte EDU, 23/09/2020, *Omrefe c. Spagna*. - ric. 69339/16.

traumi prodotti per effetto della decisione ritenuta in contrasto con la CEDU dalla Corte europea, in assenza di forme rimediali ulteriori. Traumi, per ciò stesso, non solo non monetizzabili, ma di tale rilevanza da suggerire l'introduzione di rimedi capaci di agire in tempi celeri, caratterizzandosi tali vicende per un loro dispiegarsi nel tempo, capace esso stesso di produrre ulteriori effetti dannosi rispetto a quelli già prodottisi in relazione ad una decisione resa in violazione dell'art. 8 CEDU.

Questa commendevole prospettiva, in definitiva, finiva col superare il convincimento, pure espresso dalla medesima dottrina appena ricordata, che il bilanciamento fra interessi dei soggetti in buona fede o terzi aventi causa protetti dal giudicato nazionale e quelli dei soggetti vittoriosi a Strasburgo potesse essere compiuto, come aveva affermato la Corte costituzionale, unicamente dal legislatore. Si afferma, infatti che rispetto alle questioni non patrimoniali correlate soprattutto a vicende familiari, il bilanciamento non può che pendere in favore gli interessi dei soggetti vulnerati dalle decisioni interne. Per tale ragione la Corte costituzionale avrebbe potuto (e dovuto) operare in modo diverso proprio in una vicenda nella quale era in gioco il destino di un minore conteso fra genitori adottivi e naturali.

Mutamento di indirizzo che, tuttavia, non ebbe a verificarsi.

Ed infatti, dopo una pronuncia di inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato su questione sovrapponibile a quella esaminata da Corte cost. n. 123/2017, Corte cost. n. 19/2018, in una vicenda nella quale erano in gioco interessi familiari ⁽¹³⁾, ha confermato la linea interpretativa inaugurata con la sentenza n. 123/2017, anzi riscontrando nella sopravvenuta giurisprudenza di Strasburgo — sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* della Grande Camera — l'inesistenza di un diritto alla riapertura del processo civile in base alla CEDU.

⁽¹³⁾ Cfr. Appello Venezia, 18 luglio 2016, ha prospettato una nuova questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 395 e 396 c.p.c. in relazione all'art. 117, 1° comma, cost., nella parte in cui non consentono la revocazione di una sentenza civile per contrasto con una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La vicenda giudiziale, iniziata dalla madre biologica, gravemente malata, alla quale era stato sottratto un minore, per il quale era stata aperto un procedimento di adottabilità, è culminata, dopo che la donna era rimasta soccombente nel giudizio definito in ambito interno, con una pronuncia della Corte edu - 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia* - che aveva riconosciuto la violazione dell'art. 8 CEDU. In seguito all'esito favorevole del giudizio innanzi alla Corte EDU, la madre aveva chiesto alla Corte di appello di Venezia che venissero presi contatti con i genitori adottivi e con i servizi sociali, perché, nel rispetto dell'interesse del minore, si valutassero le possibili forme di attuazione della sentenza della Corte EDU. V., sulla questione RIZZATO E., *Corte Edu: adozione e diritto al rispetto della vita familiare*, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/corte-edu_adozione-ediritto-al-rispetto-della-vita-familiare_18-07-2014.php.

3. L'art. 1, comma 10 lett. a) della legge delega n. 206/2021 alla riforma del processo civile

La situazione di stallo prodotta dall'indirizzo della Corte costituzionale appena ricordato ha subito una scossa per effetto della legge delega n. 206/2021 di riforma del processo civile. Con una previsione non contemplata nei lavori della commissione Luiso, il Parlamento forse anche memore dell'esplicito invito formulato dalla Corte EDU proprio nei confronti dell'Italia ad introdurre procedure giudiziali che prevedano la revisione delle sentenze civili contrarie alla CEDU in ragione di una sentenza resa dal giudice di Strasburgo- Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 agosto 2021, *Beg S.p.a. c. Italia*, par. 163- imbocca una strada tutt'affatto scontata, appunto rappresentata dall'idea di fondo di rimediare alle violazioni alla CEDU accertate dalla Corte di Strasburgo squadernando l'esito finale del giudizio definito in ambito interno, ormai non più destinato a rimanere indissolubile e immutabile per effetto della forza del giudicato prodotti.

Questa la prospettiva introdotta dall'art. 1, comma 10, l. n. 206/2021 ed espressa nei principi e criteri atti ad orientare il legislatore delegato nell'esercizio della delega recante la modifica al codice, in materia di revocazione a seguito di sentenze emesse dalla Corte *Europea dei Diritti dell'uomo* ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Art. 1, c. 10 l. n. 206/2022: Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura civile in materia di revocazione a seguito di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: *a)* prevedere che, ferma restando l'esigenza di evitare duplicità di ricorsi, sia esperibile il rimedio della revocazione previsto dall'articolo 395 del codice di procedura civile nel caso in cui, una volta formatosi il giudicato, il contenuto della sentenza sia successivamente dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario, in tutto o in parte, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ovvero a uno dei suoi Protocolli e non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente; *b)* prevedere che, nell'ambito del procedimento per revocazione a seguito di sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, siano fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo; *c)* prevedere che, nell'ambito del procedimento per revocazione a seguito di sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la legittimazione attiva a promuovere l'azione di revocazione spetti alle parti del processo svoltosi innanzi a tale Corte, ai loro eredi o aventi causa e al pubblico ministero; *d)* prevedere, nell'ambito del procedimento per revocazione a seguito di sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, un termine per l'impugnazione non superiore a novanta giorni che decorra dalla comunicazione o, in mancanza, dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del regolamento della Corte stessa; *e)* prevedere l'onere per l'Agente del Governo di comunicare a tutte le parti del processo che ha dato luogo alla sentenza sottoposta all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo e al pubblico

Per la prima volta l'ordinamento mostra di volere introdurre un meccanismo idoneo ad eliminare dal mondo un giudicato contrastante con la CEDU per come questa è stata applicata da una sentenza dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nel consentire la revocazione il legislatore guarda sicuramente alla causa che aveva dato luogo alla pronunzia della Corte Europea, lasciando alla legislazione di dettaglio la definizione di numerose questioni.

4. L'interprete di fronte all'art. 391-*quater* c.p.c. ed alle disposizioni attuative della legge delega

Qual è la griglia di principi che l'interprete deve considerare per cogliere in modo corretto il senso delle disposizioni in tema di revocazione del giudicato interno contrastante con una pronunzia della Corte EDU che abbia accertato il contrasto con uno dei parametri convenzionali introdotte dall'art. 391-*quater* c.p.c. ?

Si pone, anzitutto, la questione di individuazione del complessivo contesto normativo e delle finalità che ispirano il contenuto della delega legislativa, e dei suoi principi e criteri direttivi.

Ponendosi in questa ottica non è superfluo ricordare che secondo la Corte costituzionale la delega non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge di delega. Per parte sua, l'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la *ratio* della legge delega.

L'eventuale esistenza di oggettive incertezze nella ricostruzione del coerente significato di taluni principi e criteri direttivi accentua la responsabilità del legislatore delegato, il quale deve procedere all'approvazione di norme che si mantengono comunque nell'alveo delle scelte di fondo operate dalla legge delega, senza contrastare con i relativi indirizzi generali — Corte cost. n. 127/2017 —. Le disposizioni contenute nella legge delega concorrono dunque a formare, quali norme interposte, il parametro di costituzionalità dei decreti delegati. Il contenuto della delega non può essere individuato senza tenere conto del complessivo sistema normativo poiché soltanto l'identificazione della sua *ratio* consente di verificare se la norma delegata sia con essa coerente. Il legislatore delegato possiede sicuramente margini di discrezionalità nell'attuazione della delega, purché ne rispetti la *ratio* e si

ministro la pendenza del procedimento davanti alla Corte stessa, al fine di consentire loro di fornire elementi informativi o, nei limiti consentiti dal regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, di richiedere di essere autorizzati all'intervento;

inserisca in modo coerente nel relativo quadro normativo, potendo dunque operare delle scelte fra i possibili modi di realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, scelte di cui occorre comunque verificare la ragionevolezza" — Corte cost., n. 237/2013 —.

In generale, si è detto che l'esercizio incompleto della delega non comporta di per sé violazione degli artt. 76 e 77 Cost., salvo che ciò non determini uno stravolgimento della legge di delegazione. Detti parametri non sono invocabili al fine di proporre questione di legittimità costituzionale di una norma contenuta in un atto estraneo ai rapporti fra legge delegante e decreto legislativo delegato — Corte cost. n. 257/2005 —. Sicché l'eventuale omissione del legislatore delegato che non faccia in parte uso della delega conferitagli non determina violazione dell'art. 76 Cost. — Corte cost. n. 304 del 2011 —, salvo che ciò non determini uno stravolgimento della legge di delegazione — Corte cost. n. 283/2013 —.

In definitiva, l'obiettivo finale al quale è chiamato l'interprete è quello di fornire una lettura composita del complessivo sistema normativo.

Sicché quando vi è la possibilità di scegliere fra più mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, la soluzione adottata deve rispettare il canone della ragionevolezza e l'esercizio del potere delegato appare coerente con la delega anche quando persegua lo scopo di pervenire eventuali contrasti o incertezze di giurisprudenza" — Corte cost. n. 127/2017 —.

Ne consegue che *“il giudizio di conformità della norma delegata alla norma delegante, condotto alla stregua dell'art. 76 Cost., si esplica attraverso il confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega”* — Corte cost. n. 340/2007, Corte cost. n. 250/2016 —.

Quanto ai rapporti fra legge delega e disposizioni volte a darne attuazione, v'è quindi da dire che l'apparente “stacco” fra la previsione contenuta nell'art. 1, c.10 della legge delega e l'attuazione che se ne è data con la formulazione prescelta dall'art. 391-*quater* non potrà che essere sanata ricorrendo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione da ultimo ricordata che, dunque, preservi la legittimità costituzionale ed escluda un eccesso di delega da parte del legislatore delegato. Senza mai perdere di vista il fatto che tale interpretazione non potrà che prendere le mosse dalla rilevanza attribuita dall'ordinamento — anche costituzionale — alla protezione dei valori offerta a livello convenzionale, destinato ad operare

sia a valle, in funzione della maggiore protezione dei valori della persona rispetto alla Costituzione che a monte, quando si individua il contenuto di un valore costituzionale in gioco — cfr., fra le altre, Corte cost.nn. 24, 25, 117 del 2019 —.

5. L'art. 391-*quater* c.p.c. si applica ai giudizi tributari?

Alla domanda che apre questo paragrafo non è agevole rispondere.

Per l'un verso l'art. 362 comma 3, c.p.c., nella formulazione voluta dal d.lgs. n. 149/2022, sembra limitare l'ambito di operatività della revocazione disciplinata dall'art. 391-*quater* cpc alle “decisioni dei giudici ordinari passate in giudicato”.

Questa disposizione, oltre a lasciare fuori, in modo abbastanza esplicito ed evidente, i giudizi esaminati dal giudice amministrativo, non può dirsi univoca e risolutiva per quel che invece riguarda il contenzioso tributario.

Ciò per diverse ragioni, la prima delle quali è data dal fatto che le sentenze delle Corti di giustizia di secondo grado, pur dopo la riforma del processo tributario quasi parallelamente varata dal Parlamento — legge n. 130/2022 — rimangono ricorribili innanzi alla Corte di cassazione — art. 50 e art. 62 d.lgs. n. 546/1992 — e non par dubbio che quando esse abbiano ad oggetto questioni di natura tributaria giunte al suo esame per effetto di ricorsi contro sentenze delle corti tributarie di merito saranno, sicuramente, passibili di revocazione quando esse stesse abbiano dato luogo alla violazione del parametro convenzionale accertato dalla Corte di Strasburgo.

Del resto, le Sezioni Unite, pur confrontandosi con una questione che atteneva alla regolamentazione dei vizi proponibili nel ricorso per cassazione, ebbero a precisare che le disposizioni sul ricorso per cassazione, di cui all'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, circa il vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. ed i limiti d'impugnazione della “doppia conforme” ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 348-ter cod. proc. civ., si applicano anche al ricorso avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale, atteso che il giudizio di legittimità in materia tributaria, alla luce dell'art. 62 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, non ha connotazioni di specialità — cfr. Cass. S.U. n. 8053/2014.

Il quadro normativo di riferimento non sembra mutato per effetto della recente riforma del processo tributario. È vero, anzitutto, che la ricordata legge n. 130/2022 dedicata per l'appunto alla disciplina in materia di giustizia e di processo tributari ha disegnato, in termini di marcata autonomia, almeno rispetto al passato, le Corti di giustizia tributaria di primo e secondo grado, espressamente prevedendo peraltro, all'art. 3, che “Presso la Corte di

cassazione è istituita una sezione civile incaricata esclusivamente della trattazione delle controversie in materia tributaria.”

Nessun ostacolo, dunque, all'ipotesi di revocazione della sentenza della cassazione tributaria che sia stata ritenuta violativa della CEDU e/o dei suoi protocolli. Il punto successivo è quello di stabilire se le sentenze dei giudici tributari di merito possano essere sottoposte a revocazione innanzi alla Corte di cassazione sulla base dell'art. 391-*quater* c.p.c. e dunque quando il giudicato produttivo della violazione debba ricondursi a tali pronunzie.

Va ancora ricordato che già prima della riforma del 2022 nel d.lgs. n. 546/1992 esisteva una specifica disposizione (art. 51 c.2) che si occupava a certi fini delle ipotesi di revocazione disciplinate dall'art. 395 c.p.c. alle quali più diffusamente si richiamano anche i successivi artt. 64 ss., appunto dedicati alla revocazione di quelle sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado dalle commissioni tributarie ma solo per le ipotesi indicate dall'articolo 395 del codice di procedura civile — art. 64 c.1 —.

È, ancora, l'art. 65, c.1 dello stesso d.lgs. n. 546 a prevedere che “Competente per la revocazione è la stessa commissione tributaria (ora Corte di giustizia) che ha pronunciato la sentenza impugnata” disciplinando poi, negli articoli successivi, le modalità di svolgimento delle domande di revocazione. Ora, l'applicazione ai giudizi tributari dell'art. 391-*quater* c.p.c. è dunque abbastanza complicata da immaginare, in assenza di un compendio di norme che indichino espressamente, in quel comma 3 dell'art. 362 c.p.c., anche i giudici tributari. E ciò per la circostanza che la disciplina di settore prevede espressamente la competenza del giudice di merito tributario per le ipotesi di revocazione pure disciplinate dal c.p.c.

Ma non v'è dubbio che la possibilità di procedere ad una revocazione della sentenza della Corte di cassazione che abbia essa stessa integrato la violazione convenzionale, decidendo ai sensi dell'art. 384 c.p.c. in ambito tributario, rende evidente la necessità di una modifica legislativa ove si dovesse ritenere insuperabile — per i giudicati formati innanzi al giudice di merito — il dato letterale contenuto nell'art. 362 c.p.c. E ciò anche in ragione del dato formale rappresentato dall'assenza di delega quanto alla giurisdizione tributaria. Dato che rimane tuttavia equivoco, una volta che il legislatore delegato ha deciso di inserire una nuova forma di tutela giurisdizionale radicandola innanzi alla Corte di cassazione che, si è visto, è ben presente nel processo di impugnazione relativo alle sentenze delle Corti di giustizia tributarie di secondo grado.

Non vi è dubbio, d'altra parte, che la soluzione della questione non sembra totalmente autonoma rispetto a quella che si intenderà fornire a proposito della esperibilità da parte del giudice tributario del meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la risoluzione, in via

preventiva, di una questione esclusivamente di diritto che risulta necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione — art. 363-*bis* c.p.c. —. Come è noto, una ipotesi specifica di rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione era stata inserita nel progetto di riforma del processo tributario che è stato poi approvato dal Parlamento con la legge n. 130/2022, ma tale ipotesi è stata stralciata in sede parlamentare, lasciando spazio alla legge di riforma del processo civile al cui interno è stato poi varato l'art. 363-*bis* c.p.c. Si è detto in dottrina che l'espunzione della ipotesi originariamente inserita nel progetto di legge delega di riforma del processo tributario sarebbe da salutare con favore “considerando che la sezione tributaria, per quanto concepita come sezione specializzata, non realizza un ordine autonomo e specializzato (art. 103 Cost.), sicché se fosse rimasta la previsione di una funzione di legittimità (nel caso, il rinvio pregiudiziale) deputata solo alla materia tributaria, tale previsione sarebbe stata sicuramente incompatibile con il sistema del nostro ordinamento processuale introdotto dal d.lgs. n. 149/2022 —, sul tema il rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di giustizia tributaria di primo grado di Agrigento con ordinanza del 31 marzo 2023, rimesso all'esame delle Sezioni Unite con decreto della Prima Presidente della Corte di cassazione del 14 aprile 2023, in www.cortedicassazione.it.

6. Su alcuni nodi problematici posti dall'art. 391-*quater* c.p.c. Le decisioni passate in giudicato. Qual è il confine dell'art. 391-*quater* c.p.c.?

A cadere sotto la scure del giudizio revocatorio sono, proclama il primo comma dell'art. 391-*quater* c.p.c. le decisioni passate in giudicato.

Non è qui il caso di fermarsi al concetto di giudicato (sostanziale e processuale) al quale rimanda la disposizione anzidetta — art. 2909 c.c. e art. 324 c.p.c. —. Tale incipit lascia intendere che il riferimento è esclusivamente rivolto alle pronunzie aventi forma di sentenza o di ordinanza dotate dei caratteri della definitività e della decisorietà — cfr. Cass. S.U. n. 1914/2016 —. La disposizione anzidetta riguarda evidentemente i provvedimenti di tal natura a prescindere dal fatto che essi siano stati resi dal giudice di merito o di legittimità, essendo necessario e sufficiente che essi provengano dai giudici ordinari, così proclamando il comma 3 dell'art. 362 c.p.c.

Un solo punto di riflessione è qui il caso di offrire al lettore esso appunto superando l'idea stessa dell'intangibilità assoluta del giudicato civile alla quale, in definitiva, sembrava ancorata la Corte costituzionale nella sentenza n. 123 sopra ricordata. Idea che sembra lasciare il passo ad una prospettiva nuova che, ben lungi dall'abbandonare al proprio destino il giudicato lo arricchisce di senso, di portata e di ruolo “sostanziali” mostrandone il volto

e la funzione “servente del processo rispetto all’attuazione dei diritti, il suo essere mezzo e non fine” — cfr. Cass. S.U., n. 9479/2023 —.

Se su quanto fin qui detto non sembra possano emergere grossi dubbi, il tema di riflessione che l’interprete è chiamato a svolgere riguarda tutto ciò che “non” costituisce giudicato nel senso appena esposto e che sia stato, tuttavia, ritenuto essere stato reso in violazione della CEDU o dei suoi protocolli dalla Corte europea.

Quali sono gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo su tali provvedimenti ove la violazione accertata dalla Corte non abbia avuto la capacità di eliderne il contenuto offensivo? Come, dunque, rispetto a tali ipotesi l’ordinamento può o deve reagire?

Se si discute di provvedimenti non destinati a passare in giudicato ai sensi dell’art. 2909 c.c. dovrà trattarsi di provvedimenti resi *rebus sic stantibus* che, come tali possono essere rimossi o rivisti da chi li ha emessi, su impulso della parte vittoriosa a Strasburgo. Ma è possibile ritenere che la possibilità di revisione possa prendere il via da un’iniziativa del pubblico ministero, in assenza di iniziativa di parte.

In altri termini, rientra negli obblighi scaturenti dall’art. 46 CEDU a carico dello Stato il compito di eliminare gli effetti della violazione che continuano a propagarsi al di là della sentenza dichiarativa che ha riconosciuto la violazione convenzionale?

Interrogativi sui quali sarà necessario riflettere.

Giova soltanto qui sottolineare che, per quanto concerne le decisioni della Corte EDU che legittimano l’attivazione della nuova revisione penale europea, ai sensi dell’art. 628-*bis* c.p.p., si è fatto riferimento non solo alle sentenze che accertino, con decisione definitiva, una violazione della Convenzione, ma anche alle ipotesi in cui sia disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo ai sensi dell’art. 37 della Convenzione in conseguenza del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato.

6.1. *Il diritto di stato delle persone come elemento indefettibile per la revocazione europea*

Se la nozione di “diritti di stato della persona” inserita nel codice di procedura civile fosse realmente atecnica, come pure si è sostenuto nei primi commenti all’art. 391-*quater* c.p.c., a maggior ragione occorre ad essa dare un senso che rispetti il criterio di delega contemplato nella lett. a) dell’art. 1 c.10, cit., rispetto al quale non vi era alcuna ragione per creare all’interno delle pronunzie della Corte EDU una scala gerarchica tale da impedire la revocazione in taluni casi ed ammetterla in altri.

Anzi, il criterio generalista prescelto dal legislatore delegante è lì a

significare una precisa scelta di campo in ordine alla introduzione di uno strumento di carattere generale.

L'unica prospettiva che l'interprete dovrebbe adottare, data la formula utilizzata, non agevolmente riferibile ad una precisa "categoria" di interessi sottesi alla pronunzia di condanna, pare essere dunque quella di offrire una lettura comprensiva di tutte quelle pronunzie che si dimostrino idonee ad incidere sui diritti della persona in modo da comprimerli senza che possa essere adottata una statuizione capace di emendare la violazione accertata a livello della Corte EDU. E rassicura davvero che in questa direzione si siano posti autorevoli interpreti processualciviliisti ⁽¹⁵⁾

In questa direzione, del resto, è la stessa formula "diritto di stato della persona" che nell'accezione che a chi scrive sembra preferibile, non può che evocare la situazione soggettiva della persona in un determinato momento del suo divenire esprimendo, come autorevolmente affermato in dottrina, in un ordinamento ispirato al principio di eguaglianza, una situazione originaria e complessa assolutamente paritaria, sintesi dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili dell'uomo ⁽¹⁶⁾.

Sembra emergere, così, il vero senso dell'espressione diritto di stato della persona, tutto intriso della materia della quale si discute, appunto connessa all'accertata violazione di un diritto fondamentale della persona da parte della Corte EDU. Diritto che, vulnerato dal giudicato interno, deve essere nuovamente posto all'esame del giudice nazionale, proiettandosi la tutela accordata con lo strumento revocatorio sugli strumenti a tutela dello status della persona, portatrice di valori che meritano una particolare protezione. Solo questa prospettiva metodologica può soccorrere l'interprete nel dare un senso all'inciso di cui si è detto, se così inteso pienamente in linea con la delega.

Ed è ben noto che l'interpretazione della disposizione resa in attuazione va interpretata nel senso di impedire risultati ermeneutici contrastanti non solo con la legge delega, ma anche con l'ampio catalogo convenzionale che assurge a parametro dell'altro rimedio neo introdotto dalla riforma Cartabia sul versante penalistico all'art. 628-bis c.p.p.

Ed invero, a dispetto dell'iniziale limitazione giurisprudenziale in punto di vizi legittimanti l'instaurazione del rimedio della revisione europea, relativi alle sole disposizioni contenute nell'art. 6 della stessa Convenzione in ambito

⁽¹⁵⁾ E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023, 480; F. P. LUISO, *Commento all'art. 391-bis*, Milano, 2023, 228

⁽¹⁶⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 251, A. CORASANITI, *Stato delle persone*, in *enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, 967.

penale — limitazione avallata anche dalle precedenti proposte legislative ⁽¹⁷⁾ — possono integrare la violazione convenzionale rimessa alla cognizione della Corte di cassazione, ai sensi del nuovo art. 628-*bis* c.p.p., non soltanto le “tradizionali” ipotesi disciplinate dagli artt. 6 (diritto all’equità del processo) e 7 (principio di legalità) della Convenzione, ma anche altri diritti o libertà riconosciuti dagli artt. 3 (proibizione della tortura), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione), 10 (libertà di espressione), 11, (libertà di riunione e associazione), 1 Prot. 1 (protezione della proprietà) e 2 Prot. 4 (libertà di circolazione) ⁽¹⁸⁾.

In questa direzione non sembra nemmeno inutile attingere alla Raccomandazione R 2000/2 dedicata al tema di cui si discute che, come condivisibilmente osservato da autorevole dottrina ⁽¹⁹⁾, offre spunti di riflessione importanti per comprendere che anche in ambito civile possono emergere situazioni nelle quali la compensazione economica eventualmente riconosciuta dalla Corte EDU non è idonea a riparare il pregiudizio sofferto da chi ha subito la violazione convenzionale. Si citano al proposito casi tra loro spuri nei quali la riapertura del processo sarebbe auspicabile (perdita o non riconoscimento della capacità e della personalità giuridica, dichiarazioni di fallimento, espulsioni in violazione del diritto al rispetto della vita familiare, ingiusto impedimento dei contratti fra minori e genitori...). Ed è ben evidente che si tratta di ipotesi disomogenee che ovviamente stanno fuori dal tema classico delle azioni di stato regolate dal diritto privato alle quali pure si è fatto cenno in dottrina per dare una portata di senso all’inciso e che, all’evidenza, possono entrare con facilità all’interno del paradigma normativo.

Né pare persuasivo ipotizzare che il riferimento allo stato delle persone abbia inteso ridurre l’ambito di operatività alle sole questioni che ruotano attorno allo *status familiae*, non essendovi alcun elemento semantico che possa indurre a far ritenere che il legislatore abbia inteso tarare la revocazione sulle vicende familiari soltanto. Immaginare che il legislatore delegato si sia accostato alle nozioni classiche di stato — *civitas*, *familiae* —

⁽¹⁷⁾ Per una puntuale disamina delle infruttuose proposte di legge succedutesi dal 1998 al 2018, si veda L. RAPISARDA, *Il nuovo art. 628-bis c.p.p.: l’ordinamento italiano dispone finalmente di un istituto per l’esecuzione dei provvedimenti della Corte di Strasburgo*, in *Giurisprudenza Penale*, 3 gennaio 2023, 7.

⁽¹⁸⁾ R. MAGI, *Le novità in tema di giudizio di legittimità. Cenni sulla revisione europea*, in *Questione giustizia*, 13 marzo 2023.

⁽¹⁹⁾ P. PIRRONE, *Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrativa: la sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. intern.*, n. 2, 2018, 515 ss..

renderebbe evidente l'impossibilità di attestarsi sulle categorie tradizionali, altrimenti determinandosi effetti discriminatori che sicuramente erano estranei alle intenzioni tanto del legislatore delegante che di quello delegato. Una ragione in più, quest'ultima, per addivenire ad un significato della norma coerente con i principi espressi nella legge delega da interpretarsi nella cornice costituzionale e convenzionale dei diritti della persona.

6.2. *L'inidoneità del riconoscimento dell'equa indennità accordata dalla Corte a compensare le conseguenze della violazione*

La lett. a) del comma 10 sembra caratterizzata dall'esigenza primaria tesa ad evitare che la nuova ipotesi di revocazione possa determinare una duplicità di ristori rispetto a quanto stabilito dalla Corte EDU con la pronunzia che accerta la violazione convenzionale. Il legislatore delegante ha cioè ben presente che il giudizio innanzi alla Corte EDU può concludersi oltre che con l'accertamento della violazione convenzionale anche con una condanna dello Stato al pagamento di un'equa soddisfazione, ai sensi dell'art. 41 CEDU, ma si preoccupa unicamente di chiarire che la revocazione dovrà essere esperibile solo se non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente.

Tale condizione di accesso al giudizio di revocazione prevista dall'art. 391-*quater* c.1, n. 2, cpc non può essere intesa nella sua reale portata senza un'analisi complessiva dell'altro requisito del quale si è detto nel precedente paragrafo.

Ad un approccio epidermico, infatti, potrebbe accedersi all'idea che i diritti convenzionali ai quali il legislatore si è riferito sono quelli che non hanno, per un verso, contenuto patrimoniale e che, per altro verso, pur non patrimoniali, non hanno ottenuto una compensazione di natura patrimoniale a livello convenzionale.

Il discorso è probabilmente meno lineare di quanto possa apparire e non solo per quanto già esposto a proposito dell'inciso “diritti di stato della persona”, come si è detto astrattamente idonea a giustificare il riferimento a qualunque diritto fondamentale che rientra nel patrimonio della persona umana, ivi compreso il diritto al rispetto dei propri beni, previsto dall'art. 1 Prot. n. 1 annesso alla CEDU. Ma in più in generale la complessità dell'inciso contenuto nel n. 2 del comma 1 dell'art. 391-*bis* sta nella liquidità della affermazione in esso contemplata se si pensa che la “non idoneità” a compensare le conseguenze della violazione apre un orizzonte difficilmente decifrabile in vitro, abbisognando di una verifica casistica di ciò che la Corte EDU ha fatto in punto di liquidazione ai sensi dell'art. 41 CEDU.

Questione, quest'ultima, che apre a sua volta riflessioni di ordine sistematico, se solo si considera l'impossibilità di determinare in astratto se la

liquidazione della Corte EDU sia stata pienamente soddisfacente per quanto l'equo indennizzo lo possa essere, in relazione alla natura — internazionale — dell'organo giurisdizionale che liquida l'equo indennizzo, alla natura intrinsecamente equitativa di tale liquidazione e, soprattutto, all'idea che il legislatore delegato, in piena sintonia con i criteri fissati dalla legge delega — ferma restando l'esigenza di evitare duplicità di ristoro e la necessità che non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente — abbia inteso lasciare ampio spazio al giudice della revocazione per sondare la soddisfattività o meno della liquidazione offerta in sede convenzionale, con un occhio attento alle ipotesi nelle quali il vizio accertato abbia impedito alla Corte EDU di verificare l'esistenza di altre conseguenze dannose — perdita di chance — connesse al vizio riscontrato a Strasburgo ⁽²⁰⁾.

In altri termini, la formula scelta in sede di attuazione apre notevoli margini di operatività al giudizio revocatorio, decifrabili soltanto in sede di azione giudiziaria revocatoria intrapresa all'esito della condanna pronunciata a Strasburgo.

Si ammette, dunque, la cumulabilità dei rimedi (ricorso innanzi alla Corte EDU e successiva revocazione ex 391 quater c.p.c.) qualora l'equo indennizzo riconosciuto all'esito del processo convenzionale non sia in grado di rimuovere totalmente le conseguenze derivanti dalla perpetrata violazione della CEDU o dei relativi Protocolli. Non è data però alcuna indicazione per comprendere quando effettivamente l'indennizzo economico disposto dinanzi alla Corte EDU possa considerarsi sufficiente a ristorare il danno subito dalla parte ⁽²¹⁾.

In altri termini, riannodando il filo delle considerazioni iniziali, la disciplina prevista in sede revocatoria potrebbe essere interpretata nel senso

⁽²⁰⁾ Nel già ricordato caso *BEG c. Italia* la parte vittoriosa chiedeva davanti alla Corte Europea il riconoscimento del pregiudizio sofferto in ragione dell'esito processuale diverso che avrebbe potuto avere l'arbitrato se allo stesso non avesse partecipato l'arbitro che non aveva garantito l'indipendenza dell'organo giudicante. Ora la Corte, invece di riconoscere un equo indennizzo, ha accertato la violazione del giusto processo (art. 6 CEDU), precisando che l'esito del procedimento definito innanzi alla stessa Corte non dovrebbe sminuire l'importanza per l'efficacia del sistema della Convenzione, di garantire che esistano procedure nazionali che permettano la revisione di una causa, alla luce della constatazione che vi è stata violazione delle garanzie di un equo processo offerte dall'art. 6, dovendo gli Stati garantire un sistema che consenta di depurare la violazione dell'art. 6. Ed è particolarmente significativo che in tale circostanza la Corte edu ha aggiunto che ciò è particolarmente sentito in Italia, dove la Corte costituzionale ha ripetutamente dichiarato che non esiste un meccanismo per riaprire un procedimento civile al fine di realizzare l'esecuzione di una sentenza della Corte che riscontra la violazione di una disposizione della Convenzione.

⁽²¹⁾ Cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, n. 96, 6 ottobre 2022, 24 ss.

di giustificare la liquidazione dal giudice nazionale di pregiudizi ulteriori a quelli liquidati a Strasburgo e, se sì, in quale sede? Quella revocatoria o altra sede? Probabilmente sì ma anche sul punto occorrerà riflettere in altra sede.

Interrogativo analogo potrebbe (*recte*, dovrebbe) porsi rispetto agli effetti civili della condanna penale ingiusta, laddove l'art. 628-*bis* c.p.p., peraltro, non prevede tra i presupposti applicativi del rimedio che il ristoro eventualmente accordato dalla Corte EDU non sia idoneo a compensare le conseguenze della violazione. I seguiti della sentenza Sud Fondi sembrerebbero orientare in tal senso ⁽²²⁾.

In dottrina si è poi ipotizzato che l'introduzione del meccanismo revocatorio in ambito nazionale potrebbe incidere sulle valutazioni della Corte EDU in sede di equo indennizzo, nel senso che sapendo la Corte che esiste l'art. 391-*bis* c.p.c. — da attivare anche dal Procuratore generale — essa potrebbe astenersi dal provvedere sulle istanze risarcitorie (*recte*, indennitarie) demandando al giudice di prossimità la valutazione più dettagliata dei pregiudizi. Si tratta di una lettura coerente con l'impianto dell'art. 41 CEDU che ammette il riconoscimento dell'equo soddisfacimento “se il diritto interno dell'Altra parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione” ⁽²³⁾.

Ora, è evidente che non è ragionevole pensare che la Corte EDU, soprattutto in assenza di un diritto vivente sulla portata dell'istituto di nuovo conio qual è quello della revocazione *ex art. 391-quater* c.p.c., possa evitare

⁽²²⁾ Con la sentenza del 10/05/2012 la Corte EDU, dopo avere evidenziato che la decisione delle Autorità italiane (che nel 2010, dunque dopo la sentenza di condanna del 20/01/2009, avevano revocato la confisca dei terreni interessati dal piano di lottizzazione e ordinato la loro restituzione) aveva riparato solo in parte il danno subito dalle ricorrenti (le quali, dunque, erano legittimate ad ottenere un'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 della Convenzione EDU) e che era improbabile che le ricorrenti potessero ricevere un doppio indennizzo per i medesimi danni materiali (atteso che i giudici nazionali, nella valutazione della causa, inevitabilmente avrebbero tenuto conto dell'importo concesso in sede sovranazionale), aveva dichiarato lo Stato italiano obbligato a versare nel termine indicato (tre mesi a decorrere dalla definitività della sentenza) la somma complessiva di €. 37.000.000,00 in favore di SUDFONDI S.r.l., la somma complessiva di €. 9.500.000,00 in favore di MA.BAR. S.r.l. e la somma complessiva di €. 2.500.000,00 in favore di I.E.M.A. S.r.l.

La Corte di appello di Bari, con sentenza del 4 marzo 2022 ha riconosciuto che il risarcimento stabilito dalla Corte edu non copriva tutti i danni, riguardando unicamente la illegittimità della confisca e non l'accertamento della responsabilità in capo alle amministrazioni (per lesione del legittimo affidamento) che avevano rilasciato le concessioni edilizie e autorizzazioni che avevano dato il via libera ai cantieri, e quindi ha disposto un ulteriore il ristoro per le spese sostenute per la progettazione, i costi pubblicitari, i pagamenti di Ici e oneri di urbanizzazione, gli oneri finanziari e parte dei costi di esecuzione dei lavori.

⁽²³⁾ E. D'ALESSANDRO, *Revocazione della sentenza civile e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir.proc.civ.*, 2022, 223-224.

la liquidazione facendo affidamento sul rimedio interno, ancora tutto da decifrare. Resta però il fatto che proprio l'anzidetta disposizione chiamerà i giudici nazionali e sovranazionali coinvolti a ragionare verosimilmente insieme, e dunque al di fuori delle singole vicende, sulle prospettive di utilizzazione del rimedio interno, sulla sua portata e, dunque sulle ricadute che esso potrà avere sull'attività della Corte EDU. E ciò a riprova ulteriore della necessità di favorire luoghi di confronto e di dialogo caratterizzati da un comune senso di fiducia ed ispirati ad un senso alto di cooperazione.

Resta il fatto che proprio il combinato disposto dei nn. 1 e 2 dell'art. 391-*quater* c. 1 c.p.c. offre plasticamente il cambio di prospettiva al quale, secondo chi scrive, ogni operatore del diritto deve aprirsi rispetto all'efficacia delle sentenze della Corte EDU nell'ordinamento nazionale. Una apertura mentale che lascia in campo la possibilità, pur ipotetica, di rimessione in discussione dell'operato dei giudici nazionali quando esso non abbia adeguatamente considerato e ponderato la tenuta della decisione rispetto alla protezione offerta a livello convenzionale. Una ipotetica rivisitazione che, dunque, va presa sul serio da ogni giudice "prima" che ciò possa accadere ed a prescindere dal concreto accertamento della violazione convenzionale da parte della CEDU, occorrendo che gli interpreti e gli operatori si orientino direttamente ad operare in modo che non si producano violazioni convenzionali, capaci queste sì di incidere sul sentimento di fiducia delle persone nel sistema giudiziario interno quando esso dovesse concludersi con un risultato riconosciuto contrario alla CEDU ed ai suoi protocolli. Prospettiva che, ancor di più, sembra insuperabile anche per i provvedimenti per i quali non è ipotizzabile il passaggio in giudicato — costituente requisito per la revocazione ex art. 391-*bis* c.p.c. — e che, in caso di acclarata violazione dei canoni convenzionali richiamano comunque l'operatore interno a misurarsi sulla persistenza di effetti pregiudizievoli, dopo la sentenza della Corte EDU, che occorrerà rimuovere in via di tutela per equivalente o in forma specifica. E non pare potersi revocare in dubbio che proprio la presa di posizione del legislatore nazionale sul tema del "giudicato" contrastante con la CEDU — contrasto accertato a Strasburgo — rechi in sé il germe di ulteriori possibili tutele che fuori dai casi del giudicato, l'ordinamento interno può (o deve) apprestare per rimuovere gli effetti perduranti delle violazioni convenzionali acclamate dalla Corte EDU.

6.3. *La legittimazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione in materia di revocazione con uno sguardo fugace alla revisione penale*

La lett. c) del comma 10 dell'art. 1 della legge delega 206/2021 ruota attorno al tema della legittimazione attiva al procedimento di revocazione che

il legislatore delegante immagina riferita alla parte vittoriosa a Strasburgo (unitamente ai suoi eredi ed aventi causa) ma anche al pubblico ministero. Il passaggio non è affatto secondario, poiché all'esigenza di rimediare al giudicato “inconvenzionale” soccorre non solo la eventuale iniziativa della parte vittoriosa a Strasburgo ma, addirittura, quella di un soggetto pubblico, incarnato nella figura del Pubblico Ministero. Esigenza che il legislatore delegante ha avvertito “a prescindere da quella che sarebbe poi divenuta l'attuazione operata dal legislatore delegato che, appunto, fa piena luce sull'intenzione di introdurre uno strumento di portata generale volto ad emendare le violazioni della CEDU e dei suoi Protocolli risultanti dal giudicato nazionale ed accertate dalla Corte di Strasburgo. La prospettiva è dunque ben diversa da quella individuale che riguarda esclusivamente la parte vittoriosa a Strasburgo, ma diventa “sistemica” e di portata generale, avendo l'ordinamento interesse a che gli effetti delle violazioni accertate innanzi alla Corte di Strasburgo non si propaghino, almeno all'interno del giudizio *a quo* oggetto di scrutinio da parte della Corte EDU.

Si tornerà nel prosieguo ad approfondire gli effetti di tale previsione quando il legislatore delegato ha individuato nella Corte di cassazione l'organo giurisdizionale chiamato a deliberare sulla revocazione, tanto in fase rescindente che in quella rescissoria — ove non siano necessari approfondimenti “in fatto” — anche rispetto a giudicati non formati innanzi a sé e nei quali, dunque, la violazione convenzionale derivi dalla pronuncia resa dal giudice di merito divenuta definitiva.

Per chiudere su tale punto, appare dunque chiaro che l'esigenza di dare piena attuazione, in termini di effettività, alle sentenze della Corte EDU nel procedimento civile che ha originato la condanna dello Stato per la violazione di uno dei parametri convenzionali è lo Stato stesso a farsi carico, con la figura del P.M., di eventualmente valutare l'opportunità di azionare il giudizio di revocazione.

E ciò in considerazione del superiore interesse dell'ordinamento alla rimozione delle violazioni alla Convenzione da parte di una decisione giurisdizionale accertata dalla Corte EDU. Ciò che si accentua ulteriormente se si considera che la previsione di cui alla lett. *d*) del comma 10 prevede l'obbligo di comunicazione a cura dell'Agente del Governo della pendenza del ricorso proposto alla Corte di Strasburgo non solo alle parti originarie del giudizio definito innanzi al giudice interno, ma allo stesso P.M., salvo poi a capire quanto possa risultare effettiva ai fini dell'attività propositiva del giudizio innanzi alla Corte di cassazione da parte del P.M. la mera pubblicazione della sentenza secondo quanto previsto dal Regolamento della Corte EDU, senza precisa comunicazione della sentenza di condanna da parte dell'Agente.

In questa prospettiva, stupisce, invece, l'assenza sul versante penalistico di un'analogia previsione nel caso in cui la violazione convenzionale sia stata accertata dalla Corte EDU come prodotta in danno di un condannato ingiustamente, laddove nella disciplina introdotta al nuovo art. 628-*bis* c.p.p., il Procuratore generale non ha la legittimazione ad agire per eliminare gli effetti della violazione convenzionale accertata.

E ciò diversamente anche dalle altre ipotesi di revisione penale ex art. 632 c.p.p., applicabile alla vecchia revisione europea in quanto compatibile.

Il che sembra ulteriormente distonico, se solo si consideri che il disegno di legge S-1997, di iniziativa governativa depositato il 18 settembre 2007, proponeva l'inserimento di un Titolo IV-*bis* all'interno del libro IX, disciplinante la "Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo" — artt. 647-*bis*-647-*octies* — in cui era stato inserito tra i soggetti legittimati, dall'art. 647-*ter*, il Procuratore generale presso la stessa Corte.

Peraltro, è stato osservato che la nuova norma confluita nell'art. 628-*bis* c.p.p. è frutto dell'importazione nel nostro ordinamento del modello francese del *réexamen* introdotto con la Loi n. 2000-516 du 15 juin 2000.

E tuttavia, l'istituto del riesame per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento francese, prevede che sia legittimato a presentare la domanda di riesame, oltre all'interessato-condannato, al suo rappresentante legale e ai suoi aventi causa nell'eventualità, rispettivamente, di sua incapacità o di decesso, anche il Ministro della giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

Ulteriore distonia legislativa, pur frutto di una scelta di bilanciamento operata dal legislatore "penale", si coglie nella circostanza che, ai sensi dell'art. 628-*bis*, comma 4, c.p.p. sulla « Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali », la Corte di cassazione debba pronunciarsi in camera di consiglio e procedere con rito camerale, di regola, non partecipato ⁽²⁴⁾, mentre il procedimento per la revocazione di cui all'art. 391-*bis*

⁽²⁴⁾ anche se il rinvio operato dall'art. 628-*bis*, comma 4, all'art. 611 c.p.p. sembra avere carattere generale e non esclude, pertanto, la possibilità per il procuratore generale e i difensori di richiedere, o per la Corte stessa di disporre d'ufficio *per la rilevanza delle questioni sottoposte al suo esame*, la trattazione del procedimento in pubblica udienza nelle ipotesi espressamente previste dall'art. 611, comma 1-*bis* (ossia nei procedimenti per la decisione sui ricorsi contro le sentenze pronunciate in dibattimento o ai sensi dell'articolo 442); nonché la possibilità della trattazione in camera di consiglio con la partecipazione del procuratore generale e dei difensori. Eventualità, questa, che il legislatore non sembra aver precluso proprio per il tipo di controllo esercitato dalla Corte, chiamata ad interpretare la portata del giudicato europeo in relazione a ricorsi che possono avere ad oggetto *questioni di particolare*

c.p.c. si svolge innanzi alla Corte di cassazione in pubblica udienza, secondo quanto disposto dal nuovo articolo 375 c.p.c. Senza sottacere i problemi applicativi relativi ai limiti strutturali del giudizio di legittimità — ormai cartolarizzato dalla riforma — rispetto alle forme del sindacato che l’ordinamento interno affida alla cognizione della Corte di cassazione di cui si è detto, tenuto conto che le indicazioni della Corte EDU nel senso della riapertura del processo risultano, di solito, abbastanza generiche e a carattere orientativo, sicché non pare agevole stabilire fin dove la Corte di legittimità possa spingersi nell’operare il vaglio selettivo sul contenuto della *res interpretata*. Ora, questa diversità procedurale fra risposta civilistica e penalistica potrebbe essere archiviata come evidenza poco probante o solo tecnica, frutto della (fisiologica) diversità di risposte fra sistema civile e penale dei diritti coinvolti. Se, tutto al contrario, si guarda al sistema nel suo complesso ed alla sua unicità (ed unità), qualche perplessità non marginale emerge soprattutto quando si considerare la “forza” che si è voluta attribuire alla revocazione per giudicato “inconvenzionale”, attribuendone una portata sistematica di ben diversa consistenza in ambito civile, ancorché i beni della vita coinvolti siano stati spesso considerati come di “rango inferiore” rispetto a quelli coinvolti nel processo penale. Il che, dunque, non sembra agevolmente spiegabile solo con la evidente assenza di confronto preventivo fra chi ha lavorato — nei rispettivi drafting — ai due sistemi di protezione ma, a monte, con una certa difficoltà a superare barriere e steccati che sembrano ancora ben radicati nella cultura giuridica, essa preferendo un’idea di chiusura ad una più ariosa e ricca visione d’insieme, alimentata dalla dialettica e dal confronto fra mondo solo apparentemente diversi che ruotano, tuttavia, sempre e comunque attorno alla persona ed al fascio di valori che essa incarna.

6.4. *I terzi di buona fede prima e dopo l’art. 391-quater c.p.c.*

La lett. b) del comma 10 dell’art. 1 l. n. 206/2021 è stata dedicata al tema dei terzi in buona fede, rispetto ai quali il legislatore sente di dovere precisare che “nell’ambito del procedimento di revocazione” dovranno essere fatti

rilevanza, in precedenza definite a livello nazionale da una sentenza interna pronunciata nei confronti del richiedente in dibattimento ovvero all’esito di un giudizio abbreviato. Cfr. in questo senso G. DE AMICIS, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, in *Giustizia Insieme*, 20 febbraio 2023.

salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽²⁵⁾.

Si tratta di un criterio sul quale non può mancare la riflessione degli operatori.

Secondo la legge delega la revocazione doveva fare salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede che non avessero partecipato al processo a Strasburgo.

Ma questi terzi contemplanò anche l'altra parte del giudizio definito sul piano interno con il giudicato "inconvenzionale" o riguardano i terzi in buona fede "altri"?

Nel primo caso il legislatore delegante avrebbe inteso salvaguardare la certezza e quei terzi di cui parlava e aveva già parlato la Corte costituzionale nel 2017. Una prospettiva poco persuasiva, frutto dalla non perfetta comprensione della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la quale, quando faceva e fa riferimento ai "terzi", giustamente si preoccupa dei soggetti che possono avere acquisito legittimamente dei diritti per effetto della sentenza, ma non prende in considerazione coloro che non sono terzi, ma sono parti del giudizio definito davanti alla Corte nazionale — e, quindi, di un giudicato che è stato ritenuto contrastante con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo — e pur non essendo parti necessarie nel giudizio davanti alla Corte Europea, lo sono di un giudicato assunto in violazione del parametro convenzionale accertato dalla Corte Europea. Prospettiva che, d'altra parte, appariva distonica rispetto all'introduzione stessa dello strumento della revocazione, per non dire, come pure si è detto in dottrina, bizzarra se il legislatore avesse inteso unicamente eliminare dal mondo giuridico la sentenza in violazione del parametro convenzionale senza riconoscere il bene della vita che era oggetto di quel giudizio.

Questione che, per converso, è proprio quella oggetto della fase rescissoria del giudizio di revocazione nel quale le parti processuali, tutte le parti,

⁽²⁵⁾ Nella relazione ministeriale al testo della legge delega si legge, in particolare: "Preme chiarire che l'inciso "terzi di buona fede che non hanno partecipato al processo svoltosi innanzi a tale Corte" è riferibile ai soli terzi di buona fede dovendosi per costoro prevedere, in analogia a quanto già previsto per gli altri motivi di revocazione straordinaria dall'art. 391-*quater* c.p.c., la medesima deroga al principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*. In tali ipotesi, dunque, se la domanda di revocazione è trascritta prima della trascrizione della sentenza impugnata, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Tale esegesi è in linea con la nuova previsione dell'onere informativo posto a carico dell'Agente del governo che renderà di fatto tutte le parti del processo nazionale in grado di partecipare o fornire elementi informativi alla Corte europea, con ciò assolvendo il proprio onere legato alla buona fede, potendo peraltro le stesse poi eventualmente far valere le proprie doglianze e, con esse, il proprio diritto di difesa, nella fase rescissoria del giudizio di revocazione.

nel pieno esercizio del contraddittorio e di tutte le garanzie difensive che il sistema loro riconosce, possono far valere le loro istanze e i loro diritti, spettando al giudice della revocazione accertare in che limiti e in che termini la nuova situazione venutasi a creare per effetto della sentenza della Corte Europea — che non è un giudicato ma è una sentenza che ha accertato una violazione —, debba e possa produrre nuovi effetti nel nostro sistema.

Serve allora qui immediatamente verificare in che modo il legislatore delegato abbia inteso comportarsi rispetto ai terzi.

Ciò ha fatto, per un verso, modificando gli artt. 2652 e 2690 c.c.

Per altro verso, con specifico riferimento alle conseguenze dell'accoglimento della nuova forma di revocazione, è stata inserita nell'articolo 391-*quater* una previsione generale di salvezza dei diritti dei terzi, che, in buona fede, abbiano acquistato diritti sulla base della decisione giurisdizionale poi oggetto di impugnazione per revocazione. Conformemente al principio di delega è stato previsto che questa salvezza sia riconosciuta solo ai terzi che non abbiano partecipato al giudizio dinanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo. La buona fede dovrà valutarsi anche con riferimento al comportamento dei terzi rispetto al processo convenzionale, dovendosi escluderla in presenza di indici che facciano presumere negligenza o deliberata intenzione di sottrarsi alle conseguenze dell'eventuale successiva fase di revocazione del giudicato nazionale.

6.5. *Le sentenze di condanna dell'Italia dopo l'entrata in vigore dell'art. 391-*quater* c.p.c. Quale regime transitorio?*

Orbene, alla questione dei terzi in buona fede è necessariamente collegata quella del regime transitorio della nuova ipotesi di revocazione.

Occorre infatti chiedersi quale sia il regime applicabile ai giudicati ritenuti contrastanti dalla Corte EDU con uno dei parametri convenzionali dopo l'entrata in vigore dell'art. 391-*quater* c.p.c. quanto all'efficacia del giudizio di revocazione nei confronti dei terzi.

Come si è detto, in attuazione della lett. c) del comma 10, art. 1 della l. delega, l'art. 15, c.4 del d.lgs. n. 149/2022 ha previsto che al decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132, articolo 15, dopo il comma 1, sia aggiunto il seguente: « 1-*bis* L'agente del Governo comunica a tutte le parti del processo che ha dato luogo alla sentenza del giudice italiano sottoposta all'esame della Corte europea, nonché al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, la pendenza del procedimento promosso innanzi alla Corte europea stessa. ».

Tale previsione va letta in combinato disposto con il comma 3 dell'art. 391-*quater*, a tenore del quale l'accoglimento della revocazione non pregiu-

dica i diritti acquisiti dai terzi di buona fede che non hanno partecipato al giudizio svolto innanzi alla Corte europea. Previsione che, a sua volta, deve essere messa in relazione alle modifiche introdotte al sistema della trascrizione della domanda di revocazione — art. 2652, numero 9-*bis* c.c. —.

Come si diceva, occorre muovere, anzitutto, da una diversità di regime tra il rimedio della revocazione e quello, in qualche modo parallelo, della revisione introdotta in ambito penale dall'art. 628-*bis* c.p.p. In particolare, all'art. 91, c.1, il d.lgs. n. 150/2022 ha previsto, sotto la rubrica “Disposizioni transitorie in materia di rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo” che “Quando, in data anteriore all'entrata in vigore del presente decreto, è divenuta definitiva la decisione con cui la Corte europea ha accertato una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dai Protocolli addizionali alla Convenzione, ovvero la Corte europea ha disposto, ai sensi dell'articolo 37 della Convenzione, la cancellazione dal ruolo del ricorso a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato, il termine indicato nell'articolo 628-*bis*, comma 2, del codice di procedura penale decorre dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto.” In sostanza, il legislatore delegato ha ritenuto di regimentare in modo specifico con norma transitoria gli effetti del nuovo istituto, che peraltro andava ad innestarsi su di un diritto vivente già ampiamente orientato alla pacifica ammissione della revisione in forza dei principi espressi da Corte cost. n. 113/2011 ⁽²⁶⁾.

La questione nasce in relazione agli effetti che possono derivare quanto meno sulle parti del giudizio definito innanzi al giudice nazionale che non siano intervenute o non abbiano chiesto di intervenire innanzi alla Corte EDU. Come si diceva, la questione è collegata alla tutela del giudicato e della certezza del diritto sulla quale molto si spese la Corte costituzionale nella sentenza n. 123/2017 già ricordata.

E dunque, potrà la parte vittoriosa a Strasburgo che propone ricorso per revocazione innanzi alla Corte di cassazione ottenere una sentenza che, in caso di accoglimento, possa efficacemente spiegare effetti nei confronti della parte vincitrice nel giudizio interno in base al giudicato rimasto travolto dalla sentenza della Corte EDU che non sia intervenuta nel giudizio innanzi al giudice di Strasburgo?

A tale domanda, sembra a chi scrive, occorre dare risposta positiva tanto in ordine alla possibilità di esperire l'azione con riguardo alle sentenze pubblicate dopo l'entrata in vigore dell'art. 391-*quater* c.p.c. — 1.1.2023 —

⁽²⁶⁾ R. MAGI, *Le novità in tema di giudizio di legittimità. Cenni sulla revisione europea*, in *Questione giustizia*, 13 marzo 2023.

quanto rispetto alla concreta efficacia della sentenza che dovesse modificare, nella fase rescissoria, l'esito del giudizio rispetto al giudicato contrastante con la Corte EDU.

In questi casi, infatti, non si pone alcuna esigenza di affidamento nei confronti della parte originariamente vittoriosa che, essendo parte del giudizio di revocazione, potrà pienamente spiegare le proprie difese in fase rescindente e rescissoria.

Rimane tuttavia il fatto che l'impossibilità di avere potuto avere la *chance* di partecipare al giudizio innanzi alla Corte EDU — per effetto della mancata comunicazione della pendenza del giudizio da parte dell'Agente del Governo voluta espressamente dal legislatore delegato — pone delicati problemi alla Corte di cassazione che, chiamata a statuire su un giudizio di revocazione iniziato dopo la pubblicazione di una sentenza della Corte EDU di condanna per la violazione del parametro convenzionale, dovesse modificare la statuizione contenuta nel giudicato interno in termini sfavorevoli all'originaria parte vittoriosa. Problema non agevole da risolvere una volta che la parte vittoriosa sia stata regolarmente evocata nel giudizio innanzi alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 391-*quater* c.p.c.

Il problema, tuttavia, sembra doversi risolvere attraverso una lettura complessiva del criterio di delega e dell'art. 391-*quater* c.p.c. e della disposizione che lo ha attuato.

Se infatti si muove dalla premessa che le parti processuali diverse dai ricorrenti a Strasburgo non hanno alcun diritto di partecipare al giudizio innanzi alla Corte EDU, stante quanto previsto dal Regolamento interno della Corte europea, risulta evidente che anche l'onere di comunicazione della pendenza del giudizio innanzi alla Corte EDU voluto dal legislatore delegante non può essere interpretato nel senso di escludere l'accogliibilità della domanda di revocazione nei confronti della parte eventualmente non avvisata. In questa direzione milita inequivocabilmente l'espressione letterale — *L'accoglimento della revocazione...* — utilizzata dall'incipit dell'ultimo comma dell'art. 391-*quater*, nella quale si dà per scontato che il ricorso per revocazione, da svolgersi nei confronti delle parti originarie del procedimento e del Procuratore generale della Corte di cassazione, anch'egli attivamente legittimato alla proposizione della domanda di revocazione alla stregua dell'art. 397 c. 2 c.p.c., possa essere accolto, rendendo palese che la preoccupazione di salvaguardare “i terzi in buona fede che non hanno partecipato al giudizio svoltosi innanzi alla Corte europea” non può che riguardare i (soli) terzi diversi dalle parti originarie e cioè i successori nel diritto controverso. Si tratta di un'interpretazione funzionale alla tutela revocatoria voluta in termini generali dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, pienamente coerente con i parametri costituzionali, ivi compresi quello del diritto di difesa, per quanto appena esposto.

6.6. *La decisione del giudizio di revocazione.*

La previsione contenuta nell'articolo 391-*quater* riguardante l'esito del giudizio in caso di accoglimento della domanda di revocazione consiste nel richiamo dell'articolo 391-*ter*, secondo comma, a tenore del quale "Quando pronuncia la revocazione o accoglie l'opposizione di terzo, la Corte decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto; altrimenti, pronunciata la revocazione ovvero dichiarata ammissibile l'opposizione di terzo, rinvia la causa al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.

Salvo queste indicazioni di massima, né l'art. 391-*quater* cpc, né la legge delega dicono alcunché sulla fase rescissoria in esito all'accoglimento della revocazione, mentre lo speculare rimedio introdotto dalla riforma all'628-*bis* c.p.p. sul versante penalistico, in attuazione dell'art. 1, comma 13, lett. o) L. delega 134/2021, individua analiticamente gli esiti della procedura di revisione, declinando i poteri rescindenti e rescissori spettanti alla Corte di cassazione nel "potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo" (27). Come meglio specificato dal comma 5 dell'art. 628-*bis* c.p.p., « Fuori dei casi di inammissibilità, la Corte di cassazione accoglie la richiesta quando la violazione accertata dalla Corte europea, per natura e gravità, ha avuto una incidenza effettiva sulla sentenza o sul decreto penale di condanna pronunciati nei confronti del richiedente. Se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto o comunque risulta superfluo il rinvio, la Corte assume i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, disponendo, ove occorra, la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna. Altrimenti trasmette gli atti al giudice dell'esecuzione o dispone la riapertura del processo nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento in cui si è verificata la

(27) art. 1, comma 13, lett. o) l. n. 134/2021: Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale in materia di appello, di ricorso per cassazione e di impugnazioni straordinarie, per le parti di seguito indicate, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: o) introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio; attribuire alla Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo; coordinare il rimedio di cui alla presente lettera con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'articolo 670 del codice di procedura penale.

violazione e stabilisce se e in quale parte conservano efficacia gli atti compiuti nel processo in precedenza svoltosi »⁽²⁸⁾.

L’attribuzione all’organo nomofilattico di poteri valutativi che, ai sensi dell’art. 628-*bis* c.p.p. vanno oltre la mera verifica di cause di inammissibilità deriva dalla necessità di consentire l’apprezzamento — in modo adeguato alla delicatezza dei temi — della tipologia e delle ricadute della violazione riscontrata dalla Corte EDU. Poteri ben più incisivi rispetto a quelli spettanti apparentemente alla Corte di cassazione per la revocazione europea del giudicato civile, laddove il legislatore, all’art. 391-*bis*, nell’ipotesi in cui venga

(28) gli esiti della procedura sono, in sostanza, riconducibili a tre ipotesi:

1. la Corte di cassazione assumerà i provvedimenti necessari a *rimuovere gli effetti pregiudizievoli della condanna*, se del caso previa revoca della sentenza o del decreto penale, sul modello dell’annullamento senza rinvio, quale giudice dell’esecuzione delle condanne emesse dalla Corte Edu. Siffatta evenienza procedimentale pare configurabile nei casi in cui l’adeguamento ai principi convenzionali implichi solo una modifica del trattamento sanzionatorio, ovvero un “effetto cassatorio negativo”, che determini la cessazione degli effetti del giudicato “iniquo” in caso di violazioni sostanziali, attraverso l’annullamento della precedente decisione e l’emissione di una nuova pronuncia “liberatoria” in favore del ricorrente vittorioso dinanzi alla Corte di Strasburgo;

2. la Corte potrà disporre, ove necessario, la trasmissione degli atti al giudice dell’esecuzione. Appaiono piuttosto limitate, all’interno del nuovo strumento riparatorio, le possibilità di ricorso all’incidente di esecuzione di cui all’art. 670 cit., poiché in caso di lesione di una garanzia convenzionale che si rifletta sull’*an* della sentenza di condanna interna o sulle modalità di determinazione del trattamento sanzionatorio la stessa Corte di cassazione, ove consentito, potrebbe direttamente procedere alla eliminazione del *vulnus* con una sentenza di annullamento senza rinvio della decisione censurata dalla Corte EDU;

3. la Corte potrà, infine, determinarsi a disporre la riapertura del processo nel grado e nella fase in cui si procedeva quando si è verificata la violazione, così originandosi una sorta di annullamento con rinvio “atipico”. La precisa delimitazione del perimetro cognitivo del nuovo giudizio di merito discenderà, comunque, nel suo contenuto e nelle sue finalità, dalle indicazioni della Corte di cassazione, una volta interpretata la portata del *dictum* pronunciato dalla Corte europea. Le evenienze in concreto ipotizzabili sono numerose ad es., nel caso in cui la Corte EDU abbia ravvisato una violazione di carattere processuale dell’art. 6 CEDU, con riferimento alla lesione del diritto dell’imputato a confrontarsi con il proprio accusatore, ovvero nell’ipotesi in cui si debba intervenire sulla dosimetria della pena irrogata, perché ritenuta illegale o sproporzionata. La lesione potrebbe ricondursi alle cause di nullità e il giudice della revisione dovrebbe procedere in virtù delle disposizioni di cui all’art. 185, commi 1-3, cod. proc. pen., ma potrebbe, ad es., accadere che la violazione convenzionale non sia assimilabile, neppure attraverso lo strumento dell’interpretazione convenzionalmente orientata, ad alcuna delle ipotesi d’invalidità contemplate nel nostro ordinamento. Evenienza, questa, che sembra verificabile allorché la violazione riguardi il diritto all’imparzialità del giudice considerato che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, le situazioni d’incompatibilità, astensione e ricasazione del giudice, rilevabili o eccepibili entro termini perentori, non costituiscono causa di nullità *ex art. 178 cod. proc. pen.*, non essendo riconducibili alla nozione di capacità del giudice delineata dall’art. 33 cod. proc. pen).

accolta la domanda di revocazione, richiama il disposto di cui all'art. 391-ter c.p.c. al fine di limitare — come evidenziato nella Relazione n. 96 del Massimario del 6 ottobre 2022 — la fase rescissoria dinanzi alla Corte di cassazione solo nell'ipotesi in cui la nuova decisione sia possibile senza ulteriori accertamenti di fatto.

7. Terzi e parte civile nel processo penale rispetto al processo in convenzionale accertato dalla Corte EDU? Quale regime (e tutela)?

Muovendo dal confronto con il parallelo rimedio penalistico, ai sensi dell'art. 628-*bis* c.p.p. non si pone un problema di efficacia del giudizio di revocazione nei confronti dei terzi stante la sovrapposibilità innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e davanti al giudice nazionale dei soggetti processuali — l'imputato e lo Stato — che caratterizza il processo penale rispetto a quello civile ⁽²⁹⁾; quanto di efficacia della violazione accertata dalla Corte EDU nei confronti dei terzi che non hanno partecipato al giudizio svoltosi innanzi alla Corte europea.

Sul punto il legislatore (penale) ha preso posizione sulle vicende dei c.d. "fratelli minori" — di Scoppola c. Italia-, ritenendo che il nuovo mezzo d'impugnazione sia proponibile soltanto dal soggetto che abbia presentato il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. In tal senso assume una posizione netta la Relazione Illustrativa al decreto legislativo n. 150/2022, per cui i « soggetti legittimati [vanno] individuati esclusivamente nel ricorrente in sede europea, con conseguente esclusione dei terzi non impugnanti che avrebbero potuto vantare la medesima violazione » ⁽³⁰⁾. Ma nulla ovviamente poteva dire quanto alla legittimazione a ricorrere a Strasburgo da parte della parte civile che assume l'avvenuta violazione di parametri convenzionali nel processo penale.

⁽²⁹⁾ C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 18/2018, 12

⁽³⁰⁾ Cfr. anche la specificazione sul punto da parte della Relazione Finale alla legge delega n. 134/2021, secondo cui « non va sottaciuto che la Cassazione potrebbe sollevare immediatamente questione di legittimità costituzionale della norma interna interessata dalla decisione di Strasburgo nel caso in cui quest'ultima individui un problema di portata generale dell'ordinamento nazionale: in tal modo, si potrebbe risolvere a monte — come è accaduto nel noto caso Scoppola — la delicata questione dei cc.dd. fratelli minori, i quali, non legittimati a proporre il nuovo rimedio, si potrebbero poi rivolgere al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 673 c.p.p. » — nonché, si dovrebbe aggiungere, dell'art. 30, comma 4, L. 87/1953 — potendo il giudice di legittimità, una volta riscontrata la sussistenza di un problema strutturale interno, investire direttamente il Giudice delle leggi ed ottenere, in tal modo, in caso di esito positivo dello scrutinio di costituzionalità, una soluzione immediatamente percorribile dai c.d. "fratelli minori".

Ora, si prospettano dunque due diversi profili. Occorrerà per un verso chiarire se la parte civile possa essere parte del giudizio di revisione proposto dal condannato vittorioso a Strasburgo ai sensi dell'art. 628-*bis* c.p.p. Potrà pienamente spiegare le proprie difese in fase rescindente e rescissoria innanzi alla Corte di cassazione? La soluzione a tali quesiti sembra essere positiva.

In effetti, a ragionare diversamente potrebbe profilarsi una lesione del diritto di accesso alla giustizia ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU, ovvero in relazione all'ampia area delle garanzie convenzionali oggetto della tutela offerta dalle disposizioni di cui agli artt. 2, 3 e 8 CEDU ⁽³¹⁾, se dovesse ritenersi esclusa la legittimazione come parte ai sensi dell'art. 628-*bis* cod. proc. pen. della persona offesa dal reato, nel caso in cui abbia ottenuto dalla Corte EDU il riconoscimento di una violazione convenzionale.

Diversa risulta essere la questione relativa alla legittimazione a promuovere il giudizio di revisione per la parte offesa vittoriosa a Strasburgo.

Nonostante l'ampiezza del contenuto della delega ai fini della individuazione della legittimazione soggettiva alla proposizione del nuovo ricorso, attribuita al “soggetto che abbia presentato il ricorso” — che evidentemente potrebbe essere anche la persona offesa dal reato, non necessariamente il condannato — il legislatore delegato ha, come detto, limitato la legittimazione soggettiva alla proposizione del nuovo ricorso al condannato in via definitiva e alla persona cui sia stata applicata una misura di sicurezza.

Potrebbe allora forse residuare, a favore della persona offesa vittima della violazione convenzionale e vittoriosa a Strasburgo, l'operatività del precedente assetto creatosi in via giurisprudenziale in cui l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo veniva attuata, a seconda dei casi, attraverso incidente di esecuzione o tramite giudizio di revisione europea, quest'ultima applicabile anche solo agli effetti civili, secondo la giurisprudenza di legittimità ⁽³²⁾?

Del resto, si legge nella Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, che “L'indicazione contenuta nel criterio di delega di cui all'art. 1, comma 13, lett. o) va nel senso di superare l'assetto binario — da un lato, revisione europea e, dall'altro, incidente di esecuzione — fissato dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, a favore

⁽³¹⁾ G. DE AMICIS, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, in *Giustizia Insieme*, 20 febbraio 2023.

⁽³²⁾ Cfr. Cass., S.U., n. 6141/2019 “È ammissibile, sia agli effetti penali che civili, la revisione richiesta ai sensi dell'art. 630, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., della sentenza del giudice di appello che, prosciogliendo l'imputato per l'estinzione del reato dovuta a prescrizione o amnistia, e decidendo sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, abbia confermato la condanna al risarcimento dei danni nei confronti della parte civile.”

di un unico rimedio di nuovo conio, che affidi sempre alla Corte di cassazione la valutazione del *dictum* europeo, con un vaglio preliminare sul vizio accertato dalla Corte di Strasburgo. L'istituto deve dare esecuzione al triplice obbligo di neutralizzazione e rivalutazione della sentenza e di riapertura del procedimento derivante dalla sentenza europea di condanna alla *restitutio in integrum*, conservando però un ragionevole margine di apprezzamento a tutela del giudicato nazionale.”

L'accoglimento della richiesta è subordinato infatti alla verifica di un effettivo impatto della violazione convenzionale sul *decisum*, tenuto conto della natura e della gravità della violazione stessa. La disposizione non fa altro che positivizzare il concetto di margine di valutazione o di apprezzamento riservato ai giudici interni, laddove la direzione della verifica pare orientata ad apprezzare il nesso causale tra il “punto” della vicenda censurato dalla Corte EDU e l'integrità della decisione emessa, investendo sia l'*an* che il *quomodo* della *restitutio in integrum* nell'ordinamento nazionale. Ciò che appare diretta conseguenza dell'ampiezza del catalogo dei diritti potenzialmente violati che non riguarda esclusivamente i profili dell'ingiustizia del processo (art. 6 Cedu) o della precarietà della base legale (art. 7 Cedu), ma si estende ad aspetti che potrebbero aver riguardato una fase incidentale del giudizio, su cui la riparazione pecuniaria potrebbe risultare sufficiente. Come si è sottolineato in dottrina⁽³³⁾, tramite l'attivazione dello strumento tipico di adeguamento, viene ad essere realizzato un reticolato normativo che non potrà che contribuire a migliorare, attraverso i casi concreti, il livello di quel “dialogo” tra le corti, che rappresenta il fronte avanzato della tutela dei diritti fondamentali della persona⁽³⁴⁾. Il vaglio preventivo della Corte di legittimità, infatti, è funzionale all'individuazione della modalità riparatoria più adeguata nel caso concreto, che non necessariamente consiste nella riapertura del processo, poiché l'obbligo di conformazione al giudicato europeo viene tradizionalmente concepito dalla Corte di Strasburgo come un obbligo “di risultato”⁽³⁵⁾.

Dalle suddette indicazioni emerge l'intento del legislatore delegante e

⁽³³⁾ R. MAGI, *Le novità in tema di giudizio di legittimità. Cenni sulla revisione europea*, in *Questione giustizia*, 13 marzo 2023.

⁽³⁴⁾ Cfr. Raccomandazione del 19 gennaio 2000, R (2000)2, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa: il giudicato interno deve cedere alla tutela dei diritti fondamentali, sempre che la vittima « continu[i] a soffrire delle conseguenze negative molto gravi in seguito alla decisione nazionale, conseguenze che non possono essere compensate dall'equa soddisfazione e che non possono essere rimosse se non attraverso il riesame o la riapertura » del procedimento.

⁽³⁵⁾ G. DE AMICIS, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, in *Giustizia Insieme*, 20 febbraio 2023.

delegato nel senso di un marcato accentramento dei rimedi, stante l'ampiezza dello spettro operativo riservato all'art. 628-*bis* c.p.p.. Il che trova ulteriore conferma nel comma 8 che — in attuazione della previsione del criterio di delega, laddove si fa riferimento alla necessità di regolamentare i rapporti del rimedio in esame anche con la rescissione del giudicato, oltre che con l'incidente di esecuzione — prevede che tale norma trovi applicazione anche quando la violazione accertata dalla Corte europea riguardi il diritto dell'imputato di partecipare al processo.

Potrebbe invece soccorrere l'operatività dell'art. 391-*quater* cpc quale rimedio a fronte del riconoscimento di una violazione convenzionale la cui rimozione spiegherebbe esclusivamente effetti civili, tenuto conto anche del meccanismo di devoluzione al giudice civile del giudizio d'impugnazione — per l'improcedibilità dell'azione penale — ove lo stesso afferisca a questioni civili, introdotto dalla riforma nelle modifiche agli artt. 573, 578, 578-*bis* e nel nuovo art. 578-*ter* cod. proc. pen., in attuazione del principio di autonomia dell'azione civile rispetto al processo penale?

Il tema è di particolare rilievo e tocca, oltre ai rapporti tra giudizio penale e civile, l'architettura dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU, andando a lambire le questioni di natura civile scaturenti da una violazione convenzionale prodotta dal giudicato penale ritenuto inconvenzionale. La vicenda di Punta Perotti richiamata *supra* pur ancora *in itinere*, sembra essere a sua volta spia del problema che si pone all'attenzione dell'interprete.

All'interprete è così rimessa un'opera di “ricucitura” tra i rimedi vecchi e nuovi, al fine di dare compiuta attuazione ai *dicta* di Strasburgo. Ricucitura che, ancora una volta, deve investire sul superamento degli antichi steccati fra i quali quello che si riassume nelle espressioni “civile-penale” è oggi messo alle corde.

Orbene, tra i rimedi apprestati dal legislatore con riferimento alla revisione interna — disciplina applicabile anche alla revisione europea in quanto compatibile — l'art. 639 c.p.p. individua gli effetti ripristinatori della sentenza di proscioglimento a seguito di accoglimento della richiesta di revisione, disposti dallo stesso giudice nella stessa sentenza che revoca la condanna (restituzione delle somme pagate in esecuzione della condanna per le pene pecuniarie; per le misure di sicurezza patrimoniali; per le spese processuali e di mantenimento in carcere e per il risarcimento dei danni a favore della parte civile citata per il giudizio di revisione; restituzione delle cose confiscate ad eccezione di quelle per le quali è prevista la confisca obbligatoria).

In che limiti questa norma potrebbe trovare applicazione alla nuova revisione europea introdotta dall'art. 628 c.p.p., tenuto conto che detta norma al comma 4 rinvia esclusivamente all'art. 635, consentendo alla Corte

di disporre la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, al fine di neutralizzare *in limine* gli effetti pregiudizievoli del giudicato colpito dalla Corte EDU?

Come si coniugano tali norme con le peculiarità della disciplina della nuova revisione europea, posto che tale rimedio non è pienamente assimilabile ad una riapertura del processo fondata su un *novum* tale da giustificare una prognosi di proscioglimento?

Interrogativi che occorrerà probabilmente affrontare da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione insieme alla dottrina.

8. Al fondo della nuova ipotesi di revocazione introdotta dall'art. 391-*quater* c.p.c. Un nuovo orizzonte su *verità* processuale e certezza del diritto

Quale sarà l'impatto del nuovo art. 391-*quater* c.p.c. sul sistema di protezione dei diritti delle persone?

Ricollegandosi alle considerazioni espresse all'inizio della presente riflessione e rivolgendosi a chi punta e gioca al ribasso, confidando in un'accoglienza tiepida alla nuova ipotesi di revocazione "europea" può forse contrapporsi una visione più orientata a cogliere la portata strategica del nuovo istituto processuale, avendo come punto di osservazione non già le sorti del possibile giudicato investito dalla pronuncia della Corte EDU che ne abbia certificato la contrarietà alla CEDU della revocazione.

Un'efficacia che si potrebbe dirsi riflessa, per più ragioni.

Per un verso, essa ha un valore di monito rivolto a tutti i giudici nazionali, di merito e di legittimità. La sola possibilità, in via meramente teorica, che un giudicato nazionale possa incorrere in una pronuncia della Corte EDU che ne accerti il contrasto con uno dei canoni convenzionali introduce, per la prima volta nel sistema processuale civile interno, un meccanismo capace di rideterminare i "confini" di un istituto, quello del giudicato, tradizionalmente espressivo del valore incondizionato dell'accertamento confezionato da un giudice nazionale. Ogni giudice nazionale deve quindi sapere che il disallineamento rispetto alla protezione offerta dalla CEDU e dai suoi protocolli può determinare una incertezza sulla stabilità della sentenza che definisce il procedimento. Incertezza che si lega al fatto che solo in esito alla conclusione del giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo si potrà valutare se vi è stata equa soddisfazione e se questa può considerarsi totalmente soddisfattiva ovvero tale da "non" compensare in modo idoneo le conseguenze della violazione. Insomma, un cambio di paradigma che va ben oltre l'ipotesi specifica di revocazione contemplata dalla riforma introdotta nel 2022 e che può segnare un passo importante verso la maggiore e più ampia applicazione dei diritti protetti dalla CEDU e dai suoi protocolli.

Per altro verso, la revocazione incide profondamente sul ruolo della Corte di cassazione, tanto quando essa sarà chiamata a giudicare revocazioni che trovano la genesi della condanna a Strasburgo in violazioni perpetuate dalla pronunzia resa dalla Corte stessa, quanto nelle vicende in cui essa giudicherà revocazioni connesse a violazioni imputabili (in tutto o in parte) a sentenze rese da altri giudici civili di merito.

Qui ovviamente entrano in gioco il ruolo della Corte di cassazione nel giudizio di revocazione, la funzione di nomofilachia che la Corte eserciterà non tanto e soltanto espungendo dal sistema la sentenza contraria alla Corte Europea, quanto modificando le coordinate che avevano dato luogo alla sentenza in violazione del parametro convenzionale e, dunque, dando così senso nuovo a quella che è la funzione nomofilattica della Corte di cassazione per la quale, prima dell'art. 391-*bis*, essa era chiamata a svolgere unicamente operazioni di interpretazione convenzionalmente orientata del sistema interno al parametro convenzionale e che ora diventa, salvo a capire in che misura, strumento per realizzare, attraverso il vincolo prodotto dalla decisione di Strasburgo, anello di collegamento tra la sentenza resa a Strasburgo e l'effetto che si produrrà sulla sentenza revocata ritenuta in contrasto con la Convenzione.

Tutto questo impone di rifuggire da un sistema che si proietti verso il conformismo e si attesti sulla rassicurante idea della vincolatività burocratica dei precedenti delle giurisdizioni apicali come anche sui meccanismi che premiono, con incarichi direttivi o semidirettivi in magistratura, chi più si sia uniformato alle decisioni anzidette.

Si tratta, appunto, di ricercare — e di alimentare — una nuova certezza del diritto ed in definitiva di un'idea nuova di giudicato e del ruolo del giudice, artefice di una decisione giudiziale che realizzi la corretta applicazione ed interpretazione delle norme sempre più luoghi di *verità* nei quali campeggia la persona umana e l'esigenza che i suoi diritti vengano sempre garantiti, a tutti i costi. Un luogo, il processo ⁽³⁶⁾ sempre più orientato a perseguire la giustizia ⁽³⁷⁾, intesa come “finalità fondamentale di qualunque processo che possa definirsi come giusto” in quanto “fondato sulla veridicità

⁽³⁶⁾ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 166.

⁽³⁷⁾ Ancora G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., 202. V. volendo, sul ruolo del giurista del nostro tempo, *Il giudice disobbediente nel terzo millennio. Interviste di R. Conti a G. Silvestri, V. Militello e D. Galliani*, in *Giustiziainsieme*, 5 giugno 2019 e, ancora, sul ruolo delle fonti. R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” delle Corti di Cassazione a confronto*, in *Giustiziainsieme*, 4 marzo 2021.

dell'accertamento dei fatti" (38). La legge ed il giudicato, abbandonato il mito assoluto della certezza (39), finiscono così per essere accomunati dal bisogno di *ricercare* ed *affermare* la verità, declinata attraverso il "diritto alla verità" ed il dovere di verità del giudice come del giurista e dell'accademico del quale si è detto (40).

Una prospettiva, come ci è capitato di affermare in altra sede (41), tutta aggrappata all'idea che vi sia un "principio di verità" come condizione essenziale per l'effettività dell'ordinamento giuridico (42) nella sua dimensione naturalmente complessa. Tanto la legge quanto il giudicato, inverati nel senso esposto — e dunque chi ne è artefice —, tendono a produrre *verità* — non certo assolute — che ogni persona inserita in una comunità ha necessità di comprendere e di vedere applicate e tutelate dallo Stato con forme nitide, efficaci, effettive e rispettose dei valori della persona. Ciò che si realizza se si coltiva intensamente il *dovere di verità* (43) pur avendo ben presente di non avere soluzioni ultime. Vi è dunque la necessità, crescente, che le leggi si conformino, in un processo di continuo ed incessante rinnovamento, ai principi costituzionali espressivi della persona come perno attorno al quale ruota il sistema. Necessità che coinvolge anche il giudicato, in quanto portatore di una verità processuale che deve anch'essa tendere a realizzare un processo di verità, in tesi destinato a poter essere riaperto, rivisto, riconsi-

(38) M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, 2019, Torino, 151 e 152 e, ancora, 169: "scopo essenziale dell'amministrazione della giustizia è la corretta interpretazione e applicazione della legge nelle decisioni relative alle controversie che vengono portate di fronte ai tribunali, ma la correttezza di tali decisioni.

(39) N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. inter. fil. dir.*, 1951, 151. G. VETTORI, *Effettività*, cit., 161.

(40) G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., 73: "Il processo è alla fine una ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità; Questo è chiaro; ma bisogna rendersi conto di quello che, effettivamente meditato sino in fondo, questo significa. Significa che il processo suppone la verità, l'idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità. Perciò si fa la ricerca, per trovare la verità, per vedere le cose come sono andate, il fatto per quello che è, la volontà della legge per quello che è: e ciò suppone una cosa molto semplice, che quello che è bisogna riconoscerlo, e che riconoscerlo è il dovere e la regola fondamentale della vita, per orientare organizzare aiutare la vita a essere sé stessa. Se non si suppone questa cosa così semplice, il processo non ha senso."

(41) R. G. CONTI, *Appunti su alcuni aspetti della verità nel diritto*, in *Diritticomparati*, n. 3/2022.

(42) M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 169.

(43) U. VINCENTI, *Diritto e menzogna*, Roma, 2013, 147, "occorre che si coltivato il dovere di verità: rendere evidente l'utilità generale che deriva dall'essere trasparenti, dall'usare con sincerità regole e forme giuridiche, dal rispettare i fatti e le loro sequenze per come esse siano".

derato, reinventato proprio attraverso ulteriori rimedi previsti dalla legge ed attuati dal giudice (costituzionale e non).

Se dunque è questa la prospettiva che occorre accogliere, la revocazione di cui qui si è forse troppo lungamente parlato rappresenta un buon banco di prova per sperimentare, con fiducia, la portata e le ricadute di un istituto nuovo senza per nulla abbattere categorie tradizioni essenziali per la civile convivenza, semmai plasmandole ed adeguandole sempre più ai canoni di effettività e di salvaguardia della persona all'interno di *stato di diritto*. Ed è appunto lo Stato di diritto a rappresentare “il ponte più solido verso l'eterno processo di ricerca della verità” (44).

Appaiono, in conclusione, di particolare pregio le considerazioni di recente espresse da Paulo Pinto de Albuquerque a proposito del valore della certezza del diritto in una delle sue opinioni, quando nel commentare un inciso contenuto in Corte dir. uomo, GC, 7 febbraio 2013, *Fabris c. Francia*, p. 19 — “...impone al giudice nazionale l'obbligo di garantire, conformemente all'ordinamento Costituzionale vigente e nel rispetto del principio della certezza del diritto, il pieno effetto delle norme della Convenzione, nell'interpretazione loro data dalla Corte” — offre di quell'espressione una lettura volta, per un verso, ad escludere che il contrasto di una sentenza della Corte EDU con la Costituzione possa impedirne l'efficacia e, per altro verso, ad affermare che ‘il riferimento alla certezza del diritto...costituisce anche un ammonimento (inunction, ndr) ai giudici statali di rispettare rigorosamente, senza alcun margine di apprezzamento, le sentenze della Corte. Sarebbe invece qualsiasi scelta discrezionale compiuta dai giudici statali nell'attuazione delle sentenze della Corte a mettere in discussione il principio della certezza del diritto’ (45).

Se si seguirà questa prospettiva il ricorso al dialogo al quale si faceva riferimento all'inizio fra le Corti nazionali e la Corte di cassazione sembra imprescindibile, usufruendo del Protocollo stilato nell'anno 2015 che ha già portato frutti fecondi e che si mostra come utile strumento per favorire lo scambio di prospettive e conoscenze sulle questioni di comune interesse (46).

(44) P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000, 99.

(45) P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea (2011-2015) Opinioni concorrenti e dissenzienti*, a cura di D. GALLIANI, Torino, 2016, 67.

(46) Cfr. R. G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questione giustizia*, 31 gennaio 2019.

IX.

LA RICERCA DEI PRECEDENTI DELLA CORTE EDU

di *Francesco Perrone* (*)

SOMMARIO: 1. L'archivio HUDOC. — 2. HUDOC: la maschera di ricerca avanzata. — 3. HUDOC: la maschera di affinamento della ricerca. — 4. HUDOC: le informazioni disponibili su un caso determinato. Percorsi pratici di ricerca. — 5. HUDOC: ricerca delle Risoluzioni interinali e finali relative all'esecuzione delle pronunce della Corte EDU. — 6. ECHR-KS. — 7. *Italgjureweb*. — 8. Osservatorio delle sentenze della Corte EDU della Camera dei deputati. — 9. Il sistema IATE.

1. L'archivio HUDOC

L'archivio HUDOC raggruppa l'insieme delle pronunce giurisprudenziali della Corte EDU. È uno strumento di ricerca indispensabile per una ricerca esaustiva dei precedenti giurisprudenziali della Corte, e in generale delle fonti appartenenti al sistema CEDU-Consiglio d'Europa.

HUDOC è disponibile in francese e inglese, le due lingue ufficiali della Corte EDU. In tempi più recenti si sono aggiunte ulteriori sei lingue: bulgaro, georgiano, russo, turco, ucraino, che non utilizzano l'alfabeto latino, e spagnolo, che è una delle lingue ufficiali della Corte Interamericana dei Diritti Umani.

I documenti presenti nell'archivio HUDOC, di regola, sono disponibili nella lingua in cui essi sono stati redatti all'origine dalla Corte EDU, vale a dire in inglese o in francese. Non di rado, la Corte EDU rende disponibile il documento anche nell'altra delle due lingue ufficiali.

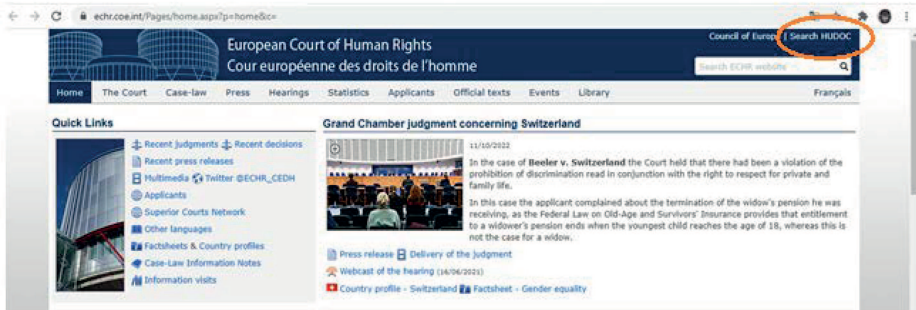
Le pronunce della Corte sono presenti anche in versioni linguistiche ulteriori, la cui traduzione è solitamente realizzata dalle autorità degli Stati membri che hanno ritenuto di provvedervi "in proprio". È bene chiarire che si tratta comunque di testi non ufficiali in quanto non preparati dal *Registry* della Corte. Essi, pertanto, non fanno fede circa l'esattezza del loro contenuto e, come tali, non possono essere fatti valere in giudizio né dinanzi alla Corte EDU, né dinanzi ai giudici nazionali o a qualunque altra autorità.

(*) Magistrato presso il Tribunale di Padova.

Il sito mette a disposizione un manuale d'uso di grande chiarezza e semplicità di consultazione, con testo redatto in lingua francese e inglese, oltre a strumenti orientativi, all'URL:

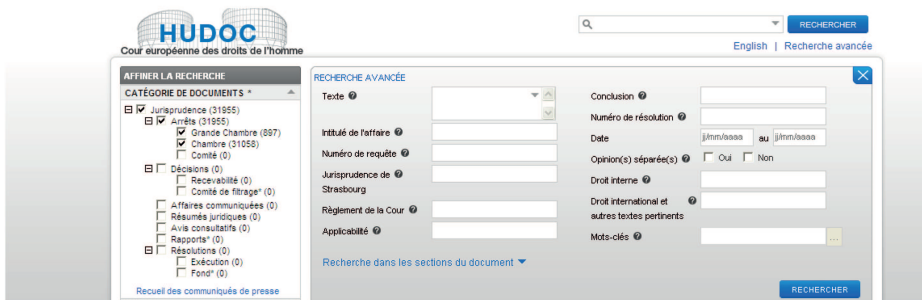
https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=#n1362659921775_pointer

Le ricerche in HUDOC sono possibili tramite una maschera di ricerca avanzata (*Recherche avancée/Advanced Search*) e una maschera di affinamento (*Affiner la recherche/Narrow your search*), entrambe raggiungibili cliccando il link *Search HUDOC* attivo sul sito della Corte EDU all'URL <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fr>.



2. HUDOC: la maschera di ricerca avanzata

La maschera di ricerca avanzata si presenta nel modo che segue.



Ecco illustrato il funzionamento dei diversi campi di ricerca ivi presenti.

Texte/Text.

Permette di effettuare ricerche testuali all'interno di una o più categorie di documenti. Possono essere impiegati gli operatori booleani AND, OR, NOT. Le espressioni devono essere inserite tra virgolette ("..."), ad esempio *"diritto alla vita"*.

Intitulé de l'affaire/Case Title.

Consente la ricerca di un documento specifico inserendo nel campo di ricerca il nome del caso, ad esempio: *Torreggiani*.

La maschera di ricerca propone automaticamente una lista intuitiva di suggerimenti.

Numéro de requête/Application Number.

Consente la ricerca di un documento specifico inserendo nel campo il numero assegnato al caso nel momento dell'iscrizione a ruolo, ad esempio: 420/07.

Questo numero è sempre presente nell'intestazione delle pronunce della Corte EDU, e di regola è menzionato nella citazione dei precedenti della Corte, ad esempio: C. Edu, *Köpke c. Germania*, 5.10.2010, n. 420/07.

Jurisprudence de Strasbourg/Strasbourg Case-Law.

Consente la ricerca di tutte le pronunce della Corte EDU in cui è citato un determinato precedente della Corte stessa, ad esempio inserendo nel campo di ricerca: *Köpke*; 420/07.

Règlement de la Cour/Rules of Court.

Questo campo permette la ricerca delle pronunce della Corte EDU nelle quali abbia trovato applicazione/non applicazione una determinata regola procedurale, ad esempio inserendo nel campo di ricerca: 39 (l'art. 39 Reg. disciplina il regime delle misure provvisorie/*Interim measures/ Mesures provisoires*).

Il testo delle Regole di procedura è disponibile anche in lingua italiana all'URL:

<https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=fre>.

Applicabilité/Applicability.

Consente di ricercare le pronunce della Corte EDU nelle quali sia stata esaminata la questione di applicabilità/non applicabilità di una determinata disposizione o di più disposizioni della CEDU o di un suo Protocollo addizionale, ad esempio: *art. 8 applicable; P1-1 inapplicable*.

ECLI.

È un numero identificativo univoco dei documenti presenti in HUDOC. Ad esempio, per la sentenza *Torreggiani*: *CE:ECHR:2013:0108JUD004351709*.

Conclusion.

Consente la selezione della giurisprudenza della Corte EDU in base alla decisione di ammissibilità/inammissibilità o di violazione/non violazione di una determinata disposizione CEDU o di un suo Protocollo addizionale.

Numéro de résolution/Res Num.

Questo campo permette di ricercare le risoluzioni del Comitato dei Ministri relative ad un determinato affare (fase esecutiva) tramite l'inserimento nel campo di ricerca del numero di Risoluzione (o di una sua parte).

Date.

Consente la ricerca per data delle pronunce della Corte EDU.

Opinion(s) séparée(s)/Separate Opinion(s).

Permette di selezionare le pronunce della Corte EDU nelle quali siano presenti una o più opinioni parzialmente o totalmente dissenzienti o concorrenti.

Droit interne/Domestic Law.

Consente di individuare le pronunce della Corte EDU che si siano pronunciate su una determinata disposizione di diritto interno.

Ad esempio, se si intende ricercare le pronunce della Corte EDU che abbiano fatto in qualche modo riferimento all'art. 512 del codice di procedura penale italiano, è possibile inserire nella maschera di ricerca il parametro 512. La ricerca conduce all'individuazione di 19 risultati, riguardanti i più disparati casi che abbiano avuto a che fare con articoli "512", sparpagliati nei più diversi testi legislativi di svariati Stati.

Se allora si affina il parametro di ricerca *512 code procedure penale* si ottengono 6 risultati, 5 dei quali riguardanti proprio l'art. 512 del codice di procedura penale italiano, 1 riguardante il codice di procedura penale francese. Affinando ulteriormente la ricerca tramite la spunta del parametro *Italie/Italy* (colonna dei selettori aggiuntivi presenti a sinistra nella maschera di affinamento della ricerca), si circoscrive il risultato ai 5 *outputs* relativi alla norma procedurale italiana.

Si segnala, tuttavia, che l'impiego di questo campo di ricerca conduce a risultati che è opportuno trattare con una certa prudenza. Ad esempio, i parametri di ricerca sopra indicati, per quanto intuitivi non producono, tra gli *outputs* ottenuti, gli importanti precedenti *Ben Moumen c. Italia*, sentenza del 23 giugno 2016 e *Cafagna c. Italia*, sentenza del 12 ottobre 2017, i quali toccano il tema dell'applicazione dell'art 512 c.p.p.

Droit international et autres textes pertinents/International Law and Other Relevant Material.

Consente di individuare le pronunce nelle quali sia citato un determinato atto di diritto internazionale, sovranazionale o comunque non nazionale, ad esempio: *articles 12 and 14 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*.

Mots-clés/Keywords.

È un utilissimo campo di ricerca il quale, per mezzo di parole chiave, consente di individuare tutti i documenti riguardanti un determinato tema di rilevanza convenzionale, ad esempio: (*Art. 8*) *Droit au respect de la vie privée et familiale*; (*Art. 8-2*) *Nécessaire dans une société démocratique*; (*Art. 8-2*) *Prévention des infractions pénales*;

Le parole chiave sono organizzate in un albero di derivazione cui si accede cliccando sui tre puntini presenti sulla parte destra del campo di ricerca:

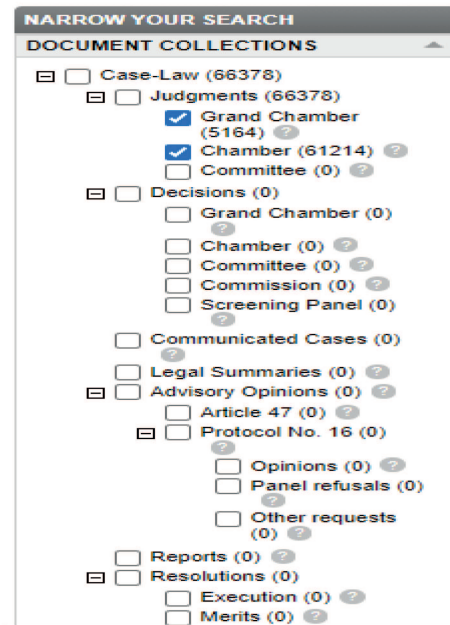
*Recherche dans les sections du document/Search in Document Sections*

Infine, la funzione *Ricerca nelle sezioni del documento* consente di limitare la ricerca soltanto ad alcune parti dei documenti interessati, in particolare:

- resoconto della procedura;
- parte in fatto;
- motivi di ricorso;
- parte in diritto;
- conclusioni;
- opinioni separate;
- appendici:

3. HUDOC: la maschera di affinamento della ricerca

L'albero di derivazione collocato a sinistra della maschera di ricerca avanzata consente di restringere o ampliare la ricerca secondo una serie ulteriore di criteri selettivi, tra i quali la natura giurisdizionale e/o amministrativa del documento, il tipo di composizione in cui la Corte si è pronunciata, la tipologia di provvedimento giurisdizionale ricercato (*arrêts, judgments* ovvero *décisions, decisions*).



Al fine di facilitare un più rapido e utile impiego delle voci presenti nella maschera di affinamento, ecco un quadro riassuntivo dei corpi giudicanti in cui la Corte EDU si costituisce nella deliberazione delle diverse tipologie di pronunce:

Giudice unico/Single judge (Art. 27 CEDU): inammissibilità (pronuncia definitiva) →; Art. 35 CEDU

Comitato di 3 giudici/Committee of 3 judges (Art. 28 CEDU): merito (pronuncia definitiva) →; nei casi di giurisprudenza consolidata (“*wellestablished caselaw*”) e casi pilota (“*pilot cases*”)

Camera di 7 giudici/Chamber of 7 judges (Art. 29 CEDU): merito (sentenza/*arrêt/judgment*) →; pronuncia definitiva ex art. 44, § 2 CEDU:

a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera;

b) tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinnanzi alla Grande Camera;

c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell’art. 43 CEDU.

Grande Camera di 17 giudici/Grand Chamber of 17 judges: sentenza/*arrêt/judgment* → pronuncia definitiva

1) Art. 30 CEDU: *relinquishment* a iniziativa di una Camera di 7 giudici, salvo opposizione di una delle parti

— se la questione oggetto del ricorso all’esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli;

— o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte.

2) Art. 43 CEDU: a richiesta di una delle parti, “in situazioni eccezionali”, entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera.

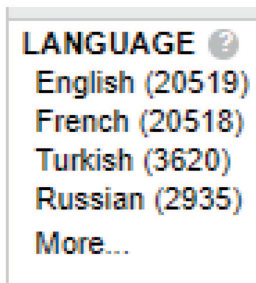
Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda di rinvio alla Grande Camera se la questione oggetto del ricorso:

— solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli;

— o concerne un’importante questione di carattere generale.

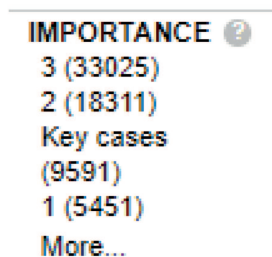
Tra i vari filtri di ricerca presenti nella maschera di affinamento si richiama particolarmente l’attenzione sull’utilità dei seguenti:

Langue/Language.



Seleziona gli *outputs* in ragione della lingua in cui ciascun documento è redatto. Si ricorda che i documenti ufficiali della Corte sono redatti esclusivamente in inglese o francese.

Importance.



Seleziona i casi e gerarchizza il risultato della ricerca per ordine d'importanza dei documenti individuati (valore da 1 a 3).

Al fine di consentire un più utile impiego di questo strumento di affinamento, è bene chiarire che i criteri d'importanza sono stabiliti dalla Corte EDU secondo la prospettiva della giurisprudenza convenzionale. Pertanto, non è affatto detto che un particolare precedente, ritenuto dal giudice nazionale decisivo o comunque di particolare rilevanza al fine di decidere un determinato caso oggetto del giudizio domestico, sia classificato dalla Corte alla stregua di precedente d'importanza altrettanto elevata.

Si consideri ad esempio che la sentenza *Agrati e altri c. Italia*, 7 giugno 2011, n. 43549/08, di fondamentale importanza per tutti i giudici del lavoro italiani ai fini della decisione dei procedimenti appartenenti a un noto filone del contenzioso scolastico, è classificata dalla Corte come caso di importanza soltanto media (2).

État/State.

STATE ?
Türkiye (10799)
Italy (5946)
Russia (5807)
Romania (3926)
More...

Seleziona i casi in base allo Stato convenuto. Lo strumento è utile anche per conoscere il numero di pronunce di cui ciascuno Stato membro del Consiglio d'Europa sia destinatario.

Type De Document/Document Type.

TYPE DE DOCUMENT ⓘ
 Arrêt (au principal et satisfaction équitable) (57556)
 Arrêt (au principal) (4602)
 Arrêt (radiation du rôle) (2423)
 Arrêt (satisfaction équitable) (1376)
 Plus...

Seleziona i precedenti in base alla tipologia di pronuncia che specificamente si ricerca (di cancellazione dal ruolo piuttosto che di decisione nel merito del ricorso).

Organe Décisionnel/Originating Body.

ORGANE DÉCISIONNEL ⓘ
 Cour (Deuxième Section) (15000)
 Cour (Première Section) (12984)
 Cour (Troisième Section) (11007)
 Cour (Quatrième Section) (10981)
 Plus...

Affina la ricerca in base al corpo decidente che si sia pronunciato nei singoli casi.

Jurisdiction/Court.

JURIDICTION ?
 Supreme Court
 (5916)
 Cour de
 cassation (4060)
 Constitutional
 Court (3573)
 Court of
 Cassation
 (2206)
 Plus...

Consente di affinare la ricerca in ragione delle giurisdizioni nazionali che siano menzionate nei documenti raccolti in HUDOC. Tra i vari selettori di ricerca, per l'Italia sono disponibili la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato.

Le maschere di ricerca si resettano tramite la funzione:



Si segnala poi la particolare utilità dei *links Press Collection* e *Legal Summaries*, dove si ritrovano ottime sintesi di un considerevole numero di precedenti convenzionali.



Infine, in HUDOC sono disponibili anche dati che raccolgono tipologie di documenti del Consiglio d'Europa ulteriori rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU.

Di particolare interesse giurisdizionale è la banca dati HUDOC-EXEC, la quale raccoglie la documentazione relativa alle fasi esecutive che fanno seguito alle pronunce della Corte.



4. HUDOC: le informazioni disponibili su un caso determinato. Percorsi pratici di ricerca

Si mostrerà ora qualche esempio pratico di ricerca giurisprudenziale, anche al fine di individuare tutte le tipologie d'informazioni che HUDOC mette a disposizione in relazione a ciascun precedente della Corte EDU.

Caso pratico: tentativo di ricerca in materia di ingerenza indebita del potere legislativo nella sfera riservata alla giurisdizione, art. 6, § 1 CEDU (sentenza della Corte EDU, seconda sezione, 7 giugno 2011, caso *Agrati*).

Percorso di ricerca n. 1: ricerca di un precedente specifico.

Nella quotidianità spesso si dispone del nome di un caso più o meno “famoso” deciso dalla Corte EDU. In tale ipotesi, è sufficiente inserire il nome del caso (ad esempio *Agrati*) per una ricerca istantanea dal risultato univoco:



Ecco il risultato della ricerca:

5 Résultats Imprimer Exporter RSS Trier par: Pertinence

CRITÈRES **TOUT EFFACER** Intitulé de l'affaire: Agrati x

CASE OF AGRATI AND OTHERS v. ITALY
 43549/08 5087/09 6107/09 | Disponible dans Français, italien | Judgment (Just Satisfaction) | Court (Second Section) | 08/11/2012
 Pecuniary damage - award (Article 41 - Pecuniary damage Just satisfaction) Non-pecuniary damage - finding of violation suffic... plus...
[Fiche détaillée](#) [Versions linguistiques](#) [Communiqués de presse](#) [Documents connexes](#)

AFFAIRE AGRATI ET AUTRES c. ITALIE Voir les Documents connexes
 43549/08 5087/09 6107/09 | Arrêt (satisfaction équitable) | Cour (Deuxième Section) | 08/11/2012
 Dommage matériel - réparation (Article 41 - Dommage matériel Satisfaction équitable) Préjudice moral - constat de violation s... plus...
[Fiche détaillée](#) [Versions linguistiques](#) [Communiqués de presse](#) [Documents connexes](#)

CASE OF AGRATI AND OTHERS v. ITALY - [Italian Translation] by the Italian Ministry of Justice
 43549/08 5087/09 6107/09 | Judgment (Just Satisfaction) | Court (Second Section) | 08/11/2012
 Pecuniary damage - award (Article 41 - Pecuniary damage Just satisfaction) Non-pecuniary damage - finding of violation suffic... plus...
[Fiche détaillée](#) [Versions linguistiques](#) [Communiqués de presse](#) [Documents connexes](#)

CASE OF AGRATI AND OTHERS v. ITALY
 43549/08 5087/09 6107/09 | Disponible seulement en Français | Judgment (Merits) | Court (Second Section) | 07/06/2011
 Violation of Art. 6-1 Violation of P1-1 Just satisfaction reserved
[Fiche détaillée](#) [Communiqués de presse](#) [Documents connexes](#)

AFFAIRE AGRATI ET AUTRES c. ITALIE
 43549/08 5087/09 6107/09 | Arrêt (au principal) | Cour (Deuxième Section) | 07/06/2011
 Violation de l'art. 6-1 Violation de P1-1 Satisfaction équitable réservée
[Fiche détaillée](#) [Communiqués de presse](#) [Documents connexes](#)

Il motore di ricerca ritrova tutti i documenti che hanno ad oggetto la vicenda *Agrati* in tutte le lingue disponibili, tra cui:

— in francese, la sentenza del 7 giugno 2011 (unico testo ufficiale, non disponibile la versione inglese);

— anche in italiano, per traduzione del Ministero della Giustizia, la sentenza definitiva di liquidazione dell'8 novembre 2012 (testo non ufficiale).

Cliccando sulla parte attiva dei diversi *links*, si apre ciascun documento. Sono disponibili 4 sezioni informative:

- *View/Voir*;
- *Fiche détaillée/Case details*;
- *Versions linguistiques/Language Versions*;
- *Documents connexes/Related*.

(1 of 1) AFFAIRE AGRATI ET AUTRES c. ITALIE
 43549/08 5087/09 6107/09 | Judgment (Merits) | Court (Second Section) | 07/06/2011
 Document URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104974>

View [Case Details](#) [Language Versions](#) [Related](#)

Terms (0 of 0) Highlight Exact term only

Eccole esaminate:

View/Voir.

Mostra il testo esteso del documento ricercato.

Versions linguistiques/Language Versions.

In questa sezione si raggruppano le diverse versioni linguistiche di una determinata pronuncia, comprese quelle non ufficiali.

Fiche détaillée/Case details

Di particolare utilità la funzione *Fiche détaillée*. Essa consente l'accesso a una scheda informativa dettagliata, la quale riporta una serie di informazioni utili quali punti di partenza per avviare ulteriori ricerche tematiche ad ampio raggio sulla giurisprudenza della Corte EDU. In particolare:

Article(s) : indica i parametri normativi CEDU su cui si è pronunciata la sentenza *Agrati*

Droit interne : indica le norme di diritto interno rilevanti nella sentenza *Agrati*

Jurisprudence de Strasbourg : indica i precedenti della Corte EDU che si sono già pronunciati sui medesimi parametri convenzionali presi in esame dalla sentenza *Agrati*

Conclusion(s) : indica sinteticamente le conclusioni della sentenza *Agrati*

Documents connexes/Related.

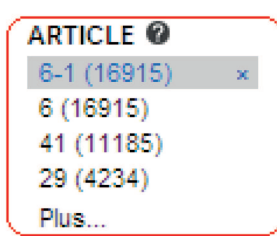
La funzione *Documents connexes* consente di visualizzare tutti i documenti che hanno ad oggetto la sentenza *Agrati*, compresi gli interessanti e utili comunicati stampa e i *Legal Summaries* preparati dal *Registry* della Corte.

Percorso di ricerca n. 2: ricerca tematica.

In alcuni casi interessa conoscere se la Corte EDU si sia o meno pronunciata su una determinata questione giuridica, o comunque individuare la sequenza di pronunce giurisprudenziali che abbiano deciso il merito di una determinata questione convenzionale.

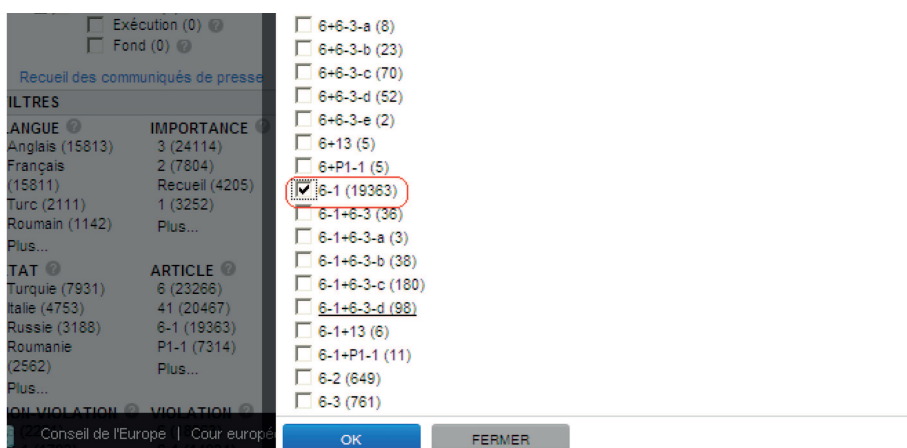
A tale scopo, sono particolarmente utili gli strumenti di ricerca che seguono.

Ricerca per articolo.



La *Ricerca per articolo* si esegue selezionando nell'apposito campo di ricerca il numero di articolo della CEDU assunto quale parametro decisionale in una determinata pronuncia. Il carattere « - » separa il numero dell'articolo dall'eventuale numero di paragrafo. Il carattere « P » consente di individuare i Protocolli addizionali.

La sentenza *Agrati verte* - tra l'altro — sull'interpretazione dell'art. 6, § 1 CEDU. Pertanto, tale parametro di ricerca può essere utilizzato per individuare, ad esempio, i precedenti pronunciati dalla Corte EDU in materia di indebita interferenza del potere legislativo nella sfera riservata alla funzione giudiziaria:



In tal modo abbiamo ottenuto un numero eccessivo di *outputs*, non praticamente gestibile. È quindi necessario tentare un affinamento della ricerca utilizzando gli ulteriori *tools* disponibili.

Ricerca per testo.

Inserendo all'interno del campo di ricerca la stringa *ingérence du pouvoir législatif*, si ottengono 155 risultati, tutti tendenzialmente pertinenti, compreso il precedente *Agrati*.

È possibile tentare una ricerca anche inserendo all'interno del campo di Ricerca per testo la stringa *impérieux motif d'intérêt public* (tale stringa è testualmente estratta dal paragrafo n. 56 della sentenza *Agrati*). Si ottengono 3 risultati, tra cui il precedente *Agrati*.

Inserendo invece la stringa *impérieux motifs d'intérêt général* (anche tale stringa è testualmente estratta dalla sentenza *Agrati*, in particolare dal paragrafo n. 65), si ottengono 32 risultati, tra cui il precedente *Agrati*.

Ricerca per conclusioni della decisione.

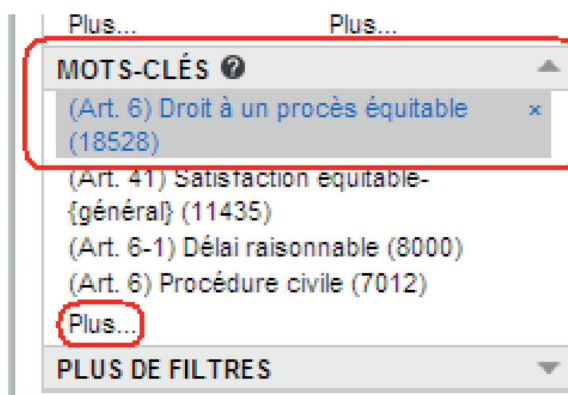
Utilizzando tale campo di ricerca, presente sia nella maschera di ricerca avanzata, sia nella maschera di affinamento, è possibile selezionare gruppi di sentenze a seconda che la Corte EDU abbia ritenuto o meno violato un determinato parametro normativo della Convenzione. Quindi, tentando una ricerca che impieghi i seguenti parametri selettivi:

Plus...	Plus...
ETAT ?	ARTICLE ?
Italie (2640) x	6-1 (2640)
Turquie (1870)	6 (2640)
France (1001)	41 (2449)
Ukraine (882)	P1-1 (401)
Plus... Effacer tout	Plus...
NON-VIOLATION ?	VIOLATION ?
13 (35)	6-1 (2640) x
6 (22)	6 (2640)
6-1 (22)	8 (42)
3 (15)	13 (20)
Plus...	Plus... Effacer tout

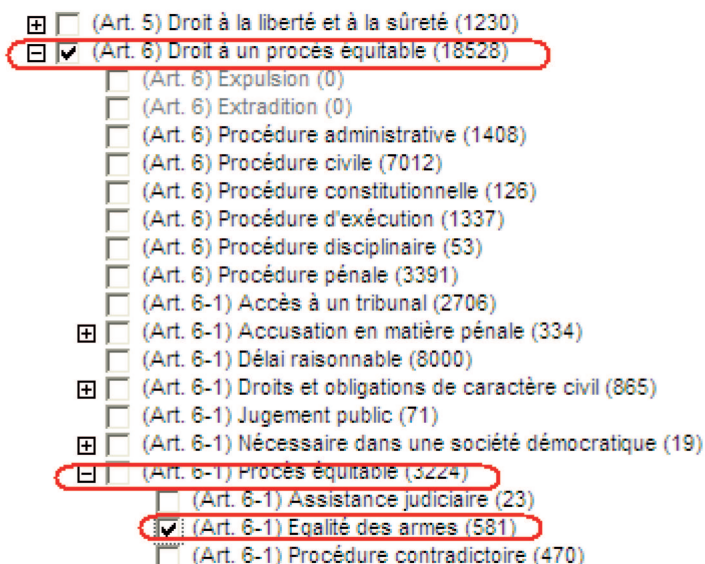
si ottiene l'elenco delle decisioni pronunciate nei confronti dell'Italia in cui la Corte EDU ha ritenuto violato l'art. 6, § 1 CEDU (*Droit à un procès équitable*).

Ricerca per parole chiave.

Il campo di ricerca per parole chiave è disponibile sia nella maschera di ricerca avanzata, sia nella maschera di affinamento.



Cliccando sulla funzione *Plus* si ottiene l'elenco completo delle *mots-clés*. Cliccando ulteriormente sul tasto attivo è possibile aprire i vari rami e sottorami di derivazione.



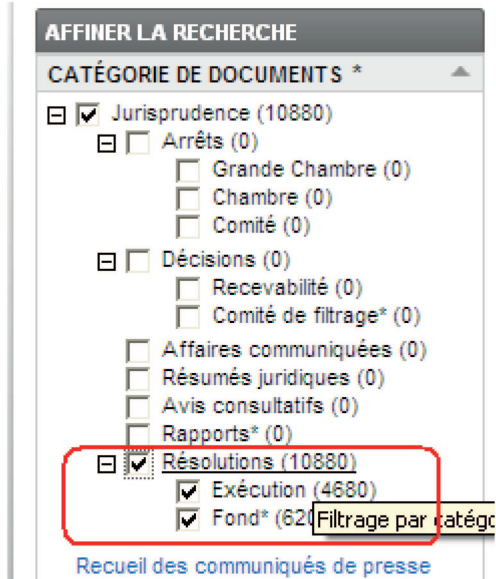
La ricerca per parole chiave è molto utile se combinata con ulteriori criteri maggiormente calibrati sul caso di specie. Ad esempio, inserendo l'ulteriore selettore *Italie*, si ottengono tutti i precedenti in argomento riguardanti l'Italia.

5. HUDOC: ricerca delle Risoluzioni interinali e finali relative all'esecuzione delle pronunce della Corte EDU

Le sentenze definitive della Corte EDU sono trasmesse al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione tramite l'adozione di particolari risoluzioni concernenti le questioni esecutive (art. 44 e art. 46, § 2 CEDU).

Vanno particolarmente segnalate le *Risoluzioni interinali* (*Exécution, Execution*), le quali danno atto dei progressi compiuti dallo Stato nell'adozione delle misure richieste e incoraggiano ulteriori sforzi per adempiere interamente agli obblighi esecutivi, e le *Risoluzioni finali* (*Fond, Merit*), le quali pongono termine alle procedure esecutive, dichiarando l'avvenuto adempimento di tutti gli obblighi a carico dello Stato interessato.

Per eseguire tale tipologia di ricerca è necessario deselezionare la casella *arrêts/judgements* (sentenze) e *décisions/décisions* (decisioni) e selezionare la casella *Résolutions/Resolutions*. Quindi si inserisce il nome del caso (*intitulé de l'affaire/case title*), o altra chiave di ricerca:



È anche possibile selezionare congiuntamente sia la casella *Resolutions*, sia la casella *Arrêts/décisions*. In questo caso, il motore di ricerca individuerà

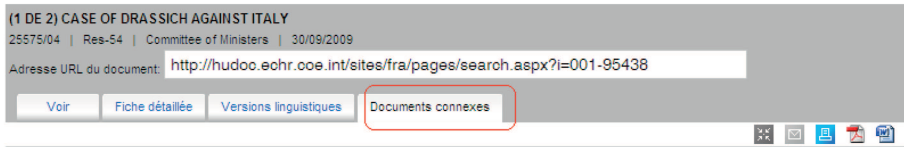
sia la pronuncia giurisdizionale della Corte EDU, sia le eventuali decisioni esecutive adottate dal Comitato dei Ministri.

Percorso di ricerca: le decisioni esecutive del Comitato dei Ministri.

Verifichiamo l'esistenza di eventuali decisioni esecutive riguardanti la sentenza della Corte EDU *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, n. 25575/04.

Si ottengono 2 *outputs*:

Attivando la funzione *Documents connexes*, si ritrova anche la sentenza della Corte EDU che ha deciso il merito della questione:



Documents anglais connexes

Arrêt(s) de chambre
[CASE OF DRASSICH v. ITALY](#)

Documents français connexes

Arrêt(s) de chambre
[AFFAIRE DRASSICH c. ITALIE](#)

Résolution(s) - Exécution
[AFFAIRE DRASSICH CONTRE L'ITALIE](#)

6. ECHR-KS

ECHR-KS è un'utile funzionalità, introdotta nel 2022, concepita come strumento di divulgazione e condivisione conoscitiva complementare rispetto a HUDOC, raggiungibile all'URL:

<https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks>.

ECHR-KS rende disponibile con immediatezza una selezione ragionata di informazioni relative alla giurisprudenza della Corte EDU e al testo stesso della convenzione:

— le più recenti pronunce della Corte EDU, suddivise articolo per articolo;

— interessantissime *case-lists* recanti la giurisprudenza più significativa della Corte, sinteticamente commentata, relativa ad alcuni *Key Themes* di peculiare rilevanza convenzionale. Ad esempio, sub art. 8 CEDU: *Filiation, Nationality, Protection against hate speech, Representation of the child before the ECHR, Right of the child to be heard in domestic proceedings on family matters*;

— i testi dei lavori preparatori della Convenzione;

— riferimenti bibliografici di monografie e articoli di dottrina, suddivisi articolo per articolo;

— un'utile raccolta di *Press Factsheets*, vale dire di comunicati stampa che fanno il punto sulla giurisprudenza della Corte su determinati profili tematici, quali ad esempio: *“Dublin” cases, Accompanied migrant minors in detention, Armed conflicts, Austerity measures, Children’s rights, COVID-19 health crisis*.

7. Italgjureweb

Nel caso in cui non si disponga di un livello sufficiente di inglese o francese giuridico, può essere piuttosto complicato eseguire ricerche di tipo

tematico e testuale in HUDOC. Può allora essere di aiuto l'archivio CEDU di *Italgjureweb*, disponibile all'URL:

<http://www.italgjure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll?db=cedu&lang=it>

L'archivio di *Italgjureweb*, pur essendo molto ben congegnato, raccoglie una quantità di documenti (circa 47.800) di gran lunga inferiore rispetto a quelli presenti nell'archivio HUDOC (oltre 185.000).

Invero, il *deficit* riguarda più che altro le pronunce relative a casi di cui l'Italia non è stata parte in causa dinanzi alla Corte EDU. È anche vero che in *Italgjureweb* è raccolta una certa quantità di documenti tradotti in lingua italiana che HUDOC, per contro, mette a disposizione solo in altre lingue, come avviene ad esempio per l'importante precedente della Corte EDU, GC, *López Ribalda c. Spagna n. 2*, 17.10.2019, nn. 1874/13 e 8567/13.

Considerata la dimestichezza maturata dai magistrati italiani nell'utilizzazione delle banche dati di *Italgjureweb*, in questa sede verranno introdotti solo alcuni spunti relativi ad alcune particolarità di funzionamento.

L'aspetto più rilevante è che la ricerca per *Parole* può essere effettuata tramite l'inserimento di parole chiave in lingua italiana all'interno del campo di ricerca *intero testo*.

The screenshot shows a search interface with the following elements:

- Buttons for "Estremi e Parti" and "Riferimenti Normativi".
- Section "Parole" with a search bar "interoTesto" containing the text "Inserire una o più parole".
- Search options: "In qualunque posizione" (selected) and "Nello stesso ordine" (unchecked).
- Radio buttons for "lemma italiano" and "identità" (selected).
- Section "Thesaurus Eurovoc" with a radio button for "Traduce la richiesta in inglese e francese" (unchecked).

Se nel campo di ricerca inseriamo la stringa *ragioni imperative di interesse generale*, vale a dire la traduzione italiana della stringa *impérieux motifs d'intérêt général* testualmente presente del testo ufficiale della sentenza *Agrati* e già sperimentata nel percorso di *ricerca per testo* in HUDOC (v. paragrafo 4), si ottengono 15 risultati, tra cui la sentenza *Agrati*, rispetto ai 704 risultati cui si perviene in HUDOC tramite l'utilizzazione della medesima stringa di ricerca.

Se impieghiamo la stringa *ingerenza del potere legislativo*, vale dire la traduzione italiana della stringa *ingérence du pouvoir législatif*, si ottengono

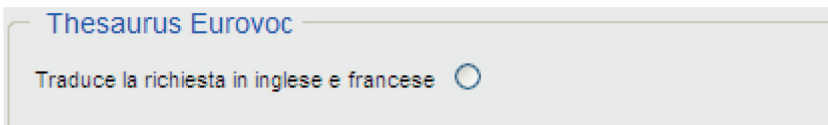
151 risultati, tra cui la sentenza *Agrati*, rispetto ai 513 che si ottengono in HUDOC.

Ciò offre un approssimativo riscontro quantitativo, seppur molto empirico e senza alcun significato di carattere qualitativo, sulla differente mole di documenti concretamente accessibile nei due diversi archivi.

È comunque possibile eseguire ricerche anche in lingua inglese e francese, selezionando l'apposita opzione del pulsante attivo:



Molto importante, nella maschera di ricerca sintetica è disponibile anche l'utilissima funzione:



Essa consente di estendere la ricerca anche a documenti in lingua inglese o francese tramite l'inserimento, all'interno del campo *intero testo*, di stringhe in lingua italiana.

L'esperienza mostra che la funzione *Thesaurus Eurovoc* incrementa notevolmente il livello di efficienza della ricerca.

8. Osservatorio delle sentenze della Corte EDU della Camera dei deputati

È disponibile all'URL https://www.europa.camera.it/osservatorio_sentenza_CEDU/introduzione l'Osservatorio delle sentenze della Corte EDU, il quale offre i seguenti servizi informativi:

- Quaderni;
- Sentenze;
- Atti.

The screenshot shows a website interface. On the left is a vertical navigation menu with the following items: 'Il Parlamento italiano e l'Unione europea', 'Attività parlamentare', 'La cooperazione interparlamentare', 'Calendario Europeo', 'Istituzioni ed organi dell'UE', 'Sentenze della Corte di Giustizia dell'UE', 'Osservatorio sulle sentenze della Corte EDU' (highlighted in blue), 'Quaderni', 'Sentenze', and 'Atti'. The main content area on the right is titled 'Osservatorio sulle sentenze della Corte EDU' and contains the following text:

Presso l'Avvocatura della Camera dei deputati è istituito l'Osservatorio sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). L'attività dell'Osservatorio si pone in relazione agli indirizzi adottati dalla Presidenza della Camera nelle legislature XIV, XV e XVI in ordine all'introduzione, nell'istruttoria legislativa delle Commissioni parlamentari della valutazione di compatibilità dei progetti di legge con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Nel medesimo contesto si colloca la comunicazione alle Camere delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), prevista dalla legge n. 12 del 2006. L'attività dell'Osservatorio si colloca altresì nell'ottica della conoscenza della giurisprudenza della CEDU, necessaria ai fini dell'adeguamento interno richiamato dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 e 113 del 2011. Gli esiti del monitoraggio effettuato sono contenuti nella documentazione reperibile in questa sezione.

In particolare, il servizio *Quaderni* mette a disposizione una raccolta ragionata della giurisprudenza della Corte EDU, sistematizzata per argomento.

Il servizio *Sentenze* raggruppa anno per anno, con criterio cronologico, le sentenze pronunziate Corte EDU nei confronti della Repubblica Italiana.

9. Il sistema IATE

Il sistema IATE (*InterActive Terminology for Europe*) è un'utile banca dati di termini multilingue connessi all'ambito di rilevanza semantica del diritto dell'Unione Europea, ma ben impiegabile anche al fine di agevolare ricerche giurisprudenziali in HUDOC. Esso è disponibile all'URL:

<https://iate.europa.eu/search/result/1665753980143/1>.

Ecco la visualizzazione della maschera di ricerca:

Inserendo all'interno degli appositi campi: *a)* il termine lessicale oggetto di ricerca nella lingua di partenza (ad esempio: *diritto alla vita privata*), *b)* la lingua di destinazione, *c)* l'ambito concettuale di appartenenza, è possibile ottenere non solo la traduzione dello specifico termine lessicale inserito, ma anche una serie di proposizioni concettualmente connesse al termine tratto:

Results 1-3/3
 "diritto alla vita privata" it,la,mul > en,la,mul Search in fields (source): Term Matching type: All words
 Search in term types (source): All term types Domains (cascading): LAW **COM** Entry status: not raw Owner: Everything except SCIC [COM]

★ 916721		1	
rights and freedoms [LAW]			
it	diritto alla vita privata	***	Consilium
en	right to privacy	***	Consilium
No more exact results found with your settings. Similar results displayed below.			
1399084		United States	
LAW		COM	
information technology and data processing [EDUCATION AND COMMUNICATIONS]			
it	diritto al rispetto della vita privata	***	COM
en	right of privacy	***	COM

È inoltre possibile affinare la ricerca per mezzo della maschera espansa, attivabile cliccando sul tasto *Open expanded search*:

The screenshot shows a search interface with the following elements:

- Search bar: "diritto alla vita privata" with a search icon and a "Reset Search settings" button.
- Matching options: Exact match, Exact string, All words, Partial string.
- Search in term types (source): Term, Abbrev, Formula, Phrase, Short form, all.
- Search in fields (source): Term, Term Note, Term in context, Language level note, all.
- Filters section:
 - Domains: Edit, 14 LAW (EDIT)
 - Collections: Add
 - Search in subdomains too:
 - Owner: Edit, Everything except: SCIC [COM]
- Buttons: "Reset Search settings" and "Search".
- Bottom right: "Show more" and "Close expanded search" buttons.
- Bottom: "Source language" and "Target language" dropdown menus.

Sezione II

**IL DIRITTO E IL PROCESSO CIVILE NELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO**

I.

IL GIUSTO PROCESSO CIVILE

I.

IL DIRITTO ALLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO (COGNIZIONE ED ESECUZIONE)

di *Emilio Bufano* (*)

SOMMARIO: 1. Il raggio applicativo dell'art. 6, par. 1, CEDU. — 2. Il carattere (relativamente) casistico del sindacato. — 3. La durata del giudizio: l'inizio del processo. — 4. La fine del processo: l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale tra accesso a un giudice e ragionevole durata. — 5. I criteri di valutazione della ragionevolezza. — 5.1. La complessità del caso. — 5.2. Il comportamento delle autorità coinvolte. — 5.3. Il comportamento delle parti. — 5.4. La posta in gioco (cd. *enjeu*). — 6. La combinazione tra art. 6 e art. 13 CEDU: i rimedi interni.

1. Il raggio applicativo dell'art. 6, par. 1, CEDU

L'ambito di applicazione dell'art. 6, par. 1, CEDU è contraddistinto da una intrinseca capacità espansiva, resa possibile dai significati autonomi delle nozioni che costituiscono i due corni della tutela, rappresentati rispettivamente dalle "controversie" concernenti « diritti e obblighi di carattere civile » (cd. *civil limb*) e dai giudizi intorno alla fondatezza di una « accusa in materia penale » (cd. *criminal limb*).

Che si tratti del diritto di accesso a un tribunale ovvero che si sia, a diverso titolo, coinvolti in un procedimento materialmente penale, a integrazione degli altri presidi del giusto processo, l'art. 6, par. 1, riconosce altresì alla persona interessata dal giudizio il diritto a che la propria causa sia esaminata (e decisa) entro un termine ragionevole.

Dunque, tale norma impone alle Alte parti contraenti un obbligo positivo di organizzare i propri sistemi giudiziari in modo tale che i giudici che amministrano il giudizio possano soddisfare tutti i requisiti del giusto processo, ivi compreso l'obbligo di trattare (e decidere) i casi in un tempo ragionevole.

Come è ovvio, le *rationes* sottese alla garanzia del diritto alla ragionevole

(*) Docente a contratto di Istituzioni di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Pisa.

durata del processo appaiono differenti a seconda che si tratti di un giudizio penale ovvero di un giudizio civile o amministrativo.

Nella materia penale, il tema del ritardo nella definizione del processo si fonda sulla necessità che l'imputato (o, meglio, colui al quale sia rivolta un'indagine o un'accusa) non resti troppo a lungo davanti a un tribunale ⁽¹⁾, in uno stato di incertezza sull'esito delle incriminazioni formulate, stante anche l'ulteriore assunzione secondo cui vicende processuali di tal genere abbiano di regola un'incidenza negativa sull'onore e sulla reputazione della persona coinvolta ⁽²⁾.

In questo settore, la salvaguardia dell'indagato o imputato è vieppiù rafforzata dalla previsione dell'art. 5, par. 3, CEDU, che concorre fintanto che l'interessato subisca, in pendenza del giudizio, una limitazione della libertà personale ⁽³⁾.

Nelle controversie relative a diritti e doveri di natura civile, invece, la durata del processo è fattore idoneo a influire sullo stesso diritto di accesso a un tribunale ⁽⁴⁾. La Corte da sempre afferma l'importanza del fatto che la giustizia sia amministrata senza ritardi che possano comprometterne l'effettività e la credibilità ⁽⁵⁾, paventando addirittura il rischio che, in casi limite, l'eccessiva durata di un procedimento pendente possa equivalere a un vero e proprio « *déni de justice* » ⁽⁶⁾.

L'espansione del perimetro della tutela è avvenuta 'sfondando' le resistenze del dato formale lungo una pluralità di fronti ed è stata accompagnata

⁽¹⁾ Sul valore sostanziale delle nozioni di "giudice" e di "tribunale", occorre sempre rammentare che « the word "court" is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country. This term, as employed in several Articles of the Convention [...], serves to denote "bodies which exhibit not only common fundamental features, of which the most important is independence of the executive and of the parties to the case ..., but also the guarantees" — "appropriate to the kind of deprivation of liberty in question" — "of [a] judicial procedure", the forms of which may vary from one domain to another » (Corte EDU, 5 novembre 1981, ric. n. 7215/75, *X c. Regno Unito*).

⁽²⁾ Corte EDU [GC], 3 dicembre 2009, ric. n. 8917/05, *Kart c. Turchia*.

⁽³⁾ Cfr. SCHABAS, *The European Convention of Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, 291.

⁽⁴⁾ Il « diritto di accesso a un tribunale » non è esplicitamente stabilito nell'art. 6 CEDU, ma è frutto di una interpretazione della stessa disposizione da parte della Corte di Strasburgo: Corte EDU, 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70, *Golder c. Regno Unito*.

⁽⁵⁾ Corte EDU, 24 ottobre 1989, ric. N. 10073/82, *H.V. c. Francia*; Corte EDU, 27 ottobre 1994, ric. n. 12539/86, *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*; Corte EDU [GC], 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, *Scordino c. Italia* (n. 1).

⁽⁶⁾ Corte EDU, 21 dicembre 2010, ric. n. 50973/08, *Vassilios Athanasiou e altri c. Grecia*; Corte EDU, 21 novembre 2019, ric. nn. 6978/18 e 8547/18, *Club nautique de Chalcidique « I Kelyfos » c. Grecia*.

da una considerazione sostanziale del requisito della giurisdizione contenziosa, cioè della circostanza in cui sia dedotta davanti a un giudice una controversia (« *dispute* » o « *contestation* ») reale e seria sull'esistenza (oppure sull'estensione ovvero sulle modalità di esercizio) di situazioni giuridiche, di vantaggio o di svantaggio, di carattere “civile”, suscettibili — almeno nella loro contendibile prospettazione — di ricevere tutela nell'ordinamento interno (7).

A questo fine, non è determinante che la controversia si celebri davanti a un organo qualificato a livello interno come giudiziario (8).

Inoltre, non assume importanza la qualità soggettiva delle parti (9), né che il giudizio si collochi — secondo l'ordinamento nazionale — all'interno del diritto civile (10), atteso l'autonomo significato che si deve attribuire alla

(7) Centrale è il connotato “aggiudicatorio” del procedimento. Decisiva, insomma, è la caratteristica che « the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play » (così Corte EDU [GC], 5 ottobre 2000, ric. n. 33804/96, *Mennitto c. Italia*; Corte EDU [GC], 15 ottobre 2009, ric. n. 17056/06, *Micallef c. Malta*; Corte EDU [GC], 3 aprile 2012, ric. n. 37575/04, *Boulois c. Lussemburgo*).

Può adire la Corte di Strasburgo, insomma, chiunque lamenti l'illegittimità dell'altrui interferenza con l'esercizio di un proprio diritto (civile) e ritenga di non aver avuto la possibilità di sottoporre tale richiesta a un tribunale secondo i requisiti dell'art. 6, par. 1, CEDU (Corte EDU, 3 giugno 1981, ric. nn. 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*).

(8) Per il profilo civile, ciò è stato affermato almeno da Corte EDU, 8 luglio 1986, ric. nn. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 e 9405/81, *Litgow e a. c. Regno Unito*: un tribunale, ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU è caratterizzato, nel senso sostanziale del termine, dalla sua funzione giurisdizionale, ossia dal fatto di determinare le questioni che rientrano nella sua competenza sulla base di norme di diritto e dopo un procedimento condotto nel modo prescritto. Si v. di recente Corte EDU 9 marzo 2021, ric. n. 1571/07, *Bilgen c. Turchia*.

(9) La Corte di Strasburgo, esaminando le versioni francese e inglese del testo della convenzione (« *contestations sur [...] droits et obligations de caractère civil* » e « *determination of [...] civil rights and obligations* »), ha concluso che l'espressione comprende tutti i procedimenti il cui risultato sia decisivo per i diritti e gli obblighi privati, mentre non è necessario che entrambe le parti siano private: vengono così potenzialmente ricompresi ampi settori del contenzioso amministrativo, malgrado sia contestato l'agire dell'autorità « *in its sovereign capacity* » (Corte EDU, 16 luglio 1971, ric. n. 2614/65, *Ringelsen c. Austria*; Corte EDU, 26 giugno 1978, ric. n. 6232/73, *König c. Germania*).

(10) Assumono scarsa importanza sia la qualificazione interna della disciplina (diritto civile, commerciale, amministrativo, etc.) sia il tipo di autorità giurisdizionale investita (giudice ordinario, giudice amministrativo o altro giudice speciale). Così Corte EDU, 16 luglio 1971, ric. n. 2614/65, *Ringelsen c. Austria*; Corte EDU, 26 giugno 1978, ric. n. 6232/73, *König c. Germania*.

locuzione « diritti e obblighi di carattere civile » ⁽¹¹⁾ e tenuto conto della molteplicità di vicende, soprattutto relative alle diverse forme di rapporto tra lo Stato e un soggetto privato, in cui, in effetti, tali situazioni possono comunque essere incise ⁽¹²⁾, così da richiedere l'accesso a un tribunale.

Il raggio della norma si è indubbiamente dilatato nel tempo.

⁽¹¹⁾ Il perimetro è stato tracciato in modo assai generoso dalla giurisprudenza che ha rinvenuto nella natura patrimoniale dell'interesse esercitato (o della cui lesione ci si dolga) nel giudizio nazionale il vero *discrimen* (per prime, Corte EDU, 26 marzo 1992, ric. n. 11760/85, *Editions Périscope c. Francia*; Corte EDU, 24 novembre 1994, ric. n. 15287/89, *Beaumartin c. Francia*; Corte EDU, 25 novembre 1994, ric. n. 12884/87, *Ortenberg c. Austria*; Corte EDU, 28 settembre 1995, ric. n. 14570/70, *Procola c. Lussemburgo*; da ultimo, Corte EDU, 9 gennaio 2018, ric. n. 35294/11, *Kaiser c. Svizzera*).

Ciò non implica, tuttavia, che l'allegazione della mera natura patrimoniale di una controversia sia *ex se* sufficiente a trascinare l'applicazione dell'art. 6, par. 1, CEDU. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, « there may exist 'pecuniary' obligations vis-à-vis the State or its subordinate authorities which, for the purpose of Article 6 § 1, are to be considered as belonging exclusively to the realm of public law and are accordingly not covered by the notion of 'civil rights and obligations'. [...] this will be the case, in particular, where an obligation which is pecuniary in nature derives from tax legislation or is otherwise part of normal civic duties in a democratic society » (Corte EDU, 9 dicembre 1994, ric. nn. 19005/91 e 19006/91, *Schouten e Meldrum c. Paesi Bassi*).

⁽¹²⁾ Alla definizione infine invalsa nell'orientamento della Corte sfuggono i giudizi che abbiano a oggetto rapporti di carattere eminentemente pubblicistico, in cui, cioè, il rapporto tra individuo e autorità resti preponderante. A titolo di esempio, restano esclusi i contenziosi tributari, dove rimane recessivo il peso delle conseguenze pur patrimoniali prodotte sul contribuente (Corte EDU [GC], 12 luglio 2001, ric. n. 44759/98, *Ferrazzini c. Italia*). Parimenti, non si applica l'art. 6, par. 1, CEDU alle cause relative alla cittadinanza o alla protezione internazionale, oppure a quelle che altrimenti attengono all'esercizio di un pubblico potere (*rectius*, all'esercizio di una prerogativa dello Stato), senza alcuna incidenza rilevante e diretta su interessi patrimoniali dei privati, ivi compresi i giudizi che riguardano la manifestazione di una libertà politica (es. contenzioso elettorale), nonostante essa possa svolgersi nell'ambito di rapporti associativi (Corte EDU, 4 aprile 2017, ric. n. 38458/15, *Lovrić c. Croazia*).

Si presumono viceversa incluse nelle garanzie dell'art. 6, par. 1, tutte le controversie di lavoro ordinarie (per es. quelle relative alla retribuzione o ad altri trattamenti, all'assunzione o alla nomina, all'avanzamento di carriera, ai trasferimenti, alla cessazione dal servizio e ai procedimenti disciplinari), ancorché relative a rapporti di pubblico impiego (non privatizzato), ivi comprese quelle che riguardano magistrati (Corte EDU [GC], 25 settembre 2018, ric. n. 76639/11, *Denisov c. Ucraina*). Benché taluni soggetti esercitino una pubblica funzione, non vi è ragione di escludere il rilievo *lato sensu* civile delle singole pretese avanzate. Secondo il test affermato dalla sentenza Corte EDU [GC], 19 aprile 2007, ric. n. 63235/00, *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, le controversie che riguardano dipendenti pubblici non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 6 solo laddove ricorrano due specifici presupposti: lo Stato, nella sua legislazione nazionale, deve avere espressamente escluso l'accesso a un giudice per la posizione o la categoria di personale in questione, e tale esclusione deve essere giustificata da motivi oggettivi connessi all'interesse dello Stato.

Curiosamente, è stato collocato sotto il profilo civile dell'art. 6, par. 1, CEDU anche il settore rappresentato dalle misure di sorveglianza speciale, almeno laddove il provvedimento prescrittivo della misura (ad es. l'obbligo di soggiorno) determini restrizioni della libertà di circolazione: i divieti di uscire di notte, di allontanarsi dal comune di residenza, di partecipare a riunioni pubbliche, di utilizzare telefoni cellulari e apparecchi radioelettrici di comunicazione, in quanto limitativi di diritti personali, hanno — secondo il giudizio della Corte — carattere “civile” ⁽¹³⁾.

In base alla giurisprudenza convenzionale, il parametro rappresentato dal *civil limb* dell'art. 6, par. 1, CEDU, non viene in gioco nel giudizio penale laddove lo stesso soggetto intervenga nel procedimento al solo scopo di far perseguire penalmente l'autore del reato, mentre è implicato nelle ipotesi in cui la vittima formuli in quella sede pretese, anche simboliche ⁽¹⁴⁾, non necessariamente consistenti in un risarcimento del danno, purché in gioco vi sia la tutela di un diritto di carattere civile ⁽¹⁵⁾.

Degno di nota è poi che, da almeno tre decenni, anche il giudizio di costituzionalità venga ritenuto — fatti salvi alcuni accorgimenti ⁽¹⁶⁾ — soggetto all'art. 6, par. 1, CEDU e, in particolare, alla regola della ragionevole

⁽¹³⁾ Corte EDU [GC], 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, *De Tommaso c. Italia*.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, 29 ottobre 1991, ric. n. 11826/85, *Helmets c. Svezia*; Corte EDU [GC], 12 febbraio 2004, ric. n. 47287/99, *Perez c. Francia*: « the Convention does not confer any right, as demanded by the applicant, to “private revenge” or to an actio popularis. Thus, the right to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence cannot be asserted independently: it must be indissociable from the victim's exercise of a right to bring civil proceedings in domestic law ».

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, 22 giugno 2006, n. 21845/03, *Gorou c. Grecia* (n. 3); Corte EDU, 1° marzo 2016, ric. n. 37903/09, *Perak c. Slovenia*.

⁽¹⁶⁾ La durata del giudizio di legittimità costituzionale è valutata secondo uno standard parzialmente differente (e più indulgente) rispetto agli altri procedimenti giurisdizionali, ossia tenendo in debita considerazione la peculiarità del ruolo dell'organo di custode della Costituzione e della concreta funzione di tutela dei diritti protetti al massimo rango: un simile compito, difatti, ben può giustificare un'organizzazione del ruolo che non consideri solo la priorità temporale di un ricorso, ma anche (e soprattutto) l'importanza politica o sociale del diritto fondamentale che è in gioco. Queste accortezze emergono nella ponderazione delle ragioni del ritardo compiuta da Corte EDU, 16 settembre 1996, ric. n. 20024/92, *Süßmann c. Germania*. In seguito anche Corte EDU, 25 febbraio 2000, ric. n. 29357/95, *Gast e Popp c. Germania*; Corte EDU, 12 giugno 2001, ric. n. 39914/98, *Trickovic c. Slovenia*; Corte EDU [GC], 16 marzo 2010, ric. n. 15766/03, *Oršuš e altri c. Croazia*. Sul punto si v. no R. MARTINO e M. ABBAMONTE, *Il principio della ragionevole durata del processo, la pandemia da Covid-19 e l'« emergenza al quadrato » della giustizia civile*, in *Il processo*, 2020, 3, 740 ss.; R. IBRIDO, *Intorno all'« equo processo costituzionale »: il problema dell'operatività dell'art. 6 cedu nei giudizi davanti ai tribunali costituzionali*, in *Riv. AIC*, 2016, 1, § 2.4.

durata del processo, se il suo esito risulta determinante per diritti e doveri di carattere civile ⁽¹⁷⁾.

Viste le differenze sussistenti tra i sistemi di giustizia costituzionale degli ordinamenti aderenti alla Convenzione, come da ultimo ricordato dalla stessa Corte di Strasburgo ⁽¹⁸⁾, poco importa che il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale riguardi un rinvio pregiudiziale all'interno di un procedimento principale (la cui durata il giudizio di costituzionalità concorrerà a determinare) ⁽¹⁹⁾ ovvero che l'organo costituzionale sia adito a seguito di un ricorso avverso un provvedimento giurisdizionale o amministrativo ⁽²⁰⁾ oppure direttamente avverso una legge ⁽²¹⁾.

Di contro, non è imputabile allo Stato — e pertanto non integra una violazione dello standard di ragionevole durata del processo — il periodo in cui il giudizio sia sospeso per la pendenza di una questione pregiudiziale sollevata davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, per non interferire con il sindacato previsto oggi dall'art. 267 TFUE ⁽²²⁾.

2. Il carattere (relativamente) casistico del sindacato

Da tempo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo afferma che le Alte parti contraenti sono tenute a predisporre sistemi giuridici idonei ad assicurare che i tribunali rendano una decisione definitiva — oltre al rispetto degli altri requisiti del giusto processo — entro un termine ragionevole ⁽²³⁾. In seguito, l'argomentazione è divenuta più ambiziosa, puntuale ed esplicita nel riferire questo obbligo positivo gravante sullo Stato al corrispondente

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, 19 aprile 1993, ric. n. 13942/88, *Kraska c. Svizzera*; Corte EDU, 23 giugno 1993, ric. n. 12952/87, *Ruiz-Mateos c. Spagna*; Corte EDU, 16 settembre 1996, ric. n. 20024/92, *Sißmann c. Germania*.

In verità, già con Corte EDU, 29 maggio 1986, ric. n. 9384/81, *Deumeland c. Germania*, la decisione del *Bundesverfassungsgericht* era stata assunta come termine finale di durata del giudizio, iniziato in primo grado davanti al *Sozialgericht Berlin*.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, 7 maggio 2021, ric. n. 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia*, 2021.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, 23 giugno 1993, ric. n. 12952/87, *Ruiz-Mateos c. Spagna*; Corte EDU, 1° luglio 1997, ric. n. 17820/91, *Pammel c. Germania*; Corte EDU, 1° luglio 1997, ric. n. 20950/92, *Probstmeier c. Germania*.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, 26 settembre 2002, ric. n. 45448/99, *Becker c. Germania*; Corte EDU, 25 novembre 2003, ric. n. 66990/01, *Soto Sanchez c. Spagna*; Corte EDU, 31 marzo 2020, ric. n. 55997/14, 68143/16, 78841/16 e 3706/17, *Dos Santos Calado e altri c. Portogallo*.

⁽²¹⁾ Corte EDU, 6 febbraio 2003, ric. n. 45835/99, *Hesse-Anger c. Germania*.

⁽²²⁾ Corte EDU, 28 febbraio 1998, ric. n. 20323/92, *Pafitis c. Grecia*; Corte EDU, 30 settembre 2003, ric. n. 40892/98, *Koua Poirrez c. Francia e Corte EDU [GC]*, 27 giugno 2017, ric. n. 931/13, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finlandia*.

⁽²³⁾ Corte EDU, 6 maggio 1981, ric. n. 7759/77, *Buchholz c. Germania*.

« *right of everyone to obtain a final decision on disputes concerning civil rights and obligations within a reasonable time* »⁽²⁴⁾, in aderenza alla stessa lettera dell'art. 6, par. 1, CEDU.

Sebbene il modello di accertamento di questa violazione sia sviluppato con l'attenzione di aderire all'archetipo di sindacato casistico tipico dell'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza non nasconde di attribuire all'eccessiva durata dei procedimenti giurisdizionali un peso che eccede la dimensione micro, rappresentando di contro un indice del cattivo funzionamento dell'apparato giurisdizionale⁽²⁵⁾.

Integra una violazione la constatazione di protratti periodi di stagnazione del procedimento in assenza di alcuna accettabile spiegazione⁽²⁶⁾. Tuttavia, lo Stato è ritenuto responsabile non solo (e non tanto) degli episodici ritardi del processo, privi di idonea giustificazione, ma anche (e soprattutto) dell'inottemperanza del dovere di migliorare la condizione — *in primis*, organizzativa — del proprio sistema giudiziario, se necessario adattandola alla necessità di far fronte all'arretrato e ai casi seriali.

Come avrà modo di dirsi *infra*, in conformità con il principio di sussidiarietà, i problemi connessi all'eccessiva durata dei procedimenti dovrebbero essere affrontati (e risolti) in primo luogo dai tribunali nazionali.

Rispetto alla tutela convenzionale davanti alla Corte di Strasburgo, ancorché si adoperi la riferita concezione di causalità, assai ampia, restano fonte di responsabilità solo i ritardi imputabili allo Stato.

A titolo generale, è importante anticipare che la responsabilità dell'Alta parte contraente, nella richiamata prospettiva, poggia indifferentemente sull'operato di uno qualsiasi dei suoi organi, cosicché non ha mai assunto alcun rilievo che la durata irragionevole di un processo fosse imputabile direttamente all'amministrazione giudiziaria interessata ovvero fosse dipesa dall'opera di organi legislativi o esecutivi.

La valutazione di irragionevolezza deve tenere in debito conto il caso specifico, sulla base delle particolari circostanze che ricorrono in concreto, assunte globalmente⁽²⁷⁾.

Un peso importante lo ha — ovviamente — la natura del procedimento,

⁽²⁴⁾ Corte EDU [GC], 6 aprile 2000, ric. n. 35382/97, *Comingersoll S.A. c. Portogallo*; Corte EDU [GC], 29 novembre 2016, ric. n. 76943/11, *Parrocchia greco-cattolica di Lupeni e altri c. Romania*; Corte EDU, 16 giugno 2022, ric. n. 40424/12, *Ramiz Jafarov c. Azerbaijan*.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, 13 luglio 1983, ric. n. 8737/79, *Zimmermann e Stener c. Svizzera*.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, 24 novembre 1994, ric. n. 15287/89, *Beaumartin c. Francia*.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, 28 giugno 1990, ric. n. 11761/85, *Obermeier c. Austria*; Corte EDU [GC], 6 aprile 2000, ric. n. 35382/97, *Comingersoll S.A. c. Portogallo*; Corte EDU [GC], 27 giugno 2000, ric. n. 30979/96, *Frydlender c. Francia*.

dunque il fatto che le caratteristiche dell'interesse protetto e della tutela giurisdizionale offerta impongano una certa celerità.

La Corte afferma spesso la necessità che lo Stato metta in atto una « eccezionale diligenza » nel trattare i casi di affidamento di minori, in considerazione delle possibili conseguenze che l'eccessiva durata dei procedimenti può avere, in particolare, sul godimento del diritto al rispetto della vita familiare ⁽²⁸⁾. In modo non dissimile, un metro particolarmente severo è stato comprensibilmente adottato in presenza di gravi patologie ⁽²⁹⁾.

Per giudicare l'eventuale irragionevolezza occorre certamente guardare all'intero procedimento ⁽³⁰⁾, di tal che: *i*) isolati ritardi, ciascuno dei quali in sé non significativo, possono insieme determinare il superamento del termine ragionevole ⁽³¹⁾; *ii*) all'opposto, un ritardo maturato in una singola fase del procedimento può risultare non irragionevole laddove la durata totale del giudizio resti contenuta ⁽³²⁾.

Come è intuibile, configura una circostanza aggravante l'essere simili inadempienze ripetute nel tempo o addirittura endemiche, cioè insuscettibili di essere qualificate come « incidenti isolati » nell'ambito di una altrimenti fisiologica amministrazione della giustizia (*i.e.* una « prassi incompatibile con la Convenzione » ⁽³³⁾).

⁽²⁸⁾ Corte EDU [GC], 18 febbraio 1999, ric. n. 33158/96, *Laino c. Italia e Corte EDU*, 8 ottobre 2019, ric. n. 56065/10, *Milovanović c. Serbia*. Già in precedenza, ancor più in generale, Corte EDU, 29 marzo 1989, ric. n. 11118/84, *Bock c. Germania e Corte EDU*, 27 febbraio 1992, ric. n. 12284/86, *Maciariello c. Italia*, riferivano questa esigenza di celerità a tutti i casi « *relating to civil status and capacity* ».

⁽²⁹⁾ A dimostrazione del peso delle circostanze concrete, in Corte EDU, 26 aprile 1994, ric. n. 22121/93, *Vallée c. Francia*, i giudici di Strasburgo hanno dichiarato ricevibili ricorsi relativi a procedimenti aventi una durata di un anno e sei mesi in cui erano coinvolti emofiliaci portatori di AIDS.

Corte EDU, 13 marzo 2007, ric. n. 39177/05, *V.A.M. c. Serbia*: « *the Court has required exceptional diligence in dealing with cases where the plaintiff was HIV positive, as well as in all matters where the impugned proceedings concerned a child custody dispute* ».

⁽³⁰⁾ Si tratta di principio ricorrente fin da Corte EDU, 26 giugno 1978, ric. n. 6232/73, *König c. Germania*; Corte EDU, 29 maggio 1986, ric. n. 9384/81, *Deumeland c. Germania*.

⁽³¹⁾ Corte EDU [GC], 27 giugno 2017, ric. n. 931/13, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finlandia*

⁽³²⁾ Corte EDU, 8 dicembre 1983, ric. n. 7984/77, *Pretto e altri c. Italia*.

⁽³³⁾ Corte EDU [GC], 28 luglio 1999, ric. 34884/97, *Bottazzi c. Italia*; Corte EDU [GC], 28 luglio 1999, ric. n. 33440/96, *Ferrari c. Italia*; Corte EDU [GC], 28 luglio 1999, ric. n. 35265/97, *A.P. c. Italia*; Corte EDU [GC], 28 luglio 1999, ric. n. 34256/96, *Di Mauro c. Italia*.

Nella sentenza *Bottazzi*, la Corte rammenta che « the Committee of Ministers of the Council of Europe, in its Resolution DH (97) 336 of 11 July 1997 (Length of civil proceedings in Italy: supplementary measures of a general character), considered that "excessive delays in

Va dato atto che, talvolta, la Corte europea ha dato prova di voler mantenere il giudizio piuttosto elastico⁽³⁴⁾; nel senso opposto, sospinta dalla delicatezza di alcuni giudizi, dove erano in gioco diritti inviolabili, essa ha saputo mostrarsi anche rigorosa (e persino rigida) nell'applicazione dell'art. 6, par. 1, CEDU⁽³⁵⁾.

Merita infine segnalare gli arresti della Corte di Strasburgo con cui è stato affermato che il diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata di un processo, ossia il diritto a conseguire — nel caso italiano — il rimedio regolato dalla legge n. 89 del 2001 (cd. legge Pinto), non può essere soddisfatto secondo i canali ordinari della cognizione ma merita una particolare celerità, la cui misura è fissata in una durata totale del procedimento non superiore al biennio per entrambe le fasi⁽³⁶⁾.

3. La durata del giudizio: l'inizio del processo

Aspetti preliminari alla comprensione dello standard di ragionevole durata del processo sono quelli relativi alla definizione di inizio e di fine del processo.

the administration of justice constitute an important danger, in particular for the respect of the rule of law" ».

Quindi raccoglie le statistiche allarmanti fino a quell momento disponibili: « since 25 June 1987, the date of the Capuano v. Italy judgment (Series A no. 119), it has already delivered 65 judgments in which it has found violations of Article 6 § 1 in proceedings exceeding a "reasonable time" in the civil courts of the various regions of Italy. Similarly, under former Articles 31 and 32 of the Convention, more than 1,400 reports of the Commission resulted in resolutions by the Committee of Ministers finding Italy in breach of Article 6 for the same reason ».

La conclusione cui giungono i giudici di Strasburgo è che « [t]he frequency with which violations are found shows that there is an accumulation of identical breaches which are sufficiently numerous to amount not merely to isolated incidents. Such breaches reflect a continuing situation that has not yet been remedied and in respect of which litigants have no domestic remedy. This accumulation of breaches accordingly constitutes a practice that is incompatible with the Convention ».

⁽³⁴⁾ Corte EDU, 4 dicembre 1995, ric. n. 19753/92, *Ciricosta e Viola. c. Italia*, nella quale la Corte, con riferimento a una procedura durata più di quindici anni davanti a una sola autorità giudiziaria, ha negato che vi fosse stata violazione del termine ragionevole, in quanto per ben diciassette volte la procedura nazionale era stata rinviata su richiesta da parte dei ricorrenti o di comune accordo con il convenuto e gli stessi non si erano nemmeno opposti a sei rinvii sollecitati da quest'ultimo. Da ultimo anche Corte EDU, 22 aprile 2021, ric. n. 46371/18, *Omdabl c. Norvegia*.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, 31 marzo 1992 ric. n. 18020/91, *X. c. Francia*.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, 6 marzo 2012, ric. n. 23563/07, *Gagliano Giorgi c. Italia*; Corte EDU, settembre 2011, ric. nn. 41107/02 e 22405/03, *Ce.Di.Sa. Fortore s.n.c. c. Italia*; Corte EDU, 21 dicembre 2010, ric. n. 7932/04, *Belperio e a. c. Italia*.

Ai fini del calcolo, nel giudizio davanti alla Corte di Strasburgo, l'inizio del giudizio è generalmente collocato nella data in cui la domanda (o l'istanza comunque denominata) è stata depositata presso un tribunale interno ⁽³⁷⁾, nelle forme dell'atto introduttivo previste dalle rispettive regole di rito. Ciò sembrerebbe valere quantomeno per attore/convenuto e ricorrente/resistente/controinteressato che siano *ab origine* parte del giudizio, con la possibile puntualizzazione che, per la parte vocata *in ius*, il giudizio ha principio in corrispondenza del termine a comparire ⁽³⁸⁾.

Il deposito dell'atto di intervento diviene, invece, rilevante per ritenere iniziato il processo rispetto al terzo ⁽³⁹⁾, senza che sembri importare la natura del suo intervento.

A ben vedere, nemmeno la norma sull'inizio del computo trova, invero, applicazione in modo del tutto formale nell'esperienza della Corte di Strasburgo: è quanto si deduce dalle indicazioni della Corte, laddove ammette sia come « *in criminal matters, the "reasonable time" may start to run from a date prior to the seisin of the trial court* », sia come « *[i]t is conceivable also that in civil matters the reasonable time may begin to run, in certain circumstances, even before the issue of the writ commencing proceedings before the court to which the plaintiff submits the dispute* » ⁽⁴⁰⁾. Tale deroga ha, nondimeno, carattere eccezionale ⁽⁴¹⁾.

Più precisamente, in tema di ragionevole durata, secondo la giurisprudenza convenzionale, una fase pre-processuale può ben concorrere a determinare la durata del giudizio quando la legge stabilisca che il ricorso allo strumento pre-giurisdizionale (talvolta amministrativo) debba essere utilizzato quale previo tentativo (obbligatorio) di contestazione della decisione dell'autorità o di soluzione anticipata della controversia ⁽⁴²⁾. Di contro, non è cumulabile il tempo trascorso in ragione del preventivo esperimento di

⁽³⁷⁾ Corte EDU, 23 settembre 1998, ric. n. 28523/95, *Portington c. Grecia*.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, 25 giugno 1987, ric. n. 9381/81, *Capuano c. Italia*.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, 26 ottobre 1999, ric. n. 38459/97, *Varipati c. Grecia*.

⁽⁴⁰⁾ Corte EDU, 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70, *Golder c. Regno Unito*.

⁽⁴¹⁾ Letteralmente, Corte EDU 26 settembre 2006, ric. n. 68890/01, *Blake c. Regno Unito*: « *this is exceptional* ».

⁽⁴²⁾ Corte EDU, 10 marzo 1980, ric. n. 6232/73, *König c. Germania*; Corte EDU, 9 dicembre 1994, ric. nn. 19005/91 e 19006/91, *Schouten e Meldrum c. Paesi Bassi*; Corte EDU [GC], 7 giugno 2001, ric. n. 39594/98, *Kress c. Francia*; Corte EDU, 24 marzo 2005, ric. n. 44626/98, *Kiurkchian c. Bulgaria*; Corte EDU [GC], 19 aprile 2007, ric. n. 63235/00, *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*; Corte EDU, 11 marzo 2014, ric. n. 29078/07, *Laszczak c. Polonia*; Corte EDU, 2 dicembre 2014, ric. n. 53339/09, *Siermiński c. Polonia*.

rimedi stragiudiziali non prescritti quali condizioni di procedibilità della successiva tutela giurisdizionale ⁽⁴³⁾.

Anche la richiesta di una misura cautelare è idonea ad anticipare l'inizio del processo ai fini di questo calcolo ⁽⁴⁴⁾, così come — ovviamente — l'emissione di una ingiunzione di pagamento ⁽⁴⁵⁾.

In questo solco, si iscrivono anche le decisioni con cui i giudici di Strasburgo hanno considerato sotto l'ombrello della tutele dell'art. 6, par. 1, CEDU la posizione del creditore nella procedura concorsuale a partire dal deposito del ricorso contenente la domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili ⁽⁴⁶⁾, nonché quella del creditore nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa, a partire dalla domanda di riconoscimento del credito ⁽⁴⁷⁾, ove necessaria, nonostante l'avviso contrario della giurisprudenza, financo costituzionale ⁽⁴⁸⁾, che insiste nel collocare la liquidazione coatta amministrativa fuori dalla nozione convenzionale di « contenzioso », preferendo una qualificazione in termini di procedimento amministrativo, in cui si innestano al più fasi di carattere giurisdizionale.

Si dovrebbe forse dubitare della stessa possibilità di ricomprendere le procedure concorsuali all'interno della nozione di processo di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, almeno rispetto al profilo della ragionevole durata. Si tratta, infatti, di procedimenti che dispongono una modalità ordinata di esecuzione (spontanea e/o forzata), la cui amministrazione e la cui durata possono variamente rispondere ai diversi interessi dei creditori che vi intervengono, ma soprattutto dipendere dalla condotta del debitore e dall'esito di giudizi cognitivi, senza che l'autorità giudiziaria coinvolta possa incidere in modo paragonabile a quanto avviene in un processo contenzioso.

Con riferimento al procedimento penale, per la vittima che abbia inteso far valere pretese civilistiche, secondo il modello adottato dal legislatore italiano, il giudizio dovrebbe avere inizio dal momento della costituzione di

⁽⁴³⁾ Corte EDU, 26 settembre 2006, ric. n. 68890/01, *Blake c. Regno Unito*.

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, 12 ottobre 1992, ric. n. 11892/85, *Cesarini c. Italia*.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, 24 maggio 1991, ric. n. 11671/85, *Pugliese c. Italia*. A stretto rigore di logica, in linea con la soluzione adottata in altre situazioni, la Corte dovrebbe calcolare il tempo rilevante dal momento del deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, anziché dalla data di concessione dello stesso.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, 15 febbraio 2000, ric. n. 38479/97, *Savona c. Italia*; Corte EDU, 1° marzo 2001 ric. n. 44534/98, *Venturini c. Italia*; Corte EDU, 23 ottobre 2001 ric. n. 44524/98, *Ragas c. Italia*.

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, 11 gennaio 2018, ric. n. 38259/09, *Cipolletta c. Italia*.

⁽⁴⁸⁾ Corte cost., 9 gennaio 2020, n. 12.

parte civile, a norma dell'art. 2, comma 2-*bis*, della legge n. 89 del 2001, come confermato dalla Corte costituzionale ⁽⁴⁹⁾.

La Corte ha mostrato, però, insofferenza verso categorie del diritto interno che possano limitare l'accesso alla tutela attraverso l'attribuzione formale della qualità di parte ⁽⁵⁰⁾, in linea con l'accezione elastica e sostanzialistica del termine « contestazione » che è prediletta dalla stessa giurisprudenza convenzionale ⁽⁵¹⁾. Se — come anticipato — l'esercizio di una pretesa di carattere civile è il presupposto per l'applicazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (nella sua configurazione civile), si tende tuttavia a escludere che, a questi fini, risulti determinante l'effettivo esercizio di tale pretesa (in ipotesi, mediante costituzione di parte civile con dichiarazione depositata in cancelleria o resa in udienza) anche ove questa facoltà fosse astrattamente riconosciuta ⁽⁵²⁾. Ad essere dirimente è, in sostanza, la combinazione tra il voler ottenere la tutela del proprio diritto civile nell'ambito del procedimento penale e l'essere l'esito delle indagini preliminari in concreto determinante per il « diritto di carattere civile in causa », con l'accorgimento che la verifica circa l'esistenza di un interesse a richiedere una riparazione deve proiettarsi virtualmente anche nel futuro, e non fermarsi invece alla presenza o meno di un'istanza già presentata ⁽⁵³⁾.

Con questi argomenti, la Corte ha già considerato l'art. 6, par. 1, CEDU applicabile a una parte lesa che non si era costituita parte civile ⁽⁵⁴⁾, in quanto, anche prima dell'udienza preliminare, sede nella quale potrà costituirsi, essa può far valere diritti e poteri riconosciuti dalla legge ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁴⁹⁾ Corte cost., 4 novembre 2020, n. 249.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, 7 dicembre 2017, ric. n. 35637/04, *Arnoldi c. Italia*, cita il precedente Corte EDU, 10 aprile 2007, n. 26886/03, *Stiftung, Giessbach dem Schweizervolk e Parkhotel Giessbach AG c. Svizzera*.

⁽⁵¹⁾ Corte EDU, 23 giugno 1981, ric. nn. 6878/75 e 7238/75, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*; Corte EDU, 11 dicembre 2012, ric. nn. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 and 16519/06, *Asadbeyli e altri c. Azerbaijan*; Corte EDU, 18 ottobre 2016, n. 31517/12, *Miessen c. Belgio*.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, 21 settembre 2004, ric. n. 58742/00, *Pause c. Francia*; Corte EDU, 14 dicembre 2004, ric. n. 42272/98, *Potier c. Francia*; Corte EDU, 20 novembre 2007, ric. n. 40225/04, *Feliciano Bichão c. Portogallo*.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, 7 dicembre 2017, ric. n. 35637/04, *Arnoldi c. Italia*.

⁽⁵⁴⁾ Corte EDU, 7 dicembre 2017, ric. n. 35637/04, *Arnoldi c. Italia*, che cita precedenti decisioni del Comitato, quali Corte EDU, 24 febbraio 2005, ric. n. 26775/02, *Sottani c. Italia*; Corte EDU, 20 aprile 2006, ric. n. 10180/04, *Patrono, Cascini e Stefanelli c. Italia*; Corte EDU, 30 marzo 2010, ric. n. 25000/07, *Mibova c. Italia*.

⁽⁵⁵⁾ « [D]roit à recevoir des informations sur l'existence et les modalités d'exercice desdits droits et facultés, à demander au ministère public de solliciter auprès du GIP la production immédiate d'un moyen de preuve, à nommer un représentant légal, à présenter des mémoires et à indiquer des éléments de preuve », « droit de mener des investigations indépendamment de celles menées par le procureur et l'accusé », nonché la facoltà di opporsi

Questa impostazione è stata confermata da una successiva pronuncia che ha collocato il *dies a quo*, per coloro che si reputano danneggiati da un reato, al momento del primo esercizio di una delle facoltà riconosciute dal diritto nazionale (*i.e.* la denuncia della notizia di reato) ⁽⁵⁶⁾.

Tutte queste pronunce nazionali e sovranazionali rafforzano l'idea che congruo debba essere non già il tempo in cui un soggetto sia processualmente coinvolto nei meccanismi della giurisdizione ma semmai quello in cui una situazione giuridica sostanziale si trovi esposta ad un contenzioso o sia altrimenti disputata nella cornice di un giudizio amministrato dallo Stato.

4. La fine del processo: l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale tra accesso a un giudice e ragionevole durata

Non meno mobile dell'inizio rischia di apparire la determinazione della fine del giudizio, per la valutazione del tempo (ir)ragionevole. Il termine del processo coincide, di regola, con il giorno in cui viene emessa una decisione che risolve la controversia, anche all'esito di eventuali gradi di giudizio successivi, che andranno comunque conteggiati ⁽⁵⁷⁾. Nelle ipotesi in cui è imposto dalla legge alle parti un termine per la riassunzione del giudizio, esso ha termine quando esso scade inutilmente ⁽⁵⁸⁾.

In diverse circostanze è ricostruito come il momento in cui il provvedimento giurisdizionale diventa effettivo, cioè viene eseguito.

La dimensione dell'esecuzione ha assunto un'importanza centrale nel ragionamento della Corte: « *that right would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party* » ⁽⁵⁹⁾.

In altre parole, si sostiene che le garanzie del giusto processo e l'obbligo delle Alte parti contraenti di assicurare l'accesso ad un rimedio giurisdizionale finirebbero per risultare statuizioni inutili « *without protecting the implementation of judicial decisions* ».

Ciò è valso a sorreggere un filone di casi in cui la violazione, conseguente all'impossibilità o al ritardo nell'esecuzione di una decisione giudiziale, è stata ricondotta dalla Corte all'incisione del diritto di accesso ad un giudice

« *à la demande émise par le procureur de classement d'une affaire* » e di « *se pouvoir en cassation contre la décision de classement du GIP* »

⁽⁵⁶⁾ Corte EDU, 18 marzo 2021, ric. n. 24340/07, *Petrella c. Italia*.

⁽⁵⁷⁾ Corte EDU, 23 aprile 1987, ric. n. 9816/82, *Poiss c. Austria*.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, 27 febbraio 1992, ric. n. 13301/87, *Lorenzi, Bernardini e Gritti c. Italia*.

⁽⁵⁹⁾ Corte EDU, 19 marzo 1997, ric. n. 18357/91, *Hornsby c. Grecia*; Corte EDU, 15 gennaio 2009, ric. n. 33509/04, *Burdov c. Russia* (n. 2).

(cioè a un rimedio giurisdizionale effettivo) ⁽⁶⁰⁾, non già all'inosservanza del parametro di ragionevole durata del processo ⁽⁶¹⁾.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembra affermare che, ogni qualvolta sia pronunciata una sentenza contro lo Stato, il privato beneficiario del provvedimento dovrebbe di regola essere esonerato dall'avviare un procedimento distinto per ottenerne l'esecuzione ⁽⁶²⁾, imponendosi come sufficiente la regolare notificazione del titolo all'autorità nazionale tenuta a eseguirlo ⁽⁶³⁾.

In linea con la questa posizione generale, la Corte sostiene che nemmeno il creditore di una misura riparatoria da irragionevole durata del processo, riconosciuta ai sensi del diritto nazionale in osservanza dell'art. 13 CEDU, sia gravato dall'onere di intraprendere una procedura esecutiva per ottenere il pagamento dell'indennizzo, in quanto titolare di un diritto di credito accertato verso lo Stato, che dovrà liquidare quanto dovuto entro il termine di sei mesi ⁽⁶⁴⁾.

Resta salva la possibilità di prevedere il previo assolvimento di oneri (processuali o amministrativi) di natura formale, come la richiesta agli interessati di documenti supplementari necessari di cui l'autorità non sia in

⁽⁶⁰⁾ Ad es., Corte EDU, 24 settembre 2013, ric. n. 43892/04, *Pennino c. Italia e Corte EDU*, 24 settembre 2013, ric. n. 43870/04, *De Luca c. Italia*, in tema di impossibilità, durante la procedura di risanamento successiva alla dichiarazione dello stato di dissesto di un Comune, di intraprendere o proseguire azioni esecutive a tutela di crediti verso tale ente, pur riconosciuti da un provvedimento giurisdizionale e ammessi nell'ambito della procedura di liquidazione del passivo (nonché in tema di impossibilità di richiedere su tali crediti interessi legali e rivalutazione monetaria).

È da ascrivere a questo insieme anche Corte EDU, 14 marzo 2019, ric. n. 43422/07, *Arnaboldi c. Italia*, che ha riguardato il ritardo nell'erogazione dell'indennità di esproprio da parte dell'ente di diritto privato delegato dal concessionario a compiere la procedura espropriativa.

⁽⁶¹⁾ Giova puntualizzare che la giurisprudenza di Strasburgo, ove si prospetti un concorso apparente di infrazioni, ritiene assorbente l'incisione del diritto al rimedio giurisdizionale effettivo (accesso a un tribunale). Così, per es., Corte EDU, 28 luglio 1999, ric. n. 22774/93, *Immobiliare Saffi c. Italia*; Corte EDU, 3 agosto 2000, ric. n. 22671/93, *G.L. c. Italia*; Corte EDU, 10 luglio 2003, ric. n. 58112/00, *Multiplex c. Croazia*.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, 27 maggio 2004, ric. n. 8415/02, *Metaxas c. Grecia*; Corte EDU, 11 gennaio 2018, n. 10613/16, *Sharxhi e altri c. Albania*.

⁽⁶³⁾ Corte EDU, 12 giugno 2008, ric. n. 30616/05, *Akachev c. Russia*.

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU [GC], 29 marzo 2006, ric. n. 64886/01, *Cocchiarella c. Italia*; Corte EDU, 5 giugno 2007, ric. n. 14626/03, *Delle Cave e Corrado c. Italia*; Corte EDU, 31 marzo 2009, ric. n. 22644/03 *Simaldone c. Italia*; Corte EDU, 21 dicembre 2010, ric. nn. 45867/07 e altri, *Gaglione e altri c. Italia*.

possesso ⁽⁶⁵⁾, purché tali adempimenti non si risolvano in un ostacolo irragionevole sulla via della realizzazione dell'interesse riconosciuto dalla decisione, come certamente accadrebbe se la richiesta di produrre documenti fosse utilizzata quale mezzo per ritardare indebitamente l'esecuzione ⁽⁶⁶⁾.

Il principio che filtra da queste decisioni, che vedono coinvolta la parte pubblica interna anche nella qualità di parte obbligata all'adempimento in forza del provvedimento giudiziale, è ancorato alla coincidenza dei ruoli e, dunque, alla particolare condizione del debitore.

Eppure, in alcuni arresti della Corte, questo principio sconfinava su un terreno ben diverso, quello relativo alle controversie tra privati. Qui, risulta connesso all'obbligo positivo che grava sugli Stati Membri di mettere in atto un sistema effettivo di soddisfazione del diritto, che permetta di assicurare l'esecuzione delle decisioni giudiziarie definitive tra le parti: l'imposizione di un simile obbligo consente ai giudici di Strasburgo di considerare gli Stati responsabili non solo per i ritardi esecutivi delle proprie obbligazioni, ma altresì per l'impossibilità, riscontrata da un soggetto privato, di eseguire un provvedimento giurisdizionale ottenuto nei riguardi di un altro soggetto privato.

Il presupposto di questa specifica violazione è che le autorità pubbliche coinvolte nel procedimento esecutivo si siano dimostrate, omissivamente o commissivamente, di ostacolo al buon esito dell'esecuzione ⁽⁶⁷⁾. In altri termini, non è sufficiente che il processo esecutivo si sia chiuso senza la soddisfazione del creditore. A venire in rilievo sono solo le condotte riconducibili allo Stato che hanno provocato l'esito non soddisfacente della procedura, vanificando le possibilità di realizzazione del credito, che evidentemente esistevano in concreto.

Come è evidente, un simile discorso non è suscettibile di generalizzazione, in quanto gli Stati aderenti alla Convenzione non possono essere considerati responsabili *tout court* per il mancato pagamento di un credito, pur provvisto di titolo esecutivo posto in esecuzione, quando l'inadempimento sia imputabile al debitore privato (in specie, alla sua incapacità) e non

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, 20 ottobre 2005, ric. n. 69306/01, *Chvedov c. Russia*; Corte EDU, 8 novembre 2007, ric. n. 32141/04, *Kosmidis e a. c. Grecia*.

⁽⁶⁶⁾ Corte EDU, 25 gennaio 2007, ric. n. 14263/04, *Rompoti e Rompotis c. Grecia*.

⁽⁶⁷⁾ Corte EDU, 7 giugno 2005, ric. n. 71186/01, *Fouklev c. Ucraina*; Corte EDU, 19 novembre 2013, ric. n. 26270/04, *Bogdan Vodă Greek-Catholic Parish c. Romania*; Corte EDU, 30 giugno 2015, ric. n. 43569/13, *Sekul c. Croazia*: nell'argomento della Corte, contro le autorità coinvolte nelle procedure di esecuzione, dovrebbe provarsi che esse hanno condotto il giudizio esecutivo senza la diligenza richiesta o hanno addirittura impedito l'esecuzione.

sussista la condizione puntuale testé descritta, di un comportamento censurabile dell'autorità, incidente sull'effettivo realizzo ⁽⁶⁸⁾.

Per quanto qui più interessa, questa considerazione accentuata del profilo esecutivo non è rimasta priva di riflessi sul calcolo del tempo necessario alla soluzione della controversia.

In primo luogo, ciò è valso a ridefinire il tempo del processo nelle cause in cui condannata all'adempimento sia una parte pubblica. Dove la concezione anzidetta del diritto di accesso ad un tribunale, tutta infeudata sull'effettività del rimedio giurisdizionale conseguita con la sola esecuzione del titolo, vale a definire il rispetto o meno del diritto medesimo, entro quello stesso perimetro, anche la durata del giudizio deve essere calcolata avendo riguardo a quando la controversia venga davvero definita, e dunque alla effettiva esecuzione. In altre parole, quando tenuta ad adempiere sia una parte pubblica, il tempo necessario all'esecuzione è conteggiato insieme a quello del giudizio di cognizione ⁽⁶⁹⁾.

Tuttavia, in alcune pronunce, la Corte europea è parsa dilatare non poco questo principio, applicando anche alle controversie tra privati una sensibilità maturata — come visto — in (ben) altro contesto.

Il salto logico pare avvenuto negli arresti con cui Corte ha sottolineato, anche in casi in cui era sindacata la lunghezza di giudizi civili tra privati, che il procedimento di esecuzione rappresenterebbe la seconda fase del procedimento di cognizione, in quanto il diritto rivendicato non diventerebbe davvero effettivo fino all'esecuzione, sì da giustificare una sommatoria dei rispettivi tempi ⁽⁷⁰⁾.

I giudici di Strasburgo hanno fatto leva su un precedente di segno particolare in cui la presunta fase esecutiva era in realtà finalizzata anche alla determinazione di alcuni elementi del debito, più precisamente la sua effettiva quantificazione ⁽⁷¹⁾. Solo in presenza di questa specifica ragione, i procedimenti di esecuzione avrebbero dovuto essere considerati come la seconda fase del procedimento di cognizione, tanto che la controversia sul

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, 27 maggio 2003, ric. n. 50342/99, *Sanglier c. Francia*; Corte EDU, 22 marzo 2005, ric. n. 33273/03, *Ciprova c. Repubblica ceca*; Corte EDU, 4 gennaio 2007, ric. n. 31510/02, *Cubănit c. Romania*.

⁽⁶⁹⁾ Corte EDU, 14 settembre 2017, ric. n. 17739/09, *Bozza c. Italia*.

⁽⁷⁰⁾ Corte EDU, 26 settembre 1996, ric. n. 15797/89, *Di Pede c. Italia e Corte EDU*, 26 settembre 1994, ric. n. 24295/94, *Zappia c. Italia*.

⁽⁷¹⁾ Corte EDU, 23 marzo 1994, ric. n. 14940/89, *Silva Pontes c. Portogallo*. Anche in Corte EDU, 10 luglio 1984, ric. n. 8990/80, *Guincho c. Portogallo*, la Corte ha espresso una indicazione simile rispetto alla natura dell'esecuzione cui sia devoluta una parziale cognizione, salvo peraltro — nel caso di specie — concentrare la propria valutazione di ragionevolezza solo sulla durata della fase di cognizione in senso stretto.

diritto del ricorrente non possa dirsi risolta fino alla decisione finale del procedimento esecutivo.

La confusione concettuale è evidente, ove questo meccanismo finisca per smarrire il rapporto con il proprio presupposto particolare, per diventare cumulo ordinario dei tempi processuali di cognizione ed esecuzione.

Incerto è se un simile effetto si verifichi anche rispetto alle procedure concorsuali, in relazione ai processi di cognizione che (prima della dichiarazione dello stato di crisi o durante la procedura concorsuale stessa) accertano un determinato diritto.

La dottrina correttamente dubita dell'unicità del processo in questi casi ⁽⁷²⁾, riferendo l'unico caso in cui la Corte di Strasburgo si è espressa dinanzi a un creditore rimasto inerte pur dopo l'ottenimento del titolo, fino all'apertura della procedura concorsuale ⁽⁷³⁾. L'assimilazione tra procedure concorsuali ed esecuzione è opportunamente criticata.

L'argomento dell'inerzia del creditore ha però ugualmente allarmato i commentatori, in quanto implicitamente sembrerebbe aprire alla possibilità di fondere la durata della cognizione con la successiva procedura concorsuale, ove il creditore abbia agito tempestivamente o vi sia continuità temporale tra esse ⁽⁷⁴⁾.

5. I criteri di valutazione della ragionevolezza

La giurisprudenza convenzionale è dapprima giunta a individuare i fattori da esaminare nel giudizio di ragionevolezza della durata del procedimento penale ⁽⁷⁵⁾. Hanno fatto, così, la loro comparsa criteri divenuti ormai noti come *i*) la complessità del caso, *ii*) il comportamento del ricorrente e *iii*) il comportamento delle autorità amministrative e giudiziarie coinvolte.

Dal settore penale, questi indici sono stati mutuati a beneficio del sindacato della durata del procedimento dinanzi ai tribunali amministrativi ⁽⁷⁶⁾, nei giudizi disciplinari ⁽⁷⁷⁾ e in quelli civili ⁽⁷⁸⁾.

Attraverso l'impiego di questi parametri, la Corte europea opera una

⁽⁷²⁾ ANGARANO, *Articolo 6. Diritto ad un processo equo*, in S. Beltrani (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. I diritti - La procedura*, Bologna, 2022, 369.

⁽⁷³⁾ Corte EDU, 26 settembre 2017, ric. n. 18132/10, *Bosco c. Italia*.

⁽⁷⁴⁾ ANT. DIDONE e AND. DIDONE, *La ragionevole durata del processo e la legge Pinto (art. 6, par. 1, CEDU)*, in A. STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, 2^a ed., Milano, 2020, 279 ss.

⁽⁷⁵⁾ Corte EDU, 27 giugno 1968, ric. n. 1936/63, *Neumeister c. Austria*; Corte EDU, 16 luglio 1971, ric. n. 2614/65, *Ringeisen c. Austria*.

⁽⁷⁶⁾ Corte EDU, 26 giugno 1978, ric. n. 6232/73, *König c. Germania*; Corte EDU [GC], 27 giugno 2000, ric. n. 30979/96, *Frydlender c. Francia*.

concretizzazione del giudizio sulla ragionevolezza o meno del tempo in cui la controversia è stata pendente ⁽⁷⁹⁾.

5.1. *La complessità del caso*

Una causa complessa (o relativamente complessa) può protrarsi per un tempo superiore a quello ‘normale’, senza che sia violato il canone della ragionevole durata. Malgrado questa elasticità, anche un giudizio oggettivamente complesso può, tuttavia, raggiungere una estensione temporale considerata eccessiva da parte dei giudici di Strasburgo ⁽⁸⁰⁾: infatti, il particolare assetto del caso non esonera il tribunale adito dal dovere di evitare con ogni mezzo inerzie o ritardi.

La complessità della causa va valutata tanto rispetto al fatto oggetto della controversia, quanto in relazione al numero e al grado di difficoltà delle questioni giuridiche poste dal singolo contenzioso, sia con riguardo alla cornice giuridica sostanziale entro cui risolvere la controversia, sia badando a quanto articolato sia il giudizio su un piano processuale ⁽⁸¹⁾. La complessità dei fatti assurge a oggettività, e dunque può essere ritenuta tale da giustificare una maggiore durata della procedura, nelle circostanze in cui si traduce in un sensibile aggravio delle attività istruttorie, ad esempio rendendo indispensabile attendere l’espletamento di una consulenza tecnica ⁽⁸²⁾ oppure quando imponga al giudice la ricerca di soluzioni connotate da evidente diffi-

⁽⁷⁷⁾ Corte EDU, 10 febbraio 1983, ric. nn. 7299/75 e 7496/76, *Albert e Le Compte c. Belgio*.

⁽⁷⁸⁾ Corte EDU, 13 luglio 1983, ric. n. 8737/79, *Zimmermann e Steiner c. Svizzera*; Corte EDU, 8 dicembre 1983, ric. n. 7984/77, *Pretto e altri c. Italia*; Corte EDU [GC], 8 giugno 2006, ric. n. 75529/01, *Sürmeli c. Germania*; Corte EDU [GC], 29 novembre 2016, ric. n. 76943/11, *Parrocchia greco-cattolica di Lupeni e altri c. Romania*.

⁽⁷⁹⁾ La dottrina ha definito questi indici dei veri e propri criteri di “relativizzazione” del giudizio. Così M. CHIAVARIO, *Art. 6. Diritto ad un equo processo*, in BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI (a cura di), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 209. L’espressione è ripresa da MILIONE e GAMBADAURO, *Covid-19 e diritto alla ragionevole durata del processo civile in Italia*, in *Il processo*, 2022, 2, 341.

⁽⁸⁰⁾ Corte EDU, 28 febbraio 1998, ric. n. 20323/92, *Pafitis c. Grecia*.

⁽⁸¹⁾ Lo nota anche R. GIORDANO, *L’equa riparazione per irragionevole durata del processo*, 2^a ed., Milano, 2022, 224. L’A. osserva, a proposito della complessità processuale, che essa non deve dipendere da una inefficacia delle norme di rito, che rendano disfunzionale il procedimento, bensì da una complessità in concreto del giudizio individuale.

⁽⁸²⁾ In Corte EDU, 4 gennaio 2002, ric. n. 27504/95, *Howiecki c. Polonia*, la Corte fa riferimento ad accertamenti bancari internazionali, ritenuti comunque non sufficienti a giustificare il ritardo maturato nel caso di specie; in Corte EDU, 26 febbraio 1993, ric. n. 15118/89, *Billi c. Italia*, l’interazione di una CTU con una pluralità di parti (*recte*: di rispettivi CTP) non è stata considerata determinante del ritardo, imputato piuttosto alla gestione del processo da parte del giudice.

coltà⁽⁸³⁾. Devono annoverarsi tra le ragioni fattuali — per citarne solo alcune — anche la presenza di una pluralità di parti⁽⁸⁴⁾, un numero elevato di prove da esaminare⁽⁸⁵⁾, il cumulo di domande o istanze⁽⁸⁶⁾, la necessità di coinvolgere autorità estere⁽⁸⁷⁾ o quella di tradurre gli atti per la presenza di parti straniere, nonché il rilievo che la causa può avere per la sicurezza nazionale⁽⁸⁸⁾.

Sulla complessità dei profili giudici implicati possono, invece, influire le novità normative che sopraggiungano in corso di causa⁽⁸⁹⁾, la necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale⁽⁹⁰⁾ o di giurisdizione⁽⁹¹⁾ (e, dunque, di attenderne l'esito), ovvero l'esigenza di fare applicazione di una legge straniera o sovranazionale⁽⁹²⁾.

5.2. *Il comportamento delle autorità coinvolte*

Il *délai raisonnable* è parametro che impone anche di soppesare la condotta delle autorità nazionali, in particolare di quella giudiziaria che governa il processo, ma — in alcune circostanze — anche di quelle amministrative che fossero coinvolte (indirettamente) nella soluzione della controversia⁽⁹³⁾.

Anzitutto, come detto, le Alte parti contraenti sono tenute ad assicurare

Sulla necessità di acquisire una *expert opinion* si v. no anche: Corte EDU, 23 novembre 1993, ric. n. 15511/89, *Scopelliti c. Italia* e Corte EDU, 26 novembre 1992, ric. n. 11519/85, *Lombardo c. Italia*.

⁽⁸³⁾ È il caso di una divisione tra eredi di un bene indivisibile: Corte EDU, 27 febbraio 1992, ric. n. 12706/87, *Vorrasi c. Italia*.

⁽⁸⁴⁾ Corte EDU, 8 luglio 1987, ric. n. 9580/81, *H. c. Regno Unito*.

⁽⁸⁵⁾ Corte EDU [GC], 15 ottobre 1999, ric. n. 26614/95, *Humen c. Polonia*.

⁽⁸⁶⁾ « [E]xceptional procedural complexity due to the numerous interlocutory applications filed by the parties [...], lead the Court to find that the relevant authorities were not actually responsible for the length of the proceedings ». Così, Corte EDU, 9 novembre 2006, ric. n. 35698/03, *Tengerakis c. Cipro*. Già, sul punto, si era registrata Corte EDU, 27 ottobre 1993, ric. n. 13675/88, *Monnet c. France*. Lo stesso vale quando il numero e la particolare natura è riferita alle contestazioni penali: sul punto Corte EDU, 25 settembre 2001, ric. n. 33370/96, *Yalgın e altri c. Turchia*.

⁽⁸⁷⁾ Corte EDU, 23 maggio 2000, ric. n. 31070/96, *Van Pelt c. Francia*.

⁽⁸⁸⁾ Corte EDU, 25 febbraio 1993, ric. n. 13089/87, *Dobbertin c. Francia*.

⁽⁸⁹⁾ Corte EDU, 8 dicembre 1983, ric. n. 7984/77, *Pretto e altri c. Italia*.

⁽⁹⁰⁾ Corte EDU, 23 giugno 1993, ric. n. 12952/87, *Ruiz-Mateos c. Spagna*.

⁽⁹¹⁾ Corte EDU, 23 giugno 1994, ric. n. 16997/90, *De Moor c. Belgio*; Corte EDU, 10 febbraio 1995, ric. n. 15175/89, *Allenet de Ribemont c. Francia*.

⁽⁹²⁾ Corte EDU, 24 novembre 1994, ric. n. 15287/89, *Beaumartin c. Francia*.

⁽⁹³⁾ Corte EDU, 9 dicembre 1994, ric. nn. 19005/91 e 19006/91, *Schouten e Meldrum c. Paesi Bassi*, dove la chiusura del procedimento amministrativo era necessaria all'avvio della fase contenziosa.

un sistema giudiziario organizzato in modo che esso consenta di rispettare le garanzie dell'art. 6, par. 1, CEDU, tra cui il principio di ragionevole durata del processo ⁽⁹⁴⁾.

Quindi, la responsabilità dello Stato è apprezzata su due diversi piani: *i*) un livello normativo-organizzativo, determinato dall'insieme poteri che l'ordinamento attribuisce in astratto al giudice affinché amministri il processo in modo sufficientemente spedito, ma soprattutto dalle misure adottate perché il funzionamento degli uffici giudiziari sia assicurato; *ii*) un livello fattuale, rappresentato dal concreto comportamento delle singole autorità coinvolte nell'applicazione delle regole di organizzazione dell'ufficio e di gestione del giudizio.

Rispetto al primo profilo, su cui il margine di apprezzamento interno è ampio, salvo l'obbligo di conseguire un risultato effettivo, l'esistenza di ostacoli regolatori (soprattutto in rito) alla definizione del processo in un tempo congruo non è considerata scriminante. Analogamente, la presenza di un carico eccessivo dei ruoli degli uffici giudiziari interessati non offre alcuna causa di giustificazione ⁽⁹⁵⁾.

All'opposto, i casi riconducibili alle riferite circostanze sono stigmatizzati in quanto violazioni sistemiche, ossia situazioni in cui sia strutturalmente impedito al giudice di offrire risposta entro termini ragionevoli ⁽⁹⁶⁾.

Dal punto di vista della condotta della singola autorità (o degli ausiliari che a essa rispondono), dove possono venire in rilievo inerzie e ritardi in qualunque fase del procedimento ⁽⁹⁷⁾, il sindacato sul comportamento esigibile è definito ricorrendo a un parametro variabile, che tenga conto di tutti gli altri criteri, ivi compresa la natura del giudizio e dell'interesse sotteso.

Questi indici sembrano fornire alla Corte la possibilità di modulare diversamente la tolleranza. È quanto emerge dall'esclusione della violazione nell'ipotesi in cui « *[w]hilst the authorities may be deemed responsible for certain procedural defects which caused delays in the proceedings [...] given the complexity of the case and the fact that the authorities remained active throughout, the Court considers that in the particular circumstances of the instant case, it cannot be said that they failed in their duty to examine the case expeditiously. This is even more so, considering that [...] the relevant proceedings [...] did not belong to any category of proceedings that by their nature*

⁽⁹⁴⁾ Corte EDU, 13 luglio 1983, ric. n. 8737/79, *Zimmermann e Stener c. Svizzera*.

⁽⁹⁵⁾ Corte EDU, 23 marzo 1994, ric. n. 14146/88, *Muti c. Italia*.

⁽⁹⁶⁾ Corte EDU, 6 maggio 1981, ric. n. 7759/77, *Buchholz c. Germania*.

⁽⁹⁷⁾ Dal ritardo nell'iscrizione della causa al ruolo, a quello per la notifica di un atto o per il trasferimento presso altro ufficio, dal ritardo nella decisione di una causa già trattata, a quello per il deposito di una decisione già assunta o delle sue motivazioni.

called for special diligence, such as custody of children, civil status and capacity, or labour disputes »⁽⁹⁸⁾.

Senza dubbio meritevole di censura è l'omesso (o insufficiente) esercizio dei poteri officiosi funzionali all'accelerazione del giudizio in tutti i casi che avrebbero richiesto una speciale urgenza⁽⁹⁹⁾.

5.3. *Il comportamento delle parti*

Si è anticipato come il sistema convenzionale intenda porre a carico di ciascuna Alta parte contraente solo i ritardi nella definizione del giudizio che siano imputabili allo stesso Stato.

Da ciò si ricava che non configurano violazioni dell'art. 6, par. 1, CEDU quei ritardi che siano dipesi dalla condotta delle stesse parti coinvolte nel processo e soprattutto dei relativi difensori tecnici.

Le parti, dunque, possono, sì, servirsi di tutti gli strumenti concessi dall'ordinamento interno nell'esercizio del proprio diritto di difesa, tuttavia, il loro comportamento è valutato così da poter accertare se l'uso (o, addirittura, l'abuso) di tali mezzi sia stato improprio, colposamente scorretto oppure semplicemente eccedente quanto richiesto per il rispetto dei principi del giusto processo.

Ove l'allungamento dei tempi del giudizio sia causalmente dipeso da simile condotta, nessuna violazione può essere riscontrata. Deve trattarsi di « *an objective fact which cannot be attributed to the respondent State and which must be taken into account in determining whether or not the reasonable time referred to in Article 6 para. 1 (art. 6-1) has been exceeded* »⁽¹⁰⁰⁾.

Osservando da una diversa prospettiva lo stesso parametro, si può concludere che i ricorrenti alla Corte europea devono aver tenuto (davanti al giudice interno) un contegno diligente, devono essersi astenuti dall'impiego di tattiche dilatorie e devono aver adottato tutti gli strumenti offerti dalla disciplina nazionale per accelerare il processo⁽¹⁰¹⁾. Ciò non implica però l'onere dell'imputato o indagato di cooperare attivamente con l'autorità⁽¹⁰²⁾, dal momento che il diritto di difesa deve essere garantito nella sua massima estensione e in ogni sua estrinsecazione.

⁽⁹⁸⁾ Corte EDU [GC], 25 giugno 2019, ric. n. 41720/13, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*.

⁽⁹⁹⁾ Corte EDU, 31 marzo 1992, ric. n. 18020/91, *X. c. Francia*; Corte EDU, 26 aprile 1994, ric. n. 22121/93, *Vallée c. Francia*; Corte EDU, 26 agosto 1994, ric. n. 22800/93, *Karakaya c. Francia*.

⁽¹⁰⁰⁾ Corte EDU, 30 ottobre 1991, ric. n. 11796/85, *Wiesinger c. Austria*.

⁽¹⁰¹⁾ Corte EDU, 25 novembre 2010, ric. n. 30251/03, *Karasev c. Russia*.

⁽¹⁰²⁾ Corte EDU, 24 luglio 2003, ric. nn. 46133/99 e 48183/99, *Smirnova e altro c. Russia*; Corte EDU, 2 novembre 2006, ric. n. 19126/02, *Komarova c. Russia*.

A essere richiesta — naturalmente solo ove non vi sia legittimamente assenza o contumacia — è una partecipazione diligente, non fraudolenta (emulativa o maliziosa) al giudizio ⁽¹⁰³⁾.

Il ritardo determinato dalla inerzia delle parti, ovvero all'inosservanza delle indicazioni del giudice rese in udienza o contenute nei provvedimenti emessi, non è computabile nella durata del processo valida ai fini del calcolo di ragionevolezza ⁽¹⁰⁴⁾.

Invero, la condotta dilatoria della parte vale a escludere *tout court* l'addebito del ritardo alla sfera di controllo dello Stato soltanto quando un simile comportamento sia in grado da solo di spiegare l'eccessiva durata del giudizio. Insomma, sebbene « *the power of initiative rests with the parties [...] who must take all appropriate steps to further the expeditious conduct of the litigation [...], this principle does not however dispense the courts from ensuring the expeditious trial of the action as required by Article 6* » ⁽¹⁰⁵⁾.

Tra le circostanze obiettive valide ad escludere il danno in base all'apprezzamento del giudice, figura quella in cui i ricorrenti, pur senza l'intento malizioso, abbiano comunque, con la loro condotta, significativamente contribuito alla durata del procedimento ⁽¹⁰⁶⁾: la casistica spazia dal ritardo nella presentazione dei propri argomenti, tramite il deposito di osservazioni intempestive ⁽¹⁰⁷⁾, alla reiterazione di istanze ⁽¹⁰⁸⁾ di tenore identico tra loro ovvero in mancanza di un apprezzabile interesse o di un non implausibile fondamento, dalla mancata comparizione alle udienze ⁽¹⁰⁹⁾, al rifiuto di consentire l'espletamento di accertamenti istruttori o di fornire l'esito di approfondimenti posti nella esclusiva disponibilità della parte privata ⁽¹¹⁰⁾, fino all'abuso dei rinvii, nella prospettiva inverosimile o non diligentemente

⁽¹⁰³⁾ Corte EDU, 15 novembre 2005, ric. n. 53835/00, *Lammi c. Finlandia*; Corte EDU, 24 gennaio 2007, ric. n. 56367/09, *J.R. c. Belgio*.

⁽¹⁰⁴⁾ Corte EDU, 30 aprile 2020, ric. n. 72060/17, *Keaney c. Irlanda*.

⁽¹⁰⁵⁾ Corte EDU, 10 luglio 1984, ric. n. 8990/80, *Guincho c. Portogallo*; già Corte EDU, 6 maggio 1981, ric. n. 7759/77, *Buchholz c. Germania*; Corte EDU, 2 settembre 2010, ric. n. 21558/03, *Mincheva c. Bulgaria*.

⁽¹⁰⁶⁾ Già Corte EDU, 7 gennaio 2010, ric. n. 40009/04, *von Koester c. Germania*, dove i ricorrenti avevano portato avanti una serie di contenziosi contro le autorità locali al fine di tutelare l'assoluta quiete dell'abitazione di famiglia, cosicché la Corte ha ritenuto che per alcuni dei procedimenti coltivati il danno vi fosse mentre per altri lo stesso pregiudizio è stato negato.

⁽¹⁰⁷⁾ Corte EDU, 20 febbraio 1992, ric. n. 11889/85, *Vernillo c. Francia*.

⁽¹⁰⁸⁾ Corte EDU, 22 marzo 2016, ric. n. 77050/11, *Pererira Da Silva c. Portogallo*.

⁽¹⁰⁹⁾ Corte EDU, 21 novembre 1995, ric. n. 19248/91, *Acquaviva c. Francia*.

⁽¹¹⁰⁾ Corte EDU [GC], 15 ottobre 1999, ric. n. 26614/95, *Humen c. Polonia*; Corte EDU [GC], 25 giugno 2019, ric. n. 41720/13, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*.

coltivata di poter raggiungere una qualunque forma di composizione stragiudiziale della controversia ⁽¹¹¹⁾.

Occorre però prendere atto che, in tema di rilievo della condotta delle parti, in assenza di dolo, l'indicazione dei giudici di Strasburgo molto più spesso va nel senso di considerare l'oggettivo concorso del ricorrente nella causazione del ritardo come insufficiente a scongiurare una responsabilità dello Stato membro ⁽¹¹²⁾. L'intento sarebbe quello di configurare il *délai raisonnable* secondo una nozione che impone un ruolo attivo all'autorità statale e, quindi, allo Stato la predisposizione in sede giusprocessuale di adeguati poteri direttivi in capo al giudice, in grado di neutralizzare anche gli atteggiamenti dilatori messi in atto dalle parti.

È possibile però isolare una casistica peculiare in cui la lunghezza del processo abbia comportato effetti favorevoli, anziché negativi, sulla parte coinvolta nel giudizio: un'ipotesi riguarda il debitore che, nell'ambito di una espropriazione immobiliare, abbia beneficiato della stasi del processo per soddisfare i creditori con disponibilità conseguite *medio tempore*, e quindi ottenere l'estinzione della procedura e la conservazione della proprietà sul bene; un altro caso è quello del locatario che, durante tutto il giudizio di convalida di sfratto ovvero nel successivo procedimento di esecuzione per rilascio, continui a detenere l'immobile locato e quindi a godere del bene ⁽¹¹³⁾.

5.4. *La posta in gioco (cd. enjeu)*

Un'attenzione particolare merita, infine, il criterio della posta in gioco (cd. *enjeu*).

Ciò sul presupposto che « *molto diverse sono le sofferenze ipoteticamente riconducibili all'eccessiva durata della procedura a seconda dell'oggetto della stessa* » ⁽¹¹⁴⁾.

Si è dunque andata formando una casistica in cui l'autorità giudiziaria è chiamata, in relazione all'interesse oggetto del contenzioso, definire più velocemente il procedimento, usando una diligenza superiore a quella media, e che cresce fino a divenire eccezionale nelle cause che attengono a diritti inviolabili della persona, esposti a un pregiudizio grave e irreversibile.

Nell'insieme delle materie che impongono al giudice un'attenzione

⁽¹¹¹⁾ Corte EDU [GC], 18 febbraio 1999, ric. n. 33158/96, *Laino c. Italia*.

⁽¹¹²⁾ Per una panoramica, cfr. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Napoli, 2013, 189 ss.

⁽¹¹³⁾ Corte EDU, 5 marzo 2013, ric. n. 54388/09, *Galovic c. Croazia*.

⁽¹¹⁴⁾ GIORDANO, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo*, cit., 226.

speciale o particolare si collocano le controversie di diritto di famiglia ⁽¹¹⁵⁾ e quelle sulla capacità delle persone ⁽¹¹⁶⁾, le quali meritano di essere definite in modo celere, in specie, laddove dalla decisione dipenda la possibilità o meno di preservare il diritto al rispetto della vita familiare.

Stando alla giurisprudenza della Corte europea, un trattamento analogo deve essere assicurato alle cause proposte per ottenere il risarcimento dei gravi danni derivanti da un sinistro stradale ⁽¹¹⁷⁾ o da un reato ⁽¹¹⁸⁾, quelle relative alla conservazione del posto di lavoro ⁽¹¹⁹⁾ o al riconoscimento di un certo inquadramento ⁽¹²⁰⁾ o al diritto alla tutela sociale ⁽¹²¹⁾, ovvero quelle che attengono all'esercizio di un'attività professionale ⁽¹²²⁾, nonché le cause che riguardano il diritto a un alloggio ⁽¹²³⁾.

Come è comprensibile, viene infine richiesta una diligenza supplementare (appunto, eccezionale), da parte dei giudici coinvolti, quando i giudizi che devono essere definiti riguardano soggetti affetti da patologie letali, in specie se posti nella condizione di malati terminali o comunque con prognosi infausta o ridotta aspettativa di vita ⁽¹²⁴⁾, oppure quando hanno ad oggetto una restrizione della responsabilità genitoriale ⁽¹²⁵⁾ o l'adozione di un minore, stante la immediata incidenza sull'art. 8 CEDU.

Infine, è occorre notare che l'importanza dell'interesse in gioco può essere determinante anche sul versante opposto, cioè operando in negativo: è possibile, insomma, ricostruire la presenza di una clausola *de minimis*, capace di rendere irrilevanti tutte le violazioni che non raggiungono una certa

⁽¹¹⁵⁾ Corte EDU [GC], 18 febbraio 1999, ric. n. 33158/96, *Laino c. Italia*; Corte EDU, 7 febbraio 2002, ric. n. 53176/99, *Mikulić c. Croazia*; Corte EDU, 29 giugno 2004, ric. n. 63627/00, *Voleský c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 30 maggio 2006, ric. n. 60176/00, *Çolak e altro c. Turchia*.

⁽¹¹⁶⁾ Corte EDU, 29 marzo 1989, ric. n. 11118/84, *Bock c. Germania*.

⁽¹¹⁷⁾ Corte EDU, 26 ottobre 1988, ric. n. 11371/85, *Martins Moreira c. Portogallo*; Corte EDU, 27 febbraio 1992, ric. n. 12295/86, *Serrentino c. Italia*; Corte EDU, 23 marzo 1994, ric. n. 14940/89, *Silva Pontes c. Portogallo*.

⁽¹¹⁸⁾ Corte EDU, 20 luglio 2000, ric. n. 33951/96, *Caloc c. Francia e Corte EDU*, 30 settembre 2004, ric. n. 50222/99, *Krastanov c. Bulgaria*.

⁽¹¹⁹⁾ Corte EDU [GC], 27 giugno 2000, ric. n. 30979/96, *Frydlender c. Francia*; Corte EDU, 27 febbraio 1992, ric. n. 12460/86, *Ruotolo c. Italia*.

⁽¹²⁰⁾ Corte EDU, 24 maggio 1991, ric. n. 11890/85, *Caleffi c. Italia*.

⁽¹²¹⁾ Corte EDU, 26 febbraio 1992, ric. n. 12854/87, *Nibbio c. Italia*; Corte EDU, 26 febbraio 1992, ric. n. 12870/87, *Borgese c. Italia*.

⁽¹²²⁾ Corte EDU, 26 giugno 1978, ric. n. 6232/73, *König c. Germania*; Corte EDU, 23 aprile 1998, ric. n. 26256/95, *Doustaly c. Francia*.

⁽¹²³⁾ Corte EDU, 20 dicembre 2001, ric. n. 34158/96, *Zawadzki c. Polonia*.

⁽¹²⁴⁾ Corte EDU, 31 marzo 1992, ric. n. 18020/91, *X. c. Francia*.

⁽¹²⁵⁾ Corte EDU, 19 febbraio 1998, ric. n. 16817/90, *Paulsen-Medalen e Svensson c. Svezia*.

soglia di offensività dell'interesse protetto ⁽¹²⁶⁾, di cui è spia l'assenza di un pregiudizio importante in capo al ricorrente.

Con la modifica — a scopo deflattivo — dell'art. 35, par. 3, lett. b), CEDU ad opera del Protocollo n. 14, è divenuta condizione di ricevibilità del ricorso la presenza — appunto — di un danno importante lamentato dal ricorrente, così da escludere ipotesi cd. bagatellari e altri in cui la consistenza del diritto fatto valere, ancorché non simbolica, non giustifichi l'attivazione di un rimedio di tal specie ⁽¹²⁷⁾.

6. La combinazione tra art. 6 e art. 13 CEDU: i rimedi interni

In un primo momento la Corte di Strasburgo era stata solita non esaminare il ricorso a norma dell'art. 13 CEDU quando fosse già accertata una violazione dell'art. 6, par. 1, ritenendo quest'ultima norma *lex specialis* in ragione del maggiore rigore delle garanzie ivi accordate, che finivano per assorbire ogni istanza di tutela convenzionale del ricorrente ⁽¹²⁸⁾.

In seguito, lo stesso organo giurisdizionale sovranazionale ha ritenuto di dover mutare il proprio avviso, con una sentenza resa a Grande Camera ⁽¹²⁹⁾: rispondendo alla propria stessa giurisprudenza precedente, la Corte ha stabilito che « *[t]here is, however, no overlap and hence no absorption where [...] alleged Convention violation that the individual wishes to bring before a "national authority" is a violation of the right to trial within a reasonable time, contrary to Article 6 § 1* ».

È stato il sensibile aumento della frequenza di queste violazioni a portare i giudici di Strasburgo a indugiare anche sulla mancanza di rimedi domestici e, quindi, a prendere atto di come la via di ricorso convenzionale rappresentasse in quei contesti nazionali — di fatto — l'unica strada di tutela per chi avesse subito violazioni dell'art 6, par. 1, CEDU.

Una simile soluzione, anche quando riesca a consentire un accesso effettivo alla protezione convenzionale, mette a rischio la tenuta del sistema giurisdizionale europeo ⁽¹³⁰⁾ e sovverte il principio di sussidiarietà.

⁽¹²⁶⁾ Di una soglia minima di gravità parla Corte EDU, 1° luglio 2010, ric. n. 25551/05, *Korolev c. Russia*.

⁽¹²⁷⁾ Si v. no più diffusamente le considerazioni di MILIONE e GAMBADAURO, *Covid-19 e diritto alla ragionevole durata del processo civile in Italia*, cit., 348 ss.

⁽¹²⁸⁾ Corte EDU, 26 febbraio 1993, ric. n. 12444/86, *Pizzetti c. Italia*; Corte EDU, 7 dicembre 1999, ric. n. 38952/97, *Bouilly c. Francia*; Corte EDU, 25 gennaio 2000, ric. n. 40946/98, *Giuseppe Tripodi c. Italia*.

⁽¹²⁹⁾ Corte EDU, 26 ottobre 2000, ric. n. 30210/96, *Kudła c. Polonia*.

⁽¹³⁰⁾ « If Article 13 is [...] to be interpreted as having no application to the right to a hearing within a reasonable time as safeguarded by Article 6 § 1, individuals will systematically

Queste ragioni, dunque, hanno spinto a considerare maturi i tempi per un rilievo autonomo della fattispecie *ex art. 13 CEDU*, malgrado il previo esame positivo sull'infrazione dell'art. 6, par. 1, CEDU.

La Corte ha inaugurato la possibilità di esaminare isolatamente i motivi di ricorso che erano volti a far accertare se « *the means available to the applicant [...] for raising a complaint about the length of the proceedings [...] would have been "effective" in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred* ».

Peraltro, nella valutazione della Corte, l'alternativa tra rimedio preventivo (acceleratorio) e rimedio successivo (riparatorio) è proposta in modo piuttosto neutro.

Laddove il sistema giudiziario appaia carente, la soluzione più efficace resta quella di un mezzo di ricorso inteso a snellire il procedimento per evitare che questo diventi eccessivamente lungo: « [u]n tale mezzo di ricorso offre un innegabile vantaggio rispetto ad un mezzo di ricorso che fornisca solo un indennizzo, in quanto evita anche di constatare violazioni successive rispetto al medesimo tipo di procedimento e non ripara meramente la violazione a posteriori come fa, ad esempio, il tipo di mezzo di ricorso risarcitorio previsto dalla legge italiana. [...] Appare inoltre chiaro che per i paesi dove esistono già violazioni legate alla durata del procedimento, un mezzo di ricorso inteso ad accelerare il procedimento, per quanto auspicabile per l'avvenire, potrebbe non essere adeguato a riparare una situazione in cui il procedimento stesso è già stato palesemente troppo lungo. [...] Diversi tipi di mezzo di ricorso possono riparare la violazione in modo adeguato. [...] Inoltre, taluni Stati [...] hanno compreso la situazione perfettamente, decidendo di combinare due tipi di mezzo di ricorso, uno volto a snellire il procedimento e l'altro a fornire un indennizzo [...]. Tuttavia, gli Stati possono anche scegliere di introdurre solo dei mezzi di ricorso risarcitori, così come ha fatto l'Italia, senza che tale mezzo di ricorso non sia considerato effettivo » ⁽¹³¹⁾.

be forced to refer to the Court in Strasbourg complaints that would otherwise, and in the Court's opinion more appropriately, have to be addressed in the first place within the national legal system. In the long term the effective functioning, on both the national and international level, of the scheme of human rights protection set up by the Convention is liable to be weakened » (*Kudła c. Polonia*).

⁽¹³¹⁾ Corte EDU [GC], 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, *Scordino c. Italia*, secondo cui « [q]uando uno Stato ha compiuto un passo significativo introducendo un rimedio risarcitorio, la Corte deve lasciare allo Stato un margine di valutazione più ampio per consentirgli di organizzare il rimedio in un modo coerente con il proprio ordinamento giuridico [...] » e « può effettivamente avvenire che le regole di procedura applicabili non siano esattamente le

Sussiste, allora, un ampio margine di apprezzamento nella scelta nazionale introno al tipo di rimedio tra le possibili soluzioni. La discrezionalità dello Stato incontra il noto limite dell'effettività, ricavato dall'art. 13 CEDU ⁽¹³²⁾.

stesse di quelle relative alle richieste ordinarie di risarcimento danni. Sta ad ogni Stato decidere, sulla base delle norme applicabili nel proprio sistema giudiziario, quale sia la procedura che rispetti al meglio il carattere obbligatorio di "effettività" ».

⁽¹³²⁾ Corte EDU [GC], 29 marzo 2006, ric. n. 64886/01, *Cocchiarella c. Italia*.

II.

I RIMEDI PREVENTIVI DELL'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

di *Emilio Bufano* (*)

SOMMARIO: 1. Il diritto-onere di esperire rimedi acceleratori dopo la legge n. 208 del 2015. — 2. Una rassegna dei rimedi preventivi e la sequenza di sindacati di legittimità costituzionale. — 3. I rimedi acceleratori nel processo civile. — 4. La nuova istanza di prelievo nel processo amministrativo. — 5. L'istanza di prelievo dal 2008 al 2015. — 6. L'effettività dei rimedi preventivi nella sentenza *Olivieri c. Italia*. — 7. La Corte costituzionale a valle della Corte EDU.

1. Il diritto-onere di esperire rimedi acceleratori dopo la legge n. 208 del 2015

Con l'entrata in vigore della legge 28 dicembre 2015 n. 208 (Legge di stabilità 2016), il legislatore ha deciso di ridefinire con maggiore chiarezza l'impianto dell'intera disciplina dei rimedi alla violazione del diritto all'irragionevole durata del processo. Ha quindi posto in esordio all'articolato l'enunciazione solenne delle due posizioni giuridiche attribuite alle parti di un processo e destinate a salvaguardare *ex ante* ed *ex post* la pretesa di un giudizio di congrua durata.

È oggi l'art. 1-*bis* della legge 24 marzo 2001, n. 89 (cd. legge Pinto) a fissare che « la parte di un processo ha diritto a esperire rimedi preventivi alla violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione stessa » soggiungendo — al primo capoverso — che « chi, pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'articolo 1-*ter*, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo ha diritto a una equa riparazione ».

Il diritto alla ragionevole durata del processo è in prima battuta sottoposto a un regime di autotutela da parte del suo titolare, secondo uno schema

(*) Docente a contratto di Istituzioni di Diritto privato presso l'Università di Pisa.

che incentiva l'interessato ad attivare gli strumenti offerti dall'ordinamento al fine di scongiurare che il giudizio si dilati oltre la misura tollerabile, purché tale iniziativa maturi entro in un termine utile a che il giudice possa ancora amministrare il processo in una forma più rapida.

Esperire gli accennati meccanismi, da un lato, costituisce espressione del diritto a richiedere che il processo corra su una *fast track*, dall'altro, dà corpo a un onere in senso tecnico per colui che voglia in seguito adire il giudice per ottenere una tutela di tipo indennitario ⁽¹⁾.

La precedenza è espressa idealmente per il tentativo di prevenzione del danno, mentre la via della riparazione *a posteriori* scivola formalmente verso una « funzione solo ancillare e sussidiaria » ⁽²⁾.

La tutela riparatoria — che *de facto* mantiene un'incidenza — diviene ammissibile solo nel caso in cui il pur diligente ricorso alle tecniche acceleratorie abbia mancato di conseguire risultati soddisfacenti.

L'Italia è, dunque, entrata a far parte del gruppo di paesi europei che, nel solco della dottrina della sussidiarietà professata dallo stesso diritto Cedu, hanno adottato soluzioni miste, preliminarmente acceleratorie e in via graduata riparatorie ⁽³⁾.

La l. n. 208 del 2015, oltre a raccogliere sul punto alcuni indirizzi mutuati dall'ambito Cedu, ha recuperato parzialmente l'impostazione dell'originario d.d.l. Conso, che già formulava la possibilità di far operare uno strumento di indennizzo del ritardo subordinato alla previa richiesta, nell'ambito di un processo presupposto avente ad oggetto diritti disponibili, « la decisione immediata della controversia », da assumersi con ordinanza allo stato degli atti ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ M. NEGRI, *Legge stabilità 2016: modifiche alla l. n. 89/2001, c.d. Legge Pinto*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, che contrappone il dato effettivo del sorgere dell'onere all'« enfasi [...] declamatoria » di una facoltà di accelerazione solo sulla carta.

⁽²⁾ M. NEGRI, *Legge stabilità 2016*, cit., 7.

⁽³⁾ F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Napoli, 2013, 330 s.

⁽⁴⁾ Un tentativo di « riaprire il cantiere » della legge Pinto sul tema dei rimedi preventivi si era registrato anche da parte del d.d.l. presentato il 10 marzo 2009, XVI legislatura, A.S. n. 1440, ove l'indennizzabilità del ritardo veniva invece condizionata al previo deposito di un'istanza di trattazione prioritaria della causa ai sensi degli artt. 81 e 83 disp. att. c.p.c.; critico al riguardo C. CONSOLO, *La improcrastinabile radicale riforma della legge Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, 425 ss.

2. Una rassegna dei rimedi preventivi e la sequenza di sindacati di legittimità costituzionale

Nei processi civili, fino al 28 febbraio 2023, con riguardo al primo grado di giudizio delle cause decise dal tribunale in composizione monocratica *ex artt. 50-bis e 50-ter c.p.c.*, ha costituito rimedio preventivo la proposizione dell'azione nelle forme del procedimento sommario di cognizione di cui agli *artt. 702-bis ss. c.p.c.* ovvero l'istanza di conversione del rito — da ordinario a sommario — a norma dell'*art. 183-bis c.p.c.* entro l'udienza di trattazione e comunque prima che siano decorsi due anni e sei mesi dall'introduzione del giudizio ⁽⁵⁾; mentre, nelle cause decise dal tribunale in composizione collegiale e in quelle decise in grado di appello, ha costituito rimedio preventivo la proposizione dell'istanza di decisione a seguito di trattazione orale *ex art. 281-sexies c.p.c.* — rispettivamente — entro due anni e sei mesi dalla proposizione dell'azione davanti al giudice di prime cure ed entro un anno e sei mesi dall'introduzione del gravame. Simili rimedi sono stati autorevolmente ritenuti idonei a incidere effettivamente sulla durata del processo dalla Corte costituzionale ⁽⁶⁾, che ha dunque fugato i dubbi sulla compatibilità di questi con gli *artt. 6, paragrafo 1, e 13 Cedu.*

L'*art. 15* del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 ha da ultimo disposto l'adeguamento del descritto strumentario agli istituti risultati dalla

⁽⁵⁾ L'istanza al giudice di mutamento del rito ad opera della parte — in vista della successiva domanda di equa riparazione — deve avvenire nel minor termine tra la celebrazione dell'udienza di trattazione e i due anni e sei mesi dall'introduzione del giudizio, a differenza di quanto scrive R. GIORDANO, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo*, 2^a ed., Milano, 2022, 31 (« ossia anche dopo l'udienza di trattazione, purché entro due anni e mezzo dall'inizio del giudizio »). La disposizione è inequivocabilmente da intendersi come rivolta a far prevalere il *dies ad quem* fisiologico, mentre il secondo termine, superiore a quanto solitamente occorra alla fissazione della prima udienza, troverà applicazione solo nei casi (patologici) di evidente ritardo nell'avvio della trattazione.

⁽⁶⁾ La sentenza Corte cost. 23 giugno 2020, n. 121, con riferimento ai rimedi preventivi introdotti per i processi civili dalla legge n. 208 del 2015 (*art. 1-ter*, comma 1, della l. n. 89 del 2001) quale condizione di ammissibilità della domanda di equo indennizzo, ha ritenuto gli stessi, per l'effetto acceleratorio della decisione che può conseguirne, riconducibili alla categoria dei « rimedi preventivi volti ad evitare che la durata del processo diventi eccessivamente lunga », in quanto consistenti non già nella « proposizione di un'istanza con effetto dichiarativo di un interesse già incardinato nel processo e di mera «prenotazione della decisione» — che si riduce ad un adempimento puramente formale — », ma nella « proposizione di possibili, e concreti, «modelli procedimentali alternativi», volti ad accelerare il corso del processo, prima che il termine di durata massima sia maturato ».

riforma del rito di cognizione, sicché — a partire dal 1° marzo 2023 (7) — costituiscono anzitutto strumenti di prevenzione del ritardo l'introduzione del giudizio nelle forme del procedimento semplificato di cognizione ovvero la richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito semplificato nel termine già descritto, quando applicabili, anche considerato il carattere più esteso del nuovo rito semplificato (art. 281-*decies* c.p.c.), rispetto all'abrogato art. 702-*bis*.

Invece, fuori dal raggio applicativo degli artt. 281-*decies* ss. c.p.c., costituisce rimedio preventivo proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma degli artt. 275, commi secondo, terzo e quarto, 281-*sexies* e 350-*bis* c.p.c., con almeno sei mesi di anticipo sulla maturazione del relativo termine di ragionevole durata.

Diversa è stata la sorte toccata alla condizione di accesso al rimedio Pinto connessa all'attivazione dei presunti rimedi acceleratori prescritti per sveltire la definizione del processo penale.

L'art. 2, comma 1, in relazione all'art. 1-*ter*, comma 2, della l. n. 89 del 2001, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, comma 777, lettere *a*) e *b*), della l. n. 208 del 2015, prevedeva che nel primo e nel secondo grado di giudizio costituisse rimedio preventivo del ritardo, esperibile dall'imputato e dalle altre parti, il deposito di un'istanza di accelerazione — rispettivamente — entro due anni e sei mesi dall'assunzione della qualità di imputato (oppure di parte civile o di responsabile civile) ovvero dalla legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari ed entro un anno e sei mesi dal ricorso in appello. La consistenza dello strumento non ha convinto la Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che subordina all'espletamento di tale onere la possibilità di conseguire il rimedio riparatorio (8), come già era stato per l'istanza di accelerazione dei procedimenti penali (9) introdotta a opera della novella del 2012.

(7) L'art. 15 del d.lgs. n. 149 del 2022 originariamente prevedeva l'applicazione del nuovo rito ai giudizi intrapresi dopo il 30 giugno 2023, ma l'art. 1, comma 380, della legge 29 dicembre 2022, n. 197 ha anticipato tale termine al 28 febbraio 2023.

(8) Corte cost. 30 luglio 2021, n. 175 ha ravvisato un contrasto con il principio del giusto processo, per il profilo della sua ragionevole durata e con il diritto ad un ricorso effettivo, come parametrati dal diritto Cedu, in quanto lo strumento congegnato dal legislatore « non offre alcuna garanzia di contrazione dei tempi processuali, non innesta un modello procedimentale alternativo e non costituisce perciò uno strumento a disposizione della parte interessata per prevenire l'ulteriore protrarsi del processo, né implica una priorità nella trattazione del giudizio », né « rivela efficacia effettivamente acceleratoria del giudizio, atteso che questo, pur a fronte dell'adempimento dell'onere di deposito, può comunque proseguire e protrarsi oltre il termine di ragionevole durata, senza che la violazione dello stesso possa addebitarsi ad esclusiva responsabilità della parte ». I giudici delle leggi hanno, dunque,

Nei processi amministrativi, tanto dinanzi al TAR quanto dinanzi al Consiglio di Stato, costituisce rimedio preventivo la presentazione dell'istanza di prelievo a norma e agli effetti degli artt. 71, comma 2, e 71-*bis* c.p.a., rispettivamente entro due anni e sei mesi dal deposito del ricorso che introduce il primo grado ed entro un anno e sei mesi dal deposito del ricorso in appello ⁽¹⁰⁾. Prima di ciò, nella giustizia amministrativa si era avuto l'art. 54 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, che aveva subordinato l'accesso al rimedio compensativo di cui alla legge Pinto alla previa presentazione dell'istanza di prelievo (ai sensi dell'art. 51, comma 2, regio decreto 17 agosto 1907, n. 642) nel corso del processo amministrativo antecedente in cui si assumeva essersi verificata la violazione: una simile previsione aveva attirato prima la condanna dello Stato italiano da parte della Corte EDU, quindi la declaratoria di incostituzionalità (v. *infra*).

Infine, anche con riguardo ai diversi giudizi instaurabili davanti alla Corte di cassazione (giudizi di legittimità e regolamenti), la parte avrebbe facoltà depositare un'istanza di accelerazione non oltre dieci mesi dal ricorso. La notazione assume oggi un rilievo affatto diverso (e inferiore), ove si consideri che la Corte costituzionale ha di recente sanzionato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, della l. n. 89 del 2001, « nella parte in cui prevede l'inammissibilità della domanda di equa riparazione nel caso di mancato esperimento del rimedio preventivo di cui all'art. 1-*ter*, comma 6, della medesima legge » ⁽¹¹⁾.

Le ragioni che hanno accompagnato la scure dei giudici del Palazzo della Consulta nell'atto di recidere tale onere a carico della parte ricorrente sono da rinvenire nella assenza, entro l'insieme della disciplina processuale del giudizio davanti alla Corte di cassazione, di un più spedito modulo procedimentale di decisione della causa nonché di qualsivoglia altro « effetto significativo sui tempi del procedimento » che possano dirsi discendere —

concluso che « la mancata presentazione dell'istanza di accelerazione nel processo penale può eventualmente assumere rilievo ai fini della determinazione della misura dell'indennizzo *ex lege* n. 89 del 2001, ma non deve condizionare la proponibilità della correlativa domanda ».

⁽⁹⁾ La sentenza Corte cost. 10 luglio 2019, n. 169 aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*quinqies*, lettera *e*, della legge n. 89 del 2001, come introdotto dall'art. 55, comma 1, lettera *a*, numero 2, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, come convertito: la norma in questione prevedeva che nei giudizi penali nei quali il termine di durata ragionevole fosse stato superato in epoca successiva alla sua entrata in vigore, la proponibilità della correlativa domanda di equa riparazione fosse subordinata alla presentazione di apposita istanza di accelerazione.

⁽¹⁰⁾ Su questo meccanismo è pendente una questione di legittimità costituzionale sollevata da App. Bologna, 3 agosto 2022.

⁽¹¹⁾ Corte cost. 13 luglio 2023, n. 142, su questione di legittimità costituzionale sollevata da Corte App. Firenze, 26 ottobre 2021

quale giuridica conseguenza, finanche « mediata dalla valutazione del giudice » — dal deposito dell'istanza di accelerazione.

Pare utile notare, che la recente riforma del processo civile ⁽¹²⁾ non è rimasta insensibile all'argomento della velocizzazione del rito di Cassazione, e ha formalizzato — con il nuovo art. 380-*bis* c.p.c. — lo strumento della « sintetica proposta di definizione del giudizio »: dunque la proposizione, da parte del relatore che ritenga, in base agli atti, inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato il ricorso introduttivo (e quello incidentale eventualmente proposto), di un progetto di sentenza da destinare alla decisione in sede camerale.

Tale novità non si raccorda con la prospettiva del rimedio riparatorio del danno da irragionevole durata del giudizio, ma — all'opposto — sembra prescindere, tradendo un sincero intento anticipatorio e deflattivo.

È innegabile che i rimedi disegnati al solo scopo di prevenire la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo hanno talvolta mostrato un effetto acceleratorio ancora molto contenuto e in specifiche ipotesi, rispetto allo standard convenzionale, non adeguato alle effettive esigenze di velocizzazione dei riti. Le occasioni di sindacato di costituzionalità — al netto degli esiti anche ablativi — hanno però riconosciuto il ruolo sistematico di tali istituti quale efficace strumento di responsabilizzazione della parte e del giudice.

Non pare comunque possibile formulare un giudizio complessivo di patente inidoneità. Occorre procedere piuttosto a un più approfondito e distinto esame delle singole soluzioni (principali)

3. I rimedi acceleratori nel processo civile

Nel campo della cognizione generale in materia civile, in ossequio al principio del giusto processo, declinato *sub specie* di canone generale di proporzionalità delle forme processuali impiegate alla complessità effettiva della controversia ⁽¹³⁾, il legislatore della l. n. 208 del 2015 ha imperniato il nuovo assetto soprattutto sul ricorso (originario o per cambio di rito a seguito di istanza *ex art.* 183-*bis* c.c. ⁽¹⁴⁾) al procedimento sommario di

⁽¹²⁾ Art. 3, comma 28, lettera *g*), del d.lgs. n. 149 del 2022.

⁽¹³⁾ R. DONZELLI, *Sul "giusto processo" civile "regolato dalla legge"*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 959.

⁽¹⁴⁾ R. TISCINI, *Il procedimento sommario di cognizione. Fenomeno in via di gemmazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 116 ss.

cognizione ⁽¹⁵⁾, oggi generalizzato — con estensione del suo ambito applicativo — sotto il nome di rito « semplificato di cognizione », retto dagli artt. 281-*decies* ss. e applicabile « quando i fatti di causa non sono controversi, oppure quando la domanda è fondata su prova documentale, o è di pronta soluzione o richiede un’istruzione non complessa » ⁽¹⁶⁾.

Tale scelta è stata resa possibile dal fatto che, secondo l’avviso della dottrina maggioritaria e della giurisprudenza ⁽¹⁷⁾, a dispetto del *nomen iuris* (in specie dell’aggettivo « sommario » ⁽¹⁸⁾, oggi felicemente sostituito), si tratta di un procedimento che, pur svolgendosi secondo forme « semplificate » ⁽¹⁹⁾, integra comunque una « cognizione piena » ⁽²⁰⁾, essendo, come noto, l’attributo della sommarietà da riferirsi solo alla trattazione e all’istruzione della causa, che si svolgono all’insegna di semplificazione e deformalizzazione, onde favorire un’effettiva accelerazione dell’esercizio, da parte del giudice designato, dei poteri cognitivi decisori ⁽²¹⁾.

⁽¹⁵⁾ Critiche sono giunte da M. NEGRI, *Equa riparazione per irragionevole durata del processo non ancora definitivamente concluso? La parola torna alla Consulta*, in *Corr. giur.*, 2017, 1292; V. GAETA, *La buona Pinto alla prova della Cedu*, in *questionegiustizia.it*, 2016, § 4; G. SORRENTI, *La condizione di ricevibilità dell’istanza di prelievo nei giudizi amministrativi rende ineffettivo il rimedio Pinto, aprendo ancora una volta la via del ricorso diretto a Strasburgo*, in *forumcostituzionale.it*, 16 maggio 2016, 1-9.

⁽¹⁶⁾ La lettera della disposizione, tenuto anche conto del richiamo all’art. 275-*bis* da parte dell’art. 281-*duodecies*, quinto comma, c.p.c., finisce per ammettere l’impiego di tale rito semplificato anche per le cause di competenza del collegio, purché non richiedenti un’istruttoria complessa, incompatibile con questo *modus procedendi*.

⁽¹⁷⁾ Cass. sez. un. 5 ottobre 2022, n. 28975, che cita Cass. sez. un. 10 luglio 2012, n. 11512 e Cass. 27 giugno 2018, n. 16893.

⁽¹⁸⁾ L’errore sistematico è sottolineato anche da M. DE CRISTOFARO, *Sommarizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 2, 501.

⁽¹⁹⁾ C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 882; ID, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis va ben al di là della sola dimensione processuale)*, in *Corr. giur.*, 2009, 737 ss.; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss.; S. MENCHINI, *L’ultima “idea” del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1025 ss.; A. CARRATTA, *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Ann.*, II, t. 1, Milano, 2008, 877 ss.

⁽²⁰⁾ Il dato era stato subito confermato dalle prime decisioni di merito che ne avevano fatto applicazione: Trib. Varese 18 novembre 2009 e Trib. Taranto 2 marzo 2010.

⁽²¹⁾ Cass. sez. un. 5 ottobre 2022, n. 28975: « la sommarietà si riferisc[e] alla strutturale semplicità dell’oggetto del processo e alla natura “non complessa” della sua istruttoria, che si risolvono in una trattazione della causa “semplificata”, condotta dal giudice ». Ciò emergeva particolarmente dalla lettera dell’art. 702-*ter*, comma quinto, c.p.c., laddove si prevedeva che « alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in

D'altro canto, rito ordinario e rito sommario (oggi semplificato) postulano diverse modalità di assunzione delle prove ma non differiscono nemmeno « in relazione all'oggetto della prova o all'estensione ed alla qualità del *thema probandum* » (22).

Mediante il conferimento al giudice di poteri discrezionali di gestione del processo, ivi compreso quello di individuare le forme procedurali più adatte alla complessità della causa, l'ordinamento piega il rito al servizio dell'effettività della tutela giurisdizionale, della congrua durata del processo e di una più efficiente allocazione delle risorse (23).

Leggendo l'odierno art. 281-*duodecies*, comma quinto, c.p.c., il legislatore dell'ultima novella succintamente ha previsto che il giudice, se non è richiesta la chiamata di terzi né sussiste motivo per autorizzare le parti a modificare o precisare domande, eccezioni e conclusioni, opera subito una scelta fondamentale di gestione del giudizio nell'alternativa tra: *i*) rimettere subito in decisione la causa già matura, secondo il sub-procedimento stabilito all'art. 281-*sexies* c.p.c. per la decisione del giudice monocratico (senza lo scambio cartolare dell'art. 189 c.p.c., sostituito da una discussione orale con lettura del dispositivo in udienza) ovvero nelle forme del sub-rito misto (di trattazione scritta e di discussione orale) dell'art. 275-*bis* c.p.c. quando si tratti di decisione collegiale; *ii*) ammettere i mezzi di prova rilevanti per la decisione e procedere alla loro assunzione.

Per le cause in cui non è applicabile il rito sommario perché la complessità dell'istruttoria non lo consente, la l. n. 89 del 2001 prescrive oggi che la parte abbia l'onere, entro due anni e sei mesi dalla proposizione dell'azione davanti al giudice di primo grado ed entro un anno e sei mesi dall'introduzione del giudizio di appello, di proporre istanza di decisione a seguito di trattazione orale a norma degli artt. 275, commi secondo, terzo e quarto

relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande», con formula — *mutatis mutandis* (vd. il riferimento al concetto di indispensabilità) — simile a quella adottata nell'art. 669-*sexies*, comma 1, c.p.c. con riguardo all'istruttoria del procedimento cautelare.

(22) M. BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 117 ss.

(23) P. PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione. Orientamenti, applicazioni e protocolli dei fori italiani*, Milano, 2011, 4, ancora la «semplificazione della sequenza processuale [... al] valore ponderate istruttoria della lite», il tutto rimesso «al *case management* giudiziale». Sul punto, è stato obiettato che la pur solerte e diligente iniziativa di parte — in ossequio agli artt. 702-*ter*, comma 3, e 183-*bis* c.p.c. — pare insuscettibile di «imporre» al giudice l'effettiva adozione del rito semplificato, restando del giudice medesimo l'ultima insindacabile parola al riguardo (M. NEGRI, *Legge di stabilità 2016*, cit., 12). Può discutersi se il nuovo art. 281-*decies* c.p.c. consenta la stessa disponibilità del rito semplificato.

(quando decisione collegiale) ⁽²⁴⁾, 281-*sexies* (quando decisione del giudice monocratico) ⁽²⁵⁾ e 350-*bis* (quando decisione in appello) ⁽²⁶⁾ c.p.c., almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-*bis*.

L'art. 1-*ter* omette di considerare molti riti del comparto civile, rispetto ai quali non resta che porsi l'alternativa tra una presunzione di ragionevole durata dei tempi processuali ovvero un'esenzione degli stessi riti dal campo d'azione dello schema di prevenzione dell'irragionevole durata, di tal che ai riti quali quelli del lavoro, locatizio o davanti al giudice di pace non si estenda la previsione dell'onere di iniziativa della parte interessata.

Poiché è da escludersi con nettezza la prima soluzione, incompatibile con la generale previsione di un diritto alla ragionevole durata del processo di cui all'art. 1-*bis* l. n. 89 del 2001, è senz'altro da preferirsi la seconda opzione. D'altro canto, i riti speciali già rinvergono nella propria disciplina una intrinseca attitudine alla velocizzazione del giudizio.

La stessa dottrina ha mostrato « perplessità » anche per il « totale silenzio » serbato dal legislatore con riguardo al processo esecutivo ⁽²⁷⁾ tanto nella sua forma singolare quanto in quella concorsuale, trattandosi di un rito fortemente a rischio di registrare sconfinamenti oltre il *délai raisonnable*, come testimonia il gran numero di ricorsi *ex lege* Pinto conseguenti.

⁽²⁴⁾ Si può dubitare che un sistema misto (precisazione delle conclusioni, scambio di compare conclusionali, discussione orale e decisione entro i 60 gg. successivi) possa far conseguire un risparmio di tempo sul piano processuale rispetto al rito decisorio ordinario (scambio di scritti precedente l'udienza di precisazione delle conclusioni e deposito della decisione nei 60 gg. successivi).

⁽²⁵⁾ Già a proposito del regime pre-2023, M. NEGRI, *Legge di stabilità 2016*, cit., 9, osservava che questo meccanismo appare rimedio meno incisivo rispetto all'applicazione del rito sommario di cognizione, potendo solamente sollecitare il giudice ad apprezzare la completezza dell'istruttoria così da elidere lo scambio di scritti conclusionali, con risparmio dei « 60+20+60 gg. altrimenti indefettibilmente frapposti al deposito della sentenza ». Con l'anticipazione dei termini della trattazione scritta dell'art. 189 c.p.c. alla fase precedente l'udienza di precisazione delle conclusioni, il risparmio di tempo potrebbe venire meno, salvo che, rinunciando opportunamente alla superflua cartolarità dell'art. 189 c.p.c. in favore di una discussione orale (con decisione contestuale, fuori dei casi di applicazione del nuovo comma terzo dell'art. 281-*sexies* c.p.c.), non si ottenga la fissazione di un'udienza di discussione e decisione più ravvicinata.

⁽²⁶⁾ Va da sé che nelle ipotesi ricadenti sotto all'art. 348-*bis* c.p.c. (inammissibilità o manifesta infondatezza), solo in capo alla parte appellata può davvero immaginarsi un onere di proporre istanza di decisione (in forma sintetica) a seguito di discussione orale. Viceversa, ha una latitudine generalizzata il rimedio preventivo di cui all'art. 350, comma terzo, secondo periodo, c.p.c., allorché l'impugnazione (propria o altrui) appaia manifestamente fondata o comunque di ridotta complessità o urgente.

⁽²⁷⁾ M. NEGRI, *Legge di stabilità 2016*, cit., 10.

4. La nuova istanza di prelievo nel processo amministrativo

Nei processi amministrativi, il legislatore ha ribadito di volersi affidare all'istituto dell'istanza di prelievo di cui all'art. 71, comma 2, c.p.a.

In caso di richiesta di equa riparazione, il giudice ha l'onere di verificare la sussistenza dell'istanza di prelievo degli atti del processo presupposto acquisendo d'ufficio il fascicolo del medesimo giudizio, anche in carenza di prove poste dalle parti ⁽²⁸⁾. Come pareva ovvio, la Corte di cassazione ha inoltre ribadito che della proposizione dell'istanza di prelievo, al fine di accedere al rimedio riparatorio, debba giovare anche la controparte ⁽²⁹⁾.

La funzione originaria dell'istanza di prelievo consisteva soltanto nel rivolgere al presidente una motivata segnalazione di urgenza, con sollecitazione a che l'udienza di discussione del ricorso fosse fissata in modo anticipato rispetto all'ordine costituito dalla data di deposito del ricorso, modificando le gerarchie di base del ruolo generale.

Nondimeno, l'art. 71-*bis* c.p.a., introdotto dall'art. 1, comma 781, lett. b), l. n. 208 del 2015, dispone oggi altresì che, a seguito dell'istanza, « il giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata » ⁽³⁰⁾. Naturalmente, ove il Presidente (destinatario dell'istanza e titolare di questo pre-sindacato ⁽³¹⁾) non ravvisi i presupposti per la trattazione urgente secondo il rito camerale e per la definizione in via semplificata, egli provvederà a fissare l'udienza pubblica prevista per la definizione del processo con rito ordinario.

Dunque, l'attivazione dell'art. 71, comma 2, c.p.a. provoca oggi l'apertura di un sotto-procedimento, e dunque un mutamento di rito con passaggio a un rito immediato in camera di consiglio, con dimezzamento dei termini processuali ai sensi dell'art. 87, comma 3, c.p.a. e fissazione della camera di consiglio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione. Con ogni evidenza, la richiesta di

⁽²⁸⁾ Cass. 28 settembre 2017, n. 22705.

⁽²⁹⁾ Cass. 19 ottobre 2015, n. 21140.

⁽³⁰⁾ Cfr. G. LATTANZI, *Riflessioni a prima lettura sui nuovi effetti dell'istanza di prelievo nell'art. 71-bis c.p.a.*, in *giustamm.it*, 2016, 5 ss.; E. TEDESCHI, *L'art. 71-bis c.p.a.: strumenti di accelerazione del processo amministrativo o una giustizia di "emergenza"?*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2016, 11-12, 603 ss. Per una attenta e completa ricostruzione dell'opera giurisprudenziale di adattamento nel processo amministrativo dei nuovi effetti dell'istanza di prelievo si v. A. G. OROFINO, *Istanza di prelievo e definizione in forma semplificata della controversia*, in *federalismi.it*, 2020, 12, 159 ss.

⁽³¹⁾ Va da sé che la delibazione presidenziale non vincola il collegio, che potrà rinviare la causa a successiva udienza pubblica ove ravvisi la necessità di particolari approfondimenti in fatto o in diritto, tali da richiedere l'osservanza del rito ordinario.

adozione di un simile modello, cristallizzata dal deposito dell'istanza di prelievo, è ben più di un atto formale, essendo volta ad attivare un rimedio in forma specifica, con effettiva valenza sollecitatoria, che attiene alla stessa modalità di trattazione del processo e di definizione del giudizio ⁽³²⁾.

La formulazione letterale della disposizione mostra un evidente debito concettuale verso la fortunata disposizione dell'art. 60 c.p.a., disciplinante la « definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare », altrimenti detto « rito immediato ». E — come subito notato — la novella « in positivo potrebbe semplicemente estendere il modello di decisione anticipata del ricorso previsto dall'art. 60 c.p.a. » ⁽³³⁾.

Ciò può avvenire senza dubbio ogniqualvolta si presentino i presupposti per la sentenza in forma semplificata ricavabili dall'art. 74 c.p.a. Poiché, però, l'art. 71-*bis* c.p.a. non rinvia espressamente all'art. 74 c.p.a., non può escludersi che tale meccanismo possa trovare applicazione anche al di fuori dei casi che rientrano nel perimetro della manifesta fondatezza ovvero della manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso ⁽³⁴⁾.

L'effetto che l'istanza di prelievo è venuta ad assumere con l'introduzione dell'art. 71-*bis*, c.p.a. segna una marcata e definitiva differenziazione tra questo istituto e l'istanza di fissazione dell'udienza *ex art.* 71, comma 1,

⁽³²⁾ UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE (a cura di), *L'art. 71-bis del cod. proc. amm., in giustizia-amministrativa.it*, 5 luglio 2016, a questo proposito, ha ribadito che l'art. 71-*bis* c.p.a. produce « un mutamento significativo, sul piano effettuale, dell'istanza di prelievo che, da adempimento meramente finalizzato all'alterazione dell'ordine cronologico di trattazione dei ricorsi sulla base del criterio della "maggiore urgenza" dell'uno rispetto all'altro (nell'invarianza del numero dei ricorsi trattati), diviene strumento di incentivazione della produttività giudiziale, mediante la trattazione del ricorso in camera di consiglio e la decisione con sentenza in forma semplificata ».

⁽³³⁾ A. TRAVI, *Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 2017, 4, 986 ss.

⁽³⁴⁾ Non sembra concordare con la prospettiva di un ampliamento rispetto alle ipotesi dell'art. 74 c.p.a. G. FERRARI, *Istanza di prelievo ex art. 71-bis1c.p.a.*, in R. Garofoli e T. Treu (diretto da), *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2017, 717 ss., la quale comunque efficacemente conclude che « [d]eve trattarsi di causa che il Presidente ha giudicato, a seguito di una sommaria delibazione ("prima facie"), di pronta definizione, e quindi con contraddittorio integro, non bisognevole di implementazione istruttoria e manifestamente fondato, infondato o definibile in rito. Ne consegue, come corollario obbligato, che i presupposti per la fissazione in camera di consiglio del ricorso per il quale sia stata presentata istanza di prelievo è, dall'1.1.2016, sia l'urgenza che la facile sua definizione. Resta ferma la sola condizione dell'urgenza, anche dopo l'1.1.2016, per la fissazione in pubblica udienza senza rispettare l'ordine cronologico di iscrizione delle istanze di fissazione d'udienza nell'apposito registro (art. 8 dell'allegato 2 al codice). La previa, sommaria delibazione dell'esistenza di tali presupposti è rimessa al Presidente, al quale solo spetta il vaglio delle istanze di prelievo ».

c.p.a., suggerendo dunque di fare proprie le tesi che respingono ogni assimilazione ai fini Pinto, almeno con riguardo ai giudizi cui trova applicazione il regime frutto della novella del 2015.

Non sono comunque mancate critiche allo strumento offerto dal legislatore, nemmeno a valle del suo potenziamento con la l. n. 208 del 2015, da parte di alcuni commentatori ne hanno evidenziato il persistente contrasto con le indicazioni del diritto Cedu emergenti dalla sentenza della Corte EDU nel caso *Olivieri* ⁽³⁵⁾.

La Corte costituzionale ha da ultimo escluso questa incompatibilità convenzionale e costituzionale, tratteggiando un quadro benevolo del rimedio preventivo, garante di una effettiva accelerazione del giudizio, seppure l'effetto del suo impiego sui tempi di definizione sia comunque « mediato dalla decisione del giudice, chiamato a stabilire, in relazione alle ragioni di urgenza prospettate dall'istante, se ricorrano i presupposti relativi alla completezza del contraddittorio e dell'istruttoria » ⁽³⁶⁾.

E non potrebbe essere altrimenti, in un sistema — quale quello italiano — basato sull'indisponibilità delle più fondamentali regole di governo del processo, amministrato dal giudice. Di fatti, « l'attribuzione al collegio adito della scelta sul modello procedimentale alternativo tutela tutte le parti del giudizio

⁽³⁵⁾ Tra i critici, F. DE SANTIS DI NICOLA, *Istanza di prelievo e altri "rimedi preventivi" per la ragionevole durata del processo*, in *Giur. it.*, 2016, 1975. Viene sminuito il significato del dimezzamento dei termini processuali proprio dei riti camerali, anche per la circostanza che esso risulterebbe applicabile solo per i termini successivi alla presentazione dell'istanza e all'effettiva fissazione della camera di consiglio di trattazione. Anche rispetto all'adozione della sentenza in forma semplificata, viene negato un automatico beneficio in termini di semplificazione nella definizione della controversia e di velocizzazione nella redazione del provvedimento.

Secondo una critica, « a prescindere dai profili di problematicità che la norma pone in termini di effettivo rispetto del contraddittorio e di interazione con l'ordinario potere presidenziale di composizione dei ruoli di udienze pubbliche e camere di consiglio, essa sembra fondarsi su di un equivoco: che la semplice utilizzazione del rito camerale, invece di quello ordinario in udienza pubblica, e della sentenza in forma semplificata, invece che nella forma ordinaria, possa di per sé determinare l'auspicata accelerazione ». Così D. CHINDEMI, *Legge Pinto: sussiste il diritto al risarcimento del danno in caso di perenzione del giudizio amministrativo successivo all'istanza di prelievo. Quid in mancanza di rimedi acceleratori?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 5, 1669, che giustifica la propria censura osservando che « a) il dimezzamento dei termini processuali proprio dei riti camerali è di ben poco rilievo e, comunque, applicabile solo per i termini successivi alla presentazione dell'istanza e alla effettiva fissazione della camera di consiglio di trattazione; b) l'utilizzazione della sentenza in forma semplificata non determina, di per se stessa, alcuna semplificazione della decisione della controversia, né una necessaria rapidità di stesura del provvedimento, dipendendo invece entrambi i fattori dalla oggettiva complessità della controversia e dalla maggiore o minore articolazione delle censure e delle difese dedotte ».

⁽³⁶⁾ Così Corte cost. 1° giugno 2023, n. 107.

e garantisce che la decisione sul rito contemperi le esigenze di sollecita trattazione, poste in risalto dall'istanza, con il pieno dispiegarsi dell'attività difensiva, alla luce della complessità della vicenda controversa »⁽³⁷⁾.

5. L'istanza di prelievo dal 2008 al 2015

Come anticipato, già prima della riforma del 2015, l'art. 54 del d.l. n. 112 del 2008 aveva stabilito, con riguardo ai giudizi devoluti al TAR e al Consiglio di Stato, che il diritto a ottenere l'indennizzo fosse precluso ogniqualvolta il richiedente non avesse presentato istanza di prelievo (ai sensi dell'art. 51, comma 2, r.d. 27 agosto 1907 n. 642) nel corso del processo amministrativo antecedente, in cui si assumeva essersi verificata la violazione.

Dubbi erano sorti sul fatto che tale onere trovasse applicazione a tutti i processi amministrativi pendenti alla data di entrata in vigore del decreto ovvero solo per quelli instaurati successivamente.

Intervenendo, la Corte di Strasburgo aveva, allora, ricordato come, in base ad un proprio consolidato orientamento, la mancata proposizione dell'istanza di prelievo non precludesse *tout court* la possibilità di constatare la violazione della ragionevole durata del processo amministrativo, aggiungendo poi una cauta critica alla reale efficacia della presentazione obbligatoria dell'istanza di prelievo, come all'epoca congegnata, rispetto all'obiettivo di ottenere un'effettiva accelerazione della procedura⁽³⁸⁾.

Un principio analogo a quello europeo era stato elaborato anche dalla Corte di cassazione, motivando sul presupposto che « la presenza di strumenti sollecitatori non sospende né differisce il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda, né implica il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole per la definizione del giudizio »⁽³⁹⁾.

Rispetto al quesito temporale, la Corte EDU riconosceva comunque che tale onere « *peut être acceptable en droit national seulement à partir du 25 juin 2008, date d'entrée en vigueur du décret-loi no 112/2008, et exclusivement dans le but de se plaindre, à un stade ultérieur et par le moyen d'un recours "Pinto", de la durée déraisonnable de la procédure* ».

Sulla scorta di ciò, la Suprema Corte aveva sciolto il dilemma sull'applicazione *ratione temporis* dell'art. 54, comma 2, d.l. n. 112 del 2008, precludendo — con riguardo ai processi amministrativi pendenti al 25 giugno 2008 e privi di un'istanza di prelievo — soltanto la proponibilità della domanda di indennizzo per il periodo successivo a tale data.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, 2 giugno 2009, ric. n. 15476/09, *Daddi c. Italia* (dec.).

⁽³⁹⁾ Cass. sez. un. 23 dicembre 2005, n. 28507.

Ne era conseguita la conferma che fosse da riconoscersi un ristoro, anche in carenza di proposizione dell'istanza di prelievo, per la durata eccessiva del processo già maturata prima dell'entrata in vigore del decreto, seppure sulla base di parametri inferiori alla media, atteso che la mancata proposizione dell'istanza di prelievo era indice del ridotto interesse del ricorrente alla celere definizione del procedimento ⁽⁴⁰⁾.

In sede di approvazione del c.p.a., si procedeva tuttavia a emendare il testo dell'art. 54 d.l. n. 112 del 2008 per disinnescare la richiamata interpretazione dei giudici di legittimità, a vantaggio di una preclusione retroagente, che scongiurasse anche l'indennizzo dei ritardi patiti prima delle sopravvenute modifiche normative.

La Corte di cassazione adeguava, quindi, il proprio indirizzo, statuendo che il ricorso *ex lege* Pinto non fosse proponibile per i processi amministrativi pendenti al 16 settembre 2010 se nel giudizio presupposto non fosse stata presentata l'istanza di prelievo, senza che avesse più alcun rilievo quanta parte del processo sottostante si collocasse prima del 25 giugno 2008 ovvero prima del 16 settembre 2010, e quanta parte, invece, si fosse svolta dopo tali termini ⁽⁴¹⁾.

6. L'effettività dei rimedi preventivi nella sentenza *Olivieri c. Italia*

In risposta a quanto disposto dal legislatore nel 2010, i giudici di Strasburgo hanno fatto registrare un arresto con cui si è rigettata l'eccezione di irricevibilità *ex art. 35*, par. 1, Cedu per mancato esperimento del rimedio interno *ex art. 54*, comma 2, d.l. n. 112 del 2008 e si è accertata la violazione dell'art. 13 Cedu per avere lo Stato italiano precluso l'accesso allo strumento riparatorio, richiedendo di sollecitare la fissazione dell'udienza di discussione davanti al TAR tramite un'istanza di prelievo ⁽⁴²⁾.

A essere censurati sono stati diversi caratteri dell'istituto. A detta della Corte EDU, tale onere manifesta una operatività automatica e generalizzata a ogni domanda di equa riparazione, inoltre non considera il tempo intercorso tra l'inizio del processo amministrativo e l'introduzione del rimedio acceleratorio e tiene in non cale i concreti svolgimenti del processo in questione, che — per ipotesi — potrebbero aver reso in concreto superflua l'istanza di prelievo.

La decisione *Olivieri*, inquadrando l'istanza di prelievo come rimedio acceleratorio (par. 53), assoggetta detto meccanismo al proprio sindacato di

⁽⁴⁰⁾ Cass. 13 aprile 2012, n. 5914; Cass. 12 settembre 2012, n. 15303.

⁽⁴¹⁾ Cass. 15 febbraio 2013, n. 3740; Cass. 20 marzo 2013, n. 6997.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, 25 febbraio 2016, ric. nn. 17708/12, 17717/12, 17729/12, 22994/12, *Olivieri e altri c. Italia*.

effettività, concludendo in senso negativo sulla base di tre ordini di motivi, tutti connessi tra loro.

La Corte ha preso atto che, in base alla disciplina applicabile *ratione temporis* (art. 51 r.d. n. 642 del 1907, ma la sostanza del rilievo non muta con l'art. 71, comma 2, c.p.a., almeno fino all'introduzione dell'art. 71-*bis*), il Presidente del TAR avrebbe solo la facoltà di derogare all'ordine cronologico di trattazione delle cause in ragione della presentazione dell'istanza di prelievo.

Non sembra poi « che la legislazione nazionale abbia previsto delle modalità precise quanto alla trattazione della domanda in questione, in particolare quanto ai criteri che il presidente del TAR deve applicare per rigettare o accogliere tale domanda e le conseguenze, in caso di rigetto, sullo svolgimento del processo » (par. 56).

Infine, poiché la difesa proposta dal Governo italiano non aveva fornito alcuna prova di riscontro pratico in merito al funzionamento concreto dell'istanza di prelievo davanti ai tribunali amministrativi, in specie sotto il profilo dei risultati in termini di contenimento della durata dei procedimenti, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto di dover procedere *ex officio* a un esame su un campione di sentenze della Cassazione rese tra il 2014 e il 2015 in materia di irragionevole durata del processo amministrativo e ne hanno ricavato un dato estremamente variegato, tale da suggerire che il trattamento delle istanze di prelievo dipenda « in maniera aleatoria dalla politica di priorità di ogni Tar » (par. 59).

Posti questi rilievi, la Corte EDU ha concluso che la condizione di procedibilità del ricorso prescritta dall'art. 54 fosse una « condizione formale che ha l'effetto di impedire l'accesso al procedimento Pinto » e che dunque il meccanismo di preclusione automatica, basato esclusivamente sul mancato deposito dell'istanza di prelievo, si ponesse in antitesi con l'art. 13 Cedu (par. 64).

Come notato da qualche autore, proprio « su questo rilievo è intervenuto il Legislatore nazionale che, con la legge di stabilità 2016 (quasi coeva alla pronuncia della Corte EDU), ha inserito nel codice del processo amministrativo l'art. 71-*bis*, il quale riconosce al giudice il potere, a certe condizioni, di decidere anticipatamente la controversia nel caso in cui sia stata presentata un'istanza di prelievo, in un'ottica di effettiva accelerazione del giudizio » ⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ AGUSTO, *La sentenza costituzionale n. 34 del 2019 e l'effettività delle tutele ex "Legge Pinto" nel sistema della Cedu*, in *Stud. iur.*, 2019, 7-8, 978 ss.

7. La Corte costituzionale a valle della Corte EDU

Sulla scorta degli arresti emessi dalla Corte EDU, ben sedici ordinanze di rimessione di tenore sostanzialmente sovrapponibile si sono levate dal giudice di legittimità e da una corte territoriale ⁽⁴⁴⁾, aprendo al giudizio di legittimità costituzionale del citato art. 54, comma 2, d.l. n. 112 del 2008, norma che dava causa all'improponibilità dei ricorsi in mancanza di una istanza di prelievo nei processi amministrativi presupposti.

Come è intuibile, veniva proposta la censura della norma per contrasto con l'art. 117, comma primo, Cost., in relazione ai parametri interposti degli artt. 6, par. 1, 13 e 46, par. 1, Cedu, come interpretati dalla giurisprudenza convenzionale nei casi *Daddi* e *Olivieri*.

Con la sentenza n. 34 del 2019, la stessa Corte costituzionale ha rilevato preliminarmente che la disciplina *sub iudice*, già stigmatizzata dalla Corte europea, era stata interessata, nelle more, dalle penetranti modifiche contenute al comma 777 della l. n. 208 del 2015. Sicché il giudizio di costituzionalità si è svolto con riguardo all'applicazione dell'art. 54 per come incidente *de residuo* sui soli giudizi relativi a processi amministrativi già definiti alla data di entrata in vigore della l. n. 208 del 2015, cioè il 1° gennaio 2016. Il sindacato di legittimità costituzionale ha indirettamente riguardato l'ultratattività della norma, applicabile anche ai giudizi Pinto relativi a processi amministrativi la cui durata al 31 ottobre 2016 eccedesse già i termini di cui all'art. 2, comma 2-*bis*, in adesione al regime transitorio dettato dal nuovo art. 6, comma 2-*bis*, della l. n. 89 del 2001.

Nel dichiarare fondata la questione (e dunque illegittimo l'art. 54, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008), la Corte costituzionale ha ribadito come « secondo la costante giurisprudenza della Corte EDU, i rimedi preventivi, volti ad evitare che la durata del procedimento diventi eccessivamente lunga, sono ammissibili, o addirittura preferibili, eventualmente in combinazione con quelli indennitari, ma ciò solo se “effettivi” e, cioè, nella misura in cui velocizzano la decisione da parte del giudice competente (così, in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, grande Camera, sentenza 29 marzo 2006, *Scordino contro Italia*) » ⁽⁴⁵⁾.

L'esito invero pareva scontato, in quanto le pronunce *Daddi* e — soprattutto — *Olivieri*, nel solco della costante giurisprudenza della Corte

⁽⁴⁴⁾ Cass. 3 novembre 2017, n. 26221; Cass. ord. 15 novembre 2017, n. 27100, Cass. 16 novembre 2017, nn. 27261 e 27260; Cass. 23 novembre 2017, nn. 27924, 27923 e 27922; Cass. 27 novembre 2017, nn. 28237, 28236, 28235 e 28234; Cass. 28 novembre 2017, n. 28403; Cass. 21 dicembre 2017, n. 30734; Cass. 29 gennaio 2018, n. 2097; Cass. 28 maggio 2018, n. 13333; App. Napoli ord. 12 maggio 2017.

⁽⁴⁵⁾ Corte cost. 6 marzo 2019, n. 34, punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

EDU, avevano già accertato l'inefficacia dell'istanza di prelievo come presupposta dall'art. 54. In assenza di meccanismi nel sistema giuridico nazionale che garantissero un esame accelerato l'esame, tale atto restava infatti « puramente dichiarativo di un interesse già incardinato nel processo e di mera "prenotazione della decisione" »⁽⁴⁶⁾.

Nel certificare l'ineffettività, secondo i canoni convenzionali, del previgente strumento, il Supremo giudice delle leggi ha sottolineato come l'istanza di prelievo sia stata dalla l. n. 208 del 2015 rimodulata in modo tale da farle assumere i connotati di un reale « rimedio preventivo » — da presentarsi almeno sei mesi prima che siano trascorsi i termini di cui all'articolo 2, comma 2-*bis* (e, cioè, tre anni per il primo grado e due anni per il secondo grado) — e « riscritta ora nei più incisivi termini di un onere di diligenza posto a carico della parte chiamata a cooperare con il giudice al fine di evitare il superamento del termine di ragionevole durata del processo » (punto 3. del *Considerato in diritto*).

In conseguenza di ciò, anche la giurisprudenza di legittimità è giunta a chiosare che, a seguito della sentenza n. 34 del 2019 della Corte costituzionale, « in relazione all'irragionevole durata dei processi amministrativi già pendenti alla data del 16 settembre 2010 (e, dunque, non soggetti all'art. 2, comma 1, della l. n. 89 del 2001, nella formulazione derivante dalle modifiche introdotte dalla l. n. 208 del 2015), la presentazione dell'istanza di prelievo nel giudizio presupposto non rappresenta più una condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione, ma può costituire elemento indiziante di una sopravvenuta carenza o di non serietà dell'interesse della parte alla decisione del ricorso, potendo assumere rilievo ai fini della quantificazione dell'indennizzo »⁽⁴⁷⁾.

A questi stessi fini, il giudice non deve limitarsi a recepire la formale denominazione dell'istanza, ma ha l'onere di verificarne in concreto, attraverso un esame diretto, l'effettiva destinazione a sollecitare la decisione della causa, e ciò in ragione del fatto che l'istanza di prelievo *ex art.* 71, comma 2, c.p.a. non è tipizzata, diversamente da quella di fissazione dell'udienza, quanto alla forma, ma ne è esclusivamente indicata la funzione, consistente nel segnalare l'urgenza della definizione del procedimento pendente⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Corte cost. 6 marzo 2019, n. 34, punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

⁽⁴⁷⁾ Cass. 26 agosto 2019, n. 21709 e Cass. 28 febbraio 2020, n. 5535.

⁽⁴⁸⁾ Cass. 29 novembre 2018, n. 30930 e Cass. 30 gennaio 2019, n. 2689.

III.

LA LEGGE PINTO: IL RIMEDIO RIPARATORIO

di *Emilio Bufano* (*)

SOMMARIO: 1. Genesi storica della l. n. 89 del 2001. — 2. Il rapporto tra il rimedio domestico e il modello europeo. — 2.1. La funzione originaria del meccanismo riparatorio interno. — 2.2. La natura autonoma o derivata del rimedio interno. — 2.3. La tesi dell'applicabilità diretta della CEDU e la sua critica. — 2.4. La (parziale) normatività *per relationem* del rimedio Pinto, il margine di apprezzamento e il limite dell'effettività. — 3. L'irragionevole durata del giudizio. — 4. Il diritto all'equa riparazione e la sua qualificazione. — 4.1. L'ipotesi dell'obbligazione risarcitoria da fatto illecito. — 4.2. Le tesi dell'obbligazione *ex lege* o della responsabilità contrattuale dello Stato. — 4.3. Critiche all'ipotesi indennitaria e profili di specialità risarcitoria. — 5. L'ambito soggettivo della tutela. — 6. L'accesso al rimedio Pinto in pendenza del giudizio. — 7. Il danno risarcibile e il regime probatorio. — 7.1. Nozioni preliminari. — 7.2. Il danno patrimoniale. — 7.3. Il danno non patrimoniale. — 7.4. Il pregiudizio patito dall'ente. — 7.5. Il contegno processuale della parte. — 7.5.1. Il sistema delle presunzioni legali e le questioni inter-temporali. — 7.5.2. Abuso, concorso nel ritardo e consapevole inconsistenza della pretesa (o difesa). — 7.5.3. Le presunzioni (relative) di insussistenza del danno. — 7.6. La quantificazione dell'equa riparazione. — 7.6.1. Considerazioni preliminari sulla legge applicabile nella liquidazione. — 7.6.2. I ricorsi pre-2012. — 7.6.3. La disciplina post-2012 e post-2016. — 8. La decadenza dal diritto. — 9. Il danno da ritardo nel pagamento dell'indennizzo.

1. Genesi storica della l. n. 89 del 2001

La legge 24 marzo 2001 n. 89, meglio nota come « legge Pinto », dal nome del senatore della Repubblica Stefano Pinto, primo firmatario del d.d.l. presentato il 16 febbraio 1999, XIII legislatura, A.S. n. 3813, reca la previsione del diritto ad un'equa riparazione in caso di violazione del termine di ragionevole durata del processo. Tale provvedimento legislativo, ispirato dal recupero di una precedente proposta del Ministro della giustizia Giovanni Conso (XI legislatura, A.S. n. 1816), è nato con la finalità di apprestare un rimedio giurisdizionale interno che fosse conforme all'art. 13 Cedu e

(*) Docente a contratto di Istituzioni di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Pisa.

perciò idoneo a disinnescare la tutela internazionale disposta dal combinato degli artt. 34 e 41 della stessa Convenzione in favore della vittima della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo di cui all'art. 6, par. 1, Cedu.

Come si ricava dalla Relazione di accompagnamento al d.d.l., la preoccupazione principale sottesa all'intervento normativo nazionale era, appunto, quella di reagire alle censure rivolte al Governo italiano in sede di Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ⁽¹⁾, nonché alla moltiplicazione delle richieste di equa soddisfazione avanzate da cittadini italiani dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, cui facevano riscontro numerose condanne dello Stato ⁽²⁾.

I giudici di Strasburgo censuravano, infatti, l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari (penali e civili) unita alla mancanza di un adeguato meccanismo interno di riparazione dei pregiudizi da *délai irraisonnable*. Ad assumere rilevanza ai fini del sindacato della Corte era, appunto, l'assenza di rimedi adeguati ed effettivi, attraverso i quali la parte di un processo potesse, a norma dell'art. 13 Cedu, lamentare davanti al giudice nazionale la violazione dell'art. 6 Cedu ⁽³⁾: l'addebito non si risolveva tanto nell'eccessiva lunghezza del singolo processo *sub iudice*, quanto piuttosto nella presa d'atto del reiterarsi di una simile circostanza, cosicché tali inadempienze non potevano essere ritenute « incidenti isolati » nell'ambito di una fisiologica amministrazione della giustizia da parte dello Stato, andando piuttosto a costituire « una prassi incompatibile con la Convenzione » ⁽⁴⁾.

Sulla base di queste premesse, il Consiglio d'Europa non mancava di esercitare una costante opera di pressione sul nostro Paese, preoccupato

⁽¹⁾ P. STRATOTI, *Legge Pinto e ragionevole durata del processo*, in *Giust. civ.*, 2007, II, 235 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. triv. dir. proc. civ.*, 2012, I, 235 s.

⁽²⁾ G. GAJA, *Valanga di condanne per la durata dei processi: quali rimedi?*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 328, parla di una vera e propria « valanga »; tra le prime: Corte EDU, 10 dicembre 1982, ric. n. 7604/77, *Foti c. Italia*; Corte EDU, 10 dicembre 1982, ric. n. 8304/78, *Corigliano c. Italia*; Corte EDU, 25 giugno 1987, ric. n. 9381/81, *Capuano c. Italia*.

⁽³⁾ Sul legame tra il diritto ad un ricorso effettivo (art. 13) e la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35, par. 1), cfr. R. ROMBOLI e A. PERTICI, *Art. 13 (Diritto ad un ricorso effettivo)*, in Bartole, Conforti e Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 377 ss.; A. DI STEFANO, *Art. 13 (Diritto a un ricorso effettivo)*, in Bartole, De Sena e V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 483 ss.

⁽⁴⁾ Corte EDU [GC], 28 luglio 1999, ric. 34884/97, *Bottazzi c. Italia*, par. 22; Corte EDU, 28 luglio 1999, ric. n. 33440/96, *Ferrari c. Italia*, par. 21; Corte EDU [GC], 28 luglio 1999, ric. n. 35265/97, *A.P. c. Italia*, par. 18; Corte EDU [GC], 28 luglio 1999, ric. n. 34256/96, *Di Mauro c. Italia*, par. 23.

anche che la dimensione del contenzioso iniziato da cittadini italiani ponesse addirittura a rischio il buon funzionamento della medesima Corte di Strasburgo ⁽⁵⁾.

L'influenza della legge Pinto sulla stessa amministrazione del contenzioso interno è stata evidente, e i correttivi incrementalmente aggiunti dal legislatore italiano hanno istituzionalizzato il suo valore metagiuridico, nella direzione di una più efficiente organizzazione degli uffici e di una più accorta gestione del processo ⁽⁶⁾.

2. Il rapporto tra il rimedio domestico e il modello europeo

2.1. *La funzione originaria del meccanismo riparatorio interno*

In ragione di quanto osservato a proposito della sua genesi, il funzionamento della legge Pinto ha a lungo massimizzato la sola necessità di tradurre nell'ordinamento italiano la tutela già sviluppata dalla Corte di Strasburgo allo scopo di riconoscere un'equa riparazione ai sensi dell'art. 41 Cedu.

Secondo una persistente tesi (anche) giurisprudenziale, l'obbligo che il legislatore italiano si è curato di assolvere mediante l'approvazione della legge Pinto sarebbe da ricercarsi nel dovere di apprestare in favore della vittima della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo un rimedio giurisdizionale interno « analogo » alla prevista tutela internazionale ⁽⁷⁾, che è — come è ovvio che sia — squisitamente riparatoria.

In effetti, l'originario comma 1 dell'art. 2 (oggi traslato con alcune modificazioni nel comma 2 dell'art. 1-*bis*), nel riconoscere un'equa riparazione a colui che avesse subito un danno « per effetto di violazioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui alla legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione », tradiva la logica di un intervento previsto solo a valle della consumata violazione.

La singolarità di questa opzione normativa, che operava « quasi dando per scontata l'inosservanza » del principio di ragionevole durata del pro-

⁽⁵⁾ S. ANGIOI e F. RAIMONDI, *La ragionevole durata del processo in Europa. Genesi, effetti e sviluppi della legge Pinto*, Napoli, 2011, 20.

⁽⁶⁾ Il *délai raisonnable* del sistema Pinto diviene parametro anche per la valutazione dell'arretrato nell'assunzione di impegni in sede europea. Sul punto si v. M. FABRI, *La giustizia civile nell'ambito del piano nazionale di ripresa e resilienza (pnrr)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 3, 927 ss.

⁽⁷⁾ Cass. 7 gennaio 2016, n. 95.

cesso, e che « prevedeva addirittura come soluzione fisiologica quella dell'indennizzo, così convertendo l'obbligo primario [...] in una sorta di obbligazione pecuniaria surrogatoria »⁽⁸⁾ non è sfuggita alla dottrina, che ha stigmatizzato l'impianto della legge in particolare sul rilievo che la violazione di uno degli elementi costitutivi della garanzia del giusto processo non potesse ritenersi compensabile attraverso la corresponsione di una riparazione economica⁽⁹⁾.

La riforma operata dai commi 777, 781 e 782 della legge n. 208 del 2015 ha modificato — in parte — l'impianto dell'articolato, antepo- nendo l'enumerazione di rimedi preventivi, affidata ora all'art. 1-ter della legge n. 89 del 2001, validi nell'ambito dei più diffusi riti di ciascuna giurisdizione.

2.2. *La natura autonoma o derivata del rimedio interno*

Il particolare contesto in cui è nata la legge Pinto ha giustificato alcuni dubbi ricostruttivi sul rapporto intercorrente tra il rimedio interno e quello sviluppato dalla Corte di Strasburgo. In effetti, anche gli atti parlamentari danno conto di una precisa direttiva legislativa per il giudice interno, chiamato a muoversi nell'ambito delle soluzioni giurisprudenziali elaborate dagli organi di Strasburgo⁽¹⁰⁾.

In un primo momento, la Corte di cassazione è parsa difendere il carattere autonomo della normativa domestica con la decisione di classificare le pronunce dei giudici di Strasburgo come mero criterio ermeneutico⁽¹¹⁾ e chiarendo che il diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo trovasse il proprio fondamento nella legge Pinto anziché nella Convenzione⁽¹²⁾.

Nei primi arresti, i giudici di legittimità facevano notare come le disposizioni convenzionali non introducano (direttamente) norme di diritto

⁽⁸⁾ G. VERDE, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 299 ss., spec. 312.

⁽⁹⁾ C. CONSOLO, *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. giur.*, 2001, 569.

⁽¹⁰⁾ G. VISINTINI, *La responsabilità dello Stato da ingiusto processo*, in *Contr. Impr.*, 2008, I, 113.

⁽¹¹⁾ « L'assenza di disposizioni che conferiscano carattere cogente alle decisioni della Corte europea (diversamente da quanto stabilito dal Trattato istitutivo della CEE per le sentenze della Corte di giustizia) » e « l'espressa previsione del danno, patrimoniale o non patrimoniale, quale elemento costitutivo del diritto all'equa riparazione » venivano assunti come indici di un obbligo per il giudice di « riscontrare esclusivamente sulla scorta dell'ordinamento interno il verificarsi dell'evento dannoso, quale concorrente requisito della nascita del diritto esercitato in giudizio » (Cass. 2 agosto 2002, nn. 11573, 11600 e 11987; Cass. 3 gennaio 2003, n. 10).

⁽¹²⁾ Cass. 2 agosto 2002, n. 11592.

interno, ma semmai, in combinato con l'art. 41 Cedu, accordino alla parte lesa, a mezzo dell'organo giurisdizionale europeo, una tutela di tipo supplementivo o sussidiario. Si affermava che «l'esplicito richiamo alla Convenzione, dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001 [...], non può far trascurare la presenza, nello stesso articolo, di una propria disciplina circa i parametri cui correlare la durata ragionevole del processo, nonché l'espressa previsione [...] del danno, patrimoniale o non patrimoniale, quale elemento costitutivo del diritto all'equa riparazione» (13).

La Corte europea, dal canto suo, ha da subito cercato di valorizzare la novità rappresentata dall'accessibilità del ricorso interno a norma della disciplina domestica (14), tralasciando di valutare lo strumento sotto il profilo dell'effettività (15), con l'intento di non interferire con il meccanismo di *traslatio* previsto dalla disciplina transitoria della stessa legge (16).

Poi, a fronte della menzionata reticenza del giudice nazionale a fare propri gli *standard* di tutela fissati dal diritto convenzionale (17), dichiarando la ricevibilità di un ricorso *sub specie* e rendendo una decisione nell'ambito di una vicenda processuale assai nota anche per sue implicazioni in materia espropriativa, la Corte di Strasburgo ha constatato nei fatti il mancato riconoscimento dello *status* di diritto fondamentale al diritto ad un termine di durata del processo ragionevole (18).

(13) Cass. 10 aprile 2003, n. 5664.

(14) Corte EDU, 6 settembre 2001, ric. n. 69789/01, *Brusco c. Italia* (dec.).

(15) LANA, *I tempi del processo e l'equa riparazione a quattro anni dall'entrata in vigore della c.d. legge Pinto*, in Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, 496 ss.

(16) A norma dell'art. 6 della l. n. 89 del 2001, entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge Pinto, poteva essere proposta istanza davanti al giudice italiano da parte di coloro che avessero già depositato tempestivamente un ricorso nella cancelleria di Strasburgo, non ancora dichiarato ricevibile o meno dalla Corte. Tale soluzione ha — di fatto — alterato l'applicazione del principio del previo esaurimento delle vie di ricorso interno (art. 35 Cedu).

(17) M. L. PADELLETTI, *L'applicazione della legge Pinto sull'equa riparazione in caso di irragionevole durata del processo, qualche luce e tante ombre*, in *Riv. dir. int.*, 2002, 954 ss.

(18) Corte EDU, 29 luglio 2004, ric. n. 36813/97, *Scordino c. Italia* (n. 1), confermata da Corte EDU [GC], 29 marzo 2006. In specie, la Corte europea censurava il dedotto fatto che nella prassi giurisprudenziale italiana si negasse l'ammissibilità del ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla quantificazione dell'indennizzo accordato dal giudice di merito in relazione alla giurisprudenza di Strasburgo. Per l'effetto, veniva dichiarato ricevibile anche il ricorso di una parte che aveva omissso di proporre ricorso davanti al giudice di legittimità avverso il decreto della Corte d'Appello, sulla scorta del rilievo che i rimedi interni da esperire devono mostrarsi «adeguati ed effettivi» e «devono esistere con un sufficiente grado di certezza non solo in teoria ma anche in pratica».

Onde evitare che prendesse piede una fase di « ritorni a Strasburgo »⁽¹⁹⁾ la Corte di cassazione a sezioni unite è allora intervenuta con un netto *revirement* puntellato da quattro decisioni gemelle⁽²⁰⁾.

La Corte decideva di astenersi dal compiere una ricostruzione sul piano delle fonti, che avrebbe impegnato il giudice italiano in merito al rapporto gerarchico tra ordinamento interno e Cedu. Tuttavia, una risposta alle preoccupazioni espresse dall'organo giurisdizionale internazionale è giunta rispetto a due fondamentali aspetti dell'applicazione della legge Pinto: « (a) le condizioni per l'indennizzo del danno non patrimoniale in conseguenza della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo; (b) l'effetto da attribuirsi, nella liquidazione del danno non patrimoniale da indennizzare in applicazione della legge nazionale, ai criteri seguiti dalle pronunce della Corte europea nella riparazione dello stesso tipo di danno ».

Secondo i giudici della Corte di cassazione il « fatto costitutivo del diritto all'indennizzo », riconosciuto dall'art. 2 della legge n. 89 del 2001, non viene autonomamente fissato dalla norma nazionale ma si determina *per relationem*, attraverso il rinvio all'apposita disposizione convenzionale, e consiste nella violazione dell'art. 6, paragrafo 1, Cedu.

Essendo la Corte di Strasburgo il solo giudice legittimato a verificare il rispetto della Convenzione, esclusivamente a essa viene demandato di « individuare tutti gli elementi di tale fatto giuridico »: la fattispecie di danno o di indennizzo finisce allora per essere « conformata » dalla Corte di Strasburgo, la cui giurisprudenza si imporrebbe, per quanto attiene all'applicazione della legge n. 89 del 2001, ai giudici italiani.

Dunque, ogni contrasto tra la legge Pinto e la Convenzione in punto di salvaguardia della situazione giuridica soggettiva sottostante (diritto alla ragionevole durata del processo) finirebbe per importare un difetto di conformità della prima alla Carta costituzionale.

2.3. *La tesi dell'applicabilità diretta della CEDU e la sua critica*

In alcuni successivi arresti, i giudici di legittimità estremizzavano questo ragionamento, ricavandone che la normativa interna « andrebbe considerata non già costitutiva del diritto all'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, bensì unicamente istitutiva della via di ricorso interno, prima inesistente, diretta ad assicurare una tutela pronta ed efficace alla vittima della violazione del canone di ragionevole durata del processo » in

⁽¹⁹⁾ A. VENTURELLI, *Legge Pinto: per le persone giuridiche la prova del danno non patrimoniale non è in re ipsa*, in *Danno e resp.*, 2005, 981, nt. 13.

⁽²⁰⁾ Cass. sez. un. 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340 e 1341.

base al fatto che « la l. 4 agosto 1955 n. 648, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'art. 2 Cost., rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed esemplificativa » (21).

Così « il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge nazionale » viene fatto coincidere « con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo » (22).

L'indicazione giurisprudenziale nel senso della diretta applicabilità della Convenzione è stata tuttavia oggetto di significative puntualizzazioni, ad opera *in primis* della Corte costituzionale che — come è noto — ha chiarito che la Cedu non dà vita a un ordinamento giuridico sopranazionale ma è piuttosto configurabile come trattato internazionale multilaterale, da cui derivano obblighi per i Paesi contraenti.

La Convenzione non produce, quindi, norme direttamente applicabili nei sistemi nazionali. Essa, piuttosto, detta norme che concorrono a integrare il parametro costituzionale dell'art. 117, comma primo, Cost. con ciò attestandosi ad un livello sub-costituzionale.

Nell'ipotesi di contrasto tra una norma interna e il diritto convenzionale, allora, la prevalenza della Cedu non si impone automaticamente, ma necessità del sindacato della Corte costituzionale, ispirato « al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione » (23).

Una parte della dottrina si è espressa subito in modo critico verso l'approccio deferente della giurisprudenza: si è notato che i giudici della Corte di cassazione hanno insolitamente optato per una lettura della disciplina nazionale quale normativa derivata, interpretazione che, in sostanza, ne avrebbe appiattito il portato dispositivo su quello del diritto convenzionale, riducendo l'opera positiva del legislatore domestico a una mera riproposi-

(21) Cass. 11 luglio 2006, nn. 15748-15751 e Cass. 19 ottobre 2011, n. 21646.

(22) Cass. sez. un. 23 dicembre 2005, n. 28507, ove la Corte ha voluto riconoscere il diritto alla riparazione anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto il giudizio prima dell'entrata in vigore della legge Pinto; al riguardo, cfr. L. D'ALESSANDRO, *La legittimazione ad agire iure hereditatis per la riparazione del pregiudizio conseguente alla irragionevole durata del processo*, in *Resp. civ.*, 2006, 699; conf. in giurisprudenza, Cass. 20 giugno 2006, n. 14286, secondo cui, ai fini del danno da irragionevole durata, è rilevante l'estensione del processo successiva al 1° agosto 1973, data a partire dalla quale è riconosciuta la facoltà del ricorso individuale alla Corte di Strasburgo.

(23) Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

zione sul piano del diritto italiano degli effetti di un illecito valutato secondo il paradigma Cedu ⁽²⁴⁾.

2.4. *La (parziale) normatività per relationem del rimedio Pinto, il margine di apprezzamento e il limite dell'effettività*

Si è detto già che i contorni della posizione soggettiva che la legge italiana qualifica come meritevole di tutela sono in larga misura ricavati *per relationem* tramite il rinvio alla situazione giuridica già ritagliata dalla fonte internazionale. Resta tuttavia centrale la mediazione della norma domestica, la quale fissa il bilanciamento fatto proprio dal legislatore nell'esercizio delle proprie prerogative — *inter alia* — nella definizione dell'ampiezza e delle modalità della tutela offerta.

Residuano allora alcune peculiarità della normativa domestica, che valgono in qualche misura a distinguere il rimedio Pinto dal modello europeo che ne è matrice. Del resto, come acutamente osservato in generale, « sembra plausibile ritenere che i legislatori rimangano sovrani nel graduare la rilevanza e la protezione risarcitoria degli interessi riconosciuti come fondamentali dalla Convenzione: ferma restando la necessità che non sia radicalmente negata tale tutela e che la relativa articolazione sia coerente con la natura dell'interesse protetto e con la funzione che il risarcimento è chiamato a svolgere » ⁽²⁵⁾.

Di recente, la difesa di un punto di equilibrio autoctono ha informato due sentenze della Corte costituzionale ⁽²⁶⁾, chiamate a esprimersi sul perimetro soggettivo di accesso al rimedio Pinto, alla luce di altrettanti arresti del giudice di Strasburgo ⁽²⁷⁾.

I Giudici delle leggi hanno dichiarato non fondate due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*bis*, della l. n. 89 del 2001 nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato per la persona offesa soltanto con l'assunzione della qualità di parte civile, per contrasto con

⁽²⁴⁾ G. CRICENTI, *Massime non consolidate sulla responsabilità da irragionevole durata del processo*, in *Danno e resp.*, 2002, 697, il quale criticamente fa notare che « le norme hanno solitamente il contenuto che gli atti interpretativi conformi le danno: caso singolare, qui la legge nasce in uno scenario ermeneutico già dato, fruito da una giurisprudenza autoreferenziale e praticona »; adesivamente, G. BOZZA, *La ragionevole durata del giusto processo, la legge Pinto e il processo fallimentare*, in *Fall.*, 2002, 306.

⁽²⁵⁾ E. BARGELLI, *Il danno non patrimoniale nel diritto privato europeo*, in Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 380.

⁽²⁶⁾ Corte cost. 28 ottobre 2021 n. 203 e Corte cost. 25 novembre 2020, n. 249.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, 18 marzo 2021, ric. n. 24340/07, *Petrella c. Italia*; Corte EDU, 7 dicembre 2017, n. 35637/04, *Arnoldi c. Italia*.

l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1 Cedu. In entrambi i casi, il giudizio traeva spunto da un ricorrente per equa riparazione deducendo che la durata del procedimento penale dovesse calcolarsi a far tempo dal giorno della presentazione della querela, giusta l'interpretazione dell'art. 6, par. 1, Cedu resa dalla Corte di Strasburgo.

La Corte costituzionale ha fatta salva — in quanto espressione di una scelta sistematica — la diversa impostazione dell'ordinamento nazionale, che differenzia la persona offesa (cioè la vittima del reato) dalla parte civile (ossia il danneggiato): la tutela della vittima si inverte nella (sola) costituzione di parte civile, sicché — con riguardo a quest'ultima, soltanto dall'assunzione formale della qualità di parte è possibile ritenere iniziato il processo.

In disparte ciò, rispetto a molti altri profili, ai fini dell'applicazione del rimedio interno, i presupposti che definiscono il diritto alla riparazione sono comuni a un nucleo sostanziale « ancorato all'accertamento della violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione »⁽²⁸⁾. Le forti analogie hanno determinato evidenti riflessi soprattutto sul piano della ripartizione dell'onere probatorio, stante la sensibilità di questo aspetto nell'economia del rimedio a presidio della sua effettività.

Si è ampiamente riportato come, in un primo tempo, la violazione dell'art. 6 Cedu fosse stata addirittura rappresentata come « evento *ex se* lesivo di un diritto della persona alla definizione del processo in un termine ragionevole »⁽²⁹⁾.

In seguito, la giurisprudenza di legittimità ha meglio descritto il danno rilevante come la « conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali »⁽³⁰⁾, allo scopo di sgomberare il campo dalle tesi affermative di un danno-evento, cioè di un danno la cui sussistenza si imponga *in re ipsa* allorquando il processo risulti obiettivamente prolungarsi oltre i parametri legislativi.

⁽²⁸⁾ Resistono in ciò le parole di Cass. 13 aprile 2006, n. 8712; Cass. 16 febbraio 2005, n. 3117; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14885.

⁽²⁹⁾ Cass. 19 settembre 2005, n. 18455; Cass. 29 ottobre 2002, n. 15229; Cass. 26 luglio 2002, n. 11046.

⁽³⁰⁾ Cass. 1° dicembre 2011, n. 25730; Cass. 23 novembre 2011, n. 24696; Cass. 26 maggio 2009, n. 12242; Cass. 26 settembre 2008, n. 24269; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2246; Cass. 13 settembre 2006, n. 19666; Cass. 2 maggio 2006, n. 10124; Cass. 13 aprile 2006, n. 8714; Cass. 29 marzo 2006, n. 7145; Cass. 28 marzo 2006, n. 6999; Cass. 11 marzo 2006, n. 5386; Cass. 11 novembre 2005, n. 21857; Cass. 28 ottobre 2005, n. 21094; Cass. 3 ottobre 2005, n. 19288; Cass. 30 agosto 2005, n. 17500; Cass. 8 giugno 2005, n. 12015; Cass. 30 marzo 2005, n. 6714; Cass. 18 marzo 2005, n. 5992; Cass. 18 febbraio 2005, n. 3396; Cass. 21 luglio 2004, n. 13504; Cass. 16 luglio 2004, n. 13163; già Cass. sez. un. 26 gennaio 2004, n. 1338.

Attraverso successivi interventi, la Corte di cassazione ha rimarcato tale sfera di autonomia: da un lato, ha conservato in capo al giudice italiano « un margine di valutazione che gli consente di discostarsi, purché in misura ragionevole, dalle liquidazioni effettuate dalla Corte europea »⁽³¹⁾; dall'altro, soprattutto, ha rivendicato la soggezione del giudice italiano all'art. 2 l. n. 89 del 2001, che impone di correlare il ristoro al solo periodo di durata irragionevole del processo, cioè alla parte eccedente lo *standard* di congruità, e non all'intera durata dello stesso.

La Corte di legittimità ha infatti apprezzato che « tale modalità di calcolo non tocca la complessiva attitudine della legge citata ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo e, pertanto, non autorizza dubbi sulla compatibilità di tale norma con gli impegni internazionali assunti dalla Repubblica italiana con la ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e con il pieno riconoscimento, anche a livello costituzionale, del canone di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione medesima (art. 111, secondo comma, Cost., nel testo fissato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) »⁽³²⁾.

È stata infine la stessa giurisprudenza europea⁽³³⁾ ad avvallare la limitazione disposta dalla legge italiana, correlandola ad un margine di apprezzamento di cui dispone ciascuno Stato aderente, che può istituire una tutela per via giudiziaria coerente con il proprio ordinamento giuridico e le proprie tradizioni, in conformità al livello di vita del Paese, sicché il citato metodo di calcolo non è in sé sintomo di incongruenza⁽³⁴⁾, ferma restando comunque la possibilità per l'organo sovranazionale di valutare l'adeguatezza degli importi liquidati dai giudici nazionali, rispetto al canone di effettività della tutela che traspare dal combinato degli artt. 13 e 41 Cedu, in modo da assicurare che i criteri domestici non conducano ad accordare un indennizzo manifestamente incongruo rispetto a quello che sarebbe stato invece conseguito ove fosse stato esperito ricorso avanti alla Corte di Strasburgo⁽³⁵⁾.

⁽³¹⁾ Invero già Cass. sez. un. 26 gennaio 2004, n. 1340.

⁽³²⁾ Cass. 23 aprile 2005, n. 8568; Cass. 13 aprile 2006, n. 8714; Cass. 19 novembre 2007, n. 23844; Cass. 22 gennaio 2008, n. 1354; Cass. 6 maggio 2009, n. 10415; Cass. 11 gennaio 2011, n. 478.

⁽³³⁾ Corte EDU, 20 aprile 2010, ric. nn. 37947/02 e 39420/02, *Martinetti e a. c. Italia*; Corte EDU, 31 marzo 2009, ric. n. 22644/03, *Simaldone c. Italia*; Corte EDU, 5 giugno 2007, ric. n. 14626/03, *Delle Cave e a. c. Italia*.

⁽³⁴⁾ Così già Corte EDU, 29 marzo 2006, ric. n. 64897/01, *Apicella c. Italia*; per uno studio dei parametri di liquidazione applicati dalla Corte di Strasburgo, F. CRISAFULLI, *La liquidazione del danno da irragionevole durata del processo*, in *Giur. merito*, 2009, 2330 ss.

⁽³⁵⁾ Corte cost. 23 luglio 2015, n. 184, punto 5 del *Considerato in diritto*.

Del resto, plurime conferme di un apprezzabile margine di autonomia in favore del legislatore nazionale possono essere rivenute sia nelle parole della Corte costituzionale ⁽³⁶⁾ sia nella giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo ⁽³⁷⁾.

Le regole domestiche dettate dalla l. n. 89 del 2001 sembrerebbero dunque compiere un rinvio alla fonte sovranazionale (esclusivamente) sotto il profilo tanto dei contorni minimi della situazione soggettiva protetta, quanto della definizione dei presupposti dell'equo indennizzo e della congruità dei parametri minimi di quantificazione di questa misura riparatoria.

Il rimedio interno in favore della vittima della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo è da ritenersi — in conclusione — analogo a (ma non coincidente con) la tutela convenzionale. In modo implicito anche una delle note decisioni in materia di danno non patrimoniale ha rilevato come il diritto al risarcimento del pregiudizio da irragionevole durata del processo discenda dalla norma interna e non dalla previsione della Cedu ⁽³⁸⁾, la quale non si presenta idonea a individuare nuovi diritti nell'ordinamento italiano ⁽³⁹⁾.

La ricostruzione in chiave autonoma del rimedio domestico passa anche attraverso la valorizzazione dei molteplici indici normativi, invero non sempre univoci, presenti all'interno dell'articolato legislativo tanto con riferimento al diritto « primario » alla ragionevole durata dei procedimenti giurisdizionali, quanto a quello « secondario » all'equa soddisfazione.

Di questo insieme fanno parte le regole che valorizzano il comportamento dell'interessato nel processo antecedente, poste per una maggiore responsabilizzazione dell'interessato ⁽⁴⁰⁾, messa altrimenti a rischio dal carattere rigidamente automatico della tutela.

⁽³⁶⁾ Corte cost. 25 febbraio 2014, n. 30, sulla discrezionalità del legislatore nei casi in cui la conformazione del diritto interno alla Convenzione non sia « a rime obbligate ».

⁽³⁷⁾ Corte EDU, 29 marzo 2006, ric. n. 62361/00, *Riccardi Pizzati c. Italia*, secondo cui « quando uno Stato ha compiuto un passo significativo introducendo un mezzo di ricorso interno, la Corte deve lasciargli un più ampio margine di apprezzamento così da consentirgli di organizzare il mezzo di ricorso in un modo coerente con il proprio sistema giuridico e con le sue tradizioni »; nonché Corte EDU [GC], 29 marzo 2006, ric. n. 36813/97, *Scordino c. Italia* (n. 1), che aggiunge come « può effettivamente avvenire che le regole di procedura applicabili non siano esattamente le stesse di quelle relative alle richieste ordinarie di risarcimento danni. Sta ad ogni Stato decidere, sulla base delle norme applicabili nel proprio sistema giudiziario, quale sia la procedura che rispetti al meglio il carattere obbligatorio di "effettività" ».

⁽³⁸⁾ Cass. sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972.

⁽³⁹⁾ Lo sottolinea anche R. BIANCHI, *Il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*, in Navarretta, *Il danno non patrimoniale.*, cit., 410.

⁽⁴⁰⁾ Così l'esclusione dell'indennizzo in favore della parte che abbia compiuto un abuso, anche atipico, dello strumento processuale, introdotta dall'art. 55, comma 1, lett. a), n.

Tuttavia, resta fermo che sulla quantificazione dell'indennizzo operata dalla Corte d'appello italiana, è sempre possibile un sindacato convenzionale quando inappropriata e insufficiente nell'esito, pur tenuto conto del legittimo criterio italiano di calcolo, basato sul solo periodo di tempo maturato in eccesso ⁽⁴¹⁾.

3. L'irragionevole durata del giudizio

Dalla novella del 2012, la normativa interna ha mutuato formalmente gli standard di ragionevole durata che si erano andati sviluppando nella giurisprudenza di Strasburgo riferita ai casi italiani. Il legislatore ha dato seguito a questo proposito introducendo all'art. 2, i commi «2-*bis*. Si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità. Ai fini del computo della durata il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. Si considera rispettato il termine ragionevole se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni, e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni. Il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari. 2-*ter*. Si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni. 2-*quater*. Ai fini del computo non

2, d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 134 del 2012, che ha inoculato, all'art. 2, il comma 2-*quinquies*, in seguito sostituito dall'art. 1, comma 777, lett. c), della legge n. 208 del 2015.

Del pari significative sono le ipotesi di presunzione relativa di insussistenza del danno contenute nei commi 2-*sexies* e 2-*septies*, sempre frutto della novella della legge n. 208 del 2015, con cui il legislatore ha inteso ribaltare l'onere probatorio rispetto ad una serie di situazioni assai diffuse nella casistica, con implicazioni che non restano confinate agli aspetti processuali ma concorrono a ridefinire in senso più rigoroso la stessa fattispecie di danno (prescrizione del reato, contumacia, estinzione del processo, perenzione del ricorso, mancato esperimento di strumenti di economia processuale nel processo amministrativo, irrisorietà della pretesa o del valore della causa in relazione alle condizioni personali della parte, *compensatio lucri cum damno*).

⁽⁴¹⁾ Alcuni ricorrenti sono stati ammessi nella loro qualità di vittima pur avendo ricevuto la liquidazione dell'indennizzo da parte del giudice nazionale, in quanto il ristoro quantificato dalla Corte d'appello è stato ritenuto — appunto — non congruo. Così Corte EDU [GC], 29 marzo 2006, ric. n. 64886/01, *Cocchiarella c. Italia*; 5 giugno 2007, ric. n. 14626/03, *Delle Cave e Corrado c. Italia*; Corte EDU, 26 marzo 2020, ric. n. 24888/03, *Matteo c. Italia*.

si tiene conto del tempo in cui il processo è sospeso e di quello intercorso tra il giorno in cui inizia a decorrere il termine per proporre l'impugnazione e la proposizione della stessa ».

Per quanto riguarda il processo rilevante ai fini del computo, una questione si è posta a proposito della cumulabilità tra cognizione ed esecuzione. La giurisprudenza di legittimità l'ha da ultimo risolta affermando che « la fase di cognizione del processo che ha accertato il diritto all'indennizzo a carico dello Stato-debitore va considerata unitariamente rispetto alla fase esecutiva eventualmente intrapresa nei confronti dello Stato, senza la necessità che essa venga iniziata entro sei mesi dalla definitività del giudizio di cognizione, decorrendo detto termine dalla definitività della fase esecutiva » (42).

In tutte le altre ipotesi, le fasi di cognizione ed esecuzione continuano ad essere considerate unitariamente o separatamente a seconda della condotta posta in essere dalla parte, al fine di evitare un esercizio abusivo del principio (43).

4. Il diritto all'equa riparazione e la sua qualificazione

4.1. *L'ipotesi dell'obbligazione risarcitoria da fatto illecito*

Riportando con minime variazioni il contenuto del precedente art. 2, comma 1, l'odierna formulazione dell'art. 1-*bis* enuncia, al comma 2, che « chi, pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'articolo 1-*ter*, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo ha diritto ad una equa riparazione ».

La qualificazione del diritto secondario, scaturente dalla violazione del diritto primario alla ragionevole durata, ha attirato le attenzioni della dottrina gius-civilistica più che ogni altro aspetto relativo alla legge Pinto. Dal lato della giurisprudenza, viceversa, la stessa problematica ha ricevuto una considerazione soltanto superficiale: le decisioni — anche di legittimità — che hanno preso posizione sul punto offrono una argomentazione di carattere meramente assertivo.

(42) Cass. sez. un. 23 luglio 2019, n. 19883.

(43) Tanto aveva in precedenza — correttamente — stabilito Cass. sez. un. 6 maggio 2016 n. 9142. Ne consegue che, soltanto qualora l'interessato si sia attivato per eseguire il giudicato nel termine di sei mesi dalla definizione del procedimento di cognizione, in ossequio al termine decadenziale di cui all'art. 4 della l. n. 89 del 2001, egli potrà ottenere la valutazione unitaria dei procedimenti. Al contrario, allorquando la parte abbia lasciato spirare quel termine, essa non potrà essere rimessa in termini.

In realtà, a dispetto di quanto alcune pronunce hanno affermato ⁽⁴⁴⁾, la questione definitoria conserva una qualche importanza da un punto di vista pratico, per offrire risposte all'interprete sulla ricostruzione della cornice normativa in cui situare il rimedio, da cui attingere nell'integrazione delle indicazioni non sempre esaurienti della l. n. 89 del 2001. A questo scopo, non pare nominalistica l'alternativa tra mutuare il complemento dalla disciplina generale in materia di responsabilità civile ovvero affidarsi alla valorizzazione degli indiscutibili tratti di specialità dello strumento.

Determinarsi nel senso di una responsabilità extracontrattuale dello Stato rende meramente dichiarativo l'accertamento delle condizioni che determinano l'illecito e, dunque del diritto al risarcimento del danno, di tal che la legge applicabile — salve le ipotesi di regole processuali rette dal *tempus regit actum* — sarebbe quella vigente al momento in cui tale diritto è maturato, se si accetta che il fatto generatore (ossia l'illecito) sia ormai compiuto e divenuto impermeabile al diritto sopravvenuto.

La qualificazione della riparazione, inoltre, può incidere sulla cumulabilità o meno del rimedio regolato dalla legge Pinto con l'azione di danno eventualmente proposta *ex art.* 2043 c.c., anche alla luce degli orientamenti in tema di presupposti e limiti del principio della *compensatio lucri cum damno* ⁽⁴⁵⁾.

Una parte consistente della dottrina ha sostenuto la considerazione che, a prescindere dalla denominazione adoperata dal legislatore, si tratti di una obbligazione *ex delicto* a contenuto riparatorio collegata alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cass. 5 novembre 2002, n. 15449 e App. Genova 17 luglio 2002.

⁽⁴⁵⁾ Il riferimento è alle note Cass. sez. un. 22 maggio 2018, n. 12565 (risarcimento dei danni e indennità assicurativa), n. 12566 (risarcimento dei danni e indennità INAIL) e n. 12567 (risarcimento dei danni e accompagnamento), nonché Cons. St. ad. plen. 23 febbraio 2018, n. 1. Sul punto si v. no le riflessioni di U. IZZO, *Quando è "giusto" il beneficio non si scomputa dal risarcimento del danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1503 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. PONZANELLI, « *Equa riparazione* » per i processi troppo lenti, in *Danno e resp.*, 2001, 570 ss.; ID., *Prime applicazioni della legge Pinto*, in *Danno e resp.*, 2001, 968 s.; ID., *L'« equa riparazione » del danno secondo la legge Pinto: l'intervento della Cassazione e della Corte d'appello di Milano sulla vicenda Saevecke*, in *Danno e resp.*, 2002, 1126 ss.; R. MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1077; I. PEILA, *Brevi note in merito alla legge 24 marzo 2001, n. 89 in tema di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1070; D. AMADEI, *Note critiche sul procedimento per l'equa riparazione dei danni da durata irragionevole del processo*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 32; F. VITELLI, *La prova del danno non patrimoniale da violazione del termine di durata ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2004, I, 1856; F. LONGO, *L'art. 2 della Legge Pinto: indennizzo o risarcimento?* in *Giur. it.*, 2003, I, 277; ID., *Violazione della durata ragionevole del processo:*

Si tratterebbe, pertanto, di un « classico caso di responsabilità extracontrattuale dello Stato »⁽⁴⁷⁾, cui il legislatore ha voluto riservare una disciplina tipica sia sotto il profilo processuale che sotto quello sostanziale, in specie attraverso la determinazione per via legislativa del requisito del *contra ius*, individuato nella violazione del diritto alla ragionevole durata di cui all'art. 6, par. 1, Cedu.

Si è riconosciuto, dunque, al legislatore italiano lo sforzo di aver positivamente un'ipotesi di responsabilità fino ad allora costruita in via pretoria dalla Corte di Strasburgo e assente presso la giurisprudenza domestica; diversamente, taluno ha sostenuto che tale responsabilità dello Stato sarebbe già ben potuta rientrare nel regime generale della responsabilità extracontrattuale a norma dell'art. 2043 c.c. e, in ragione della rilevanza costituzionale del diritto alla ragionevole durata del processo, anche nella sfera della risarcibilità del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c.⁽⁴⁸⁾.

Invero, sorge più di un dubbio rispetto alla possibilità di sostenere che il diritto alla ragionevole durata del processo sia effettivamente inviolabile⁽⁴⁹⁾. Tale situazione giuridica pare ricevere un riconoscimento costituzionale come diritto fondamentale, nella misura in cui essa configura già una declinazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., poi sigillata all'art. 111, secondo comma, secondo periodo, Cost.

Nondimeno tale diritto non presenta i crismi dell'invulnerabilità, stante il carattere ancillare della situazione rispetto al principale nucleo del diritto di difesa: come è noto, quest'ultimo è destinato ad assumere diverse forme (es. contraddittorio tra le parti, parità delle armi, terzietà e imparzialità del giudice), che connotano l'essenza del giusto processo. In qualche circostanza, alcune manifestazioni del giusto processo possono arrivare a imporre la piena estrinsecazione del diritto di difesa a svantaggio della durata contenuta del procedimento giurisdizionale, che è certamente bene secondario. Con il che sembra doversi escludere la tesi della superfluità del dato positivo, almeno rispetto all'ammissibilità del ristoro delle poste di danno non patrimoniali, altrimenti escluse dal perimetro dell'art. 2059 c.c.

natura della riparazione e danno risarcibile, in *Giur. merito*, 2003, I, 24; C. CARBONARO, *I danni da irragionevole durata del processo*, in NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 286 s.; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 115.

(47) G. PONZANELLI, « *Equa riparazione* », cit., 570.

(48) C. PASQUINELLI, *Legge Pinto ed irragionevole durata del processo. La Cassazione ammette il danno morale per gli enti collettivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 290 ss.; *contra*, M. MENGOSI, *I rapporti tra la CEDU e la legge Pinto: le Sezioni Unite tornano a pronunciarsi sul tema*, in *Giur. cost.*, 2007, 519 s.; G. CRICENTI, *Massime non consolidate*, cit., 694.

(49) Lo esclude anche R. BIANCHI, *Il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*, cit., 404, che ricava l'esclusione dalla lettura delle sezioni unite di San Martino.

La fattispecie dell'art. 1-*bis*, comma 2, l. n. 89 del 2001 è stata inserita tra le figure speciali di illecito civile e, più precisamente, nella categoria della responsabilità oggettiva non assoluta ma relativa, stante l'importanza che assumono le caratteristiche del caso e la condotta delle parti ⁽⁵⁰⁾, elementi questi ultimi ancor più intensamente valorizzati dalla riforma della l. n. 208 del 2015.

Dalla stessa dottrina, i connotati di specialità sono individuati nel fatto che: *a*) la colpa dello Stato sia fatta coincidere con la stessa violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu e non richieda alcuna specifica prova (v. *infra*); *b*) il risarcimento del danno non patrimoniale sia esplicitamente riconosciuto, affrancandone la riconoscibilità dal 'sentiero stretto' della tutela dei diritti inviolabili; *c*) il canone dell'equità, insieme al riferimento alla nozione di indennizzo, sia richiamato per escludere *de facto* l'integralità della riparazione, a beneficio di una standardizzazione che strizza l'occhio al principio di uguaglianza in senso formale.

Altri hanno apportato ulteriori argomenti a sostegno della qualificazione della violazione della ragionevole durata come fatto illecito e, conseguentemente, dell'obbligazione dello Stato in chiave risarcitoria. Si è sottolineato il fatto che il ristoro sia limitato alla parte eccedente la giusta durata del processo, nonché la necessaria presenza di un rapporto di causalità tra durata del processo e danno. Si è posta poi l'attenzione sugli indici testuali contenuti nella l. n. 89 del 2001, *in primis* sull'uso dei lemmi « danno » e « riparazione », quindi sul disposto dell'odierno art. 2-*bis*, comma 2 (già art. 2, comma 3), secondo cui il giudice determina la riparazione « a norma dell'art. 2056 del codice civile » ⁽⁵¹⁾, cioè in base ad una norma notoriamente inscritta nell'alveo delle regole che sovrintendono al sistema della responsabilità civile da fatto illecito, e che suggerisce altresì — stante i rinvii ivi contenuti — di ricomprendere nella riparazione in parola sia il danno emergente che il lucro cessante.

La menzionata soluzione ricostruttiva esclude dunque il rimedio Pinto dai sistemi di sicurezza sociale, nei quali forme diverse di assicurazione pubblica possono garantire il ristoro a favore di persone che abbiano subito

⁽⁵⁰⁾ G. PONZANELLI, « *Equa riparazione* », cit., 570; ID., *Prime applicazioni*, cit., 968; ID., *L'« equa riparazione » del danno secondo la legge Pinto*, cit., 1127; analogamente, V. BARELA, *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 145 ss.

⁽⁵¹⁾ Di contro, l'abrogazione del richiamo (prima previsto) alla forma di riparazione in forma specifica di cui all'art. 2058 c.c. potrebbe militare contro la qualificazione del rimedio risarcitorio come ipotesi aquiliana. Così A. GENOVESE, *Contributo allo studio del danno da irragionevole durata del processo*, Milano, 2012, 177 ss., che ne sostiene una funzione « non solo sanzionatoria, ma anche preventiva ».

un danno più per disgrazia che per un'attività svolta dallo Stato ovvero a favore di quelle che abbiano patito un pregiudizio da un atto (sebbene lecito) del medesimo.

Nella giurisprudenza la tesi che accede alla collocazione del rimedio Pinto entro la cornice della responsabilità civile è rimasta assolutamente minoritaria e pressoché confinata ad alcune isolate indicazioni di giudici di merito nella prima fase di applicazione della legge ⁽⁵²⁾.

4.2. *Le tesi dell'obbligazione ex lege o della responsabilità contrattuale dello Stato*

La Corte di cassazione si è attestata in modo granitico, per quanto estremamente assertivo, sulla posizione di ritenere lo strumento introdotto con la l. n. 89 del 2001 un'indennità integrante un sistema compensativo ma non riparatorio, in cui la dimensione individuale del danno resta solo sullo sfondo. L'indennizzo sarebbe dunque parametrato al ritardo e non al danno che ne sia derivato: a riprova di ciò, nella pratica, la progressione dell'uno dell'altro non seguirebbero una proporzione diretta. La convinzione, insomma, è che indennizzare secondo il ritardo non equivalga a risarcire il danno conseguente a tale ritardo, ma a compensare — monetizzandola — la *défaillance* dell'esercizio d'un pubblico potere.

Anche la stessa netta differenza di trattamento rispetto al regime ordinario della responsabilità civile, per il quale si pretende pienezza di prova e dimostrazione del nesso eziologico tecnicamente inteso, militerebbe in questa direzione.

Dunque, la misura monetaria riconosciuta dalla legge Pinto sarebbe non già riconnessa all'accertamento di uno specifico fatto illecito da parte dello Stato ma darebbe corpo a un'obbligazione *ex lege* in favore della parte interessata, secondo uno schema riconducibile, in base all'art. 1173 c.c., alla categoria di « ogni altro atto o fatto idoneo a costituire fonte di obbligazione in conformità dell'ordinamento giuridico » ⁽⁵³⁾.

Un'esposizione più diffusa delle ragioni a sostegno di questa conclusione si rinviene nei contributi della dottrina che ha ritenuto di aderirvi.

In prima battuta, la terminologia adoperata dalla legge (« indennizzo » ed « equa riparazione ») sembrerebbe evocare il fenomeno normativo delle

⁽⁵²⁾ App. Brescia 30 agosto 2001; App. Torino 5 settembre 2001; App. Genova 29 novembre 2001; nelle pronunce di legittimità allude all'illecito come titolo della pretesa solo Cass. 11 dicembre 2002, n. 17650.

⁽⁵³⁾ Si v.no, *ex multis*, Cass. 26 luglio 2002, n. 11046; Cass. 8 agosto 2002, n. 11987; Cass. 7 novembre 2002, n. 15611; Cass. 14 novembre 2003, n. 17179; Cass. 13 aprile 2006, n. 8712; Cass. 24 gennaio 2011, n. 1616; Cass. 5 settembre 2011, n. 18150; Cass. 19 dicembre 2016, n. 26206; Cass. 2 ottobre 2017, n. 22974.

compensazioni equitative che operano proprio nel cono d'ombra della responsabilità extracontrattuale ⁽⁵⁴⁾, cioè laddove ragioni di giustizia sostanziale suggeriscono di ripartire gli effetti di un evento nonostante detto accadimento non integri gli estremi del fatto illecito.

Inoltre, viene segnalato che, se si trattasse di responsabilità extracontrattuale, il rinvio all'art. 2056 c.c. operato dalla legge Pinto si mostrerebbe ultroneo, atteso che detta regola generale è già connaturata al sistema di liquidazione dei danni derivanti da fatto illecito ⁽⁵⁵⁾.

Nella determinazione del *quantum* della riparazione per irragionevole durata del processo, il richiamo all'art. 2056 c.c. costituirebbe, allora, l'estensione di uno strumento alloctono ⁽⁵⁶⁾: in altri termini, la legge avrebbe mutuato delle espressioni proprie di un linguaggio riferibile al modello risarcitorio senza voler alludere alla conseguente qualificazione della responsabilità secondo questo archetipo.

In effetti, non può sorgere dubbio sul fatto che il legislatore abbia voluto riconoscere « non già un risarcimento commisurato all'entità del danno, ma [...] un'equa riparazione [...] sia pure determinata ai sensi dell'art. 2056 [...], concernente la valutazione del danno risarcibile nel caso di responsabilità extracontrattuale » ⁽⁵⁷⁾. Attraverso l'indennizzo, la copertura offerta sarebbe così pari soltanto ad una quota della perdita subita ⁽⁵⁸⁾. Indennizzo che, secondo alcuni, compenserebbe il pregiudizio dovuto ad attività lecita ma dannosa posta in essere dallo Stato ⁽⁵⁹⁾ mentre, secondo altri, collocherebbe la fattispecie nello schema della responsabilità di natura contrattuale stante

⁽⁵⁴⁾ A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo*, Milano, 2002, 38; ID., *La Cassazione e l'equa riparazione per irragionevole durata del processo*, in *Giur. it.*, 2002, I, 2040; ID., *Il danno "esistenziale" da irragionevole durata del processo fra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2003, 335.

⁽⁵⁵⁾ A. DIDONE, *Equa riparazione*, cit., 41; IZAR, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge n. 89/2001 (c.d. legge Pinto) sulla responsabilità dello Stato per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 971.

⁽⁵⁶⁾ Tesi condivisa da Cass. 22 luglio 2002, n. 11046 e Cass. 22 ottobre 2002, n. 14885.

⁽⁵⁷⁾ D.d.l. presentato il 18 febbraio 1997, XIII legislatura, A.C. n. 3237, resoconto stenografico V commissione, 8 febbraio 2001.

⁽⁵⁸⁾ F. ZECCHIN, *Danno da irragionevole durata del processo e contumacia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 448.

⁽⁵⁹⁾ A. DIDONE, *Equa riparazione*, cit., 94; G. CRICENTI, *Massime non consolidate*, cit., 694 s. sul presupposto che l'attività giurisdizionale non possa convertirsi da lecita in illecita solo in ragione del superamento della misura di ragionevole durata, circostanza che potrebbe peraltro essere da ricondurre a fattori estranei al controllo dell'amministrazione.

l'inadempimento dell'obbligo di conclusione del processo nella misura di tempo di cui all'art. 6, par. 1, Cedu ⁽⁶⁰⁾.

Anche la definizione di un limite all'erogazione degli indennizzi da parte dello Stato entro le relative risorse finanziarie stanziare nel bilancio delle amministrazioni competenti al pagamento (Ministero della giustizia e Ministero dell'economia e delle finanze) è stata vista come circostanza incompatibile con il principio di integrale compensazione del danno e, di conseguenza, con lo statuto della responsabilità civile, così come l'assenza di rigorosi filtri analoghi a quelli dettati nell'ambito della legge sulla responsabilità del magistrato è stata intesa come spia della presunta volontà del legislatore di porsi al di fuori del campo dell'illecito civile.

Questo filone interpretativo ritiene di trovare la definitiva conferma della qualificazione proposta nell'osservazione dell'esperienza della Corte di Strasburgo, dove si assegnerebbe al diritto all'equa riparazione una qualifica senz'altro indennitaria, sganciata dalla necessità di qualsivoglia accertamento della commissione di un fatto illecito di cui debba rispondere l'amministrazione giudiziaria.

Infine, un diverso avviso dottrinale ritiene di poter distinguere due diverse fattispecie, in potenziale concorso tra loro. Da una parte, vi sarebbe

⁽⁶⁰⁾ F. ZECCHIN, *Danno da irragionevole durata del processo e contumacia*, cit., 446 s. A sostegno di questa conclusione viene riportata la considerazione che il rapporto che lega l'amministrazione giudiziaria e il fruitore del processo non sarebbe ridicibile al dovere di *neminem laedere* né ad un semplice dovere di impedire un certo evento, ma si sostanzierebbe in un'attività obbligatoria per lo Stato, da rendere non già nei confronti della generalità dei cittadini ma a favore dell'interessato, e posta in correlazione funzionale con il raggiungimento dell'interesse privato ad un processo contenuto entro i termini di legge: « nel momento in cui fra due soggetti determinati sorge una relazione funzionale ad uno scopo da raggiungersi entro un certo termine il modello giuridico in cui si incorre è quello della *obligatio* [...] onde la regola di responsabilità non potrà che essere quella dell'art. 1218 c.c. », riferendosi all'opinione autorevole di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 453 ss.

Lo stesso ZECCHIN, *op. cit.*, 449, precisa anche come, a integrare la condizione prevista dalla legge quale fonte dell'obbligazione, basti la semplice circostanza che il soggetto si trovi coinvolto in un giudizio, senza che si debba attendere l'evento di danno rappresentato dal superamento della soglia di ragionevole durata del processo. Quando il protrarsi del procedimento oltrepassa la misura, l'obbligazione risarcitoria, anziché sorgere ex novo, giunge a sostituire quella originaria, disattesa dal soggetto obbligato, cioè lo Stato. Non si tratterebbe, dunque, di un fatto lecito dannoso, perché difetterebbe il requisito del conflitto fra due interessi, entrambi meritevoli di tutela, tra cui la legge sia tenuta a scegliere quale far prevalere e quale sacrificare e indennizzare: il diritto alla ragionevole durata del processo non deve essere bilanciato con un interesse contrapposto dello Stato, bensì deve solo essere soddisfatto mediante l'adempimento della corrispondente obbligazione. A complemento della ricostruzione, aggiunge poi che il regime probatorio estremamente favorevole alla parte istante, come emerge dalla costante giurisprudenza di legittimità, non parrebbe avere le sembianze di quello previsto nell'art. 2043 c.c.

la previsione, mutuata direttamente dal diritto convenzionale, di una vera e propria « pena privata » corrispondente all'indennizzo del danno non patrimoniale, dall'altra, la distinta e autonoma norma — esclusivamente nazionale — che ammette la riparazione del danno patrimoniale sotto forma di risarcimento del danno ⁽⁶¹⁾.

4.3. Critiche all'ipotesi indennitaria e profili di specialità risarcitoria

Nel riferimento all'art. 1173 c.c., corrisponde a un equivoco ritenere che la fonte dell'obbligazione riparatoria sia, nell'ipotesi del ritardo, la legge e non il fatto (o l'atto) cui la legge attribuisca l'effetto produttivo dell'obbligo. Tale disposizione, in altre parole, ammette la possibilità che la legge riconosca una fonte aggiuntiva rispetto a quelle enumerate in sede di codificazione.

Del resto, il fatto cui la legge Pinto riconnette il sorgere del diritto all'equa riparazione è né più né meno lo stesso fatto lesivo del diritto alla ragionevole durata del processo, cioè l'ingiusta incisione, da parte dello Stato, di una situazione giuridica meritevole di tutela, evento dannoso che è già in sé fonte dell'obbligazione in quanto idoneo a giustificare l'applicazione del rimedio della responsabilità civile.

Il fatto, poi, che la legge parli talvolta di « indennizzo » non impedisce certamente all'interprete di inscrivere la violazione del termine di ragionevole durata del processo all'interno dei confini dell'ingiustizia del danno ⁽⁶²⁾.

D'altro canto, l'antigiuridicità non è riferibile all'attività giurisdizionale in sé, bensì alla modalità degli uffici di amministrare il singolo giudizio, sì da non assicurare una congrua durata del contenzioso.

Quanto al rilievo circa il fatto che l'attività giurisdizionale non potrebbe divenire illecita solo in ragione del superamento della misura di ragionevole durata, non sembrano in realtà rinvenirsi ragioni ostative.

Come si è cercato di anticipare, quando si superano i termini fissati dalla legge quali presunzioni relative di un *discrimen* tra congruità e incongruità, l'amministrazione della giustizia non diviene *ex se* illecita, ma ne diviene illecito l'esercizio secondo modalità temporali divenute incompatibili con il diritto di una parte diligente e collaborativa.

Diversamente opinando, si giungerebbe a considerare l'attività dello Stato nel campo della giurisdizione immune da qualsivoglia rilievo di illiceità.

⁽⁶¹⁾ A. GENOVESE, *Contributo allo studio del danno da irragionevole durata del processo*, cit., 152 ss.; in questi termini anche A. VENTURELLI, *La responsabilità dello Stato per irragionevole durata del processo*, in *Resp. civ.*, 2009, 260; escludeva viceversa questa ricostruzione Cass. 6 marzo 2003, n. 3153.

⁽⁶²⁾ G. VISINTINI, *La responsabilità dello Stato da ingiusto processo*, cit., 118.

La scelta lessicale del legislatore, caduta sul lemma « indennizzo », allude piuttosto a una riparazione che nasce favorendo un compromesso tra la previsione di un ristoro che potrebbe non essere integrale e una notevole semplificazione della posizione processuale del ricorrente preteso danneggiato. All'esigenza di facilitare il compito della parte istante, e non ai problemi qualificatori, sembra — in effetti — guardare anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Non pregiudicano la qualificazione in chiave risarcitoria nemmeno le disposizioni in base a cui l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto deve avvenire nei limiti delle risorse disponibili nel relativo capitolo (artt. 3, comma 7, e 5-*sexies*, comma 6), regola peraltro attenuata oggi dalla possibilità di ricorrere in casi di necessità al « conto sospeso », cioè ad una anticipazione di tesoreria assai onerosa per l'amministrazione debitrice.

Si tratta, infatti, di disposizioni dal valore meramente contabile, che mirano esclusivamente a contemperare il corretto adempimento delle obbligazioni riparatorie con le insopprimibili esigenze organizzative e di bilancio dell'ente tenuto a corrispondere l'indennizzo, mentre non fissano alcun limite alla liquidazione del danno.

Anche la ricostruzione della posizione dello Stato nei confronti delle parti di un procedimento giurisdizionale in chiave di obbligazione giuridica sembra da rifiutare, perché finisce per disconoscere il fondamento pubblicistico del rapporto Stato-cittadino (utente del servizio giurisdizionale) ma soprattutto perché trasforma un diritto assoluto, riconosciuto anche all'interno del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, cioè il diritto a ricevere un processo di ragionevole durata, in un diritto soggettivo solo relativo.

Benché la ricostruzione in termini extracontrattuali sia da preferire, sussistono profili di specialità che allontanano il rimedio Pinto dal modello generale dell'art. 2043 c.c.

L'opzione di rendere non dirimente la prova della colpevolezza dello Stato è in linea con l'indirizzo sistematico di ridurre il peso dell'elemento soggettivo nella materia della responsabilità del soggetto pubblico, per ovviare alle difficoltà probatorie volte all'individuazione di specifici comportamenti dell'amministrazione, e del tutto coerente con la scelta di favorire ampiamente la parte danneggiata (intento che anima tra alti e bassi l'intera legge Pinto).

Quanto alla funzione di questa responsabilità, una certa deriva sanzionatoria della giurisprudenza ha inciso sul modo di configurare e liquidare il rimedio Pinto, lasciandolo rigidamente ancorato al precedente giudiziale e scarsamente attento all'esigenza di offrire una riparazione commisurata al

danno effettivamente subito ⁽⁶³⁾. Trattandosi del ristoro di un danno prodotto dallo Stato, è difficile immaginare che il meccanismo risarcitorio possa configurare uno strumento davvero deterrente.

All'opposto, la l. n. 89 del 2001 fa mostra di prediligere una prospettiva imperniata proprio sul pregiudizio cagionato dal ritardo, per quanto con l'applicazione di una riparazione fortemente influenzata da presunzioni operanti in favore dell'istante rispetto alla prova del danno. Concettualmente, quindi, la previsione di una pena privata — anche ove limitata alle sole poste non patrimoniale del pregiudizio — si presenterebbe espressiva proprio della logica giuridica che la riparazione del danno disposta dalla legge apertamente rifugge.

All'attuale art. 1-*bis*, comma 2, la legge solennemente enuncia, con un'unica e indistinta formulazione, che « chi, pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'articolo 1-*ter*, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo ha diritto ad una equa riparazione ».

Ciò suggerirebbe di considerare la misura liquidata ai sensi dell'art. 2-*bis* come una forfetizzazione formalmente onnicomprensiva, che annoveri al suo interno indistintamente componenti patrimoniali e non patrimoniali del danno. A fondamento della presunzione del legislatore risiede l'idea secondo la quale l'attesa che una data situazione giuridica venga 'liberata' dalla soggezione al processo, in base all'*id quod plerumque accidit*, produca (nell'essere umano, ma non solo) una sofferenza d'animo e talvolta persino un pregiudizio economico di qualche natura, purché la parte abbia avuto conoscenza del processo e interesse alla sua rapida conclusione. L'esclusione del principio di integralità del risarcimento è convenientemente bilanciata da una forte semplificazione dell'onere probatorio per la parte istante.

Si tratta invero di una onnicomprensività non molto significativa (almeno) per due ragioni.

In primo luogo, guardando alla logica liquidatoria che si è sviluppata in via pretoria e poi nell'articolato della legge, restano strutturalmente preminenti le poste non patrimoniali, in quanto esse sole possono reputarsi virtuale proiezione, nel sistema interno, del danno morale che sarebbe risarcito *ex art.* 41 Cedu dalla Corte di Strasburgo. È un danno pressoché certo quando il diritto conteso sia di non scarso rilievo e il giudizio si prolunghi oltremodo. Trova idonea forma di soddisfazione nell'appagamento economico, come comune all'esperienza giuridica domestica e ribadito — nel proprio quadro rimediale — dall'organo giurisdizionale della Convenzione.

⁽⁶³⁾ A. VENTURELLI, *Danno da irragionevole durata del processo: continua la deriva indennitaria del rimedio ex lege Pinto*, in *Danno e resp.*, 2008, 870.

Invece, per il pregiudizio patrimoniale, nella logica più strettamente compensativa predicata dal diritto comune italiano, più difficilmente la responsabilità civile può sganciarsi dalla prova di una effettiva perdita subita quale conseguenza della lesione. Sul punto, tra l'altro, già il giudice europeo non opera sconti probatori per il ricorrente. Cosicché, non esiste davvero ragione alcuna per sollecitare l'ordinamento intero a compiere torsioni.

In secondo luogo, benché esista la riferita forfettizzazione (per il danno non patrimoniale), restano salve, da un lato, la facoltà della difesa erariale di provare che il danno di cui all'art. 2-*bis* non vi è stato ovvero è stato inferiore, dall'altro, la possibilità che la parte ricorrente provi, secondo il regime ordinario, il danno ulteriore eventualmente sopportato, soprattutto rispetto alle componenti patrimoniali.

5. L'ambito soggettivo della tutela

Il diritto a una durata ragionevole del processo, e dunque — sul piano interno — il diritto al rimedio riparatorio (ove ne sussistano i presupposti), non pare essere riconnesso all'assunzione della qualità di parte in senso formale nel procedimento giurisdizionale, a evidente beneficio di soggetti destinati a rimanere parti in senso solo sostanziale, giusta operatività dei meccanismi sostitutivi, quale l'interdetto e il minore: si ammette così la configurabilità di una serie di vantaggi personali connessi alla sollecita risposta del servizio di giustizia anche in capo alla sfera giuridica di colui che, a causa della giovane età o dello stato di infermità, non abbia piena o esatta consapevolezza della vicenda giudiziaria durante il periodo in cui la lesione del diritto matura per l'irragionevole durata del giudizio.

Un discorso distinto merita la posizione del debitore esecutato, che sia rimasto inattivo durante la procedura. Come la giurisprudenza italiana di legittimità ha sostenuto, in mancanza di una qualche forma di opposizione da parte di quest'ultimo, il procedimento esecutivo resta preordinato all'esclusivo interesse del creditore⁽⁶⁴⁾.

Nel filone del processo di espansione soggettiva del diritto alla ragionevole durata è da inscrivere invece la decisione con cui le sezioni unite della

⁽⁶⁴⁾ Cass. 7 gennaio 2016, n. 89; Cass. 9 luglio 2015, n. 14382, secondo cui « la presunzione di danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo esecutivo non opera per l'esecutato, poiché egli dall'esito del processo riceve un danno giusto. Pertanto, ai fini dell'equa riparazione da durata irragionevole, l'esecutato ha l'onere di provare uno specifico interesse alla celerità dell'espropriazione, dimostrando che l'attivo pignorato o pignorabile fosse *ab origine* tale da consentire il pagamento delle spese esecutive e da soddisfare tutti i creditori e che spese ed accessori sono lievitati a causa dei tempi processuali in maniera da azzerare o ridurre l'ipotizzabile residuo attivo o la restante garanzia generica, altrimenti capiente ».

Corte di cassazione, ritenendo di poter intercettare la sensibilità della Corte di Strasburgo, sono intervenute a sopire il contrasto sorto all'interno della giurisprudenza di legittimità in merito alla facoltà di accesso alla misura riparatoria *ex lege* Pinto in favore della parte rimasta contumace, accordando tale tutela ⁽⁶⁵⁾.

Le sezioni unite decidevano di valorizzare l'argomento letterale consistente nell'assenza nella normativa di « ogni espressa limitazione, per il contumace, del diritto a ottenere in tempi ragionevoli la conclusione del giudizio », aggiungendo che « la mancata costituzione in giudizio può quindi eventualmente influire sull'*an* o sul *quantum* dell'equa riparazione, ma non costituisce di per sé motivo per escludere senz'altro il relativo diritto ».

La tutela viene, così, « apprestata indistintamente a tutti coloro che sono coinvolti in un procedimento giurisdizionale », sul presupposto che la decisione sia comunque idonea ad esplicare effetti anche nei confronti dei contumace, tanto più che, nell'ambito del processo penale (dove invero la categoria ha lasciato il posto all'istituto dell'assenza), una scelta dell'imputato di questo tenore può non costituire indice di un suo disinteresse per la pendenza del giudizio e per il suo esito, ma può al contrario rispondere ad una precisa e legittima scelta difensiva ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁵⁾ Cass., sez. un, 14 gennaio 2014, n. 585. Alcuni arresti affermavano, con scarna motivazione, che il ristoro competesse anche a chi non si è costituito (o per il tempo in cui questi non si è costituito), poiché comunque « il contumace è parte del giudizio ». Così Cass. 12 dicembre 2007, n. 21508; Cass. 10 novembre 2011, n. 27091; Cass. 14 dicembre 2012, n. 23153; Cass. 21 febbraio 2013, n. 4387.

Altre pronunce, viceversa, imponevano « la necessità di una costituzione in giudizio della parte che invoca la tutela della legge » quale « premessa indiscutibile per una ragionevole operatività dell'intero sistema di cui alla l. n. 89 del 2001, non potendo operare, in difetto di tale costituzione, lo scrutinio sul comportamento della parte delineato dall'art. 2, comma 2, della legge, e non essendo neppure esercitabili i poteri di liquidazione equitativa dell'indennizzo correlati, ragionevolmente, al concreto patema che sulla parte ha avuto la durata del processo » (Cass. 23 giugno 2011, n. 13803; Cass. 21 febbraio 2013, n. 4474; nonché, circa la possibilità per gli eredi di ottenere l'equa riparazione per il periodo successivo alla morte del *de cuius* soltanto ove si siano costituiti in proprio in giudizio, già Cass. 10 luglio 2009, n. 16284; Cass. 4 novembre 2009, n. 23416; Cass. 19 ottobre 2011, n. 21646).

È innegabile che esista sullo sfondo una valutazione negativa da parte della legge della condizione di *indefessio*. L. SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 564 ss., ha ricostruito il diritto come spettante solo a chi fattivamente si sia prodigato in modo da favorire la più celere definizione della controversia.

⁽⁶⁶⁾ Ciò, sul piano interno, non ha impedito la possibilità per il giudice adito *ex lege* Pinto di valutare quanto la decisione del soggetto di sottrarsi al procedimento abbia influito sui tempi processuali (Cass. sez. un. 14 gennaio 2014, n. 585; favorevole a questa soluzione, seppure con alcuni *caveat*).

6. L'accesso al rimedio Pinto in pendenza del giudizio

L'originario art. 4 l. n. 89 del 2001 ammetteva che la domanda di riparazione potesse essere proposta durante la pendenza del procedimento presupposto, ovvero, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione conclusiva del procedimento fosse divenuta definitiva. Ciò consentiva alla parte di agire sia per far valere l'irragionevole durata del singolo grado di giudizio di un procedimento ancora in corso sia per censurare nel complesso le lungaggini di un processo ormai concluso⁽⁶⁷⁾.

A valle della riforma operata nel 2012, l'art. 4 recita(va) che « la domanda di riparazione può essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva »⁽⁶⁸⁾.

Per ottenere un esercizio più ordinato dell'azione riconosciuta per la tutela del diritto all'indennizzo da irragionevole durata del processo, cioè per impedire *ope legis* il frazionamento di una pretesa che è destinata a crescere in valore a partire dalla maturazione del *délai irraisonnable*, il legislatore aveva scelto, dunque, di limitare le facoltà della parte interessata, imponen-

C. CONSOLO e M. NEGRI, *Significato (anche prospettico) della contumacia in relazione al diritto ad un processo ragionevolmente celere*, in *Corr. giur.*, 2014, 690, sostengono che nel processo civile, « in sé e per sé considerata, la contumacia volontaria (e soprattutto quella del convenuto) non incide negativamente sui tempi del processo: non li accorcia, né li allunga ». Critica, invece, S. MONTI, *L'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo compete anche al contumace: garantismo o buonismo?* in *Danno e resp.*, 2014, 599, che descrive la decisione come « buonista » e non « garantista ».

La legge n. 208 del 2015 ha però fortemente circoscritto la portata del principio confezionato dalla Corte di cassazione, anche per rispondere alla preoccupazione di chi proponeva almeno l'abbandono della « presunzione (giurisprudenziale) relativa che normalmente assiste la dimostrazione del pregiudizio non patrimoniale da violazione del *délai raisonnable*, e il ripristino del riparto normale dei carichi probatori con riguardo all'esistenza di una apprezzabile incidenza negativa sulla propria sfera giuridica della durata eccessiva del processo », paventando il rischio che lo Stato fosse chiamato a indennizzare un soggetto che, dopo aver scelto di subire passivamente il processo, « senza anticipare alcun esborso », decidesse di « lamentarsi poi della inefficienza del servizio e passare quindi all'incasso » (così CONSOLO e NEGRI, *op. ult. cit.*, 693 s.). L'interpolazione, all'art. 2, del comma 2-*sexies*, lett. *b*, senza negare in radice il diritto del contumace alla celere conclusione del processo, ha tuttavia introdotto per lui una presunzione relativa di insussistenza del pregiudizio, che rende di fatto assai impervia la via delrimedio riparatorio.

⁽⁶⁷⁾ Sui rischi di frazionamento, già G. TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001, I, 2432 ss.

⁽⁶⁸⁾ Art. 55, comma 1, lettera *d*), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83.

dole di attendere la conclusione dell'intero giudizio e di far valere il proprio diritto di ristoro in un'unica soluzione ⁽⁶⁹⁾.

Tale opzione consentiva di razionalizzare il carico di lavoro delle giurisdizioni Pinto ⁽⁷⁰⁾, conducendo altresì a una sensibile riduzione degli oneri di lite che con il regime previgente finivano spesso per superare l'importo stesso dell'indennizzo.

Il regime inaugurato appariva, inoltre, in linea con il portato di altre novità introdotte con lo stesso d.l. n. 83 del 2012: da un lato, le nuove ipotesi di esclusione dell'indennizzo accertabili solo all'esito del giudizio, dall'altro, i nuovi criteri di liquidazione della misura, anch'essi ritagliati sopra il modello di un processo già concluso ⁽⁷¹⁾.

Una parte della dottrina non aveva risparmiato osservazioni severamente critiche nei confronti di questa riforma, manifestando la convinzione che inibire la facoltà di ricorrere al rimedio in pendenza, riservandola al momento di conclusione del procedimento, si ponesse in antitesi con il diritto Cedu e, in specie, con la prassi applicativa della Corte di Strasburgo ⁽⁷²⁾.

L'improponibilità dell'istanza in corso di causa, a violazione dell'art. 6 già perfezionata, può essere considerata accettabile dal diritto convenzionale in due sole ipotesi: quando la parte abbia a disposizione degli effettivi strumenti acceleratori, che consentano quindi di fare cessare o quantomeno ridurre fortemente la lesione dell'art. 6, par. 1, e l'ulteriore pregiudizio che ne

⁽⁶⁹⁾ Cfr. M. F. GHIRGA, *L'infrazionabilità dell'equa riparazione dovuta per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo anche alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 55 l. 7 agosto 2012, n. 134 alla legge Pinto*, in *Corr. Giur.*, 2013, 812.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. E. IANNELLO, *Le modifiche alla legge Pinto tra esigenze di deflazione del contenzioso e contenimento della spesa pubblica e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Giur. mer.*, 2013, 29, che inquadra la novella come « coerente con l'obiettivo più in generale perseguito di ridurre l'abnorme carico gravante sulle corti di appello dei ricorsi per equa riparazione ».

⁽⁷¹⁾ La consonanza si avvertiva soprattutto con riguardo alla stessa necessità di effettuare una valutazione globale e sintetica della durata, anche al di là della ripartizione temporale tra i diversi gradi di giudizio. Cfr. D. PIOMBO, *Equa riparazione per irragionevole durata del processo: appunti sulla disciplina della c.d. legge Pinto dopo le modifiche introdotte dall'art. 55 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134*, in *Foro it.*, 2013, I, 25 ss., spec. § 5.

⁽⁷²⁾ M. MOCCI, *La nuova legge Pinto: prime applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1066 ss.; E. DALMOTTO, *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo e decorrenza della sua prescrizione*, in *Giur. it.*, 2013, I, 1155 ss.; F. GAMBINI, *La legge Pinto è incostituzionale, ma la questione è inammissibile: si torna a Strasburgo?*, in *Giur. cost.*, 2014, 474 ss.; R. GIORDANO, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo*, 1^a ed., Milano, 2015, 52 ss.

derivivi; quando la parte abbia comunque la facoltà di ricorrere a una diversa e non troppo onerosa forma di tutela compensatoria ⁽⁷³⁾.

La restrizione dell'art. 4, calata nel caso concreto, poteva in effetti costringere la vittima della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo ad attendere un periodo di tempo anche lungo per accedere alla tutela, sebbene il diritto al ristoro fosse già maturato per il grave ritardo registrato dal processo presupposto: talvolta, la fruizione del diritto all'equa riparazione diveniva addirittura impossibile per il danneggiato, tramutandosi in una pretesa il cui esercizio doveva essere avviato o proseguito dagli eredi.

Alcuni riconoscevano come la conformazione del potere di azione rientrasse legittimamente nello spazio di discrezionalità del legislatore, entro i limiti della ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* La limitazione contenuta nella legge, allora, non era da ritenersi *ex se* in contrasto con le prerogative del legislatore ordinario. Nondimeno, veniva osservato che l'assolutezza del regime di esclusione rappresentava motivo di contrasto con il canone di effettività della tutela posto tanto dal diritto convenzionale (artt. 13 e 35 Cedu) quanto dall'art. 24 Cost. ⁽⁷⁴⁾.

Interpellata sull'art. 4, la Corte costituzionale è intervenuta prima per avvertire il legislatore nazionale dell'inconciliabilità della norma con i parametri espressi dalla Cedu. Per meglio dire, poiché non pareva praticabile l'opzione di licenziare un provvedimento di segno manipolativo che riscrisse direttamente la disposizione costituzionalmente illegittima in ragione del fatto che la modalità dell'indennizzo non poteva essere definita « a rime obbligate » a causa della pluralità di soluzioni normative in astratto ipotizzabili, il Supremo giudice delle leggi non poteva che limitarsi a rivolgere il proprio invito al legislatore ad intervenire quanto prima per restituire effettività al rimedio della legge Pinto, non prima di aver richiamato gli orientamenti della Corte di Strasburgo che si assumevano contraddetti dal differimento del diritto di azione ⁽⁷⁵⁾.

Il legislatore della l. n. 208 del 2015 ha ignorato il monito rivoltogli dalla Corte costituzionale. Di fronte alle reiterate eccezioni di illegittimità costituzionale sulla medesima norma, la Corte di cassazione ha, in un primo

⁽⁷³⁾ F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Napoli, 2013, 244 ss.

⁽⁷⁴⁾ C. CONSOLO e M. NEGRI, *Ipotecche di costituzionalità sulle ultime modifiche alla legge Pinto: varie aporie dell'indennizzo municipale per durata irragionevole del processo (all'epoca della - supposta - spending review)*, in *Corr. giur.*, 2013, 1429 ss. e 1436 ss.; F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. ult. cit.*, 250 ss., prendeva in esame le opzioni *de iure condendo* e *de iure condito* che avrebbero consentito di restituire al sistema l'elasticità perduta con la riforma del 2012.

⁽⁷⁵⁾ Corte cost. 25 febbraio 2014, n. 30, secondo cui « non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al problema ».

momento, ribadito l'inammissibilità dell'eccezione, giustificando però la sua decisione non più in base all'ineluttabilità dell'attesa del legislatore, bensì in forza dell'argomento secondo il quale l'intervento correttivo vi fosse stato e, con legittima discrezionalità, avesse assorbito le ragioni sottese al *vulnus* costituzionale segnalato nel 2014 nella riconosciuta possibilità di avvalersi di rimedi acceleratori (artt. 1-*bis* e 1-*ter* l. n. 89/2001) ⁽⁷⁶⁾.

In seguito, però, la stessa Cassazione è tornata sui propri passi per smentire che la l. n. 208 del 2015 avesse rimediato, sollevando questione di legittimità costituzionale ⁽⁷⁷⁾, secondo una « logica di bilanciamento tra valori », volta non già ad annichilire la *ratio* sottesa al differimento del rimedio indennitario, ma semmai a correggere la regola nelle situazioni di maggiore *non sense*, come quella nella quale sia dichiarata inammissibile una domanda erroneamente proposta prima della conclusione di un procedimento che poi si sia effettivamente concluso ⁽⁷⁸⁾.

La Corte costituzionale si è espressa per una seconda volta e ha ritenuto – qui sì — fondate le censure tratteggiate dalla Corte di legittimità sull'art. 4, nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione, una volta maturato il ritardo, possa essere proposta in pendenza del procedimento presupposto, cosicché « spetterà [...] ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e [...] al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione » ⁽⁷⁹⁾.

I giudici costituzionali hanno ritenuto inevaso dal legislatore l'invito rivolto già con la pronuncia del 2014 e, di conseguenza, ancora aperto il *vulnus* costituzionale. Al giudice di legittimità è spettato chiarire alcuni corollari indispensabili per l'applicazione del nuovo art. 4, tra cui l'affermazione che « non costituisce *mutatio libelli* l'estensione della domanda al periodo di ulteriore durata del processo presupposto, venendo in rilievo una protrazione della medesima violazione, oggetto di specifica integrazione

⁽⁷⁶⁾ Cass. 1° luglio 2016, n. 13556

⁽⁷⁷⁾ Cass. 20 dicembre 2016, n. 26402; Cass. 23 gennaio 2017, n. 1727; Cass. 16 febbraio 2017, n. 4180.

⁽⁷⁸⁾ M. NEGRI, *Equa riparazione per irragionevole durata del processo non ancora definitivamente concluso? La parola torna alla Consulta*, in *Corr. giur.*, 2017, 1923, secondo cui, concretizzando la sensibilità della Corte, si dovrebbe intendere come rigetto *ad tempus*, cioè non definitivamente preclusivo, quello per mera prematurità dell'istanza.

⁽⁷⁹⁾ Corte cost. 26 aprile 2018, n. 88.

dell'originaria domanda ed insuscettibile di ledere il principio del contraddittorio »⁽⁸⁰⁾.

7. Il danno risarcibile e il regime probatorio

7.1. *Nozioni preliminari*

Ripercorrendo la struttura logica della disciplina, l'art. 1-*bis*, comma 2, certifica l'astratta configurabilità di questa ipotesi speciale di responsabilità civile dello Stato (con il conseguente diritto al risarcimento del danno mediante ristoro forfettario). L'art. 2, comma 2-*bis*, giuridicizza sul piano interno lo standard di ragionevole durata che era già invalso presso la Corte di Strasburgo, favorendo la riconduzione (quasi automatica) dei casi in eccesso entro la dimensione dell'illecito (in altre parole, opera una presunzione di responsabilità dello Stato per il ritardo maturato). La giurisprudenza si tramanda poi una presunzione semplice in punto di prova dell'esistenza del danno e della sua causale riconducibilità al ritardo. Infine, l'art. 2-*bis* forfettizza il danno risarcibile, per orientare la determinazione equitativa e assicurare l'uguaglianza formale.

Il comma 2 del 'nuovo' art. 1-*bis* l. n. 89 del 2001 riconosce il diritto a ricevere un'equa riparazione in capo a « chi, pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'articolo 1-ter, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo ». Salvo il riferimento agli strumenti di intervento *ex ante*, la norma riproduce quanto già dettato dalla precedente formulazione dell'art. 2.

Come notato *supra*, la disposizione esplicita la volontà non di dare vita a due distinte fattispecie di responsabilità, bensì di prediligere il sistema di standardizzazione, formalmente onnicomprensiva, del ristoro del patema d'animo causato dal protrarsi della situazione di incertezza connessa al giudizio e del danno patrimoniale. La forfetizzazione, che nominalmente annovera al suo interno come indistinte queste diverse componenti, trova il contrappeso della (eventuale) deroga all'integralità del risarcimento nella forte semplificazione dell'onere probatorio in capo al danneggiato. Questa misura ha carattere — per quanto appare più convincente — sia compensativo che satisfattivo. Sono compensate le diminuzioni patrimoniali che virtualmente si assumono conseguite all'essere rimasti impaludati nel giudizio e, all'un tempo, è offerto anche, in funzione solidaristico-satisfattiva, un beneficio monetario che 'addolcisce' le sofferenze interiori prodotte dal ritardo.

⁽⁸⁰⁾ Cass. 5 settembre 2019, n. 22300.

Già si è ribadito, tuttavia, come tale meccanismo non precluda la facoltà della difesa statale di provare che il danno asseritamente patito non vi è stato oppure che esso è stato inferiore alla quantificazione dell'art. 2-*bis*. D'altro canto, non si esclude nemmeno l'opposta possibilità, cioè che la parte ricorrente provi il danno ulteriore eventualmente sopportato, soprattutto rispetto alle componenti patrimoniali. I margini di prova del minore o maggiore danno, fuori dalle ipotesi tipizzate dalla stessa legge, sono tuttavia assai angusti.

Nonostante il riferimento congiunto al danno patrimoniale e non patrimoniale, sembra utile procedere a una analisi differenziata delle due tipologie di pregiudizio.

7.2. *Il danno patrimoniale*

Sul versante della componente patrimoniale del danno patito in conseguenza dell'irragionevole durata del processo non si registrano particolari imbarazzi interpretativi da parte delle corti.

Il giudice convenzionale ha sempre preteso, per il riconoscimento di questo ristoro, una rigorosa prova tanto dell'effettiva sussistenza del pregiudizio quanto del nesso causale tra esso e il *délai irraisonnable* ⁽⁸¹⁾.

Del pari, la Corte di cassazione non ha mai nutrito dubbio sull'opportunità di circoscrivere il danno patrimoniale indennizzabile a quello che insorge come conseguenza immediata e diretta del fatto causativo, che si assume essere non già il mero superamento dello standard di ragionevole durata bensì l'ingiustificato ritardo nella definizione del procedimento ⁽⁸²⁾.

La Suprema Corte ha così neutralizzato ogni commistione tra la lesione della pretesa fatta valere nell'ambito del giudizio presupposto, pur protrattosi eccessivamente, e la violazione del diritto a una congrua durata dello stesso.

In altre parole, non riceve copertura nel giudizio Pinto il danno che la parte vittoriosa subisce in ragione del perdurare del fatto lesivo imputabile alla parte convenuta (poi soccombente) ⁽⁸³⁾ né quello determinatosi a causa di ogni altro accadimento che meramente occorra nel periodo di irragionevole durata del processo, alla maniera che la ritardata definizione del giudizio concorra al fatto lesivo come semplice concausa naturale.

⁽⁸¹⁾ Corte EDU, 26 marzo 1992, ric. n. 11760/85, *Éditions Périscope c. Francia*; Corte EDU, 10 febbraio 1995, ric. n. 15175/89, *Allenet de Ribemont c. Francia*.

⁽⁸²⁾ Tra le tante, Cass. 24 gennaio 2011, n. 1616; Cass. 19 luglio 2010, n. 16837; Cass. 7 marzo 2007, n. 5213.

⁽⁸³⁾ Ancora, *ex multis*, Cass. 18 febbraio 2004, n. 3143; Cass. 26 aprile 2005, n. 8603; Cass. 7 marzo 2007, n. 5213.

In particolare, la Corte non ha accolto le istanze di coloro che pretendevano di allegare, quale occasione di pregiudizio, la prestazione eseguita in forza di un accordo transattivo concluso per mettere fine ad una controversia azionata in un procedimento la cui durata era divenuta irragionevole ⁽⁸⁴⁾.

Ha altresì respinto le doglianze del fallito che, lamentando una pessima gestione del suo patrimonio da parte del curatore fallimentare, sosteneva che essa fosse stata resa possibile dall'eccessiva durata della procedura ⁽⁸⁵⁾.

In altre occasioni, ha negato il preteso danno patrimoniale conseguente all'eccessiva durata di un giudizio di reintegrazione nel possesso, che nella ricostruzione offerta dal ricorrente avrebbe dovuto coincidere con il lucro cessante derivante dall'indisponibilità dell'immobile per la durata del giudizio ⁽⁸⁶⁾.

Il nesso causale è stato ritenuto carente, a maggior ragione, in quei casi in cui la presunta perdita economica fosse dipesa da una sopravvenienza normativa, dal momento che l'approvazione di un provvedimento di legge, ancorché in senso peggiorativo di una situazione giuridica preesistente, resta prerogativa del Parlamento ed è pertanto atto o fatto escluso dalle fonti di responsabilità, contraddistinto dalla libertà nel fine, finanche quella di incidere negativamente sulle posizioni di singoli consociati, anche coinvolti in procedimenti giurisdizionali, senza per ciò incorrere in responsabilità.

La giurisprudenza ha, invece, talvolta ammesso la risarcibilità della perdita di *chance* laddove l'interessato dimostri che la indebita protrazione del processo ha impedito il verificarsi di concrete ed effettive occasioni suscettibili di procurargli risultati economici ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁴⁾ Cass. 27 ottobre 2006, n. 23263.

⁽⁸⁵⁾ Cass. 19 luglio 2010, n. 16837.

⁽⁸⁶⁾ Cass. 2 marzo 2005, n. 4451; Cass. 26 aprile 2005, n. 8603.

⁽⁸⁷⁾ Cass. 26 gennaio 2006, n. 1631; Cass. 28 settembre 2005, n. 18953, riferita anche da A. OCCHIPINTI, *Il danno da irragionevole durata del processo*, in *Danno e resp.*, 2013, 1217, nt. 13; in dottrina, A. GENOVESE, *Contributo allo studio del danno da irragionevole durata del processo*, cit., 129 s.; E. DALMOTTO, *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo*, in CHIARLONI (a cura di), *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi. Commento alla legge 24 marzo 2001, n. 89*, Torino, 2002, 189; cfr., da ultimo, Cass. 18 marzo 2019, n. 7570, secondo cui « il danno patrimoniale indennizzabile per violazione del principio della ragionevole durata del processo comprende il pregiudizio che costituisce conseguenza diretta di tale violazione e, quindi, anche quello subito per perdita di "chance", purché esso non si risolva in una mera aspettativa di fatto, ma presenti i caratteri di un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione da parte del giudice di merito, al quale la parte istante ha l'onere di fornire la prova puntuale dell'esistenza di detta posta, pure in via presuntiva, mediante un criterio probabilistico ».

7.3. *Il danno non patrimoniale*

La giurisprudenza (tanto interna quanto sovranazionale) è parsa concentrare sul pregiudizio di tipo non patrimoniale la maggior parte delle proprie attenzioni, sul presupposto che fosse centrale dare rilievo ai riflessi della violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu che si manifestano sull'immateriale piano non economico e che restano, quindi, negletti. Per essere in linea con gli avvisi convenzionali, la Corte di cassazione è però addivenuta ad una soluzione pretoria che compie un equilibrismo tra il rispetto formale del diritto nazionale e l'input sostanzialistico della Corte di Strasburgo.

Il giudice europeo, riproducendo una modalità di costruzione dell'illecito parsa fin da subito estranea alla cultura giuridica del nostro ordinamento, ha ravvisato nel mero ingiustificato ritardo nella definizione del procedimento e, dunque, nella pura violazione del diritto alla ragionevole durata il presupposto sufficiente per ritenere accertato, almeno di regola, uno stato di incertezza e di ansia circa l'esito della controversia, tale comunque da cagionare negative ripercussioni sulla complessiva situazione del soggetto interessato.

Di conseguenza, quella relativa al pregiudizio non patrimoniale diviene voce di danno *in re ipsa* ⁽⁸⁸⁾.

Ciò induceva una parte della giurisprudenza italiana di merito a replicare tale tesi nel nostro sistema, incorniciandola all'interno dell'allora neo-introdotta l. n. 89 del 2001, che diventava pertanto la sede di un rimedio che avrebbe agito in riparazione di un danno-evento ⁽⁸⁹⁾.

Fin da subito, questa posizione ha attirato critiche decise da parte della dottrina ⁽⁹⁰⁾ e — non appena interpellata — anche della Corte di cassazione.

Contro la configurazione di un danno-evento, i giudici di legittimità riaffermavano come, anche rispetto alle poste non patrimoniali, fossero da risarcire solo danni accertati come conseguenza immediata e diretta della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, escludendo dun-

⁽⁸⁸⁾ Corte EDU, 26 ottobre 1988, ric. n. 11371/85, *Martins Moreira c. Portogallo*; Corte EDU, 24 maggio 1991, ric. n. 11890/85, *Caleffi c. Italia*; Corte EDU, 19 febbraio 1998, ric. n. 16817/90, *Paulsen-Medalen e Svensonn c. Svezia*; Corte EDU [GC], 6 aprile 2000, ric. n. 35382/97, *Comingersoll S.A. c. Portogallo*; Corte EDU, 7 gennaio 2010, ric. n. 40009/04, *von Koester c. Germania*.

⁽⁸⁹⁾ App. Firenze, 25 gennaio 2002; App. Roma, 17 settembre 2001; App. L'Aquila, 23 luglio 2001.

⁽⁹⁰⁾ G. PONZANELLI, *Prova del danno non patrimoniale ed irrilevanza del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, 266 ss.; D. AMADEL, *Ambiguità e prospettive nell'applicazione della l. 24 marzo 2001, n. 89 sull'equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 416 ss.; 417; A. DIDONE, *La Cassazione e l'equa riparazione per irragionevole durata del processo*, cit., 2040.

que ogni automatismo tra l'eccessivo protrarsi della causa e la sussistenza di un pregiudizio da riparare, e ponendo così sulla parte istante l'onere di allegare e provare il danno non patrimoniale nonché il nesso di causalità tra la lesione del diritto e l'insorgenza di tali pregiudizi ⁽⁹¹⁾.

Ovviamente, attesa l'applicabilità dell'art. 1226 c.c., dovuta al rinvio all'art. 2056 c.c. da parte della legge Pinto, il ricorrente poteva essere gravato solo della prova relativa all'*an* del pregiudizio ⁽⁹²⁾.

Riconosciuta la difficoltà obiettiva di fornire prova sull'esistenza stessa di questo danno, la Corte apriva quindi alla possibilità di ricorrere a presunzioni e a ragionamenti inferenziali che trovavano già allora riscontro « nella conoscenza, in base a elementari e comuni nozioni di psicologia, degli effetti che la pendenza di un processo civile penale o amministrativo prova nell'uomo medio » ⁽⁹³⁾.

È singolare come la giurisprudenza di legittimità talvolta riconoscesse una simile posizione come compatibile con i principi di diritto espressi dall'organo giurisdizionale della Convenzione ⁽⁹⁴⁾ talaltra ne 'denunciassero' il contrasto ⁽⁹⁵⁾.

Con la svolta impressa dalle quattro pronunce a sezioni unite già menzionate *supra* ⁽⁹⁶⁾, la Corte di cassazione ha però ritenuto di dover superare il precedente orientamento, preferendo legittimare, anche in base a una valorizzazione dei lavori preparatori della legge Pinto, una interpretazione il più possibile fedele alla Convenzione, per come essa già viveva nella giurisprudenza della Corte europea.

La mediazione cui è pervenuta muove dalla premessa che nemmeno la stessa Corte europea offrirebbe una lettura del danno da irragionevole durata del processo come danno-evento o, per dirla altrimenti, *in re ipsa*, cioè legato alla mera durata del giudizio.

Ciò posto, « la sofferenza di un danno non patrimoniale per la lungaggine del processo, avendo natura meramente psicologica, non è suscettibile di ricevere una obiettiva dimostrazione », sicché l'interprete non può che

⁽⁹¹⁾ Cass. 5 novembre 2002, n. 15443; Cass. 5 novembre 2002, n. 15449; Cass. 30 gennaio 2003, n. 1399; Cass. 14 novembre 2003, n. 17179.

⁽⁹²⁾ Cass. 19 novembre 2002, n. 16256; Cass. 3 gennaio 2003, n. 8.

⁽⁹³⁾ Cass. 14 novembre 2003, n. 17179; Cass. 30 ottobre 2003, n. 16303; Cass. 5 settembre 2003, n. 12935; Cass. 17 aprile 2003, n. 6168; Cass. 3 aprile 2003, nn. 5129 e 5131; Cass. 3 gennaio 2003, n. 8; Cass. 3 gennaio 2003, n. 4; Cass. 19 dicembre 2002, n. 18130; Cass. 19 novembre 2002, n. 16256; Cass. 12 novembre 2002, n. 15852; Cass. 8 agosto 2002, n. 11987.

⁽⁹⁴⁾ Cass. 17 luglio 2003, n. 11172.

⁽⁹⁵⁾ Cass. 5 settembre 2003, n. 12935.

⁽⁹⁶⁾ Cass. sez. un., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340 e 1341.

prendere atto che detto danno si verifica nella normalità dei casi secondo l'*id quod prelumque accidit*.

Dunque, sotto il profilo dell'*an* del pregiudizio e del nesso causale tra violazione e danno, il giudice di legittimità ha inteso ribaltare l'onere probatorio in favore della parte istante, dando vita alla presunzione relativa di un danno come « conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali »⁽⁹⁷⁾.

Tale consequenzialità, proprio perché normale e non necessaria o automatica, potrà trovare, nel singolo caso concreto, una positiva smentita qualora risultino nei fatti circostanze che facciano escludere che si siano verificate conseguenze pregiudizievoli.

Ricorrendo a quello che è apparso a qualcuno come un « gioco linguistico »⁽⁹⁸⁾, le sezioni unite hanno allora sintetizzato che *in re ipsa* sia da considerarsi non già il danno, bensì — di regola — la sua prova⁽⁹⁹⁾.

D'altro canto, come anticipato, una presunzione di tenore analogo si trova a operare tutt'oggi a livello convenzionale, con riferimento all'art. 41 Cedu, tanto nei riguardi dell'Italia⁽¹⁰⁰⁾, che degli altri Paesi, quando si tratti di decidere sulla violazione dell'art. 6, par. 1⁽¹⁰¹⁾.

Gli studiosi non si sono però risparmiati dal commentare criticamente l'esito dell'alchimia sintetizzata dalla Corte di cassazione, denunciano la contraddittorietà della motivazione⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁷⁾ Il principio è stato ribadito dalla giurisprudenza successiva: Cass. 1° dicembre 2011, n. 25730; Cass. 23 novembre 2011, n. 24696; Cass. 26 maggio 2009, n. 12242; Cass. 26 settembre 2008, n. 24269; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2246; Cass. 13 settembre 2006, n. 19666; Cass. 2 maggio 2006, n. 10124; Cass. 13 aprile 2006, n. 8714; Cass. 29 marzo 2006, n. 7145; Cass. 28 marzo 2006, n. 6999; Cass. 11 marzo 2006, n. 5386; Cass. 11 novembre 2005, n. 21857; Cass. 28 ottobre 2005, n. 21094; Cass. 3 ottobre 2005, n. 19288; Cass. 30 agosto 2005, n. 17500; Cass. 8 giugno 2005, n. 12015; Cass. 30 marzo 2005, n. 6714; Cass. 18 marzo 2005, n. 5992; Cass. 18 febbraio 2005 n. 3396; Cass. 21 luglio 2004, n. 13504; Cass. 16 luglio 2004, n. 13163.

⁽⁹⁸⁾ A. GENOVESE, *Contributo allo studio del danno da irragionevole durata del processo*, cit., 144.

⁽⁹⁹⁾ Conf. da Cass. 16 febbraio 2005, n. 3118; Cass. 27 giugno 2005, n. 13754.

⁽¹⁰⁰⁾ Corte EDU [GC], 29 marzo 2006, ric. n. 64886/01, *Cocchiarella c. Italia*.

⁽¹⁰¹⁾ Si v.no, *ex plurimis*, Corte EDU, 16 gennaio 2007, ric. n. 7870/04, *Bak c. Polonia*, par. 87; Corte EDU, 20 novembre 2008, ric. n. 32157/06, *Gunes c. Francia*, par. 34; Corte EDU, 2 settembre 2010, ric. n. 46344/06, *Rumpf c. Germania*, par. 79.

⁽¹⁰²⁾ F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Durata irragionevole del processo e presunzione di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 917 ss. 919; A. VENTURELLI, *Legge Pinto: per le Sezioni Unite la prova del danno non patrimoniale è in re ipsa*, in *Danno e resp.*, 2004, 511.

L'intervento legislativo del 2012 ha, per certi versi, sanato la debolezza del ragionamento espresso dalla Suprema Corte. La predisposizione di una misura annua di indennizzo, fissata in un minimo e un massimo, non ha solo sostituito uno schema pretorio con una soluzione di diritto positivo, ma ha altresì immaginato la forfezzazione del rimedio riparatorio come contrappeso del regime probatorio semplificato.

7.4. *Il pregiudizio patito dall'ente*

La determinazione dei soggetti aventi diritto alla riparazione del danno da irragionevole durata del processo passa attraverso l'interpretazione dell'epigrammatico comma 2 dell'art. 1-*bis*. La disposizione deve essere interpretata avendo chiaro il raggio di tutela previsto nello strumento convenzionale, che del rimedio Pinto è antesignano. L'art. 34 Cedu inequivocabilmente esclude dagli aventi diritto gli enti pubblici o le loro articolazioni amministrative, annoverando quali possibili vittime « le persone fisiche, i gruppi d'individui e le organizzazioni non governative »⁽¹⁰³⁾.

In merito al tema del riconoscimento anche in favore degli enti del danno non patrimoniale da ritardo del processo, il corrente orientamento della Corte di cassazione è nel senso di ammettere tale figura⁽¹⁰⁴⁾ « nella misura in cui il ritardo del processo abbia compromesso valori quali l'esistenza, il nome, l'immagine, la reputazione dell'ente »⁽¹⁰⁵⁾.

Non sorprende che la spettanza (anche) ai soggetti collettivi del danno non patrimoniale da durata irragionevole del giudizio si sia dunque fatta largo nella giurisprudenza di legittimità con riferimento alle società, sia di capitali⁽¹⁰⁶⁾ che di persone⁽¹⁰⁷⁾, con contestuale esclusione della pretesa vantata dai singoli soci rimasti estranei al giudizio. Dagli orientamenti riguardanti il minore⁽¹⁰⁸⁾ e l'erede⁽¹⁰⁹⁾ trae l'intendimento di considerare legittimato solo colui che sia parte in senso (anche) processuale nel giudizio.

Proprio per queste ragioni, sorgono dubbi sulla motivazione che fa leva

⁽¹⁰³⁾ La giusta notazione è di A. CARRATO, *Legge Pinto e legittimazione del condominio: il dictum delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2015, 12, 1531 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Cass. 16 luglio 2004, n. 13163; Cass. 21 luglio 2004, n. 13504; Cass. 12 gennaio 2016, n. 322. In dottrina, si v. M.V. DE GIORGI, *Risarcimento del danno morale ex legge Pinto alle persone giuridiche per le sofferenze patite dai componenti*, in *Danno e resp.*, 2006, 153 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ A. CARRATO, *op. ult. cit.*, 1531 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Cass. 22 dicembre 2004, n. 23789; Cass. 23 agosto 2005, n. 17111; Cass. 12 luglio 2011, n. 15250; Cass. 8 maggio 2012, n. 7024.

⁽¹⁰⁷⁾ Cass. 10 aprile 2003, n. 5664; Cass. 30 settembre 2004, n. 19647; Cass. 16 febbraio 2005, n. 3118; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2246; Cass. 14 maggio 2010, n. 11761.

⁽¹⁰⁸⁾ Cass. 23 maggio 2011, n. 11338; Cass. 21 febbraio 2013, n. 4472; Cass. 26 gennaio 2017, n. 2028.

sul fatto che la lesione del diritto alla ragionevole durata del giudizio solitamente provocherebbe a coloro che sono preposti alla gestione dell'ente, nonché ai suoi membri, disagi e turbamenti di carattere psicologico non diversi dal danno morale soggettivo correlato alle stesse alterazioni che la lunghezza eccessiva del processo cagiona agli individui persone fisiche ⁽¹¹⁰⁾.

A ben vedere, precedentemente, il giudice di legittimità era stato persuaso a negare che la sofferenza contingente e il turbamento d'animo transeunte fossero imputabili a una persona giuridica ⁽¹¹¹⁾.

Un cambio di indirizzo, al pari di altri, sembra essere maturato per adesione alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ⁽¹¹²⁾.

Nel 2014 le sezioni unite della Corte di cassazione — chiamate a dirimere un contrasto — hanno incluso nell'insieme dei legittimati attivi anche il condominio di edifici, affermando che, qualora il giudizio sia stato promosso dal condominio a tutela di diritti connessi alla partecipazione di singoli condomini, senza però che costoro siano stati parte in causa, la legittimazione ad agire per l'equa riparazione spetti esclusivamente al condominio, quale autonomo soggetto giuridico, in persona dell'amministratore, autorizzato dall'assemblea dei condomini ⁽¹¹³⁾.

La soluzione è bizzarra perché le premesse valorizzavano la soggettività dell'ente quale presupposto, aspetto che nel caso del condominio (mero ente di gestione) difetta. Sembra essersene accorta la successiva pronunzia del massimo organo della nomofilachia, che infatti ha prescritto che il principio espresso nel 2014 « vada circoscritt[o] alla peculiare situazione giuridica esaminata », di modo che non interferisca con il generale diniego dell'alterità subiettiva del condominio ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Cass. 4 novembre 2009, n. 23416; Cass. 23 giugno 2011, n. 13803; Cass. 19 febbraio 2014, n. 4003; Cass. 29 aprile 2016, n. 8508; Cass. 16 gennaio 2021, n. 1607; Cass. 21 giugno 2021, n. 17685.

⁽¹¹⁰⁾ Così scrive A. CARRATO, *op. ult. cit.*

⁽¹¹¹⁾ Cass. 2 agosto 2002, n. 11573; Cass. 2 agosto 2002, n. 11600; Cass. 10 aprile 2003, n. 5664; Cass. 2 luglio 2004, n. 12110; Cass. 30 settembre 2004, n. 19647.

⁽¹¹²⁾ Corte EDU [GC], 6 aprile 2000, ric. n. 35382/97, *Comingersoll S.A. c. Portogallo*; Corte EDU, 9 novembre 2000, ric. n. 45862/99, *Tor di Valle Costruzioni c. Italia*; Corte EDU, 20 dicembre 2001, ric. n. 46380/99, *Lsi Information Technologies c. Grecia*; Corte EDU, 15 novembre 2002, ric. n. 49794/99, *Oval s.r.l. c. Belgio*; Corte EDU, 15 novembre 2002, ric. n. 49495/99, *Sitram c. Belgio*; Corte EDU, 27 febbraio 2003, ric. n. 52657/99, *Textile Traders c. Portogallo*; Corte EDU, 31 luglio 2003, ric. n. 55340/00, *Sociedade Agricola do Peral S.A. c. Portogallo*; Corte EDU, 8 giugno 2004, ric. n. 46098/99, *Clinique Mozart s.a.r.l. c. Francia*.

⁽¹¹³⁾ Cass. sez. un. 18 settembre 2014, n. 19663. Conf. da Cass. 26 marzo 2015, n. 6186.

⁽¹¹⁴⁾ Cass. sez. un. 18 aprile 2019, n. 10934.

7.5. *Il contegno processuale della parte*

7.5.1. *Il sistema delle presunzioni legali e le questioni inter-temporali*

In merito all'addebitabilità del ritardo alla parte pubblica e alla presunzione della prova dell'esistenza di un danno non patrimoniale quale conseguenza del ritardo, gli interventi legislativi del 2012 e del 2015 hanno cercato, per un verso, di legittimare l'assetto raggiunto dal giudice di legittimità e, per altro verso, di temperare questo meccanismo, stabilendo alcuni importanti correttivi, a mo' di eccezioni al funzionamento degli automatismi rimediali.

I sistemi di misurazione della durata ragionevole (art. 2, comma 2-*bis*) e di 'tariffazione' dell'indennizzo da ritardo (art. 2-*bis*), varati dal legislatore del 2012, hanno implicitamente confermato lo schema presuntivo fatto proprio dalla Corte di cassazione nel tentativo di adeguarsi alla giurisprudenza europea.

Nondimeno, la novella ha rafforzato una facoltà che appariva invero già esistere in capo al giudice, ossia quella di ritenere insussistente il diritto all'equo indennizzo quando, in base alle circostanze concrete e malgrado l'oggettiva durata del giudizio antecedente, sia da escludere una responsabilità dello Stato per l'irragionevole ritardo del processo oppure si neghi la configurabilità di un danno come conseguenza di tale evento. Il comma 2 dell'art. 2 impone un certo rigore nell'accertamento dell'illecito, richiamando l'attenzione del giudice sulla complessità del caso, sull'oggetto del procedimento, sul comportamento delle parti, del giudice e di ogni altro soggetto coinvolto durante il procedimento presupposto.

A ulteriore condizionamento del sindacato giudiziale, gli attuali commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* dell'art. 2 della l. n. 89 del 2001 offrono una tipizzazione di alcune condizioni valide a ribaltare le anzidette presunzioni ⁽¹¹⁵⁾, determinando una contropresunzione in senso favorevole all'amministrazione resistente. Più precisamente, alla prima disposizione consegue una presunzione *iuris et de iure*, alla seconda una presunzione *iuris tantum*. L'elencazione di cui ai commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* dell'art. 2 l. n. 89 del 2001 non manifesta alcun valore tassativo ⁽¹¹⁶⁾, sicché il giudice potrà ricavare inasprimenti dell'onere probatorio anche dal solo disposto dell'art. 2, comma 2, sulla base delle circostanze.

⁽¹¹⁵⁾ La presunzione del danno da irragionevole durata, al ricorrere dei presupposti della legge, ha le sembianze di una presunzione semplice tipizzata in via pretoria o comunque promossa dalla Corte di cassazione, ma in verità — vista la genesi — funziona come una presunzione legale relativa.

⁽¹¹⁶⁾ A proposito della prima disposizione, cfr. D. PIOMBO, *Equa riparazione per irragionevole durata del processo*, cit., 25 ss., spec. § 3.

L'introduzione di queste (contro)presunzioni pone un tema di applicabilità o meno del nuovo regime anche alle controversie pendenti al momento dell'entrata in vigore delle novelle. Le disposizioni transitorie, dettate agli ultimi commi dell'art. 6, hanno a oggetto soltanto l'art. 2, comma 2-*bis*, in punto di misura della (ir)ragionevole durata dei processi. Ne deriva che tutte le altre regole stimolano una valutazione dell'interprete sull'eventuale retroattività ⁽¹¹⁷⁾.

In apparenza, il regime delle presunzioni introduce una norma impositiva di un dovere, la quale può ritenersi rivolta direttamente al giudice, laddove gli impone di conformare al dettato della legge l'esito della propria funzione giurisdizionale. Occorre nondimeno domandarsi se tale novella intenda (e possa) regolare anche rapporti sorti sotto la vecchia legge, « effetti di un pregresso fatto generatore, previsti e considerati nel quadro di una diversa normativa » ⁽¹¹⁸⁾, incorrendo nella cd. retroattività impropria (o apparente).

Si tratta, invero, di prendere posizione all'interno dell'annoso dibattito sulla natura sostanziale o processuale delle norme dettate in tema di prove ⁽¹¹⁹⁾. L'opzione processuale trascinerrebbe con sé l'operatività della regola del *tempus regit actum*, giustificando in effetti la soluzione del diritto vivente. Previa denuncia della violazione da parte del giudice di merito, questa ricostruzione aprirebbe inoltre al sindacato diretto, in sede di legittimità, sui fatti processuali, esame diretto che è viceversa precluso nel caso in cui fosse censurata una violazione di legge sostanziale.

L'opposta scelta di privilegiare una qualificazione dei commi 2-*quinquies* e 2-*sexies* dell'art. 2 della l. n. 89 del 2001 in senso sostanziale porterebbe,

⁽¹¹⁷⁾ La norma non appartiene certamente all'insieme delle regole esplicitamente retroattive, che si impongono cancellando gli effetti già verificatisi di un fatto pregresso o impedendo che esso ne produca di nuovi, con l'unico limite del giudicato. Si parla in tal caso di retroattività propria. Un effetto sostanzialmente retroattivo può essere poi conseguito sia con le norme d'interpretazione autentica, sia con le norme ricognitive.

⁽¹¹⁸⁾ A. GIULIANI, *Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile*, in Padula (a cura di), *Le leggi retroattive dei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018, 102. L'A. definisce prima la retroattività apparente come la condizione in cui « la legge, pur producendo effetti solo per il futuro (*ex nunc*), incide su una fattispecie sorta sotto la vigenza della vecchia disciplina e non ancora esauritasi » (p. 101).

⁽¹¹⁹⁾ Esprimendosi a proposito delle presunzioni relative introdotte (apparentemente) *ex novo* dalla l. n. 208 del 2015, il giudice di legittimità ha voluto escludere l'estensione ai giudizi di equa riparazione introdotti prima dell'entrata in vigore della novella (1° gennaio 2016), atteso che la menzionata disposizione, introducendo nuovi oneri probatori, ossia chiamando l'uno o l'altro dei contendenti ad addurre prove che questi in origine non era tenuto a fornire, non potrebbe operare retroattivamente, ponendosi altrimenti a repentaglio la garanzia costituzionale del diritto di difesa (Cass. 13 dicembre 2019, n. 32992; Cass. 9 ottobre 2019, n. 25323).

viceversa, a osservare che il fatto generatore (ossia l'illecito) è — al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina — ormai compiuto: la conclusione sarebbe che esso è divenuto ormai impermeabile al diritto sostanziale sopravvenuto. A quel punto, tuttavia, rispetto al punto offerto dalla giurisprudenza di legittimità, residuerebbe un aspetto di incoerenza: stante il tenore solo dichiarativo dell'accertamento giudiziale, il discrimine temporale non dovrebbe essere fatto discendere dall'introduzione della domanda, bensì dal perfezionamento della fattispecie (cioè — giova ribadirlo — dalla 'consumazione' del fatto illecito dello Stato).

La soluzione sostanzialista potrebbe comunque risultare, da sola, non sufficiente.

Esclusa una natura processuale, occorrerebbe sciogliere il nodo sul tenore realmente innovativo ovvero solo interpretativo delle due norme di cui si tratta. Ciò in quanto il limite alla retroattività riguarda la regola sostanziale davvero sopravvenuta, e non già quella che non modifica i fatti costitutivi o impeditivi della situazione giuridica ⁽¹²⁰⁾. In altri termini, (anche) qualora si ammettesse una funzione meramente interpretativa delle due disposizioni, bisognerebbe consentire una naturale retroefficacia o retroapplicazione ⁽¹²¹⁾, ossia la possibilità che essa si imponga anche sulla valutazione di fatti passati, magari oggetto di giudizi già iniziati.

⁽¹²⁰⁾ Benché, come si dirà *infra*, un principio di diritto equivalente fosse già presente negli orientamenti della Corte di cassazione, i giudici di legittimità hanno affermato che « l'art. 2, comma 2-*quinquies*, della l. n. 89 del 2001, come modificato dalla l. n. 208 del 2015, che esclude l'indennizzo in favore della parte che ha agito o resistito in giudizio consapevole dell'infondatezza originaria o sopravvenuta delle proprie domande e difese, trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo l'1 gennaio 2016, per effetto dell'art. 11 disp. att. c.c., in quanto, pur realizzando la recezione di un principio costituente "diritto vivente", rientra tra le disposizioni che incidono sulla disciplina giuridica del fatto generatore del diritto all'equa riparazione, impedendo, in presenza della situazione ivi indicata, l'insorgenza stessa del diritto all'equa riparazione del danno da durata non ragionevole del processo » (Cass. 14 ottobre 2019, n. 25826).

⁽¹²¹⁾ A proposito di una diversa fattispecie, ossia l'art. 32 del d.l. n. 1 del 2012, disponente i presupposti per la risarcibilità dei danni cd. micro-permanenti, M. ROSSETTI, *Le nuove regole sull'accertamento del danno da lesione di lieve entità: profili giuridici*, in *Assinews*, 2012, 233, dopo averne sostenuto la natura sostanziale, conclude che essa « contiene [...] norme sulla risarcibilità del danno, e tali norme debbono essere applicate dal giudice nel momento in cui è chiamato a stabilire se un danno esista o meno. Non si tratta in questo caso di applicazione retroattiva: è, infatti, al momento della sentenza che occorre stabilire se un danno vi sia ed in che misura sia risarcibile, e tale accertamento non può che essere compiuto in base al quadro normativo vigente a quel momento ».

Curiosamente, anche il problema delle norme interpretative è attratto nella sfera dell'art. 6, par. 1, Cedu ⁽¹²²⁾, seppure in un canone diverso da quello del *délai raisonnable*. È ben noto però che l'indicazione è benigna verso quelle disposizioni che premiano un significato tra quelli già possibili.

In effetti, alla luce di queste premesse, le norme in oggetto non sembrano creare nuove fattispecie legali di esclusione del diritto, bensì solo aiutare l'interprete a qualificare una classe di fatti, sussumendoli all'interno delle categorie già presenti nell'ordinamento, per concludere un accertamento negativo circa l'esistenza del diritto all'equa riparazione: tale accertamento era infatti ben possibile anche in forza del previgente testo normativo.

7.5.2. *Abuso, concorso nel ritardo e consapevole inconsistenza della pretesa (o difesa)*

Il comma 2-*quinquies* fissa un catalogo di elementi fattuali tali da richiedere al giudice di ricavare addirittura l'esclusione *tout court* del diritto alla riparazione.

Con formula ampia, la legge dispone che non è riconosciuto alcun indennizzo alla parte istante ogni qualvolta questa si sia resa protagonista di condotte pretestuose o a qualunque titolo maliziose, che abbiamo dato causa al ritardo nella definizione del processo ⁽¹²³⁾.

Sistematizzando un indirizzo già apparso nella giurisprudenza di legittimità, il legislatore ha investito il giudice Pinto del potere di valutare *incidenter tantum* il comportamento assunto durante il giudizio presupposto dalla parte interessata a ricevere l'indennizzo, al fine di accertare, anche al di là delle ipotesi tipiche di lite temeraria ⁽¹²⁴⁾ ovvero di ingiustificato rifiuto della proposta di conciliazione o di mediazione, il ricorrere di altre situazioni di abuso dello strumento processuale o di altre distorsioni nell'uso del-

⁽¹²²⁾ Basti qui riportare una acuta osservazione dottrinale, che ha notato il paradosso metodologico della Corte di Strasburgo, la quale usa un argomento processuale (l'art. 6, par. 1, Cedu e il giusto processo) per porre limiti alla retroattività, che attiene invece a un problema di carattere sostanziale. Così R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giust. cost.*, 2011, 3753 ss.

⁽¹²³⁾ Era possibile ritrovare pronunce in questo senso anche precedenti all'intervento correttivo del 2015 (Cass. 11 marzo 2015, n. 4890; Cass. 26 aprile 2010, n. 9938).

⁽¹²⁴⁾ Già alcuni arresti della giurisprudenza di legittimità avevano battuto la strada alla possibilità che la previgente formulazione dell'art. 2, comma 2-*quinquies*, lett. a), fosse interpretata nel senso che il diritto all'equa riparazione potesse essere negato anche qualora non fosse stata pronunciata formale condanna ex art. 96 c.p.c., in ragione del fatto che l'elencazione contenuta nel comma suddetto non aveva carattere tassativo: così, tra le altre, Cass. 19 ottobre 2015, n. 21131; Cass. 5 maggio 2016, n. 9100; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24190.

l'azione o nella conduzione della difesa da parte dell'istante e del suo procuratore, non rilevate nel procedimento antecedente, ma tali comunque da far ritenere svuotata di fondamento la domanda riparatoria.

Si tratta di una declinazione del principio di autoreponsabilità piuttosto che della previsione di un meccanismo di sanzione dei confronti del richiedente. Due sembrano i punti su cui interviene (o può intervenire) la presunzione legale assoluta di insussistenza del diritto al ristoro. Davanti a certi comportamenti della parte privata, a difettare sarebbe talvolta il nesso di causalità tra l'amministrazione del processo e il ritardo maturato, talaltra invece a mancare sarebbe il danno risarcibile.

La norma è in grado, infatti, di coprire situazioni diverse. Si applica alle ipotesi di pur reale contendibilità dell'esito della controversia, dove però la parte provochi il ritardo nella definizione del giudizio con la decisione di avvalersi — senza che vi fosse concreto vantaggio per la propria difesa — di uno o più mezzi astrattamente offerti dalle regole processuali (abuso per eccesso di mezzi), nell'intento di avvantaggiarsi della conseguente dilazione dei tempi. Ma la stessa regola trova spazio anche laddove la parte abbia agito o resistito contro ogni ragionevole probabilità di vedere accolta la propria pretesa (abuso puro). In entrambi i casi, a fare difetto è il nesso causale. Si può affermare allora che, se non fosse intervenuto il legislatore, si sarebbe comunque potuti giungere alla medesima conclusione in base ai presupposti generali dell'illecito.

Il comma 2-*quinquies* estende però il rilievo negativo ai casi in cui il ritardo maturi come risultato (anche, ma non solo) di una dilazione dei tempi processuali (più o meno consapevolmente) determinata dallo stesso danneggiato, ossia a ipotesi in cui apparentemente troverebbe applicazione l'art. 1227 c.c., con mera diminuzione del risarcimento. Invece, in forza della regola speciale, viene qui disattivata la presunzione della sussistenza di un danno, impostando — come detto — una presunzione legale assoluta di segno opposto. Ingiusto appare al legislatore il ristoro, che sarebbe addebitato alla parte erariale, se il danno trova concausa in un abuso dello strumento processuale ⁽¹²⁵⁾.

È inoltre da escludere il diritto al rimedio Pinto in caso, altresì, di mera patente consapevolezza dell'inammissibilità o infondatezza delle domande o difese poste in essere, condizione subiettiva che può derivarsi anche dalla

(125) F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, cit., 202, argomenta che « nel caso in cui i ritardi imputabili alla strategia dilatoria di una parte si sommino ai ritardi imputabili alle autorità » non si dovrebbe ragionare dell'assenza di un elemento della fattispecie costitutiva della violazione oppure dell'esistenza di un fatto impeditivo del diritto all'equa riparazione quanto piuttosto del « profilo del(l'assenza del) danno ».

« massiccia, pregressa e anche recente e recentissima giurisprudenza » deponente in netta antitesi con la ricostruzione in diritto avanzata dall'interessato ⁽¹²⁶⁾. Un simile contegno psicologico, che ispira e si traduce in un abuso puro, è considerato dalla legge ragione *ex se* idonea a escludere il diritto al ristoro. In altri termini, tale circostanza milita a sfavore dell'istante anche a prescindere dalla verifica che il comportamento che ne è seguito sia stato concausa della dilazione del giudizio, ciò in quanto una simile consapevolezza resta comunque in radice incompatibile con l'ansia e il malessere correlati di regola all'incertezza della lite. Qui, altrettanto, dovrà qualificarsi il disposto legislativo come presunzione assoluta dell'assenza di un danno risarcibile.

A questo preciso riguardo, si è notato che « il patema d'animo derivante dalla situazione di incertezza per l'esito della causa è da escludersi anche nell'ipotesi di “temerarietà sopravvenuta”, ovvero quando la consapevolezza dell'infondatezza delle proprie pretese sia derivata, rispetto al momento di proposizione della domanda, da circostanze nuove che rendano manifesto il futuro esito negativo del giudizio prima che la sua durata abbia superato il termine di durata ragionevole » ⁽¹²⁷⁾.

7.5.3. *Le presunzioni (relative) di insussistenza del danno*

Il comma 2-*sexies* dell'art. 2 si occupa invece di situazioni che incidono sul processo di produzione del ritardo per il loro carattere obiettivo, di tal che non rileva il contegno soggettivo della parte coinvolta. Ricorrendo una di esse, la parte si trova nella condizione di poter allegare le ragioni della sua scelta (quando di scelta processuale si tratti) disfunzionale oppure la sussistenza di altre circostanze idonee a far desumere la presenza di un apprezzabile interesse e, soprattutto, di un patema provocato dall'eccessiva durata del giudizio.

La presunzione *iusuris tantum* di insussistenza del pregiudizio riguarda le posizioni dell'imputato che benefici della dichiarazione di intervenuta prescrizione del reato e del contumace ⁽¹²⁸⁾, quella delle parti che abbiano determinato l'estinzione del processo per rinuncia o inattività, ovvero la

⁽¹²⁶⁾ Così già Cass. 22 ottobre 2008, n. 25595.

⁽¹²⁷⁾ In tal senso, Cass. 18 aprile 2018, n. 9552.

⁽¹²⁸⁾ Annoverando tale posizione, sebbene nell'ambito di un catalogo di presunzioni relative di inesistenza del diritto all'equa riparazione, si riconosce la legittimazione attiva del contumace, il quale dovrà fornire prova di come, nonostante la propria mancata partecipazione al processo, l'interesse alla sua definizione in tempi ragionevoli fosse tale da aver consentito alla condizione di incertezza di determinare una sofferenza o un pregiudizio di carattere patrimoniale, direttamente riferibile all'illecito statale.

perenzione dello stesso, nonché la posizione di quei soggetti che, nell'introdurre ulteriori domande nel processo amministrativo, abbiano tenuto condotte non orientate all'economia processuale.

È inoltre idonea a far presumere l'assenza di un danno, salva la prova contraria, l'irrisorietà della pretesa o del valore della causa, da valutarsi anche in relazione alle condizioni personali della parte.

Già prima del 2016, la Corte di cassazione affermava che « ai sensi dell'art. 12 del Protocollo n. 14 alla CEDU, la soglia minima di gravità, al di sotto della quale il danno non è indennizzabile, va apprezzata nel duplice profilo della violazione e delle conseguenze, sicché dall'ambito di tutela della legge 24 marzo 2001, n. 89, restano escluse sia le violazioni minime del termine di durata ragionevole, di per sé non significative, sia quelle di maggior estensione temporale, ma riferibili a giudizi presupposti di carattere bagatellare, in cui esigua è la posta in gioco e trascurabili i rischi sostanziali e processuali connessi »⁽¹²⁹⁾.

Al di fuori delle presunzioni legali, resta fermo il potere del giudice di rilevare elementi sintomatici dell'assenza del danno, altrimenti considerato implicito nello sforamento degli *standard* di durata del processo, con attenzione a che « la solidità degli indizi e la congruità del ragionamento presuntivo » emergano « chiaramente dalla motivazione del provvedimento »⁽¹³⁰⁾.

Da quanto filtra dagli interventi legislativi del 2012 e del 2015, il legislatore italiano si è mosso in direzione di una maggiore responsabilizzazione del soggetto che fruisce del servizio giurisdizionale: di qui, l'affermazione dell'art. 2, comma 2, della l. n. 89 del 2001 secondo cui « nell'accertare la violazione il giudice valuta [...] il comportamento delle parti ».

La modalità con la quale più comunemente si estrinseca l'apporto della parte privata al ritardo è l'iniziativa dilatoria pura, ossia l'istanza di rinvio.

Se da un lato resiste l'impossibilità di scomputare integralmente il tempo necessario a soddisfare le richieste di rinvio dell'udienza depositate dal ricorrente Pinto nel processo presupposto (o da questi accettate) perché l'intervallo per la fissazione della nuova udienza — a causa della congestione degli uffici giudiziari — eccede il termine *ex art.* 81 disp. att. c.p.c., dall'altro lato, grazie all'art. 2, comma 2, il giudice può comunque sindacare *ex post* l'atteggiamento tenuto dalla parte nel giudizio antecedente, mettendo in luce un eccessivo o ingiustificato ricorso alle istanze di rinvio.

⁽¹²⁹⁾ Cass. 14 gennaio 2014, n. 633.

⁽¹³⁰⁾ F. DE SANTIS DI NICOLA, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, cit., 203, il quale soggiunge che « ragioni di prudenza vorrebbero che le giurisdizioni Pinto facessero leva su circostanze che, in qualche misura, possano trovare addentellati nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ».

Nell'ambito di questo scrutinio — e solo ai soli fini di questa valutazione, distinta da quella relativa allo scomputo — il giudice che si trovi davanti a un reiterato (e apparentemente indiscriminato) uso dello strumento dilatorio, motivando, potrà dedurre da questi indici l'inconsistenza di qualsivoglia asserito affidamento nei tempi contenuti di rinvio di cui al menzionato art. 81 disp. att. c.p.c. (ove smentiti dalla prassi). Il giudice, in altre parole, se non può aritmeticamente sottrarre per intero i tempi di rinvio, ben può escludere il diritto all'equa riparazione smentendo *tout court* la responsabilità della parte erariale per il peso che le condotte dilatorie della parte dimostrino di aver avuto nella concreta dinamica del processo.

7.6. *La quantificazione dell'equa riparazione*

7.6.1. *Considerazioni preliminari sulla legge applicabile nella liquidazione*

Nella circostanza in cui non ricorrano elementi sufficienti a escludere la sussistenza del nesso di causa tra gestione del processo e ritardo ovvero a vincere la presunzione del danno, il giudice adito deve liquidare un'equa riparazione. Il tema relativo alla quantificazione di questa misura di ristoro è oggetto della specifica disciplina contenuta nell'art. 2-*bis* della legge Pinto, interpolato nel testo originario per mano della riforma del 2012. A partire da questo momento, è di tutto rilievo la previsione, di un vero e proprio 'tariffario', sebbene non inderogabile, sulla falsariga di quello adottato nei fatti dai giudici di Strasburgo nelle controversie aventi a oggetto la mancanza di efficaci rimedi contro la violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu⁽¹³¹⁾. La disposizione è stata corretta e sensibilmente arricchita ad opera dell'art. 1, comma 777, lett. e), della l. n. 208 del 2015.

Oggi appare decisamente più limitata la discrezionalità del giudice di merito nel determinare l'ammontare dell'indennizzo. I confini di questo potere discendono ormai da puntuali indicazioni da parte del legislatore, impregiudicata la necessità di assicurare la generale conformità del diritto

⁽¹³¹⁾ In linea di principio, anche in sede convenzionale la liquidazione dell'equa soddisfazione ex art. 41 Cedu dovrebbe essere commisurata all'obiettivo di riparare, caso per caso, il pregiudizio subito dal ricorrente, allo scopo di ristabilire un adeguato livello di tutela dell'individuo interessato dal procedimento giurisdizionale. Tuttavia, dinanzi al proliferare dei casi, la Corte di Strasburgo ha preferito adottare, dapprima nei confronti del nostro Paese e poi in via generale, un sistema tabellare di liquidazione della *satisfaction équitable* a titolo di danno non patrimoniale (v., *ex multis*, Corte EDU, 26 aprile 2001, ric. n. 40693/98, *Rotellini e a. c. Italia*; Corte EDU, 30 ottobre 2001, ric. n. 43658/98, *Sousa Miranda c. Portogallo*; Corte EDU, 7 novembre 2000, ric. n. 45885/99, *Iannelli c. Italia*).

nazionale, e in particolare del rimedio, ai parametri convenzionali (su tutti, l'effettività), come interpretati dalla Corte di Strasburgo ⁽¹³²⁾.

In mancanza di *benchmark* descrittivi dell'equa riparazione da accordare e di criteri per disporre aumento e diminuzione, essendo la sofferenza patita per il protrarsi del giudizio — per sua natura — un pregiudizio insuscettibile di essere stimato in termini oggettivi, le corti avrebbero potuto esercitare un grado elevato di discrezionalità. Nell'articolato, il metodo equitativo non è smarrito. Esso si combina con il ricorso a stringenti parametri predeterminati dalla legge, a garanzia dell'uguaglianza formale dei percipienti (offrire ristori analoghi a soddisfazione di situazioni tra loro corrispondenti) e dei principi della finanza pubblica (*in primis* quello di prevedibilità della spesa a salvaguardia del corretto esercizio contabile delle amministrazioni deputate alla liquidazione, attinte dall'aggregazione di decine di migliaia di richieste di ristoro).

Pare importante ricordare che nell'ordinamento interno — a norma del comma 1, dell'art. 2-*bis* della l. n. 89 del 2001 — il ristoro è riconosciuto solamente per la parte del processo che supera il limite di ragionevole durata applicabile per il relativo grado del giudizio.

La stessa Corte di cassazione, smarcandosi dalla prassi invalsa presso il giudice europeo, ha avallato la compatibilità della regola domestica con la « complessiva attitudine della legge ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo », ribadendo come la scelta di fissare questo criterio di quantificazione non infici il rispetto da parte dell'Italia degli obblighi internazionali assunti con la ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, anche sotto il profilo del pieno riconoscimento del canone di cui all'art. 6, par. 1, Cedu ⁽¹³³⁾.

Anche i giudici di Strasburgo, del resto, hanno riconosciuto come l'opzione legislativa in parola rientri nel « margine di apprezzamento di cui dispone ciascuno Stato aderente, che può istituire una tutela per via giudi-

⁽¹³²⁾ Cass. sez. un., 26 gennaio 2004 n. 1340, per prevenire la riapertura del delicato fronte dei ricorsi a Strasburgo, aveva ricavato dal principio di sussidiarietà un monito per il giudice del merito: i criteri per la liquidazione del danno elaborati dall'organo giurisdizionale del Consiglio d'Europa non potevano essere disattesi, se non in misura ragionevole, pena l'integrazione degli estremi di una violazione di legge censurabile con ricorso per Cassazione.

⁽¹³³⁾ Cass. 23 aprile 2005, n. 8568; Cass. 13 aprile 2006, n. 8714; Cass. 19 novembre 2007, n. 23844; Cass. 22 gennaio 2008, n. 1354; Cass. 6 maggio 2009, n. 10415; Cass. 11 gennaio 2011, n. 478.

ziaria coerente con il proprio ordinamento giuridico e le sue tradizioni, in conformità al livello di vita del Paese » ⁽¹³⁴⁾.

Pure rispetto alla successione nel tempo dei criteri di quantificazione dell'equa riparazione, si pone una questione intorno alla loro eventuale retroattività.

La giurisprudenza di legittimità è parsa orientata a ritenere che il regime introdotto con d.l. n. 83 del 2012, e successivamente modificato con l. n. 208 del 2015, sia applicabile solo ai ricorsi introdotti dopo l'entrata in vigore della relativa disposizione di legge (ossia, rispettivamente, 12 agosto 2012 e 1° gennaio 2016) ⁽¹³⁵⁾.

In realtà, come visto a proposito delle presunzioni di insussistenza del danno, sarebbe più corretto domandarsi preliminarmente se le norme che definiscono le tecniche di quantificazione costituiscano norme sostanziali ovvero processuali, e comunque — nella prima ipotesi — se le norme che attengono alla misura risarcibile non vadano osservate come mere regole imposte al giudice nell'atto della decisione. Come tali, esse troverebbero applicazione in quanto vigenti al momento in cui la liquidazione è operata.

D'altro canto, l'interesse del danneggiato ha dei contorni. Questi nutre un legittimo affidamento sulla possibilità di vedersi risarcire il danno subito in base ai presupposti dell'illecito sussistenti al momento in cui esso è maturato, ma non anche sulla misura esatta entro la quale la responsabilità dello Stato verrà riconosciuta.

7.6.2. I ricorsi pre-2012

Come anticipato, l'avviso giurisprudenziale è incline a suddividere i ricorsi proposti in base alle norme applicabili al momento dell'introduzione del giudizio, per prevenire qualunque retroapplicazione. Quale corollario, rispetto al periodo che precede l'introduzione dell'art. 2-*bis*, ai fini della liquidazione del danno, il giudice nazionale dovrebbe tener conto diretta-

⁽¹³⁴⁾ Corte EDU, 20 aprile 2010, *Martinetti e a. c. Italia*; Corte EDU, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*; Corte EDU, 5 giugno 2007, *Delle Cave e a. c. Italia*; Corte EDU, 29 marzo 2006, *Apicella c. Italia*.

⁽¹³⁵⁾ Questo orientamento è stato confermato da Cass. 14 ottobre 2019, n. 25837, secondo cui, in assenza di norme che dispongano diversamente e in forza dell'art. 11 disp. att. c.c., l'art. 2-*bis*, commi 1 e 1-*ter*, della l. n. 89 del 2001, introdotti dalla l. n. 208 del 2015, dettando una nuova disciplina che prevede l'applicabilità dell'abbassamento a 400 euro del minimo annuo, nonché la riducibilità ulteriore di un terzo in caso di rigetto della domanda nel procedimento cui l'azione per l'equa riparazione si riferisce, costituiscono *ius superveniens*, che trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo il 1° gennaio 2016. Così anche Cass. 28 maggio 2019, n. 14521, che ha ritenuto applicabile l'ultima novella *ratione temporis* ai ricorsi depositati a decorrere dal 1° gennaio 2016.

mente dei criteri applicati dalla Corte EDU e discostarsi da essi solo con adeguata motivazione, che dia conto delle peculiari circostanze concrete della singola vicenda che impongono l'adozione di metodi di commisurazione diversi da quelli indicati in sede europea ⁽¹³⁶⁾.

Simile affermazione desta qualche perplessità perché dei veri e propri parametri convenzionali, formati dalla Corte di Strasburgo, non hanno mai avuto formale e diretta applicazione nell'ordinamento municipale ⁽¹³⁷⁾. Semmai, essi sono stati (e restano), termine di confronto per stabilire l'effettività del rimedio predisposto.

In termini pratici, anche per i ricorsi pre-2012, stabilire una somma di denaro non inferiore a euro 500 e non superiore a euro 1.500 per anno non può ritenersi decisione incongrua ⁽¹³⁸⁾. Ciò in ragione anche della sostanziale sovrapponibilità tra gli standard di liquidazione alloctoni e quelli domestici (ancorché normativamente sopravvenuti), o quantomeno della loro convergenza verso un approdo tutelante a sufficienza.

7.6.3. *La disciplina post-2012 e post-2016*

Laddove la domanda di equo indennizzo sia invece successiva all'entrata in vigore della novella introdotta con d.l. n. 83 del 2012, il giudice di merito è ritenuto non vincolato al pedissequo rispetto dei parametri elaborati dalla Corte di Strasburgo, bensì tenuto all'osservanza dei valori minimi e massimi indicati dall'art. 2-*bis*, comma 1, della l. n. 89 del 2001 ⁽¹³⁹⁾. Come visto *supra*, un simile meccanismo regge oggi il sistema interno di ristoro, la cui architrave poggia proprio sui due pilastri della forfetizzazione del ristoro e del *favor probationis* di cui gode il ricorrente.

⁽¹³⁶⁾ Cass. 18 marzo 2019, n. 7616.

⁽¹³⁷⁾ Non era questo il senso cui era pervenuto lo stesso giudice di legittimità prima delle modifiche normative, nell'affermare che i criteri di liquidazione applicati dalla Corte EDU non potessero essere ignorati dal giudice nazionale, tanto che eventuali divergenze dovessero essere motivatamente giustificate dalle circostanze concrete della singola vicenda, così da non apparire irragionevoli. In proposito, Cass. 28 maggio 2012, n. 8471, ma già Cass. 14 ottobre 2009, n. 21840 e Cass. 30 luglio 2010, n. 17922.

⁽¹³⁸⁾ La Corte di cassazione ha avuto modo di affermare che riconoscere euro 500 per anno di ritardo non può ritenersi, di per sé, irragionevole e inidoneo a assicurare un adeguato ristoro alla parte interessata. Nella liquidazione dell'equa riparazione da irragionevole durata di un giudizio di scioglimento di comunione ereditaria, proprio in una fattispecie cui non era applicabile *ratione temporis* l'art. 2-*bis* della l. n. 89 del 2001, era stata ritenuta congrua la quantificazione nella misura solitamente riconosciuta per i giudizi amministrativi o fallimentari protrattisi oltre dieci anni, rapportata su base annua a circa euro 500 (Cass. 19 maggio 2017, n. 12696).

⁽¹³⁹⁾ Cass. 24 settembre 2021, n. 25964.

Il potere di liquidazione del giudice è arginato all'interno di uno schema che fissa due soglie, una minima (euro 400 euro, già euro 500 prima del 2016) e una massima (euro 800, già euro 1500 prima del 2016), ritoccate appunto dalla l. n. 208 del 2015, entro cui determinare l'indennizzo da riconoscere per ciascun anno, o frazione superiore a sei mesi, che ecceda il termine ragionevole di durata del processo.

Dal 2016, è inoltre stabilita una regola di progressività: la misura dell'indennizzo annuo può, infatti, essere incrementata fino al 20% per gli anni successivi al terzo e fino al 40% per gli anni successivi al settimo.

Quanto alla determinazione dell'indennizzo all'interno della forbice stabilita dall'art. 2-*bis*, comma 1, la scelta legislativa è stata quella di enumerare alcuni criteri orientativi dell'equità giudiziale al comma 2 dello stesso articolo: *a*) esito del processo antecedente; *b*) comportamento del giudice e delle parti; *c*) natura degli interessi coinvolti; *d*) valore e rilevanza della causa, valutati anche in relazione alle condizioni personali della parte.

Alcuni indici recano in rilievo circostanze che, quando connotate da un elevato grado di significatività, possono addirittura determinare, a monte, il diniego dell'equa riparazione ai sensi dell'art. 2, commi 2, 2-*quinquies* e 2-*sexies*, per il difetto di nesso causale e/o per l'assenza di qualsivoglia danno: tra questi, l'esito del processo, se indicativo di un atteggiamento temerario o comunque abusivo, il comportamento delle parti, se altrettanto affetto da malizia o gravemente dilatorio, nonché il valore e la rilevanza della causa, se irrisonori ⁽¹⁴⁰⁾.

Condotte delle parti meno gravi, ma comunque rimproverabili, giustificherebbero una riduzione dell'equa riparazione, sul modello dell'art. 1227 c.c. Stesso esito quando la causa antecedente, per natura ed entità, esiga di rendere proporzionalmente basso il rimedio riparatorio.

Sono poi menzionati criteri come il comportamento del giudice e la natura degli interessi coinvolti.

Anche le modalità di amministrazione del processo da parte del giudice incaricato possono incidere, in effetti, sull'ingiustizia del ritardo e sull'entità del pregiudizio patito. Nella liquidazione della misura riparatoria, opportunamente è data importanza anche alla condotta del giudice incaricato, in funzione — evidentemente — di stabilire una misura riparatoria maggiore. Tale comportamento, dunque, ha un rilievo sulla quantificazione del danno. Non già perché si voglia punire una più manifesta responsabilità dello Stato

⁽¹⁴⁰⁾ Potrebbe concludersi che il legislatore stia imponendo all'interprete di verificare, in prima battuta, se simili circostanze eccedano la soglia di cui ai commi 2, 2-*quinquies* e 2-*sexies*; in caso negativo, sarebbe richiesto al giudice di considerare le medesime circostanze quantomeno nel procedimento di calcolo dell'indennizzo.

né la mera difformità dai modelli di diligente condotta nell'amministrazione del processo, quanto piuttosto perché si presume che accresca la sofferenza nella parte coinvolta subire gli effetti di una gestione processuale tangibilmente scorretta.

L'indicazione degli interessi coinvolti, quali fattore di determinazione dell'equa riparazione, appare quasi pleonastica. La riparazione risponde agli effetti patrimoniali e non patrimoniali scaturenti dall'incisione di una situazione giuridica e dunque la quantificazione non può che commisurarsi alle conseguenze del grave ritardo, le quali saranno tanto maggiori quanto più il bene della vita coinvolto sarà rilevante per la parte.

Particolarmente significativo è anche che il comma 1-*bis* conceda di diminuire la misura fino al 20% quando le parti del processo presupposto sono in numero maggiore di dieci e fino al 40% quando le parti in numero superiore a cinquanta ⁽¹⁴¹⁾. Il presupposto è ricavabile dalla motivazione delle soluzioni pretorie che già prima della novella avevano disposto una riduzione dell'ammontare nella convinzione che nelle cause collettive si possa presumere una minore personalizzazione della controversia e, di conseguenza, una minore sofferenza per il suo prolungarsi ⁽¹⁴²⁾, anche se non in maniera sensibile ⁽¹⁴³⁾.

8. La decadenza dal diritto

L'art. 4 del l. n. 89 del 2001 prescrive a colui che voglia ottenere ristoro per l'irragionevole durata di un processo di proporre la domanda « entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva », ossia dal suo passaggio in giudicato ⁽¹⁴⁴⁾.

Il diritto vivente intendeva tale norma come preclusiva della proposizione della domanda di equa riparazione in pendenza del procedimento nel

⁽¹⁴¹⁾ Ad avviso della giurisprudenza (Cass. 17 settembre 2021, n. 25181), ragioni sistematiche e una lettura comparata del comma 1-*bis* dell'art. 2-*bis* e del comma 2-*bis* dell'art. 2 impongono di attribuire alle parole "processo" e "procedura concorsuale" un differente significato: dunque, rispetto alle procedure concorsuali, non sarebbe applicabile il meccanismo di riduzione del *quantum* connesso al numero delle parti, poiché la compresenza di una pluralità di creditori costituisce ipotesi fisiologica e ordinaria della procedura concorsuale. Questo principio è stato confermato da Cass. 12 gennaio 2023, n. 734, che ha però fatta salva la riduzione nell'evenienza in cui il richiedente l'indennizzo risulti essersi insinuato al passivo con istanza riguardante una pluralità di altri soggetti, e ha confermato che il numero complessivo dei creditori interessati alla procedura ben può costituire parametro di riduzione per la complessità della stessa, ai sensi della distinta norma recata dall'art. 2, comma 2.

⁽¹⁴²⁾ Cass. 12 luglio 2011, n. 15268.

⁽¹⁴³⁾ Cass. 2 maggio 2012, n. 6655.

⁽¹⁴⁴⁾ Cass. 17 giugno 2019, n. 16194. Si noti a questo proposito anche che Cass. 6 dicembre 2021, n. 38473 ha escluso che il procedimento di correzione dell'errore materiale,

cui ambito la violazione della ragionevole durata si assuma essersi verificata ⁽¹⁴⁵⁾, fino a che la Corte costituzionale non è giunta a riammettere tale facoltà ⁽¹⁴⁶⁾.

Da tempo, le sezioni unite hanno sciolto ogni contrasto intorno al rapporto tra detto termine semestrale di decadenza dall'azione giudiziale e l'applicazione dell'ordinario termine di prescrizione (decennale se si optasse per la natura indennitaria dell'obbligazione, quinquennale se, di contro, si prediligesse la ricostruzione della fattispecie in termini di responsabilità da illecito civile) ⁽¹⁴⁷⁾, con avvallo del già prevalente avviso secondo cui la previsione di un meccanismo di decadenza, da parte di una norma speciale, debba considerarsi escludere la decorrenza dell'ordinario termine prescrizione.

A supporto di questa soluzione militano ragioni di diverso ordine, talune di carattere concettuale talaltre invece di segno più squisitamente pratico. Per un verso, prescrizione e decadenza sarebbero istituti incompatibili laddove li si dovesse intendere come riferiti a una situazione (il diritto all'equa riparazione) la cui non-estinzione dipende dal compimento di un unico atto (l'istanza di accesso al rimedio giudiziale).

Infatti, l'art. 2967 c.c. andrebbe letto in coerenza con la rubrica dell'art. 2964 c.c.: il termine di prescrizione di regola può decorrere solo allorché il compimento dell'atto o il riconoscimento del diritto disponibile abbia impedito il maturarsi della decadenza.

Inoltre, sul piano meramente procedimentale interno al giudizio Pinto, l'applicazione della prescrizione — in concorso con il regime decadenziale — caricherebbe il giudice dell'impraticabile onere di « accertare la data di maturazione del diritto per ciascuna frazione di ritardo, avuto riguardo anche alla variabilità della ragionevole durata del processo in rapporto ai criteri previsti per la sua determinazione ». Infine, l'inesorabile decorso del termine prescrizione esporrebbe certamente il giudizio al rischio di frazionamento della pretesa indennitaria, atteso che una simile scelta processuale sarebbe di fatto imposta alla parte interessata.

9. Il danno da ritardo nel pagamento dell'indennizzo

All'attenzione della Corte di cassazione è giunta anche l'ipotesi del ritardo nell'erogazione dell'indennizzo Pinto, in assenza (o, semplicemente,

proponibile senza limiti di tempo, possa rilevare ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine perentorio di sei mesi.

⁽¹⁴⁵⁾ Cass. 1° luglio 2016, n. 13556; Cass. 12 ottobre 2015, n. 20463; Cass. 2 settembre 2014, n. 18539; Cass. 16 settembre 2014, n. 19479.

⁽¹⁴⁶⁾ Corte cost. 26 aprile 2018, n. 88.

⁽¹⁴⁷⁾ Cass. sez. un. 2 ottobre 2012, n. 16783.

prima) di una procedura di esecuzione forzata. Le sezioni unite hanno, sì, riconosciuto un rilievo a questo ritardo, quando superiore al termine ritenuto congruo dalla giurisprudenza convenzionale⁽¹⁴⁸⁾, ma lo hanno fatto in chiave di ipotetica violazione autonoma dell'art. 6, par. 1, Cedu, e non già come fonte del diritto alla riparazione ai sensi della normativa interna.

La legge Pinto, in effetti, fornisce una tutela per il solo pregiudizio relativo all'irragionevole durata del processo svolto davanti a un organo giurisdizionale, non anche per quello che attiene ad un ritardo attribuibile all'amministrazione⁽¹⁴⁹⁾ nella fase successiva, quest'ultimo risarcibile — allo stato della legislazione — solo ricorrendo alla Corte europea⁽¹⁵⁰⁾, atteso che la scelta della tipologia di rimedio per far fronte alla mora della pubblica amministrazione appartiene all'ambito di discrezionalità del legislatore⁽¹⁵¹⁾.

Confrontando la posizione di due ipotetici soggetti creditori dello Stato in forza di un provvedimento giurisdizionale (quale è il decreto Pinto), di cui uno abbia scelto di non sopportare costi e oneri della procedura di esecuzione forzata nei confronti dell'amministrazione debitrice, i giudici della Corte di cassazione hanno ritenuto che costituisca vantaggio « irragionevole e sproporzionato » il riconoscimento anche in favore di questo di un ristoro

⁽¹⁴⁸⁾ Corte EDU, 21 dicembre 2010, ric. n. 45867/07, *Gaglione e altri c. Italia*, ha da tempo imposto di parametrare la durata dell'esecuzione del decreto Pinto in sei mesi e cinque giorni dal suo deposito; oggi, il parametro temporale è quello individuato a norma dell'art. 5-*sexies*, comma 5, della l. n. 89 del 2001, cioè sei mesi decorrenti oggi dall'integrale assolvimento degli oneri di comunicazione.

⁽¹⁴⁹⁾ Sulla non riconducibilità alla l. n. 89 del 2001 dei ritardi procedurali (e non processuali) si v. già Cass. sez. un. 25 febbraio 2014, n. 4429.

⁽¹⁵⁰⁾ Cass. sez. un. 19 marzo 2014, n. 6312, che infatti ha statuito che non vada considerato come tempo del processo quello intercorso fra la definitività della fase di cognizione e l'inizio della fase esecutiva. Confermata da Cass. sez. un. 23 luglio 2019, n. 19883 e, di seguito, Cass. 26 maggio 2020, n. 9766.

La parte interessata, che si trovi costretta ad attendere oltre il termine previsto, è tenuta a rivolgersi alla Corte di Strasburgo in via diretta, perché solo in tale sede può conseguire il relativo ristoro, forfetariamente determinato in euro 200, indipendentemente dalla concreta misura del ritardo. Così Corte EDU, 21 dicembre 2010, ric. n. 45867/07, *Gaglione e altri c. Italia*.

Contra, G. TRISORIO LIUZZI, *Quattro recenti decisioni delle Sezioni Unite sulla legge Pinto*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 2, 485, secondo cui l'applicabilità della legge Pinto alla fattispecie del ritardato pagamento degli indennizzi si giustificerebbe in ragione del fatto che tale condotta della pubblica amministrazione è contraria all'art. 6, par 1, Cedu, disposizione la cui violazione dà diritto all'equa riparazione secondo il testo dello stesso provvedimento legislativo.

⁽¹⁵¹⁾ *Contra*, R. CONTI, *Legge Pinto — ma non solo — Corte di Cassazione e Cedu su alcune questioni ancora controverse*, in *questionegiustizia.it*, 2015, 10 s., a parere del quale, per offrire una tutela compensativa, potrebbe invocarsi il potere-dovere del giudice di colmare le lacune che si frappongono alla piena attuazione dei diritti sanciti dalla Cedu.

ulteriore rispetto alla liquidazione degli interessi moratori *ex art.* 1224, comma 1, c.c.

Una parte della dottrina ha sostenuto che i precedenti della Corte europea sembrerebbero tuttavia smentire che la mancanza di una iniziativa nelle forme dell'esecuzione forzata possa giustificare l'inammissibilità di un ricorso per equa riparazione relativo al tempo trascorso tra la data della decisione Pinto e l'effettivo pagamento ⁽¹⁵²⁾.

Malgrado questo avviso, continua, in effetti, ad apparire non giustificato riservare sul piano domestico un trattamento differenziato allo Stato debitore rispetto a qualunque altro debitore privato in mora, essendo la parte erariale comunque già soggetta agli ordinari strumenti di ristoro del danno da ritardo nell'adempimento.

Ma soprattutto ad apparire irragionevole sarebbe la diversificazione del regime all'interno della platea dei creditori dello Stato che anelano alla riparazione dei danni da ritardato pagamento di un provvedimento giurisdizionale ottenuto contro lo Stato. All'effetto, soltanto a quelli che vantano il pagamento dell'indennizzo *ex lege* Pinto (e non alla generalità dei creditori ad altro titolo) sarebbe consentito l'accesso al più favorevole trattamento, sul piano probatorio, previsto dalla legge n. 89 del 2001.

⁽¹⁵²⁾ F. DE SANTIS DI NICOLA, *Dai ritardi dell'Amministrazione nel pagamento degli indennizzi Pinto alla (perniciosa) unitarietà dei processi di cognizione e di esecuzione*, in *Corr. giur.*, 2015, 1417 ss., secondo cui quella offerta dalla Cassazione sarebbe un'obiezione già respinta dalla Corte di Strasburgo nei casi Simaldone e Gaglione.

II.
IL DIRITTO ALLA VITA

I.
IL DIRITTO ALLA VITA E ALLA SALUTE
di *Giulio Donzelli* (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'art. 2 CEDU e il relativo ambito di applicazione. — 3. Protezione della vita e della salute: l'integrità psicofisica della persona. — 4. Suicidi e atti di autolesionismo. — 5. Strutture sanitarie. — 6. Eutanasia e interruzione delle cure di sostegno vitale. — 7. Trattamenti sanitari obbligatori: il caso dell'obbligo vaccinale. — 8. Carceri. — 9. Incidenti relativi alla circolazione stradale e al settore edilizio. — 10. Divieto di privare intenzionalmente della vita: la pena di morte. — 11. Uso letale della forza da parte di agenti dello Stato e relative eccezioni. — 12. Obblighi procedurali.

1. Premessa

Nel dibattito dottrinario svoltosi in Italia nei primi anni del XXI secolo è emersa una sostanziale delusione circa l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dei giudici nazionali. Pur a fronte di frequenti riferimenti alla Convenzione e alle pronunce rese dalla Corte di Strasburgo, si ha infatti l'impressione che tali menzioni non costituiscano passaggi nevralgici della *ratio decidendi* posta a fondamento della soluzione dei casi venuti all'attenzione dei giudici nazionali.

Le ragioni di questa deludente reazione del nostro ordinamento sono imputabili a una pluralità di fattori, che Pietro Rescigno ha ricondotto autorevolmente al fatto che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione di Strasburgo risalgono a una formulazione ormai più che cinquantennale, sicché si tratta di diritti fondamentali della “prima generazione”, nel cui catalogo non sono contemplati quelli della “seconda generazione”, ossia i diritti sociali, né quelli della “terza generazione”, cioè i diritti attuali concernenti le nuove tecnologie e la tutela dei consumatori ⁽¹⁾.

Ciò nonostante, a partire dalle c.d. “sentenze gemelle” pronunciate dalla Corte costituzionale nel 2007, le disposizioni della Convenzione hanno

(*) Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

⁽¹⁾ P. RESCIGNO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (Famiglia, proprietà, lavoro)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, vol. 48, fasc. 3, 325-331. Si veda inoltre *Il diritto*

iniziato ad assumere un rilievo costituzionale più diretto e incisivo nella forma delle c.d. “norme interposte” ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost. ⁽²⁾. Ne offre puntuale dimostrazione la copiosa giurisprudenza relativa ai diritti alla vita e alla salute su cui si soffermano le pagine seguenti nella prospettiva degli orientamenti della Corte di Strasburgo, con taluni accenni ai riflessi che essi hanno avuto nell’ordinamento italiano.

2. L’art. 2 CEDU e il relativo ambito di applicazione

L’art. 2 CEDU dispone quanto segue:

« 1. 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.

2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

(a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;

(b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l’evasione di una persona regolarmente detenuta;

(c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un’insurrezione ».

L’art. 2 CEDU si colloca nel solco tracciato dall’art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti umani, il quale sancisce solennemente che « ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona ». All’inizio del nuovo millennio, l’art. 2 CEDU, come integrato dai Protocolli 6 e 13, è assunto a modello dell’art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, ai cui sensi « 1. Ogni individuo ha diritto alla vita. 2. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato ».

Quanto alla struttura e al contenuto precettivo, l’art. 2 CEDU prevede due obblighi sostanziali in capo agli Stati contraenti: l’obbligo generale di proteggere mediante la legge il diritto alla vita e il divieto, delimitato da un elenco di eccezioni ⁽³⁾, di privare intenzionalmente una persona della vita. Su questi due obblighi sostanziali si innesta l’obbligo procedurale di svolgere indagini effettive sulle violazioni dei predetti profili sostanziali ⁽⁴⁾.

privato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Atti del Convegno per i 30 anni di NGCC (Padova, maggio 2015), in Nuova giur. comm., 2016, vol. 32, fasc. 1, 103-200.

⁽²⁾ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

⁽³⁾ Cfr. *infra* par. 11.

⁽⁴⁾ Cfr. *infra* par. 12.

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'art. 2 deve essere interpretato e applicato in modo tale che le sue previsioni siano « pratiche ed effettive » ⁽⁵⁾, al fine di garantire che la Convenzione operi come « strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo » ⁽⁶⁾ nel campo dei diritti umani all'interno delle società democratiche che compongono il Consiglio d'Europa. Si tratta dunque di uno degli « articoli fondamentali della Convenzione » ⁽⁷⁾, per il quale non è consentita alcuna deroga in tempo di pace ai sensi dell'art. 15 CEDU.

In ragione della preminenza dei valori tutelati dall'art. 2, la Corte di Strasburgo ha progressivamente esteso l'ambito di applicazione di tale disposizione, che opera anche nei casi in cui chi assume di aver subito una violazione del diritto alla vita non sia deceduto. In particolare, ciò avviene quando una persona subisca una violenza che, a causa della forza impiegata e della natura delle lesioni che ne sono derivate, possa mettere gravemente in pericolo la sua vita, pur essendo sopravvissuta all'aggressione di cui è stata vittima.

Tanto vale sia in caso di ricorso alla forza da parte di agenti dello Stato ⁽⁸⁾, sia in caso di violenza esercitata da parte di attori non statali ⁽⁹⁾. Nel primo caso, tuttavia, occorre tenere in debita considerazione l'intensità della forza impiegata dagli agenti dello Stato, nonché la gravità delle lesioni subite dalla vittima per verificare se la condotta censurata possa invece configurare una violazione dell'art. 3 CEDU (Proibizione della tortura) ⁽¹⁰⁾.

Rientrano altresì nel campo di applicazione dell'art. 2 CEDU i casi in cui la vita di una persona sia stata messa in grave pericolo da una condotta omissiva, come ad esempio nel caso paradigmatico dell'Ungheria, che aveva escluso i ricorrenti dal programma di protezione che lo Stato riserva ai testimoni, esponendo tali soggetti ai pericoli derivanti dalle gravi minacce che erano state loro rivolte ⁽¹¹⁾. Altrettanto vale per cause riguardanti incidenti

⁽⁵⁾ Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, 27 settembre 1995, n. 18984/91, par. 146, ove la Corte afferma che le garanzie devono essere « pratiche ed effettive ».

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, 30 giugno 2005, n. 45036/98, par. 156, e, più recentemente, Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, 13 febbraio 2020, nn. 8675/15 e 8697/15, par. 110.

⁽⁷⁾ Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, 24 marzo 2011, n. 23458/02, par. 174.

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, 20 dicembre 2004, n. 50385/99, par. 55; Corte EDU, *Soare e altri c. Romania*, 22 febbraio 2011, n. 24329/02, parr. 108-109; Corte EDU, *Trévalec c. Belgio*, 14 giugno 2011, n. 30812/07, parr. 55-61.

⁽⁹⁾ Corte EDU, *Yotova c. Bulgaria*, 23 ottobre 2012, n. 43606/04, par. 69.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *İlhan c. Turchia*, 27 giugno 2000, n. 22277/93, par. 76.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *R.R. e altri c. Ungheria*, 4 dicembre 2012, n. 19400/11, parr. 26-32.

potenzialmente mortali ⁽¹²⁾ e disastri ambientali o industriali ⁽¹³⁾, giudizi nei quali la Corte EDU ha esaminato ai sensi dell'art. 2 le doglianze dei ricorrenti sopravvissuti casualmente agli incidenti verificatisi a causa dell'inerzia dello Stato, che non aveva adottato opportune misure per scongiurare, o comunque contenere, i potenziali pericoli.

Con riferimento alle attività considerate pericolose per la loro stessa natura, la Corte ha affermato che spetta agli Stati contraenti, nell'ambito dell'ampio margine di discrezionalità di cui essi godono nella disciplina dei profili tecnici delle attività produttive ⁽¹⁴⁾, adottare un quadro normativo che regoli l'autorizzazione, l'avviamento, il funzionamento, la sicurezza e il controllo dei processi industriali e renda obbligatoria per tutti i soggetti in essi coinvolti l'adozione di misure concrete in grado di assicurare un'effettiva protezione dei cittadini, nonché di individuare le carenze di tali processi e gli eventuali errori commessi dai responsabili a diversi livelli ⁽¹⁵⁾.

Ogniquale volta uno Stato contraente intraprenda, organizzi o autorizzi attività pericolose, esso deve garantire, mediante un sistema di norme e di controlli, che il rischio sia ridotto a un minimo ragionevole ⁽¹⁶⁾. Qualora ciò nonostante si verifichi un evento dannoso, questo integra una violazione degli obblighi positivi gravanti sugli Stati soltanto se è stato causato dall'insufficienza del quadro normativo o dei controlli, ma non qualora il danno sia stato causato dalla condotta negligente di una o più persone ⁽¹⁷⁾.

Quanto ai limiti temporali, l'art. 2 tace in ordine alla questione del momento iniziale della vita, che peraltro non trova soluzioni univoche in ambito europeo, sicché la Corte di Strasburgo ha affermato che gli Stati contraenti godono di un ampio margine di discrezionalità ⁽¹⁸⁾. In questa prospettiva, nella causa *Vo c. Francia*, in cui la ricorrente si era dovuta

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Alkin c. Turchia*, 13 ottobre 2009, n. 75588/01, par. 29; Corte EDU, *Çakmakçı c. Turchia*, 2 maggio 2017, n. 3952/11, par. 32; Corte EDU, *Fergec c. Croazia*, 9 maggio 2017, n. 68516/14, parr. 21-24; Corte EDU, *Kotelnikov c. Russia*, 12 luglio 2016, n. 45104/05, par. 98; Corte EDU, *Cavit Tınarlıoğlu c. Turchia*, 2 febbraio 2016, n. 3648/04, par. 67; Corte EDU, *Marius Alexandru e Marinela Ștefan c. Romania*, 24 marzo 2020, n. 78643/11, par. 75.

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Kolyadenko e altri c. Russia*, 28 febbraio 2012, n. 17423/05, par. 155.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Budayeva e altri c. Russia*, 20 marzo 2008, nn. 15339/02, parr. 134-135; Corte EDU, *Vilnes e altri c. Norvegia*, 5 dicembre 2013, nn. 52806/09 e 22703/10, par. 220; Corte EDU, *Brincat e altri c. Malta*, 24 luglio 2014, n. 60908/11, par. 101.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, 30 novembre 2004, n. 48939/99, par. 90; Corte EDU, *Budayeva e altri c. Russia*, cit., par. 132; Corte EDU, *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit., par. 159.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Mučibabić c. Serbia*, 12 luglio 2016, n. 34661/07, par. 126.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Stoyanovi c. Bulgaria*, 9 novembre 2010, n. 42980/04, par. 61.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Vo c. Francia*, 8 luglio 2004, n. 53924/00, par. 82.

sottoporre a un aborto terapeutico in conseguenza di negligenza medica, la Corte ha ritenuto non necessario esaminare se la fine repentina della gravidanza rientrasse nel campo di applicazione dell'art. 2, avendo constatato che, anche assumendo l'applicabilità di tale disposizione, non vi era stata inosservanza da parte dello Stato convenuto degli obblighi relativi alla salvaguardia della vita nell'ambito della sanità pubblica ⁽¹⁹⁾.

Nella causa *Evans c. Regno Unito*, in cui la ricorrente lamentava che la legislazione britannica autorizzava il suo ex compagno a revocare il consenso prestato alla conservazione e all'utilizzo di embrioni creati dalla coppia, la Corte ha concluso che, ai sensi del diritto inglese, l'embrione non godeva di diritti o di interessi autonomi e non poteva rivendicare, né far rivendicare da altri, il diritto alla vita e che pertanto gli embrioni in questione non godevano di tale diritto ai sensi dell'art. 2 CEDU ⁽²⁰⁾.

Nell'ordinamento italiano, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. nella parte in cui puniva chi cagionava l'aborto di donna consenziente anche qualora venisse accertata la pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante, ha affermato che « non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare » ⁽²¹⁾. Siffatto orientamento è stato confermato da pronunce successive, che muovono dal prioritario riconoscimento del diritto alla vita e alla salute della donna, di cui viene affermata la prevalenza nel necessario bilanciamento con l'« interesse costituzionalmente protetto » ⁽²²⁾ o con il « diritto alla vita » ⁽²³⁾ del concepito.

Sebbene distinto, il diritto alla salute, inteso come « integrità fisica e psichica » della persona ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, risulta strettamente correlato al diritto alla vita. Sul piano letterale, nella Convenzione EDU il termine « salute » ricorre cinque volte e precisamente negli artt. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (Libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 (Libertà di espressione), 11 (Libertà di riunione e di associazione) e infine nell'art. 2 del Protocollo n. 4 (Libertà di circolazione). Come si evince dalla rubrica di tali articoli, la Convenzione non contempla una previsione *ad hoc* sul diritto

⁽¹⁹⁾ *Ibid.*, par. 85. Conforme l'orientamento in *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turchia*, 9 aprile 2013, n. 13423/09, par. 109.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, *Evans c. Regno Unito*, 10 aprile 2007, n. 6339/05, parr. 54-56.

⁽²¹⁾ Corte cost., sent. n. 27 del 1975.

⁽²²⁾ Corte cost., sent. n. 26 del 1981.

⁽²³⁾ Corte cost., sent. n. 35 del 1997.

alla salute, il cui riconoscimento è tuttavia sotteso a tutte le disposizioni ora ricordate, le quali ammettono restrizioni alle situazioni giuridiche ivi disciplinate soltanto se integrano misure necessarie a tutelare, tra l'altro, il diritto alla salute.

Nei paragrafi seguenti, dunque, il diritto alla vita sarà trattato in correlazione al diritto alla salute, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo prende in considerazione nella sua duplice dimensione individuale e sociale, ossia quale interesse della collettività, come si evince in particolare in materia di trattamenti sanitari obbligatori ⁽²⁴⁾.

3. Protezione della vita e della salute: l'integrità psicofisica della persona

« Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge ». Così esordisce l'art. 2, par. 1, CEDU, che pone in capo agli Stati non solo un mero dovere “negativo” di astenersi dal privare della vita intenzionalmente e illegittimamente, ma anche un dovere “positivo” volto ad adottare misure idonee a salvaguardare la vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione ⁽²⁵⁾. In particolare, gli obblighi “positivi” gravanti sugli Stati si declinano come: *a*) dovere di predisporre un quadro normativo volto a garantire la tutela del diritto alla vita; *b*) dovere di adottare preventive misure operative intese a scongiurare, o comunque a contenere, i pericoli cui è esposta la vita delle persone soggette alla giurisdizione dello Stato.

Come è evidente, gli obblighi “positivi” degli Stati sono assai più complessi e articolati di quelli “negativi”, anche perché alla giurisprudenza della Corte EDU va riconosciuto il pregio, tra gli altri, di aver analizzato tali obblighi nei contesti più disparati, pubblici e privati, nei quali viene in considerazione la protezione dei diritti alla vita e alla salute ⁽²⁶⁾. Tra questi si segnalano in particolare gli ambiti della sanità ⁽²⁷⁾, delle attività pericolose ⁽²⁸⁾, dei cantieri edilizi ⁽²⁹⁾, dei parchi giochi ⁽³⁰⁾, degli istituti scola-

⁽²⁴⁾ Cfr. *infra* par. 7.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *Centro per le risorse giuridiche per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania*, 17 luglio 2014, n. 47848/08, par. 130.

⁽²⁶⁾ *Ibid.*

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 17 gennaio 2002, n. 32967/96; Corte EDU, *Vo c. Francia*, cit.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, 30 novembre 2004, n. 48939/99; Corte EDU, *Budayeva e altri c. Russia*, cit.; Corte EDU, *Kolyadenko e altri c. Russia*, cit.; Corte EDU, *Brincat e altri c. Malta*, cit.; Corte EDU, *M. Özel e altri c. Turchia*, 17 novembre 2015, n. 14350/05.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Pereira Henriques c. Lussemburgo*, 9 maggio 2006, n. 60255/00.

stici ⁽³¹⁾, delle operazioni di immersione in acque profonde ⁽³²⁾, dei trasporti ⁽³³⁾ e della sicurezza stradale ⁽³⁴⁾.

La nozione di “integrità psicofisica” si estende dunque all’ampio spettro dei riflessi pregiudizievoli determinati dalla lesione che il soggetto ha subito nell’ambito di tutte le attività, situazioni e rapporti nei quali questi esplica la propria personalità, non solo con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riguardo alla dimensione spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito in cui la persona umana si realizza.

L’ampia estensione che l’“integrità psicofisica” ha conosciuto nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo trova riscontro anche nell’ordinamento italiano, come conferma ad esempio la nozione di “danno biologico”, frutto dell’interpretazione costituzionalmente orientata, progressivamente affermatasi a partire dagli anni Settanta, che ha avuto il merito di ricondurre la tutela del corpo nell’alveo della tutela della persona, superando la prospettiva tradizionale che considerava l’integrità fisica come oggetto di un diritto (anche di natura patrimoniale) separato dalla persona.

In questa prospettiva, integrità fisica e integrità psichica rappresentano due profili costitutivi del diritto alla salute, dalla cui lesione discende un’obbligazione risarcitoria che la ricordata rivalutazione del dato costituzionale contenuto nell’art. 32 Cost. ha reso indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato, così da superare le disuguaglianze determinate da quegli orientamenti che finivano per riparare in forme risibili le lesioni all’integrità psicofisica subite da persone con scarsa capacità reddituale, come minori, pensionati, casalinghe, ecc.

Tanto premesso in ordine all’estensione della nozione di “integrità psicofisica”, destano particolare interesse alcune pronunce relative all’uso letale della forza da parte di attori non statali. A tal proposito, la Corte ha chiarito che compete agli Stati adottare « misure operative preventive per proteggere un individuo la cui vita sia a rischio » ⁽³⁵⁾, fermo restando che tale obbligo deve essere interpretato in modo tale da non imporre alle autorità un

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Koceski c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 22 ottobre 2013, n. 41107/07.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Ilbeyi Kemaloglu e Meriye Kemaloglu c. Turchia*, 10 aprile 2012, n. 19986/06.

⁽³²⁾ Corte EDU, *Vilnes e altri c. Norvegia*, cit.

⁽³³⁾ Corte EDU, *Leray e altri c. Francia*, 16 gennaio 2001, n. 44617/98; Corte EDU, *Kalender c. Turchia*, 15 dicembre 2009, n. 4314/02.

⁽³⁴⁾ Corte EDU, *Rajkowska c. Polonia*, 27 novembre 2007, n. 37393/02; Corte EDU, *Anna Todorova c. Bulgaria*, 24 maggio 2011, n. 23302/03.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Branko Tomašić e altri c. Croazia*, 15 gennaio 2009, n. 46598/06, par. 50.

onere impossibile o sproporzionato, considerate le difficoltà di esercitare un controllo capillare nell'ambito delle società moderne ⁽³⁶⁾. In ogni caso, l'adozione di misure operative preventive deve essere intesa come obbligo di mezzi e non di risultato, sicché il verificarsi dell'evento dannoso non integra di per sé violazione dell'art. 2 CEDU da parte dello Stato.

Affinché sorga un obbligo positivo di intervento, preventivo o repressivo, in capo agli Stati, occorre che le autorità fossero, o avrebbero dovuto essere, a conoscenza dell'esistenza di un rischio « reale e immediato » per la vita di una o più persone, come ad esempio nel caso emblematico del personale medico bulgaro che, in aperta violazione dell'art. 2, si era rifiutato di somministrare l'abituale trattamento insulinico a un paziente diabetico che versava in precarie condizioni ⁽³⁷⁾. In tali casi, la Corte ha affermato che le autorità sono tenute ad adottare le misure in loro potere che, secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, risultino idonee a scongiurare, o quantomeno a contenere, i rischi cui sono esposte la vita e la salute delle persone ⁽³⁸⁾.

Ciò vale in tutti i casi in cui le autorità statali si trovino nelle condizioni di individuare anticipatamente le potenziali vittime di una violazione dell'art. 2, come può accadere ad esempio nei contesti della violenza domestica ⁽³⁹⁾, della protezione dei testimoni nei procedimenti penali ⁽⁴⁰⁾, dell'uccisione di un coscritto nel corso del servizio militare ⁽⁴¹⁾ e dell'omicidio di un detenuto in carcere ⁽⁴²⁾ oppure durante un permesso premio o in regime di semilibertà ⁽⁴³⁾.

La Corte rileva che la valutazione della natura e del livello del pericolo per la vita e la salute costituisce parte integrante del dovere di adottare preventive misure operative qualora la presenza del pericolo stesso lo richieda. La verifica dell'osservanza dell'art. 2 implica pertanto un'analisi dell'adeguatezza sia della valutazione del rischio effettuata dalle autorità interne, sia delle misure da queste concretamente adottate, qualora sia stato

⁽³⁶⁾ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, 87/1997/871/1083, par. 116.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Aftanache c. Romania*, 26 maggio 2020, n. 999/19, par. 53.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2022, n. 37703/97, par. 68; Corte EDU, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, 14 giugno 2002, n. 46477/99, par. 55.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Branko Tomašić e altri c. Croazia*, cit., par. 52-53; Corte EDU, *Opuz c. Turchia*, 9 settembre 2009, n. 33401/02, par. 129; Corte EDU, *Tkbelidze c. Georgia*, 8 luglio 2021, n. 33056/17, par. 57.

⁽⁴⁰⁾ Corte EDU, *Van Colle c. Regno Unito*, 13 novembre 2012, n. 7678/09, par. 118.

⁽⁴¹⁾ Corte EDU, *Yabansu e altri c. Turchia*, 12 novembre 2013, n. 43903/09, par. 91.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit., par. 57.

⁽⁴³⁾ Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, cit., par. 69; Corte EDU, *Choreftakis e Choreftaki c. Grecia*, 17 gennaio 2012, n. 46846/08, par. 48-49.

individuato o avrebbe dovuto essere individuato un rischio comportante il dovere di agire⁽⁴⁴⁾. A tal proposito, la Corte EDU mette in luce che il rischio deve essere valutato non già *ex post*, bensì « dal punto di vista di ciò che era noto alle autorità competenti all'epoca dei fatti »⁽⁴⁵⁾.

A titolo esemplificativo, in una recente pronuncia la Corte ha ritenuto che sulla Finlandia gravasse l'obbligo di adottare misure operative preventive finalizzate a proteggere una o più persone, individuabili anticipatamente come potenziali vittime, nel caso del mancato sequestro di una pistola regolarmente detenuta da uno studente che, prima di commettere degli omicidi in un istituto scolastico, aveva pubblicato su Internet dei messaggi che, pur non contenendo minacce specifiche, facevano dubitare della sua idoneità a detenere senza pericolo un'arma da fuoco⁽⁴⁶⁾.

Quanto al profilo della prova, la Corte è libera di stabilire la propria procedura e i propri regolamenti non essendo vincolata, ai sensi della Convenzione o dei principi generali applicabili ai Tribunali internazionali, da rigide norme in materia probatoria. La Corte gode pertanto della piena libertà di valutare non solo l'ammissibilità e la pertinenza delle prove che le sono presentate, ma anche il loro valore⁽⁴⁷⁾. Per la valutazione degli elementi di fatto, la Corte aderisce al principio della prova « oltre ogni ragionevole dubbio », che può discendere anche da un insieme di presunzioni non confutate o di indizi sufficientemente gravi, precisi e concordanti⁽⁴⁸⁾.

Sul ricorrente grava l'onere di dimostrare che le autorità non abbiano fatto tutto ciò che dalle stesse ci si poteva ragionevolmente attendere per evitare o contenere un rischio reale e immediato per la vita di cui erano, o avrebbero dovuto essere, a conoscenza. In tale contesto, si può tener conto anche della condotta delle parti nel corso dell'acquisizione delle prove⁽⁴⁹⁾ e, nei casi in cui si è svolto un procedimento interno agli Stati contraenti, di regola la Corte non sostituisce la valutazione dei fatti effettuata dal giudice nazionale con la propria⁽⁵⁰⁾, fermo restando che essa non è vincolata dalle

(44) Corte EDU, *Kurt c. Austria*, 15 giugno 2021, n. 62903/15, par. 160.

(45) *Ibid.*

(46) Corte EDU, *Kotilainen e altri c. Finlandia*, 17 settembre 2020, n. 62439/12, par. 88.

(47) Corte EDU, *Carter c. Russia*, 21 settembre 2021, n. 20914/07, par. 97.

(48) Corte EDU, *Orban c. Turchia*, 18 giugno 2002, n. 25656/94, par. 264.

(49) Corte EDU, *Taniş e altri c. Turchia*, 30 novembre 2005, n. 65899/01, par. 160; Corte EDU, *Tagayeva e altri c. Russia*, 13 aprile 2017, n. 26562/07, par. 586 e Corte EDU, *Kukbalashvili e altri c. Georgia*, 2 aprile 2020, nn. 8938/07 e 41891/07, par. 148.

(50) Corte EDU, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, cit., par. 34; Corte EDU, *Klaas c. Germania*, 22 settembre 1993, n. 15473/89, par. 29; Corte EDU, *Avşar c. Turchia*, 27 marzo 2002, n. 25657/94, par. 283; Corte EDU, *Barbu Anghelescu c. Romania*, 5 ottobre 2004, n. 46430/99, par. 52.

conclusioni dei Tribunali nazionali, potendo svolgere le proprie valutazioni alla luce di tutti gli elementi di cui è a disposizione ⁽⁵¹⁾.

4. Suicidi e atti di autolesionismo

La Corte di Strasburgo ha affermato che dall'art. 2 CEDU deriva l'obbligo positivo delle autorità statali di adottare misure operative preventive finalizzate a proteggere una persona da se stessa ⁽⁵²⁾. Ciò vale soprattutto in determinate circostanze, come ad esempio quelle concernenti le persone in stato di detenzione, le quali versano in una condizione di vulnerabilità psicofisica che impone alle autorità penitenziarie il dovere di proteggerle da eventuali tentativi di suicidio e da atti di autolesionismo ⁽⁵³⁾.

Considerazioni analoghe valgono per le persone con disabilità mentali che, a prescindere dall'eventuale ospedalizzazione volontaria od obbligatoria ⁽⁵⁴⁾, si trovino in uno stato di fragilità ⁽⁵⁵⁾. Altrettanto vale per i coscritti ⁽⁵⁶⁾ e i militari professionisti ⁽⁵⁷⁾, i quali possono essere indotti al suicidio o ad atti di autolesionismo proprio a causa delle condizioni di forte stress psicofisico a cui sono esposti, donde il dovere di protezione da parte delle autorità dello Stato, sotto il cui controllo esclusivo tali soggetti sono sottoposti ⁽⁵⁸⁾.

Le specifiche misure richieste variano in funzione delle circostanze e, in caso di ospedalizzazione coatta a seguito di un provvedimento giudiziario, la

⁽⁵¹⁾ Corte EDU, *Carter c. Russia*, cit., par. 98; Corte EDU, *Barbu Angheliescu c. Romania*, cit., par. 52.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, *Renolde c. Francia*, 16 gennaio 2009, n. 5608/05, par. 81.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, *Keenan c. Regno Unito*, 3 aprile 2001, n. 27229/95, par. 91; Corte EDU, *Eremiášová e Pechová c. Repubblica Ceca* (revisione), 20 giugno 2013, n. 23944/04, par. 117; Corte EDU, *Keller c. Russia*, 17 ottobre 2013, n. 26824/04, par. 88; Corte EDU, *Trubnikov c. Russia*, 5 luglio 2005, n. 49790/99; Corte EDU, *Akdoğdu c. Turchia*, 18 ottobre 2005, n. 46747/99; Corte EDU, *De Donder e De Clippel c. Belgio*, 6 dicembre 2011, n. 8595/06; Corte EDU, *Ketreb c. Francia*, 19 luglio 2012, n. 38447/09; Corte EDU, *Volk c. Slovenia*, 13 dicembre 2012, n. 62120/09; Corte EDU, *Mitić c. Serbia*, 22 gennaio 2013, n. 31963/08; Corte EDU, *S.F. c. Svizzera*, 30 giugno 2020, n. 23405/16.

⁽⁵⁴⁾ Corte EDU, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*, 31 gennaio 2019, n. 78103/14, par. 124.

⁽⁵⁵⁾ Corte EDU, *Renolde c. Francia*, cit., par. 84 e *S.F. c. Svizzera*, cit., par. 78.

⁽⁵⁶⁾ Corte EDU, *Kılınc e altri c. Turchia*, 7 giugno 2005, n. 40145/98; Corte EDU, *Ataman c. Turchia*, 27 aprile 2006, n. 46252/99; Corte EDU, *Perevedentsev c. Russia*, 24 aprile 2014, n. 39583/05; Corte EDU, *Malik Babayev c. Azerbaigian*, 1° giugno 2017, n. 30500/11.

⁽⁵⁷⁾ Corte EDU, *Boychenko c. Russia*, 12 ottobre 2021, n. 8663/08.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, *Beker c. Turchia*, 24 marzo 2009, n. 27866/03, par. 41-42; Corte EDU, *Mosendz c. Ucraina*, 17 gennaio 2013, n. 52013/08, par. 92; Corte EDU, *Boychenko c. Russia*, cit., par. 80.

Corte può applicare un criterio di esame più rigoroso delle misure operative adottate dalle autorità ⁽⁵⁹⁾. Quanto alla valutazione del pericolo, la Corte ha affermato che, se una persona minaccia di togliersi la vita dinanzi agli agenti dello Stato e tale minaccia è una reazione emotiva indotta direttamente da atti o da richieste degli agenti, le autorità devono trattare tale minaccia con la massima serietà, considerandola come un pericolo imminente per la vita della persona ⁽⁶⁰⁾. Nel caso di specie, gli agenti erano in procinto di eseguire uno sgombero e la moglie del ricorrente si era data fuoco per protesta dopo aver minacciato le autorità di essere pronta a togliersi la vita.

Al fine di stabilire se le autorità statali fossero o avrebbero dovuto essere a conoscenza del fatto che la vita o l'integrità psicofisica di una persona erano soggette a un rischio reale e immediato, che comportava l'obbligo di adottare idonee misure preventive, la Corte EDU ha individuato i seguenti indici sintomatici che rivelano la gravità e l'attualità del pericolo cui è esposta la salute delle persone soggette alla vigilanza delle autorità: *i)* eventuale precedente anamnesi di problemi di salute mentale della persona; *ii)* gravità dell'infermità mentale; *iii)* precedenti tentativi di suicidio o atti di autolesionismo; *iv)* pensieri o minacce di suicidio; *v)* sintomi di disagio fisico o mentale ⁽⁶¹⁾.

5. Strutture sanitarie

Nell'ambito della sanità, pubblica e privata, i doveri positivi gravanti sugli Stati consistono nell'adozione di misure idonee a garantire la tutela piena ed effettiva dei diritti alla vita e alla salute dei pazienti ⁽⁶²⁾. L'accertamento dell'inottemperanza dello Stato ai suoi doveri di regolamentazione esige una valutazione concreta delle carenze lamentate dal ricorrente, sul quale grava l'onere di dimostrare come esse abbiano inciso negativamente sui suoi diritti alla vita e all'integrità psicofisica ⁽⁶³⁾.

In questa prospettiva, risulta determinante per gli Stati adempiere all'obbligo di regolamentazione mediante l'adozione di misure di controllo ed esecuzione che garantiscano l'effettivo funzionamento del quadro normativo in materia sanitaria. Ne consegue che il mero errore commesso dal

⁽⁵⁹⁾ Corte EDU, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*, cit., par. 124.

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Mikayil Mammadov c. Azerbaigian*, 17 dicembre 2009, n. 4762/05, par. 115.

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *Fernandes de Oliveira c. Portogallo*, cit., par. 115.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, cit., par. 49; Corte EDU, *Vo c. Francia*, cit., par. 89; Corte EDU, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, 19 dicembre 2017, n. 56080/13, par. 166.

⁽⁶³⁾ Corte EDU, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, cit., par. 188.

personale medico ed eventualmente la sua carente coordinazione nella cura di un paziente non sono di per sé sufficienti a integrare una violazione dell'art. 2 qualora lo Stato contraente abbia adottato disposizioni idonee ad assicurare la tutela della vita e della salute dei pazienti attraverso elevati standard professionali da parte delle strutture sanitarie ⁽⁶⁴⁾.

Per queste ragioni la Corte è giunta a dichiarare la responsabilità dello Stato per le condotte commissive od omissive del personale sanitario soltanto quando i diritti alla vita e alla salute siano stati messi consapevolmente in pericolo a causa del rifiuto delle terapie d'urgenza salvavita ⁽⁶⁵⁾, nel caso in cui tale rifiuto sia dipeso da disfunzioni sistemiche o strutturali dei servizi ospedalieri e le autorità, che erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza dei relativi pericoli, non abbiano adottato le misure necessarie a impedire che questi si verificassero, mettendo così in pericolo la vita e la salute dei pazienti ⁽⁶⁶⁾.

A tal proposito, la Corte EDU ha affermato che il diniego di accesso alle terapie d'urgenza salvavita rileva ai fini della violazione dell'art. 2 CEDU quando ricorrono cumulativamente i seguenti requisiti: *i)* gli atti e le omissioni di coloro che prestano cure mediche devono eccedere il semplice errore o la semplice negligenza medica, in quanto essi, violando i loro obblighi professionali, hanno negato a un paziente cure mediche d'urgenza pur essendo perfettamente consapevoli del fatto che, qualora tali cure non fossero state somministrate, la persona avrebbe rischiato di perdere la vita; *ii)* la disfunzione contestata, perché possa essere attribuita alle autorità statali, deve assumere carattere sistemico o strutturale; *iii)* deve sussistere un nesso di causalità tra la disfunzione contestata e il danno subito; *iv)* la disfunzione deve essere il risultato dell'inosservanza da parte dello Stato del suo obbligo di predisporre un quadro normativo in materia sanitaria ⁽⁶⁷⁾.

Tra i casi di diniego di accesso alle cure ospedaliere che comportano un'aperta violazione dell'art. 2 CEDU si ricordano in particolare quelli relativi al decesso di una donna incinta dovuto al rifiuto dei medici di eseguire un intervento urgente poiché la paziente non era in grado di sostenere le spese mediche ⁽⁶⁸⁾, il decesso in ambulanza di un neonato dopo

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU, *Powell c. Regno Unito*, n. 45305/99; Corte EDU, *Dodov c. Bulgaria*, 17 gennaio 2008, n. 59548/00, par. 82; Corte EDU, *Kudra c. Croazia*, 18 dicembre 2012, n. 13904/07, par. 102; Corte EDU, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, cit., par. 187.

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turchia*, cit.

⁽⁶⁶⁾ Corte EDU, *Aydoğdu c. Turchia*, 30 agosto 2016, n. 40448/06.

⁽⁶⁷⁾ Corte EDU, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, cit., par. 191-196.

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, *Mehmet Şentürk e Bekir Şentürk c. Turchia*, cit.

che diversi ospedali pubblici avevano rifiutato di ricoverarlo ⁽⁶⁹⁾ e infine il decesso di un paziente nell'ospedale in cui era stato sottoposto a cure mediche non autorizzate, prestate da medici privi delle necessarie autorizzazioni e qualifiche in violazione del diritto interno ⁽⁷⁰⁾.

La Corte non ha invece ravvisato alcuna violazione dell'art. 2 CEDU in un giudizio riguardante pazienti oncologici in fase terminale che lamentavano il diniego di accesso a un farmaco sperimentale non autorizzato dalle autorità bulgare. In particolare, la Corte non ha riscontrato motivi di censura nelle disposizioni che disciplinavano l'accesso a tali prodotti medicinali non autorizzati in situazioni in cui le forme convenzionali di terapia risultavano insufficienti e ha ritenuto che l'art. 2 non potesse essere interpretato come se imponesse una determinata regolamentazione dell'accesso dei pazienti in fase terminale a prodotti medicinali non autorizzati ⁽⁷¹⁾.

6. Eutanasia e interruzione delle cure di sostegno vitale

Per quanto concerne le questioni connesse al fine vita, la Corte ha affermato che dall'art. 2 CEDU non può essere dedotto alcun diritto di morire, sia per mano di un terzo che con l'assistenza delle autorità pubbliche, e ha sempre sottolineato l'obbligo dello Stato di proteggere la vita ⁽⁷²⁾.

In particolare, in un caso relativo al rifiuto delle autorità di somministrare un farmaco che aiutasse un malato di mente a morire, la Corte, dopo aver ribadito che la Convenzione deve essere interpretata complessivamente, ha ritenuto che l'art. 2 obblighi le autorità nazionali a impedire a una persona di togliersi la vita qualora la decisione non sia stata assunta liberamente e consapevolmente ⁽⁷³⁾.

Quanto all'interruzione delle terapie mediche di sostegno vitale, è particolarmente significativo il giudizio *Lambert e altri c. Francia*, concernente la decisione delle autorità di interrompere la nutrizione e l'idratazione che consentivano al paziente di essere mantenuto in vita artificialmente. Constatato che non esiste tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa un orientamento unanime favorevole all'autorizzazione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno artificiale della vita, la Corte EDU ha rilevato che tale interruzione è comunque ammessa dalla maggioranza degli Stati, sia pure con

⁽⁶⁹⁾ Corte EDU, *Asiye Genç c. Turchia*, 27 gennaio 2015, n. 24109/07.

⁽⁷⁰⁾ Corte EDU, *Sarishvili-Bolkvadze c. Georgia*, 19 luglio 2018, n. 58240/08.

⁽⁷¹⁾ Corte EDU, *Hristozov e altri c. Bulgaria*, 29 aprile 2013, nn. 47039/11 e 358/12, par. 108.

⁽⁷²⁾ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, 29 luglio 2002, n. 2346/02, par. 39.

⁽⁷³⁾ Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011, n. 31322/07, par. 54.

significative differenze tra le diverse legislazioni, il cui comune denominatore si rinviene nella fondamentale importanza riconosciuta alla volontà del paziente nel processo decisionale, a prescindere dalle modalità con le quali tale volontà sia stata espressa.

La Corte di Strasburgo ha pertanto concluso che nell'ambito del fine vita, così come in quello relativo all'inizio della vita ⁽⁷⁴⁾, gli Stati contraenti godono di un margine di discrezionalità non solo in ordine alla scelta di consentire o meno l'interruzione delle cure di sostegno artificiale e alle disposizioni di dettaglio che disciplinano tale interruzione, ma anche in ordine ai mezzi scelti per garantire un equilibrio tra la protezione del diritto alla vita dei pazienti e la protezione del loro diritto al rispetto della vita privata e dell'autonomia personale (art. 8 CEDU).

La Corte ha tuttavia sottolineato che tale margine di discrezionalità non è illimitato e che essa si riserva la facoltà di verificare se lo Stato abbia osservato o meno gli obblighi derivanti dall'art. 2 ⁽⁷⁵⁾, tra i quali si ricorda in particolare il dovere di conferire rilievo, attraverso la disciplina interna, alla volontà espressa precedentemente dal ricorrente, nonché ai pareri del personale sanitario e alla possibilità di adire un tribunale in caso di dubbi sulla migliore decisione da adottare nell'interesse del paziente ⁽⁷⁶⁾.

Nell'ordinamento italiano, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., l'art. 580 cod. pen. (Istigazione o aiuto al suicidio), nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente ⁽⁷⁷⁾.

Il problema si è posto, e continua a porsi, perché sulla base della legislazione vigente in Italia (leggi n. 38 del 2010 e n. 219 del 2017) il medico può, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *supra* par. 2.

⁽⁷⁵⁾ Corte EDU, *Lambert e altri c. Francia*, 5 giugno 2015, n. 46043/14, parr. 147-148.

⁽⁷⁶⁾ Corte EDU, *Gard e altri c. Regno Unito*, 27 giugno 2017, n. 39793/17, par. 83; Corte EDU, *Parfit c. Regno Unito*, 20 aprile 2021, n. 18533/21, par. 37.

⁽⁷⁷⁾ Corte cost., sent. n. 242 del 2019.

continua in associazione con la terapia del dolore per alleviare le sofferenze del malato refrattarie ai trattamenti sanitari. Tuttavia, tale disciplina non consente al medico di mettere a disposizione del paziente che versi in tali condizioni trattamenti diretti a determinarne la morte.

La disciplina vigente, infatti, prevede che la decisione di morire possa essere presa dal malato, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò in forza della legge n. 219 del 2017, la cui disciplina recepisce e sviluppa gli approdi cui era pervenuta la giurisprudenza ordinaria (in particolare a seguito delle sentenze sui casi Welby ⁽⁷⁸⁾ ed Englaro ⁽⁷⁹⁾), oltre che le indicazioni della Corte costituzionale riguardo al valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico, principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona che trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. ⁽⁸⁰⁾.

Per queste ragioni, posto che chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, alle condizioni sopra ricordate, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, la Corte costituzionale ha affermato che « non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri » ⁽⁸¹⁾. In altri termini, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente e irragionevolmente « la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita » ⁽⁸²⁾.

7. Trattamenti sanitari obbligatori: il caso dell'obbligo vaccinale

Uno dei punti nevralgici della discussione sul diritto alla salute ruota intorno al problema della titolarità di tale diritto, in quanto esso è imputabile all'individuo e, allo stesso tempo, alla comunità politica, con il conseguente dipanarsi di percorsi di auspicata armonica coerenza, ma anche di potenziale lacerante divaricazione. Nell'ordinamento italiano ciò si evince in modo

⁽⁷⁸⁾ G.u.p. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049.

⁽⁷⁹⁾ Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁽⁸⁰⁾ Corte cost., sentt. nn. 253 del 2009 e 438 del 2008, oltre che ord. n. 207 del 2018.

⁽⁸¹⁾ Corte cost., sent. n. 242 del 2019.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*

paradigmatico dalla formulazione dell'art. 32, comma 1, Cost., che tutela la salute non solo come « fondamentale diritto dell'individuo », ma anche come « interesse della collettività ».

Ne consegue che la tutela della salute implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il « diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri ». Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa. La Corte costituzionale ha messo in luce che situazioni di questo tipo sono evidenti in caso di « malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo » ⁽⁸³⁾.

In questa prospettiva ben si comprende come i vaccini rappresentino una misura sanitaria volta a tutelare la salute individuale e, allo stesso tempo, quella collettiva, considerate le ripercussioni immediate che la salute di ciascuno ha sulla salute degli altri membri della società e, in particolare, dei soggetti più fragili, maggiormente esposti alle conseguenze nefaste del contagio. L'interdipendenza tra salute individuale e salute collettiva si è rivelata quanto mai stretta in tempo di pandemia, al punto da costituire il fondamento dell'obbligo vaccinale, sulla cui legittimità si sono pronunciate la Corte EDU prima ⁽⁸⁴⁾ e la Corte costituzionale poi ⁽⁸⁵⁾.

Prima di giungere all'esame di questa giurisprudenza, giova ricordare che nella tradizione giuridica occidentale la legittimità degli obblighi vaccinali è un'acquisizione ormai risalente, come conferma in particolare la sentenza *Jacobson v. Massachusetts*, 197, U.S. 11, 26, resa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti già nel 1905. Altrettanto vale per l'ordinamento italiano, nel quale l'obbligo vaccinale è un dato di diritto positivo consolidato, come testimoniano gli obblighi vaccinali generali per la popolazione in età pediatrica previsti già a partire dalla legge 6 giugno 1939, n. 891, recante « Obbligatorietà della vaccinazione antidifterica ».

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, i trattamenti sanitari obbligatori sono considerati legittimi solo se ricorrono le seguenti condizioni: *a*) che siano previsti dalla legge (o da altra fonte

⁽⁸³⁾ Corte cost., sent. n. 218 del 1994.

⁽⁸⁴⁾ Corte EDU, *Vavrička e altri c. Repubblica*, 8 aprile 2021, n. 47621/13.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. in particolare Corte cost., sentt. nn. 14, 15 e 16 del 2023.

primaria); *b*) che non siano certamente dannosi per la salute di chi è tenuto ad esservi sottoposto o irrispettosi della persona umana ⁽⁸⁶⁾; *c*) che siano necessari per la tutela della salute collettiva; *d*) che siano proporzionati al fine legittimamente perseguito; *e*) che, comunque, qualora comportino un « rischio specifico », sia assicurata un'« equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria » ⁽⁸⁷⁾.

Al fine di vagliare la legittimità dell'obbligo vaccinale, la Corte di Strasburgo ha assunto come parametro l'art. 8 CEDU per verificare se la vaccinazione obbligatoria costituisca o meno un'intromissione non consentita nella vita privata e familiare sotto il profilo dell'autodeterminazione in materia sanitaria. Ciò in particolare alla luce dell'art. 8, par. 2, giacché l'ingerenza pubblica nella sfera privata e familiare è ammessa se ricorrono precise condizioni stabilite dalla Convenzione e applicate con rigore dalla giurisprudenza della Corte EDU, che è intervenuta in materia di vaccinazioni obbligatorie con la recente e significativa sentenza *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca* dell'8 aprile 2021.

La Corte si è pronunciata sul ricorso proposto da alcuni genitori di nazionalità ceca che non avevano ottemperato all'obbligo di vaccinare i propri figli contro nove malattie (difterite, tetano, pertosse, infezioni da Emofilo dell'influenza di tipo B, poliomielite, epatite B, morbillo, parotite, rosolia e infezioni da pneumococco). L'inottemperanza all'obbligo vaccinale, da cui la legislazione della Repubblica Ceca esenta i bambini che presentano controindicazioni medicalmente accertate, aveva comportato l'applicazione di una sanzione pecuniaria nei confronti dei genitori e il diniego dell'ammissione dei figli alla scuola materna.

La questione è stata decisa dalla Grande Camera in quanto la Corte ha ritenuto che il ricorso involgesse « gravi questioni relative all'interpretazione della Convenzione » (par. 163) ⁽⁸⁸⁾, alla luce della giurisprudenza della stessa Corte EDU, secondo cui l'obbligo vaccinale costituisce un'« interferenza nel

⁽⁸⁶⁾ La sussistenza di tale requisito non può essere messa in discussione dalla semplice possibilità di un evento avverso, giacché tale possibilità è implicata non solo da qualsiasi vaccino, ma anche da qualsiasi medicinale.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *ex plurimis* Corte cost., sentt nn. 307 del 1990; 258 del 1994; 293 del 2011; 268 del 2017; 5 del 2018; 55 del 2019. Si rinvia inoltre al diffuso apparato motivazionale che corredda Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, secondo cui, in una situazione pandemica caratterizzata dal rapido diffondersi di un virus a trasmissione aerea, altamente contagioso e spesso letale per i soggetti più vulnerabili per via di malattie pregresse e dell'età avanzata, il legislatore « ha il dovere di promuovere e, se necessario, imporre la somministrazione dell'unica terapia — quella profilattica — in grado di prevenire la malattia o, quantomeno, di scongiurare i sintomi più gravi e di arrestare o limitarne fortemente il contagio ».

⁽⁸⁸⁾ Cfr. in particolare Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, n. 25358/12, par. 159. Con specifico riferimento all'obbligo vaccinale si vedano Corte EDU,

diritto al rispetto della vita privata » (par. 263) ⁽⁸⁹⁾. Tuttavia, la Corte osserva che non ogni “interferenza” integra una violazione dell’art. 8 CEDU, giacché occorre verificare se essa sia « prevista dalla legge », se persegua un « obiettivo legittimo » e infine se costituisca una misura « necessaria in una società democratica ».

Nel caso in esame, la Corte ha ravvisato la sussistenza di tutti questi requisiti. L’obbligo vaccinale, infatti, è previsto nella Repubblica Ceca dall’art. 46 del Public Health Protection Act (*Zákon o ochraně veřejného zdraví*) e persegue un obiettivo legittimo, conformemente al principio di proporzionalità, considerato che la disciplina in questione tiene in debita considerazione la tutela dei soggetti vulnerabili, in quanto contempla « sia coloro che ricevono le vaccinazioni in questione, sia coloro che non possono essere vaccinati e versano quindi in uno stato di vulnerabilità » (par. 272).

Quanto alla necessità della misura in un contesto democratico, la Corte EDU, sulla scorta della propria consolidata giurisprudenza ⁽⁹⁰⁾, ha riconosciuto che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento in materia di *healthcare policy*, soprattutto nell’ambito delle misure vaccinali, considerate dalla comunità scientifica come « uno degli interventi sanitari più efficaci ed economici » (par. 277). La Corte ha pertanto rilevato che l’obbligo vaccinale scaturisce dal principio della solidarietà sociale, inteso come dovere di tutelare la salute di tutti i consociati, con particolare attenzione ai soggetti più fragili, rispetto ai quali la parte restante della popolazione è chiamata ad assumersi un « rischio minimo sotto forma di vaccinazione » (par. 279).

Muovendo da queste premesse, la Corte ha concluso che la vaccinazione obbligatoria costituisce una misura legittima, in quanto preordinata a far fronte a « esigenze sociali imperative », supportate da « ragioni rilevanti e sufficienti », che consistono nel contenere la diffusione di gravi malattie infettive attraverso un elevato tasso di copertura vaccinale. In questo modo, i soggetti più fragili, ai quali non può essere inoculato il vaccino, trovano indirettamente tutela nella “immunità di gruppo”, rispetto alla quale risultano funzionali le sanzioni pecuniarie nei confronti dei genitori che non ottemperano all’obbligo vaccinale, nonché la misura — « preventiva » e non « repressiva » (par. 294) — del diniego dell’ammissione dei figli alla scuola materna.

Boffa e altri c. San Marino, 15 gennaio 1998, n. 26536/95; Corte EDU, *Baytüre e altri c. Turchia*, 12 marzo 2013, n. 3270/09.

⁽⁸⁹⁾ Così anche Corte EDU, *Solomakhin c. Ucraina*, 15 marzo 2012, n. 24429/03, par. 33.

⁽⁹⁰⁾ Corte EDU, *Dubská e Krejzová c. the Repubblica Ceca*, 15 novembre 2016, nn. 28859/11 e 28473/12, parr. 174-178; Corte EDU, *Hristozov e altri c. Bulgaria*, cit., par. 119.

Di particolare interesse risulta il passaggio della sentenza in cui la Corte fa leva sulla “riserva di scienza” che domina la materia in questione per giustificare la scelta della Repubblica Ceca di rendere obbligatori taluni vaccini alla luce del « general consensus » della comunità scientifica rispetto alla loro efficacia e sicurezza: « la Corte richiama ancora una volta il consenso generale sull’importanza vitale di questo strumento di protezione delle popolazioni contro le malattie che possono avere gravi effetti sulla salute individuale e che, in caso di focolai gravi, possono causare disagi nella società » (par. 300).

Alla luce di queste considerazioni, la Corte ha concluso che « non può essere considerato sproporzionato che uno Stato imponga a coloro per i quali la vaccinazione rappresenta un rischio remoto per la salute di accettare questa misura di protezione universalmente praticata come un dovere giuridico e in nome della solidarietà sociale, per il bene del numero esiguo di bambini vulnerabili che non possono beneficiare della vaccinazione. Secondo la Corte, era legittimamente e validamente consentito al legislatore ceco operare questa scelta, che è pienamente coerente con la logica della protezione della salute della popolazione » (par. 306).

8. Carceri

La Corte EDU non ha mai mancato di sottolineare che le persone private della libertà personale hanno diritto a condizioni di detenzione compatibili con la dignità umana. A tal fine, gli Stati contraenti devono assicurare che i diritti alla vita e alla salute dei detenuti siano tutelati attraverso la necessaria assistenza sanitaria, garantendo loro diagnosi e cure tempestive non solo per scongiurare esiti nefasti, ma anche per tutelare il loro benessere psicofisico. Ciò non significa, chiarisce la Corte, che la Convenzione debba essere interpretata come se essa prescriva l’obbligo incondizionato di scarcerare i detenuti per motivi di salute ⁽⁹¹⁾.

Lo Stato è direttamente responsabile delle persone sottoposte alla sua custodia, sicché, qualora una di tali persone deceda a causa di un problema di salute, le autorità sono tenute a fornire una spiegazione della causa del decesso, nonché della terapia somministrata ⁽⁹²⁾. Nel caso in cui la natura della patologia lo richieda, le autorità sono tenute a garantire ai detenuti un controllo regolare e sistematico, che comprenda una strategia terapeutica

⁽⁹¹⁾ Corte EDU, *Dzieciak c. Polonia*, 9 dicembre 2008, n. 77766/01, par. 91.

⁽⁹²⁾ Corte EDU, *Slimani c. Francia*, 27 ottobre 2004, n. 57671/00, par. 27; Corte EDU, *Kats e altri c. Ucraina*, 18 dicembre 2008, n. 29971/04, par. 104.

completa finalizzata a curare le malattie del detenuto o a impedirne l'aggravamento ⁽⁹³⁾.

Tra le violazioni più significative dell'art. 2 CEDU deve essere ricordata senz'altro quella subita da un detenuto sieropositivo ucraino, affetto da numerose gravi patologie, alle quali non erano state prestate cure mediche. In particolare, gli era stato rifiutato il trasferimento in una struttura sanitaria e, quando le sue condizioni erano gravemente peggiorate, gli era stato negato l'esame della domanda di scarcerazione. Ciò nonostante, dopo essere stato scarcerato tardivamente, la persona era deceduta a seguito di patologie connesse all'HIV ⁽⁹⁴⁾.

Merita particolare attenzione un'altra violazione paradigmatica dell'art. 2 perpetrata dalle autorità statali russe che, pur essendo pienamente consapevoli delle patologie croniche di un detenuto, non avevano provveduto a farlo visitare e curare in modo adeguato. Quest'ultimo, trasferito in ospedale tardivamente, aveva ricevuto cure chirurgiche rivelatesi carenti e, nonostante l'insorgenza di complicazioni post-operatorie, era stato dimesso. Il personale del carcere, al quale i medici avevano taciuto i problemi di salute insorti, aveva curato il detenuto come un normale paziente in fase post-operatoria, anziché come un caso grave e urgente, conducendolo così alla morte ⁽⁹⁵⁾.

La Corte ha adottato un approccio analogo in relazione alle cure mediche prestate a persone vulnerabili ricoverate in ospedali o istituti di cura qualora le autorità interne, pur essendo consapevoli delle gravi condizioni in cui si trovavano le persone collocate in tali strutture, avevano irragionevolmente messo in pericolo la loro vita senza adottare alcuna misura per proteggere la loro integrità psicofisica. È questo il caso del decesso in un ospedale psichiatrico di un giovane di etnia Rom, sieropositivo e affetto da disabilità mentale, a causa dell'inadeguatezza delle cure mediche che gli erano state prestate ⁽⁹⁶⁾.

9. Incidenti relativi alla circolazione stradale e al settore edilizio

Gli obblighi positivi di cui all'art. 2 CEDU impongono agli Stati di adottare disposizioni volte a tutelare la sicurezza delle persone negli spazi

⁽⁹³⁾ Corte EDU, *Pitalev c. Russia*, 30 luglio 2009, n. 34393/03, par. 54.

⁽⁹⁴⁾ Corte EDU, *Kats e altri c. Ucraina*, cit., parr. 105-112.

⁽⁹⁵⁾ Corte EDU, *Tarariyeva c. Russia*, 14 marzo 2007, n. 4353/03, parr. 88-89.

⁽⁹⁶⁾ Corte EDU, *Centro per le risorse giuridiche per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania*, cit., parr. 131 e 143-144.

pubblici e ad assicurare l'effettivo funzionamento di tale quadro normativo ⁽⁹⁷⁾.

Anche in questo caso, l'art. 2 deve considerarsi osservato qualora lo Stato abbia adottato nel complesso un quadro giuridico idoneo ai diversi contesti inerenti agli spazi pubblici al fine di tutelare le persone che ne usufruiscono, sicché il mero errore di singoli attori pubblici o privati, nonché la loro negligente coordinazione non sono di per sé sufficienti a integrare una violazione della Convenzione sotto il profilo dell'obbligo positivo di protezione dei diritti alla vita e alla salute ⁽⁹⁸⁾.

Ancora una volta, tale obbligo positivo non deve essere interpretato in modo tale da imporre alle autorità un onere eccessivo che non tenga conto dell'imprevedibilità delle condotte umane ⁽⁹⁹⁾ e, in ogni caso, la scelta dei mezzi volti ad assicurare la protezione della vita rientra nel margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti in ragione delle diverse situazioni in cui sono chiamati a intervenire, sicché l'accertamento dell'inoservanza dell'art. 2 esige una valutazione concreta delle carenze di cui si dolgono i ricorrenti ⁽¹⁰⁰⁾.

Tra i diversi contesti analizzati dalla giurisprudenza della Corte si annoverano in particolare quelli dei cantieri edilizi e della circolazione stradale. Come è noto, i primi mettono in pericolo i diritti alla vita e alla salute a causa della loro natura intrinsecamente pericolosa, per far fronte alla quale gli Stati devono adottare misure ragionevolmente idonee a tutelare sia coloro che lavorano nei cantieri sia la popolazione che abita nelle aree limitrofe e, in particolare, i soggetti più vulnerabili quali minori e anziani ⁽¹⁰¹⁾. Ne offrono puntuale dimostrazione due giudizi in cui la Corte EDU ha ritenuto che la Turchia non avesse adempiuto agli obblighi di cui all'art. 2 attraverso la predisposizione di idonei meccanismi di bonifica e ispezione dei cantieri: nel primo caso, il figlio del ricorrente, di dieci anni, era affogato dopo essere caduto in un fosso scoperto pieno di acqua situato in un cantiere ⁽¹⁰²⁾; nel secondo giudizio, il padre delle ricorrenti era precipitato

⁽⁹⁷⁾ Corte EDU, *Ciechońska c. Polonia*, 14 giugno 2011, n. 19776/04, par. 69; Corte EDU, *Banel c. Lituania*, 18 giugno 2013, n. 14326/11, par. 68.

⁽⁹⁸⁾ Corte EDU, *Marius Alexandru e Marinela Ștefan c. Romania*, cit., par. 100; Corte EDU, *Smiljanić c. Croazia*, 25 marzo 2021, n. 35983/14, par. 70.

⁽⁹⁹⁾ Corte EDU, *Ciechońska c. Polonia*, cit., par. 64.

⁽¹⁰⁰⁾ Corte EDU, *Marius Alexandru e Marinela Ștefan c. Romania*, cit., par. 103; Corte EDU, *Smiljanić c. Croazia*, cit., par. 72.

⁽¹⁰¹⁾ Corte EDU, *Zinatullin c. Russia*, 28 gennaio 2020, n. 10551/10, par. 28.

⁽¹⁰²⁾ Corte EDU, *Cevrioğlu c. Turchia*, 4 ottobre 2016, n. 69546/12, par. 72.

nella tromba dell'ascensore di un edificio la cui costruzione era stata abbandonata senza essere messa in sicurezza ⁽¹⁰³⁾.

Considerazioni analoghe valgono per i rischi connessi alla circolazione stradale, che impone agli Stati, innanzitutto, l'obbligo di predisporre idonee misure preventive volte a garantire la sicurezza pubblica e a contenere il numero di incidenti stradali e, in secondo luogo, l'obbligo di assicurare l'effettiva applicazione di tali misure ⁽¹⁰⁴⁾. A tal proposito risulta paradigmatico il caso in cui un congiunto dei ricorrenti era stato ucciso in un incidente stradale in Croazia causato da un trasgressore recidivo, al quale non era stata ritirata la patente, che guidava in stato di ebbrezza ⁽¹⁰⁵⁾.

Nel caso di specie, pur rilevando che il quadro normativo adottato dallo Stato convenuto contemplava misure adeguate a garantire la sicurezza pubblica e a ridurre al minimo il numero degli incidenti stradali, la Corte EDU ha concluso che le azioni poste in essere dalla Croazia fossero carenti sotto il profilo amministrativo, atteso che le autorità non avevano provveduto al ritiro della patente del trasgressore nonostante le ripetute violazioni del codice della strada. La Corte ha affermato inoltre che, in tali circostanze, sugli Stati contraenti grava l'obbligo di ricorrere a efficaci deterrenti contro le continue violazioni delle norme sulla circolazione stradale, quali ad esempio l'annullamento della patente di guida, la confisca del mezzo, la rieducazione alla circolazione e, infine, trattamenti terapeutici per chi abusa di alcolici e sostanze stupefacenti.

La Corte EDU non ha invece riscontrato inadempimento da parte dello Stato convenuto all'obbligo di proteggere il diritto alla vita nel giudizio relativo alle lesioni potenzialmente letali riportate dai ricorrenti, coinvolti in un incidente stradale causato da un albero caduto sulla loro automobile mentre essi percorrevano una strada pubblica ⁽¹⁰⁶⁾.

10. Divieto di privare intenzionalmente della vita: la pena di morte

« 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 » (art. 2, par. 1, CEDU). Questa disposizione rivela come, all'epoca della sua redazione, la pena di morte non violasse le norme internazionali, donde la prevista eccezione al

⁽¹⁰³⁾ Corte EDU, *Binnur Uzun e altri c. Turchia*, 19 settembre 2017, n. 28678/10, par. 49.

⁽¹⁰⁴⁾ Corte EDU, *Smiljanić c. Croazia*, cit., par. 69.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, par. 85.

⁽¹⁰⁶⁾ Corte EDU, *Marius Alexandru e Marinela Ștefan c. Romania*, cit., par. 109.

diritto alla vita, che è stata poi messa in discussione dalla successiva evoluzione della Convenzione, che è andata nella direzione della completa abolizione *de facto* e *de iure* della pena capitale nell'ambito degli Stati membri del Consiglio d'Europa ⁽¹⁰⁷⁾.

Il Protocollo n. 6 relativo all'abolizione della pena di morte è stato aperto alla firma il 28 aprile 1983 ed è entrato in vigore il 1° marzo 1985. Attualmente tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa lo hanno firmato e tutti, ad eccezione della Russia, lo hanno ratificato. Il Protocollo n. 6 ha abolito la pena di morte fuorché per gli « atti commessi in tempo di guerra o in caso di pericolo imminente di guerra » (art. 2).

Ha fatto poi seguito il Protocollo n. 13, relativo « all'abolizione della pena di morte in tutte le circostanze », che è stato aperto alla firma il 3 maggio 2002 ed è entrato in vigore il 1° luglio 2003. Nel 2010 tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ad eccezione dell'Azerbaijan e della Russia, lo avevano firmato e, ad oggi, tutti gli Stati firmatari, fuorché l'Armenia, lo hanno ratificato.

L'art. 1 di tale protocollo dispone perentoriamente che « La pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né può essere giustiziato ». Fa seguito l'art. 2, che aggiunge significativamente quanto segue: « Non è ammessa alcuna deroga alle disposizioni del presente Protocollo in virtù dell'articolo 15 della Convenzione ». Per questa ragione, la Corte EDU ha affermato che l'art. 2 proibisce l'estradizione o l'espulsione di una persona verso un altro Stato qualora vi siano fondati motivi di ritenere che in tale Paese possa essere condannata alla pena di morte ⁽¹⁰⁸⁾, come oggi conferma anche l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nell'ordinamento italiano, la tutela costituzionale del diritto alla vita trova fondamento nell'art. 2 Cost. ed è rafforzata in sede penale dallo specifico divieto della pena di morte sancito dall'art. 27, comma 4, Cost. Anche la Corte costituzionale italiana, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di norme che consentivano l'estradizione per reati puniti con la pena capitale dallo Stato richiedente, ha ribadito che l'inammissibilità della pena di morte si configura quale « proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost. » ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Corte EDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, 4 ottobre 2010, n. 61498/08, par. 116.

⁽¹⁰⁸⁾ Corte EDU, *Al Nashiri c. Polonia*, 24 luglio 2014, n. 28761/11, par. 577; Corte EDU, *F.G. c. Svezia*, 23 marzo 2016, n. 43611/11, par. 110.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. *ex plurimis* Corte cost., sent. n. 54 del 1979.

Muovendo dalla premessa che il divieto contenuto nell'art 27, comma 4, Cost. e che i valori ad esso sottostanti, primo fra tutti il bene essenziale della vita, impongono una garanzia assoluta, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato illegittimi l'art. 698, comma 2, cod. proc. pen. e la legge 26 maggio 1984, n. 225, nella parte in cui subordinavano l'estradizione alla mera presenza di « sufficienti assicurazioni »⁽¹¹⁰⁾ da parte dello Stato richiedente in ordine alla non applicazione della pena di morte.

11. Uso letale della forza da parte di agenti dello Stato e relative eccezioni

La protezione dei diritti alla vita e alla salute comporta l'obbligo degli Stati contraenti di predisporre un adeguato quadro giuridico e amministrativo che definisca, alla luce del principio di proporzionalità, le circostanze in cui le forze dell'ordine possano ricorrere all'uso della forza e delle armi da fuoco, tenuto conto delle norme internazionali in materia⁽¹¹¹⁾. In questo contesto si inserisce la previsione dettata dall'art. 2, par. 2, CEDU, ai cui sensi: « La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: *a*) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; *b*) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; *c*) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione ».

Dall'impianto dell'art. 2 CEDU si evince con nitore che tali eccezioni non definiscono i casi in cui è consentito uccidere una persona, ma descrivono piuttosto le situazioni in cui è ammesso il « ricorso alla forza » che può comportare, quale esito non intenzionale, la privazione della vita. L'uso della forza, dunque, deve rispondere al principio dell'« assoluta necessità », che rappresenta un criterio più rigoroso e imperativo di quello applicabile per determinare se l'atto dello Stato sia « necessario in una società democratica » ai sensi degli artt. 8-11, par. 2, CEDU. In particolare, la Corte verifica che la forza utilizzata sia strettamente proporzionata al perseguimento delle finalità indicate nell'art. 2, par. 2, lett. *a*), *b*) e *c*), CEDU⁽¹¹²⁾.

L'« assoluta necessità », dunque, è il principio cardine che deve informare la *ratio* delle disposizioni interne dettate dagli Stati contraenti, tra i cui

⁽¹¹⁰⁾ Corte cost., sent. n. 223 del 1996.

⁽¹¹¹⁾ Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., par. 209; Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, cit., par. 57-59.

⁽¹¹²⁾ Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, cit., par. 148; Corte EDU, *Yüksel Erdoğan e altri c. Turchia*, 15 febbraio 2007, n. 57049/00, par. 86; Corte EDU, *Ramsahai e altri c. Paesi Bassi*, 15 maggio 2007, n. 52391/99, par. 286; Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., par. 17.

obblighi positivi devono essere annoverati quelli di ridurre il rischio di danni non necessari e di escludere l'utilizzo di armi e munizioni che comportano conseguenze ingiustificate ⁽¹¹³⁾. Per garantire l'effettività di tali misure, gli Stati hanno il dovere di selezionare e formare i propri agenti affinché siano in grado di valutare se sussista o meno l'« assoluta necessità » di ricorrere alle armi da fuoco, il cui utilizzo deve essere preceduto, ogniqualvolta possibile, da colpi di avvertimento ⁽¹¹⁴⁾.

Secondo la Corte, il ricorso alla forza può essere giustificato qualora poggia su un convincimento soggettivamente ragionevole, rispondente alle circostanze di fatto esistenti al momento in cui l'agente dello Stato è intervenuto ravvisando la sussistenza di un motivo valido ⁽¹¹⁵⁾. Ne consegue che la Corte non può sostituire *ex post* la propria valutazione della situazione a quella compiuta dall'agente, che ha dovuto reagire nella concitazione del momento per scongiurare un pericolo per la vita propria e altrui, pericolo che egli aveva ragionevolmente percepito in buona fede ⁽¹¹⁶⁾.

Sul piano applicativo, la Corte EDU distingue le operazioni di polizia di routine dalle operazioni volte al contrasto del terrorismo, fenomeno che impone agli Stati di adottare misure calibrate sulla natura dei pericoli derivanti da possibili attentati, oltre che sul numero delle vittime potenzialmente coinvolte. Nel particolare contesto delle operazioni di sicurezza, la Corte ritiene che la responsabilità dello Stato non si limiti ai casi in cui sussistono prove significative che dimostrano che il fuoco male indirizzato dagli agenti abbia procurato la morte di un civile, ma si estenda alle ipotesi in cui le autorità, nella scelta dei mezzi e dei metodi di intervento, non abbiano adottato ogni precauzione volta a evitare o, comunque a limitare, il pericolo del decesso accidentale di civili ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹³⁾ Corte EDU, *Tagayeva e altri c. Russia*, cit., par. 595.

⁽¹¹⁴⁾ Corte EDU, *Kallis e Androulla Panayi c. Turchia*, 27 ottobre 2009, n. 45388/99, par. 62; Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., par. 177. Applicando tali principi, la Corte ha ritenuto che il quadro giuridico bulgaro violasse l'art. 2 CEDU laddove consentiva alla polizia di sparare a qualsiasi militare fuggitivo che non si arrendesse subito dopo un'intimazione e uno sparo di un colpo di avvertimento in aria, senza contenere alcuna chiara garanzia volta a impedire che la morte fosse inflitta in modo arbitrario (cfr. Corte EDU, *Nachova e altri c. Bulgaria*, 6 luglio 2005, nn. 43577/98 e 43579/98, par. 99-102). Considerazioni analoghe valgono per il quadro giuridico turco risalente al 1934, laddove prevedeva un'ampia gamma di situazioni in cui un agente di polizia poteva utilizzare armi da fuoco senza dover rispondere delle conseguenze (cfr. Corte EDU, *Yüksel Erdoğan e altri c. Turchia*, cit., par. 77-79).

⁽¹¹⁵⁾ Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, cit., par. 200; Corte EDU, *Andronicou e Constantinou c. Cipro*, 9 ottobre 1997, n. 25052/94, par. 192.

⁽¹¹⁶⁾ Corte EDU, *Bubbins c. Regno Unito*, 17 giugno 2005, n. 50196/99, par. 138; Corte EDU, *Huohvanainen c. Finlandia*, 13 marzo 2007, n. 57389/00, par. 96.

⁽¹¹⁷⁾ Corte EDU, *Ahmet Özkan e altri c. Turchia*, 6 aprile 2004, n. 21689/93, par. 297.

Seguendo questa impostazione, la Corte EDU ha ravvisato la violazione dell'art. 2 quando le forze dell'ordine turche, dovendo affrontare atti di violenza e non disponendo di sfollagente, scudi antisommossa, idranti, proiettili di gomma o gas lacrimogeno, hanno fatto ricorso alle mitragliatrici causando la morte di un manifestante ⁽¹¹⁸⁾, oppure quando la polizia penitenziaria ha utilizzato in maniera indiscriminata ed eccessiva la forza letale nel corso di un'operazione antisommossa in carcere ⁽¹¹⁹⁾. Diversamente, la Corte ha ritenuto « assolutamente necessario » il ricorso alla forza letale da parte di un carabiniere che, durante i fatti del G8 di Genova nel luglio del 2001, aveva esploso dei colpi di arma da fuoco per difendersi da un manifestante che, a volto coperto, stava per scagliargli addosso un estintore ⁽¹²⁰⁾.

Per quanto concerne il profilo probatorio, l'esercizio della forza letale da parte di agenti dello Stato fa sì che le condotte contestate in giudizio siano sovente conosciute in modo pressoché esclusivo dalle stesse autorità statali, specie nel caso in cui le vittime erano persone in custodia soggette al controllo da parte dello Stato ⁽¹²¹⁾. In tali casi sorgono presunzioni di fatto rispetto alle lesioni o ai decessi verificatisi nel corso della custodia, sicché opera un'inversione dell'onere della prova in forza della quale spetta al Governo convenuto spiegare in maniera soddisfacente e convincente la sequela degli eventi e produrre prove che possano confutare le accuse del ricorrente ⁽¹²²⁾.

Tra i casi più frequenti di forza letale esercitata nei confronti di persone sottoposte al controllo delle autorità pubbliche si ricorda ad esempio quello relativo a un detenuto bulgaro deceduto a seguito di una lesione al cranio che gli era stata procurata poco dopo l'arresto ⁽¹²³⁾, oppure quello relativo al decesso del figlio della ricorrente nella Questura di Diyarbakir in Turchia per insufficienza respiratoria connessa a un edema polmonare ⁽¹²⁴⁾, o ancora quello relativo a un altro detenuto turco morto a causa di un'asfissia

⁽¹¹⁸⁾ Corte EDU, *Güleç c. Turchia*, 27 luglio 1998; Corte EDU, *Evrin Öktem c. Turchia*, 4 novembre 2008, n. 9207/03.

⁽¹¹⁹⁾ Corte EDU, *Kukbalashvili e altri c. Georgia*, 2 aprile 2020, nn. 8938/07 e 41891/07, par. 157.

⁽¹²⁰⁾ Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., par. 194.

⁽¹²¹⁾ Corte EDU, *Salman c. Turchia*, 27 giugno 2000, n. 21986/93, par. 99; Corte EDU, *Tanlı c. Turchia*, 10 luglio 2001, n. 26129/95, par. 141; Corte EDU, *Tekin e Arslan c. Belgio*, 5 settembre 2017, n. 37795/13, par. 83.

⁽¹²²⁾ Corte EDU, *Mansuroğlu c. Turchia*, 26 febbraio 2008, n. 43443/98, par. 80; Corte EDU, *Carter c. Russia*, cit., par. 152.

⁽¹²³⁾ Corte EDU, *Anguelova c. Bulgaria*, 13 settembre 2002, n. 38361/97, par. 121.

⁽¹²⁴⁾ Corte EDU, *Kişmir c. Turchia*, 31 maggio 2005, n. 27306/95, par. 105.

meccanica sofferta durante la detenzione ⁽¹²⁵⁾ e, infine, quello relativo a una persona deceduta a causa delle ferite riportate nel corso di un fermo di polizia irregolare in Russia ⁽¹²⁶⁾.

Considerazione a parte meritano i casi in cui gli agenti dello Stato agiscono in qualità di privati. Di regola, gli Stati contraenti sono responsabili delle violazioni dell'art. 2 CEDU causate da atti commessi dai loro agenti « nell'esercizio delle loro funzioni » ⁽¹²⁷⁾. Tuttavia, la Corte di Strasburgo ha precisato che gli Stati rispondono anche dell'uso della forza letale esercitata dagli agenti in qualità di privati qualora tali soggetti, a prescindere dalla circostanza che fossero o meno in servizio all'epoca dei fatti, si siano avvalsi del loro *status* con la complicità o l'acquiescenza delle autorità per commettere gli illeciti contestati ⁽¹²⁸⁾.

A tal riguardo, risulta paradigmatico il caso dell'omicidio di un dissidente politico russo (Aleksandr Val'terovič Litvinenko), rifugiatosi nel Regno Unito, attraverso la somministrazione di una forte dose di polonio-210. Data la sussistenza di prove plausibili del coinvolgimento dello Stato, che il Governo convenuto non aveva confutato, la Corte di Strasburgo ha concluso che i due cittadini russi, che secondo l'inchiesta interna del Regno Unito erano gli autori del reato, avessero agito in qualità di agenti russi e che pertanto la lamentata violazione dell'art. 2 fosse ascrivibile alla Russia ⁽¹²⁹⁾.

In ogni caso, anche in circostanze in cui non è possibile accertare oltre ogni ragionevole dubbio la partecipazione di agenti dello Stato all'omicidio di una persona, la Corte EDU può comunque giudicare lo Stato convenuto responsabile qualora ritenga che le autorità non abbiano adottato le ragionevoli misure cui potevano fare ricorso per proteggere il diritto alla vita delle persone sottoposte alla loro giurisdizione ⁽¹³⁰⁾.

Occorre infine prendere in esame la giurisprudenza della Corte EDU relativa alle persone scomparse mentre erano sottoposte alla diretta vigilanza dello Stato. Qualora le autorità non forniscano una spiegazione plausibile della sorte di un detenuto scomparso, la Corte EDU, alla luce delle circostanze della causa e, in particolare, dell'esistenza di sufficienti prove indizia-

⁽¹²⁵⁾ Corte EDU, *Aktaş c. Turchia*, 24 aprile 2003, n. 24351/94, par. 294.

⁽¹²⁶⁾ Corte EDU, *Khayrullina c. Russia*, 19 dicembre 2017, n. 29729/09, par. 84-85.

⁽¹²⁷⁾ Corte EDU, *Krastanov c. Bulgaria*, 30 settembre 2004, n. 50222/99, par. 53.

⁽¹²⁸⁾ Corte EDU, *Enukidze e Gurgviani c. Georgia*, 26 aprile 2011, n. 25091/07, par. 290; Corte EDU, *Kotelnikov c. Russia*, cit., par. 93; Corte EDU, *Fergec c. Croazia*, cit., par. 36.

⁽¹²⁹⁾ Corte EDU, *Carter c. Russia*, cit., par. 162-169.

⁽¹³⁰⁾ Corte EDU, *Mahmut Kaya c. Turchia*, 28 marzo 2000, n. 22535/93, par. 87 e 101; Corte EDU, *Kılıç c. Turchia*, 28 marzo 2000, n. 22492/93, par. 64 e 77; Corte EDU, *Gongadze c. Ucraina*, 8 febbraio 2006, n. 34056/02, par. 170-171; e, per contro, Corte EDU, *Denizci e altri c. Cipro*, 23 agosto 2001, nn. 25316-25321/94 e 27207/95, par. 374 e 377.

rie, quali il tempo trascorso dal momento in cui la persona è stata vista viva o si sono avute sue notizie ⁽¹³¹⁾, presume che la persona sia deceduta nel corso della detenzione ⁽¹³²⁾. In tali casi, lo Stato convenuto è dichiarato responsabile della morte presunta della persona scomparsa se non fornisce alcuna giustificazione basata sui motivi elencati nell'art. 2, par. 2, CEDU ⁽¹³³⁾.

12. Obblighi procedurali

Sugli obblighi sostanziali discendenti dall'art. 2 CEDU fin qui esaminati si innesta l'obbligo procedurale di svolgere indagini effettive sulle violazioni dei predetti profili sostanziali.

L'obbligo di proteggere i diritti alla vita e alla salute, dunque, esige come necessario complemento che gli Stati contraenti svolgano indagini ufficiali ed effettive qualora le persone sottoposte alla loro giurisdizione siano state vittime della forza letale esercitata da agenti dello Stato o da terzi ⁽¹³⁴⁾. Benché strettamente correlati tra loro, la Corte EDU ha affermato che l'obbligo procedurale in questione è distinto da quello sostanziale, sicché le loro asserite violazioni devono essere esaminate disgiuntamente, anche perché la violazione dell'obbligo procedurale è sovente dedotta in assenza di doglianze relative al profilo sostanziale dell'art. 2 CEDU ⁽¹³⁵⁾.

Ciò premesso, l'obbligo procedurale sorge in capo agli Stati contraenti in tutte le situazioni in cui una persona sia deceduta, abbia subito lesioni che ne mettano a repentaglio la vita oppure sia scomparsa in circostanze violente o sospette, a prescindere dal fatto che i presunti responsabili siano individuati in agenti dello Stato, in privati cittadini, in soggetti ignoti oppure nelle

⁽¹³¹⁾ Corte EDU, *Varnava e altri c. Turchia*, 18 settembre 2009, nn. 16064/90, par. 143; Corte EDU, *Aslakhanova e altri c. Russia*, 18 dicembre 2012, n. 2944/06, par. 100.

⁽¹³²⁾ Corte EDU, *Timurtaş c. Turchia*, 13 giugno 2000, n. 23531/94, par. 82.

⁽¹³³⁾ Corte EDU, *Akdeniz e altri c. Turchia*, 31 maggio 2001, n. 23954/94, par. 101; Corte EDU, *Orban c. Turchia*, cit., par. 331; Corte EDU, *İpek c. Turchia*, 17 maggio 2004, n. 25760/94, par. 168; Corte EDU, *Bazorkina c. Russia*, 27 luglio 2006, n. 69481/01, par. 111; Corte EDU, *Magomadov c. Russia*, 12 luglio 2007, n. 68004/01, par. 99; Corte EDU, *Meryem Çelik e altri c. Turchia*, 16 aprile 2013, n. 3598/03, par. 60; Corte EDU, *Mikiyeva e altri c. Russia*, 30 gennaio 2014, n. 61536/08, par. 160; Corte EDU, *Kushtova e altri c. Russia*, 21 febbraio 2017, n. 60806/08, par. 83; e, per contro, Corte EDU, *Tabsin Acar c. Turchia*, 8 aprile 2004, n. 26307/95, parr. 217-219; Corte EDU, *Nesibe Haran c. Turchia*, 6 ottobre 2005, n. 28299/95, par. 68; Corte EDU, *Şhafiyeva c. Russia*, 3 maggio 2012, n. 49379/09, par. 79; Corte EDU, *Kagirov c. Russia*, 23 aprile 2015, n. 36367/09, par. 97.

⁽¹³⁴⁾ Corte EDU, *McCann e altri c. Regno Unito*, cit., par. 161.

⁽¹³⁵⁾ Corte EDU, *Armani Da Silva c. Regno Unito*, 30 marzo 2016, n. 5878/08, par. 231.

vittime stesse, come nei ricordati casi di suicidio e atti di autolesionismo ⁽¹³⁶⁾. In particolare, gli Stati contraenti, sia pure con un margine di discrezionalità ⁽¹³⁷⁾, sono tenuti a predisporre un sistema giudiziario efficace e indipendente, in modo tale da assicurare strumenti giuridici idonei ad accertare con ragionevole rapidità i fatti contestati e a obbligare i responsabili a risponderne, oltre che a fornire adeguata riparazione alle vittime ⁽¹³⁸⁾.

Secondo la Corte, ciò che rileva è che le modalità delle indagini soddisfino le finalità di cui all'art. 2, sicché tali modalità ben possono variare in funzione delle diverse circostanze oggetto di accertamento. Tuttavia, quali che siano le modalità adottate, le autorità sono tenute a procedere d'ufficio ogniqualvolta la violazione dell'art. 2 CEDU sia stata portata alla loro attenzione. Ne consegue che le autorità non possono rimettersi all'iniziativa dei congiunti delle vittime, chiedendo loro di presentare una denuncia formale o di assumersi la responsabilità e l'onere di svolgere un'indagine ⁽¹³⁹⁾.

Inoltre, ai fini della Convenzione non rilevano i procedimenti civili instaurati per iniziativa dei congiunti, in quanto l'obbligo procedurale gravante sugli Stati non può ritenersi assolto attraverso il riconoscimento di un mero risarcimento economico, ma esige l'individuazione e la condanna dei colpevoli in sede penale ⁽¹⁴⁰⁾. Ciò vale a maggior ragione se la morte è conseguenza della forza letale esercitata da agenti dello Stato, atteso che in tali ipotesi le circostanze del decesso sono note per lo più alle autorità statali,

⁽¹³⁶⁾ Cfr. *supra* par. 4.

⁽¹³⁷⁾ Corte EDU, *Cevrioğlu c. Turchia*, cit., parr. 53 e 55; Corte EDU, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, cit., par. 216.

⁽¹³⁸⁾ Corte EDU, *Sinim c. Turchia*, 6 giugno 2017, n. 9441/10, par. 59; Corte EDU, *Ciechońska c. Polonia*, cit., par. 66.

⁽¹³⁹⁾ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, 7 luglio 2011, n. 55721/07, par. 165.

⁽¹⁴⁰⁾ Corte EDU, *Hugh Jordan c. Regno Unito*, 4 maggio 2001, n. 24746/94, par. 141. Diverso il caso in cui la violazione dell'art. 2 CEDU sia il risultato di una condotta colposa, giacché l'obbligo positivo di istituire un sistema giudiziario efficace è considerato adempiuto dalla Corte anche quando l'ordinamento giuridico offra alle vittime un ricorso dinanzi a un tribunale civile che, da solo o congiuntamente a un tribunale penale, consenta di accertare le responsabilità e di ottenere un'adeguata riparazione di natura civile (cfr. Corte EDU, *Calwelli e Ciglio c. Italia*, cit., par. 51; Corte EDU, *Mastromatteo c. Italia*, cit., par. 90; Corte EDU, *Vo c. Francia*, cit., par. 90; Corte EDU, *Anna Todorova c. Bulgaria*, cit., par. 73; Corte EDU, *Cevrioğlu c. Turchia*, cit., par. 54; Corte EDU, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portogallo*, cit., parr. 137 e 215). Nel caso in cui risultino coinvolti agenti dello Stato o membri di alcune professioni, possono essere previste anche misure di carattere disciplinare (cfr. Corte EDU, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, 25 giugno 2019, n. 41720/13, par. 159; Corte EDU, *Zinatullin c. Russia*, cit., par. 32).

donde l'esigenza di ricorrere a un'indagine ufficiale ed effettiva, quale presupposto dell'azione penale e dei procedimenti disciplinari ⁽¹⁴¹⁾.

Tra i requisiti posti a garanzia dell'effettività delle indagini condotte dagli Stati spicca quello dell'indipendenza degli inquirenti rispetto alle persone direttamente coinvolte nei fatti contestati, al fine di scongiurare conflitti di interesse e di preservare la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni ⁽¹⁴²⁾. Per meglio comprendere i diversi scenari venuti all'attenzione della Corte, giova ricordare in particolare il caso in cui l'indipendenza degli inquirenti era minata dal rapporto gerarchico che li legava ai potenziali sospettati ⁽¹⁴³⁾, oltre che il caso paradigmatico in cui i potenziali sospettati erano gli stessi inquirenti ⁽¹⁴⁴⁾.

Le conclusioni delle indagini devono essere fondate su un'analisi approfondita, obiettiva, indipendente e imparziale di tutti gli elementi rilevanti. Nel caso in cui i ricorrenti contestino la sussistenza di tali requisiti, la Corte, per verificare se vi sia stata o meno violazione degli obblighi procedurali in questione, deve esaminare se e in quale misura i fatti contestati abbiano compromesso l'efficacia dell'indagine e la sua capacità di far luce sulle circostanze del decesso e, conseguentemente, di perseguire i responsabili ⁽¹⁴⁵⁾.

L'effettività delle indagini poggia poi sul fondamentale requisito della loro adeguatezza, sicché le autorità devono adottare tutte le misure ragionevoli in loro potere per procurarsi le prove relative all'incidente, comprese, tra l'altro, le deposizioni dei testimoni oculari, le prove medico-legali e un'autopsia che fornisca un resoconto completo e accurato delle lesioni, nonché un'analisi obiettiva dei risultati clinici, ivi compresa la causa del decesso ⁽¹⁴⁶⁾. Ove necessario, le autorità possono disporre l'esumazione dei cadaveri ⁽¹⁴⁷⁾ e, in caso di ricorso alla forza letale da parte degli agenti dello Stato,

⁽¹⁴¹⁾ Corte EDU, *Makaratzis c. Grecia*, cit., par. 73; Corte EDU, *Khashiyev e Akayeva c. Russia*, 24 febbraio 2005, nn. 57942/00 e 57945/00, par. 120-121.

⁽¹⁴²⁾ Corte EDU, *Armani Da Silva c. Regno Unito*, cit., par. 232.

⁽¹⁴³⁾ Corte EDU, *Şandru e altri c. Romania*, 8 dicembre 2009, n. 22465/03, par. 74; Corte EDU, *Enukidze e Girgvlani c. Georgia*, cit., par. 247 e ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Corte EDU, *Bektaş e Özalp c. Turchia*, 20 aprile 2010, n. 10036/03, par. 66; Corte EDU, *Orhan c. Turchia*, cit., par. 342.

⁽¹⁴⁵⁾ Corte EDU, *Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turchia*, 14 aprile 2015, n. 24014/05, par. 224.

⁽¹⁴⁶⁾ Corte EDU, *Armani Da Silva c. Regno Unito*, cit., par. 233.

⁽¹⁴⁷⁾ Corte EDU, *Solska e Rybicka c. Polonia*, 20 settembre 2018, nn. 30491/17 e 31083/17, par. 120-121.

l'indagine deve verificare se l'uso della forza sia stato o meno giustificato alla luce delle circostanze del caso ⁽¹⁴⁸⁾.

Secondo il consolidato orientamento della Corte, gli obblighi procedurali in questione configurano non già un'obbligazione di risultato, bensì un'obbligazione di mezzi, con la conseguenza che qualsiasi carenza dell'indagine suscettibile di compromettere l'accertamento della causa del decesso o l'individuazione dei responsabili integra una violazione dell'art. 2 CEDU ⁽¹⁴⁹⁾. Tra i casi più significativi esaminati dalla Corte si ricorda in particolare quello relativo a una sparatoria conclusasi con l'uccisione di un uomo da parte delle forze dell'ordine. In questo caso, gli inquirenti avevano ommesso di rilevare le tracce di polvere da sparo sulle mani degli agenti, non avevano esaminato le armi e le munizioni da questi detenute, non avevano predisposto un'adeguata documentazione fotografica della scena del delitto e, infine, non avevano separato gli agenti coinvolti nella sparatoria prima del loro interrogatorio ⁽¹⁵⁰⁾.

L'indagine e i suoi risultati devono poi essere caratterizzati da un livello di pubblicità che può variare da un caso all'altro al fine di scongiurare il pericolo che la divulgazione di rapporti di polizia o di materiale investigativo arrechi pregiudizio a soggetti terzi o ad altre indagini ⁽¹⁵¹⁾. In ogni caso, i congiunti della vittima hanno diritto di partecipare alla procedura nella misura necessaria a tutelare i propri diritti ⁽¹⁵²⁾ e, quanto alla nozione stessa di "procedura", la Corte EDU ha chiarito che essa comprende sia le indagini sia il processo celebrato dinanzi ai Tribunali nazionali ⁽¹⁵³⁾.

A sostegno del principio di effettività, la Corte ha affermato che gli obblighi procedurali derivanti dagli artt. 2 e 3 CEDU ben difficilmente possono considerarsi soddisfatti qualora le indagini terminino per prescrizione dei reati contestati a causa dell'inerzia delle autorità ⁽¹⁵⁴⁾. A ciò si deve aggiungere che l'esame della Corte si estende anche alle modalità di esecuzione delle pene inflitte, giacché sugli Stati contraenti grava il dovere di

⁽¹⁴⁸⁾ Corte EDU, *Armani Da Silva c. Regno Unito*, cit., par. 233.

⁽¹⁴⁹⁾ Corte EDU, *Tahsin Acar c. Turchia*, cit., par. 223; Corte EDU, *Jaloud c. Paesi Bassi*, 20 novembre 2014, n. 47708/08, par. 186; Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., par. 166.

⁽¹⁵⁰⁾ Corte EDU, *Ramsabai e altri c. Paesi Bassi*, cit., parr. 326-332.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*, par. 353; Corte EDU, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., par. 304.

⁽¹⁵²⁾ Corte EDU, *Al-Skeini e altri c. Regno Unito*, cit., par. 167; Corte EDU, *Oğur c. Turchia*, 20 maggio 2009, n. 21594/93, par. 92; Corte EDU, *Betayev e Betayeva c. Russia*, 29 maggio 2008, n. 37315/03, par. 88; Corte EDU, *Boychenko c. Russia*, cit., par. 99.

⁽¹⁵³⁾ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, cit., par. 95; Corte EDU, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia*, 8 aprile 2008, n. 42942/02, par. 61.

⁽¹⁵⁴⁾ Corte EDU, *Associazione "21 dicembre 1989" e altri c. Romania*, 24 maggio 2011, nn. 33810/07 e 18817/08, par. 144.

eseguire le sentenze definitive senza indebiti ritardi e senza ricorrere in modo irragionevole alla liberazione anticipata dei condannati, che sarebbe percepita dalla società come una forma di impunità dei colpevoli ⁽¹⁵⁵⁾.

Infine, qualora dovessero emergere informazioni che gettano nuova luce sulle violazioni dell'art. 2 in un momento storico successivo a quello della loro verifica, la Corte ritiene che le autorità abbiano comunque l'obbligo di adottare ulteriori misure investigative ⁽¹⁵⁶⁾. Tuttavia, posto che il decorso del tempo costituisce di fatto un ostacolo, queste nuove indagini possono essere ragionevolmente limitate alla verifica della credibilità della fonte o delle presunte nuove prove ⁽¹⁵⁷⁾, anche al fine di vagliare le prospettive di successo dell'azione penale ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ Corte EDU, *Enukidze e Girgoliani c. Georgia*, cit., parr. 269 e 275; Corte EDU, *Kitanovska Stanojkovic e altri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 13 ottobre 2016, n. 2319/14, par. 33.

⁽¹⁵⁶⁾ Corte EDU, *Brecknell c. Regno Unito*, 27 novembre 2007, n. 32457/04, par. 71.

⁽¹⁵⁷⁾ Corte EDU, *Cerf c. Turchia*, 3 maggio 2016, n. 12938/07, par. 65.

⁽¹⁵⁸⁾ Corte EDU, *Brecknell c. Regno Unito*, cit., par. 71.

II.

LA TUTELA DELL'AMBIENTE

di *Giulia Puleio* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Ambiente e diritto alla vita. — 3. Ambiente e divieto di tortura. — 4. Ambiente e diritto alla vita privata e familiare. — 5. Ambiente e libertà di espressione, di riunione e di associazione. — 6. Ambiente e tutela della proprietà. — 7. Cambiamento climatico e diritti dell'uomo.

1. Introduzione

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contiene alcun riferimento normativo esplicito alla tutela dell'ambiente. Del resto, secondo la giurisprudenza della Corte EDU ⁽¹⁾, in base al principio di sussidiarietà ⁽²⁾, sono le autorità nazionali i soggetti più adeguati a prendere decisioni politiche in materia ambientale. Nonostante l'assenza di un dato normativo che esplicitamente riconosca un diritto generale all'ambiente, sussiste una profonda interrelazione tra diritto all'ambiente e tutela dei diritti fondamentali, com'è riconosciuto da numerose fonti internazionali ⁽³⁾. Infatti, l'am-

(*) Ricercatrice in Diritto privato presso l'Università degli Studi di Pisa.

⁽¹⁾ Corte EDU, *Fadeyeva v. Russia*, 9 giugno 2005, § 68; Corte EDU, *Kyrtatos v. Greece*, 22 maggio 2003, § 52; Corte EDU, *Dubetska and Others v. Ukraine*, 10 febbraio 2011, § 105; Corte EDU, *Kyrtatos v. Greece*, 22 May 2003, § 52.

⁽²⁾ Si veda G. RAIMONDI, *Principio di sussidiarietà*, in questa ricerca. Si veda pure *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration*, 19 febbraio 2010, Preambolo PP 6 e § 2, disponibile qui: www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf.

⁽³⁾ *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, para. 1; *Rio Declaration on Environment and Development*, principle 1; *United Nations Framework Convention on Climate Change*, preamble. In particolare, United Nations, International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, General comment No. 36, Article 6: right to life, 3 September 2019, § 62: Environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life. The obligations of States parties under international environmental law should thus inform the content of article 6 of the Covenant, and the obligation of States parties to respect and ensure the right to life should

biente e il clima stabile e sicuro costituiscono presupposti imprescindibili per il godimento di diversi diritti fondamentali dell'uomo.

Si delinea un approccio integrato tra diritti umani e diritto dell'ambiente, che è utile anche per interpretare diverse norme della CEDU (4). In numerosi casi affrontati dalla Corte EDU, la definizione di alcuni principi e questioni in materia di tutela dell'ambiente è necessaria a ricostruire il contenuto del diritto fondamentale garantito dalla Convenzione, che è ravvisato, a seconda delle diverse fattispecie concrete sottostanti, nel diritto alla vita (art. 2), nel divieto di trattamenti disumani o degradanti (art. 3), nel diritto alla vita privata e familiare (art. 8), nelle libertà di informazione e riunione (artt. 10 e 11), nella tutela della proprietà (art. 1, prot. 1). Parallelamente ai casi ambientali, negli ultimi anni si moltiplicano di fronte alla Corte EDU anche i cosiddetti casi climatici, cioè ricorsi in cui si chiede la responsabilità di uno Stato membro per una politica insufficiente rispetto agli obblighi internazionali assunti in materia di riduzione delle emissioni, con successiva violazione di diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione.

also inform their relevant obligations under international environmental law. Implementation of the obligation to respect and ensure the right to life, and in particular life with dignity, depends, inter alia, on measures taken by States parties to preserve the environment and protect it against harm, pollution and climate change caused by public and private actors. States parties should therefore ensure sustainable use of natural resources, develop and implement substantive environmental standards, conduct environmental impact assessments and consult with relevant States about activities likely to have a significant impact on the environment, provide notification to other States concerned about natural disasters and emergencies and cooperate with them, provide appropriate access to information on environmental hazards and pay due regard to the precautionary approach. In dottrina, si veda: M. FITZMAURICE, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Human Right to a Clean Environment: the English Perspective*, in (2007) *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, doi: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004161566.i-1188.32>, 53-56, KELLER, HERI, *The Future is Now: Climate Cases before the ECtHR*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, disponibile online, DOI: 10.1080/18918131.2022.2064074, 1. Per un'analisi approfondita delle intersezioni tra tutela dell'ambiente e diritti fondamentali e una rassegna completa dei principali casi ambientali affrontati dalla Corte EDU, si rinvia allo studio del Consiglio di Europa, *Manual on Human Rights and the Environment*, 3 ed., 2022, disponibile qui: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/-/manual-on-human-rights-and-the-environment>.

(4) Come viene ricordato nel discorso che Tim Eicke, Giudice della Corte Europea dei diritti umani, ha tenuto all'Università di Goldsmiths a marzo 2021, *Human Rights and Climate Change: What Role for the European Court of Human Rights?* (disponibile qui: <https://www.scottishlawreports.org.uk/publications/macfadyen-lectures/climate-changeand-the-convention>), una bozza del Trattato di Parigi prevedeva un riferimento espresso, all'articolo 2, alla tutela dei diritti umani. La versione non approvata è disponibile online: https://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/draft_paris_agreement_5dec15.pdf.

2. Ambiente e diritto alla vita

L'articolo 2 Cedu sancisce il diritto alla vita ⁽⁵⁾. Secondo la teoria degli obblighi positivi, la norma non ha un mero contenuto negativo ⁽⁶⁾, ma impone agli Stati l'obbligo di adottare misure adeguate a tutelare il diritto alla vita anche in caso di attività derivanti da soggetti non direttamente connessi con lo Stato ⁽⁷⁾.

Non sono molto comuni i ricorsi in cui il degrado ambientale abbia provocato la violazione dell'articolo 2 Cedu, laddove la Corte ha considerato l'interrelazione tra ambiente e diritto alla vita solo nelle ipotesi di danno o serio ed imminente rischio di danno derivante da attività pericolose o da disastri naturali.

La prima fattispecie in cui la Corte ha valutato la violazione dell'articolo 2 Cedu nel caso di danni derivanti da attività pericolose è stato il caso *L.C.B. v. The United Kingdom* ⁽⁸⁾, ricorso presentato alla Corte dalla figlia di un militare dell'esercito britannico che aveva prestato servizio durante gli esperimenti nucleari negli anni Cinquanta. La ricorrente, nata nel 1966, lamentava la lesione del proprio diritto alla vita perché avrebbe contratto la leucemia a causa della esposizione alle radiazioni nucleari del genitore. Secondo le sue argomentazioni, il Regno Unito non ha avvertito i suoi genitori dei pericoli degli esperimenti nucleari sugli eventuali figli che avrebbero potuto avere, violando gli obblighi positivi derivanti dall'articolo 2 Cedu. Nel caso in questione, la Corte ritiene che non fosse provato il legame causale tra l'esposizione del padre alle radiazioni e la malattia della figlia, concludendo che non fosse ragionevole ritenere che alla fine degli anni '60, le autorità del Regno Unito, sulla base di questo legame non comprovato, avrebbero potuto o dovuto prendere provvedimenti nei confronti della ricorrente.

Se in *L.C.B. v. The United Kingdom* la Corte ha quindi ritenuto che non vi fosse stata alcuna violazione dell'Articolo 2, a causa dell'assenza di un nesso causale tra condotta dello Stato ed evento dannoso, esito diverso hanno avuto altri due casi in cui la Corte ha ricostruito gli obblighi positivi di cui all'articolo 2 alla luce delle questioni ambientali derivanti dall'esercizio di attività pericolose.

⁽⁵⁾ Si veda G. DONZELLI, *Il diritto alla vita e alla salute*, in questa ricerca. Si rinvia alla Guida all'art. 2 — Diritto alla vita, Corte europea dei diritti dell'uomo, disponibile qui: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ITA.pdf.

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Boso c. Italia*, 5 settembre 2002, sulle eccezioni al divieto di privare intenzionalmente la vita.

⁽⁷⁾ Corte EDU, *Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu V. Romania*, 17 luglio 2014.

⁽⁸⁾ Corte EDU, *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 giugno 1998.

Più in particolare, in *Öneryıldız v. Turkey* ⁽⁹⁾ un'esplosione in una discarica comunale uccise trentanove persone che avevano costruito illegalmente le loro abitazioni intorno ad essa. A ricorrere è un parente delle vittime. Due anni prima dell'incidente, una perizia tecnica aveva messo in allerta le autorità comunali sul pericolo di un'esplosione di metano nella discarica, ma, nonostante le autorità sapessero — o avrebbero dovuto sapere usando l'ordinaria diligenza — del rischio reale e immediato per la vita delle persone che vivevano vicino alla discarica, non erano stati presi provvedimenti. La Corte ha, quindi, ritenuto che sussistesse una violazione degli obblighi positivi derivanti dall'articolo 2, perché non erano state adottate misure preventive per proteggere le persone che vivevano vicino alla discarica. Secondo la Corte, infatti, lo Stato non aveva un quadro normativo adeguato alla tutela del diritto alla vita nel caso di esercizio di attività pericolose e non aveva adempiuto all'obbligo informare la popolazione dei rischi a cui erano esposti.

Anche in *Kolyadenko and Others v. Russia* ⁽¹⁰⁾ la violazione dell'obbligo positivo ex articolo 2 Cedu è ravvisata tanto nell'assenza di misure di prevenzione necessarie a tutelare il diritto alla vita quanto nella mancanza di un'adeguata informazione del rischio reale e immediato per la vita delle persone da parte di autorità nazionali. Il ricorso è presentato da alcuni abitanti della regione di Primorskiy, vicino al serbatoio Pionerskoye e al fiume Pionerskaya, che avevano subito una inondazione a causa del rilascio urgente e improvviso di una grande quantità d'acqua dal serbatoio. Davanti alla Corte, i ricorrenti hanno denunciato che le autorità avevano messo a rischio la loro vita rilasciando l'acqua, senza alcun preavviso, in un fiume che per anni non avevano mantenuto in uno stato di manutenzione adeguato, causandone l'inondazione improvvisa. In questo caso, la Corte ha notato che il serbatoio era un impianto industriale artificiale contenente milioni di metri cubi d'acqua e situato in una zona soggetta a forti piogge. Pertanto, il funzionamento di tale serbatoio rientrava senza dubbio nella categoria delle attività industriali pericolose. Secondo la Corte, le autorità nazionali avrebbero dovuto sapere, secondo l'ordinaria diligenza, che il rilascio urgente di grandi quantità d'acqua avrebbe provocato una inondazione del fiume, con un pericolo reale per la vita della popolazione locale. Nonostante ciò, non erano state adottate le misure preventive necessarie per liberare il canale del fiume e non erano state poi tempestivamente avvisati i residenti dell'area a valle del serbatoio della necessità di una evacuazione urgente dell'acqua. Inoltre, anche dopo l'alluvione del 7 agosto 2001, le autorità nazionali non

⁽⁹⁾ Corte EDU, *Öneryıldız v. Turkey*, 30 novembre 2004.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *Kolyadenko and Others v. Russia*, 28 febbraio 2012.

hanno adottato alcuna misura necessaria a liberare il canale del fiume. Pertanto, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 2 della Convenzione, in quanto il Governo è venuto meno al suo obbligo positivo di proteggere la vita dei ricorrenti.

Quando la lesione o il rischio di lesione del diritto alla vita deriva, invece, da disastri naturali, la violazione dell'articolo 2 Cedu da parte dello Stato consiste di solito nel mancato adempimento all'obbligo positivo di allertare la popolazione. Ne è un esempio il caso *Budayeva and Others v. Russia* ⁽¹¹⁾, presentato in seguito ad uno smottamento del terreno derivante da una forte pioggia, che aveva provocato la morte di numerose persone. La Corte ha ritenuto lo Stato responsabile del mancato adempimento all'obbligo positivo di avvertire la popolazione locale, nonostante fosse conosciuto il rischio di frane nella zona, di attuare politiche di evacuazione e di soccorso di emergenza e, dopo il disastro, di condurre un'inchiesta giudiziaria.

La breve disamina di casi ambientali valutati dalla Corte EDU alla luce dell'articolo 2 Cedu permette di comprendere come i principi in materia di ambiente contribuiscano a delineare gli obblighi positivi in capo agli Stati in materia di tutela del diritto alla vita.

Innanzitutto, gli Stati devono adottare misure per prevenire la violazione del diritto alla vita potenzialmente derivanti da attività pericolose o disastri naturali. Questo implica, oltre all'adozione di mezzi operativi di prevenzione, anche il dovere fondamentale di uno Stato di istituire un quadro legislativo e amministrativo adeguato, considerando la natura delle attività pericolose svolte nella propria giurisdizione e le eventuali peculiarità naturali del proprio territorio. Nel caso di attività pericolose, lo Stato deve prevedere normativamente le condizioni e i requisiti per la concessione di licenze, la creazione, il funzionamento, la sicurezza e la supervisione di tali attività ⁽¹²⁾. Nei casi di territori esposti a rischio di disastri naturali, la Corte EDU ha affermato che il contenuto degli obblighi positivi imputabili allo Stato dipende dall'origine della minaccia e dalla misura in cui l'uno o l'altro rischio è suscettibile di essere mitigato. Più precisamente, la Corte ha ravvisato una violazione dell'articolo 2 Cedu nei casi in cui le circostanze della fattispecie concreta indicavano l'imminenza di un rischio naturale chiaramente identificabile. Ricorrendo questa circostanza, lo Stato ha l'obbligo di costruire infrastrutture adeguate a difendere la vita delle popolazioni esposte al rischio

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Budayeva and Others v. Russia*, 20 marzo 2008.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, 30 novembre 2004.

di disastro ambientale e a dare l'allarme nel caso in cui il disastro si verifici (13).

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, in capo agli Stati è individuabile anche un obbligo positivo ex post, una volta che il danno si sia realizzato. Infatti, discende dall'articolo 2 procedurale (14) che la violazione del diritto alla vita sia sanzionata dalle autorità nazionali competenti con una risposta investigativa e giudiziaria adeguata. L'indagine deve, in primo luogo, essere in grado di accertare le circostanze in cui si sia verificata la lesione del diritto alla vita e di identificare le eventuali insufficienze nel funzionamento del sistema normativo, anche al fine di identificare i funzionari o le autorità pubbliche responsabili. Affinché siano efficaci, le indagini avviate devono avere requisiti di tempestività, indipendenza e imparzialità. Particolarmente interessante, al fine di comprendere i principi fondamentali dell'articolo 2 procedurale nei casi ambientali, è il ricorso *Özel and Others v. Turkey* (15), che riguardava la morte di centonovantacinque persone a causa di un terremoto che distrusse edifici nel comune di Çınarcık. Nel 1994, il Consiglio comunale di Çınarcık aveva approvato la costruzione di edifici a sei piani nella zona da parte di imprese immobiliari. Dopo il terremoto, tuttavia, gli esperti stabilirono che il Consiglio comunale aveva autorizzato gli edifici a più piani senza commissionare gli studi geologici preliminari richiesti e non aveva fornito, tra l'altro, alcuna supervisione dei progetti. Inoltre, secondo i ricorrenti, l'area era stata dichiarata zona esposta ad alto rischio sismico, tanto da sottoporre a regolamenti speciali la costruzione di qualsiasi edificio in quella zona. Investita della questione, la Corte EDU ha sottolineato che gli Stati, ex articolo 2 Cedu, devono garantire indagini ufficiali tempestive nei casi di lesioni del diritto alla vita dovute ad eventi che si sono verificati sotto la responsabilità delle autorità pubbliche nazionali. Se la violazione del diritto alla vita non è intenzionale, i rimedi civili, amministrativi o anche disciplinari possono essere una risposta sufficiente. Tuttavia, la Corte EDU ha sottolineato che quando le autorità pubbliche nazionali sono pienamente consapevoli dei pericoli attuali al diritto alla vita e non hanno preso alcuna misura preventiva adeguata ad evitare il danno, l'articolo 2 deve essere interpretato nel senso di garantire che i responsabili della violazione siano perseguiti penalmente. In particolare, nella causa *Özel and Others v. Turkey*,

(13) Corte EDU, *Budayeva e altri c. Russia*, 20 marzo 2008.

(14) Vedi supra G. DONZELLI, *Il diritto alla vita e alla salute*, in questo volume.

(15) Corte EDU, *Özel and Others v. Turkey*, 17 novembre 2015. Esito diverso ha avuto Corte EDU, *Smaltini v. Italy*, 25 marzo 2015, in cui la Corte EDU ha ritenuto il ricorso inammissibile perché manifestamente infondato sotto il profilo della violazione dell'articolo 2 procedurale.

la Corte ha ritenuto, tra l'altro, che sussistesse una violazione dell'articolo 2 procedurale a causa della inefficienza dei procedimenti penali contro i soggetti che avevano costruito le palazzine. Infatti, i procedimenti penali successivi al crollo degli edifici erano durati più di dodici anni, risolvendosi in due condanne, una delle quali concessa con il beneficio di una sospensione parziale del procedimento a causa della prescrizione legale. Inoltre, la Corte ha anche rilevato l'incapacità generale delle autorità di incriminare e perseguire le persone che ricoprivano cariche pubbliche al momento della concessione delle licenze e della mancata valutazione sui rischi sismici.

Quanto all'accesso alla giustizia in materia ambientale, occorre richiamare anche le norme contenute agli articoli 6 (diritto ad un equo processo) ⁽¹⁶⁾ e 13 (diritto a un ricorso effettivo) ⁽¹⁷⁾. Data l'assenza di una disposizione generale in materia di tutela ambientale, la Corte EDU afferma che si possa avere una responsabilità dello Stato qualora il mancato accesso alla giustizia in materia ambientale abbia provocato una lesione dei diritti fondamentali individuali tutelati in Convenzione. Esempio significativo è rappresentato dal caso *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland* ⁽¹⁸⁾. I ricorrenti erano un gruppo di abitati in villaggi situati nei pressi di alcune centrali nucleari, che si erano opposti alla estensione delle licenze operativa delle centrali, invocando di fronte al Consiglio federale svizzero il rischio di una lesione ai diritti alla vita, alla integrità fisica e alla proprietà. Le licenze erano concesse dal Consiglio federale svizzero, che aveva respinto le richieste dei ricorrenti. Di fronte alla Corte EDU, i ricorrenti lamentavano che l'impossibilità di accedere ad un tribunale, poiché le decisioni del Consiglio federale non potevano essere impugnate, avrebbe provocato la violazione dei loro diritti alla vita, alla integrità fisica e alla proprietà. Investita della questione, la Corte EDU non ha riconosciuto la responsabilità dello Stato, per diverse ragioni. Innanzitutto, perché le decisioni del Consiglio federale svizzero erano state emesse al termine di un procedimento che prevedeva un contraddittorio tra le parti. Inoltre, secondo la Corte i ricorrenti non erano riusciti a provare che la circostanza della vicinanza a centrali nucleari comportasse un rischio serio e imminente di lesione dei loro diritti fondamentali. Non sussisteva, quindi, un nesso di causa tra il mancato accesso alla giustizia in materia ambientale e una violazione dei diritti fondamentali individuali, ma le argomentazioni dei ricorrenti si fondavano solo su una

⁽¹⁶⁾ Si rinvia a E. BUFANO, *Il diritto alla ragionevole durata del processo (cognizione ed esecuzione)*, in questa ricerca.

⁽¹⁷⁾ Si rinvia a S. BELTRANI, *Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti delle misure privative della libertà*, in questa ricerca.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland*, 26 agosto 1997.

generale pericolosità delle centrali nucleari. Secondo la Corte EDU, i ricorrenti cercavano surrettiziamente di usare l'articolo 6, § 1 come strumento per contestare l'opportunità dell'uso dell'energia nucleare, con il risultato di trasferire dal Governo ai tribunali la responsabilità politica di decidere sul funzionamento delle singole centrali nucleari. Per questo motivo, la Corte EDU ha ritenuto che la regolazione dell'energia nucleare debba essere affidata ad una decisione politica che ogni Stato contraente deve prendere in base ai propri processi democratici. La Corte ha anche ritenuto che l'Articolo 13 della Convenzione fosse inapplicabile in questo caso.

3. Ambiente e divieto di tortura

Alcuni casi che pongono questioni di tutela dell'ambiente sono stati valutati dalla Corte EDU alla luce dell'articolo 3 Cedu, che pone il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti ⁽¹⁹⁾. Si tratta, in particolare, di ipotesi in cui detenuti in carcere lamentano la violazione dell'art. 3 con riferimento all'ambiente in cui vivono perché esposti al fumo passivo di altri detenuti.

Com'è noto ⁽²⁰⁾, affinché sia applicabile l'articolo 3 Cedu è necessario un legame causale tra il trattamento subito e il danno lamentato dall'individuo. Inoltre, deve essere superato un livello minimo di gravità, la cui sussistenza dipende da circostanze della fattispecie concreta, quali la durata del trattamento, l'età, il sesso, lo stato di salute della presunta vittima e gli effetti fisici lamentati. Per questo motivo, solo in due ipotesi la Corte edu ha ritenuto che l'esposizione al fumo passivo in carcere costituisse una violazione dell'articolo 3 ⁽²¹⁾.

In particolare, si tratta del caso *Florea v. Romania* ⁽²²⁾, in cui il ricorrente, malato di epatite cronica e di ipertensione arteriosa, lamentava una violazione dell'articolo 3 Cedu a causa dello stato di sovraffollamento e

⁽¹⁹⁾ Si rinvia a D. PINTUS, *Divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Inquadramento generale e rinvio*, in questa ricerca.

⁽²⁰⁾ In giurisprudenza sull'applicazione dell'articolo 3, Corte EDU, *Jallob v. Germany*, 11 luglio 2006. Si veda anche A. REIDY, *The prohibition of torture: A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Human rights handbooks*, No. 6, Council of Europe (2003), in particolare 20 e ss, disponibile qui: <https://rm.coe.int/168007ff4c>.

⁽²¹⁾ Esito negativo ha avuto Corte EDU, *Aparicio Benito v. Spain*, 3 novembre 2006, in cui la Corte ha ritenuto il ricorso inammissibile dato che il detenuto non fumatore scontava la pena in una cella individuale ed era esposto al fumo passivo solo nella sala comune in cui era presente la televisione.

⁽²²⁾ Corte EDU, *Florea v. Romania*, 14 settembre 2010.

delle scarse condizioni igieniche della cella in cui scontava la detenzione, essendo esposto agli effetti del fumo passivo sia nella sua cella che nell'ospedale del carcere. Secondo il richiedente, il 90% dei suoi compagni di cella erano fumatori. La Corte ha accolto il ricorso, ritenendo che le condizioni anguste della cella e l'esposizione al fumo passivo degli altri detenuti, sia nella cella che nella stanza dell'ospedale del carcere — nonostante una legge nazionale in vigore dal giugno 2002 vietasse di fumare negli ospedali e imponesse di detenere separatamente fumatori e non fumatori — avesse superato la soglia di gravità richiesta dall'Articolo 3 della Convenzione, in violazione di tale disposizione.

Allo stesso modo, anche in *Elefteriadis v. Romania* ⁽²³⁾ la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 3. Il ricorrente, che soffriva di una malattia polmonare cronica, stava scontando una condanna all'ergastolo. Tra febbraio e novembre 2005, era stato collocato in una cella con due detenuti che fumavano. Anche nelle sale d'attesa dei tribunali in cui era stato convocato a comparire in diverse occasioni tra il 2005 e il 2007, aveva dovuto condividere la cella con alcuni fumatori. La Corte ha ritenuto che, nel caso del ricorrente, viste le sue condizioni di salute, l'esposizione al fumo passivo costituisse una violazione dell'articolo 3.

4. Ambiente e diritto alla vita privata e familiare

Molti principi in materia di tutela dell'ambiente sono stati fissati dalla Corte EDU valutando la violazione dell'articolo 8 Cedu. Come nel caso del diritto alla vita (art. 2 Cedu), anche dal diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza sorgono in capo agli Stati obblighi negativi e positivi di tutela. In particolare, gli Stati non solo non devono perpetrare direttamente delle violazioni dei diritti fondamentali ⁽²⁴⁾, ma devono anche garantire la tutela del diritto di cui all'articolo 8 Cedu rispetto alle attività di terzi esterni ⁽²⁵⁾. In base alle circostanze del caso concreto, gli obblighi positivi di tutela sono stati individuati in una serie diversa di misure necessarie, e in particolare: nella predisposizione di misure preventive atte a tutelare il rispetto del diritto alla vita privata e familiare e al domicilio dei soggetti sottoposti alla giurisdizione statale (anche attraverso un quadro legislativo ed amministrativo adeguato); nei doveri di informazione degli eventuali seri rischi al diritto alla vita privata e familiare e del domicilio; nella garanzia, in caso di effettiva violazione, di un apparato sanzionatorio adeguato.

⁽²³⁾ Corte EDU, *Elefteriadis v. Romania*, 25 gennaio 2011.

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Kroon and Others v. the Netherlands*, 27 ottobre 1994, § 31.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *Bărbulescu v. Romania*, 5 settembre 2017, §§ 108-111.

Il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza, di cui all'articolo 8 Cedu, deve essere interpretato in modo da comprendere anche un diritto individuale alla tutela dell'ambiente in cui si vive. Ciò discende direttamente dalla nozione autonoma di domicilio, che non dipende dalla qualificazione attribuita dal diritto interno ⁽²⁶⁾. Tuttavia, occorre sottolineare che la mera degradazione ambientale non è sufficiente perché si abbia violazione dell'articolo 8. Altrimenti, come ha sottolineato la Corte nel caso *Kyrtatos v. Grecia* ⁽²⁷⁾, l'articolo 8 finirebbe per essere interpretato in modo da includere un generale diritto alla tutela dell'ambiente e alla sua conservazione. Più precisamente, i ricorrenti del caso *Kyrtatos v. Greece* lamentavano la lesione del diritto alla vita privata e familiare dovuto all'eccessivo sviluppo urbano della zona in cui risiedevano, che aveva portato alla distruzione di una palude adiacente alla loro proprietà, che aveva così perso la sua bellezza paesaggistica e provocato il deterioramento della fauna che abitava nella palude. La Corte ha sottolineato che la Convenzione non è lo strumento più adatto a garantire la tutela generale dell'ambiente, laddove il suo scopo è ravvisabile nella garanzia di diritti umani individuali. Del resto, come anche riconosciuto dai ricorrenti della causa in questione ⁽²⁸⁾, è compito degli Stati operare un bilanciamento tra le esigenze di sviluppo urbano e l'interesse generale alla tutela dell'ambiente. Per questa ragione, non è sufficiente il mero danno ambientale perché occorra una violazione dell'articolo 8 Cedu, ma è necessario che la degradazione ambientale abbia un impatto diretto e immediato sul diritto alla vita privata e familiare e al rispetto del domicilio dei ricorrenti, che, in *Kyrtatos v. Greece*, la Corte non ha riscontrato.

La ricognizione della nutrita giurisprudenza della Corte EDU in materia di danno ambientale e violazione dell'articolo 8 Cedu ⁽²⁹⁾ testimonia, però, un utilizzo elastico del criterio del danno diretto e immediato alla sfera giuridica del ricorrente, e sotto profili distinti.

Innanzitutto, perché si abbia violazione dell'articolo 8 è sufficiente che il danno ambientale abbia provocato un rischio serio ed imminente ⁽³⁰⁾ al

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Chiragov and Others v. Armenia*, 16 giugno 2015, § 206.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Kyrtatos v. Greece*, 22 maggio 2003.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Kyrtatos v. Greece*, 22 maggio 2003, § 45.

⁽²⁹⁾ Per una rassegna completa, si rinvia allo studio del Consiglio di Europa, *Manual on Human Rights and the Environment*, 3 ed., 2022, disponibile qui: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/-/manual-on-human-rights-and-the-environment>, 33 ss.; si veda anche *Factsheet — Environment and the ECHR*, disponibile qui: https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf, 10 ss.

⁽³⁰⁾ Il rischio deve essere serio e attuale. Per questo motivo, il riferimento al rischio di inquinamento connesso a una futura attività industriale è stato considerato insufficiente a

godimento del diritto individuale alla vita privata e familiare, e non è necessario accertare che il pericolo si sia realizzato. Ne è un esempio il caso *Tătar contro Romania*, in cui i ricorrenti, che vivevano vicino a un impianto di estrazione d'oro, avevano presentato diverse denunce alle autorità sui rischi a cui erano esposti a causa dell'uso da parte dell'impresa di estrazione di una procedura tecnica che coinvolgeva il cianuro di sodio. Nel 2000, nonostante le autorità avessero rassicurato il richiedente sull'esistenza di sufficienti meccanismi di sicurezza, si era realizzato un grave incidente, perché una grande quantità di acqua inquinata si è riversata nei fiumi presenti nella zona, tra l'altro inquinando gravemente il territorio di Stati differenti. I ricorrenti non hanno dimostrato un legame causale tra l'incidente e il peggioramento del proprio stato di salute. Nonostante ciò, la Corte ha ritenuto che sussistesse una violazione degli obblighi positivi derivanti dall'articolo 8 della Convenzione, tanto prima che l'incidente si realizzasse quanto nel periodo successivo. Infatti, secondo la Corte, una prima violazione degli obblighi positivi ex articolo 8 Cedu discendeva dal mancato adempimento degli obblighi di informazione nel caso di esercizio di attività pericolose per la tutela del diritto alla vita privata e familiare: i ricorrenti non avevano ricevuto alcuna informazione ufficiale rispetto ai seri rischi per la propria vita privata e familiare dovuti dall'esercizio, in zone limitrofe alla loro abitazione, dell'attività estrattiva. Inoltre, gli studi sull'impatto ambientale condotti dallo Stato dopo l'incidente mostravano che l'inquinamento realizzato costituiva senza dubbio una minaccia grave e sostanziale al benessere dei ricorrenti. Di conseguenza, lo Stato aveva violato anche l'obbligo positivo di adottare misure ragionevoli e sufficienti per proteggere i diritti delle parti interessate al rispetto della loro vita privata e del loro domicilio.

Anche nel caso *Cordella and Others v. Italy* ⁽³¹⁾ è riconosciuta la violazione dell'articolo 8 a causa del mancato adempimento di obblighi positivi di tutela, da parte dello Stato, che avevano messo in pericolo il diritto alla vita privata e familiare. I ricorrenti sono centottanta abitanti della città di Taranto o di comuni limitrofi, che lamentavano l'impatto delle emissioni tossiche prodotte dall'acciaieria Ilva sull'ambiente e sulla loro salute. L'aria era stata già classificata come ad alto rischio ambientale nel 1990 e diversi rapporti scientifici, commissionati dal 1997 al 2017, avevano stabilito un legame causale tra l'inquinamento ambientale delle aree e la maggiore incidenza di tumori e altre malattie della popolazione della zona. La Corte ha ritenuto che i ricorrenti (circa centosessanta) che risiedevano nelle aree ad

conferire a un ricorrente la qualità di vittima in Corte EDU, *Asselbourg and Others v. Luxembourg*.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Cordella and Others v. Italy*, 24 giugno 2019.

alto rischio avessero subito una violazione dell'articolo 8 Cedu. Infatti, i numerosi e diversi rapporti scientifici condotti negli anni dimostravano che l'inquinamento della zona rendeva coloro che risiedevano nei territori limotrofi agli stabilimenti Ilva statisticamente più vulnerabili a varie malattie, stabilendo così un legame casuale tra l'attività inquinante e vita privata e familiare dei ricorrenti residenti nelle aree esposte all'inquinamento. Nella sentenza, la Corte, da un lato, mantiene un approccio tradizionale, ove sottolinea che la Convenzione non ammette *actio popularis* e che né l'articolo 8 né qualsiasi altra disposizione della Convenzione garantiscono specificamente una protezione generale dell'ambiente in quanto tale ⁽³²⁾, ma è necessario che ci sia un effetto nefasto diretto sulla sfera privata o familiare di una persona, e non semplicemente il degrado generale dell'ambiente. D'altro lato, le peculiarità del caso concreto, e in particolare la durata nel tempo dell'attività inquinante, protrattasi per cinquant'anni, e i tanti studi condotti che accertavano la maggiore probabilità statistica di contrarre malattie della popolazione residente nella zona, insieme alla circostanza che perché ci sia la violazione dell'articolo 8 Cedu è sufficiente che il mancato adempimento degli obblighi positivi da parte dello Stato abbia gravemente messo in pericolo il diritto alla vita privata e familiare, portano la Corte EDU indirettamente ad affermare come potenzialmente ammissibile qualsiasi ricorso presentato da individui residenti nella provincia di Taranto. In altre parole e più semplicemente, per le caratteristiche concrete del caso, pur in assenza di un dato normativo generale in materia di tutela dell'ambiente, la Corte ha riconosciuto che la sola circostanza di risiedere in aree così a rischio comporta di per sé solo un serio pericolo per il diritto alla vita privata e familiare e al rispetto del proprio domicilio, e quindi una violazione dell'articolo 8.

Ulteriori principi in materia di tutela dell'ambiente possono rilevarsi dall'analisi dei principi fissati dalla Corte EDU in *Di Sarno and Others v. Italy* ⁽³³⁾, in cui la Corte condanna l'Italia per violazione degli obblighi positivi ex articolo 8 Cedu. È necessaria una breve ricostruzione delle circostanze del caso concreto. Ad adire la Corte EDU sono diciotto ricorrenti, tredici dei quali vivevano e cinque lavoravano in zone (più precisamente, la maggior parte dei ricorrenti risiedevano nel comune di Somma Vesuviana) che erano state interessate dalla crisi dei rifiuti in Campania. Dall'11 febbraio 1994 al 31 dicembre 2009, nella regione Campania era stato istituito lo stato di emergenza, su decisione dell'allora Presidente del Con-

⁽³²⁾ Corte EDU, *Cordella and Others v. Italy*, 24 giugno 2019, § 100.

⁽³³⁾ Corte EDU, *Di Sarno and Others v. Italy* 10 gennaio 2012.

siglio dei Ministri italiano, a causa di gravi problemi di smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Il momento culmine dell'emergenza era stato il periodo compreso tra la fine del 2007 e il maggio 2008, in cui i ricorrenti erano stati costretti a vivere in un ambiente inquinato a causa di tonnellate di rifiuti lasciati ad accumularsi per settimane nelle strade di Napoli e di altre città della provincia. I ricorrenti denunciavano la violazione dell'articolo 8 della Convenzione, perché lo Stato italiano non avrebbe adottato le misure necessarie per garantire il corretto funzionamento del servizio pubblico di smaltimento dei rifiuti e avrebbe applicato in modo inadeguato le politiche legislative e amministrative, causando gravi danni all'ambiente della loro regione e mettendo in pericolo la loro vita, la loro salute e quella della popolazione locale in generale. Pur in assenza di una effettiva lesione del diritto alla salute, la Corte EDU rileva la violazione dell'articolo 8 della Convenzione sulla base di un preciso iter argomentativo. Innanzitutto, la Corte sostiene che la raccolta, il trattamento e lo smaltimento dei rifiuti costituiscono attività pericolose. Dall'esercizio di attività pericolose discende in capo allo Stato l'obbligo positivo di adottare misure ragionevoli e adeguate a proteggere il diritto delle persone interessate al rispetto della loro abitazione e della loro vita privata e, più in generale, a vivere in un ambiente sicuro e sano. Alla luce delle circostanze peculiari del caso concreto, e in particolare a causa della prolungata incapacità delle autorità italiane di garantire il corretto funzionamento del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti, la Corte ha ritenuto innegabile che ci fosse stata una compromissione del diritto dei ricorrenti — sia abitanti che lavoratori nel comune di Somma Vesuviana — al rispetto della loro abitazione e della loro vita privata, in violazione dell'articolo 8 della Convenzione nel suo aspetto sostanziale. La sentenza della Corte EDU nel caso di Sarno è interessante perché permette di comprendere come il contenuto del diritto alla vita privata e familiare, nel caso di danni ambientali, non coincida con il diritto alla salute, ma ha una estensione maggiore, come del resto risulta confermato da numerose sentenze della Corte EDU in materia.

Più precisamente, coerentemente con la generale applicazione dell'articolo 8 Cedu⁽³⁴⁾, perché il degrado ambientale rappresenti una violazione o un serio rischio di violazione dell'articolo 8 Cedu, non è necessario che i

⁽³⁴⁾ Si veda G. ALPA, *Il rispetto della vita privata e familiare*, in questa ricerca. Infatti, il concetto di vita privata e familiare è elastico, ed è stato usato dalla giurisprudenza Cedu in modo da adattarsi alle evoluzioni sociali e tecnologiche. Sul punto, si rinvia a: Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, Diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza, disponibile qui: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_ita.pdf.

ricorrenti lamentano un danno alla salute, ma è richiesto che l'impatto negativo sulla propria sfera privata e familiare giunga ad un certo grado di serietà. Ad esempio, nel caso *López Ostra v. Spain* ⁽³⁵⁾, la ricorrente lamentava che le esalazioni e i rumori dovuti alla presenza di un impianto di trattamento dei rifiuti vicino alla sua abitazione rendessero le condizioni di vita insopportabili, tanto da costringere la famiglia a trasferirsi, anche su suggerimento del medico pediatra della figlia. La Corte Edu ha ritenuto che l'inquinamento ambientale denunciato non avesse provocato un danno o il serio rischio di un danno alla salute, ma in ogni caso avesse influito in maniera seria sul diritto a godere della propria vita privata e familiare e del proprio domicilio, sussistendo, così, da parte dello Stato una violazione dell'articolo 8 Cedu. Lo stesso impianto argomentativo è confermato in altre sentenze della Corte EDU, in cui la Corte non ha richiesto un impatto effettivo sulla salute del richiedente per ritenere applicabile l'articolo 8 ⁽³⁶⁾. Naturalmente, la soglia di gravità affinché si applichi l'articolo 8 Cedu deve essere superata anche nel caso in cui ci sia un effettivo danno alla salute, come stabilito in *Fadeyeva v. Russia* ⁽³⁷⁾.

Il secondo comma dell'articolo 8 Cedu prevede che l'eventuale ingerenza dell'autorità pubblica sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza sia prevista dalla legge e risponda, in una società democratica, alla necessità di garantire la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui. La norma contenuta nell'articolo 8.2 Cedu assume una rilevanza significativa nel caso di danno alla sfera privata e familiare perpetrato attraverso una degradazione ambientale circostante al domicilio. Infatti, molti tra i casi citati mostrano la necessità di un

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *López Ostra v. Spain*, 9 dicembre 1994.

⁽³⁶⁾ Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Brândușe c. Romania*, 7 aprile 2009, in cui a ricorrere è un detenuto che lamenta una violazione del proprio diritto alla vita privata e familiare a causa della presenza, vicino al carcere in cui è detenuto, di una discarica da cui provenivano cattivi odori tali da superare la soglia di gravità per l'applicazione dell'articolo 8 Cedu.

⁽³⁷⁾ In Corte EDU, *Fadeyeva v. Russia*, 9 giugno 2005, la ricorrente viveva nelle vicinanze di un impianto siderurgico. Secondo la Corte edu, l'inquinamento ambientale dovuto alla presenza dell'impianto, e in particolare la concentrazione di elementi tossici nell'aria vicino all'abitazione del richiedente, aveva superato seriamente i livelli di sicurezza, provocando un peggioramento serio della salute del richiedente. La Corte ritiene, quindi, che sussistesse una violazione dell'articolo 8 Cedu, a causa del collegamento causale tra esposizione prolungata alle emissioni industriali dell'acciaieria ed effettivo danno alla salute e al benessere della ricorrente, tale da raggiungere un livello sufficiente per farlo rientrare nell'ambito dell'articolo 8 della Convenzione.

contemperamento tra interessi contrapposti, e in particolare le esigenze dell'industria e della crescita economica e il rispetto della vita privata, familiare e del domicilio. Naturalmente, sono gli Stati a dovere valutare se il perseguimento di interessi generali possa giustificare una parziale compromissione di diritti individuali, pur nel rispetto di alcuni vincoli. Sul punto, sono interessanti le osservazioni nella causa *Hatton and Others v. the United Kingdom* ⁽³⁸⁾ quanto al margine di indagine e giudizio della Corte EDU rispetto alle valutazioni nazionali nel contesto dell'articolo 8.2. Il ricorso Cedu è proposto a causa del rumore notturno generato dagli aerei che decollavano e atterravano in un aeroporto internazionale, nei pressi dell'abitazione dei ricorrenti. La Corte ritiene, innanzitutto, di avere il potere di valutare nel merito le decisioni del Governo e il regime normativo che regolava il funzionamento notturno dell'aeroporto, al fine di sanzionare l'eventuale serio impatto sul tranquillo godimento della vita privata e familiare e del domicilio dei ricorrenti. In particolare, la Corte EDU ha il potere di esaminare il procedimento decisionale che ha portato alla compromissione degli interessi individuali, al fine di comprendere la sussistenza di alcuni requisiti: il perseguimento di uno scopo generale legittimo, la proporzionalità della misura rispetto allo scopo, la decisione presa da un'autorità pubblica. Ciò significa che in questi casi la Corte è tenuta a considerare tutti gli step procedurali del processo che ha portato alla decisione lesiva di interessi individuali, compreso il tipo di atto, il grado di partecipazione al procedimento degli individui i cui diritti individuali vengono compromessi, la possibilità di impugnare i provvedimenti presi di fronte a tribunali o ad un altro organismo indipendente. Nel caso in esame, la Corte ha concluso che non vi siano stati vizi procedurali fondamentali nella preparazione dello schema sulle limitazioni per i voli notturni e, pertanto, lo Stato convenuto avesse correttamente bilanciato l'interesse pubblico con i diritti dei residenti, non sussistendo alcuna violazione dell'articolo 8.

Nella sentenza *Giacomelli v. Italy* ⁽³⁹⁾, vengono ulteriormente definiti i vincoli di ciascuno Stato nel processo decisionale in materia ambientale. La ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 8 CEDU in relazione a provvedimenti regionali di autorizzazione dell'attività di trattamento di rifiuti da parte di un'azienda situata a trenta metri di distanza dalla sua abitazione. L'impresa, operante dal 1982, eseguiva lo stoccaggio e il trattamento di "rifiuti speciali" classificati come pericolosi o non pericolosi e, a partire dal 1989, aveva aumentato la quantità di rifiuti trattati ed effettuato la inertizzazione dei rifiuti pericolosi, un processo che comporta l'uso di prodotti

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Hatton and Others v. The United Kingdom*, 8 luglio 2003.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Giacomelli v. Italy*, 2 novembre 2006.

chimici per trattare i rifiuti speciali. Tuttavia, la valutazione dell'impatto ambientale era stata effettuata solo nel 1996: durante la procedura, il Ministero dell'Ambiente aveva riscontrato che il funzionamento dell'impianto fosse incompatibile con le normative ambientali a causa della sua inadeguata ubicazione geografica e che esisteva un rischio specifico per la salute dei residenti. Successivamente, nel decreto di VIA nel 2004, il Ministero dell'Ambiente aveva espresso un parere favorevole alla prosecuzione dell'esercizio dell'impianto da parte dell'azienda, con l'obbligo di rispettare specifiche misure tecniche. La ricorrente aveva impugnato avanti il competente tribunale amministrativo regionale gli atti regionali di autorizzazione, ma dei giudizi avviati solo uno aveva avuto esito favorevole: il Consiglio di Stato, confermando la sentenza del tribunale amministrativo regionale, aveva ritenuto che dovesse essere annullato l'atto della regione del 29 aprile 1999, che rinnovava l'autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte dell'azienda, poiché emanato senza previa valutazione dell'impatto ambientale. Secondo la Corte, affinché sussista un equo temperamento tra gli interessi economici nazionali e il rispetto dei diritti umani, è necessario che le decisioni politiche in materia di ambiente siano precedute dalla realizzazione di indagini e studi per la valutazione preventiva degli effetti, anche sugli individui, delle misure che si intende adottare. Deve essere, quindi, garantito agli individui l'accesso alle informazioni in materia di rischi ambientali e alla partecipazione ai processi decisionali in materia ambientale. Inoltre, l'articolo 6 CEDU è interpretato, in linea con la Convenzione Aarhus ⁽⁴⁰⁾, nel senso di garantire un diritto alla giustizia in materia ambientale, qualora il mancato accesso alla giustizia comporti una violazione dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione.

5. Ambiente e libertà di espressione, di riunione e di associazione

Come messo in evidenza nei paragrafi precedenti, discende dagli articoli 2 e 8 Cedu l'obbligo positivo degli Stati di informare degli eventuali pericoli per il diritto alla vita e alla vita privata e familiare e al domicilio. Occorre sottolineare, però, che non esiste un dovere generale di informazione in capo agli Stati ex articolo 10 Cedu (, che riconosce a chiunque la libertà di ricevere informazioni, ma l'obbligo positivo ricorre solo nell'ipotesi in cui ci sia un impatto diretto sui diritti fondamentali tutelati dagli articoli 2 e 8. Per comprendere questa affermazione, può essere utile il caso *Guerra and Others*

⁽⁴⁰⁾ Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, ratificata dall'Italia con L. n. 108/2001.

v. Italy ⁽⁴¹⁾, in cui i ricorrenti, che vivevano vicino ad una fabbrica chimica le cui esalazioni rendevano l'intera zona ad alto rischio, lamentavano, tra le altre cose, anche una violazione della propria libertà di ricevere informazioni ex articolo 10 Cedu. Investita della questione, la Corte ha ritenuto che l'articolo 10 Cedu non possa essere interpretato nel senso di un obbligo positivo, in capo agli Stati, di raccogliere, elaborare e diffondere informazioni ambientali di propria iniziativa. Si tratterebbe, tra l'altro, di un obbligo positivo eccessivamente gravoso e difficilmente praticabile per gli Stati. Tuttavia, nel caso di specie, la mancanza di informazioni essenziali da parte delle autorità pubbliche aveva provocato una violazione dei diritti alla vita privata e familiare e al domicilio dei ricorrenti, che non erano stati in grado di valutare i rischi corsi da loro e dalle loro famiglie continuando a vivere nella zona.

Una recente sentenza sembra definire meglio l'ambito di applicazione e il contenuto del diritto all'accesso alle informazioni in materia ambientale. In particolare, nel caso *Association Burestop 55 and Others v. France* ⁽⁴²⁾, la Corte EDU riconosce il diritto all'accesso alle informazioni ad alcune associazioni ambientaliste che si opponevano alla costruzione di un progetto di stoccaggio in depositi geologici profondi di rifiuti radioattivi. Si tratta, evidentemente, di un diritto alla informazione riconosciuto ad alcune organizzazioni per il monitoraggio di attività che comportano, oltre ad un inquinamento ambientale, anche un serio rischio per la vita delle persone che risiedono alla zona. Sussiste, per questo motivo, in capo allo Stato un obbligo positivo all'informazione e la sentenza in esame contribuisce a determinare in che modo debba essere completamente adempiuto. Infatti, secondo la Corte EDU, le informazioni fornite devono essere esatte, complete ed adeguate e, in caso di controversia, gli interessati dovrebbero disporre di un rimedio che preveda il riesame del contenuto e della qualità delle informazioni fornite, nel quadro di un procedimento in contraddittorio.

Pur non sussistendo un obbligo positivo generale di informazione in materia ambientale, sussiste un interesse pubblico alla partecipazione di individui e associazioni alle decisioni in materia ambientale, che deve esercitarsi secondo i principi di libertà di espressione e riunione di cui agli articoli 10 e 11 Cedu ⁽⁴³⁾. Nel caso *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia* ⁽⁴⁴⁾, la Corte

⁽⁴¹⁾ Corte EDU, *Guerra and Others v. Italy*, 19 febbraio 1998.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, *Association Burestop 55 and Others v. France*, 1 luglio 2021.

⁽⁴³⁾ Si veda la Guida all'articolo 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo — Libertà di riunione e di associazione, in particolare 7 ss e 22 ss, per il rapporto tra gli articoli 10 e 11 della Cedu, disponibile qui: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_ITA.pdf.

individua le condizioni che rendono legittimo l'esercizio della libertà di espressione in materia ambientale. In particolare, il ricorso Cedu nasce da una controversia nazionale che aveva contrapposto una organizzazione non governativa ambientalista al sindaco di una cittadina. L'associazione aveva organizzato manifestazioni e distribuito volantini in cui contestava alcuni lavori di costruzione, sostenuti dal sindaco, perché avrebbero provocati danni alla costa. Il giudice nazionale aveva ritenuto che l'associazione ambientalista non avesse mai fornito prova delle sue accuse e dovesse per questo essere condannata a scuse pubbliche e risarcimento dei danni. Investita della questione, la Corte EDU ha sottolineato l'enorme importanza che le organizzazioni e associazioni ambientaliste hanno, in una società democratica, rispetto alle decisioni politiche che possano avere un impatto ambientale. L'eventuale limitazione delle libertà di espressione e riunione deve essere giustificata dal necessario perseguimento, in una società democratica, di uno scopo generale e legittimo, che il dettato letterale del secondo comma dell'articolo 10 identifica nella sicurezza nazionale, nella integrità territoriale o nell'ordine pubblico, nella prevenzione dei disordini e dei reati, nella protezione della salute e della morale, nella protezione della reputazione o dei diritti altrui, o nell'impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o nel garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario. Pur essendo rimessa al margine di apprezzamento dello Stato, la compromissione della libertà di cui all'articolo 10 deve essere proporzionale allo scopo legittimo perseguito ⁽⁴⁵⁾. Nel caso di specie, la Corte EDU ritiene che la ONG ambientalista avesse espresso una opinione personale in buona fede, al fine di attirare l'attenzione della comunità su un tema pubblico. Di conseguenza, nonostante il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato, la Corte ha ritenuto che la condanna ricevuta dalla organizzazione ambientalista comportasse una limitazione della libertà di comunicare le informazioni sproporzionata rispetto alla tutela dei diritti del sindaco, e quindi fosse avvenuta in violazione dell'articolo 10 Cedu.

Specularmente, anche la libertà di associazione ex articolo 11 Cedu deve essere garantita alle organizzazioni che si propongano come fine la tutela dell'ambiente, essendo stati elaborati dalla Corte, sulla base del dato testuale dell'articolo 11, comma 2, criteri identici per evitare l'illecita compressione di questa libertà da parte degli Stati ⁽⁴⁶⁾.

Una questione che la Corte EDU ha dovuto affrontare è il riconoscimento alle associazioni ambientaliste di un diritto ad un ricorso effettivo ex

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvija*, 27 maggio 2004.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvija*, 27 maggio 2004, §49. Per un'applicazione più recente, si rinvia a Corte EDU, *Rovshan Hajiye V. Azerbaijan*, 9 marzo 2022

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, *Costel Popa v. Romania*, 26 luglio 2016.

art. 6, paragrafo 1. In merito, la Corte EDU ha stabilito, nel caso *Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain* ⁽⁴⁷⁾, che le associazioni ambientaliste cui è riconosciuta legittimazione ad agire nell'ordinamento giuridico nazionale, possono invocare di fronte alla Corte EDU il diritto di accesso ad un tribunale nella ipotesi in cui venga lamentata una violazione dei diritti delle persone fisiche che sono parte dell'associazione o dell'associazione come autonomo centro di imputazione di diritti fondamentali. Più precisamente, l'art. 6, para 1, non può essere usato strumentalmente per garantire il diritto di accesso ad un tribunale per un interesse pubblico ampio la cui tutela e promozione costituisca lo scopo della organizzazione. Il tema si lega a doppio filo a quello della legittimazione delle ONG a presentare ricorsi individuali ex. articolo 34 Cedu. Sul presupposto della mancata esperibilità di *actiones populares*, la Corte EDU dà sempre una interpretazione particolarmente restrittiva alla legittimazione attiva delle organizzazioni. Infatti, è necessario che gli interessi della organizzazione, in quanto autonomo centro di imputazione giuridica, siano direttamente o indirettamente lesi dalla violazione dello Stato, laddove la Corte non ha riconosciuto lo status di vittima neanche ad ONG che erano state costituite proprio al fine di difendere i diritti fondamentali delle persone fisiche direttamente colpite dalla violazione ⁽⁴⁸⁾.

6. Ambiente e tutela della proprietà

L'articolo 1, Prot. 1, Cedu riconosce a ciascuna persona fisica o giuridica il diritto al rispetto della proprietà ⁽⁴⁹⁾. Si possono individuare alcune intersezioni tra questo diritto e i principi in materia di tutela dell'ambiente.

Innanzitutto, se il pieno godimento del proprio diritto di proprietà non può estendersi fino a essere interpretato nel senso di un diritto a continuare a godere della proprietà in un ambiente gradevole ⁽⁵⁰⁾, perché, come detto *supra*, non esiste un diritto all'ambiente in generale, è però possibile che la tutela del diritto di proprietà richieda all'autorità pubblica di assicurare determinati standard in materia di ambiente. Ad esempio, nel già citato caso *Öneryıldız v. Turkey* ⁽⁵¹⁾, la Corte EDU ha ritenuto che vi fosse stata anche una violazione dell'articolo 1, Protocollo 1. Infatti, secondo la Corte EDU, la

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, *Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain*, 27 aprile 2004, §§ 46 and 47.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, *Nencheva and others v. Bulgaria*, 18 giugno 2017.

⁽⁴⁹⁾ Si rinvia a A. Dinisi, *La protezione della proprietà*, in questa ricerca. Si veda anche la Guida all'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo Protezione della proprietà, disponibile qui: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ITA.pdf.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, *Taşkın and Others v. Turkey*, 30 marzo 2015.

⁽⁵¹⁾ Corte EDU, *Öneryıldız v. Turkey*, 30 novembre 2004, vedi *supra*.

circostanza che le costruzioni vicino alla discarica fossero abusive non sollevava lo Stato dagli obblighi positivi derivanti dalla Cedu, dato che anche avere tollerato per anni le abitazioni abusive costituiva una grave negligenza dell'autorità pubblica. Inoltre, la Corte ricostruisce un nesso causale tra la negligenza grave delle autorità, che oltre a tollerare le costruzioni abusive avevano per anni ignorato i gravi rischi rappresentati dal pericolo di esplosione della discarica, e il danno alla proprietà privata subito dal ricorrente. In questo caso, tuttavia, è riconosciuta la responsabilità dello Stato anche per violazione dell'art. 1, Prot. 1, Cedu perché il trattamento dei rifiuti, in quanto attività relativa allo sviluppo industriale e alla pianificazione urbana, è regolato e controllato dallo Stato ⁽⁵²⁾.

D'altro lato, l'interesse generale alla protezione dell'ambiente può giustificare una compromissione del diritto di proprietà, secondo quanto stabilito dalle norme contenute nel primo e nel secondo comma dell'articolo 1, Prot. 1, Cedu. La compromissione della proprietà può consistere sia in una giustificata restrizione delle facoltà connesse al diritto ⁽⁵³⁾ che in una distruzione completa del bene oggetto del diritto. Significativo è il caso *Depalle v. France and Brosset-Triboulet and Others v. France* ⁽⁵⁴⁾, in cui i ricorrenti lamentavano la violazione del proprio diritto di proprietà essendo stati costretti a demolire, senza alcun indennizzo, le proprie costruzioni legittimamente acquistate sul suolo pubblico marittimo. Dato che l'ordine di demolizione senza indennizzo era stato emesso dall'autorità pubblica nazionale competente applicando in maniera coerente e rigorosa la legge, a causa della necessità preminente di proteggere le aree costiere e il loro utilizzo da parte del pubblico, e anche di garantire il rispetto delle norme di pianificazione, la Corte ritiene che in questo caso la distruzione, senza alcun indennizzo, del bene oggetto del diritto di proprietà non costituisca una lesione dell'articolo 1, Prot. 1.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, *Budayeva and Others v. Russia*, 20 marzo 2008, (vedi *supra*) nega invece la violazione dell'articolo 1, Prot. 1, perché le proprietà erano state distrutte da un disastro naturale.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, *Fredin v. Sweden*, 18 febbraio 1991, in cui la Corte ha ritenuto giustificata la revoca di una licenza per l'esercizio di una cava di ghiaia situata sul terreno dei ricorrenti, sulla base di una legge nazionale volta a perseguire l'interesse generale di tutelare l'ambiente.

⁽⁵⁴⁾ Corte EDU, *Depalle v. France and Brosset-Triboulet and Others v. France*, 29 marzo 2010. Per un'ulteriore applicazione dei criteri enunciate, si rinvia a Corte EDU, *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland*, 7 giugno 2018.

7. Cambiamento climatico e diritti dell'uomo

Negli ultimi anni, si sono moltiplicati di fronte alla Corte EDU ricorsi in cui viene lamentata la lesione di diritti fondamentali (e in particolare la violazione degli articoli 2, 3, 6, 8, 14 CEDU) da parte degli Stati, a causa di una politica insufficiente di riduzione delle emissioni di gas effetto serra. Si parla, in proposito, di *climate change litigation*, per indicare, con espressione ombrello, tutte le controversie giudiziarie in cui al centro vi sia il tema del cambiamento climatico o i cui esiti abbiano poi implicazioni pratiche significative in materia. Si tratta di un particolare tipo di contenzioso giudiziario, monitorato in maniera molto scrupolosa e attenta da diversi centri di ricerca⁽⁵⁵⁾, che è iniziato a svilupparsi, sebbene con caratteristiche profondamente diverse, in USA, e si è poi diffuso in tutto il mondo. Il *leading case* europeo è considerato il notissimo caso Urgenda⁽⁵⁶⁾, in cui la Corte suprema olandese ha ritenuto che il governo olandese avesse violato gli obblighi derivanti dagli articoli 2 e 8 della Cedu a causa della mancata riduzione delle emissioni di gas serra di almeno il 25% entro la fine del 2020.

Nel caso olandese, gli obblighi di riduzione delle emissioni assunti a livello internazionale contribuiscono a definire il contenuto degli articoli 2 e 8 della Convenzione. Non stupisce, quindi, che dopo la sentenza Urgenda, il *climate change litigation* abbia raggiunto anche la Corte EDU. Sono, attualmente⁽⁵⁷⁾, dodici i casi pendenti in cui i ricorrenti lamentano la violazione di articoli della Cedu a causa del mancato rispetto, da parte degli Stati convenuti, di obblighi di riduzione delle emissioni assunti a livello internazionale. Sorge, allora, la domanda fondamentale se i Trattati internazionali in materia di clima, e soprattutto i relativi obblighi di riduzione delle emissioni

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *The Centre for Climate Change Economics and Policy (CCCEP)*, www.cccep.ac.uk; *The Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*, www.lse.ac.uk/grantham; *The Sabin Center for Climate Change Law*, www.climatecasechart.com. Si rinvia anche a SETZER, HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2022. Snapshot Policy report June 2022*, disponibile online <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-changelitigation-2022/>; UN Environment Programme, *Global Climate Litigation Report 2020, STATUS REVIEW* <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>.

⁽⁵⁶⁾ *Olanda c. Urgenda Foundation*, 20 dicembre 2019 — *De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda*, consultabile qui: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>. Per una documentazione più completa in ordine al famoso caso, si rinvia alla versione inglese del sito <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>. Un commento efficace è fornito da I. LEIJTEN, *Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, Vol. 37(2) 112–118.

⁽⁵⁷⁾ I dati sono raccolti da www.climatecasechart.com, che permette di fare una ricerca per giurisdizione, consultato a gennaio 2023.

di gas serra, possano costituire una fonte di interpretazione degli obblighi positivi in capo agli Stati ex artt. 2, 3, 6, 8, 14 Cedu. Più precisamente, si possono individuare due gruppi distinti di ricorsi, che pongono problemi giuridici in parte differenti.

Da un lato, le cause ben esemplificate ⁽⁵⁸⁾ dal caso Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States ⁽⁵⁹⁾. Il 22 settembre 2020, sei giovani ragazzi con cittadinanza portoghese hanno proposto ricorso contro trentatré Stati Parti della Convenzione EDU, lamentando la violazione degli articoli 2, 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani. I sei ricorrenti agiscono, senza avere prima esperito alcun rimedio interno, contro tutti gli Stati membri dell'Unione e contro Norvegia, Russia, Svizzera, Turchia, Ucraina e Regno Unito. I ricorrenti definiscono insufficiente l'azione di mitigazione degli Stati convenuti sulla base degli studi condotti dal Climate Action Tracker (CAT), un gruppo indipendente di ricerca che monitora l'azione climatica di trentasette Paesi e dell'Unione europea. Il CAT fornisce per ciascuno degli Stati sottoposti al controllo una valutazione complessiva di azioni e politiche climatiche rispetto all'obiettivo dell'Accordo di Parigi di mantenere il riscaldamento globale ben al di sotto dei 2 °C e perseguire gli sforzi per limitare il riscaldamento a 1,5°. Secondo i ricorrenti, l'azione politica insufficiente degli Stati convenuti minaccia il loro diritto alla vita, a causa degli effetti del cambiamento climatico in Portogallo, e in particolare degli incendi boschivi che devastano i territori in cui vivono, il loro diritto al benessere fisico e mentale, per le ondate di caldo che li costringono a trascorrere molto tempo in casa; inoltre, in quanto giovani, saranno destinati ad affrontare le conseguenze più drammatiche del cambiamento climatico, subendo così una discriminazione intergenerazionale. La Corte di Strasburgo ha rigettato la richiesta, avanzata dagli Stati convenuti, di fast-tracking e rimesso il ricorso alla Grande Camera ex articolo 30 CEDU.

Altri ricorsi pendenti ⁽⁶⁰⁾ sono, invece, stati proposti a fronte di un esito negativo di rimedi interni previsti dall'ordinamento giuridico del singolo

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, *Soubeste and Others v. Austria and 11 Other States*, Appl. N. 31925/2922; *De Conto v. Italy and 32 other States*, Appl. N. 14620/21; *Uricchio v. Italy and 32 other States*, Appl. N. 14615/21.

⁽⁵⁹⁾ Corte EDU, *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, Appl. N. 39371/20.

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Carême v. France*, Appl. n. 7189/21; *Müllner v. Austria*, Appl. filed on 25 March 2021 (not yet communicated); *Greenpeace Nordic and Others v. Norway*, Appl. no. 34068/21; *Engels and Others v. Germany*, Appl. no. 46906/22; *Plan B.Earth and Others v. United Kingdom*, appl. filed on 11 July 2022 (not yet communicated); *Humane Being v. the United Kingdom*, application filed on 26 July 2022 (not yet communicated); *The Norwegian Grandparents' Climate Campaign and others v. Norway*, Appl. no. 19026/21.

Stato convenuto. Ne è esempio il caso *KlimaSeniorinnen v. Switzerland* ⁽⁶¹⁾, in cui un'associazione di donne anziane (*Senior Women for Climate Protection Switzerland*) presenta ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro il governo svizzero lamentando una violazione del diritto alla salute a causa delle ondate di calore aggravate dalla crisi climatica, imputate ad una politica climatica insufficiente. Più precisamente, i motivi del ricorso sono tre: le politiche climatiche inadeguate della Svizzera violano il diritto alla vita e alla salute delle donne ai sensi degli articoli 2 e 8 della CEDU; il Tribunale federale svizzero ha respinto il loro caso per motivi arbitrari, in violazione del diritto a un processo equo ai sensi dell'articolo 615; le autorità amministrative e giudiziarie competenti non si sono occupati del contenuto delle loro denunce, in violazione del diritto a un ricorso effettivo di cui all'articolo 1317. Il ricorso è attualmente all'esame della Grande Camera, ex art. 30 CEDU.

Infine, tra i dodici casi climatici pendenti, uno presenta delle istanze ecologiste diverse dagli altri. In particolare, in *Humane Being v. the United Kingdom* ⁽⁶²⁾ per la prima volta la lesione del diritto alla vita e alla salute viene lamentata a causa del sostegno del governo inglese agli allevamenti intensivi, che aggravano la crisi climatica e aumentano il rischio di future pandemie e resistenza agli antibiotici.

Come è evidente dalla ricostruzione delle fattispecie concrete, le motivazioni dei ricorrenti vanno oltre le loro preoccupazioni individuali e mirano a influenzare le politiche climatiche, a creare consapevolezza pubblica, a cambiare il comportamento degli attori governativi o industriali.

Prima ancora che nel merito, le barriere che si frappongono all'accoglimento dei ricorsi climatici attualmente pendenti di fronte alla CEDU sono di natura procedurale e attengono alla ricevibilità stessa delle cause.

In particolare, il primo gruppo di casi, rappresentato da *Duarte Agostinho v. Portugal*, pone un complesso problema di giurisdizione, mettendo in luce la difficoltà di applicare le tradizionali categorie giuridiche al *climate change litigation*. Infatti, come sottolinea la dottrina specialistica sul punto ⁽⁶³⁾, nei casi climatici si pone un problema di giurisdizione extraterritoriale perché l'azione dello Stato nel suo territorio (in questo caso, una

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *KlimaSeniorinnen v Switzerland*, Appl. n. 53600/20.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, *Humane Being v. the United Kingdom*, application filed on 26 July 2022 (not yet communicated).

⁽⁶³⁾ T. ALTWICKER, *Transnationalizing Rights: International Human Rights Law in Cross-Border Contexts*, (2018) *The European Journal of International Law* Vol. 29 no. 2, 581 ss., doi:10.1093/ejil/chy004; BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, (2012) *Leiden Journal of International Law*, 25, 857 ss., doi:10.1017/S0922156512000489.

politica climatica insufficiente rispetto agli obblighi internazionali assunti) produce effetti anche al di fuori dei confini nazionali e contribuisce ad alimentare un fenomeno di crisi climatica che è globale.

Altro limite che probabilmente incontreranno molti casi climatici sarà il mancato esaurimento dei ricorsi interni, condizione di ricevibilità ex articolo 35 CEDU, di cui la giurisprudenza della Corte EDU dà, però, una interpretazione flessibile. Un ricorso è irricevibile qualora non sia stato prima esperito un rimedio interno appropriato, disponibile ed effettivo. Nei casi climatici, la circostanza che i ricorrenti dovrebbero esaurire i ricorsi interni eventualmente previsti in ciascuno degli Stati considerati responsabili potrebbe indurre la Corte a ritenere ricevibili i ricorsi, perché anche la ragionevole durata del procedimento contribuisce a definire la nozione di effettività del rimedio interno⁽⁶⁴⁾. Nonostante la possibilità di una interpretazione flessibile del criterio dell'esaurimento del ricorso interno, rimane in ogni caso che, se fossero dichiarati ammissibili, la Corte EDU dovrebbe valutare la sussistenza della lesione dei diritti fondamentali senza potere utilizzare quanto risulta da procedimenti interni che prima abbiano stabilito i fatti o valutato le prove disponibili⁽⁶⁵⁾. A causa del principio di sussidiarietà, la Corte EDU, generalmente⁽⁶⁶⁾, non conduce direttamente valutazioni in fatto, ma, sulla base di quanto risulta dai rimedi interni esperiti, stabilisce quali fatti siano rilevanti, ne soppesa il valore probatorio e trae le considerazioni finali.

Infine, l'ultimo scoglio procedurale che tutti i casi climatici devono superare attiene allo status di vittima dei ricorrenti. Infatti, l'articolo 34 CEDU ammette i ricorsi individuali a condizione che i ricorrenti siano direttamente o indirettamente interessati dall'asserita violazione dei diritti

⁽⁶⁴⁾ Inoltre, rispetto a questo requisito occorre ricordare che l'ordinamento giuridico italiano non offre rimedi adeguati e che finora non hanno avuto esito positivo i casi climatici proposti di fronte alla Corte di Giustizia. Sul punto, si ricorda che il 5 giugno 2021 è stata presentata al Tribunale di Roma un'azione civile, volta a fare dichiarare, ex articoli 2043 e 2051 c.c., la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto umano al clima stabile e sicuro, ricostruito ex articoli 2 e 32 Costituzione e 6 TUE, a causa dello scarso impegno profuso in materia di politica ambientale, e ad ottenere una condanna ad abbattere le emissioni di gas ad effetto serra del 92% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990. Ha avuto invece esito negativo la sentenza CGUE, 25 marzo 2021, causa C-565/19 P, *Armando Carvalho e a. v. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*.

⁽⁶⁵⁾ H. KELLER, C. HERI, *The Future is Now: Climate Cases before the ECtHR*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2022, disponibile online, DOI: 10.1080/18918131.2022.2064074, 7 ss;

⁽⁶⁶⁾ Si veda l'Articolo A1, Provvedimenti istruttori, di cui all'Allegato (relativo alle inchieste), al Regolamento della Corte europea dei Diritti dell'uomo, inserito dalla Corte il 7 luglio 2003, disponibile qui: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ITA.pdf, 88.

umani. Nei casi climatici, è sottile il confine che intercorre tra la nozione di vittima potenziale e l'inammissibilità di *actiones populares*, ossia di controversie di interesse pubblico che non rientrano nell'ambito del diritto di ricorso individuale di cui all'articolo 34 della CEDU.

Art 2. QUESTIONS — [Corte EDU, Smaltini v. Italy, 25 marzo 2015]

1. What were the scientific and official data at the disposal of the judicial authorities at the time of the facts in order to ascertain the causal link between the violation of the right to life and the natural disasters/dangerous activity?
2. Has the first applicant's right to life, ensured by Article 2 of the Convention been violated in the present case, namely under the substantive limb of the said article?
3. Having regard to the procedural protection of the right to life, was the investigation in the present case by the domestic authorities in breach of Article 2 of the Convention?

Art. 3. COMMON QUESTIONS [Corte EDU, Elefteriadis v. Romania, 25 gennaio 2011]

1. Have the applicants been subjected, in breach of Article 3 of the Convention, to inhuman or degrading treatment

because of their conditions of detention in the different Romanian penitentiaries where they were or continue to be detained?

The Government are invited to provide information on the applicants' conditions of detention, in particular in connection with:

- (a) the material conditions of the applicants' cells (their size, the number of beds and the number of persons being detained in the same cell with the applicants);
- (b) the sanitary installation available in the cells;
- (c) the measures taken to ensure the hygiene in the cells;
- (d) the quality and quantity of food made available to the applicants.

Art. 8. QUESTIONS AUX PARTIES [Corte EDU, Cordella and Others v. Italy, 24 gennaio 2019]

1. Le droit des requérants à la vie, consacré par l'article 2 de la Convention, a-t-il été violé en l'espèce ?
2. Y a-t-il eu atteinte au droit des requérants au respect de leur vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention ?
3. Les requérants avaient-ils ou elles à leur disposition, comme l'exige l'article 13 de la Convention, un recours interne effectif au travers duquel ils ou elles auraient pu formuler leurs griefs de méconnaissance de la Convention?

Art. 10. COMMON QUESTIONS [Corte EDU, Rovshan Hajiye v. Azerbaijan, 9 marzo, 2022]

1. Has there been an interference with the applicants' freedom of expression, in particular their right to receive and impart information, within the meaning of Article 10 § 1 of the Convention (see, in particular, Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary [GC], no. 18030/11, 8 November 2016)? If so, was that interference prescribed by law and necessary in terms of Article 10 § 2?
2. Was Article 6 § 1 of the Convention under its civil head applicable to the proceedings in the present cases? If so, did the applicants have a fair hearing in the determination of their

civil rights and obligations, in accordance with Article 6 § 1 of the Convention? In particular, was the applicants' right to a reasoned decision respected, given the manner in which the domestic courts examined their arguments relying on the specific applicable provisions of the domestic law?

Art. 11. COMMON QUESTIONS [Corte EDU, Costel Popa v. Romania, 26 luglio 2016]
1. Has there been an interference with the applicant's freedom of association, within the meaning of Article 11 § 1 of the Convention?
If so, was that interference prescribed by law and necessary in terms of Article 11 § 2?

Art. 1, Prot. 1. COMMON QUESTIONS [Corte EDU, O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. Ireland 7 giugno 2018]
Has there been an interference with the applicant's peaceful enjoyment of possessions, within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1?
If so, was that interference necessary to control the use of property in accordance with the general interest?
In particular, did that interference impose an excessive individual burden on the applicant?

III.

DIVIETO DI TORTURA E DI TRATTAMENTI
INUMANI E DEGRADANTI

I.
INQUADRAMENTO GENERALE E RINVIO
di *Davide Giovanni Pintus* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione.

1. Introduzione

L'articolo 3 della Convenzione EDU sancisce la proibizione della tortura e prevede, nella sua amplissima formulazione, il precetto secondo cui "*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*".

La centralità delle tematiche direttamente interessate o anche solo lambite dalla previsione in esame ha suggerito un approccio peculiare alle questioni giurisprudenziali correlate con il divieto convenzionale della tortura, fondato su un approfondimento specifico di ciascuna di esse, in singoli paragrafi dedicati.

Il presente paragrafo introduttivo, di conseguenza, non ha l'ambizione di fungere da trattazione generale, il che avrebbe richiesto un approccio sostanzialmente monografico, quanto di individuare un *fil rouge* che lega alcuni specifici contributi del Volume, che hanno avuto modo di trattare gli aspetti inerenti all'art. 3 della Convenzione EDU, suggerendo al lettore un percorso di approfondimento organico, che possa dare un'idea compiuta, tramite le varie problematiche oggetto di disamina nell'intero volume, delle potenzialità applicative della previsione convenzionale di cui si discute.

In tal senso, occorre innanzitutto partire dalle questioni definitorie sottese all'interpretazione e applicazione dell'art. 3 della Convenzione EDU. Vengono dunque in rilievo, come primo approccio problematizzante, i concetti di "*tortura*" e di "*pena*" o "*trattamento*" "*inumano e degradante*". Come è evidente, si è in presenza di questioni non solo strettamente "giuridiche", ma più squisitamente "umane" e per di più poste al crocevia di una pluralità di ambiti della conoscenza.

(*) Avvocato dello Stato.

La previsione convenzionale di cui al citato art. 3, dunque, ha la peculiarità assoluta di costituire, al contempo, un punto di arrivo e un punto di partenza.

Da un lato, infatti, la proibizione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti è l'approdo naturale di una tendenza, ormai saldamente radicata dopo secoli di elevatissime riflessioni scientifiche, alla "*spaziazione dei supplizi*" ⁽¹⁾ dalla scena del diritto punitivo: come ebbe modo di rilevare Michel Foucault, "*la lugubre festa punitiva si va spegnendo*" e tende a scomparire – fortunatamente – "*lo spettacolo della punizione*" ⁽²⁾.

Da un altro lato, la consapevolezza del nuovo e raggiunto grado di civiltà delle società moderne, di cui è espressione il predetto art. 3 della Convenzione, pone le basi per l'avvio di una matura ricerca scientifica che, dopo una accurata definizione dei concetti oggetto di proibizione (per l'appunto, tortura e pene/trattamenti inumani o degradanti), ponga nuovi paletti e ulteriori limiti al potere costituito, a salvaguardia del concetto stesso di uomo ⁽³⁾.

In base a quanto si è detto, pare dunque naturale che l'approccio scientifico alla complessità dell'art. 3 della Convenzione EDU parta da un rinvio alla parte II, materia penale, capitolo III ("*diritti dei detenuti*") di questo Volume.

Come è evidente, infatti, le proibizioni convenzionali incidono in larga misura sulle specificità della detenzione e sulle modalità trattamentali della reclusione, per come essa è posta a base del moderno diritto punitivo.

Nell'ambito del citato capitolo III della parte II di questo Volume, nell'ordine, potrà essere focalizzata l'attenzione, innanzitutto, sulle principali questioni definitorie che l'art. 3 della Convenzione pone oggi all'interprete, rinviandosi all'uopo, in particolare, al contributo inerente al "*sovraffollamento carcerario*" (§ 1 del citato capitolo III della parte II), ove anche verranno sviluppate una serie di riflessioni sulla giurisprudenza della Corte EDU, in materia di rispetto del citato art. 3 in un contesto di "*naturale afflittività*" quale è quello carcerario.

Un naturale sviluppo delle problematiche che l'art. 3 della Convenzione EDU pone in ambito detentivo, inoltre, potrà essere rinvenuto nel successivo § 2 del medesimo capitolo III della parte II, materia penale, ove sarà possibile

(1) M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire – Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1993, 10.

(2) *Ibidem*.

(3) Sempre secondo M. FOUCAULT, nell'opera poc'anzi citata (pag. 79), uno dei problemi è dunque "*punire diversamente: abolire lo scontro fisico del sovrano col condannato; sciogliere il corpo a corpo che si svolge tra la vendetta del principe e la collera contenuta del popolo, intermediari il suppliziato e il boia*".

cogliere il carattere di decisività che la Corte EDU ha attribuito al c.d. “*diritto alla speranza*” dei condannati alla pena dell’ergastolo, che devono sostanzialmente poter contare, seppur nel contesto di una pena che nasce “*a vita*” (il tristemente noto “*fine pena mai*”), in una opportunità di riabilitazione, dalla quale derivi una possibilità di liberazione anticipata, nell’ipotesi di successo del trattamento rieducativo.

Sempre nell’ambito detentivo, un ulteriore profilo di possibile tensione rispetto all’art. 3 della Convenzione EDU verrà analizzato anche in relazione alla disciplina delle c.d. REMS (residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza), che verrà approfondita e delineata sotto diversi aspetti in questo Volume, nella parte II, materia penale, capitolo III (“*diritti dei detenuti*”), § 4. Verrà ivi esaminato, al riguardo, il profilo di possibile correlazione con l’art. 3 della Convenzione EDU esistente nella peculiare ipotesi in cui il collocamento in REMS, disposto dal giudice, non possa essere eseguito per carenza di posti, con conseguente mantenimento del soggetto presso una struttura carceraria, strutturalmente inadatta a garantire un’assistenza sanitaria analoga a quella delle REMS.

La disamina delle questioni nascenti dall’interpretazione e applicazione dell’art. 3 della Convenzione EDU, tuttavia, non si limita all’ambito strettamente detentivo.

Al riguardo, ulteriori e interessanti profili problematici verranno analizzati nella parte III, materia penale, di questo Volume. Ivi è possibile fare rinvio, innanzitutto, al § 4 del capitolo 1 (“*La tutela della vittima di violenza di genere nella giurisprudenza CEDU*”), ove verrà affrontato e delineato il tema degli obblighi positivi di protezione gravanti sugli Stati membri, in ordine al contrasto alla violenza di genere.

In ultimo, appare doveroso un rinvio al § 1 del capitolo 2 (“*I comportamenti delle forze dell’ordine contrari al divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti*”) della parte III, materia penale, ove verrà perspicuamente evidenziata la particolare delicatezza e rilievo della protezione garantita dall’art. 3 della Convenzione, individuando non soltanto la parte statica del comando di cui la Corte EDU è garante, ossia la proibizione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti, ma anche la parte dinamica della previsione convenzionale, consistente nell’individuazione delle precise modalità di prevenzione e repressione che i singoli Stati devono garantire, affinché possa dirsi rispettato il precetto convenzionale di cui si discute.

Trattasi evidentemente di una tematica indispensabile nella disamina di un articolo così importante nel contesto della tutela convenzionale, rispetto al quale è parsa conclusivamente opportuna una trattazione analitica, ma non per questo frammentaria, dei vari aspetti che, in diverse fattispecie concrete, hanno consentito alla Corte di implementare e presidiare le tutele sovranazionali contro torture e trattamenti inumani e degradanti.

IV.
IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

I.

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

di Giuseppe Versaci (*)

SOMMARIO: 1. Il materiale interpretativo dell'art. 14, CEDU: lettera, sistema, evoluzione sociale e comparazione. — 2. Il giudizio di discriminazione elaborato dalla Corte di Strasburgo. Un confronto con il giudizio di eguaglianza di cui all'art. 3, Cost. — 3. L'accessorietà dell'art. 14, CEDU, la mancata ratifica del Protocollo n. 12, CEDU e l'autonomia "confinata" dell'art. 21, CDFUE. — 4. L'individuazione di fattori di rischio non testuali. — 5. L'efficacia orizzontale. L'integrazione giudiziale di una lacuna normativa in chiave antidiscriminatoria.

1. Il materiale interpretativo dell'art. 14, CEDU: lettera, sistema, evoluzione sociale e comparazione

L'applicazione dell'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), rubricato "Divieto di discriminazione", richiede all'interprete, da un lato, di tradurre le scarse indicazioni provenienti dall'enunciato e, dall'altro, di ricostruire gli elementi su cui il testo normativo è del tutto silente. Invero, l'articolo in questione si esprime in merito all'ambito di applicazione del divieto (« *Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione* ») e alle qualità personali rispetto alle quali non è consentito discriminare (« *[i]l sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione* »), mentre nulla dice su cosa bisogna intendere per discriminazione, né tanto meno su quali sono i soggetti cui è rivolto l'obbligo (1).

(*) Ricercatore di Diritto privato presso l'Università degli Studi dell'Insubria.

(1) Nonostante si tratti di una norma con un contenuto meno indeterminato rispetto a quello di altre norme presenti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si è comunque lontani dalla configurazione al suo interno di una fattispecie, se non altro perché la nozione di discriminazione — come si vedrà *infra* al § 2 — viene interpretata incorporando un bilanciamento necessario. Si può, pertanto, affermare che si è al cospetto di un *principio*,

Per definire l'esatta portata della norma si rivela, dunque, essenziale l'attività giurisprudenziale della Corte EDU, che è spesso chiamata a chiarire sia gli aspetti su cui la disposizione è esplicitamente intervenuta, cioè la funzionalità del divieto rispetto al godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione e i fattori di discriminazione rilevanti, sia i profili in relazione ai quali il dato letterale non è di alcun aiuto, come la nozione, le forme e le fonti di discriminazione coperte dal divieto.

Per come è formulata la disposizione, contenente un richiamo *esterno* ai diritti e alle libertà riconosciuti dalle altre norme convenzionali, è la stessa interpretazione letterale a rendere necessaria, per l'individuazione del campo di applicazione materiale, un'interpretazione sistematica che tenga conto di come vengono ricostruiti tali diritti e libertà, anche alla luce della loro evoluzione⁽²⁾.

Peraltro, la Corte EDU ha dato prova di avvalersi dell'interpretazione evolutiva, adeguandosi alle *present-day conditions*⁽³⁾, per lo stesso concetto di discriminazione e per le qualità personali rilevanti (c.d. fattori di rischio) nel giudizio circa una disparità di trattamento⁽⁴⁾. Lungo questa traiettoria

piuttosto che di una regola. In termini generali, sul divieto di discriminazione quale principio, v. G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017, 97; sulla distinzione fra principi e regole, nella letteratura giusprivatistica più recente, v. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 470 ss.; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 124 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 363 ss., ove si accenna anche al problema, rilevante in questa sede, che « attiene alla costruzione giuridica di quei principi che sono predicati in forma di riconoscimento di diritti fondamentali della persona: qui si tratta di individuare quali situazioni soggettive si connettano al riconoscimento del principio, in termini di pretese direttamente azionabili » (368). Sull'individuazione dei principi, v. per tutti G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 2006.

(2) Un ottimo esempio è rappresentato dall'evoluzione del concetto di "vita familiare" nell'ambito dell'art. 8, CEDU, che ovviamente produce ripercussioni anche sul piano antidiscriminatorio: v. Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, 2010, §§ 94 e 95.

(3) Com'è noto, l'interpretazione evolutiva della CEDU, intesa come "*living instrument*", ha preso forma a partire dal caso *Tyrer c. Regno Unito*, n. 5856/72, 1978, § 31; cfr. Corte EDU, *The European Convention on Human Rights: living instrument at 70*, Dialogue between judges, 2020. Nei confronti di tale approccio della Corte, oltre che nei confronti di altre teorie dalla stessa elaborate, si sono manifestate le resistenze di alcuni Stati, le quali, tuttavia, non hanno fatto breccia nelle aule di Strasburgo, scongiurando un arretramento nella tutela dei diritti: A. STONE SWEET, W. SANDHOLTZ, M. ANDENAS, *The Failure to Destroy the Authority of the European Court of Human Rights: 2010-2018*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2022, 244 ss.

(4) Consiglio d'Europa, Corte EDU, *Guide on Article 14 of the European Court of Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention. Prohibition of*

ermeneutica si pone anche la particolare considerazione che la medesima Corte rivolge, compiendo un'indagine comparativa, all'emersione di un approccio comune, rispetto a una qualche materia, a livello di fonti nazionali, sovranazionali e/o internazionali (c.d. *emerging consensus*)⁽⁵⁾. Con riguardo alla norma in esame, tale linea interpretativa ha influenzato sia l'inclusione della disabilità tra i fattori di rischio⁽⁶⁾, sia l'indebolimento di certe giustificazioni che gli Stati sono soliti addurre a sostegno di alcune disparità di trattamento, come lo scopo di proteggere la famiglia tradizionale⁽⁷⁾.

2. Il giudizio di discriminazione elaborato dalla Corte di Strasburgo. Un confronto con il giudizio di eguaglianza di cui all'art. 3, Cost.

In assenza di riferimenti testuali all'interno della Convenzione, la Corte EDU, fin dalla prima pronuncia riguardante l'art. 14, ha riempito di significato il concetto di non discriminazione ricorrendo ai principi ricavabili dalle giurisprudenze di un largo numero di Stati democratici. Da questi ha dedotto che il principio di eguaglianza è violato quando una disparità di trattamento non abbia una giustificazione oggettiva e ragionevole⁽⁸⁾, rivelandosi così una discriminazione⁽⁹⁾.

Discrimination, 2022. Per una riflessione sui limiti dell'interpretazione evolutiva, v. Corte EDU, *What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?*, *Dialogue between judges*, 2011.

⁽⁵⁾ Cfr. Corte EDU, *Vallianatos c. Grecia* [GC], n. 24888/94, 1999, § 91, ove si evidenzia come, sebbene non ci sia ancora tra gli Stati contraenti una visione comune sull'istituto delle unioni civili, si possa comunque ravvisare una tendenza significativa all'interno della cerchia di Stati che riconoscono l'istituto, nel senso che si permette anche alle coppie dello stesso sesso di farvi ricorso. In dottrina, v. G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, 254, il quale segnala che, « per quanto attiene all'applicazione del principio di non discriminazione, i riferimenti al diritto comparato e internazionale si sono andati moltiplicando negli anni più recenti ».

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Glor c. Svizzera*, no. 13444/04, 2009, § 53.

⁽⁷⁾ La protezione della famiglia tradizionale, da finalità di per sé legittima e lodevole (Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, n. 6833/74, 1979, § 40), è passata ad essere considerata una finalità "piuttosto astratta" (Corte EDU, *X e altri c. Austria*, n. 19010/07, 2003, § 139).

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Ricorso "relativo ad alcuni aspetti del regime linguistico nell'insegnamento in Belgio" c. Belgio*, 1968, § 10 della Sezione 1, B. La nozione di discriminazione come disparità di trattamento che non ha una giustificazione obiettiva e ragionevole è ripresa da tutta la giurisprudenza successiva sull'art. 14: *ex multis*, v. Corte EDU, *Molla Sali c. Grecia* [GC], n. 20452/14, 2018, § 135; Corte EDU, *Fabris c. Francia* [GC], 2013, § 56.

⁽⁹⁾ Il rapporto tra il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione è molto dibattuto, anche in considerazione delle differenze che intercorrono fra i rapporti — pubblici e privati, e a sua volta negoziali e non negoziali, patrimoniali e non patrimoniali — cui si

L'accertamento della disparità di trattamento implica un confronto fra la persona o il gruppo di persone della cui discriminazione si discute, *in ragione di una loro qualità rilevante*, e un'altra persona o un altro gruppo di persone che, pur trovandosi in una situazione analoga o parecchio simile, gode di un trattamento migliore ⁽¹⁰⁾. A tal proposito, la Corte precisa che la comparabilità non dev'essere valutata in astratto, bensì alla luce dell'oggetto e del fine che caratterizzano la misura concretamente contestata; la valutazione, inoltre, deve essere svolta sulla base di elementi oggettivi e verificabili, oltre che in una logica complessiva, dunque non parziale ⁽¹¹⁾.

Applicando tali criteri, la Corte di Strasburgo, in un caso giunto alla sua attenzione, ha avuto modo di rilevare che i pensionati che avevano versato, durante l'attività lavorativa, contributi alla cassa previdenziale di uno Stato, ma che risiedevano, durante la pensione, in uno Stato diverso, non fossero paragonabili a quei pensionati che, residenti anche dopo il collocamento a riposo nello Stato erogante la pensione o in uno Stato con il quale quest'ultimo aveva concluso un accordo bilaterale in materia, percepivano una pensione di ammontare superiore pur avendo versato gli stessi contributi dei primi. Il confronto tra le due classi di persone, invero, non poteva essere effettuato perché, in base al sistema previdenziale dello Stato in questione, il versamento dei contributi non era l'unica fonte di finanziamento della cassa previdenziale, la cui funzione, inoltre, non si limitava a garantire il pagamento delle pensioni, prevedendo anche la fornitura di altre prestazioni sociali. Pertanto, il semplice versamento degli stessi contributi non rendeva

intende applicare il divieto di discriminazione: per un ventaglio di ricostruzioni differenti, v. H. COLLINS, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, in *The Modern Law Review*, 2003, 16 ss.; P. FEMIA, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Il contratto* (a cura di D'Amico), Milano, 2021, 504 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 551 ss., spec. 562 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 218 ss.; D. MAFFEIS, voce *Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2011, 493 s.; M. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2010, 1, 140 ss.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 1997, § 88. In dottrina, vi è chi avanza la tesi secondo cui il giudizio di discriminazione — almeno nei rapporti privati di natura contrattuale — possa emanciparsi dal modello comparativo a favore di un giudizio che incentri il disvalore direttamente sull'atto in sé (G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1409); tuttavia, la giurisprudenza della Corte EDU non sembra accogliere tale impostazione.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date*, 2022, §§ 68-69.

le due tipologie di pensionati equiparabili, escludendosi (a monte) la discriminazione di quelli che, con la residenza all'estero, si ritrovano a percepire una pensione inferiore ⁽¹²⁾.

A dire il vero, qualora due soggetti, apparentemente simili, si trovino in realtà in situazioni diverse, non solo non può operarsi il confronto per valutare l'eventuale carattere discriminatorio di un loro trattamento differenziato, ma è proprio la mancata adozione di un tale trattamento che può integrare gli estremi della discriminazione. Ad esempio, la Corte EDU ha ritenuto che l'applicazione alle coppie omosessuali delle stesse regole valide per le coppie eterosessuali non sposate (nel caso di specie, particolarmente restrittive ai fini al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari) sia una discriminazione, se avviene in uno Stato che non ammette il matrimonio tra persone dello stesso, perché non tiene conto della circostanza che le coppie omosessuali, a dispetto di quelle eterosessuali, *non scelgono* di non contrarre il matrimonio ⁽¹³⁾.

Risolto il nodo della comparabilità, in riferimento ad un atto ⁽¹⁴⁾ o una prassi ⁽¹⁵⁾, fra due individui o due gruppi, uno dei quali caratterizzato da un attributo rilevante, la verifica della disparità di trattamento è immediata, o se si vuole *in re ipsa*, nelle ipotesi in cui l'atto o la prassi si rivolga solo ad un individuo/gruppo, generando un vantaggio o uno svantaggio per quest'ultimo, e viceversa per l'individuo/gruppo comparabile (c.d. discriminazione diretta); di contro, la verifica risulta più complessa nei casi in cui la disparità possa dedursi solo dalla valutazione in concreto degli *effetti* dell'atto o della prassi, e non già dal loro ambito di applicazione soggettivo (c.d. discriminazione indiretta). In questi ultimi casi, dagli effetti distorti di una certa misura si inferisce la disuguaglianza *di fatto* che colpisce la classe di persone sfavorite: è proprio tale situazione fattuale che impone agli Stati di adottare azioni positive orientate a correggere la disuguaglianza.

A dispetto delle discipline di diritto secondario dell'Unione europea e di diritto nazionale (per lo più derivato), ove la distinzione tra queste due forme di discriminazione ha un fondamento normativo, nell'art. 14 della CEDU

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Carson e altri c. Regno Unito* [GC], n. 42184/05, 2010, § 84-85.

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Taddeucci e McCall c. Italia*, no. 51362/09, 2016, §§ 81-85.

⁽¹⁴⁾ L'atto può essere di natura pubblicistica, ad es. una legge (Corte EDU, *Ēcis c. Lettonia*, n. 12879/09), un provvedimento amministrativo (Corte EDU, *Emel Boyraz v. Turkey*, n. 61960/08, 2014), una pronuncia giudiziale (Corte EDU, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, n. 17484/15, 2017), o di natura privatistica, ad es. un testamento (Corte EDU, *Pla e Puncernau c. Andorra*, n. 69498/01, 2004).

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Zarb Adami c. Malta*, n. 18209/02, 2006.

non c'è traccia della distinzione ⁽¹⁶⁾: è la Corte ad averla enucleata, a partire da *Hugh Jordan* ⁽¹⁷⁾ e *Hoogendikj* ⁽¹⁸⁾ e poi, in modo più compiuto, in *D.H.* ⁽¹⁹⁾, estendendo la portata del divieto di discriminazione fino a quel momento ancorata alla modalità di formulazione e, in stretta connessione, all'intenzionalità della misura contestata ⁽²⁰⁾. Una volta ammessa la rilevanza della discriminazione indiretta, la questione più spinosa è se ad essa si applichino le stesse regole valevoli per la discriminazione diretta. Ad esempio, lo spazio per una giustificazione della disparità potrebbe essere più ampio in caso di discriminazione indiretta rispetto ad un'ipotesi di discriminazione diretta ⁽²¹⁾; al contempo, la pretesa di azioni di contrasto, che gli Stati dovrebbero mettere in atto nei confronti di comportamenti discriminatori ad opera dei privati, potrebbe variare a seconda del tipo di discriminazione che si richiede di prevenire ⁽²²⁾. Sebbene la posizione della Corte EDU non risulti particolarmente chiara ⁽²³⁾, non si evidenzia finora una volontà di differenziare l'accertamento della violazione dell'art. 14 in base

⁽¹⁶⁾ Ciò non stupisce se si considera che l'idea secondo la quale il divieto di discriminazione debba coprire anche le discriminazioni indirette (c.d. *disparate impact*) si fa risalire al caso *Griggs v Duke Power Co*, deciso nel 1971 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti: cfr. H. COLLINS, T. KHAITAN, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions*, in IID. (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland, 2018, 1 s. Di lì in avanti l'idea è stata dapprima accolta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e poi recepita in diversi atti normativi dell'Unione: cfr. M. BARBERA, S. BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *Biblioteca '20 maggio'*, 1/2022, 129.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Hugh Jordan c. Regno Unito*, n. 24746/94, 2011.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Hoogendikj c. Regno Unito*, n. 58641/00, 2005.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica ceca* [GC], n. 57325/00, 2007.

⁽²⁰⁾ Ripercorre i passaggi che hanno condotto al nuovo approdo giurisprudenziale, evidenziando peraltro le resistenze tuttora presenti al pieno accoglimento della teoria (del divieto) della discriminazione indiretta, B. HAVELKOVÁ, *Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR*, in H. Collins, T. Khaitan (a cura di), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, cit., 83 ss.

⁽²¹⁾ Lungo la direttrice segnata dalla direttiva 2000/43/Ce, che addirittura esclude la possibilità di giustificazione delle discriminazioni dirette (cfr. le lett. *a* e *b*) dell'art. 2, par. 2).

⁽²²⁾ Si pensi alla tesi di chi esclude che il divieto di discriminazione indiretta possa valere in ambito contrattuale (D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, 141 s.) con la conseguenza — non esplicitata dall'A., ma logicamente necessaria — di escludere altresì la responsabilità dello Stato che non prevenga il prodursi di quella discriminazione attraverso un sistema rimediabile adeguato. In senso contrario, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1395 ss.; D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008, 171.

⁽²³⁾ Cfr. S. VAN DEN BOGAERT, *Roma Segregation in Education: Direct or Indirect Discrimination? An Analysis of the Parallels and Differences between Council Directive 2000/43/EC and Recent ECtHR Case Law on Roma Educational Matters*, in *ZaöRV*, 2011, 731 ss.

alla forma di discriminazione coinvolta ⁽²⁴⁾, se non sul piano esclusivamente probatorio, ove si ammette, proprio nei casi di discriminazione indiretta, un alleggerimento dell'onere in capo all'attore che può limitarsi ad allegare dati statistici sugli effetti della misura contestata, dai quali può discendere una presunzione relativa circa la natura discriminatoria della misura ⁽²⁵⁾.

Affinché una disparità di trattamento (o di impatto) divenga una discriminazione, la Corte di Strasburgo richiede altresì un elemento negativo: la mancanza di una giustificazione oggettiva e ragionevole. Vale a dire che una misura, che determina una disparità, è discriminatoria se non persegue uno scopo legittimo o, se lo persegue, lo fa senza che vi sia una ragionevole proporzione tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito.

Sul primo versante, la Corte precisa che, a differenza degli artt. 8 e 11 della Convenzione, l'art. 14 non contiene un elenco tassativo di scopi legittimi che possono giustificare una disparità di trattamento ⁽²⁶⁾. Inoltre, per sottrarsi ad un giudizio di discriminazione non è sufficiente la legittimità dello scopo invocato a sostegno della misura contestata (ad es., la protezione dell'ambiente ⁽²⁷⁾, la protezione della sicurezza nazionale ⁽²⁸⁾, la garanzia della stabilità economica ⁽²⁹⁾), bensì è necessario che la disparità di trattamento sia legata da un nesso funzionale al perseguimento di tale scopo. In tale ottica, ad esempio, per quanto l'unità familiare possa essere legittimamente protetta, la scelta di imporre alle donne di portare il cognome del marito come cognome della famiglia, a differenza di quanto previsto per gli uomini sposati che sono liberi di usare soltanto il loro cognome, non giova allo scopo perseguito in quanto non vi sarebbe alcun pregiudizio dell'unità familiare laddove si scegliesse di non portare un cognome di famiglia ⁽³⁰⁾.

Sul secondo versante, la Corte riconosce che la scelta dei mezzi impiegati, da sottoporre al giudizio di proporzionalità rispetto al fine che lo Stato

⁽²⁴⁾ Cfr. B. HAVELKOVÁ, *Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR*, cit. Sul punto, una parte della dottrina segnala che « l'assenza di una distinzione tra discriminazioni dirette e indirette rischia di allargare le maglie del sindacato di proporzionalità che viene svolto nel momento in cui si decide sulla giustificabilità del trattamento differenziato, e di estendere il margine di apprezzamento degli Stati »: M BARBERA, S. BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., 103.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *Sampanis e altri c. Grecia*, n. 32526/05, 2008, §§ 77-78.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations*, cit., § 78.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations*, cit., § 80.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Konstantin Markin c. Russia* [GC], n. 30078/06, 2012, § 137.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Mamatat e altri c. Grecia*, nn. 63066/14, 64297/14, 66106/14, 2016, § 103.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Ünal Tekeli c. Turchia*, n. 29865/96, 2004, § 66.

persegue, implica una valutazione dell'ambito di riferimento che, in virtù del principio di sussidiarietà, le autorità nazionali possono compiere secondo un certo margine di apprezzamento ⁽³¹⁾. L'ampiezza di tale margine, tuttavia, varia in base alle circostanze, alla materia e al contesto, oltre che in base alla qualità personale su cui ricade la disparità di trattamento ⁽³²⁾. In sostanza, entra in gioco un bilanciamento ⁽³³⁾, nell'ambito del quale l'ago pende dalla parte del divieto quando il trattamento differenziato coinvolge fattori di rischio come la razza o l'origine etnica (in tal caso, la disparità non è mai giustificabile ⁽³⁴⁾), il genere o l'orientamento sessuale (rispetto ai quali la disparità è giustificabile solo se sorretta da argomenti particolarmente persuasivi ⁽³⁵⁾), mentre pende dalla parte della causa di giustificazione quando il trattamento differenziato ricade in ambiti afferenti alla politica socio-economica, con ricadute, ad esempio, sul godimento del diritto di proprietà, nell'ampia accezione accolta dalla Corte ⁽³⁶⁾. Nel campo degli interventi in materia economica e sociale, un ampio margine di apprezzamento si attesta anche sul piano temporale, cioè sulla scelta di delimitare il periodo all'interno del quale una determinata misura produce effetti con conseguenti distinzioni di trattamento fra i destinatari, che tendenzialmente non risultano lesive del principio di non discriminazione ⁽³⁷⁾. Il margine di apprezzamento è, invece,

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations*, cit., § 84. Sui problemi legati al margine di apprezzamento degli Stati, v. in generale F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 65 ss.; di recente, con riferimento al protocollo n. 15 della CEDU, v. R. SABATO, *L'impatto del protocollo n. 15 sulla Convenzione europea dei diritti umani: riflessioni a valle della ratifica italiana (e della mancata ratifica del protocollo n. 16)*, in G. Lattanzi, G. Grasso, S. Lembo, C. Amalfitano (a cura di), *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Scuola superiore della magistratura, Quaderno n. 11, Roma, 2022, 157 ss.

⁽³²⁾ Corte EDU, *Molla Sali c. Grecia* [GC], cit., § 136.

⁽³³⁾ Cfr. R. BIN, *Art. 14. Divieto di discriminazione*, 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*, Padova, 2001, 418.

⁽³⁴⁾ Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica ceca* [GC], cit., § 176. Tuttavia, v. B. HAVELKOVÁ, *Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR*, cit., ad avviso della quale l'affermazione in questione ha un carattere iperbolico, considerando che la Corte non dà prova di applicarla concretamente.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., § 97; Corte EDU, *Konstantin Markin c. Russia* [GC], cit., § 127.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, *Advisory opinion on the difference in treatment between landowners' associations*, cit., § 100.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, 2011, § 71.

ridotto nel caso in cui la misura contestata riguardi un gruppo vulnerabile che abbia già subito una discriminazione significativa in passato ⁽³⁸⁾.

Di là dal margine di apprezzamento a disposizione degli Stati, resta il fatto che il giudizio di proporzionalità va compiuto *in concreto*, tenendo conto della fattispecie in cui si contesta la violazione del divieto di discriminazione. A tal riguardo, può richiamarsi il caso in cui una pronuncia giudiziale nazionale aveva deciso, a seguito di un divorzio, di non collocare la residenza dei figli minori nella casa della madre in ragione degli effetti negativi sui figli derivanti dalla religione osservata dalla donna: sebbene la disparità di trattamento su base religiosa potesse essere giustificata alla luce dello scopo di tutelare l'interesse dei figli, senz'altro legittimo, la proporzionalità della misura — nella specie, il collocamento dei figli in una residenza diversa — non era stata accertata in concreto, valutando il reale impatto degli insegnamenti religiosi della madre sui figli, e pertanto la Corte EDU ha non ha potuto non ravvisare una violazione dell'art. 14 ⁽³⁹⁾.

Inquadri i passaggi salienti del giudizio di discriminazione per come elaborati dalla Corte di Strasburgo, con efficacia vincolante per i giudici nazionali chiamati ad applicare il principio in esame sotto forma di interpretazione delle norme interne in conformità allo stesso, può risultare utile compiere un confronto con il giudizio di eguaglianza per come sviluppatosi ai sensi dell'art. 3, Cost. A tal riguardo, occorre essere consapevoli che la dottrina e la giurisprudenza hanno solitamente declinato il principio costituzionale di eguaglianza assecondando la sua « vocazione [...] a fungere da vincolo al legislatore, quindi da limite [...] alla potestà normativa », più che valorizzando, « alla luce [...] di un concetto di Costituzione come *Bill of rights*, la forza propria dei singoli divieti di discriminazione previsti dall'art. 3 Cost., nel loro rappresentare diritti a non essere discriminati sulla base di particolari ragioni » ⁽⁴⁰⁾.

Tenendo a mente tale aspetto dirimente, si può segnalare che un primo elemento distintivo tra i giudizi evocati riguarda il loro *oggetto*: mentre il sindacato operato sulla base del parametro costituzionale riguarda soltanto le leggi, quindi atti normativi di carattere generale e astratto, il giudizio di discriminazione secondo il parametro convenzionale ha un raggio più esteso, ricomprendendo anche atti e comportamenti concreti, tra cui i provvedi-

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, n. 59751/15, 2020, § 54.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Palau-Martinez c. Francia*, n. 64927/01, 2003, §§ 42-43.

⁽⁴⁰⁾ O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Torino, 2006, 441-442.

menti amministrativi e giurisdizionali e gli atti privati ⁽⁴¹⁾. Un altro importante elemento che allontana i due modelli concerne la *struttura* del giudizio: invero, quando l'eguaglianza assume le vesti della ragionevolezza (in senso stretto), nel giudizio tende a eclissarsi l'individuazione del termine di comparazione (c.d. *tertium comparationis*) ⁽⁴²⁾, valutandosi direttamente la coerenza interna della norma, della cui legittimità si discute, in un « apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la 'causa' normativa che la deve assistere » ⁽⁴³⁾; di contro, nel giudizio di discriminazione, almeno per come elaborato dalla Corte EDU, la comparazione fra due situazioni giuridiche soggettive è un presupposto indefettibile, non rinvenendosi ad oggi condanne per un trattamento sfavorevole in quanto tale e non in quanto più sfavorevole rispetto al trattamento riservato ad altri ⁽⁴⁴⁾. A quest'ultimo riguardo, affinché il giudizio di discriminazione ai sensi dell'art. 14, CEDU si possa emancipare dalla componente strettamente *relazionale*, la Corte di Strasburgo dovrebbe esplicitare il rapporto che intercorre tra il divieto in esame e la tutela della dignità umana ⁽⁴⁵⁾.

Un ultimo elemento su cui occorre soffermare l'attenzione nel confronto tra la norma costituzionale e quella convenzionale, nelle loro rispettive elaborazioni giurisprudenziali, attiene all'accertamento della disparità di trattamento. Il canone degli *effetti* prodotti da una certa norma, tipico della

⁽⁴¹⁾ Cfr. R. BIN, *Art. 14. Divieto di discriminazione*, cit., 411; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 274 ss., 294-295.

⁽⁴²⁾ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 108; M. LUCIANI, *I principi di eguaglianza e di non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato, Italia*, EPRS, Bruxelles, 2020, 51 ss.; G.P. DOLSO, *op. cit.*, 302.

⁽⁴³⁾ Corte cost., 28 marzo 1996, n. 89, in *Giur. cost.*, 1996, 819 ss., poi ripresa dalla giurisprudenza successiva (di recente, v. Corte cost., 26 luglio 2022, n. 195, in *Foro it.*, 2022, I, 2865).

⁽⁴⁴⁾ In ambito giuslavoristico, una discriminazione che prescinde dalla comparazione è rappresentata dalla molestia: M. BARBERA, S. BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., pp. 90, 133-134; sull'impossibilità di rinvenire un termine di comparazione negli scambi contrattuali individualizzati, v. A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 221 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. M. BARBERA, S. BORRELLI, *ibidem*; O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, cit., 463 ss.; sul nesso fra il principio di non discriminazione e la tutela della dignità umana, v. anche M.R. MARELLA, *Human Dignity in a Different Light: European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State*, in S. GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, 137; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 228 ss.; D. MAFFEIS, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, cit., p. 138 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 551; G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, cit., 102 ss.

discriminazione indiretta, solo di rado ha fatto breccia nella giurisprudenza della Corte costituzionale ⁽⁴⁶⁾, contrariamente a quanto è avvenuto negli ultimi due decenni nella giurisprudenza della Corte EDU ⁽⁴⁷⁾. Una delle ragioni che potrebbe giustificare la maggiore difficoltà incontrata, nel giudizio costituzionale di eguaglianza, dalla teoria del *disparate impact* sembrerebbe risiedere nella tesi secondo la quale « il *tertium comparationis* al quale deve essere raggugiata la relazione binaria tra norma impugnata e parametro costituzionale non può che avere carattere normativo, con conseguente irrilevanza della disuguaglianza di fatto » ⁽⁴⁸⁾. A ben vedere, infatti, la discriminazione indiretta non si fonda su una disparità di norme, quanto piuttosto su una disparità delle conseguenze *fattuali* discendenti da una medesima disciplina.

3. L'accessorietà dell'art. 14, CEDU, la mancata ratifica del Protocollo n. 12, CEDU e l'autonomia "confinata" dell'art. 21, CDFUE

L'art. 14, CEDU non dispone *tout court* un divieto di discriminazione sulla base di una condizione personale, bensì è « [i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione » a dover essere assicurato senza alcuna discriminazione. In virtù di tale formulazione la disposizione viene interpretata nel senso che il principio in esame non ha un carattere autonomo, risultando piuttosto complementare alla tutela dei beni giuridici riconosciuti dalla Carta convenzionale ⁽⁴⁹⁾. La stessa Corte, tuttavia, precisa che l'applicabilità dell'art. 14, CEDU non presuppone la violazione della norma nella quale si prevede il diritto o la libertà il cui godimento si ritiene inficiato dalla presunta discriminazione; è sufficiente, invero, che i fatti contestati semplicemente ricadano nell'ambito disciplinato da uno o più

⁽⁴⁶⁾ Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Foro it.*, 1994, I, 696; peraltro, rispetto a certi casi configuranti una discriminazione indiretta (ad es., la concessione di benefici sociali condizionata a un requisito di residenza), la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge preferendo argomentare in base al canone dell'irragionevolezza, v. Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44, in *Giur. cost.*, 2020, 557. Sull'atteggiamento della Corte costituzionale nei confronti della discriminazione indiretta, v. O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, cit., 453 s.

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, *Biao c. Danimarca* [GC], n. 38590/10, 2016; Corte EDU, *Oršuš e altri c. Croazia* [GC], n. 15766/03, 2010; Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* [GC], cit.

⁽⁴⁸⁾ N. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., 19, il quale, tuttavia, si mostra critico rispetto a siffatta impostazione.

⁽⁴⁹⁾ Tale lettura è stata fornita a partire da Corte EDU, *Ricorso "relativo ad alcuni aspetti del regime linguistico nell'insegnamento in Belgio" c. Belgio*, cit., § 9 della Sezione 1, B.

articoli della Convenzione ⁽⁵⁰⁾. Facendo riferimento all'ambito *generale* delle disposizioni convenzionali, la Corte ingloba anche le tutele supplementari che gli Stati decidono spontaneamente di introdurre per garantire un determinato bene giuridico previsto dalla CEDU ⁽⁵¹⁾. Peraltro, l'applicabilità dell'art. 14 è stata estesa al punto tale da ricomprendere anche quei fatti che, pur non ricadendo nel campo applicativo della disposizione invocata insieme al divieto di discriminazione, comunque non esulano completamente dall'ambito disciplinato ⁽⁵²⁾.

Alla luce di tali criteri, una disparità di trattamento relativa al godimento dei congedi parentali può essere scrutinata ai sensi dell'art. 14, CEDU in quanto, pur non essendoci nella Convenzione un diritto a ricevere tali congedi, nella misura in cui questi ultimi permettono a uno dei genitori di non lavorare per assistere i figli, gli stessi possono farsi rientrare nella promozione della vita familiare tutelata dall'art. 8, CEDU ⁽⁵³⁾.

Per emancipare il principio di non discriminazione dal filtro dell'accessorietà ai diritti e alle libertà *convenzionali* (sebbene l'accessorietà non venga intesa in modo rigido, come visto sopra), è intervenuto l'art. 1 del Protocollo n. 12, adottato il 4 novembre 2000 ed entrato in vigore il 1° aprile 2005, ai sensi del quale non solo « [i]l godimento di ogni diritto disposto da una legge deve essere assicurato senza alcuna discriminazione », ma « [n]essuno può costituire oggetto di una discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica ». In tal modo, come chiarito dal Rapporto esplicativo al Protocollo n. 12 ⁽⁵⁴⁾, il divieto arriva a coprire quattro fattispecie: 1) la discriminazione nel godimento di qualsiasi diritto concesso specificamente a un individuo ai sensi della legislazione nazionale; 2) la discriminazione nel godimento di un diritto che può essere desunto da un chiaro obbligo di un'autorità pubblica ai sensi della legislazione nazionale; 3) la discriminazione attuata da parte di un'autorità pubblica che esercita il suo potere discrezionale; 4) la discriminazione realizzata mediante qualsiasi altro atto o omissione da parte di un'autorità pubblica. Tale lista non comprende le discriminazioni derivanti da atti *privati* ⁽⁵⁵⁾; tuttavia, stando alla giurisprudenza della Corte europea, queste ultime vengono, seppur raramente, già giudicate in quanto sintoma-

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, *Sidabras e Džiautas c. Lituania*, nn. 55480/00 e 59330/00, 2004, § 38.

⁽⁵¹⁾ Corte EDU, *Fábián c. Ungheria* [GC], n. 78117/13, 2017, § 112.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, *Van der Musselle c. Belgio*, 23 novembre 1983, Serie A n. 70, § 43.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, *Konstantin Markin c. Russia* [GC], cit., § 130.

⁽⁵⁴⁾ Consiglio d'Europa, *Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Roma, 4 novembre 2000, § 22.

⁽⁵⁵⁾ Lo rilevano M. BARBERA, S. BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., 103.

tiche di un'omissione dello Stato a garantire il godimento del diritto compromesso dalla discriminazione.

Orbene, l'indubbio rafforzamento del divieto potrebbe spingere la Corte EDU a sindacare, sotto forma del giudizio discriminatorio, anche materie estranee all'ambito dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione, con il pensiero che chiaramente può volgere ai diritti sociali ⁽⁵⁶⁾. Attualmente, tuttavia, gli Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 12 sono soltanto venti e tra questi non compare l'Italia, che risulta in compagnia di Paesi come la Francia, la Germania e il Regno Unito.

In dottrina si rileva che, « dato il suo carattere “ancillare”, l'art. 14 ha assunto, all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un ruolo neppure lontanamente paragonabile a quello svolto dal diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte di giustizia » ⁽⁵⁷⁾. Su tale considerazione indubbiamente influiscono le molte discipline di diritto secondario che l'Unione europea ha introdotto nel corso degli ultimi decenni nell'area in questione, ma è altrettanto indubbio che la Corte di giustizia ha potuto svolgere un ruolo così rilevante in materia anche in virtù dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE), dedicato proprio al principio di non discriminazione.

Di tale norma spesso si sottolinea, proprio in contrapposizione all'art. 14, CEDU, il suo carattere autonomo (« *stand-alone right* ») ⁽⁵⁸⁾: ciò consente che la sua applicazione venga invocata senza la necessità di associarle un diritto o una libertà fondamentale il cui godimento si ritiene compromesso dalla misura discriminatoria. Se tanto è vero, con l'evidente conseguenza di facilitare l'applicazione dell'art. 21, CDFUE, non deve tuttavia ritenersi che quest'ultimo non incontri limiti applicativi *ratione materiae* ⁽⁵⁹⁾. L'art. 51 della Carta di Nizza, infatti, prevede che le disposizioni ivi contenute si applichino alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione (par. 1), specificando che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle com-

⁽⁵⁶⁾ Sui rischi relativi all'eccessiva mole di contenzioso dinanzi alla Corte europea, v. R. BIN, *Art. 14. Divieto di discriminazione*, cit., 422 s.

⁽⁵⁷⁾ M. BARBERA, S. BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., 103.

⁽⁵⁸⁾ P. IAMICELI, A. COLOMBI CIACCHI, L. LANE, T. NOWAK (a cura di), *Casebook. EU Fundamental Rights and Non-Discrimination: Effective Protection in the Light of Article 21 of the Charter*, Roma, 2022, 17.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*; di avviso contrario M. MILITELLO, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione*, cit., 163.

petenze di quest'ultima (par. 2) ⁽⁶⁰⁾. A livello di ambito applicativo *oggettivo*, pertanto, sia l'art. 14, CEDU che l'art. 21, CDFUE risultano, seppur mediante tecniche normative diverse (l'accessorietà, da un lato, e il principio di attribuzione, dall'altro), circoscritti nella loro portata. Il diverso raggio d'azione è dovuto alle diverse materie coperte dalla Carta convenzionale del Consiglio d'Europa e dalla disciplina primaria e secondaria dell'Unione europea. Ad ogni modo, l'elemento che maggiormente distingue le due norme in esame risiede — come si vedrà più avanti — altrove, segnatamente negli effetti connessi all'ambito applicativo *soggettivo* e, per meglio dire, nei diversi poteri riconosciuti ai giudici nazionali in sede di applicazione.

4. L'individuazione di fattori di rischio non testuali

L'elenco dei fattori rilevanti ai fini del divieto di cui all'art. 14, CEDU non è tassativo: lo si ricava agevolmente dalla locuzione « *in particolare* », riferita alle discriminazioni fondate sulle qualità personali testualmente indicate, e dall'inciso finale « *ogni altra condizione* », che inequivocabilmente schiude l'insieme dei motivi in grado di qualificare una disparità di trattamento come una discriminazione. Sfruttando la valvola di apertura congenita nella disposizione in esame, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di accogliere fattori di rischio non previsti dal testo, tra cui l'età ⁽⁶¹⁾, l'identità di genere ⁽⁶²⁾, l'orientamento sessuale ⁽⁶³⁾, la salute e la disabilità ⁽⁶⁴⁾, la condizione coniugale ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁰⁾ Per un inquadramento dell'art. 51, CDFUE nell'ambito del principio di attribuzione, v. B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int.*, 2015, 49 ss.

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo*, cit., § 45; nel caso di specie, la Corte ha giudicato discriminatoria una pronuncia giudiziale che aveva diminuito l'entità di un risarcimento di danno non patrimoniale (in conseguenza, fra le altre cose, di un pregiudizio alla vita sessuale) anche in considerazione dell'età della vittima, ritenendo la sessualità non tanto importante a cinquant'anni quanto lo può essere per persone più giovani (§§ 49-53).

⁽⁶²⁾ Corte EDU, *A.M. e altri c. Russia*, n. 47220/19, 2021, § 73; nel caso di specie, la Corte ha giudicato discriminatorie alcune decisioni giudiziali che avevano limitato i diritti genitoriali di una persona transgender divorziata, vietandole di visitare i figli minori finché questi ultimi non avrebbero raggiunto una maggiore maturità, in quanto i giudici nazionali non avevano effettuato un'adeguata valutazione dei possibili pregiudizi che i figli avrebbero concretamente subito nell'incontrare un genitore transgender (§§ 75-80).

⁽⁶³⁾ Corte EDU, *X c. Polonia*, n. 20741/10, 2021, § 70; nel caso di specie, la Corte ha ravvisato una discriminazione in un complesso caso giurisprudenziale che aveva visto togliere a una madre la custodia di quattro figli minori, compreso un figlio che aveva espressamente chiesto di vivere con la madre, in quanto le pronunce giudiziali circa la custodia si erano

Possono, inoltre, rilevare condizioni personali che siano conferite dalla legge: un esempio in tal senso è costituito dallo *status* di immigrato ⁽⁶⁶⁾.

5. L'efficacia orizzontale. L'integrazione giudiziale di una lacuna normativa in chiave antidiscriminatoria

Come si è anticipato, la misura discriminatoria che infrange il divieto posto dall'art. 14, CEDU può risiedere in un *atto di natura privatistica* (ad es., un contratto, un testamento). Occorre, tuttavia, segnalare che sono ancora poche le pronunce della Corte europea in cui l'art. 14 è stato applicato in un rapporto fra privati ⁽⁶⁷⁾.

Particolarmente meritevole di attenzione è il caso *Pla e Puncernau c. Andorra*, ove la Corte, a fronte di un testamento discriminatorio, ha affermato che, sebbene non sia tenuta a definire le controversie tra privati, essa non può rimanere passiva laddove, fra altre ipotesi, l'interpretazione di un atto privato fornita da un tribunale nazionale risulti incompatibile con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14, CEDU ⁽⁶⁸⁾. Nel caso in questione, la Corte ha imputato la discriminazione all'interpretazione giudiziale; a ben vedere, tuttavia, la discriminazione non risultava da un'azione dello Stato, bensì da una sua *omissione*, vale a dire dall'inadempimento dell'obbligo positivo di evitare il verificarsi della discriminazione attraverso un'interpre-

fondate in modo decisivo sull'orientamento sessuale della donna, senza approfondire adeguatamente altri aspetti rilevanti ai fini della decisione (§§ 73-93).

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU, *Cîmța v. Romania*, n. 3891/19, 2020, § 66; nel caso di specie, la Corte ha ritenuto discriminatoria la decisione con cui i giudici nazionali, in una causa di separazione, avevano limitato i contatti del padre con la figlia minore unicamente a causa di una malattia mentale dell'uomo, senza addurre ulteriori elementi che potessero giustificare la decisione (§§ 78-81).

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, *Şerife Yiğit c. Turchia* [GC], n. 3976/05, 2010, § 79; nel caso di specie, tuttavia, la Corte non ha riscontrato una discriminazione nel fatto che una donna sposata con rito puramente religioso, non riconosciuto sul piano civile, non avesse diritto all'eredità del marito.

⁽⁶⁶⁾ Corte EDU, *Bab c. Regno Unito*, n. 56328/07, 2011, § 46.

⁽⁶⁷⁾ Pur riferendosi ai soli rapporti privati di natura contrattuale, ma ampliando la visuale a tutti i diritti fondamentali previsti dalla CEDU, cfr. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 185, il quale evidenzia che la « giurisprudenza CEDU sull'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali [...] è [...], oggi, poco più che una realtà virtuale. Non si trovano che una manciata di sentenze della Corte eur. dir. uomo dedicate al tema ». Nel tempo trascorso dal rilievo dell'A. la situazione non sembra sostanzialmente mutata.

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, *Pla e Puncernau c. Andorra*, cit., § 59.

tazione convenzionalmente conforme ⁽⁶⁹⁾. D'altronde, rispetto a una discriminazione compiuta da privati, potrebbero esservi anche altre forme di inadempimento dello Stato: ad esempio, si potrebbe rimproverare a quest'ultimo di non avere all'interno del suo ordinamento una norma che possa permettere ai suoi giudici di dichiarare invalido un atto negoziale, o illecita una condotta, che realizzi una certa discriminazione.

Dalla circostanza per cui l'art. 14, al pari di altre norme convenzionali, può trovare applicazione nei rapporti fra privati, si giunge a riconoscergli un'efficacia orizzontale ⁽⁷⁰⁾.

La questione da porsi, a questo punto, è se l'art. 14 qui in esame, oltre a determinare la responsabilità civile di uno Stato per violazione dell'obbligo positivo di contrastare le discriminazioni da parte di soggetti privati (efficacia orizzontale indiretta o c.d. *Drittwirkung* impropria ⁽⁷¹⁾), sia anche in grado di vincolare direttamente i privati (efficacia orizzontale diretta), con la conseguenza che gli atti lesivi realizzati da questi ultimi vadano incontro ad una sanzione *a prescindere da quanto previsto dall'ordinamento nazionale*, dunque anche nel caso dell'esistenza di una lacuna normativa o di una norma interna che in qualche modo ostacoli la sanzione. In quest'ultima ipotesi, è noto come il meccanismo di efficacia diretta dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE consenta la disapplicazione della norma interna ⁽⁷²⁾.

La soluzione della questione appena evocata non dipende tanto dall'interpretazione dell'art. 14, CEDU ⁽⁷³⁾, quanto dal rango che viene riconosciuto, su un piano generale, alle norme della Convenzione negli ordinamenti nazionali.

⁽⁶⁹⁾ Sul punto, cfr. R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in G. Lattanzi, G. Grasso, S. Lembo, C. Amalfitano (a cura di), *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, cit., 77.

⁽⁷⁰⁾ Consiglio d'Europa, Corte EDU, *Guide on Article 14 of the European Court of Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, cit., p. 8 s. Sull'efficacia orizzontale della CEDU, v. D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, 1995.

⁽⁷¹⁾ Usa tale espressione E. NAVARRETTA, in *CEDU e cultura giuridica italiana*, 5) *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e i civilisti*, Intervista di R. CONTI a N. LIPARI ed E. NAVARRETTA, in *Giustizia insieme*, 9 gennaio 2020, 10.

⁽⁷²⁾ Sull'efficacia diretta dell'art. 21, CDFUE, secondo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, v. da ultimo M. BARBERA, S. BORRELLI, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, cit., 94 ss. Cfr. anche V. PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *Quest. Giust.*, 15 febbraio 2017.

⁽⁷³⁾ In senso parzialmente diverso, in una prospettiva generale circa l'efficacia orizzontale della CEDU, si pongono le indicazioni fornite da G. ALPA, *L'applicabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 877, il quale suggerisce di ricostruire gli effetti (diretti o indiretti) della CEDU in base all'articolo da applicare.

Orbene, nell'ordinamento italiano, che attribuisce alle norme della CEDU la natura di norme interposte, laddove una norma interna frapponga un ostacolo all'attuazione di un principio della Convenzione o nel caso in cui vi sia una vera e propria lacuna rispetto all'obbligo di dare piena attuazione ai contenuti precettivi della Carta europea, il giudice nazionale — fallita la via della dell'interpretazione conforme — non può che sollevare un giudizio di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, Cost. Non potendosi fare a meno di tale sindacato, l'efficacia orizzontale delle norme della CEDU può dirsi soltanto *indiretta* ⁽⁷⁴⁾. Ciononostante, acutamente si osserva che, (solo) nell'ipotesi di una lacuna nell'attuazione della CEDU, che per il medio dell'art. 117 Cost. risulta una lacuna incostituzionale, lo stesso giudice civile potrebbe porvi rimedio attraverso un sofisticato « intervento integrativo » che ricostruisca la regola dal principio (che altrimenti verrebbe violato), a condizione, però, che si verta « in una materia che non implichi un elevato margine di valutazione discrezionale né che la materia sia coperta da una riserva di legge di fonte costituzionale » ⁽⁷⁵⁾.

La questione da ultimo prospettata acquista particolare rilievo per il diritto antidiscriminatorio se si pensa ai casi in cui l'art. 21, CDFUE — come si è visto *supra* (§ 3) — non può trovare applicazione perché la fattispecie non ricade nell'ambito definito dall'art. 51, CDFUE. Dal momento che vi sono diversi rapporti fra privati esclusi dalla, o quanto meno ai margini della, competenza dell'Unione (ad es., rapporti familiari, rapporti successori, taluni rapporti contrattuali) ⁽⁷⁶⁾, il *rafforzamento* della proiezione orizzontale dell'art. 14, CEDU, per il tramite dell'intervento giudiziale sopra descritto, può assumere una rilevanza tutt'altro che astratta.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato e diritto privato*, in F. MEZZANOTTE (a cura) *Le « libertà fondamentali » dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, 84-85.

⁽⁷⁵⁾ E. NAVARRETTA, in *CEDU e cultura giuridica italiana*, 5) *La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e i civilisti*, cit., 13.

⁽⁷⁶⁾ Rapporti sui quali, di contro, possono incidere i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, come dimostra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: cfr. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 189 ss.

V.

IL DIRITTO ALLA VITA PRIVATA E FAMILIARE

I.

IL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E VITA FAMILIARE

di *Guido Alpa* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Nozione di vita privata e familiare. — 3. La tutela della vita privata. Riservatezza, privacy, dati personali. — 4. Riservatezza e informazione. — 5. Sorveglianza. — 6. Diritto all'immagine. — 7. Aspetto fisico. — 8. Libertà di espressione, diritto all'informazione, libertà di stampa. — 9. Parodia e satira. — 10. Identità genetica e diritto di conoscere le proprie origini. — 11. Identità e nome. — 12. Nome della moglie. — 13. Cognome dei coniugi. — 14. Identità etnica. — 15. Identità e cittadinanza. — 16. La vita familiare. — 16.1. La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte EDU. — 16.2. Famiglia, vita familiare e vita privata. — 16.3. Vita familiare e congiunti. — 16.4. Coppie omosessuali. — 16.5. Adozione. — 16.6. Il diritto di spostarsi e fondare una famiglia (art. 12). — 16.7. Famiglia e diritti della personalità nella giurisprudenza della Corte di cassazione orientata dalla Corte EDU. — 17. Vita privata e familiare e discriminazione. L'orientamento sessuale. — 17.1. Intersezioni. — 17.2. La "natura" e le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. — 17.3. La qualificazione del "diverso". Medicina e psicologia. — 17.4. Il percorso di legittimazione della diversità. — 17.5. L'identità del diverso. — 17.6. Discriminazione diretta e indiretta. — 17.7. Il ruolo delle Corti europee. — 17.8. La discriminazione dell'omosessuale considerato come individuo. — 17.9. La configurazione giuridica del gender e i problemi del transsexualismo.

1. Introduzione

L'art. 8 della Convenzione è intitolato al « Diritto al rispetto della vita privata e familiare »: Esso testualmente recita:

« 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto 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

(*) Professore Emerito di Diritto civile presso l'Università degli Studi di Roma *La Sapienza*.

protezione dei diritti e delle libertà altrui » ⁽¹⁾. La formulazione del testo riprende con qualche variante l'analoga disposizione dell'art. 12 della Dichiarazione Universale dei diritti umani firmata a New York nell'ambito delle Nazioni Unite nel dicembre del 1948.

Nel testo "convenzionale" la disposizione non è isolata, ma procede in senso decrescente muovendo dai diritti connessi ai valori insopprimibili della persona ai diritti bilanciabili con altri interessi di eguale rilevanza, essendo peraltro tutti i diritti così proclamati valori essenziali della convivenza sociale nelle società odierne.

Questo diritto deve essere intenso nel contesto degli altri diritti proclamati dalla stessa Convenzione: il diritto alla vita (art. 2), la proibizione della tortura (art. 3), la proibizione della schiavitù e dei lavoratori forzati (art. 4), il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5), il diritto ad un equo processo (art. 6), il diritto ad essere puniti per un reato previsto dalla legge (art. 7). All'art. 8 seguono gli altri diritti di libertà (come variamente riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi occidentali) e anche con questi l'art. 8 ha forti connessioni, in particolare con l'art. 12 (diritto al matrimonio) e con l'art. 14 (divieto di discriminazione). In più, il rispetto della vita privata, inteso isolatamente, deve essere bilanciato con la libertà di espressione (art. 10) là dove questo diritto si esplica attraverso la libertà di stampa e di comunicazione e con il diritto alla informazione — tutte appendici della libertà di espressione che si ritrovano nei testi costituzionali dei Paesi occidentali — nel loro ruolo di fondamento della democrazia e, nei Paesi di common law, della Rule of Law ⁽²⁾.

Gli articoli che compongono un plesso di diritti tra loro comunque intrecciati sono allora gli artt. 8, di cui si è riportato il testo e gli artt. 12 e 14.

L'art. 12 recita:

« A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto » ⁽³⁾.

⁽¹⁾ « Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni ».

⁽²⁾ Lord T.H. BINGHAM, *Rule of Law*, London, 2011; G.N. TOGGENBURG and J. GRIMHEDEN, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights*, in *Closa and Cochenov* (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight the European Union*, Cambridge, 2016.

⁽³⁾ Anche questa disposizione riprende il dettato della Dichiarazione universale all'art. 16: « Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. 2. Il matrimonio potrà

La parità tra i coniugi, inoltre, è stata ribadita dall'art. 5 del Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984:

« I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento ».

E poiché la vita privata e la vita familiare nonché il diritto di formare una famiglia possono essere pregiudicati dal sesso, dall'orientamento sessuale, dalla "razza", dalla confessione religiosa o dalle opinioni politiche o da altri fattori, queste disposizioni sono direttamente correlate all'art. 14 della Convenzione che vieta le discriminazioni e all'art. 1 del Protocollo n. 12 del 4 novembre 2000, che ne chiarisce la portata ⁽⁴⁾.

L'art. 14 sul divieto di discriminazione dispone che: « Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione ».

Anche questa disposizione riprende il testo della Dichiarazione universale ⁽⁵⁾.

A distanza di mezzo secolo, anche la Carta europea dei diritti fondamentali si è preoccupata di tutelare questi diritti ⁽⁶⁾, con una articolazione più analitica e precisa nel dettato.

essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. 3. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato ».

⁽⁴⁾ « Divieto generale di discriminazione. 1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione. 2. Nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1 ».

⁽⁵⁾ Articolo 7: « Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione ».

⁽⁶⁾ Articolo 7: « Rispetto della vita privata e della vita familiare. Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni ».

Articolo 8: « Protezione dei dati di carattere personale. 1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente ».

La varietà dei casi nei quali le disposizioni della Convenzione sono state applicate supplisce alla semplicità della redazione testuale, e pure alla sua laconicità, quale potrebbe apparire nel confronto con la Carta dei diritti fondamentali. Tuttavia, l'interpretazione della Convenzione, che data da più di sessant'anni, (7) offre una varietà di circostanze fattuali ed una esperienza maturata nei decenni che sopravanzano la Carta dei diritti fondamentali, pur più moderna e aggiornata, ed è pari, quanto meno per il turno d'anni di applicazione, a quella della Carta costituzionale del nostro Paese.

In questo caso, la vita privata non è menzionata come tale, ma la sua tutela è stata ricavata, come si dirà, dall'art. 2, la vita familiare e la libertà matrimoniale dagli artt. 3, 29, 30, 31, e le altre libertà dalla prima parte dei principi fondamentali.

Articolo 9: « Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio ».

« Articolo 20: Uguaglianza davanti alla legge. Tutte le persone sono uguali davanti alla legge. Articolo 21: Non discriminazione. 1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi. Articolo 22: Diversità culturale, religiosa e linguistica. L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica. Articolo 23: Parità tra uomini e donne. La parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione. Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato. Articolo 24: Diritti del bambino. 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 18.12.2000 Gazzetta ufficiale delle Comunità europee C 364/13 IT 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse. Articolo 25: Diritti degli anziani. L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale. Articolo 26: Inserimento dei disabili L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità ».

Per i primi riferimenti v. già M. CARTABIA, (a cura di) *I diritti in azione*, Bologna, 2007.

(7) Sulla applicazione di questa disposizione da parte della Corte EDU vi sono tuttavia disparità di vedute: ad es. Ch. Bigot ritiene che la Corte si sia avvalsa di queste disposizioni solo a partire dal Duemila (*La protection de la vie privée par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Légicom*, n. 43, 2009/2, 44).

Atteso l'orientamento esegetico consolidato nella giurisprudenza delle Corti competenti nella materia indagata, che respinge l'interpretazione "originalista" (8), ma piuttosto tiene il passo con l'evoluzione dei tempi e della società, le disposizioni sopra riportate debbono essere intese alla luce delle moderne concezioni di vita privata, di vita familiare e di identità e discriminazione (9).

Vi è tuttavia un aspetto significativo che connota le peculiarità della Convenzione europea rispetto agli altri testi costituzionali che usualmente si prendono in considerazione nella letteratura italiana per ricostruire i diritti della personalità intesi in senso moderno: la Convenzione, al pari della Dichiarazione universale dei diritti umani, distingue, dalla tutela della vita privata, la tutela della vita familiare, separando la posizione giuridica dell'individuo singolarmente inteso dalla posizione giuridica dell'individuo nella famiglia, e proteggendo dunque il riserbo non solo nei rapporti individuali e del singolo all'interno della società, ma anche il riserbo della intera compagine familiare.

È questo il connotato più rilevante che conferisce a questi diritti umani garantiti dalla Convenzione una loro propria autonomia anche concettuale e un tratto originale, che si riverbera sulla protezione della persona e sulla protezione della famiglia.

A questo proposito si è avuto modo di rilevare che « La nozione di vita privata familiare differisce dalla nozione di vita privata nella misura in cui implica l'esistenza di una famiglia, sicché ne scaturisce un nodo di relazioni interindividuali privilegiate tra persone che operano nella dimensione del "noi" che diverge dalla dimensione dell'"io" propria della privacy e conferisce ai membri della famiglia diritti e doveri reciproci così come interessi convergenti, almeno in una situazione normale » (10).

(8) Sull'interpretazione costituzionalmente orientata v. ora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 391 ss.; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011.

(9) Per una più diffusa analisi di questi diritti v. G. ALPA e G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006; G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, Milano, 1996.

(10) M.T. MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale et droit de l'homme*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1992, 774.

A differenza dell'esperienza italiana e dell'esperienza tedesca, nelle quali la tutela della vita privata assurge a diritto costituzionalmente garantito, in Francia la vita privata è protetta dal *Code civil* all'art. 9, introdotto con l. n° 70-643 del 17 luglio 1970; questa disposizione, che si ispira alla Convenzione europea sui diritti umani ha avuto una applicazione vastissima, documentata dai commentari: v. ad es., l'edizione Dalloz del *Code civil annoté*, Parigi, 2019, 75-110.

Occorre dunque distinguere i due piani, sia per tenere conto della interpretazione letterale che ne ha dato la Corte EDU, sia per comprendere la ricchezza dei risultati a cui ha condotto l'attività creatrice dei giudici della Corte nel settore del diritto alla "privacy" e nel settore del diritto di famiglia.

Si viene a delineare, in altri termini, una triplice dimensione di protezione della persona: quella propria dei diritti della personalità, nell'ambito dei quali si tutela la riservatezza (o privacy) a cui si aggiunge ora, a seguito della diffusione delle tecnologie informatiche e digitali la tutela dei dati personali; quella propria del diritto di famiglia, che attiene al ruolo dell'individuo all'interno della compagine naturale di convivenza, sia essa fondata sul matrimonio o costituisca semplicemente una famiglia di fatto, e sia che comprenda i figli e altri congiunti oppure sia costituita solo da due persone conviventi, anche dello stesso sesso; a queste due dimensioni si aggiunge una terza dimensione, che scaturisce dal connubio di vita privata individuale e di vita familiare, e che si sostanzia nella condizione di vita all'interno della famiglia, la quale deve svolgersi al riparo dalle interferenze esterne, e nel bilanciamento degli interessi dei singoli che hanno creato la famiglia o sono nati all'interno di essa.

La famiglia stessa riceve una protezione diretta: di qui l'opzione tra la posizione di quanti ritengono che la famiglia in quanto tale costituisca un organismo che ha diritti propri, dotato dunque di soggettività giuridica, come accade in Francia, dalla posizione accreditata in Italia, Paese nel quale la famiglia è costituita dall'insieme dei suoi componenti ma non dà luogo ad un ente autonomo ⁽¹¹⁾.

Come si è detto, coniugando vita privata e vita familiare, la disposizione dovrebbe essere letta ed applicata in modo unitario: e tuttavia gli interessi, pur intrecciati, a cui essa allude sono diversificati, perché hanno avuto — nelle costituzioni nazionali e nella letteratura scientifica sorti separate. Nella interpretazione e applicazione della Corte EDU riscontriamo pronunce che distinguono i due valori ed altre che li ritengono compenetrati. Questa duplice dimensione non incide sulla rilevanza dei valori protetti né costituisce un limite al loro ambito di applicazione.

Anzi, val la pena di rimarcare che proprio la formulazione prescelta dai redattori della Convenzione è stata uno dei fattori di evoluzione dell'ordinamento interno in senso progressivo e di promozione dei diritti umani: la giurisprudenza, che per anni ha fatto rinvio alla Convenzione per coronare la creazione di nuovi diritti in via interpretativa, molto spesso a titolo per così dire esornativo e di complemento, più di recente, a seguito della modifica-

⁽¹¹⁾ V. la voce *Famiglia*, *Enc. Treccani on line*.

zione dell'art. 117 Cost., avvenuta con l. cost. n.1 del 2001, ha cominciato ad applicarla in via obbligatoria, costituzionalmente orientata, di volta in volta applicando o ignorando la teoria dei “controlimiti”⁽¹²⁾.

Solo per comodità espositiva si procederà dunque al loro esame distinto.

2. Nozione di vita privata e familiare

La nozione di vita privata e familiare è interpretata dalla Corte in modo ampio⁽¹³⁾; essa non è limitata alla “cerchia intima”, in quanto la Corte considera la persona come una componente dell'aggregato sociale, e dunque non solo nella sua individualità, ma anche nella sua socialità, considerando la “vita sociale privata” come la dimensione naturale in cui ogni essere ha diritto di vivere⁽¹⁴⁾.

La nozione di vita privata e familiare riguarda un diritto garantito a tutti; essa ha inciso, proprio con riferimento alle disposizioni della CEDU, sull'orientamento della Corte di cassazione in ordine al trattamento dello straniero, privilegiando il radicamento familiare che prescinde dalla convivenza, e considerando le relazioni non solo familiari ma anche affettive e sociali, le relazioni lavorative che concorrono alla costituzione di formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo. In questo senso si è agevolata la protezione dello straniero, prevedendo la sua espulsione⁽¹⁵⁾ per ragioni umanitarie. Anche il radicamento realizzato nel territorio è divenuto un fattore di comparazione con la situazione nella quale verrebbe a trovarsi lo straniero nel caso di rimpatrio, prevalendo sulla opzione di allontanamento⁽¹⁶⁾, anche se la persona vive con i familiari in un centro di accoglienza⁽¹⁷⁾ o favorendo il ricongiungimento con la madre⁽¹⁸⁾. Il ricongiungimento, secondo la Corte di cassazione, sempre con riferimento all'art. 8, prevale su ogni altra ragione impeditiva, a meno che non prevalgano motivi

⁽¹²⁾ G. PISTORIO, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza costituzionale*, ne *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2018.

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, n. 13710/88; Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, n. 2346/02; Corte EDU, *Peck c. Regno Unito*, 28 gennaio 2003, n. 44647/98; Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, n. 25358/12.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Bărbulescu c. Romania*, 12 gennaio 2016, n. 61496/08; Corte EDU, *Botta c. Italia*, 24 febbraio 1998, n. 21439/93.

⁽¹⁵⁾ Tra le tante v. Cass., 10 marzo 2022, n. 7861; Cass., 19 settembre 2022, n. 26671; Cass., 20 giugno 2022, n. 19815; Cass., 6 giugno 2022, n. 19466; Cass., 29 marzo 2022, n. 101230; Cass., 15 marzo 2022; 8373; Cass., 18 marzo 2020, n. 7427.

⁽¹⁶⁾ Cass., 28 dicembre 2021, n. 41778; Cass. 12 novembre 2021, n. 34095; Cass. 27 luglio 2021, n. 21522.

⁽¹⁷⁾ Cass., 22 gennaio 2021, n. 1347.

⁽¹⁸⁾ Cass., 28 ottobre 2020, n. 23720.

di sicurezza pubblica, ordine pubblico o sanità pubblica ⁽¹⁹⁾. Anche il rapporto sentimentale con una donna italiana ancorché non convivente può essere assunto alla base del diritto dello straniero di risiedere nel nostro Paese ⁽²⁰⁾.

Dobbiamo distinguere la “vita privata” intesa come riservatezza o privacy e la “vita privata” intesa come riflessa dai dati personali.

In ogni caso, si tratta di lesione dei diritti della personalità.

La vita privata ricomprende gli aspetti della persona fisica che nella nostra esperienza sono frantumati in altrettanti diritti (al nome, alla identità personale, all'onore e alla reputazione, all'immagine, alla riservatezza, alla tutela dei dati personali, etc.) tutti discendenti dal diritto generale della personalità.

Occorre dunque comprendere se questi diritti, che trovano nella nostra esperienza fondamento nel codice civile (artt. 1-10), nella Costituzione (artt. 2, 3, 32) e nella disciplina dell'Unione europea rinvercano nella applicazione della Convenzione ulteriori spazi e ulteriori rafforzamenti.

Nel nostro ordinamento i diritti della personalità sono riconosciuti anche alle persone giuridiche, mentre la CEDU, difendendo i diritti umani, non estende la tutela anche alle persone giuridiche (almeno per il momento).

3. La tutela della vita privata. Riservatezza, privacy, dati personali

La tutela della vita privata, nel nostro ordinamento, ha costituito il primo nucleo di tutela della riservatezza ⁽²¹⁾. La persona è protetta tra le mura domestiche da interferenze di terzi, intercettazioni, disturbi della vita domestica, aggressioni anche morali, ed ogni altro ostacolo proveniente dall'esterno che limiti il libero sviluppo della sua personalità.

Storicamente parlando il diritto alla riservatezza, nella sua prima formulazione, è stato coniato negli Stati Uniti da Warren e Brandeis, nel 1890 ⁽²²⁾,

⁽¹⁹⁾ Cass., 14 luglio 2021, n. 20127.

⁽²⁰⁾ Cass., 2 ottobre 2018, n. 23957.

⁽²¹⁾ A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972.

⁽²²⁾ *The Right to Privacy*, IV, *Harv. L. Rev.*, 1890, n. 5; anche negli USA la qualificazione del diritto alla privacy è stata problematica: v. W. PROSSER, *Privacy*, in *California Law Review*, vol. 48, 1960; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; M. BESSONE, *Principi della tradizione e nuove direttive in tema di diritto all'immagine*, in *Foro it.*, IV, 182 e già S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, Milano, 1981; L. MIGLIETTI, *Profili storico-comparativi del diritto alla privacy*, in *Diritti comparati*, 2014; B.S. MARKESINIS e G. ALPA, *Il diritto alla privacy nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 417 ss.

e in Europa dalla dottrina tedesca del diritto industriale; già prima della codificazione del 1942 Adolfo Ravà, Luigi Ferrara, Francesco Messineo, Francesco Santoto-Passarelli avevano trasportato questo diritto nell'ambito del diritto della personalità, e qui si era sviluppato ad opera di Adriano De Cupis⁽²³⁾. La riservatezza costituisce « ciò che la persona è [...] sola con sé medesima, essendo sottratta all'altrui indiscreta conoscenza ». Al di là delle questioni relative al suo fondamento giuridico — rafforzato dalla moltiplicazione dei diritti della personalità nel codice civile (artt. 5 ss.) e della sua consistenza in un aspetto del diritto generale della personalità o di un diritto autonomo, problemi di carattere dogmatico poi superati dalla dottrina che ha privilegiato il carattere unitario dei diritti della persona — il nucleo originario era simile al “diritto di essere lasciati soli” di origine nord-americana. Non era ancora chiara la sua distinzione dal diritto alla identità personale, si insisteva sul diritto al segreto, lo si accostava alla tutela dell'onore, e si giustificava la sua violazione in ragione della notorietà della persona. A parte l'elaborazione dottrinale anteriore e posteriore alla approvazione del nuovo codice civile, negli anni Settanta del Novecento questo diritto si è fatto strada nella nostra cultura giuridica.

“Il diritto alla riservatezza”, intesa come possibilità di godere appieno della propria intimità — precisa S. Rodotà — si presentò in origine non come un'esigenza ‘naturale’ di ciascun individuo, ma come un privilegio della sola classe borghese, che lo realizzò soprattutto grazie alle trasformazioni socio-economiche connesse alla rivoluzione industriale. Non è infatti un caso che gli strumenti giuridici di tutela siano ancora prevalentemente modellati su quelli caratteristici del diritto borghese per eccellenza, la proprietà. Tuttavia il termine si è poi liberato dalla sua vicenda di origine: introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano paradossalmente a tutela dei diritti della classe operaia (l. 20 maggio 1970, n. 300, Statuto dei lavoratori), ha assunto carattere generale con la l. 31 dicembre 1996, n. 675 (sostituita dal d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali), per assumere infine un'importanza centrale con la pervasiva diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

È un fatto indiscusso che il radicamento del diritto alla riservatezza nel nostro ordinamento si deve alla pronuncia della Corte di cassazione (Pres. G. Rossi, est. F. Santosuosso) che riguardava la pubblicazione della foto della principessa Soraya con un suo accompagnatore mentre partecipava ad una

(23) Diritti della personalità, ed. provv., Milano, 1942; ed.def. Milano, 1950; in contrapposizione a G. PUGLIESE, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 116 ss. con la replica di A. DE CUPIS, *Il diritto alla riservatezza esiste*, ivi, IV, c. 89.

serata mondana in via Veneto a Roma. Nella motivazione si precisa il significato di riservatezza e privacy proprie dell'esperienza italiana, che va al di là del riserbo protetto entro le pareti domestiche ma tutela la persona da ingerenze anche quando le situazioni e le vicende personali — che si sono messe in evidenza agli occhi del pubblico — si siano svolte fuori dal domicilio domestico e si siano raccolte con mezzi leciti. E a questo proposito, senza far ricorso all'analogia, la Corte richiama le prime disposizioni della Carta costituzionale, in particolare gli artt. 2, 3, 14 e le disposizioni della Convenzione europea, di cui si riportano i limiti al diritto, limiti tutti dettati da interessi superiori e particolarmente gravi, quali la sicurezza pubblica, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine, la prevenzione di reati, la protezione della salute o della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

È da quel momento che nel nostro Paese si è sviluppata una corrente persistente volta a tutelare questo diritto, poi riconosciuto anche legislativamente in occasione dell'attuazione della Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati mediante la l. 31 dicembre 1996, n. 675, sul trattamento dei dati personali.

La collocazione nel sistema giuridico di questo diritto, all'epoca considerato in via estensiva come comprendente anche il diritto all'autodeterminazione, e il consenso dell'interessato al trattamento dei dati, è avvenuta in una legge speciale, la quale è stata poi modificata dalle successive leggi di attuazione delle direttive sulle banche di dati e dal Regolamento europeo sui dati personali del 2016. Altrove invece è stata inserita nel codice civile.

Come osserva Stefano Rodotà: « non si tratta di una semplice questione formale. La nuova dimensione tecnologica ha fatto sì che con il termine riservatezza si indichino sempre più frequentemente casi che prospettano una esigenza di tutela dell'intimità, mentre privacy e protezione dei dati personali individuano situazioni più complesse, che rinviano a forme generali di tutela della sfera privata e delle varie libertà a questa connesse. Le modalità di protezione delle informazioni personali, il potere di controllo sui dati che ci riguardano, sono venuti a costituire un elemento della stessa cittadinanza ».

La materia della tutela della vita privata — intesa dunque in modo ampio come tutela della riservatezza o privacy e anche come tutela dei dati personali, ancorché i dati personali abbiano una loro autonoma disciplina nell'ordinamento dell'Unione europea — è composta da più fattori, che variano a seconda della fonte normativa, della fonte giurisprudenziale e quindi dei rimedi che possono essere fatti valere dinanzi alle Corti che presentano competenze variegata.

4. Riservatezza e informazione

La giurisprudenza della Corte EDU declina la tutela della vita privata in tre fondamentali aspetti: l'integrità fisica, psichica e morale, la riservatezza, l'identità. A cui si aggiungono la tutela dei dati personali, del domicilio e della corrispondenza.

Rinviando ad altro contributo le considerazioni sul diritto alla integrità fisica, psichica e morale, e al domicilio e alla corrispondenza, ci concentriamo in queste pagine sul diritto alla riservatezza.

La Corte ha ritenuto violato l'art. 8 della CEDU nel caso in cui la polizia ha ottenuto dati dal gestore del servizio informativo riguardanti la utilizzazione dei mezzi informatici da parte dell'interessato per accedere a siti pedopornografici ⁽²⁴⁾.

Il diritto alla riservatezza si estende anche ai luoghi pubblici.

Anche i fascicoli raccolti dai servizi di sicurezza su una persona riguardanti i suoi spostamenti e ottenuti mediante l'uso di strumenti tecnologici collocati in uno spazio pubblico violano l'art. 8 ⁽²⁵⁾.

La Corte ha ritenuto nel caso *Big Brother Watch And Others v. The United Kingdom* ⁽²⁶⁾ che la sorveglianza di persone da parte dei servizi segreti violasse l'art. 8. Con una sentenza particolarmente articolata ha dimostrato che le ragioni di pubblica sicurezza nel caso esaminato non prevalevano sul diritto alla riservatezza.

Il problema si è posto nel nostro Paese per gli impianti di videosorveglianza installati negli esercizi commerciali, costituendo esso un sistema di trattamento dei dati di cui deve essere informato il cliente ⁽²⁷⁾. Anche il rapporto tra il cliente e il suo difensore è considerato dalla Corte incluso nella sfera della vita privata ⁽²⁸⁾.

5. Sorveglianza

La Corte costituzionale con sentenza del 25 marzo 1993, n. 81, ha da tempo affermato che nell'art. 15 della Costituzione « trovano protezione due distinti interessi: quello inerente alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 della Costituzione, e quello connesso all'esigenza di

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Benedik c. Slované*, 24 aprile 2018, n. 62357/14.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, 28 gennaio 2003, n. 44647/98.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Big Brother Watch And Others V. The United Kingdom*, 25 maggio 2021, nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15.

⁽²⁷⁾ Cass., 5 luglio 2016, n. 13663.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Altay c. Turchia*, 9 aprile 2019, n. 11236/09.

prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale ».

L'art. 266 c.p.p. e, più in generale, le disposizioni contenute nel capo quarto, del titolo terzo, libro terzo, del codice di procedura penale costituiscono un'attuazione per via legislativa dei predetti principi, che, al pari delle norme similari previste nel codice di rito previgente, stabilisce una disciplina complessiva delle intercettazioni telefoniche in relazione ai poteri d'indagine a fini di repressione penale e alla loro utilizzabilità come mezzi di prova in giudizio.

Più precisamente le anzidette disposizioni stabiliscono i limiti di ammissibilità delle intercettazioni telefoniche (art. 266), i presupposti e le forme dei provvedimenti che ne dispongono l'effettuazione (art. 267), lo svolgimento puntuale delle conseguenti operazioni (art. 268), i modi e i limiti di conservazione della documentazione delle intercettazioni stesse (art. 269) e, infine, l'utilizzabilità di queste ultime in altri procedimenti e i relativi divieti (artt. 270 e 271).

Le speciali garanzie previste dalle norme appena ricordate a tutela della segretezza e della libertà di comunicazione telefonica rispondono all'esigenza costituzionale per la quale l'inderogabile dovere di prevenire e di reprimere reati deve essere svolto nel più assoluto rispetto di particolari cautele dirette a tutelare un bene, l'inviolabilità della segretezza e della libertà delle comunicazioni, strettamente connesso alla protezione del nucleo essenziale della dignità umana e al pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali (art. 2 della Costituzione).

E sul bilanciamento tra libertà di stampa, reato di diffamazione e tutela della riservatezza la Corte costituzionale con sentenza del 12 luglio 2021, n. 150, ha affermato che:

« Come rammentato nell'ordinanza n. 132 del 2020, se è vero che la libertà di espressione — in particolare sub specie di diritto di cronaca e di critica esercitato dai giornalisti — costituisce pietra angolare di ogni ordinamento democratico, non è men vero che la reputazione individuale è del pari un diritto inviolabile, strettamente legato alla stessa dignità della persona.

Aggressioni illegittime a tale diritto compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, terzo comma, cod. pen. — la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti

dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare ».

6. Diritto all'immagine

La nozione di immagine non è riferita solo alla natura fisica della persona ma anche al suo onore e alla sua reputazione. Esso deve essere bilanciato con gli altri diritti costituzionalmente garantiti, o con diritti che sono altrettanto apprezzabili come la correttezza professionale, ad es. nello svolgimento dell'attività professionale forense ⁽²⁹⁾.

Per risolvere questa contrapposizione la Corte ha elaborato alcuni criteri diretti al bilanciamento dei diritti (anche in considerazione dell'art. 10 che tutela la libertà di espressione): il contributo a un dibattito di interesse generale; la notorietà dell'interessato e l'oggetto della notizia; la precedente condotta dell'interessato; il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione; le circostanze in cui sono state scattate le fotografie; e la gravità della sanzione inflitta ⁽³⁰⁾.

7. Aspetto fisico

La Corte EDU ha stabilito che le scelte personali riguardanti l'aspetto desiderato da una persona, sia in pubblico che in privato, attengano all'espressione della sua personalità e rientrino pertanto nella nozione di vita privata. Ciò comprendeva un taglio della capigliatura ⁽³¹⁾, il diniego di accesso a un'università a uno studente che aveva la barba ⁽³²⁾, il divieto di indossare un capo di abbigliamento finalizzato a celare il volto nei luoghi pubblici, imposto alle donne che desideravano indossare il velo integrale per motivi connessi alle loro convinzioni ⁽³³⁾, e il mostrarsi nudo in luoghi pubblici ⁽³⁴⁾. È tuttavia importante osservare che in ciascuna di tali cause la Corte ha ritenuto che la restrizione del diritto di scelta dell'aspetto personale fosse proporzionata.

⁽²⁹⁾ Cass., S.U., 7 novembre 2011, n. 23020.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Axel Springer AG c. Germania*, 7 febbraio 2012, n. 39954/08; Corte EDU, *Couderc e Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, 13 novembre 2015, n. 40454/07; Corte EDU, *Von Hannover c. Germania n. 2*, 7 febbraio 2012, nn. 40660/08 e 60641/08.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Popa c. Romania (dec)*, 4 giugno 2013, n. 10890/04.

⁽³²⁾ Corte EDU, *Tiğ c. Turchia (dec)*, 8 dicembre 2016, n. 59061/16.

⁽³³⁾ Corte EDU, *S.A.S. c. Francia [GC]*, 1 luglio 2014, n. 43835/11.

⁽³⁴⁾ Corte EDU, *Gough c. Regno Unito*, 24 ottobre 2014, n. 49327/11.

La Corte ha stabilito che le questioni riguardanti il nome e il cognome di una persona rientrano nel diritto alla vita privata ⁽³⁵⁾.

La Corte EDU è stata coinvolta in vicende oggetto di iniziative giudiziarie e che si sono risolte in un danno all'immagine ad opera degli investigatori ⁽³⁶⁾.

Più complessa è la questione della raccolta di immagini per ragioni di sicurezza, come accade per la videosorveglianza ⁽³⁷⁾ o quando le immagini sono consegnate dalle forze di polizia alla stampa ⁽³⁸⁾.

È stata però ritenuta lecita la diffusione della fotografia di una terrorista a scopo di sicurezza ⁽³⁹⁾.

La lesione della reputazione di una persona deve raggiungere un certo livello di gravità ed essere effettuato in maniera da causare pregiudizio al godimento personale del diritto al rispetto della vita privata ⁽⁴⁰⁾. Tale condizione si applica sia alla reputazione sociale che a quella professionale. Deve inoltre sussistere un sufficiente nesso tra il ricorrente e l'asserito attacco alla reputazione ⁽⁴¹⁾.

Nella causa *Tamiz c. Regno Unito* ⁽⁴²⁾ (dec.) la Corte si è pronunciata sulla portata del diritto al rispetto della vita privata garantito dall'articolo 8 in relazione alla libertà di espressione che l'articolo 10 assicura ai prestatori di servizi della società dell'informazione quali Google Inc.

La tutela riguarda anche i blog ⁽⁴³⁾.

Non sempre la diffamazione a mezzo Facebook è stata ritenuta rilevante, se essa si confonde con migliaia di messaggi e se la frase lesiva viene rimossa a richiesta dell'interessato ⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Mentzen c. Lettonia*, 7 dicembre 2004, n. 7107/01; Corte EDU, *Henry Kismoun c. Francia*, 5 dicembre 2013, n. 32265/10.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, *Khadija Ismayilova c. Azerbaijan*, 15 marzo 2012, nn. 65286/13 e 57270/14.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Peck c. Regno Unito*, 28 gennaio 2003, n. 44647/98.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Khuzbin e altri c. Russia*, 23 ottobre 2008, n. 13470/02; Corte EDU, *Sciacca c. Italia*, 11 gennaio 2005, n. 50774/99; Corte EDU, *Khmel c. Russia*, 12 dicembre 2013, n. 20383/04; Corte EDU, *Toma c. Romania*, 8 gennaio 2013, n. 40238/02.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Murray c. Regno Unito*, 8 febbraio 1996, n. 18731/91

⁽⁴⁰⁾ Corte EDU, *Axel Springer AG c. Germania* [GC], 7 febbraio 2012, n. 39954/08; Corte EDU, *Bédat c. Svizzera*, 29 marzo 2016, n. 20261/12; Corte EDU, *Medžlis Islamske Zajednice Brčko e altri c. Bosnia-Erzegovina*, 27 giugno 2017, n. 17224/11; Corte EDU, *Denisov c. Ucraina*, 25 settembre 2018, n. 76639/11.

⁽⁴¹⁾ Corte EDU, *Putistin c. Ucraina*, 21 novembre 2013, n. 16882/03.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, *Tamiz c. Regno Unito*, 19 settembre 2017, n. 3877/14.

⁽⁴³⁾ Corte EDU, *Pibl c. Svezia*, 9 marzo 2017, n. 74742/14; Corte EDU, *Høiness c. Norvegia*, 19 marzo 2019, n. 43624/14.

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, *Egill Einarsson c. Islanda*, 17 luglio 2018, n. 31221/15.

8. Libertà di espressione, diritto all'informazione, libertà di stampa

Il rispetto della vita privata deve essere bilanciato con il rispetto del diritto alla informazione e la libertà di stampa

In ordine a un genitore sospettato di abusare del figlio, la Corte ha concluso che l'omesso svolgimento di indagini adeguate in ordine alla divulgazione non autorizzata di informazioni riservate e la mancata tutela della reputazione della ricorrente e del suo diritto alla presunzione di innocenza (articolo 6 § 2) avevano violato l'articolo 8 ⁽⁴⁵⁾.

La Corte, nel bilanciare la libertà di espressione tutelata dall'articolo 10 e il diritto al rispetto della vita privata sancito dall'articolo 8, ha applicato diversi criteri. Essi comprendono il contributo a un dibattito di interesse generale, la notorietà dell'interessato, l'oggetto della notizia, la precedente condotta dell'interessato, il metodo con cui sono state ottenute le informazioni e la loro veridicità, il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione e la gravità della sanzione inflitta ⁽⁴⁶⁾. Tali criteri non sono esaustivi e devono essere recepiti e adattati alla luce delle particolari circostanze del caso di specie ⁽⁴⁷⁾. Sebbene la stampa non debba superare determinati limiti, concernenti in particolare la protezione della reputazione e dei diritti altrui ⁽⁴⁸⁾, essa ha nondimeno il dovere di comunicare, con modalità compatibili con i suoi obblighi e le sue responsabilità, le informazioni e le idee che il pubblico ha il diritto di ricevere su qualsiasi questione di interesse pubblico, anche comunicando e commentando procedimenti giudiziari ⁽⁴⁹⁾.

Nella nostra giurisprudenza si ritiene che:

«L'interesse pubblico alla diffusione di una notizia, in presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca, va distinto dall'interesse alla pubblicazione o diffusione anche dell'immagine delle persone coinvolte, la cui liceità postula, giusta la disciplina complessivamente desumibile dagli artt. 10 c.c., 96 e 97 della l. n. 633 del 1941, 137 del d.lgs. n. 196 del 2003 ed 8 del codice deontologico dei giornalisti, il concreto accertamento di uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti della vicenda narrata ai fini della completezza e correttezza della divulgazione della notizia, oppure il consenso delle persone ritratte, o l'esistenza delle altre condizioni eccezionali giustificative previste

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, *Ageyevy c. Russia*, 18 aprile 2013, n. 7075/10.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, *Axel Springer AG c. Germania* [GC], 7 febbraio 2012, n. 39954/08.

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, *Axel Springer SE e RTL Television GmbH c. Germania*, 21 settembre 2017, n. 51405/12; Corte EDU, *Jishkariani c. Georgia*, 20 settembre 2018, n. 18925/09.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, *Kaboğlu e Oran c. Turchia*, 30 ottobre 2018, n. 1759/08.

⁽⁴⁹⁾ Corte EDU, *Axel Springer AG c. Germania* [GC], 7 febbraio 2012, n. 39954/08.

dall'ordinamento. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza del tribunale che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno subito da una minore degente per gravissimi motivi di salute, che in occasione di un articolo pubblicato su talune testate giornalistiche era apparsa ritratta insieme ad un noto calciatore che si era appositamente recato in ospedale per farle visita) » (50).

Tuttavia normalmente i personaggi pubblici non sono protetti:

« In tema di diritto alla riservatezza, la presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca mediante la pubblicazione di un articolo, per quanto non implichi, di per sé, la legittimità della pubblicazione anche dell'immagine delle persone coinvolte, può condurre alla liceità di una tale diffusione ove esista uno specifico interesse pubblico alla identificazione immediata dei personaggi pubblici ai quali l'informazione si riferisce. Pertanto, la pubblicazione a corredo di un articolo di stampa di foto, in sé non lesive dell'onore o della reputazione, non può considerarsi integrativa dell'illecito da lesione del diritto all'immagine senza una previa, rigorosa e non atomistica valutazione in ordine alla riconducibilità anch'essa all'esercizio del diritto di cronaca » (51).

Occorre comunque sempre accertare l'essenzialità della notizia:

« La presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca non implica, di per sé, la legittimità della pubblicazione o diffusione anche dell'immagine delle persone coinvolte, la cui liceità è subordinata, oltre che al rispetto delle prescrizioni contenute negli artt. 10 c.c., 96 e 97 della l. n. 633 del 1941, nonché dell'art. 137 del d.lgs. n. 196 del 2003 e dell'art. 8 del codice deontologico dei giornalisti, anche alla verifica in concreto della sussistenza di uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti della vicenda narrata, nell'ottica della essenzialità di tale divulgazione ai fini della completezza e correttezza della informazione fornita » (52).

9. Parodia e satira

Nella causa *Sousa Goucha c. Portogallo* (53), la Corte ha rinviato al criterio del "lettore ragionevole" per affrontare questioni relative a materiale

(50) Cass, (ord.) 19 febbraio 2021, n. 4477.

(51) Cass., (ord.) 24 dicembre 2020, n. 29583.

(52) Cass., (ord.) 9 luglio 2018, n. 18006.

(53) Corte EDU, *Sousa Gouche c. Portogallo*, 22 marzo 2016, n. 70434/12.

satirico ⁽⁵⁴⁾. Inoltre, nel contesto della libertà di espressione, alla parodia dovrebbe essere concesso un ampio margine di discrezionalità.

La nostra giurisprudenza è assai lassista nel valutare la satira:

« La satira costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, sicché, diversamente dalla cronaca, è sottratta all'obbligo di riferire fatti veri, in quanto esprime mediante il paradosso e la metafora surreale un giudizio ironico su di un fatto, pur soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito. Conseguentemente, nella formulazione del giudizio critico, possono essere utilizzate espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato » ⁽⁵⁵⁾.

10. Identità genetica e diritto di conoscere le proprie origini

Il diritto alla tutela della vita privata si estende, nella giurisprudenza della Corte EDU, anche al diritto a conoscere le proprie origini.

La Corte ha riconosciuto che il diritto di ottenere informazioni finalizzate a scoprire le proprie origini e l'identità dei propri genitori è parte

⁽⁵⁴⁾ Corte EDU, *Nikowitz e Verlagsgruppe News GmbH c. Austria*, 22 febbraio 2007, n. 5266/03.

⁽⁵⁵⁾ L'orientamento è risalente: v. Cass., 4 settembre 2012, n. 14822: « La divulgazione a mezzo stampa di notizie lesive dell'onore è scriminata per legittimo esercizio del diritto di cronaca se ricorrono: *a*) la verità oggettiva (o anche solo putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca), la quale non sussiste quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano dolosamente o colposamente taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato, ovvero quando i fatti riferiti siano accompagnati da sollecitazioni emotive, sottintesi, accostamenti, insinuazioni, allusioni o sofismi obiettivamente idonei a creare nella mente del lettore false rappresentazioni della realtà; *b*) l'interesse pubblico all'informazione, cioè la cosiddetta pertinenza; *c*) la forma "civile" dell'esposizione e della valutazione dei fatti, cioè la cosiddetta continenza. A differenza del diritto di cronaca, il diritto di satira, quale modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, è sottratto al parametro della verità, in quanto esprime, mediante il paradosso e la metafora surreale, un giudizio ironico su un fatto, ma, appunto per questo, ne ricorre l'esercizio solo se il fatto è espresso in modo apertamente difforme dalla realtà, sicché possa apprezzarsene subito l'inverosimiglianza e il carattere iperbolico ». (In applicazione del principio, la S.C. ha escluso la scriminante del legittimo esercizio dei diritti di cronaca e satira nella fattispecie relativa ad articoli di un quotidiano che, riferendo di una procedura di adozione del maggiorenne, la attribuivano alla ricerca di un titolo nobiliare da parte dell'adottando, uomo politico in vista, tacendo che il procedimento di adozione era stato abbandonato da mesi e citando elementi puntuali diretti a sostenere la verosimiglianza della notizia).

integrante dell'identità, tutelata ai sensi del diritto alla vita privata e familiare⁽⁵⁶⁾. La Corte ha stabilito che non è obbligatorio che gli Stati sottopongano i presunti padri al test del DNA, ma l'ordinamento giuridico deve prevedere mezzi alternativi che consentano a un'autorità indipendente di decidere rapidamente le cause relative all'accertamento della paternità. Per esempio, nella causa *Mikulić c. Croazia*⁽⁵⁷⁾, la ricorrente, che era nata da una relazione extraconiugale, lamentava che l'ordinamento giudiziario croato si era dimostrato inefficiente nella determinazione della questione della paternità, lasciandola in tal modo nell'incertezza riguardo alla propria identità personale. In tale causa la Corte ha ritenuto che l'inefficienza dei tribunali interni avesse lasciato la ricorrente in uno stato di prolungata incertezza in ordine alla sua identità personale. Le autorità croate non avevano pertanto garantito alla ricorrente il "rispetto" della sua vita privata, cui aveva diritto ai sensi della Convenzione (*ibid.*, § 68). La Corte ha inoltre ritenuto che debbano essere previste procedure che consentano ai minori particolarmente vulnerabili, per esempio quelli che presentano disabilità, di accedere a informazioni relative alla loro origine paterna⁽⁵⁸⁾. Nella causa *Odièvre c. Francia*⁽⁵⁹⁾, la ricorrente, che era stata adottata, aveva chiesto di accedere a informazioni che le consentissero di identificare la madre naturale e la sua famiglia naturale, ma la sua domanda era stata rigettata per effetto di una procedura speciale che consentiva alle madri di mantenere l'anonimato. La Corte ha ritenuto non vi fosse stata violazione dell'articolo 8 poiché lo Stato aveva conseguito un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti. Tuttavia, qualora il diritto nazionale non avesse tentato di conseguire un equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in gioco, l'impossibilità per un minore abbandonato alla nascita di ottenere accesso a informazioni, non identificative, sulle sue origini o alla rivelazione dell'identità della madre costituiva violazione dell'articolo 8⁽⁶⁰⁾.

Anche la giurisprudenza della Corte di cassazione opera secondo un bilanciamento equilibrato dei diritti in conflitto: prevale l'accertamento dello status di figlio rispetto ai diritti successori degli eredi e dei discendenti⁽⁶¹⁾; se la madre è viva, ad essa si conserva il diritto di interpellare, prevalendo il diritto all'anonimato sul diritto del figlio alla conoscenza delle proprie

⁽⁵⁶⁾ Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, n. 42326/98; Corte EDU, *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, n. 10454/83.

⁽⁵⁷⁾ Corte EDU, *Mikulić c. Croazia*, 4 settembre 2002, n. 53176/99.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, *A.M.M. c. Romania*, 9 luglio 2013, n. 4509/08.

⁽⁵⁹⁾ Corte EDU, *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, n. 42326/98.

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, n. 33783/09.

⁽⁶¹⁾ Cass., (ord.) 9 settembre 2022 n. 26616.

origini ⁽⁶²⁾. Questo orientamento era stato aperto dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 278 del 2013 ⁽⁶³⁾.

Nell'ambito di applicazione dell'art. 8 si incrociano i problemi identitari della persona. Si tratta di un diritto al quale la Corte EDU ha dato notevole impulso, risolvendo problemi assai complessi ⁽⁶⁴⁾. I criteri identificativi della persona sono di tipo anagrafico, di tipo medico, di tipo sociale, e così via. Essi implicano sia il modo in cui la persona vede se stessa, il modo come vorrebbe essere, il modo in cui gli altri la vedono e la classificano.

11. Identità e nome

La Corte EDU ha stabilito che le questioni riguardanti il nome e il cognome di una persona rientrano nel diritto alla vita privata ⁽⁶⁵⁾; e ha riscontrato la violazione dell'articolo 8 in una causa in cui le autorità avevano rifiutato di registrare il cognome del ricorrente dopo che il cognome della moglie era stato registrato come cognome della famiglia ⁽⁶⁶⁾. Ha inoltre riscontrato la violazione dell'articolo 8 in un caso in cui le autorità interne non avevano consentito a due cittadini turchi di sostituire i loro cognomi con nomi non appartenenti "alla lingua turca" ⁽⁶⁷⁾. La Corte ha ritenuto che anche i nomi di battesimo rientrano nell'ambito della vita privata ⁽⁶⁸⁾. La Corte ha tuttavia concluso che alcune leggi in materia di registrazione dei nomi pervengono a un giusto equilibrio, mentre altre non vi pervengono ⁽⁶⁹⁾.

Nel nostro ordinamento il diritto al nome è tutelato costituzionalmente (art. 22: « Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome »). L'assegnazione del nome paterno

⁽⁶²⁾ Cass., 3 marzo 2022, n. 7093.

⁽⁶³⁾ La Corte si era già pronunciata sul tema con la sentenza n. 425 del 2005, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983. Su tale decisione v. A.O. COZZI, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. cost.*, 2005, 4602 ss. e L. TRUCCO, *Anonimato della madre versus identità del figlio davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. inform.*, 2006, 107 ss.

⁽⁶⁴⁾ Sulle questioni identitarie v. G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021; G. ALPA e G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2006.

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, *Mentzen c. Lettonia*, 7 dicembre 2004, n. 71074/01; Corte EDU, *Henry Kismoun c. Francia*, 5 dicembre 2013, n. 32265/10.

⁽⁶⁶⁾ Corte EDU, *Burghartz c. Svizzera*, 22 febbraio 1994, n. 16213/90.

⁽⁶⁷⁾ Corte EDU, *Aktaş e Aslaniskender c. Turchia*, 18 dicembre 1996, n. 21987/93.

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, *Guillot c. Francia*, 24 ottobre 1996, n. 22500/93; Corte EDU, *Garnaga c. Ucraina*, 16 maggio 2013, n. 20390/07.

⁽⁶⁹⁾ Corte EDU, *Guillot c. Francia*, cit.; Corte EDU, *Jobansson c. Finlandia*, 6 settembre 2007, n. 10163/02.

è stata considerata incostituzionale con sentenza del 31 maggio 2022, n. 131: ciò perché l'attribuzione al figlio del solo nome del padre è in contrasto con gli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma, Cost. La pronuncia si focalizza, sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla protezione dell'identità personale del figlio, mediata dall'art. 8 CEDU, e sul divieto di discriminazioni, di cui all'art. 14 CEDU. Si tratta, ha osservato la Corte, del « retaggio di una concezione patriarcale della famiglia »⁽⁷⁰⁾, il riflesso di una disparità di trattamento che, concepita in seno alla famiglia fondata sul matrimonio, si è proiettata anche sull'attribuzione del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio, ove contemporaneamente riconosciuto.

Si tratta di un automatismo che non trova alcuna giustificazione né nell'art. 3 Cost., sul quale si fonda il rapporto fra i genitori, uniti nel perseguire l'interesse del figlio, né — come ha già rilevato questa Corte con riferimento all'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio (sentenza n. 286 del 2016) — nel coordinamento tra principio di eguaglianza e « finalità di salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, secondo comma, Cost. ». È, infatti, « proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo », poiché l'unità « si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità »⁽⁷¹⁾.

L'« importanza di un'evoluzione nel senso dell'eguaglianza dei sessi » viene, del resto, sottolineata anche dalla Corte EDU, che invita alla « eliminazione di ogni discriminazione [...] nella scelta del cognome », sul presupposto che « la tradizione di manifestare l'unità della famiglia attraverso l'attribuzione a tutti i suoi membri del cognome del marito non p[uo] giustificare una discriminazione nei confronti delle donne »⁽⁷²⁾.

Il cognome del figlio deve comporsi con i cognomi dei genitori, salvo loro diverso accordo.

La proiezione sul cognome del figlio del duplice legame genitoriale è la rappresentazione dello *status filiationis*: trasla sull'identità giuridica e sociale del figlio il rapporto con i due genitori. Al contempo, è il riconoscimento più immediato e diretto « del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali »⁽⁷³⁾. E si è fatto ulteriore riferimento alla Corte EDU che ha rilevato il carattere discriminatorio della regola consuetudinaria paterna: un carattere

⁽⁷⁰⁾ Corte cost., sentt. 8 novembre 2016, n. 286 e 16 febbraio 2006, n. 61.

⁽⁷¹⁾ Corte cost., 13 luglio 1970, n. 133.

⁽⁷²⁾ Corte EDU, *Ünal Tekeli*, 16 novembre 2004, n. 29865/96; Corte EDU, *Cusan e Fazzo c. Italia*, 7 gennaio 2014, n. 77/07.

⁽⁷³⁾ Corte cost., 8 novembre 2016, n. 286.

« excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes » (74), per poi aggiungere che « si la sécurité juridique peut être manifestée par le choix de placer le nom du père en premier, elle peut aussi bien être manifestée par le nom de la mère » (75).

Nulla è cambiato per il cognome della moglie, che acquista il cognome del marito (art. 143-*bis*3 cod. civ.).

12. Nome della moglie

La Corte ha stabilito che la tradizione di dimostrare l'unità della famiglia obbligando le donne coniugate ad adottare il cognome del marito non è più compatibile con la Convenzione (76). La Corte ha riscontrato la violazione dell'articolo 14 (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'articolo 8, a causa del trattamento discriminatorio derivante dal rifiuto delle autorità di consentire a una coppia di coniugi di nazionalità diversa di conservare il proprio cognome dopo il matrimonio (77). Il mero fatto che un nome esistente possa assumere una connotazione negativa non implica che il rifiuto di consentirne il cambiamento costituisca automaticamente una violazione dell'articolo 8 (78).

13. Cognome dei coniugi

La Corte ha riscontrato la violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8, a seguito del rifiuto delle autorità di consentire a una coppia di coniugi di diversa nazionalità di conservare ciascuno il proprio cognome successivamente alla celebrazione del matrimonio (79). È stata inoltre constatata la violazione nella causa A.H. e altri c. Russia relativa al divieto per i cittadini statunitensi di adottare minori russi. Qualora lo Stato abbia ecceduto gli obblighi di cui all'articolo 8 e abbia creato nella sua legislazione interna il diritto all'adozione, esso non può, ai sensi dell'articolo 14, adottare provvedimenti discriminatori nell'applicazione di tale diritto. Secondo la Corte il diritto dei ricorrenti di presentare una domanda di

(74) Corte EDU, *Cusan e Fazzo c. Italia*, 7 gennaio 2014, n. 77/07; Corte EDU, *León Madrid c. Spagna* 26 ottobre 2021, n. 30306/13.

(75) Corte EDU, *Burghartz c. Suisse*, 22 febbraio 94, n. 16213/90; Corte EDU, *León Madrid c. Spagna* 26 ottobre 2021, n. 30306/13.

(76) Corte EDU, *Ünal Tekeli c. Turchia*, 16 novembre 2004, n. 29865/96.

(77) Corte EDU, *Losonci Rose e Rose c. Svizzera*, 9 novembre 2010, n. 664/06, § 26.

(78) Corte EDU, *Stjerna c. Finlandia*, 25 novembre 1994, n. 18131/91; Corte EDU, *Macalin Moxamed Sed Dahir c. Svizzera*, 8 ottobre 2015, n. 12209/01.

(79) Corte EDU, *Losonci Rose e Rose c. Svizzera*, 9 novembre 2010, n. 664/06.

adozione e di ottenere un equo esame della stessa rientrava nella portata generale della vita privata di cui all'articolo 8.

14. Identità etnica

Anche la conduzione di una significativa inchiesta sulla discriminazione celata dietro un evento che faceva parte di un generale atteggiamento ostile nei confronti della comunità Rom e l'attuazione di efficaci meccanismi penali sono ritenute parte dell'obbligo positivo dello Stato di proteggere il rispetto dell'identità etnica⁽⁸⁰⁾. Nello specifico contesto di manifestazioni motivate dall'ostilità nei confronti di un gruppo etnico, caratterizzate più da intimidazioni che da violenza fisica, la Corte si è ispirata ai principi stabiliti in cause relative all'articolo 10 della Convenzione. È pertanto fondamentale determinare se le affermazioni offensive siano state pronunciate in un contesto politico e sociale di tensione, se costituiscano un invito diretto o indiretto alla violenza, all'odio o all'intolleranza, e la loro capacità di provocare conseguenze dannose⁽⁸¹⁾. Dovrebbe esistere un quadro giuridico che preveda la penalizzazione delle manifestazioni contro le minoranze e assicuri una effettiva protezione dalle molestie, dalle minacce e dagli insulti verbali, diversamente potrebbe essere percepita la sensazione che tali disordini e intimidazioni verbali siano tollerati dalle autorità. La Corte, tenuto conto del contesto di pregiudizio generalizzato contro i Rom esistente nel Paese, ha concluso che vi era stata violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 in una causa in cui le autorità non avevano protetto i ricorrenti da un attacco alle loro abitazioni, avevano giocato un certo ruolo in tale attacco, e non era stata svolta un'indagine interna effettiva⁽⁸²⁾. L'occupazione della sua roulotte da parte di una zingara è stata considerata parte integrante della sua identità etnica, della quale lo Stato doveva tener conto nell'adottare misure di sgombero forzato del terreno⁽⁸³⁾.

La Corte ha inoltre riscontrato la violazione dell'articolo 8 per motivi procedurali a causa dello sgombero sommario di una famiglia dall'area di sosta per roulotte messa a disposizione dall'autorità locale, in cui il ricorrente e la sua famiglia avevano vissuto per oltre tredici anni; la Corte ha dichiarato che un'ingerenza di tale gravità esigeva "ragioni particolarmente rilevanti di

⁽⁸⁰⁾ Corte EDU, *R.B. c. Ungheria*, 16 luglio 2020, n. 40888/17.

⁽⁸¹⁾ Corte EDU, *Király e Dömötör c. Ungheria*, 17 gennaio 2017, n. 10851/13.

⁽⁸²⁾ Corte EDU, *Burlyu e altri c. Ucraina*, 6 novembre 2018.

⁽⁸³⁾ Corte EDU, *Chapman c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001, n. 27238/95; Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, 27 settembre 1995, n. 18984/91.

interesse pubblico” e che il margine di discrezionalità concesso era esiguo ⁽⁸⁴⁾.

La Corte ha tuttavia ritenuto in passato che le politiche nazionali di pianificazione del territorio possano prevedere lo spostamento delle zone riservate alle roulotte, purché si consegua un giusto equilibrio tra i diritti individuali delle famiglie residenti nella zona e i diritti ambientali (o di altro genere) della collettività ⁽⁸⁵⁾. La Corte ha concluso che il fatto che le autorità, successivamente alla conclusione di procedimenti penali nei confronti dei ricorrenti, continuassero a conservare le loro impronte digitali, i loro campioni cellulari e i loro profili del DNA e impiegassero tali dati per risalire all’origine etnica, concernesse e violasse il diritto dei ricorrenti all’identità etnica di cui all’articolo 8 ⁽⁸⁶⁾.

La Corte ha inoltre concluso che quando gli stereotipi negativi attribuiti a un gruppo raggiungono un certo livello, essi sono in grado di agire sul senso di identità del gruppo e sui sentimenti di autostima e di fiducia in sé stessi dei membri del gruppo. In questo senso si può ritenere che incidano sulla vita privata dei membri del gruppo ⁽⁸⁷⁾ in cui il ricorrente, che è di origine Rom, si è sentito offeso da alcuni passi del libro “Gli zingari della Turchia”, dedicato alla comunità Rom.

15. Identità e cittadinanza

La Corte ha riconosciuto che, in determinate circostanze, il diritto alla cittadinanza rientra nella nozione di vita privata ⁽⁸⁸⁾. Sebbene il diritto di acquisire una determinata cittadinanza non sia garantito in quanto tale dalla Convenzione, la Corte ha concluso che in alcune circostanze il rifiuto arbitrario della cittadinanza può sollevare una questione ai sensi dell’articolo 8, in quanto incide sulla vita privata ⁽⁸⁹⁾. La perdita della cittadinanza precedentemente acquisita può comportare un’analogia, se non maggiore, ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare ⁽⁹⁰⁾, nel contesto

⁽⁸⁴⁾ Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, 27 agosto 2004, n. 66746/01.

⁽⁸⁵⁾ Corte EDU, *Jane Smith c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001 (Grande Camera); Corte EDU, *Lee c. Regno Unito*, 18 settembre 2012, nn. 25119/09, 57715/09 e 57877/09; Corte EDU, *Coster c. Regno Unito*, 18 gennaio 2001, n. 24876/94.

⁽⁸⁶⁾ Corte EDU, *Marper c. Regno Unito*, 4 dicembre 2008, n. 30562/04 e 30566/04.

⁽⁸⁷⁾ Corte EDU, *Aksu c. Turchia*, 18 dicembre 1996, n. 21987/93.

⁽⁸⁸⁾ Corte EDU, *Genovese c. Malta*, 11 ottobre 2011, n. 53124/09.

⁽⁸⁹⁾ Corte EDU, *Karashev c. Finlandia (dec.)*, 12 gennaio 1999, n. 31414/96; Corte EDU, *Slivenko e altri c. Lettonia (dec.)*, 9 ottobre 2003, n. 48321/99.

⁽⁹⁰⁾ Corte EDU, *Ramadan c. Malta*, 17 ottobre 2016, n. 76136/12; Corte EDU, *K2 c. Regno Unito (dec.)*, 7 febbraio 2017, n. 42387/13.

di attività connesse al terrorismo). Per determinare se tale ingerenza violi l'articolo 8 occorre esaminare due questioni distinte, ovvero se la decisione di revocare la cittadinanza sia stata arbitraria (criterio più stringente di quello della proporzionalità); e quali conseguenze abbia subito il ricorrente ⁽⁹¹⁾.

L'articolo 8 non può essere interpretato come se esso garantisca di per sé il diritto a un particolare tipo di permesso di soggiorno; la scelta del permesso spetta, in linea di massima, soltanto alle autorità interne ⁽⁹²⁾. Tuttavia la soluzione proposta deve consentire alla persona in questione di esercitare indisturbata il suo diritto alla vita privata e/o familiare ⁽⁹³⁾. Le misure che limitano il diritto di risiedere in un Paese possono, in determinati casi, comportare la violazione dell'articolo 8 qualora provochino ripercussioni sproporzionate sulla vita privata o familiare, o su entrambe, delle persone interessate ⁽⁹⁴⁾.

Inoltre, in tale contesto, l'articolo 8 può comportare l'obbligo positivo di assicurare al ricorrente l'effettivo godimento della sua vita privata e/o familiare ⁽⁹⁵⁾. Nella medesima causa le autorità nazionali avevano violato il diritto di un immigrato apolide alla vita privata in quanto non avevano regolarizzato, per anni, il suo status di residente e lo avevano lasciato in una situazione di insicurezza. Lo Stato non aveva adempiuto al suo obbligo positivo di fornire una procedura, o una combinazione di procedure, effettive e accessibili, che consentissero al ricorrente di ottenere una pronuncia sulle questioni del suo ulteriore soggiorno e status in Croazia, che tenesse debitamente conto dei suoi interessi relativi alla sua vita privata ai sensi dell'articolo 8.

La Corte ha ritenuto che le cause in materia di status coniugale o genitoriale rientrassero nell'ambito della vita privata e familiare. In particolare, ha ritenuto che la trascrizione del matrimonio, essendo il riconoscimento dello stato civile giuridico di una persona, riguardi indubbiamente sia la vita privata che la vita familiare e sia compresa nel campo di applicazione dell'articolo 8 § 1 ⁽⁹⁶⁾. La decisione di un tribunale austriaco di annullare il matrimonio della ricorrente ha avuto conseguenze sul suo status giuridico, e in generale sulla sua vita privata. Tuttavia, poiché si trattava di un matrimonio fittizio, l'ingerenza nella vita privata della ricorrente è stata ritenuta

⁽⁹¹⁾ Corte EDU, *Ramadan c. Malta*, 17 ottobre 2016, n. 76136/12; Corte EDU, *K2 c. Regno Unito* (dec.), 7 febbraio 2017, n. 42387/13.

⁽⁹²⁾ Corte EDU, *Kaftailova c. Lettonia* (cancellazione), 21 ottobre 2004, n. 59643/00.

⁽⁹³⁾ Corte EDU, *B.A.C. c. Grecia*, 13 ottobre 2016, n. 11981/15; Corte EDU, *Hoti c. Croazia*, 26 aprile 2018, n. 63311/14.

⁽⁹⁴⁾ Corte EDU, *Hoti c. Croazia*, 26 aprile 2018, n. 63311/14.

⁽⁹⁵⁾ Corte EDU, *Hoti c. Croazia*, 26 aprile 2018, n. 63311/14.

⁽⁹⁶⁾ Corte EDU, *Diadochi c. Malta*, 20 luglio 2010, n. 38816/07.

proporzionata ⁽⁹⁷⁾. Analogamente, i procedimenti relativi all'identità di una persona in qualità di genitore sono compresi nell'ambito della vita privata e familiare. La Corte ha ritenuto che le cause riguardanti la determinazione delle disposizioni giuridiche che disciplinano i rapporti di un padre con il figlio putativo rientrano nel campo di applicazione della nozione di vita privata ⁽⁹⁸⁾, così come il tentativo di disconoscere la paternità effettuato da un padre putativo ⁽⁹⁹⁾. Inoltre, il diritto di presentare una domanda di adozione al fine di diventare genitori rientra nel campo di applicazione della nozione di vita privata ⁽¹⁰⁰⁾.

16. La vita familiare

16.1. *La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte EDU*

Dalla combinazione dell'art. 8 e dell'art. 12 emerge la concezione di famiglia che connota la CEDU e la giurisprudenza della Corte. Ne emerge una nozione assai distante da quella tradizionale, peraltro non definita nei codici e nelle Costituzioni, ma presente nell'immaginario dei giuristi fino a qualche tempo fa, quando la realtà sociale ne ha mutato radicalmente la struttura e il significato. Alla famiglia si pensava come alla formazione sociale costituita da una coppia di persone di sesso diverso, fondata sul matrimonio e diretta a procreare figli.

In questa prospettiva, la famiglia che emerge dalla giurisprudenza della CEDU, agevolata dalle formule assai elastiche degli artt. 8 e 12, appare assai avanzata e illuminante. Per tenere il passo con i tempi e con l'evoluzione sociale il lessico impiegato dai giuristi è assai più colto, tecnicamente connotato e più vario di quello che si utilizzava nel secolo scorso, e fino alle propaggini del nuovo millennio. ⁽¹⁰¹⁾ Tutto ciò non è solo frutto della rapida

⁽⁹⁷⁾ Corte EDU, *Benes c. Austria*, 6 gennaio 1992, n. 18643/91.

⁽⁹⁸⁾ Corte EDU, *Rasmussen c. Danimarca*, 28 novembre 1984, n. 8777/79; Corte EDU, *Yildirim c. Austria* (dec.), 11 ottobre 1999, n. 34308/96; Corte EDU, *Krušković c. Croazia*, 21 giugno 2011, n. 46185/08; Corte EDU, *Abrens c. Germania*, 22 marzo 2012, 45071/09; Corte EDU, *Tsvetelin Petkov c. Bulgaria*, 15 luglio 2014, n. 2641/06.

⁽⁹⁹⁾ Corte EDU, *Shofman c. Russia*, 24 novembre 2005, n. n. 74826/01.

⁽¹⁰⁰⁾ Corte EDU, *A.H.e altri c. Russia*, 3 luglio 2017, n. 6033/13.

⁽¹⁰¹⁾ Non si parla soltanto di famiglie mononucleari, allargate, ricomposte, ma anche di famiglie variamente formate con il mutare della identità della persona, per via di quella "intersezionalità" che, da un lato, incide sulla procreazione e quindi sulla trasmissione della vita, e, per l'altro, riformula la distribuzione dei compiti nell'ambito della famiglia, riformulazione già modificata dall'equiparazione dei sessi e dai principi di eguaglianza e dignità eletti a valore costituzionale: v. K.E. RUSSO e A. MONGIBELLO, *Intersezionalità e genere*, Milano, 2021;

evoluzione dei costumi, dei modi di vita e delle stesse concezioni di famiglia che si sono avvicinati nel tempo, ma credo — soprattutto — dei risultati raggiunti dalle nuove tecnologie: la medicina ha consentito, con la procreazione artificiale di dare a famiglie sterili la gioia della maternità; l’“utero in affitto” (là dove esso è consentito) ha esteso la gioia della maternità o della paternità anche alle coppie di persone dello stesso sesso; si è persino visto un “salto” di generazioni, quando la nonna o la sorella hanno messo a disposizione il loro apparato riproduttivo per consentire ad una donna di poter diventare madre “sociale” di un figlio che non avrebbe mai potuto mettere al mondo. L’adozione del single si avvia a consentire la creazione di una famiglia uniparentale, superando il mito della bigenitorialità.

La rivoluzione delle aggregazioni di vita, agevolate dai divorzi, dai ricongiungimenti, dai nuovi matrimoni, è fonte di famiglie che si compongono e ricompongono in più occasioni.

Per parte sua, la rivoluzione informatica e digitale è foriera di incontri, di vite familiari distanti nello spazio, ma non nella comunicazione, di vite “sociali” virtuali, di gruppo e di fasce professionali, culturali, associative in cui si vivono momenti un tempo riservati alle vite familiari tradizionali.

La famiglia finisce inoltre per esternare attività e funzioni che vengono svolte dal gruppo, ma, per altri versi, comincia a recuperare attività e funzioni che il gruppo non è più in grado di garantire come per il passato: basti pensare alla assistenza degli anziani e degli incapaci, a cui il sistema dello stato sociale non assicura più una adeguata sistemazione, o alla integrazione dei sussidi scolastici, divenuti ormai carenti, che trovano un surrogato nella famiglia colta. Sì che la famiglia per un verso si svuota dei suoi compiti storici, per altro verso se ne vede affidati altri ⁽¹⁰²⁾.

In più, attraverso gli avatar, e il mondo di metaverso, alle famiglie naturali si affiancano famiglie “artificiali” che offrono ai loro componenti una vita alternativa, del tutto immaginifica e “liquida”, eppure tendenzialmente simile negli affetti, nei contrasti, nelle avversità, alla vita reale.

Per il momento, il diritto si è ritagliato uno spazio più ridotto: si occupa dei rapporti personali e patrimoniali tra i membri della famiglia, della collocazione dei figli nei nuclei familiari, della loro educazione e istruzione, fino al loro inserimento nel mondo del lavoro.

A. SCHILLACI, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2014. Per una valutazione d’insieme v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, IV ed., Bologna, 2020; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Padova, 2021; L. BALESTRA, *Business e sentimenti. Dinamiche societarie e realtà familiari*, Bologna, 2020; e già M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, in *Comm. Costituzione* diretto da G. BRANCA, sub art. 29, Bologna, 1976.

⁽¹⁰²⁾ V. GRILLI, *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Roma, 2019.

Non si deve dimenticare che la famiglia è lo specchio della società, più che del diritto: nella famiglia si riversano sì le innovazioni esterne, sociali e tecnologiche, ma anche le concezioni religiose, filosofiche, politiche, sociologiche, economiche di cui essa è sensibile membrana.

Se non bastasse l'esperienza propria di ciascuno di noi, si pensi al posto centrale che la famiglia ha nella letteratura e nelle arti in genere: proiezioni di emozioni e di valori che accompagnano l'umanità da tempi immemorabili ⁽¹⁰³⁾.

La famiglia nella storia offre un cammino affascinante, e ancor più complesso, quando ad esso si associano le alleanze politiche ed economiche, seguendo la storia degli status sociali. Un cammino che può essere doloroso, quando registra i momenti tragici della storia, se diviene l'obiettivo di criminali programmi di sterminio e di discriminazione ⁽¹⁰⁴⁾.

“Famiglia” dunque è molto di più di quel che il giurista solitamente pensa, abituato a leggere le aride disposizioni della legge: “famiglia” evoca immediatamente i ricordi personali, i sentimenti, gli innamoramenti, le nozze e i distacchi, le nascite, le malattie e la morte, la casa di origine, e i trasferimenti, le cose che hanno circondato l'infanzia e la giovinezza, la lingua e la religione, la cultura del gruppo, i figli e gli altri congiunti, e pure il nome, e, nei momenti più importanti, anche la storia che si è intrecciata con le piccole storie individuali e di gruppo, segnando in tutti i secoli vicende epocali.

Anche questi aspetti in vario modo e a vario titolo rimbalzano nel mondo del diritto, ed è ovvio che tradurre questo complesso groviglio di fattori in formule giuridiche è ben poca cosa rispetto alla maestà della loro natura.

Nell'esperienza italiana l'ultimo decennio ha portato due straordinari mutamenti, che, essendo impensabili anche nel passato più recente, attendono ancora di essere metabolizzati dai giuristi: l'unificazione dello status dei figli, con la disciplina recata dalla l. 17 dicembre 2012, n. 219, e la legittimazione delle unioni tra persone dello stesso sesso e il riconoscimento della dignità alla convivenza di persone di sesso diverso (o di sesso eguale), recata dalla disciplina della l. 20 maggio 2016, n. 76. A queste due rivoluzioni

⁽¹⁰³⁾ A mero titolo esemplificativo v. D. CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto, letteratura*, Firenze, 2022.

⁽¹⁰⁴⁾ Nell'immensa letteratura V. ROSENBERG (a cura di), *La famiglia nella storia*, Torino, 1979; J. CASEY, *La famiglia nella storia*, Roma-Bari, 1999; M. BETTINI, *La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna, 2009; C. BORONI, *L'immagine della famiglia nella letteratura italiana del Novecento, Studi di storia e critica della letteratura italiana dell'Ottocento e del Novecento in onore di Giuseppe Farinelli*, Milano, 2011.

L'intreccio di Storia e storie è esperienza “familiare” di ciascuno di noi; ma voglio segnalare in particolare il libro di I.J. SINGER, *La famiglia Karnowski*, Milano, 2015.

si è aggiunta la terza, da lungo attesa, costituita dalla riforma del processo civile e la istituzione del c.d. “tribunale della famiglia”, introdotto con la l. 26 novembre 2021, n. 206. Vi sono poi riforme legislative attese o auspiccate (anche dalla Corte costituzionale), come la nuova disciplina del cognome, l’attribuzione anagrafica della doppia omogenitorialità ai figli di coppie omosessuali, l’adozione nei casi speciali, la istituzione di un rapporto para-familiare al nuovo coniuge o al compagno o alla compagna della madre o del padre rispetto ai figli nati in costanza di precedenti matrimoni o unioni.

In un decennio si è assistito ad un rivolgimento radicale della disciplina che ha implicato un ripensamento non soltanto delle vecchie concezioni ma ha postulato anche un adattamento di quelle più recenti, già ritenute innovative.

Il diritto interno deve in più essere integrato dal diritto dell’Unione europea e dal diritto internazionale convenzionale, come risultante dai molti trattati riguardanti i rapporti familiari e le esigenze dei figli, degli anziani, delle famiglie socialmente deboli, dei diseredati.

La giurisprudenza rispettivamente della Corte di Giustizia dell’Unione e della Corte EDU hanno contribuito a delineare un nuovo diritto di famiglia a cui l’ordinamento interno deve adeguarsi o per obbligo eurounitario o per obbligo convenzionale.

Per questi aspetti, pure assi significativi, rinvio alla letteratura del settore, così come ai profili della armonizzazione del diritto di famiglia in ambito europeo, che è già approdato a risultati significativi.

Già a partire dagli anni Novanta la Corte di cassazione ha distinto tra la famiglia tradizionale, fondata sui vincoli di sangue, e la famiglia degli affetti, fondata sui valori della persona e sulla promozione dello sviluppo della personalità, tanto più rilevante quanto più fragile e acerba è la persona. Sicché, tenuto conto delle circostanze del caso, alla famiglia di origine può essere preferita, ai fini dello stato di adottabilità, la famiglia adottiva.

L’interesse della famiglia coincide dunque con gli interessi dei suoi membri. Tutelare la famiglia significa tutelare i diritti fondamentali dei suoi membri. Una semplice rassegna di casi illustra questa linea interpretativa ormai irreversibile, che la nuova disciplina processuale dovrebbe avallare.

La famiglia non ha un interesse superiore a quella dei suoi membri, né può essere considerata un centro di imputazione di norme giuridiche. L’interesse dei membri è un interesse che si addiziona, sulla base della consistenza dei famigliari. Certo, la famiglia assolve ad una funzione sociale assai rilevante, tanto più oggi che si avverte l’insufficienza della scuola ad educare e istruire i minori; e sostiene i figli economicamente e per le altre loro necessità, anche per lunghi periodi di tempo dopo il compimento della maggiore età. Si tratta di compiti che i genitori debbono assolvere nell’inte-

resse dei figli, ed è solo questo l'interesse che la famiglia può essere tenuta a tutelare, non potendosi imporle di perseguire interessi pubblici.

Considerando le ragioni di precarietà del lavoro e le difficoltà economiche in cui si dibattono anche i figli maggiorenni, la giurisprudenza assume un concetto di famiglia più esteso della famiglia nucleare che si era venuta delineando alla fine del secolo scorso ⁽¹⁰⁵⁾.

16.2. *Famiglia, vita familiare e vita privata*

Oltre alle formule ampie degli artt. 8 e 12, la stessa nozione di famiglia assorbita da quella di vita familiare, e l'accostamento della vita familiare alla vita privata hanno consentito alla Corte EDU di decidere sentenze assai

⁽¹⁰⁵⁾ Si è perciò ritenuto che: «Nel giudizio proposto dal figlio maggiorenne nei confronti di uno solo dei genitori per il proprio mantenimento, l'altro genitore non è litisconsorte necessario, non essendo l'obbligazione dedotta in giudizio obbligazione solidale. Tuttavia, una volta individuata la misura dell'assegno, il carico non può che ripartirsi fra i genitori in proporzione delle rispettive sostanze e possibilità; ne consegue che il giudice del merito è tenuto ad accertare, sia pure incidentalmente e senza forza di giudicato, i redditi di entrambi i genitori, per ripartire il peso dell'assegno a carico di ciascuno» (Cass., 8 giugno 2022, n. 18451); l'autosufficienza può essere compromessa dalla durata e stabilità del rapporto di lavoro: «In tema di contributo al mantenimento del figlio maggiorenne da parte del genitore separato non convivente, lo svolgimento di un'attività retribuita, ancorché prestata in esecuzione di contratto di lavoro a tempo determinato, può costituire un elemento rappresentativo della capacità del figlio di procurarsi un'adeguata fonte di reddito, e quindi della raggiunta autosufficienza economica, che esclude la reviviscenza dell'obbligo di mantenimento da parte del genitore a seguito della cessazione del rapporto di lavoro, fermo restando che non ogni attività lavorativa a tempo determinato è idonea a dimostrare il raggiungimento della menzionata autosufficienza economica, che può essere esclusa dalla breve durata del rapporto o dalla ridotta misura della retribuzione» (Cass., 15 dicembre 2021, n. 40282); dovendosi valutare la dignitosa condizione di vita dei figli sia se hanno diritto a ricorrere alla previdenza sociale sia se hanno diritto ad un sussidio da parte dei genitori divorziati: «Il figlio di genitori divorziati, che abbia ampiamente superato la maggiore età, e non abbia reperito, pur spendendo il conseguito titolo professionale sul mercato del lavoro, una occupazione lavorativa stabile o che, comunque, lo remunererà in misura tale da renderlo economicamente autosufficiente, non può soddisfare l'esigenza ad una vita dignitosa, alla cui realizzazione ogni giovane adulto deve aspirare, mediante l'attuazione dell'obbligo di mantenimento del genitore, bensì attraverso i diversi strumenti di ausilio, ormai di dimensione sociale, che sono finalizzati ad assicurare sostegno al reddito, ferma restando l'obbligazione alimentare da azionarsi nell'ambito familiare per supplire ad ogni più essenziale esigenza di vita dell'individuo bisognoso» (Cass., 3 dicembre 2021, n. 38366); in generale «il figlio divenuto maggiorenne ha diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, con conseguente onere probatorio a suo carico, di essersi adoperato effettivamente per rendersi autonomo economicamente, impegnandosi attivamente per trovare un'occupazione in base alle opportunità reali offerte dal mercato del lavoro, se del caso ridimensionando le proprie aspirazioni, senza indugiare nell'attesa di una opportunità lavorativa consona alle proprie ambizioni» (Cass., 14 agosto 2020, n. 17183).

avanzate. È pur vero che la CEDU non garantisce il diritto di fondare una famiglia, né tutela il mero desiderio di fondare una famiglia (sul punto v. infra, il commento all'art. 12); presuppone l'esistenza di un aggregato sociale costituito da legami affettivi, non necessariamente componibili in un unico luogo.

Come si precisa nella Guida alla interpretazione dell'art. 8 "famiglia" può essere persino una potenziale relazione tra il figlio nato fuori dal matrimonio e il padre naturale, o la relazione derivante da un autentico matrimonio anche qualora la vita familiare non sia stata ancora pienamente instaurata, o la relazione tra un padre e il figlio legittimo anche qualora, anni dopo, sia stato dimostrato che non avesse alcuna base biologica ⁽¹⁰⁶⁾.

L'art. 8 è stato considerato applicabile anche in assenza di una vita familiare vera e propria, come accade tra persone dello stesso sesso ⁽¹⁰⁷⁾.

La famiglia può dunque comprendere legami di fatto, in cui le parti convivono al di fuori del matrimonio (ovvero senza essere coniugate) ⁽¹⁰⁸⁾. L'esistenza di un'unione stabile può prescindere dalla convivenza ⁽¹⁰⁹⁾.

La convivenza non è un criterio determinante per accertare la stabilità di una relazione duratura ⁽¹¹⁰⁾; può essere considerato rilevante ai fini della dichiarazione giudiziale di paternità la natura della relazione tra i genitori naturali e il dimostrabile interesse e impegno del padre nei confronti del figlio, sia precedentemente che successivamente alla nascita ⁽¹¹¹⁾.

I matrimoni non conformi al diritto nazionale non costituiscono un impedimento per la vita familiare ⁽¹¹²⁾.

Il fidanzamento non crea di per sé una vita familiare ⁽¹¹³⁾.

La Corte EDU ha dato dignità alla famiglia di fatto ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, n. 25358/12.

⁽¹⁰⁷⁾ Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, n. 25358/12; Corte EDU, *Lazoriva c. Ucraina*, 17 aprile 2018, n. 6878/14.

⁽¹⁰⁸⁾ Corte EDU, *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, n. 9697/82.

⁽¹⁰⁹⁾ Corte EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia*, 7 novembre 2013, n. 29381/09 e 32684/09;

⁽¹¹⁰⁾ Corte EDU, *Berrehab c. Paesi Bassi*, 21 giugno 1988, n. 10730/84.

⁽¹¹¹⁾ Corte EDU, *Nylund c. Finlandia*, 19 giugno 2003, n. n. 27110/95; Corte EDU, *Anayo c. Germania*, 21 dicembre 2010, 20578/07.

⁽¹¹²⁾ Corte EDU, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, n. 9214/80.

⁽¹¹³⁾ Corte EDU, *Wakefield c. Regno Unito*, 1 ottobre 1990, n. 15817/89.

⁽¹¹⁴⁾ Corte EDU, *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, n. n. 16969/90; Corte EDU, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1994, n. 18535/91.

16.3. *Vita familiare e congiunti*

Come si precisa nella Guida può esistere una vita familiare anche tra fratelli ⁽¹¹⁵⁾ e tra zii e nipoti ⁽¹¹⁶⁾. È indifferente che i figli siano maggiorenni ⁽¹¹⁷⁾ e si sia formato un distinto nucleo familiare ⁽¹¹⁸⁾. La Corte ha affermato che la vita familiare comprende almeno i legami con i prossimi congiunti, per esempio quelli tra nonni e nipoti, in quanto tali congiunti possono svolgere un notevole ruolo nella vita familiare ⁽¹¹⁹⁾. Il diritto al rispetto della vita familiare dei nonni in relazione ai loro nipoti comporta fondamentalmente il diritto di mantenere un normale rapporto tra i nonni e i nipoti mediante reciproche visite ⁽¹²⁰⁾, tuttavia l'accesso di un nonno a un nipote è normalmente a discrezione dei genitori del minore ⁽¹²¹⁾. Sono riconosciuti anche legami familiari tra zii e nipoti, in particolare in caso di assenza dei genitori naturali ⁽¹²²⁾ o vi siano prove di ulteriori elementi di dipendenza, che comportano legami affettivi più profondi del normale ⁽¹²³⁾.

Nella causa *Lazoriva c. Ucraina* ⁽¹²⁴⁾, la Corte ha ritenuto che anche il desiderio della ricorrente di mantenere e sviluppare il suo rapporto con il nipote di cinque anni, diventandone la tutrice, desiderio fondato su un'adeguata base giuridica e fattuale, fosse una questione relativa alla vita privata.

16.4. *Coppie omosessuali*

La Corte ha interpretato l'articolo 8 alla luce delle condizioni attuali e ha riconosciuto che la relazione di una coppia omosessuale convivente, che vive una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di famiglia, e non deve

⁽¹¹⁵⁾ Corte EDU, *Moustaquim c. Belgio*, 18 febbraio 1991, n. 12313/86; Corte EDU, *Mustafa e Armağan Akin c. Turchia*, 6 aprile 2010, n. 4694/03.

⁽¹¹⁶⁾ Corte EDU, *Boyle c. Regno Unito*, 24 febbraio 1994, n. 16580/90.

⁽¹¹⁷⁾ Corte EDU, *Boughanemi c. Francia*, 24 febbraio 1994, n. 16580/90.

⁽¹¹⁸⁾ Corte EDU, *Moustaquim c. Belgio*, 18 febbraio 1991, n. 12313/86; Corte EDU, *El Boujaïdi c. Francia*, 26 settembre 97, n. 25613/94.

⁽¹¹⁹⁾ Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, n. n. 683/74; Corte EDU, *Bronda c. Italia*, 9 giugno 1998, n. 22430/93; Corte EDU, *T.S. e J.J. c. Norvegia* (dec.), 3 novembre 2016, n. 15633/15.

⁽¹²⁰⁾ Corte EDU, *Kruškić c. Croazia* (dec.), 25 novembre 2014, n. 10140/13; Corte EDU, *Mitovi c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 13 luglio 2006, n. 55170/00.

⁽¹²¹⁾ Corte EDU, *Kruškić c. Croazia* (dec.), 25 novembre 2014, n. 10140/13.

⁽¹²²⁾ Corte EDU, *Butt c. Norvegia*, 26 aprile 2018, n. 47017/09; Corte EDU, *Juciùs e Juciùvienė c. Lituania*, 25 novembre 2008, n. 14414/03.

⁽¹²³⁾ Corte EDU, *Benhebba c. Francia*, 10 luglio 2003, n. 53441/99; Corte EDU, *Mokrani c. Francia*, 15 luglio 2003, n. 52206/99; Corte EDU, *Onur c. Regno Unito*, 17 febbraio 2009, n. 27319/07; Corte EDU, *Slivenko c. Lettonia* [GC], 9 ottobre 2003, n. 48321/99; Corte EDU, *A.H. Khan c. Regno Unito*, 12 maggio 2000, n. 35394/97.

⁽¹²⁴⁾ Corte EDU, *Lazoriva c. Ucraina*, 17 aprile 2018, n. 6878/14.

essere discriminata ai sensi dell'art. 14 della Convenzione e dell'articolo 1 del Protocollo n. 12 (divieto generale di discriminazione): si è in presenza di una "vita familiare" paritetica a quella di una coppia eterosessuale ⁽¹²⁵⁾.

La Corte ha inoltre ritenuto che la relazione tra due donne conviventi e il figlio concepito da una di loro, ma allevato da entrambe, costituisca "vita familiare" ⁽¹²⁶⁾. Nella causa *X e altri c. Austria* [GC], 2013, è stata ritenuta discriminatoria l'esclusione delle coppie omosessuali non coniugate dall'adozione coparentale concessa invece, in circostanze analoghe, alle coppie eterosessuali non coniugate. Questo orientamento interpretativo è molto importante perché confligge con l'orientamento della Corte costituzionale che si è accennato.

In alcune cause la Corte ha esaminato questioni relative all'orientamento sessuale soltanto ai sensi della disposizione sostanziale, per esempio il divieto ai sensi del diritto penale di rapporti omosessuali tra maggiorenni ⁽¹²⁷⁾; il congedo degli omosessuali dalle forze armate ⁽¹²⁸⁾; il rifiuto di trascrivere i matrimoni omosessuali contratti all'estero ⁽¹²⁹⁾; l'obbligo positivo di promulgare un quadro giuridico che preveda il riconoscimento e la tutela delle unioni omosessuali ⁽¹³⁰⁾; le condizioni di detenzione ⁽¹³¹⁾.

16.5. Adozione

Il diritto di presentare una domanda di adozione e di ottenere che essa sia esaminata equamente, rientra nel campo di applicazione della nozione di "vita privata", in considerazione della decisione della coppia di diventare genitori ⁽¹³²⁾. Nella causa *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC] ⁽¹³³⁾ la Corte ha esaminato l'immediata e irreversibile separazione di una coppia dal figlio nato all'estero sulla base di un contratto di maternità surrogata, e le sue

⁽¹²⁵⁾ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, n. 30141/04.

⁽¹²⁶⁾ Corte EDU, *X e altri c. Austria* [GC], 19 febbraio 2013, n. 19010/07; Corte EDU, *Gas e Dubois c. Francia*, 15 marzo 2012, n. 25951/07.

⁽¹²⁷⁾ Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, n. 7525/76; Corte EDU, *Norris c. Irlanda*, 26 ottobre 1988, n. 10581/83; Corte EDU, *Modinos c. Cipro*, 23 aprile 1993, n. 15070/81; Corte EDU, *A.D.T. c. Regno Unito*, 31 luglio 2000, n. 35765/97.

⁽¹²⁸⁾ Corte EDU, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito*, 27 settembre 1999, nn. 31417/96 e 32377/96; *Smith e Grady c. Regno Unito*, 27 settembre 1999, n. 33985/96 e 33986/96; Corte EDU, *Beck e altri c. Regno Unito*, 22 ottobre 2002, n. 48535/99, 48536/99, 48537/99.

⁽¹²⁹⁾ Corte EDU, *Orlandi e altri c. Italia*, 14 dicembre 2017, n. nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12.

⁽¹³⁰⁾ Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, nn. 18766/11 e 36030/11.

⁽¹³¹⁾ Corte EDU, *Stasi c. Francia*, 20 ottobre 2011, n. 25001/07.

⁽¹³²⁾ Corte EDU, *A.H. e altri c. Russia*, 3 luglio 2017, n. 6033/13.

⁽¹³³⁾ Corte EDU *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, n. 25358/12.

conseguenze sul diritto della coppia al rispetto della sua vita privata. La Corte ha ponderato l'interesse generale in gioco e l'interesse dei ricorrenti ad assicurare il loro sviluppo personale proseguendo il loro rapporto con il minore e ha ritenuto che i tribunali italiani, separando i ricorrenti dal minore, avessero conseguito un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco.

Per contro, nella causa *Gas e Dubois c. Francia* ⁽¹³⁴⁾, non è stato ritenuto discriminatorio il rifiuto di un decreto di adozione semplice a favore della compagna omosessuale della madre biologica, poiché neanche le coppie eterosessuali che avevano contratto un'unione civile potevano ottenere un decreto di adozione semplice.

16.6. *Il diritto di sposarsi e fondare una famiglia (art. 12)*

Pur facendo riferimento alla famiglia tradizionale (« A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto ») l'art. 12 della Cedu, interpretato alla luce dell'art. 8 e delle disposizioni che proibiscono le discriminazioni è esteso a ricomprendere le forme di famiglia più innovative. Ogni ingerenza arbitraria o sproporzionata dello Stato viene dunque sanzionata ⁽¹³⁵⁾. La Corte EDU rispetta la disciplina del matrimonio propria dei singoli Stati aderenti al Consiglio d'Europa, compresi i requisiti di età per contrarre matrimonio ⁽¹³⁶⁾ e le condizioni psichiche in cui esso si vorrebbe contrarre ⁽¹³⁷⁾.

Particolarmente significativa è la questione discussa nel caso *Christine Goodwin c. Regno Unito* ⁽¹³⁸⁾, in cui la ricorrente viveva come una donna e non poteva giuridicamente contrarre matrimonio con un uomo in quanto le era stato negato il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso.

Pur rilevando che la prima frase dell'articolo 12 rinviava esplicitamente a un uomo e a una donna, la Corte ha ritenuto che, all'epoca della decisione della causa, non si potesse più assumere che tali termini rinviassero necessariamente alla determinazione del sesso mediante criteri puramente biolo-

⁽¹³⁴⁾ Corte EDU, *Gas e Dubois c. Francia*, 15 marzo 2012, n. 25951/07.

⁽¹³⁵⁾ Corte EDU, *Frasik c. Polonia*, 5 gennaio 2010, n. 22933/02.

⁽¹³⁶⁾ Corte EDU, *Khan c. Regno Unito*, 12 maggio 2000, n. 35394/97.

⁽¹³⁷⁾ Corte EDU, *Delecalle c. Francia*, 18 settembre 2015, n. 37646/13. Il ricorrente, che era stato sottoposto a curatela rafforzata, (*curatelle renforcée*), aveva chiesto alla persona incaricata della curatela l'autorizzazione a contrarre matrimonio con la sua compagna, che gli era stata negata. Il giudice tutelare ha confermato tale decisione sulla base di un'indagine dei servizi sociali e di una valutazione psichiatrica, e la Corte di cassazione ha infine rigettato il ricorso presentato dal ricorrente.

⁽¹³⁸⁾ Corte EDU, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002.

gici, poiché l'istituto del matrimonio aveva subito importanti cambiamenti sociali, nonché notevoli modifiche prodotte dallo sviluppo della medicina e della scienza nel campo della transessualità, successivamente all'adozione della Convenzione.

All'opposto è stato consentito di mantenere in vita il matrimonio del transgender ⁽¹³⁹⁾.

In un caso analogo la Corte costituzionale, pur considerando nullo il matrimonio del padre, che aveva cambiato sesso, ha ritenuto che le circostanze particolari giustificassero la vita familiare comune con gli altri componenti della famiglia.

La Corte ha confermato, in diverse occasioni, che il significato ordinario delle parole "diritto di sposarsi" contemplava soltanto la formazione delle relazioni matrimoniali ma non il loro scioglimento ⁽¹⁴⁰⁾.

Infine, è stato ritenuto che il rifiuto di concedere il permesso di soggiorno al compagno omosessuale straniero violasse l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 ⁽¹⁴¹⁾. Fuori del contesto della vita familiare, la Corte ha riscontrato la violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 10 nella causa *Bayev e altri c. Russia* ⁽¹⁴²⁾, concernente il divieto previsto dalla legge di promuovere l'omosessualità tra i minori, che incarnava un pregiudizio aprioristico della maggioranza eterosessuale nei confronti della minoranza omosessuale. Non ha invece riscontrato la violazione dell'articolo 14, in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione e l'articolo 1 del Protocollo n. 1, nella causa *Aldeguer Tomás c. Spagna* ⁽¹⁴³⁾, in cui il ricorrente era il compagno superstite di un'unione omosessuale stabile, ma non aveva diritto alla pensione di reversibilità in quanto il suo compagno era deceduto prima del riconoscimento del matrimonio omosessuale.

Nella causa *Beizaras e Levickas c. Lituania* ⁽¹⁴⁴⁾, i ricorrenti, una coppia omosessuale, avevano ricevuto diverse gravi minacce e commenti offensivi dopo aver pubblicato su Facebook una loro fotografia che li ritraeva mentre si baciavano. Le autorità competenti si erano rifiutate di perseguire gli autori ritenendo che il comportamento dei ricorrenti fosse stato "eccentrico" e non

⁽¹³⁹⁾ Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* (GC), 21 luglio 2015, n. 37359/09; Corte EDU, *Chapin e Charpentier c. Francia*, 9 giugno 2016, n. 40183/07.

⁽¹⁴⁰⁾ Corte EDU, *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, n. 9697/82.

⁽¹⁴¹⁾ Corte EDU, *Pajić c. Croazia*, 23 febbraio 2016, n. 68453/13; Corte EDU, *Taddeucci e McCall c. Italia*, 30 giugno 2016, n. 51362/09.

⁽¹⁴²⁾ Corte EDU, *Bayev e altri c. Russia*, 20 giugno 2017, nn. 67667/09 44092/12 e 56717/12

⁽¹⁴³⁾ Corte EDU, *Aldeguer Tomás c. Spagna*, 14 giugno 2016, n. 35214/09.

⁽¹⁴⁴⁾ Corte EDU, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, 14 gennaio 2020, n. 41288/15.

corrispondente ai “tradizionali valori familiari” del Paese. La Corte ha concluso che i ricorrenti avevano subito una discriminazione basata sul loro orientamento sessuale, senza un valido motivo.

La Corte ha ritenuto che il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso non violasse l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 o con l'articolo 12 ⁽¹⁴⁵⁾, ma che l'impossibilità per le coppie omosessuali di contrarre un'unione civile violasse l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 ⁽¹⁴⁶⁾.

In ordine alle adozioni, nella causa E.B. c. Francia [GC] ⁽¹⁴⁷⁾, la Corte ha riscontrato la violazione dell'articolo 14 a causa del rifiuto delle autorità di autorizzare un'adozione basato sullo stile di vita della ricorrente, una lesbica che viveva con un'altra donna.

16.7. *Famiglia e diritti della personalità nella giurisprudenza della Corte di cassazione orientata dalla Corte EDU*

All'interno della famiglia — sia essa fondata sul matrimonio, oppure nasca da una unione civile o dalla convivenza, registrata o di fatto — ciascun componente deve esser messo in grado di esercitare i suoi diritti fondamentali. Il rispetto dei diritti fondamentali all'interno della compagine familiare deve essere garantito dalla legge e dalle regole che la famiglia autonomamente si impone. Le regole interne sono il frutto di una scelta concorde dei genitori, con il coinvolgimento del figlio, la cui volontà è rilevante a seconda dell'età e della maturità raggiunta.

Si noterà che i diritti fondamentali si coniugano tra loro, e spesso sono tutelati contemporaneamente, ancorché siano predisposti a garanzia di interessi diversi tra loro.

La giurisprudenza in materia è molto ricca. Ecco qualche esempio.

Sul valore della dignità e sull'onore:

« Il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo da un lato ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare (e ciò

⁽¹⁴⁵⁾ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, n. 30141/04; Corte EDU, *Chapin e Charpentier c. Francia*, 9 giugno 2016, n. 40183/07.

⁽¹⁴⁶⁾ Corte EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia* [GC], 19 febbraio 2013, nn. 29381/09 e 32684/09.

⁽¹⁴⁷⁾ Corte EDU, *E.B. c. Francia* [GC], 22 gennaio 2008, n. 43546/02.

considerato che la famiglia è luogo di incontro e di vita comune nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza attraverso l'instaurazione di reciproche relazioni di affetto e di solidarietà, non già sede di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili); e dovendo dall'altro lato escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio — se ed in quanto posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona — riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale branca del diritto (quali la separazione e il divorzio, l'addebito della separazione, la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare), dovendosi invece predicare una strutturale compatibilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, con la conseguente, concorrente rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia (e sempre che ricorrano le sopra dette caratteristiche di gravità) quale fatto generatore di responsabilità aquiliana. E siccome l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro — pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo — un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, sostanziantesi anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto, è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità "coeundi" a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio »⁽¹⁴⁸⁾.

« In tema di protezione internazionale dello straniero, anche gli atti di vendetta e ritorsione minacciati o posti in essere da membri di un gruppo familiare che si ritiene leso nel proprio onore a causa di una relazione (nella specie, sentimentale) esistente o esistita con un membro della famiglia, sono

⁽¹⁴⁸⁾ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801.

riconducibili, in quanto lesivi dei diritti fondamentali sanciti in particolare dagli artt. 2, 3 e 29 Cost. e dall'art. 8 CEDU, all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti considerati nell'art. 14, lett. *b*), del d.lgs. n. 251 del 2007, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sicché è onere del giudice verificare in concreto se, in presenza di minaccia di danno grave ad opera di soggetti non statuali, ai sensi dell'art. 5, lett. *c*), del decreto citato, lo Stato di origine del richiedente sia in grado o meno di offrire al soggetto vittima di tali atti un'adeguata protezione » ⁽¹⁴⁹⁾.

« La relazione di un coniuge con estranei rende addebitabile la separazione ai sensi dell'art. 151 c.c. quando, in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà e quindi, anche se non si sostanzi in un adulterio, comporti offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge » ⁽¹⁵⁰⁾.

Sul diritto al nome:

« Non può essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l'inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestato il proprio consenso alla pratica della procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero, poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva » ⁽¹⁵¹⁾.

« In caso di dichiarazione giudiziale di paternità, l'assunzione del cognome paterno da parte del figlio maggiorenne non è configurabile quale pronuncia accessoria da rendere d'ufficio ma, in quanto espressione di un diritto potestativo del figlio, richiede una apposita domanda da formularsi nell'atto di citazione o comunque nel termine ultimo di cui all'art. 183, comma 5, c.p.c. (nel testo applicabile "ratione temporis", anteriore alle modifiche introdotte con il d.l. n. 35 del 2005, conv. con modif. dalla l. n. 80 del 2005) » ⁽¹⁵²⁾.

« La determinazione dei soggetti che hanno diritto alla cognomizzazione del predicato nobiliare, ai sensi della quattordicesima disposizione transitoria della Costituzione, deve effettuarsi in base alla legislazione nobiliare vigente alla data di entrata in vigore della Costituzione, in quanto detta legislazione, che ha conservato la sua efficacia entro i limiti delle azioni e degli accertamenti tuttora consentiti dalla Costituzione e dalle altre norme vigenti, stabilisce quali fossero i titolari dei predicati nobiliari, dei quali la Costitu-

⁽¹⁴⁹⁾ Cass., 22 gennaio 2020, n. 1343.

⁽¹⁵⁰⁾ Cass., 19 settembre 2017, n. 21657.

⁽¹⁵¹⁾ Cass., 3 aprile 2020, n. 7678.

⁽¹⁵²⁾ Cass., 2 ottobre 2015, n. 19734.

zione ha ammesso la cognomizzazione, assoggettandoli alla disciplina giuridica del nome. L'art. 42 del regolamento per la Consulta araldica, approvato con RD 5 luglio 1898, n. 314, disponeva, fra l'altro, che gli ultrageniti di famiglie investite di titolo nobiliare avevano diritto alla attribuzione del titolo e del relativo predicato spettante al primogenito, preceduto dal signacolo dei, il quale diritto fu conservato dalla successiva legislazione. Pertanto, gli ultrageniti sono legittimati ad ottenere la cognomizzazione del predicato, quali titolari, al pari dell'investito, dello interesse, riconosciuto e protetto dalla norma costituzionale, a conservare il riflesso di ricordi familiari, di carattere storico, attraverso il cognome patronimico, che assolve, oltre alla funzione di individuare la persona, a quella di determinare, tramite la discendenza, gli appartenenti ad una data famiglia » (153).

« In sede di applicazione delle disposizioni di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 262 cod. civ., disciplinanti l'ipotesi in cui la filiazione nei confronti del padre sia stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, occorre muovere dal presupposto che il diritto al nome costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun individuo, avente copertura costituzionale assoluta, sicché il giudice deve avere riguardo al modo più conveniente di individuare il minore in relazione all'ambiente in cui è cresciuto fino al momento del riconoscimento da parte del padre, prescindendo, anche a tutela dell'eguaglianza fra i genitori, da qualsiasi meccanismo di automatica attribuzione del cognome. Oltre che nei casi in cui ne possa derivare danno all'interessato, l'assunzione del patronimico non dovrà, quindi, essere disposta allorquando precludere il diritto di mantenere il cognome materno, ormai naturalmente associato al minore dal contesto sociale in cui egli si trova a vivere, si risolverebbe in un'ingiusta privazione di un elemento della sua personalità, tradizionalmente definito come il diritto "a essere se stessi". Il provvedimento deve, in definitiva, tutelare l'interesse del figlio minore non ad avere un'apparenza di filiazione regolare, ma a conservare il cognome originario se questo sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale in una determinata comunità » (154).

« In tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori, poiché i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione del suo interesse, che è quello di evitare un danno alla sua identità personale, intesa anche come proiezione della sua personalità sociale, avente copertura costituzionale assoluta, la scelta (anche officiosa) del giudice è ampiamente discrezionale e

(153) Cass., 20 maggio 1965, n. 987.

(154) Cass., 26 maggio 2006, n. 12641.

deve avere riguardo al modo più conveniente di individuare il minore in relazione all'ambiente in cui è cresciuto fino al momento del successivo riconoscimento, non potendo essere condizionata né dal "favor" per il patronimico, né dall'esigenza di equiparare il risultato a quello derivante dalle diverse regole, non richiamate dall'art. 262 cod. civ., che presiedono all'attribuzione del cognome al figlio legittimo. Pertanto, deve ritenersi corretta e incensurabile in cassazione, ove adeguatamente motivata, la scelta di attribuire ad una minore inferiore di cinque anni il solo cognome del padre, benché quest'ultimo l'abbia riconosciuto in epoca successiva alla madre, non avendo ancora la minore acquisito, con il matronimico, nella trama dei suoi rapporti personali e sociali, una definitiva e formata identità » ⁽¹⁵⁵⁾.

« In tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori, poiché i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione del suo interesse, che è quello di evitare un danno alla sua identità personale, intesa anche come proiezione della sua personalità sociale, la scelta del giudice non può essere condizionata né dal "favor" per il patronimico, né dall'esigenza di equiparare il risultato a quello derivante dalle diverse regole, non richiamate dall'art. 262 cod. civ., che presiedono all'attribuzione del cognome al figlio legittimo » ⁽¹⁵⁶⁾.

Diritto all'identità personale:

« Nell'azione, intrapresa dal terzo interessato, di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento di un figlio nato da genitori non uniti in matrimonio e già maggiorenne al momento della instaurazione del corrispondente giudizio, il bilanciamento che il giudice adito è tenuto ad effettuare tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto ed il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata, né può implicare, ex se, il sacrificio dell'uno in nome dell'altro, ma impone di tenere conto di tutte le variabili del caso concreto, tra cui il diritto all'identità personale del riconosciuto, correlato non solo alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali interni alla famiglia, al consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento ed all'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che non aveva operato tale bilanciamento, in un caso in cui l'azione ex art. 263 c.c. era stata esperita dalla moglie di colui che aveva effettuato il riconoscimento, il quale si era limitato

⁽¹⁵⁵⁾ Cass., 18 giugno 2015, n. 12640.

⁽¹⁵⁶⁾ Cass., 29 maggio 2009, n. 12670.

ad aderire alla domanda, senza che al giudizio avesse preso parte l'altro genitore che aveva operato il riconoscimento del figlio oramai ultraquarantenne) » ⁽¹⁵⁷⁾.

« In tema di disconoscimento di paternità, il quadro normativo (artt. 30 Cost., 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali della UE, e 244 c.c.) e giurisprudenziale attuale non comporta la prevalenza del “favor veritatis” sul “favor minoris”, ma impone un bilanciamento fra il diritto all'identità personale legato all'affermazione della verità biologica — anche in considerazione delle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini — e l'interesse alla certezza degli “status” ed alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità personale, non necessariamente correlato alla verità biologica ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia, specie quando trattasi di un minore infraquattordicenne. Tale bilanciamento non può costituire il risultato di una valutazione astratta, occorrendo, invece, un accertamento in concreto dell'interesse superiore del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di un suo sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione della corte di merito, che, nell'accogliere l'azione di disconoscimento di paternità proposta dal padre di un minore infraquattordicenne, ha ritenuto di valorizzare esclusivamente il “favor veritatis”, trascurando di procedere ad un accurato bilanciamento, in concreto, di questo criterio con quello del preminente interesse del minore) » ⁽¹⁵⁸⁾.

Sul diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche e sul diritto all'oblio della madre:

« Il diritto dell'adottato — nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ex art. 30, comma 1, del d.P.R. n. 396 del 2000 — ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto, non rilevando nella fattispecie il mancato decorso del termine di cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica di cui all'art. 93,

⁽¹⁵⁷⁾ Cass., 2 febbraio 2022, n. 3252.

⁽¹⁵⁸⁾ Cass., 6 ottobre 2021, n. 27140.

commi 2 e 3, del d.lgs. n. 196 del 2003, salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti » ⁽¹⁵⁹⁾.

« L'adottato ha diritto, nei casi di cui all'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, di conoscere le proprie origini accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto » ⁽¹⁶⁰⁾.

« Il figlio nato da parto anonimo ha diritto di conoscere le proprie origini, ma il suo diritto deve essere bilanciato con il diritto della madre a conservare l'anonimato, e deve pertanto consentirsi al figlio di interpellare la madre biologica al fine di sapere se intenda revocare la propria scelta, occorrendo però tutelare anche l'equilibrio psico fisico della genitrice; pertanto il diritto all'interpello non può essere attivato qualora la madre versi in stato di incapacità, anche non dichiarata, e non sia pertanto in grado di revocare validamente la propria scelta di anonimato, e non rileva, ai fini dell'applicazione di queste regole, l'abrogazione dell'art. 177, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, che aveva sostituito all'art. 28 della l. n. 183 del 1984, il comma 7, che inibiva il diritto alla conoscenza delle origini del nato da parto anonimo, sia perché il limite alla conoscenza di cui all'art. 28, comma 7, era già stato introdotto con la legge n. 149 del 2001, sia perché deve tenersi conto dell'intervento additivo di principio, cui ha provveduto la Corte costituzionale con sentenza n. 278 del 2013 » ⁽¹⁶¹⁾.

Sul diritto del genitore al riconoscimento del figlio:

« Il riconoscimento del figlio naturale minore infrasedicenne già riconosciuto da un genitore costituisce oggetto di un diritto soggettivo dell'altro genitore, costituzionalmente garantito dall'art. 30 Cost., entro i limiti stabiliti dalla legge (art. 250 cod. civ.), cui rinvia la Costituzione, che non si pone in termini di contrapposizione con l'interesse del minore, ma come misura ed elemento di definizione dello stesso, che è segnato dal complesso dei diritti che al minore derivano dal riconoscimento e, in particolare, dal diritto all'identità personale, inteso come diritto ad una genitorialità piena e non dimidiata. Ne consegue che, anche alla luce degli artt. 3 e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 (resa esecutiva con la legge 27 maggio 1991, n. 176), il mancato riscontro di un

⁽¹⁵⁹⁾ Cass., 9 novembre 2016, n. 22838.

⁽¹⁶⁰⁾ Cass., 20 marzo 2018, n. 6963.

⁽¹⁶¹⁾ Cass., 9 agosto 2021, n. 22497.

interesse effettivo e concreto del minore non costituisce ostacolo all'esercizio del diritto del genitore ad ottenere il riconoscimento, nel caso di opposizione del genitore che per primo ha proceduto al riconoscimento, in quanto detto interesse va valutato in termini di attitudine a sacrificare la genitorialità, riscontrabile soltanto qualora si accerti l'esistenza di motivi gravi ed irreversibili che inducano a ravvisare la forte probabilità di una compromissione dello sviluppo del minore, che giustifichi il sacrificio totale del diritto alla genitorialità. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, secondo la quale il pregresso comportamento del genitore, che aveva preteso l'aborto e non si era occupato della bambina, non autorizza a desumere che dal riconoscimento possano derivare alla minore pregiudizi gravi ed irreparabili, né ad escludere gli effetti vantaggiosi che, almeno in linea astratta, alla minore stessa dal riconoscimento possano derivare) » ⁽¹⁶²⁾.

Sul diritto al segreto della corrispondenza, sul diritto all'immagine e sul diritto alla privacy:

« In virtù della disposizione di cui all'art. 16 della Convenzione sui diritti del fanciullo approvata a New York il 20 novembre 1989 (e ratificata dallo Stato italiano con la legge 27 maggio 1991, n. 176), alla stregua della quale è sancito che nessun fanciullo può essere oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione, con il riconoscimento del suo diritto alla protezione della legge contro tali interferenze od affronti, nonché della correlata previsione — contenuta nell'art. 3 della stessa Convenzione — secondo la quale in tutte le decisioni relative ai fanciulli emanate (anche) dall'autorità giudiziaria "l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente", risulta conseguente ritenere che il diritto alla riservatezza del minore deve essere, nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali (diritto di cronaca e diritto alla "privacy") considerato assolutamente preminente, laddove si riscontri che non ricorra l'utilità sociale della notizia e, quindi, con l'unico limite del pubblico interesse. (Nella specie, la S.C., richiamata tale specifica normativa, il cui riferimento era stato completamente omesso nell'impugnata sentenza, ha cassato con rinvio la sentenza stessa, con la quale era stata rigettata la domanda di risarcimento danni proposta dalla madre di un fanciullo in conseguenza della riproduzione su una rivista settimanale del figlio minore — ritratto senza particolari cautele per renderlo non riconoscibile — vicino ad una famosa attrice in topless nel mentre trovavasi su una spiaggia in un atteggiamento di lotta scherzosa con il padre del bambino, all'epoca ancora

⁽¹⁶²⁾ Cass., 3 novembre 2004, n. 21088.

non separato legalmente dalla madre, sul presupposto che, dal contesto del servizio, relativo a fatti svoltisi in pubblico, non potesse derivare alcun pregiudizio alla riservatezza, nonché al decoro e alla reputazione per il minore — indicato, nel relativo articolo, come un parente dell'uomo — e per la di lui madre) » (163).

Sul diritto alla vita e alla scelta dell'amministratore di sostegno:

« La designazione anticipata dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in vista della propria eventuale futura incapacità, prevista dall'art. 408, comma 1, c.c., non ha esclusivamente la funzione di scegliere il soggetto che, ove si presenti la necessità, il giudice tutelare deve nominare, ma ha altresì la finalità di consentire al designante, che si trovi ancora nella pienezza delle proprie facoltà cognitive e volitive, di impartire delle direttive vincolanti sulle decisioni sanitarie o terapeutiche da far assumere in futuro all'amministratore designato; tali direttive possono anche prevedere il rifiuto di determinate cure, in quanto il diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, sancito dall'art. 32 Cost., dagli artt. 2, 3 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali, include il diritto di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, senza che tale rifiuto, ove informato, autentico e attuale, incontri un limite di ordine pubblico in un inesistente dovere di curarsi. (Nella fattispecie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva rigettato la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno che l'interessato, aderente alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova, aveva preventivamente designato, anche allo scopo di far valere la sua irrevocabile volontà di non essere sottoposto, neanche in ipotesi di morte certa ed imminente, a trasfusioni a base di emoderivati) » (164).

Sul diritto alla rettifica del sesso:

« Alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della CEDU, dell'art. 1 della l. n. 164 del 1982, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Invero, l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'ap-

(163) Cass., 5 settembre 2006, n. 19069.

(164) Cass., 15 maggio 2015, n. 12998.

prodo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale » (Cass. n. 15138 del 2015).

Sulla libertà religiosa del figlio minore:

« In tema di affidamento dei figli minori, il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice nel fissarne le relative modalità di esercizio è quello del superiore interesse della prole, atteso il diritto preminente dei figli ad una crescita sana ed equilibrata. Ne consegue che, in caso di conflitto genitoriale sull'educazione religiosa del minore, possono essere adottati anche provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà religiosa dei genitori purché intervengano all'esito di un accertamento in concreto, basato sull'osservazione e sull'ascolto del minore, dell'effettiva possibilità che l'esercizio di tali diritti possa compromettere la salute psico-fisica o lo sviluppo dei figli minori. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva inibito alla madre, convertitasi alla fede geovista, d'impartire al figlio insegnamenti contrastanti con quelli della religione cattolica, basando il giudizio solo su astratte valutazioni delle due religioni e dando rilievo all'iniziale trasmissione al figlio, da parte di entrambi i genitori, della fede cattolica come religione comune della famiglia, senza svolgere alcun accertamento in concreto) » ⁽¹⁶⁵⁾.

Sul diritto al mantenimento prima della dichiarazione giudiziale:

« La sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento, ai sensi dell'art. 277 cod. civ., e, quindi, a norma dell'art. 261 cod. civ., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ex art. 148 cod. civ. La relativa obbligazione si collega allo "status" genitoriale e assume di conseguenza pari decorrenza, dalla nascita del figlio, con il corollario che l'altro genitore, il quale nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato (secondo i criteri di ripartizione di cui al citato art. 148 cod. civ.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 cod. civ. nei rapporti fra condebitori solidali. Peraltro, la condanna al rimborso di detta quota per il periodo precedente la proposizione dell'azione non può prescindere da un'espressa domanda della parte, attenendo tale pronunzia alla definizione dei rapporti pregressi tra debitori solidali, ossia a diritti disponibili, e quindi non incidendo sull'interesse superiore del minore, che soltanto legittima l'esercizio dei poteri officiosi attribuiti al giudice dall'art. 277, comma secondo, cod. civ. La necessità di analoga domanda non ricorre riguardo ai provvedimenti da adottare in relazione al periodo succes-

⁽¹⁶⁵⁾ Cass., 30 agosto 2019, n. 21916.

sivo alla proposizione dell'azione, atteso che, durante la pendenza del giudizio, resta fermo il potere del giudice adito, in forza della norma suindicata, di adottare di ufficio i provvedimenti che stimi opportuni per il mantenimento del minore. (In applicazione di detti principi, la S.C. ha confermato la decisione di merito la quale aveva escluso, rigettando la contraria pretesa, che nell'esercizio dei poteri officiosi conferitigli dall'art. 277, comma secondo, cod. civ., il giudice potesse disporre per il periodo antecedente la proposizione del giudizio, in assenza di domanda dell'altro genitore, peraltro nella specie non proponibile non avendo la ricorrente agito in proprio, ma solo in nome e per conto del figlio minorene) » ⁽¹⁶⁶⁾.

« L'addebito della separazione personale dei coniugi, di per sé considerato, non è fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento, con la conseguenza che la risarcibilità di danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma indicata » ⁽¹⁶⁷⁾.

Sui diritti derivanti dalla unione di soggetti di sesso identico:

« Non può essere accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita di un minore nato in Italia, mediante l'inserimento del nome della madre intenzionale accanto a quello della madre biologica, sebbene la prima avesse in precedenza prestato il proprio consenso alla pratica della procreazione medicalmente assistita eseguita all'estero, poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva » ⁽¹⁶⁸⁾.

« In tema di trascrizione di matrimonio, unione civile o altri istituti analoghi costituiti all'estero tra persone dello stesso sesso, le disposizioni della legge n. 76 del 2016 e dei decreti di attuazione n. 5 e n. 7 del 2017 si applicano anche ai vincoli costituiti prima dell'entrata in vigore della predetta disciplina poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 28, della l. n. 76 del 2016, tali norme sono state espressamente formulate per garantire un trattamento giuridico uniforme a situazioni identiche sorte in tempi diversi » ⁽¹⁶⁹⁾.

« Il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, non è inesistente per l'ordinamento italiano, ma soltanto inidoneo a produrre effetti giuridici; anche ai sensi dell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come evolutivamente interpretato dalla Corte di Stra-

⁽¹⁶⁶⁾ Cass., 16 luglio 2005, n. 15100.

⁽¹⁶⁷⁾ Cass., 6 agosto 2020, n. 16740.

⁽¹⁶⁸⁾ Cass., 3 aprile 2020, n. 7668.

⁽¹⁶⁹⁾ Cass., 14 maggio 2018, n. 11696.

sburgo ⁽¹⁷⁰⁾, la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto “naturalistico” di “esistenza” del matrimonio. (Fattispecie relativa a cittadini italiani dello stesso sesso, i quali, unitisi in matrimonio nei Paesi Bassi, avevano impugnato il rifiuto di trascrizione dell’atto, opposto dall’ufficiale di stato civile italiano; la S.C., in applicazione del principio, pur respingendo il ricorso degli sposi, ha corretto la motivazione del decreto della Corte territoriale, che aveva legittimato il rifiuto di trascrizione dell’atto in difetto della sua “configurabilità come matrimonio”) » ⁽¹⁷¹⁾.

« In tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, il cittadino extracomunitario legato ad un cittadino italiano ivi dimorante da un’unione di fatto debitamente attestata nel paese d’origine del richiedente, non può essere qualificato come “familiare” ai sensi dell’art. 30, primo comma, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998, in quanto tale nozione, delineata dal legislatore in via autonoma, agli specifici fini della disciplina del fenomeno migratorio, non è suscettibile di estensione in via analogica a situazioni diverse da quelle contemplate, non essendo tale interpretazione imposta da alcuna norma costituzionale. Ne tale più ampia nozione può desumersi dagli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo o dall’art. 9 della Carta di Nizza (recepita nel Trattato di Lisbona, ratificato dall’Italia l’8 agosto 2008, ma non ancora da tutti gli Stati membri) in quanto tali disposizioni escludono il riconoscimento automatico di unioni diverse da quelle previste dagli ordinamenti interni, salvaguardando l’autonomia dei singoli Stati nell’ambito dei modelli familiari. Infine, non può trovare applicazione la più recente normativa di derivazione comunitaria, in quanto il d.lgs. n. 5 del 2007 si applica soltanto ai familiari di soggiornanti provenienti da paesi terzi e il d.lgs. n. 30 del 2007 tutela la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE e dei loro familiari nel territorio di uno stato membro diverso da quello di appartenenza, e non il diritto al ricongiungimento familiare con un cittadino di uno Stato membro regolarmente residente e dimorante nel suo paese d’origine » ⁽¹⁷²⁾.

« Le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla “vita familiare” ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo; pertanto, nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, esse possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un

⁽¹⁷⁰⁾ Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, n. 30141/04.

⁽¹⁷¹⁾ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184.

⁽¹⁷²⁾ Cass., 17 marzo 2009, n. 6441.

trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata » ⁽¹⁷³⁾.

17. Vita privata e familiare e discriminazioni. L'orientamento sessuale

17.1. *Intersezioni*

L'intersezione tra l'art. 8 e l'art. 14 consente di comprendere la giurisprudenza della Corte EDU a proposito della configurazione giuridica degli orientamenti sessuali, della loro rilevanza nell'ambito sociale e del loro riflesso sui rapporti familiari. Letteralmente l'art. 14 — a mente del quale il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione — non cita né il gender né la condizione omosessuale. Ma la lista dei criteri distintivi che diventano oggetto di discriminazione non è una lista chiusa: lasciando aperto lo spazio *ad ogni altra condizione* l'art. 14 deve essere inteso come “norma di chiusura” all'interno della quale possono essere ricondotti tutte le possibili ragioni di discriminazione. A questo testo si deve aggiungere l'art. 1 del Protocollo n. 12 del 4 novembre 2000 che espone un divieto generale di discriminazione: 1. Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione. 2. Nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica per i motivi menzionati al paragrafo 1.

Formule varie si riscontrano nelle narrazioni costituzionali. Ad es., nella Dichiarazione universale dei diritti dell'ONU si fa divieto di *ogni* discriminazione. Vi sono Costituzioni dei Paesi europei, come accade per la Costituzione italiana, che proibiscono la discriminazione per il sesso, ma sono interpretate in modo analogico per ricomprendere le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, o sulle *condizioni personali* (art. 3) oppure Costituzioni come quella spagnola che fanno riferimento alle discriminazioni fondate sul sesso ma aggiungono la norma di chiusura (art. 14). La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea cita esplicitamente l'orientamento sessuale (art. 21).

⁽¹⁷³⁾ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184.

In ogni caso, le discriminazioni, qualunque sia il loro fondamento, sono lesive della *dignità* della persona. La Dichiarazione universale proclama nel suo Preambolo e nell'art. 1 il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, perché essa costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo e il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità; la Convenzione richiama nel suo Preambolo la Dichiarazione universale; molte Costituzioni, come quella italiana, all'art. 3 e quella tedesca, all'art. 1, si riferiscono alla dignità umana⁽¹⁷⁴⁾ e così via. Dal contesto complessivo delle regole contenute nella Convenzione si ricava il principio personalistico che fonda sul valore della dignità il significato di ogni essere umano nel mondo del diritto.

Il superamento delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale è avvenuto lentamente e tra molte difficoltà⁽¹⁷⁵⁾.

Il sentiero faticoso per raggiungere la dignità e l'eguaglianza si è svilup-

⁽¹⁷⁴⁾ E la Costituzione di Bonn considera la dignità come un valore assoluto, non negoziabile né bilanciabile con altri valori: v. S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, Macerata, 2010; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2014; G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021.

⁽¹⁷⁵⁾ La trattazione delle forme di discriminazione dovute all'orientamento sessuale è assai complessa. A differenza di altre figure di diversità, risalenti nel tempo, questa è stata definita solo recentemente in termini di "omosessualità". Occorre perciò guardarsi da proiezioni anacronistiche, perché proprio la individuazione della diversità in ambito affettivo e sessuale è legata indissolubilmente alla cultura, alle prassi sociali, e, in questo caso, allo stato della scienza. E si deve tener conto del fatto che per molti secoli si sono presi in considerazione, più che non gli affetti, i singoli atti, comunque fossero compiuti, quindi anche se essi fossero avvenuti tra persone di sesso diverso e persino tra coniugi. Rilevante giuridicamente era l'atto, qualificato "contro natura", perciò moralmente riprovato e penalmente rilevante; l'atto era punito con pene corporali, talvolta con la carcerazione e con il rogo. Non si prendeva in considerazione il comportamento, né si pensava che il soggetto fosse stato indotto a compiere l'atto a causa da una malattia psichica.: v. nell'ampia letteratura K.J. DOVER, *Homosexualité grecque*, Grenoble, 1980; M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, 1976, e *L'usage des plaisirs*, Paris, 1984; D.M. HALPERIN, *Cent ans d'homosexualité et autres essais sur l'amour grec*, Paris, 2000; J.J. WINKLER, *The constraints of desire: the Anthropology of Sex and Gender in Ancient Greece*, New York, 1989.

D. SHERWIN BAILEY, *Homosexuality and the Western Christian Tradition*, London, 1955, 73-74; M. BRINKSCHRÖDE, *Christian Homophobia: Four Central Discourses*, in *Combatting Homophobia*, 166; T. ROEMER e L. BONJOUR, *L'omosessualità nella Bibbia e nell'antico Vicino Oriente*, Torino, 2007; J. BOSWELL, *Alla scoperta dell'amore. Critianesimo e omosessualità*, Roma, 2015. Solo di recente, a partire dal Catechismo olandese si è mostrata una maggiore apertura, anche se la posizione ufficiale è nel senso di una difesa dell'individuo dalle aggressioni ma di deprecazione della pratica in quanto immorale perché espressione di disordine: *Il nuovo catechismo olandese*, Alba, 1969; M. FOUCAULT, *Storia della sessualità. II. La volontà di sapere*, Milano, 1978.

pato attraverso i tre formanti del diritto: il formante dottrinale, forte della comparazione dei modelli giuridici ⁽¹⁷⁶⁾, il formante giurisprudenziale, ad opera delle Corti costituzionali, delle Corti supreme e delle Corti sovranazionali, nonché il formante legislativo, che si è attivato per ultimo. Le linee mediante le quali si sono evoluti progressivamente i sistemi giuridici sono passate per la tutela della privacy, e quindi del comportamento individuale protetto dal riserbo — come è avvenuto negli Stati Uniti con il caso *Griswold v. Connecticut* ⁽¹⁷⁷⁾ — e per la tutela delle coppie conviventi che formano una famiglia.

17.2. *La “natura” e le discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale*

La natura e gli atti “contro natura” dominano le concezioni morali, religiose e giuridiche con cui si valutano coloro che sono attratti da persone dello stesso sesso.

La trattazione delle forme di discriminazione dovute all’orientamento sessuale è assai complessa. A differenza di altre figure di diversità, risalenti nel tempo, questa è stata definita solo recentemente in termini di “omosessualità”. Occorre perciò guardarsi da proiezioni anacronistiche, perché proprio la individuazione della diversità in ambito affettivo e sessuale è legata indissolubilmente alla cultura, alle prassi sociali, e, in questo caso, allo stato della scienza. E si deve tener conto del fatto che per molti secoli si sono presi

Solo nel 1990 l’Organizzazione mondiale della sanità ha depennato l’omosessualità dalle malattie mentali.

Gli psicologi sono tuttavia divisi.

Alcuni considerano l’omosessualità come una tendenza naturale, cioè una condizione dettata dalla psiche, o dall’eredità biologica; il diverso non può sottrarsi ad essa; altri la considerano come il risultato del condizionamento sociale, della vita familiare e della vita sociale. Per lungo tempo si è creduto che si potessero correggere questi comportamenti mediante trattamenti terapeutici o psichiatrici.

La peculiarità di questa condizione umana è che nel corso di due millenni e forse più essa è stata oggetto di misure repressive.

«Nel corso della storia le omosessualità hanno incontrato modi molto diversi di tolleranza o di intolleranza, ma la grande novità della fine del secolo scorso è stata il loro divenire un elemento pubblico e l’acquisizione di una dimensione di rivendicazione di diritti e di uguaglianza nella differenza. Questo ha portato la persona omosessuale a diventare cittadino o cittadina, grazie alle leggi emanate per rendere possibile il riconoscimento del legame affettivo tra persone dello stesso sesso e la possibilità di creare una famiglia: V. LINGIARDI, *Omosessualità e omofobia*, Milano, 2013.

⁽¹⁷⁶⁾ A. SCHILLACI, *Omosessualità, euguaglianza, diritti*, Roma, 2014; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti: i percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, 2013; M. D’AMICO, C. NARDOCCI, M. WINKLER, *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d’America*, Milano, 2014.

⁽¹⁷⁷⁾ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

in considerazione, più che non gli affetti, i singoli atti, comunque fossero compiuti, quindi anche se essi fossero avvenuti tra persone di sesso diverso e persino tra coniugi. Rilevante giuridicamente era l'atto, qualificato "contro natura", perciò moralmente riprovato e penalmente rilevante; l'atto era punito con pene corporali, talvolta con la carcerazione e con il rogo. Non si prendeva in considerazione il comportamento, né si pensava che il soggetto fosse stato indotto a compiere l'atto a causa da una malattia psichica.

L'atteggiamento verso atti sessuali compiuti con persone dello stesso sesso ha avuto tuttavia un andamento sinusoidale nel corso del tempo, mostrando lunghi periodi di persecuzione accanto a brevi periodi di tolleranza.

La condizione sociale tuttavia era una scriminante, come poteva accadere nell'Inghilterra di Edoardo II all'inizio del XV secolo, o nella Francia di Enrico III nella seconda metà del XVI, a Venezia nel Settecento, e in Prussia con Federico II, in Baviera nel regno di Ludwig II, a Berlino negli anni Venti e Trenta del Novecento. Anche Papi come Sisto IV della Rovere e Giulio II della Rovere insieme con straordinari maestri delle arti, come Michelangelo, Leonardo, Cellini, Caravaggio, Canova, Winckelmann per tante intuibili ragioni non furono oggetto di avversioni o ritorsioni.

Nella seconda metà dell'Ottocento la medicina è il laboratorio nel quale si cerca di dare una sistemazione scientifica a questo fenomeno, muovendo innanzitutto con il conio di un nuovo nome, *omosessualità* ⁽¹⁷⁸⁾.

Ma la collocazione del fenomeno in un alveo scientifico non esclude che esso non continuasse ad essere oggetto di discriminazioni e di persecuzioni.

17.3. *La qualificazione del "diverso". Medicina e psicologia*

Solo nel 1990 l'Organizzazione mondiale della sanità ha depennato l'omosessualità dalle malattie menali.

Gli psicologi sono tuttavia divisi.

Alcuni considerano l'omosessualità come una tendenza *naturale*, cioè una condizione dettata dalla psiche, o dall'eredità biologica; il diverso non può sottrarsi ad essa; altri la considerano come il risultato del condizionamento sociale, della vita familiare e della vita sociale. Per lungo tempo si è creduto che si potessero correggere questi comportamenti mediante trattamenti terapeutici o psichiatrici.

La peculiarità di questa condizione umana è che nel corso di due millenni e forse più essa è stata oggetto di misure repressive.

« Nel corso della storia le omosessualità hanno incontrato modi molto diversi di tolleranza o di intolleranza, ma la grande novità della fine del secolo

⁽¹⁷⁸⁾ M. FOUCAULT, *Storia della sessualità. II. La volontà di sapere*, cit.

scorso è stata il loro divenire un elemento pubblico e l'acquisizione di una dimensione di rivendicazione di diritti e di uguaglianza nella differenza. Questo ha portato la persona omosessuale a diventare cittadino o cittadina, grazie alle leggi emanate per rendere possibile il riconoscimento del legame affettivo tra persone dello stesso sesso e la possibilità di creare una famiglia » (179).

17.4. *Il percorso di legittimazione della diversità*

Il cammino per arrivare alla decriminalizzazione dell'omosessualità nella storia è stato lungo e tortuoso. L'Italia è lo Stato che tra i primi ha depenalizzato l'omosessualità, con il codice Zanardelli del 1889; il Regno Unito lo ha fatto solo nel 1967, la Germania nel 1969, la Spagna nel 1979, la Francia nel 1982, l'Irlanda nel 1993.

Particolarmente accesa è stata la campagna di stampa organizzata dal giurista Ulrichs negli anni precedenti alla fondazione dell'Impero prussiano, per il riconoscimento dei diritti degli omosessuali (di cui gli psicologi e gli antropologi avevano la pretesa di identificare caratteri distintivi specifici di origine psicofisica) e successivamente alla fondazione, di altri studiosi per l'abrogazione del § 175 del codice penale allora vigente che criminalizzava la fornicazione e la lussuria tra uomini o di persone con animali (180). Parallelamente un medico molto noto, Hirschfeld, aveva teorizzato la naturalità dell'amore per persone dello stesso sesso (ritenendo peraltro che tra uomini e donne potesse individuarsi un sesso intermedio, il terzo sesso), aveva creato un vasto movimento culturale favorevole all'omosessualità e attivato i primi movimenti di difesa dei diritti civili (181). Il crollo dell'Impero e la Repubblica di Weimar introducono forme di estesa libertà che favoriscono la diffusione di un atteggiamento tollerante nei confronti degli omosessuali, che si registrerà soprattutto a Berlino negli anni Venti.

Per lungo tempo il diritto ha colpito la pratica della diversità, non la condizione di, o il modo di essere, omosessuale. Solo con l'avvento del Nazismo la condizione omosessuale diventa un crimine in sé e per sé, e, oltre ad una estesa applicazione del § 175 del codice penale si introduce una minuta legislazione speciale che prevede sistemi di "prevenzione" e di

(179) V. LINGIARDI, *Omosessualità e omofobia*, cit.

(180) Nella letteratura in materia v. I.V. HULL, *Sexuality, State and Civil Society in Germany*, New York, 1997; H. PUFF, *Sodomy in Reformation Germany and Switzerland*, Chicago, 2003.

(181) Il codice Zanardelli del 1889 aveva ignorato l'omosessualità: v. G. DALL'ORTO, *La "tolleranza repressiva" dell'omosessualità. Quando un atteggiamento legale diviene tradizione*, Bologna, 1988, 37 ss.

trattamento medico dell'omosessualità, e di punizione, essendo questo considerato un crimine contro la purezza della razza. Di qui all'internamento e all'annientamento nei campi di sterminio il passo fu breve.

La storia di queste vicende è stata indagata da una letteratura estesa, soprattutto all'estero.

Con l'approvazione delle nuove costituzioni l'atteggiamento ostile nei confronti dell'omosessualità si è via via mitigato, anche grazie all'azione dei movimenti per l'affermazione dei diritti civili e la difesa della diversità, e per le iniziative delle associazioni LGBT.

Solo nel 2000, con la Carta di Nizza, si stigmatizzano esplicitamente le discriminazioni derivanti dall'orientamento sessuale (art. 21), anche se a livello interpretativo il principio di eguaglianza formale e il divieto di discriminazioni fondate sul sesso hanno fondato orientamenti tolleranti quasi in tutti gli ordinamenti dei Paesi occidentali.

Il paradosso della tutela è che essa presuppone il “disvelamento”: una persona è protetta se denuncia la propria diversità. Ma come si definisce il diverso? Dagli atti, dai comportamenti, dai sentimenti, dalla sua “natura”? «

La sodomia — quella degli antichi diritti civile e canonico — era un tipo particolare di atti vietati; il loro autore ne era soltanto il soggetto giuridico. L'omosessuale del XIX secolo, invece, è diventato un personaggio: un passato, una storia, e un'infanzia, un carattere, una forma di vita; una morfologia anche, con un'anatomia indiscreta e forse una fisiologia misteriosa. Nulla di quel che egli complessivamente è sfugge alla sua sessualità ». Così Michel Foucault, ne *La volontà di sapere* ⁽¹⁸²⁾, il testo con cui prende avvio la sua storia della sessualità.

Si potrebbe discutere a lungo su questo convincimento: leggendo questo passo sembra che l'omosessualità fosse rilevante solo perché configurava giuridicamente una fattispecie prevista dal diritto canonico o dal diritto penale. In realtà, se si studia il fenomeno, ci si convince del contrario: il diritto non ha mai formulato definizioni e soluzioni *autonome* rispetto alle concezioni religiose morali o politiche e sociali esistenti nel momento in cui interviene per reprimere l'omosessualità. Al contrario si è fatto portatore di forme giuridiche per prevenire, proibire, punire atti e comportamenti “contro natura”.

Foucault sostiene inoltre che è solo alla fine del XVIII secolo che si sanzionano giuridicamente i rapporti sessuali “contro natura” perché, al pari dell'incesto, del ratto, dell'adulterio l'omosessualità è considerata uno dei crimini che turbano la famiglia. Il divieto di incesto è fondato su argomenti

⁽¹⁸²⁾ Vol. I, Milano, 1988.

di natura biologica, religiosa e morale; il divieto di ratto è posto a salvaguardia del consenso dei nubendi e suggella, ove del caso, l'endogamia di classe; la repressione dell'adulterio rafforza il potere del marito sulla moglie e previene incertezze sulla paternità dei figli; l'omosessualità si contrappone alla procreazione e costituisce un freno alla propagazione della specie.

Gli storici della famiglia accreditano questa prospettiva e collocano la repressione della sodomia nel contesto del clima culturale e religioso della Riforma e della Controriforma.

In altri termini, la sodomia presuppone che il matrimonio (inteso come la istituzionalizzazione giuridica del congiungimento sessuale) debba essere diretto alla procreazione; la sodomia non comporta procreazione e quindi è una minaccia per la sopravvivenza della società.

Questa progressione storica deve essere però corretta.

Come si è detto, la nozione di omosessualità costruita alla fine dell'Ottocento segna una cesura con il passato e favorisce il passaggio dalla concezione atomistica fondata su singoli atti ad una concezione sincretica fondata sulla qualità cioè sulla *identità*, che è un modo di essere permanente dell'individuo. Dalla dimensione fisica l'attenzione si sposta alla psiche, che diventa il terreno di lavoro per comprendere l'identità dell'individuo e per correggere la sua natura. Ma anche per schernirlo ⁽¹⁸³⁾.

La reazione sociale si esprime in uno stigma che perseguita l'individuo per tutta la vita ⁽¹⁸⁴⁾. Anche il lessico con tutte le sue varianti, anche dialettali e gergali, diviene strumento di discriminazione: l'omosessuale diventa il *diverso* per antonomasia ⁽¹⁸⁵⁾.

17.5. *L'identità del diverso*

Sul sito della Organizzazione mondiale della sanità sono raccolti studi, statistiche, raccomandazioni relative alla situazione della salute dei diversi nelle varie aree del mondo. I risultati di questi rapporti indicano, in una pubblicazione del 2019, che il comportamento omosessuale costituisce una delle cause della diffusione del HIV, che si riscontra soprattutto nei ceti più poveri, in quanto i più poveri sono impossibilitati od ostacolati dalle loro condizioni economiche a provvedersi di strumenti di prevenzione, sono poco

⁽¹⁸³⁾ M. BARBAGLI, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna, 2007.

⁽¹⁸⁴⁾ E. GOFFMAN e M. BONTEMPI, *Stigma. Note sulla gestione della identità degradata*, Verona, 2018.

⁽¹⁸⁵⁾ G.A. STELLA, *Negri e froci, giudei & Co. L'eterna lotta contro l'altro*, Milano, 2018.

informati, spesso sono ignari dei rischi a cui si espongono ⁽¹⁸⁶⁾. I minori sono i più colpiti ⁽¹⁸⁷⁾.

L'OMS attesta così un collegamento tra i comportamenti sessuali collegati al gender e la diffusione di malattie pericolose per la società (p. 25) e sottolinea la necessità di responsabilizzare ogni individuo perché l'uso improprio del gender possa risolversi in danno alla società.

Ovviamente queste considerazioni debbono essere valutate con misura, perché tendono, se portate alle estreme conseguenze, a criminalizzare chi si appella al gender per poter affermare la propria identità. E al tempo stesso a suscitare reazioni contrarie a tutto ciò che porta incertezze sull'identificazione sessuale o sull'orientamento sessuale.

Si pone in essere allora un circolo vizioso: i diversi sono criminalizzati, quindi sono costretti ad agire occultamente; ciò li spinge a non avvalersi dei presidi medici per curarsi ove siano infetti, con la conseguenza che chi viene a contatto con loro rischia di porre a repentaglio la propria salute. L'identità è correlata con l'emarginazione sociale, con la povertà, con le condizioni sociali e con la salute. Gli studi dell'OMS pongono in evidenza la correlazione tra status del diverso e la sua emarginazione sociale. Il sesso è visto solo nel suo aspetto fisico-biologico, il genere (gender) nel suo aspetto culturale e sociale. L'identità di genere implica anche la consapevolezza del ruolo, ed è frutto dell'esperienza interiore rispetto al sesso assegnato dalla collettività ⁽¹⁸⁸⁾. La conclusione di questi studi è che il gender non deve essere usato

⁽¹⁸⁶⁾ *Breaking Barriers Towards more gender-responsive and equitable health systems.*

⁽¹⁸⁷⁾ « P.11 Countries must consider the inequities and disparities within and across groups and geographic areas in accessing health care, learn how gender norms and unequal power relations impede access and identify the key barriers to access for women, men, and lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex populations ».

⁽¹⁸⁸⁾ Sex refers to the biological and physiological characteristics, such as chromosomes, hormones, and anatomy, that distinguish males and females. While sex is often referred to as a binary category — male or female — there are other categories that do not fall under either of these categories, such as intersex.

Gender encompasses socially constructed norms, roles, behaviours, activities and attributes that a given society considers appropriate for individuals based on the sex assigned to them at birth. Individuals are socialized into a gender and are taught behaviours considered appropriate for women and men, including how to interact with others of the same or opposite sex. Gender roles are also affected by age, class, race, ethnicity and religion, as well as by geographic, economic, and political environments. Gender identity is a person's deeply felt internal and individual experience of gender (as male, female, a blend of both or neither), which may or may not correspond with the sex assigned at birth or the gender attributed to them by society. Gender identity includes the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of appearance or function by medical, surgical or other means) and expressions of gender, including dress, speech and mannerisms. Gender equality means equal opportunities for women and men to access and control social, economic and political

per discriminare gli individui nemmeno nel settore della salute ⁽¹⁸⁹⁾. Di recente l'OMS ha denunciato la situazione in cui versano i diversi nel mondo. Violenze e discriminazioni sono comuni nei paesi dell'Africa e dell'Asia ⁽¹⁹⁰⁾.

17.6. *Discriminazione diretta e indiretta*

La discriminazione può avvenire con regole o con sentenze che colpiscono direttamente la persona in quanto omosessuale, oppure privilegiando gruppi o persone che presentano caratteristiche diverse da quelle proprie degli omosessuali ⁽¹⁹¹⁾.

La Corte ha riscontrato violazioni dell'articolo 14, in combinato disposto, per esempio, con l'articolo 11 riguardante il diritto di riunione pacifica, in cause concernenti le molestie e l'ordine di discriminare ⁽¹⁹²⁾.

La discriminazione indiretta può derivare sia da una norma neutrale ⁽¹⁹³⁾ che da una situazione di fatto ⁽¹⁹⁴⁾.

Nella causa D.H. e altri c. Repubblica ceca [GC] ⁽¹⁹⁵⁾, si trattava di stabilire se le modalità di applicazione della legislazione nella prassi comportassero che un numero sproporzionato di minori rom fosse collocato in scuole speciali senza giustificazione, e se in tal modo tali minori subissero un notevole svantaggio. La Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 14 della CEDU.

resources, including equal and fair protection under the law. It means that the different behaviours, aspirations and needs of women and men are considered, valued and favoured equally and that there is no discrimination on the grounds of gender in the allocation of resources or benefits.

⁽¹⁸⁹⁾ B. KI-MOON, *Message to Human Rights Council meeting on Violence and Discrimination based on Sexual Orientation or Gender Identity*, 2012 (<http://www.who.int/hiv/pub/toolkits/kppmonitoring-tools/en/>, accessed 11 May 2016). United Nations, *Ending violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*, 2015 (http://www.obchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Joint_LGBTI_Statement_ENG.PDF, accessed 11 May 2016).

⁽¹⁹⁰⁾ *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, Council of Europe diritti umani sessione di giugno 2017.

⁽¹⁹¹⁾ Corte EDU, *Biao c. Danimarca* [GC], 24 maggio 2016, 38590/2010; Corte EDU, *Carson e altri c. Regno Unito* [GC], 16 marzo 2010, n. 42184/05; Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica ceca* [GC], 13 novembre 2007, n. 57325/00; Corte EDU, *Burden c. Regno Unito* [GC], 29 aprile 2008, n. 13378/05; Corte EDU, *Varnas c. Lituania*, 7 luglio 2013, n. 42615/06; Corte EDU, *Hoogendijk c. Paesi Bassi* (dec.), 6 gennaio 2005, n. 58461/00.

⁽¹⁹²⁾ Corte EDU, *Bączkowski e altri c. Polonia*, 3 maggio 2007, n. 1543/06.

⁽¹⁹³⁾ Corte EDU, *Hoogendijk c. Paesi Bassi* (dec.), 6 gennaio 2005, n. 58461/00.

⁽¹⁹⁴⁾ Corte EDU, *Zarb Adami c. Malta*, 20 giugno 2006, n. 17209/02.

⁽¹⁹⁵⁾ Corte EDU, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, 13 novembre 2007, n. n. 57325/00.

Nella causa *S.A.S. c. Francia* [GC] ⁽¹⁹⁶⁾ la Corte ha riconosciuto che, vietando a tutti di indossare indumenti finalizzati a occultare il volto nei luoghi pubblici, la legislazione francese aveva avuto specifici effetti negativi per la situazione delle donne musulmane le quali, per motivi religiosi, desideravano indossare il velo integrale in pubblico.

17.7. *Il ruolo delle Corti europee*

Il ruolo delle Corti europee è stato essenziale per realizzare la protezione dei diritti umani nei confronti dei diversi ⁽¹⁹⁷⁾.

Sono numerose le sentenze della Corte EDU. Val la pena ricordare il caso *Norris c. Irlanda* ⁽¹⁹⁸⁾, che ha portato il Parlamento irlandese a decriminalizzare l'omosessualità nel 1993, il caso *Kaner c. Austria* ⁽¹⁹⁹⁾, per il quale si è ritenuto successibile nella proprietà della casa di abitazione il compagno del proprietario; *Schalk and Kopf c. Austria* ⁽²⁰⁰⁾ che ha riconosciuto come "famiglia" una coppia gay.

Vi sono anche sentenze contrarie: il caso *Gas e Dubois c. Francia* ⁽²⁰¹⁾, che ha negato ad una coppia omosessuale di ricorrere alla procreazione artificiale con la donazione del seme, implicando questa la maternità surrogata; il caso *Charron e Merle Montet c. Francia* ⁽²⁰²⁾, per la stessa ragione vietando ad una coppia di donne di ricorrere alla procreazione artificiale.

I settori che vengono in considerazione riguardano soprattutto il matrimonio tra coppie dello stesso sesso, che la Corte EDU tende a non considerare legittimo, come ha deciso nel caso *Rees c. Regno Unito* ⁽²⁰³⁾ (a meno che non intervenga il legislatore) applicando restrittivamente l'art. 12 della Convenzione (« Diritto al matrimonio. A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto »), l'unione civile, che la Corte ritiene legittima, e l'adozione dei figli.

Le unioni civili sono state ritenute giuridicamente rilevanti nel caso *Oliari e altri c. Italia* ⁽²⁰⁴⁾ Su questi aspetti, inclusa l'adozione, si rinvia alle pagine concernenti la vita familiare.

⁽¹⁹⁶⁾ Corte EDU, *S.A.S. c. Francia*, 1 luglio 2014, n. 43835/11.

⁽¹⁹⁷⁾ M. BOUGNOUX, *The Role of European Courts in Developing Same-Sex Couples' Rights*, Vilnius, 2018.

⁽¹⁹⁸⁾ Corte EDU, *Norris c. Irlanda*, 26 ottobre 1998, n. 10581/83.

⁽¹⁹⁹⁾ Corte EDU, *Kaner c. Austria*, 24 luglio 2003, n. n. 40016/98.

⁽²⁰⁰⁾ Corte EDU, *Schalk and Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, n. 30141/04.

⁽²⁰¹⁾ Corte EDU, *Gas e Dubois c. Francia*, 15 marzo 2012, n. 25951/07.

⁽²⁰²⁾ Corte EDU, *Charron e Merle Montet c. Francia*, 16 gennaio 2018, n. 22612/15.

⁽²⁰³⁾ Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986, n. 3455/05.

⁽²⁰⁴⁾ Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, n. 18766/11 e 36030/11.

17.8. *La discriminazione dell'omosessuale considerato come individuo*

La Corte, come si diceva in apertura, ha incluso l'orientamento sessuale nelle "altre condizioni" tutelate ai sensi dell'articolo 14 ⁽²⁰⁵⁾. Quanto al comportamento omosessuale, ha più volte ribadito che la maggiore età delle persone implica diritto all'autodeterminazione e quindi le sottrae a sanzioni penali ⁽²⁰⁶⁾; ha ammesso l'adozione di minori ⁽²⁰⁷⁾; il diritto di succedere nella locazione al compagno deceduto ⁽²⁰⁸⁾; la protezione sociale ⁽²⁰⁹⁾; le unioni civili ⁽²¹⁰⁾; il ricongiungimento familiare ⁽²¹¹⁾; la libertà di pensiero, di coscienza e di religione ⁽²¹²⁾; la libertà di riunione e di associazione ⁽²¹³⁾; la protezione dai discorsi o dagli atti di violenza omofobici e l'efficacia delle indagini ⁽²¹⁴⁾.

Le sentenze più numerose riguardano la vita familiare, a cui si rinvia.

17.9. *La configurazione giuridica del gender e i problemi del transessualismo*

La tendenza, attualmente prevalente in dottrina, che esclude la tipicità dei diritti della persona, e accredita piuttosto l'esistenza di un diritto generale della personalità, ottiene conferme anche in materia di identità sessuale dell'individuo. Si è infatti consolidato un orientamento della giurisprudenza che af-

⁽²⁰⁵⁾ Corte EDU, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 dicembre 1999, n. 33290/96; Corte EDU, *Fretté c. Francia*, 26 febbraio 2002, n. 36515/97.

⁽²⁰⁶⁾ Corte EDU, *L. e V. v. Austria*, 9 gennaio 2003, n. 39392/98 e 39829/98; Corte EDU, *S.L. c. Austria*, 9 gennaio 2003, n. 45330/99; Corte EDU, *B.B. c. Regno Unito*, 10 febbraio 2004, n. 53760/00; Corte EDU, *Santos Couto c. Portogallo*, 21 settembre 2010, n. 31874/07.

⁽²⁰⁷⁾ Corte EDU *X e altri c. Austria* [GC], 19 febbraio 2013, n. 19010/07; Corte EDU, *E.B. c. Francia* [GC], 22 gennaio 2008, n. 43546/02; Corte EDU, *Gas e Dubois c. Francia*, 15 marzo 2012, n. 25951/07.

⁽²⁰⁸⁾ Corte EDU, *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, n. 40016/98; Corte EDU, *Kozak c. Polonia*, 2 marzo 2010, n. 13102/02.

⁽²⁰⁹⁾ Corte EDU, *P.B. e J.S. c. Austria*, 22 luglio 2010, n. 18984/02; Corte EDU, *Mata Estevez c. Spagna* (dec.), 10 maggio 2001, n. 56501/00.

⁽²¹⁰⁾ Corte EDU, *Vallianatos e altri c. Grecia* [GC], 7 novembre 2013, n. 29381/09 e 32684/09.

⁽²¹¹⁾ Corte EDU, *Pajić c. Croazia*, 23 febbraio 2016, n. 68453/13; Corte EDU, *Taddeucci e McCall c. Italia*, 30 gennaio 2016, n. 51362/09.

⁽²¹²⁾ Corte EDU, *Eweida e altri c. Regno Unito*, 15 gennaio 2013, nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10.

⁽²¹³⁾ Corte EDU, *Bączkowski e altri c. Polonia*, 24 settembre 2007, n. 1543/06; Corte EDU, *Alekseyev e altri c. Russia*, 6 maggio 2019, n. 14988/09; Corte EDU, *Genderdoc-M c. Moldavia*, 12 settembre 2012, n. 9106/06; Corte EDU, *Zhdanov e altri c. Russia*, 16 luglio 2019, n. 12200/08.

⁽²¹⁴⁾ Corte EDU, *Identoba e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, n. 73235/12; Corte EDU, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, 14 maggio 2020, n. 41288/15.

ferma l'esistenza di un diritto alla corrispondenza dello *status* formale alla realtà psico-somatica del soggetto. In altri termini, si è ammesso, tra i diritti della personalità, il diritto di vedersi attribuire, nella società e nell'ordinamento che la regola, il sesso corrispondente alla propria realtà psico-somatica.

A questo diritto, che comporta una successiva e più esatta precisazione dell'identità sessuale, si affianca un altro diritto, relativo al mutamento di sesso. In questo secondo caso, l'orientamento della giurisprudenza non è univoco. Il cambiamento di sesso, infatti, contrasta con il pubblico interesse alla certezza dei rapporti e dell'ordinata convivenza; vi sono allora sentenze che fanno prevalere questo interesse, di natura pubblica, sull'interesse dell'individuo a sottoporsi al trattamento medico-sanitario per acquisire il sesso che, dal punto di vista psicologico, gli pare più idoneo ad esprimere la sua personalità. Ma vi sono anche sentenze per le quali i principi costituzionali che assicurano al singolo la tutela della personalità (artt. 2 e 3 Cost.) consentono di superare l'esigenza di natura pubblica intesa a proibire ogni modificazione del sesso, e legittimano quindi l'individuo a sottoporsi ai trattamenti idonei a realizzare le sue aspirazioni e a veder riconosciuta, anche formalmente, la sua nuova identità sessuale.

A principi di rispetto della personalità individuale sembra ispirata la l. 14 aprile 1982, n. 164 (recante norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso) che rende possibile la rettificazione dell'atto di nascita e l'attribuzione di sesso diverso da quello ivi enunciato « a seguito di intervenute modificazioni dei [...] caratteri sessuali » della persona (art. 1).

La legge aveva dato luogo ad una interessante vicenda familiare e personale, riguardante una coppia unita in matrimonio e con prole. Il marito aveva cambiato sesso e, sulla base dell'art. 2 della l. cit., il matrimonio si era sciolto, perché nel nostro ordinamento non erano (ancora) riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso. Gli ex coniugi avevano impugnato il provvedimento dell'ufficiale dello stato civile che aveva annotato l'avvenuto scioglimento sui registri dello stato civile. Il procedimento che ne era scaturito, a seguito della conferma della legittimità da parte della Corte d'appello, nel giudizio di cassazione era stato sospeso per il rinvio alla Corte costituzionale della legge per diversi motivi, ma essenzialmente perché « la scelta del legislatore del 1982 — non modificata dalla legge n. 74 del 1987 e pienamente confermata dalla novella introdotta con l'art. 31 del d.lg. n. 150 del 2011 — risulta[va] univocamente quella di aver introdotto una fattispecie di divorzio « imposto » *ex lege* che non richiede[va], al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori ».

Il ragionamento della Corte costituzionale, che con sentenza n. 170 del 2014 ha accolto il ricorso e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt.

2 e 4 della l. cit., è assai lineare. Innanzitutto la Corte ha escluso che si potessero applicare nella specie « gli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽²¹⁵⁾, invocati come norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. » perché, « in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso. Ha escluso anche che si applicassero alla fattispecie gli artt. 24 e 3 Cost. in quanto il riconoscimento delle unioni civili tra coppie dello stesso sesso spetta al legislatore. Ha ritenuto invece pertinente il riferimento all'art. 2 Cost. come già affermato nella sentenza n. 138 del 2010, nella quale si legge che tra le formazioni sociali « è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone — nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge — il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. In quella stessa sentenza è stato, però, anche precisato doversi escludere [...] che l'aspirazione a tale riconoscimento — che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia — possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio », come confermato, del resto, dalla diversità delle scelte operate dai Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette.

In altri termini, la Corte costituzionale ha ritenuto che, in questa situazione così singolare, la coppia non fosse una unione qualsiasi ma, volendo i due ex coniugi continuare a convivere con l'affezione originaria e con i figli, la legge non potesse dividerli, riducendoli alla estraneità.

Di conseguenza, la Corte di cassazione ha cassato la pronuncia d'appello impugnata perché, riprendendo un passo della pronuncia della Corte costituzionale, « non è seriamente contestabile che il principio della necessità immediata e senza soluzione di continuità di uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul piano dei diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale per le coppie già coniugate che si vengano a trovare nella situazione delle ricorrenti abbia natura imperativa ». Sì che alla coppia è stato conservato il riconosci-

⁽²¹⁵⁾ Corte EDU, *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012, nn. 47039/11 e 358/12; Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 22 novembre 2010, n. 30141/04.

mento dei diritti e doveri derivanti dal vincolo matrimoniale, in attesa dell'intervento del legislatore nella materia delle unioni civili.

La legge è però censurabile anche sotto un altro profilo, in particolare laddove ammette il cambiamento di sesso solo a seguito di intervento chirurgico volto a modificare gli attributi sessuali.

A tale riguardo, la Corte costituzionale — prima con la sentenza n. 221 del 2015, poi con le sentenze nn. 180 e 185 del 2017 — ha precisato che un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge n. 164 del 1982 consente di escludere la necessità del ricorso all'intervento chirurgico di normoconformazione ai fini della rettifica anagrafica dell'attribuzione di sesso: « ... nella legge n. 164 del 1982 la realizzazione del diritto del singolo al riconoscimento del proprio diritto all'identità personale, di cui è parte l'identità di genere, trova la sua realizzazione attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze pubblicistiche di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici... » ⁽²¹⁶⁾.

Pure la giurisprudenza di legittimità e di merito più recente ha aderito a tale impostazione: per ottenere la rettificazione degli atti di stato civile in conformità alla vera identità sessuale dell'interessato « ... non occorre più che sia attuato un prioritario intervento medico-chirurgico e/o psicologico che modifichi i caratteri sessuali primari: la mancata operazione preventiva non può, infatti, essere, di per sé, ragione sufficiente ad escludere il cambio di sesso nei documenti anagrafici, essendo sufficiente, a tal uopo, dimostrare, attraverso i trattamenti medico-chirurgici e/o psicologici subiti, la necessità e la radicalità della scelta intrapresa e proseguita dall'interessato ... » ⁽²¹⁷⁾.

Sul punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato come sussista una violazione dell'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare da parte di uno Stato contraente « ... che non preveda la possibilità di ottenere la modifica del nome di un individuo iscritto nel registro dello stato civile come persona di sesso maschile, ma la cui identità sessuale è oramai pacificamente di genere femminile, seppure ancora nell'attesa di un'operazione chirurgica di transizione sessuale ».

I casi più complicati riguardano il *genere* (gender) di un individuo. L'identità qui gioca un ruolo essenziale, fin dalla nascita; e può condizionare l'individuo per tutta la vita. Ne sono consapevoli i giudici della Corte europea dei diritti umani, sia quando negano all'individuo di cambiare la sua identità, sia quando l'accolgono.

⁽²¹⁶⁾ Corte cost., 13 luglio 2017, n. 185.

⁽²¹⁷⁾ V. Cass. civ., 20 luglio 2015, 15138; in senso conforme, Trib. Milano, 1° marzo 2018, n. 2491 e Trib. Trani, 6 dicembre 2018, n. 2461 in *www.iusexplorer.it*.

Due esempi valgono per tutti, in questo contesto.

Nel 1986 decidendo il caso *Rees c. Regno Unito* ⁽²¹⁸⁾ — si trattava di una donna che avvertendo psicologicamente l'urgenza di cambiare sesso si era sottoposta ad un trattamento chirurgico e aveva chiesto di modificare i documenti formati sulla base del sesso rilevato all'atto della nascita. La Corte EDU ha effettuato un bilanciamento degli interessi in gioco e, notando che nel Regno Unito e nella maggior parte dei Paesi europei non era consentito la rettifica degli atti dello stato civile anche se l'interessato, biologicamente e fisicamente, aveva cambiato sesso, motiva l'esclusione della violazione dell'art. 8 della CEDU (che tutela il diritto alla riservatezza) e dell'art. 14 (che tutela il diritto di farsi una famiglia) precisando che « non si può dire, per il momento, che vi sia una unità di vedute in questa materia, e che nell'insieme, sembra che il diritto stia attraversando una fase di transizione, in cui gli Stati hanno un largo margine di apprezzamento ».

Al contrario, da qualche anno, essendo mutati gli orientamenti dei legislatori e dei giudici nella maggior parte degli Stati, la Corte ha riscontrato la violazione dei diritti richiamati. E ciò per la rettifica del prenome ⁽²¹⁹⁾; per la rettifica degli atti dello stato civile in caso di mutamento del sesso (un caso riguardante l'Ukraina, il ricorso è stato ritenuto inammissibile perché non erano stati compiuti i tre gradi di giudizio richiesti per l'accesso alla Corte; ma nel caso *A.P., Garçon e Nicot c. Francia* la Corte ha cambiato completamente indirizzo e ha affermato che l'identità sessuale è un aspetto rilevante della identità della persona e quindi se si frappongono ostacoli alla sua registrazione esatta si violano gli artt. 8 e 14 della CEDU ⁽²²⁰⁾).

La Corte EDU ha riconosciuto che l'identità di genere e l'orientamento sessuale siano due caratteristiche distinte ⁽²²¹⁾. La Corte ha riconosciuto il diritto di sottoporsi a interventi chirurgici di riattribuzione del sesso ⁽²²²⁾; il diritto al riconoscimento giuridico del genere preferito ⁽²²³⁾ il diritto di contrarre matrimonio ⁽²²⁴⁾; il diritto al riconoscimento giuridico del genere senza modificare lo stato civile ⁽²²⁵⁾.

⁽²¹⁸⁾ Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, 10 ottobre 1986, n. 9532/81.

⁽²¹⁹⁾ Corte EDU, *S. V. c. Italia*, 11 ottobre 2018, n. 55216/08.

⁽²²⁰⁾ Corte EDU, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, 6 aprile 2017, n. 79885/12, 52471/13 52596/13.

⁽²²¹⁾ Corte EDU, *Sousa Goucha c. Portogallo*, 22 marzo 2016, n. 70434/12.

⁽²²²⁾ Corte EDU, *L. c. Lituania*, 11 settembre 2007, n. 27527/03; Corte EDU, *Y.Y. c. Turchia*, 10 marzo 2015, n. 14793/08.

⁽²²³⁾ Corte EDU, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], 11 luglio 2002, n. 28957/95; Corte EDU, *L. c. Lituania*, 11 settembre 2007, n. 27527/03.

⁽²²⁴⁾ Corte EDU, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], 11 luglio 2002, n. 28957/95.

⁽²²⁵⁾ Corte EDU, *Hämäläinen c. Finlandia* [GC], 21 luglio 2015, n. 37359/09.

II.

DOMICILIO E CORRISPONDENZA

di *Francesco Perrone* (*)

SOMMARIO: 1. Corrispondenza: ambito d'applicazione. — 2. Gli obblighi negativi. — 3. Gli obblighi positivi. — 4. Il domicilio. — 5. Domicilio e protezione dell'ambiente.

1. Corrispondenza: ambito d'applicazione

Il diritto al rispetto della corrispondenza contemplato dall'art. 8, par. 1 CEDU tutela la riservatezza di ampie tipologie di comunicazioni, quali le missive di carattere privato o professionale ⁽¹⁾, comprese quelle di cui il mittente o il destinatario sia un detenuto ⁽²⁾, quelle tra familiari o altre categorie di soggetti ⁽³⁾, le telefonate effettuate da locali privati o professionali ⁽⁴⁾, i messaggi di posta elettronica ⁽⁵⁾, i dati memorizzati in *server* informatico ⁽⁶⁾, in *hard disk* ⁽⁷⁾, in *floppy disk* ⁽⁸⁾.

Nel quadro dell'ampia casistica giurisprudenziale risultano qualificate alla stregua di "ingerenza": l'apertura e la lettura di un messaggio scritto dal difensore su un piego consegnato al proprio assistito ⁽⁹⁾; qualsiasi forma di censura, di intercettazione ⁽¹⁰⁾ anche telefonica ⁽¹¹⁾, di conservazione di dati

(*) Magistrato presso il Tribunale di Padova.

⁽¹⁾ Corte EDU, *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, n. 13710/88.

⁽²⁾ Corte EDU, *Silver e altri c. Regno Unito*, 25 marzo 1983, n. 5947/72.

⁽³⁾ Corte EDU, *Malone c. Regno Unito*, 2 agosto 1984, n. 8691/79.

⁽⁴⁾ Corte EDU, GC, *Amann c. Svizzera*, 16 febbraio 2000, n. 27798/95; Corte EDU, *Halford c. Regno Unito*, 25 giugno 1997, n. 20605/92.

⁽⁵⁾ Corte EDU, GC, *Bărbulescu c. Romania* 2, 5 settembre 2017, n. 61496/08; Corte EDU, *Copland c. Regno Unito*, n. 62617/00, n. 62617/00.

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria*, 16 ottobre 2007, n. 74336/01.

⁽⁷⁾ Corte EDU, *Petri Sallinen e altri c. Finlandia*, 27 settembre 2005, n. 50882/99.

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*, 22 maggio 2008, n. 65755/01.

⁽⁹⁾ Corte EDU, *Laurent c. Francia*, 24 maggio 2018, n. 28798/13.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, GC, *Amann c. Svizzera*, 16 febbraio 2000, n. 27798/95.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Malone c. Regno Unito*, 2 agosto 1984, 8691/79.

intercettati relativi all'utilizzo di un'utenza telefonica, di posta elettronica e di *internet* ⁽¹²⁾; qualsiasi atto di controllo ⁽¹³⁾ e di sequestro di corrispondenza ⁽¹⁴⁾, di cancellazione di frasi ⁽¹⁵⁾, di realizzazione di copie ⁽¹⁶⁾.

Per il diritto di corrispondenza valgono le medesime condizioni di comprimibilità stabilite in via generale dall'art. 8, par. 2 CEDU.

Per quanto riguarda in particolare la tutela della corrispondenza di persone detenute o indirizzata a detenuti, può essere legittimamente esercitato un certo livello di controllo in considerazione delle normali e ragionevoli esigenze della detenzione, purché tale controllo non ecceda quanto richiesto dal perseguimento del fine legittimo avuto di mira nel rispetto dei principi di necessità e proporzione, così da impedire arbitrarie ingerenze ad opera delle autorità nazionali ⁽¹⁷⁾.

Un tema convenzionale particolarmente sensibile è la protezione del diritto di corrispondenza nel contesto delle indagini penali. Nel caso di *Grande Camera Roman Zakharov c. Russia* ⁽¹⁸⁾, la Corte ha enucleato i principi giuridici in tema di adeguatezza ed effettività delle misure di garanzia a protezione dagli abusi: la valutazione di necessità in una società democratica deve tenere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, quali la natura, la portata e la durata delle misure restrittive del diritto, i motivi posti a giustificazione di ciascuna restrizione, le autorità competenti ad autorizzarle, eseguirle e controllarle, il tipo di rimedio previsto dal diritto nazionale.

Atteso che il riesame e le misure di controllo su una determinata misura di sorveglianza segreta possono intervenire nel momento in cui essa è disposta per la prima volta, nel corso della sua attuazione o successivamente alla sua cessazione, il giudizio di convenzionalità deve tenere in considerazione le caratteristiche proprie di ciascuna fase. In ordine alle prime due fasi, la natura e la logica della sorveglianza segreta implicano che la stessa, così come il suo riesame giurisdizionale, siano svolti senza che il soggetto sottoposto a sorveglianza ne sia informato. Pertanto, a fronte dell'impossibilità per la persona interessata di esperire direttamente e nell'immediatezza rimedi effettivi di riesame, il principio di necessità in una società democratica esige che le misure di sorveglianza segrete siano disposte nei limiti di quanto strettamente necessario alla salvaguardia delle istituzioni democratiche, e che

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Copland c. Regno Unito*, 3 aprile 2007, n. 62617/00.

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Campbell c. Regno Unito*, 25 marzo 1992, 13590/88.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, Plen., *Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, 4451/70.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Pfeifer c. Austria*, 15 novembre 2007, n. 12556/03.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Foxley c. Regno Unito*, 20 giugno 2000, n. 33274/96.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU *Doerga c. Paesi Bassi*, 27 aprile 2004, n. 50210/99.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, GC, *Roman Zakharov c. Russia*, 4 dicembre 2015, n. 47143/06.

quindi le finalità legittime avute di mira non siano perseguibili con mezzi meno restrittivi rispetto a quelli concretamente impiegati (principio del *least intrusive means*). Nel valutare l'esistenza e la portata di tale presupposto gli Stati membri godono di un certo margine di apprezzamento, il cui controllo da parte della Corte EDU si estende tanto agli atti legislativi, quanto ai provvedimenti applicativi. Oggetto di verifica è innanzi tutto l'esistenza a carico dell'interessato di un ragionevole sospetto, fondato su indizi concreti, che la persona intenda commettere o abbia commesso dei reati o altri atti di natura o gravità tale da giustificare l'adozione di misure di sorveglianza segreta. In secondo luogo, deve essere verificato che l'autorità competente abbia enunciato le ragioni concrete poste a fondamento delle misure restrittive e la qualità di tali ragioni.

Quando l'ingerenza riguardi in particolare la corrispondenza tra un difensore o uno studio legale e la persona assistita, devono essere previste particolari garanzie (strutture di bilanciamento) in ragione della particolare funzione sociale svolta dalla difesa tecnica ⁽¹⁹⁾.

Per quanto riguarda il presupposto della necessaria previsione legale della limitazione (*accordance with the law*), la legge deve essere sufficientemente chiara nell'indicare le circostanze e le condizioni in presenza delle quali le autorità pubbliche hanno la facoltà di adottare misure d'interferenza. Spetta allo Stato membro convenuto indicare la disposizione di legge sulla quale le autorità nazionali hanno basato un determinato atto di controllo della corrispondenza di un detenuto ⁽²⁰⁾. Pertanto, nel caso in cui un'autorità pubblica ecceda i poteri stabiliti dalla legge, ciò integra di per sé una violazione convenzionale, anche se l'atto d'ingerenza, in sé considerato, fosse in ipotesi rispettoso dei criteri di necessità e di proporzione ⁽²¹⁾. Il diritto interno, quando autorizzi un'ingerenza nel diritto di corrispondenza in funzione di una determinata finalità legittima (ad esempio il mantenimento dell'ordine nelle carceri ⁽²²⁾ ovvero la prevenzione dei reati ⁽²³⁾), deve anche stabilire misure di salvaguardia idonee a prevenire il compimento di condotte abusive. Difetta quindi un adeguato fondamento legale nel caso in cui una legge si limiti a individuare la categoria di persone la cui corrispondenza "può essere censurata", ma taccia circa la durata della misura o i motivi che possono giustificarla ⁽²⁴⁾.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU *Michaud c. Francia*, 6 dicembre 2012, n. 12323/11.

⁽²⁰⁾ Corte EDU *Di Giovine c. Italia*, 26 luglio 2001, n. 39920/98.

⁽²¹⁾ Corte EDU, GC, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, n. 26772/95.

⁽²²⁾ Corte EDU, *Kepeneklioglu c. Turchia*, 23 gennaio 2007, n. 73520/01.

⁽²³⁾ Corte EDU, *Faulkner c. Regno Unito*, 18 settembre 2001, n. 37471/97.

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Calogero Diana c. Italia*, 15 novembre 1996, n. 15211/89.

2. Gli obblighi negativi

L'art. 8 CEDU impone sullo Stato sia un obbligo negativo di astensione da atti di diretta ingerenza nel diritto di corrispondenza attuati da un'autorità pubblica, sia un obbligo positivo di adottare misure di bilanciamento finalizzate a impedire atti di ingerenza indebita nelle relazioni orizzontali tra privati. La struttura bipartita degli obblighi convenzionali gravanti sullo Stato membro in materia di domicilio e di corrispondenza riflette la logica generale del sistema convenzionale ⁽²⁵⁾.

In tema di obblighi negativi, tra i *leading cases* merita di essere menzionata la sentenza *Libert c. Francia* ⁽²⁶⁾. Il datore di lavoro pubblico SNCF, società che in regime di monopolio gestisce i trasporti ferroviari francesi sotto la vigilanza dello Stato, per mezzo di un'ispezione mirata sul computer aziendale ha avuto accesso a *files* fotografici e video di carattere asseritamente pornografico collocati da un lavoratore all'interno di una cartella in condivisione da lui denominata "D:/données personnelles" ("dati personali"). L'ispezione è stata compiuta all'insaputa del lavoratore. La legge francese in vigore all'epoca dei fatti, così come la *policy* aziendale di SNCF, stabiliva che il datore di lavoro fosse autorizzato ad aprire qualsivoglia *file* presente all'interno del computer aziendale, eccetto il caso che il *file* fosse chiaramente identificato come "privato". L'accesso a *files* "privati" era ammesso nel solo caso di "grave rischio ovvero in circostanze eccezionali", e a condizione che il lavoratore fosse presente all'apertura ovvero fosse stato debitamente informato. Le corti francesi avevano rigettato il ricorso con cui il lavoratore aveva lamentato un'indebita ingerenza nel proprio diritto alla riservatezza sul contenuto dei *files*.

Innanzitutto, emerge una differenza macroscopica rispetto al caso *Bărbulescu*, ove il datore di lavoro era un soggetto di diritto privato: nel caso *Libert* la Corte ha ritenuto che SNCF, in ragione del suo stretto collegamento strutturale con lo Stato francese, dovesse essere qualificata alla stregua di pubblica autorità. Pertanto, la Corte ha proceduto all'analisi delle ragioni di doglianza sollevate dal ricorrente sotto l'angolo non dell'obbligazione positiva di adottare ogni misura necessaria a garantire il rispetto della vita privata nelle relazioni intersoggettive orizzontali, bensì dell'adempimento dell'obbligazione negativa di impedire ogni diretta arbitraria intromissione da parte della pubblica autorità.

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto che, considerate tutte le circostanze del caso, le autorità nazionali avessero individuato un corretto punto di

⁽²⁵⁾ Corte EDU, Plen., *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, n. 6833/74; *Evans c. Regno Unito*, GC, 10 aprile 2007, n. 6339/05.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Libert c. Francia*, 22 febbraio 2018, n. 588/13.

bilanciamento degli interessi in gioco, senza eccedere i limiti del margine di apprezzamento loro riservato.

Sotto altro profilo, la sentenza *Libert* offre un particolare spunto d'analisi in tema di giudizio di bilanciamento. Il concetto di necessità in una società democratica dell'ingerenza nei diritti protetti dall'art. 8 CEDU implica che l'interferenza realizzata dallo Stato, o comunque da questi autorizzata, sia fondata su un bisogno sociopolitico imperativo e sia proporzionata rispetto al fine legittimo perseguito. Come noto, la Corte non impone agli Stati membri un parametro di proporzione mezzi-fini predefinito in modo rigido, bensì riconosce un certo margine di apprezzamento nell'individuazione dello *standard* interno di proporzione, purché compatibile con i limiti stabiliti dalla Convenzione. L'ampiezza del margine di apprezzamento assume quindi una geometria variabile, la quale tendenzialmente rispecchia – seppur non in misura esattamente matematica – l'ampiezza dell'eventuale consenso esistente tra gli Stati membri in merito al significato di un determinato elemento costitutivo della fattispecie convenzionale.

3. Gli obblighi positivi

In tema di obblighi positivi, nella giurisprudenza convenzionale assume particolare rilevanza la sentenza *Bărbulescu c. Romania n. 2* ⁽²⁷⁾, che ha deciso il caso di un datore di lavoro privato il quale aveva operato un controllo occulto sul flusso *e-mail*, dal contenuto intimo, intercorso tra un dipendente e la sua compagna facendo uso di un computer aziendale. È particolarmente noto il paragrafo 121 della pronuncia, il quale dettaglia l'elenco delle misure di salvaguardia ritenute rilevanti ai fini della protezione del diritto di corrispondenza sul luogo di lavoro, e più in generale del diritto alla *privacy* nei suoi molteplici profili (v. il richiamo al precedente *Bărbulescu* presente nella sentenza *López Ribalda c. Spagna n. 2* in materia di diritto al rispetto della vita privata ⁽²⁸⁾). I principi di necessità e proporzione impongono di tenere conto dell'estensione del controllo operato e il grado d'intrusione concretamente effettuato nella *privacy* del dipendente, e quindi di considerare la durata nel tempo del monitoraggio, l'esistenza o l'assenza di limiti spaziali del monitoraggio, il carattere totale o parziale dei dati monitorati, il numero di persone che hanno avuto accesso ai risultati, il numero di persone sottoposte a controllo. Essi richiedono di verificare in particolare se

⁽²⁷⁾ Corte EDU, GC, *Bărbulescu c. Romania* 2, 5 settembre 2017, n. 61496/08; Corte EDU, *Lozovyye c. Russia*, 24 aprile 2018, n. 4587/09.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, GC, *López Ribalda c. Spagna n. 2*, 17 ottobre 2019, nn. 1874/13 e 8567/13.

il controllo sia generalizzato (*automatic monitoring*) o mirato a soggetti specificamente individuati (*spot check*) e se riguardi il mero flusso delle comunicazioni o anche la presa visione del loro contenuto. È individuata quale misura di salvaguardia di peculiare importanza la preventiva informazione del lavoratore circa la possibilità, l'estensione e le modalità di controllo (v., a tale riguardo, il collegamento tematico con il contenuto dell'art. 4, comma 3 Stat. lav.).

Innanzitutto, merita rilevare che con la sentenza *Bărbulescu* la Grande Camera ha ulteriormente chiarito i confini del perimetro applicativo dell'art. 8 CEDU, precisando che il concetto di vita privata ben può includere anche attività di natura professionale che abbiano svolgimento sul luogo di lavoro (v., sempre in materia di controlli a distanza c.d. tecnologici, i casi *Halford c. Regno Unito* ⁽²⁹⁾, *Copland c. Regno Unito* ⁽³⁰⁾, *Köpke c. Germania* ⁽³¹⁾). Ciò vale a sgomberare per l'ennesima volta il campo dall'idea, non di rado sottesa alle impostazioni difensive dei datori di lavoro costituiti in giudizio, che il lavoratore, per il solo fatto di trovarsi all'interno dei locali aziendali o di essere impegnato nell'utilizzazione di beni strumentali aziendali (ad esempio l'*e-mail* o un *laptop* aziendale), non possa avanzare alcuna pretesa di protezione del proprio diritto alla vita privata o di corrispondenza.

Sotto il profilo metodologico e sistematico, è utile evidenziare che il paragrafo 121 deve essere coerentemente inteso non quale catalogo tassativo dei presupposti sempre e comunque necessari e sufficienti a legittimare il controllo a distanza, bensì quale sintesi non esaustiva di indici particolarmente sintomatici della proporzione/sproporzione di un determinato atto di controllo, in ragione delle modalità concrete con cui l'intrusione è stata attuata rispetto al fine legittimo cui essa è preordinata. In tale quadro concettuale, in coerenza con l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri in tale particolare materia, nemmeno l'informazione preventiva può rilevare quale misura convenzionalmente imposta. Essa semmai costituisce il tassello eventuale di un più ampio quadro fattuale suscettibile, nel suo insieme, di una complessiva valutazione di compatibilità convenzionale.

In questa prospettiva, la giurisprudenza di Strasburgo attribuisce all'informazione preventiva una valenza di salvaguardia particolare, ma non assoluta, in quanto destinata ad essere bilanciata con gli ulteriori indici rivelatori del peso di altri diritti convenzionali in gioco: nel caso *Gara-*

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Halford c. Regno Unito*, 25 giugno 1997, n. 20605/92.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Copland c. Regno Unito*, 3 aprile 2007, n. 62617/00.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Köpke c. Germania*, 5 ottobre 2010, 420/07.

mukanwa c. Regno Unito ⁽³²⁾ la Corte EDU ha ritenuto che il lavoratore, già consapevole di essere stato accusato presso il datore di lavoro di molestie ai danni di altra lavoratrice, non potesse nutrire alcuna ragionevole aspettativa di protezione della *privacy* sul contenuto delle *e-mail* connesse all'illecito addebitatogli, che legittimamente il datore di lavoro aveva utilizzato a fini disciplinari. Pertanto, la conoscenza di fatto da parte del lavoratore rende superflua, a determinate condizioni, la preventiva comunicazione formale sulle modalità del controllo.

Nella decisione *K.U. c. Finlandia* ⁽³³⁾, relativa a un caso concernente diritti fondamentali ritenuti dalla Corte EDU meritevoli di “*primary consideration*” quali la libertà di espressione e la segretezza delle comunicazioni anche telematiche, la Corte ha ritenuto che la *privacy* dell'utente di un portale *web* che assicurava l'anonimato dovesse cedere il passo a fronte di *other legitimate imperatives*, quali la prevenzione del crimine o la protezione dei diritti e delle libertà altrui: nel caso di specie, il perseguimento penale di abusi su minori.

Ad ogni modo, è utile rilevare che la logica convenzionale, in via generale, non impone la tassativa adozione di alcuna misura di salvaguardia determinata, bensì richiede l'adozione delle misure necessarie e sufficienti ad assicurare, *nel loro insieme*, che nel caso particolare la compressione subita da un diritto fondamentale sia proporzionata rispetto al fine di tutelare la finalità legittima perseguita.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, tra le misure di bilanciamento che assumono un peculiare valore sistematico risaltano l'obbligo di impedire che le conversazioni private siano rese di dominio pubblico ⁽³⁴⁾, l'obbligo di fornire ai detenuti il materiale necessario per corrispondere con la Corte di Strasburgo ⁽³⁵⁾, l'obbligo di conciliare il diritto al rispetto della corrispondenza e il diritto alla libertà di espressione ⁽³⁶⁾.

4. Il domicilio

Anche la nozione di domicilio, così come i concetti di corrispondenza, di vita privata, di vita familiare, assume un significato convenzionale autonomo ⁽³⁷⁾. Nella sentenza *Niemietz c. Germania* ⁽³⁸⁾, la Corte ha avuto la

⁽³²⁾ Corte EDU, *Garamukanwa c. Regno Unito*, 14 maggio 2019, n. 70573/17.

⁽³³⁾ Corte EDU, *K.U. c. Finlandia*, 2 dicembre 2008, n. 2872/02.

⁽³⁴⁾ Corte EDU, *Craxi c. Italia* n. 2, 17 luglio 2003, n. 25337/94.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Cotlet c. Romania*, 3 giugno 2003, n. 38565/97.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, *Benediktsdóttir c. Islanda*, 16 giugno 2009, n. 38079/06.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, GC, *Chiragov e altri c. Armenia*, 16 giugno 2015, n. 13216/05.

premura di chiarire che il termine *home*, che figura nella versione inglese dell'art. 8 CEDU, non deve essere interpretato restrittivamente, anche alla luce dell'equivalente francese *domicile*, il quale reca una connotazione semantica senz'altro più ampia.

Il termine domicilio non solo comprende i beni di cui il ricorrente sia proprietario o locatario ⁽³⁹⁾, ma si estende alle più svariate forme di occupazione a lungo termine di un'abitazione. Esso si riferisce, precipuamente, al legame di fatto che intercorre tra una persona e un determinato bene, a prescindere dal fatto che l'interessato abbia fissato nell'immobile la propria residenza formale ⁽⁴⁰⁾ o che sia cessato, ai sensi del diritto nazionale, il diritto di occupazione di un alloggio ⁽⁴¹⁾. La nozione di domicilio non è limitata ai tradizionali luoghi di residenza, ma comprende *roulottes* e altri alloggi mobili come capanni e *bungalow* ⁽⁴²⁾, a prescindere dalla questione della liceità dell'occupazione ai sensi del diritto interno ⁽⁴³⁾, abitazioni secondarie o di vacanza ⁽⁴⁴⁾, uffici commerciali e studi professionali ⁽⁴⁵⁾, camere d'albergo ⁽⁴⁶⁾.

Il diritto di domicilio comprende non solo la titolarità del diritto reale o personale sul bene, ma anche il pacifico godimento del medesimo ⁽⁴⁷⁾.

Tra i casi di ingerenza nel diritto di domicilio presi in considerazione dalla giurisprudenza convenzionale sono particolarmente significativi: la distruzione deliberata del domicilio da parte delle autorità ⁽⁴⁸⁾; il rifiuto di consentire agli sfollati di tornare nei propri domicili ⁽⁴⁹⁾; il trasferimento degli abitanti di un villaggio per decisione delle autorità ⁽⁵⁰⁾; l'ingresso della polizia nel domicilio di una persona ⁽⁵¹⁾ e la sua perquisizione ⁽⁵²⁾; le

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, 13710/88.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, 21 aprile 2016, n. 46577/15.

⁽⁴⁰⁾ Corte EDU, *Yevgeniy Zakharov c. Russia*, 14 marzo 2017, n. 66610/10; Corte EDU, *Buckleley c. Regno Unito*, 25 settembre 1996, 20348/92.

⁽⁴¹⁾ Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, 13 maggio 2008, n. 19009/04.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, GC, *Chapman c. Regno Unito*, 18 gennaio 2011, n. 27238/95.

⁽⁴³⁾ Corte EDU, *Winterstein e altri c. Francia*, 17 ottobre 2013, n. 27013/07; Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012, n. 25446/06.

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, *Demades c. Turchia*, 31 luglio 2003, n. 16219/90.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, *Buck c. Germania*, 28 aprile 2005, n. 41604/98; Corte EDU, *Société Colas Est e altri c. Francia*, 16 aprile 2002, n. 37971/97.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, *Federazione nazionale delle associazioni e dei sindacati degli sportivi (FNASS) e altri c. Francia*, 18 gennaio 2018, nn. 48151/11 e 77769/13.

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, *Cvijetić c. Croazia*, 26 febbraio 2004, n. 71549/01.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, *Selçuk e Asker c. Turchia*, 24 aprile 1998, n. 12/1997.

⁽⁴⁹⁾ Corte EDU, GC, *Cipro c. Turchia*, 10 maggio 2001, n. 25781/94.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, *Noack e altri c. Germania*, 25 maggio 2000, n. 46346/99.

⁽⁵¹⁾ Corte EDU, *Gutsanovi c. Bulgaria*, 15 ottobre 2013, n. 34529/10.

perquisizioni e i sequestri ⁽⁵³⁾; l'occupazione o il danneggiamento di un bene ⁽⁵⁴⁾; l'espulsione dal domicilio ⁽⁵⁵⁾; la modifica delle condizioni di locazione ⁽⁵⁶⁾; la perdita del domicilio a seguito di un decreto di espulsione ⁽⁵⁷⁾; l'impossibilità per una coppia, ai sensi della normativa in materia di immigrazione, di fissare un domicilio comune e di convivervi come nucleo familiare ⁽⁵⁸⁾; l'ingiunzione rivolta ad alcune società di consentire agli ispettori del fisco di accedere ai locali e di acquisire copia dei dati memorizzati in un *server* ⁽⁵⁹⁾; l'ordine di liberare il terreno occupato abusivamente per molti anni da *roulottes*, capanni o *bungalow* ⁽⁶⁰⁾.

Nell'importante caso *Khadija Ismayilova c. Azerbaijan* ⁽⁶¹⁾, riguardante una nota giornalista, la Corte EDU ha ritenuto che costituiscano un'offesa alla dignità umana l'intrusione nel domicilio della ricorrente sotto forma di ingresso non autorizzato nel suo appartamento e l'installazione di cavi e videocamere nascoste nello stesso, l'invasione grave, flagrante e straordinariamente intensa nella sua vita privata sotto forma di riprese non autorizzate degli aspetti più intimi della sua vita privata avvenuta nel domicilio e la successiva pubblica diffusione di tali riprese, nonché l'invio di una missiva che minacciava la ricorrente di pubblica umiliazione.

È significativo sottolineare che i concetti di "domicilio" e di "proprietà" ai sensi dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU presentano ambiti di sovrapposizione, anche se l'esistenza di un domicilio non dipende dall'esistenza di un diritto di proprietà su un immobile ⁽⁶²⁾. Atti di interferenza che costituiscono violazione dell'art. 8 CEDU non implicano una necessaria violazione anche dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, essendo diversi gli interessi sostanziali protetti dalle rispettive disposizioni convenzionali. Ne consegue che diversa è anche la portata della tutela accordata, in particolare per quanto attiene l'osservanza dei requisiti di necessità e di proporzione di una determinata restri-

⁽⁵²⁾ Corte EDU, GC, *Murray c. Regno Unito*, 28 ottobre 1994, n. 14310/88.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, *Chappell c. Regno Unito*, 30 marzo 1989, 10461/83.

⁽⁵⁴⁾ Corte EDU, *Khamidov c. Russia*, 15 novembre 2007, n. 72118/01.

⁽⁵⁵⁾ Corte EDU, *Orlić c. Croazia*, 21 giugno 2011, n. 48833/07.

⁽⁵⁶⁾ Corte EDU, *Berger-Krall e altri c. Slovenia*, 12 giugno 2014, n. 14717/04.

⁽⁵⁷⁾ Corte EDU, GC, *Slivenko c. Lettonia*, 9 ottobre 2003, n. 48321/99.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, *Hode e Abdi c. Regno Unito*, 6 novembre 2012, n. 22341/09.

⁽⁵⁹⁾ Corte EDU, *Bernb Larsen Holding AS e altri c. Norvegia*, 14 marzo 2013, n. 24117/08.

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Winterstein e altri c. Francia*, 17 ottobre 2013, n. 27013/07.

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *Khadija Ismayilova c. Azerbaijan*, 10 gennaio 2019, nn. 65286/13 e 57270/14.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, *Surugiu c. Romania*, 20 aprile 2004, n. 48995/99; Corte EDU, *Khamidov c. Russia*, 15 novembre 2007, n. 72118/01.

zione ⁽⁶³⁾. Tuttavia, vi sono anche casi in cui la violazione dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU è stata ritenuta conseguenza naturale dell'accertata violazione dell'art. 8 CEDU ⁽⁶⁴⁾. Coerentemente, la preminente rilevanza assunta dal diritto all'autodeterminazione personale e all'integrità fisica e morale comporta che, in materia di domicilio, il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri sia più ristretto rispetto a quello garantito dall'art. 1 Prot. n. 1 ⁽⁶⁵⁾.

La Corte ha ritenuto che la perdita del domicilio costituisca la più estrema forma di ingerenza. Chiunque rischi di subire un'ingerenza di tale rilevanza deve godere, in linea di principio, della garanzia del riesame giurisdizionale anche qualora, ai sensi del diritto interno, il suo diritto di occupazione sia cessato ⁽⁶⁶⁾, quandanche si tratti di alloggi statali o sociali ⁽⁶⁷⁾. Così, una *procedura sommaria* di sfratto di un locatario deve offrire adeguate garanzie procedurali: la cessazione della locazione senza la possibilità che un tribunale indipendente valuti la proporzionalità della misura costituisce violazione dell'art. 8 CEDU ⁽⁶⁸⁾.

Infine, un significativo orientamento giurisprudenziale riconosce particolare rilevanza alla condizione di vulnerabilità dell'occupante e impone di tenere in considerazione i peculiari stili di vita di talune minoranze, come Rom e nomadi ⁽⁶⁹⁾.

In materia di domicilio, due sono i temi che particolarmente interessano il contenzioso italiano. Il primo riguarda la questione degli sgomberi da immobili pubblici abusivamente occupati. Nella sentenza *Yordanova e altri c. Bulgaria* ⁽⁷⁰⁾ La Corte ha indicato quali sono gli elementi da tenere in particolare considerazione nel giudizio di "necessità in una società democratica". Per un verso, deve essere verificato se la misura restrittiva sia adottata in applicazione di politiche sociali o economiche, anche in materia abitativa e di pianificazione urbana o rurale, essendo ampio virgola in tale ambito, il margine di discrezionalità riservato allo Stato. Per altro verso, il margine di

⁽⁶³⁾ Corte EDU, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, 21 aprile 2016, n. 46577/15.

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU, GC, *Doğan e altri c. Turchia*, 26 aprile 2016, n. 62649/10; Corte EDU, GC, *Chiragov e altri c. Armenia*, 16 giugno 2015, n. 13216/05; Corte EDU, GC, *Sargsyan c. Azerbaigian*, 16 giugno 2015, n. 40167/06.

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, *Gladysheva c. Russia*, 6 dicembre 2011, n. 7097/10.

⁽⁶⁶⁾ Corte EDU, *McCann c. Regno Unito*, 13 maggio 2008, n. 19009/04.

⁽⁶⁷⁾ Corte EDU, *F.J.M. c. Regno Unito*, 29 novembre 2018, n. 76202/16.

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, *Kay e altri c. Regno Unito*, 21 settembre 2010, n. 37341/06.

⁽⁶⁹⁾ Corte EDU, *Connors c. Regno Unito*, 27 maggio 2004, n. 66746/01; Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012, n. 25446/06; Corte EDU, *Codona c. Regno Unito*, 7 febbraio 2006, n. 485/05; Corte EDU, *Stenegry e Adam c. Francia*, 22 maggio 2007, n. 40987/05.

⁽⁷⁰⁾ Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 19 luglio 2018, n. 61432/11 e 64318/11.

apprezzamento tenderà ad essere più ristretto laddove il diritto in gioco sia cruciale per l'effettiva protezione della sfera personale e intima della persona, così come appunto avviene nelle situazioni coperte dall'art. 8 Cedu, il quale abbraccia diritti di fondamentale importanza per l'identità dell'individuo, l'autodeterminazione, l'integrità fisica e morale, il mantenimento dei rapporti con gli altri e l'assicurazione di un posto stabile e sicuro nella comunità. A tale proposito, assume centralità l'osservanza di garanzie procedurali adeguate alla rilevanza dei diritti in gioco, ivi compresa, "in linea di principio", la garanzia che la necessità e la proporzionalità dell'interferenza nel godimento del diritto sia scrutinata da un "tribunale indipendente" ⁽⁷¹⁾ e che la relativa decisione sia supportata da adeguata motivazione. Nella decisione *P.H. e altri c. Italia* ⁽⁷²⁾ la Corte EDU, in un caso di sgombero di un campo rom, pur avendo dichiarato inammissibile la domanda per mancato esaurimento delle vie di ricorso interno, non ha mancato di rammentare i criteri da tenere in particolare considerazione ai fini della valutazione della proporzionalità di un provvedimento di sgombero, tra cui l'esistenza di alternative abitative, l'idoneità di queste ultime rispetto ai particolari bisogni dell'individuo, la tutela dell'ambiente, la condizione di particolare vulnerabilità degli appartenenti alle comunità Rom e nomadi.

La seconda questione riguarda la tutela dell'abitazione avverso un ordine di demolizione, che la giurisprudenza penale nazionale ⁽⁷³⁾ ha recepito facendo diretta applicazione del test di proporzionalità secondo i criteri di bilanciamento enunciati dalla giurisprudenza convenzionale nel precedente *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria* ⁽⁷⁴⁾

5. Domicilio e protezione dell'ambiente

Un ambito sostanziale di particolare interesse è rappresentato dalle intersezioni che si riscontrano tra il diritto alla protezione del domicilio e il tema della tutela dell'ambiente circostante, il quale non trova di per sé riconoscimento nella CEDU. La Convenzione non protegge i diritti "ambientali" ⁽⁷⁵⁾, quali il diritto a un ambiente salubre e tranquillo ⁽⁷⁶⁾, tuttavia può porsi una questione di violazione dell'art. 8 CEDU quando una persona

⁽⁷¹⁾ Corte EDU, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, § 118.

⁽⁷²⁾ Corte EDU, *P.H. e altri c. Italia*, 5 luglio 2022, n. 27157/19.

⁽⁷³⁾ Cass. Pen., 20 febbraio 2019, n. 15141; Cass. Pen., 19 marzo 2019, n. 17398.

⁽⁷⁴⁾ Corte EDU, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, 21 aprile 2016, n. 46577/15.

⁽⁷⁵⁾ Corte EDU, GC, *Hatton e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 2003, n. 36022/97.

⁽⁷⁶⁾ Corte EDU, *Kyrtatos c. Grecia*, 22 maggio 2003, n. 41666/98.

subisca direttamente gravi forme di inquinamento acustico, idrico ⁽⁷⁷⁾, da emissioni tossiche ⁽⁷⁸⁾, da attività industriali ⁽⁷⁹⁾ o di altro tipo ⁽⁸⁰⁾.

La responsabilità dello Stato può configurarsi, secondo i principi generali, in conseguenza sia della violazione di obblighi negativi, qualora esso sia responsabile della mancata adozione di adeguate misure normative idonee a disciplinare le attività inquinanti del settore privato, sia della violazione di obblighi positivi, qualora l'inquinamento sia provocato direttamente dall'attività dello Stato.

Nel caso *Fadeyeva c. Russia* la Corte ha ritenuto che le autorità non avessero offerto una soluzione effettiva che assicurasse l'allontanamento dei residenti da una zona pericolosa circostante un'importante acciaieria e consentisse una riduzione dell'inquinamento industriale a livelli accettabili, garantendo un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti ⁽⁸¹⁾. Nella causa *Di Sarno e altri c. Italia*, la Corte ha riscontrato la violazione del diritto al rispetto del domicilio a causa della protratta incapacità delle autorità italiane di assicurare il corretto funzionamento della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti ⁽⁸²⁾. La giurisprudenza della Corte ha inoltre valorizzato l'obbligo procedurale di consentire l'accesso pubblico ai risultati delle indagini e degli studi effettuati e alle informazioni che consentano di valutare il pericolo di esposizione ⁽⁸³⁾.

A ogni modo, in tale materia allo Stato è riconosciuto un ampio margine di apprezzamento. Sono quindi ammessi ampi spazi di bilanciamento, ad esempio, tra impatto acustico sul domicilio e interessi economici connessi alla gestione di importanti aeroporti internazionali in prossimità di zone residenziali ⁽⁸⁴⁾, anche in ordine ai voli notturni ⁽⁸⁵⁾.

Le conseguenze dell'inquinamento ambientale, per dare luogo a una

⁽⁷⁷⁾ Corte EDU, *Dubetska e altri c. Ucraina*, 10 febbraio 2011, n. 30499/03.

⁽⁷⁸⁾ Corte EDU, *Fadeyeva c. Russia*, 9 giugno 2005, n. 55723/00; Corte EDU, *Giacomelli c. Italia*, 2 novembre 2006, n. 59909/00.

⁽⁷⁹⁾ Corte EDU, *Tătar c. Romania*, 27 gennaio 2009, n. 67021/01. La sentenza della Corte di cassazione 1° febbraio 2017, n. 2611, nel recepire la giurisprudenza convenzionale in materia di immissioni rumorose e luminose, ha dato riconoscimento al danno non patrimoniale subito dall'interessato anche a prescindere dalla consumazione di una lesione della salute. V. sul tema A. DINISI, *Immissioni intollerabili e danno non patrimoniale da lesione del diritto al godimento dell'ambiente*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 3, 2017, 821 e ss..

⁽⁸⁰⁾ Corte EDU, GC, *Hatton e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 2003, n. 36022/97; Corte EDU, *Moreno Gómez c. Spagna*, 16 novembre 2004, n. 4143/02.

⁽⁸¹⁾ Corte EDU, *Fadeyeva c. Russia*, 9 giugno 2005, n. 55723/00.

⁽⁸²⁾ Corte EDU, *Di Sarno e altri c. Italia*, 10 gennaio 2012, n. 30765/08.

⁽⁸³⁾ Corte EDU, *Giacomelli c. Italia*, 2 novembre 2006, n. 59909/00.

⁽⁸⁴⁾ Corte EDU, *Powell e Rayner c. Regno Unito*, 21 febbraio 1990, n. 9310/81.

⁽⁸⁵⁾ Corte EDU, GC, *Hatton e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 2003, n. 36022/97.

violazione convenzionale, devono raggiungere una certa “soglia di gravità”, senza costituire necessariamente un grave pericolo per la salute dell’interessato ⁽⁸⁶⁾, come nei casi in cui un grave inquinamento ambientale incida sul benessere delle persone e impedisca loro di godere del proprio domicilio, senza tuttavia costituire un grave pericolo per la salute ⁽⁸⁷⁾. È altrettanto vero che la sola circostanza dell’illegalità dell’attività che causa la molestia non è in sé sufficiente a farla rientrare nel campo di applicazione dell’art. 8 CEDU, essendo comunque necessario verificare il superamento della soglia di gravità convenzionalmente rilevante ⁽⁸⁸⁾.

La dottrina della soglia minima di gravità è un principio che trova trasversale applicazione in relazione a molteplici diritti convenzionali. L’ambito applicativo più noto è probabilmente quello relativo all’art. 3 CEDU (divieto di tortura, di trattamenti inumani o degradanti), che per contro è un diritto assoluto non bilanciabile, né altrimenti comprimibile in ragione della pretesa di tutelare alcun’altra finalità concorrente, privata o pubblica che sia. Pertanto, un atto di interferenza nel diritto garantito dall’art. 3 CEDU determina per ciò solo una violazione convenzionale, a condizione tuttavia che il maltrattamento raggiunga una soglia minima di gravità che deve essere ponderata in ragione di tutte le circostanze del caso concreto, quali la natura e il contesto del fatto, le modalità di esecuzione del trattamento, la durata, i suoi effetti psico-fisici, talvolta anche l’età, il sesso, le condizioni di salute della persona sottoposta al trattamento considerato ⁽⁸⁹⁾.

Vademecum

Le “indicazioni operative” sono formulate in base a “quesiti-tipo” che la Corte EDU sottopone alle parti (Governo e ricorrenti) dopo il vaglio preliminare d’ammissibilità dei ricorsi, nonché in base a indici concreti di violazione. Si precisa che l’approccio della Corte è casistico e che i diritti umani possono essere garantiti secondo forme e strumenti diversi, purché compatibili con lo spirito della Convenzione.

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Qual è l’oggetto del diritto di corrispondenza previsto dall’art. 8 CEDU? • Il diritto di corrispondenza è assoluto o relativo? • La protezione del diritto di corrispondenza sul luogo di lavoro vincola lo Stato membro al rispetto di obblighi positivi o negativi?
--------------------------	--

⁽⁸⁶⁾ Corte EDU, *López Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994, n. 16798/90.

⁽⁸⁷⁾ Corte EDU, *Guerra e altri c. Italia*, 19 febbraio 1998, n. 116/96.

⁽⁸⁸⁾ Corte EDU *Furlepa c. Polonia*, 18 marzo 2008, n. 62101/00.

⁽⁸⁹⁾ Corte EDU, GC, *Khatifia e altri c. Italia*, 15 dicembre 2016, n. 16483/12; GC, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, 25 giugno 2019, n. 41720/13.

	<ul style="list-style-type: none"> • Che rapporto esiste tra diritto di domicilio e diritto di proprietà? • L'ingresso non autorizzato in un luogo di abitazione e l'installazione di cavi e videocamere nascoste costituisce violazione del diritto di domicilio o del diritto di corrispondenza? • La CEDU riconosce i "diritti ambientali"?
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • Il diritto di corrispondenza copre ampie tipologie di comunicazioni intersoggettive che siano compiute di persona ovvero per via telefonica o telematica. Tutela i relativi contenuti anche quando siano oggetto di <i>storage</i>, digitale o di altro tipo. • Il diritto di corrispondenza è relativo, quindi trovano applicazione i tre presupposti di legittima comprimibilità stabiliti dall'art. 8, § 2 CEDU: <i>a)</i> che la restrizione trovi fondamento nella legge; <i>b)</i> che la restrizione sia giustificata dalla necessità di perseguire almeno una delle finalità legittime tassativamente elencate dalla norma; <i>c)</i> che la restrizione sia necessaria e proporzionata. • Si tratta di obblighi negativi (di astensione) se il datore di lavoro è pubblico, di obblighi positivi (che impongono allo Stato membro l'adozione di adeguate misure protettive nei rapporti orizzontali) se il datore di lavoro è privato. • Il diritto di "domicilio" tutelato dall'art. 8 CEDU e il diritto di "proprietà" tutelato dall'art. 1 Prot. n. 1 CEDU presentano ambiti di sovrapposizione, ma l'esistenza di un domicilio non dipende dall'esistenza di un diritto di proprietà su un determinato immobile. • L'installazione di videocamere nascoste in un luogo di abitazione costituisce violazione del diritto di domicilio. L'eventuale acquisizione di comunicazioni interpersonali costituisce un'autonoma e concorrente violazione del diritto di corrispondenza. L'eventuale acquisizione <i>live</i> di videoriprese costituisce una concorrente violazione del diritto alla vita privata, sempre tutelato dall'art. 8. • La CEDU non riconosce i "diritti ambientali", tuttavia opera la tutela del domicilio nel caso in cui una persona, nel proprio domicilio, subisca direttamente gravi forme di inquinamento acustico, da attività industriale o di altro tipo.

III.
LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI
di *Francesco Perrone* (*)

SOMMARIO: 1. Collocazione sistematica e natura del diritto alla protezione dei dati personali. — 2. Il diritto alla *privacy* come diritto relativo e bilanciabile. — 3. L'operatività della logica convenzionale del diritto alla *privacy*. — 4. La *three steps* rule nel diritto alla *privacy*. — 5. La linea di confine tra necessità e proporzionalità dell'interferenza nel godimento del diritto alla *privacy*. — 6. L'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico nelle indagini penali.

1. Collocazione sistematica e natura del diritto alla protezione dei dati personali

Il diritto alla vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali trovano riconoscimento non solo nella Costituzione italiana in quanto aspetti inalienabili della persona umana, ed anzi necessità biologica dell'uomo (art. 2 Cost.) e indispensabile strumento di protezione della dignità della persona (art. 3 Cost.), ma anche nell'ordinamento dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: nel primo, per mezzo di una policentrica rete normativa fondata in tutti i ranghi del diritto eurounitario, di cui gli art. 7 e 8 CDFUE, l'art. 16 TFUE, il regolamento UE n. 2016/679 e la *data protection directive* n. 95/46/Ce costituiscono gli snodi principali, nella seconda, tramite la concentrazione della disciplina protettiva di entrambi i diritti nell'art. 8 CEDU.

È utile premettere anche che il diritto CEDU non conosce il medesimo criterio di ripartizione per materia consolidatosi nelle tradizioni giuridiche degli ordinamenti nazionali. Nella prospettiva convenzionale la distinzione tra diritto civile, penale, amministrativo non assume un autentico valore sistematico (con la sola esclusione, forse, del diritto processuale civile e del diritto processuale penale, grosso modo riconducibili, con le dovute precisazioni, all'ambito applicativo dell'art. 6 CEDU). Le "materie" convenzionali sono quelle corrispondenti all'ambito sostanziale di applicazione di ciascun

(*) Magistrato presso il Tribunale di Padova.

“diritto” protetto dalla CEDU e dai suoi Protocolli, quindi il “diritto alla vita” (art. 2 CEDU), il “diritto alla libertà e sicurezza personale” (art. 5 CEDU), il “diritto alla vita privata e familiare” (art. 8 CEDU), il “diritto di proprietà” (art. 1, Prot. 1 CEDU) e così via. Nemmeno esiste, quindi, un diritto convenzionale del lavoro (del resto, come noto, la CEDU nemmeno conosce i diritti sociali e del lavoro), con l’importante precisazione che sono numerose le situazioni “coperte” dai diritti del lavoro nazionali che ricadono trasversalmente nell’ambito applicativo di una o più disposizioni convenzionali, come l’art. 4 CEDU (v. le sentenze *Siliadin* ⁽¹⁾, *Van der Mussele* ⁽²⁾, *Stummer* ⁽³⁾), l’art. 2 CEDU (v. la sentenza *Brincat* ⁽⁴⁾), l’art. 8 CEDU (v. ancora la sentenza *Brincat*, nonché le sentenze e *Bărbulescu c. Romania* e *López Ribalda*), ma anche gli artt. 10 e 14 CEDU.

Nell’ambito dell’art. 8 CEDU la protezione dei dati personali rileva quale particolare aspetto della *private life*, nella quale, senza pretesa di esaustività, sono a loro volta ricomprese categorie di diritti quali: il diritto all’integrità fisica, psicologica e morale, che a sua volta comprende questioni relative alla riproduzione, alla tutela rispetto ai trattamenti medici forzati, alla salute e la libertà di cura, al fine vita; il diritto all’identità e all’autonomia personale, al quale afferiscono questioni relative alla conoscenza delle proprie origini, alle convinzioni religiose e politiche, al nome e all’identità personale, all’identità di genere e all’appartenenza etnica; il diritto alla riservatezza o *privacy* strettamente intesa, la quale si articola in una molteplicità di profili quali il diritto alla protezione dei dati personali, all’immagine e alla rappresentazione fotografica, alla reputazione individuale, alla tutela della vita privata in stato di detenzione e nei rapporti tra cliente e avvocato.

Pertanto, il diritto alla protezione dei dati personali è un sottoinsieme sostanziale della più ampia categoria giuridica della “vita personale”. La casistica che ricade nel relativo ambito applicativo è la più svariata, e ricomprende la protezione delle informazioni riguardanti lo stato di salute, la raccolta e l’organizzazione dei dati da parte dei servizi di sicurezza e di altri organi dello Stato, la sorveglianza di polizia, il diritto di accesso alle informazioni personali.

Sia nell’ordinamento CEDU, sia nell’ordinamento UE il diritto alla vita privata e il diritto alla protezione dei dati personali sono trattati alla stregua di diritti non assoluti. L’essenza concettuale caratterizzante la non assolutezza (o relatività) di un diritto è il fatto di essere suscettibile di subire

(1) Corte EDU, *Siliadin c. Francia*, 26 luglio 2005, n. 73316/01.

(2) Corte EDU, Plen., *Van der Mussele c. Belgio*, 23 novembre 1983, n. 8919/80.

(3) Corte EDU, GC, *Stummer c. Austria*, 7 luglio 2011, n. 37452/02.

(4) Corte EDU, *Brincat e altri c. Malta*, 24 luglio 2014, n. 60908/11.

limitazioni in funzione del perseguimento di finalità di interesse generale riconosciute meritevoli di tutela dai rispettivi ordinamenti sovra e internazionali.

I diritti assoluti, per contro, non sono bilanciabili con alcun altro diritto, né comprimibili in ragione della pretesa di tutelare alcun'altra finalità concorrente, privata o pubblica che sia. Quand'è in gioco un diritto assoluto lo Stato membro nemmeno dispone di alcun margine di apprezzamento definitorio ovvero regolativo di tipo derogatorio. Diritti assoluti contemplati da specifiche disposizioni sovranazionali sono il divieto di tortura, trattamenti inumani o degradanti (art. 4 CDFUE e art. 3 CEDU), il divieto di sottoposizione a schiavitù (art. 5 CDFUE e art. 4 CEDU), il diritto alla dignità umana (art. 1 CDFUE). Nello stesso senso dispone l'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Così, la valenza semantica del termine "tortura", come definito per la prima volta nella nota sentenza della Corte EDU *Irlanda c. Regno Unito* ⁽⁵⁾, è sottratta alla disponibilità definitoria degli Stati sull'assunto del carattere assoluto del diritto sancito dall'art. 3 CEDU. Ne consegue, per quanto concerne l'ordinamento italiano, che nessun margine d'apprezzamento può essere riconosciuto allo Stato nella valutazione di compatibilità convenzionale della definizione di tortura tratteggiata dagli artt. 613-bis³e ter c.p., introdotti dalla l. n. 110/2017, a seguito delle molteplici sentenze di condanna pronunciate dalla Corte sul punto ⁽⁶⁾. Al contempo, costituisce violazione della Convenzione EDU, senza possibilità di bilanciamento, l'estradizione di chicchessia in un paese nel quale esiste il rischio concreto di sottoposizione a tortura ⁽⁷⁾, anche nel caso in cui l'estradando sia un soggetto condannato in Italia per partecipazione a organizzazione terroristica a fronte della pretesa dello Stato di assicurare protezione all'interesse generale della pubblica incolumità ⁽⁸⁾.

L'ordinamento CEDU precisa anche che i diritti assoluti non sono derogabili ai sensi dell'art. 15 CEDU, il quale consente agli Stati membri, in caso di "pericolo pubblico che minacci la vita della nazione", di adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla CEDU, nella "stretta misura" in cui la situazione lo richieda, previa notificazione al Segretario generale del Consiglio d'Europa. Pertanto, il diritto alla *privacy*, in quanto diritto non assoluto (e per tale ragione non contemplato dal comma 2

⁽⁵⁾ Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, n. 5310/71.

⁽⁶⁾ Corte EDU, GC, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009, n. 74912/01; C. EDU *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017, nn. 2539/13 e 4705/13.

⁽⁷⁾ Cass., 26 ottobre 2017, n. 49242.

⁽⁸⁾ Corte EDU, GC, *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, n. 37201/06; C. EDU, *Ben Khemais c. Italia*, 24 febbraio 2009, n. 246/07.

dell'art. 15 CEDU), è derogabile ai sensi di tale disposizione convenzionale. Lo Stato italiano sin ora non ha inteso notificare al Consiglio d'Europa la determinazione di avvalersi di tale facoltà di deroga nemmeno in relazione alle restrizioni emergenziali apportate al diritto alla *privacy* e al diritto alla protezione dei dati personali al fine di fronteggiare la pandemia Covid-19, evidentemente ritenendo che esse rientrino del margine di apprezzamento riconosciuto in via ordinaria allo Stato dalla CEDU ⁽⁹⁾.

2. Il diritto alla *privacy* come diritto relativo e bilanciabile

Le condizioni per limitare i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali sono indicate nell'art. 8 CEDU e nell'art. 52, par.1 CDFUE (oltre che in numerose altre norme di diritto europolitico derivato), così come interpretate ed elaborate dalla giurisprudenza rispettivamente della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE. Le due disposizioni, nei rispettivi sistemi giuridici sovranazionali, presentano una struttura sostanzialmente analoga. Sono quattro i comuni presupposti giustificativi: *a)* l'esistenza di un fondamento legale; *b)* il perseguimento di una legittima finalità di interesse generale; *c)* il rispetto del contenuto essenziale del diritto fondamentale (questa condizione è invero implicita nel testo dell'art. 8 CEDU, e in generale nella dogmatica della Convenzione); *d)* il necessario rispetto dei principi di necessità e proporzione.

Il giudizio di bilanciamento tra diritti e il giudizio di necessità e proporzione del mezzo di interferenza nel godimento di un diritto rispetto al fine legittimo perseguito sono situati nel cuore della logica protettiva tanto del diritto UE, quanto del sistema CEDU. Il principio del primato del diritto dell'Unione, imponendo agli Stati membri di garantire l'effettivo raggiungimento dei suoi fini (c.d. effetto utile: cfr. artt. 4, par. 3 TUE, 19, par. 1 TUE e 47 CDFUE), conferisce al sistema del diritto europolitico l'attitudine ad esercitare il più penetrante effetto conformativo. Ciò vale, naturalmente, anche con riferimento a quelle disposizioni contenute nel regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 (c.d. codice europeo della *privacy*), le quali prescrivono che il trattamento di dati personali avvenga nel rispetto dei

⁽⁹⁾ L'art. 14 del d.l. n. 14/2020, poi transitato come art. 17-*bis* nel testo del d.l. n. 18/2020 per disposizione della legge di conversione n. 27/2020, ha introdotto un regime di deroga alla disciplina di tutela della *privacy* stabilita in via ordinaria dal d.lgs. n. 196/2003, destinato ad operare sino "al termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020" (c.d. emergenza Covid-19) ai fini dell'adozione da parte delle autorità competenti delle misure urgenti di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica disposte ai sensi del d.l. n. 19/2020, art. 2.

principi di adeguatezza, pertinenza e necessità: altrimenti detto, che il trattamento dei dati sia proporzionato rispetto alle finalità per le quali il trattamento è effettuato.

Per parte sua, il diritto giurisprudenziale della Corte EDU ha consolidato nel tempo un sofisticato sistema di principi regolativi. Sullo Stato membro grava non solo l'obbligazione negativa di impedire ogni arbitraria intromissione nella vita privata da parte della pubblica autorità, bensì anche l'obbligazione positiva di adottare ogni misura necessaria a garantire il rispetto della vita privata nelle relazioni intersoggettive orizzontali. E infatti, nella prospettiva convenzionale possono costituire valido veicolo conformativo non solo atti di implementazione appartenenti alla sfera del diritto positivo di livello costituzionale e legislativo primario (quali le clausole costituzionali che tutelano il diritto alla *privacy* nella vita personale e familiare, il diritto al segreto delle comunicazioni, nonché i codici legislativi sulla *privacy* e le norme protettive di natura civile, penale, amministrativa, lavoristica), ma anche strumenti esorbitanti dal novero delle fonti del diritto del diritto interno, i quali possono appartenere sia alla sfera regolativa propria delle autorità amministrative (prime tra tutte, le autorità garanti della *privacy*), sia all'autoregolamentazione privatistica (accordi sindacali, codici etici o di buone pratiche adottati dalle associazioni di categoria, prassi consolidate sancite da codici di autoregolazione aziendale), sia alla valenza regolativa promanante dal consolidato bagaglio giurisprudenziale nazionale.

La compatibilità convenzionale è pertanto il risultato concreto della complessiva interazione di tutte le circostanze del caso, qualora ragionevolmente bilanciate secondo un metro di necessità e proporzione convenzionalmente accettabile. In questo senso, il vincolo di conformità con l'ordinamento CEDU opera diversamente dal vincolo di conformità costituzionale: mentre il giudizio di legittimità costituzionale ha carattere astratto, in quanto diretto a verificare la compatibilità di una norma di legge rispetto al parametro costituzionale, il giudizio di compatibilità convenzionale ha carattere concreto, nel senso che oggetto di verifica è il risultato concreto prodotto da una determinata azione positiva o negativa dello Stato (nel senso esplicitato in *Von Hannover c. Germania* ⁽¹⁰⁾).

Tale differenza si riflette sulla differenza strutturale che intercorre tra l'interpretazione convenzionalmente orientata e l'interpretazione orientata alla Costituzione. Quest'ultima trova attuazione per mezzo della selezione dell'interpretazione normativa, tra le molteplici desumibili da una determinata disposizione legale, maggiormente conforme al parametro costituzio-

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, GC, *Von Hannover c. Germania* (n. 2), 7 febbraio 2012, n. 40660/08.

nale. La prima invece è diretta a conseguire un risultato concreto (*result oriented*), vale a dire la conformità della situazione di fatto rispetto ai criteri convenzionali di necessità e di ragionevole proporzione, intesa quale prodotto della concorrenza di tutte le circostanze (fattuali, negoziali, normative, giurisprudenziali) costitutive della fattispecie.

Per quanto attiene, in particolare, al presupposto del rispetto del “contenuto essenziale” di un diritto relativo, esso è espressamente previsto dall’art. 52, par.1 CDFUE, ma è riconosciuto in via soltanto implicita dalla giurisprudenza della Corte EDU. Invero, nemmeno il diritto eurounitario ha elaborato una precisa definizione di “essenzialità”, in via normativa o giurisprudenziale.

Ciò che tuttavia si ricava da taluni precedenti della CGUE come *Schrems*⁽¹¹⁾ (in tema di tutela delle persone fisiche con riguardo al trasferimento dei loro dati personali ad opera di *Facebook* verso paesi terzi, nella specie gli Stati Uniti) e *Digital Rights Ireland* (in tema di compatibilità con gli artt. 7 e 8 CDFUE della direttiva 2006/24/CE sulla conservazione dei dati, la quale obbligava i fornitori di servizi di comunicazione elettronica a conservare i dati relativi al traffico e i dati relativi all’ubicazione per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a 24 mesi, e a permettere alle autorità nazionali competenti di accedere a tali dati a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi)⁽¹²⁾, entrambi riguardanti casi di interferenza su comunicazioni elettroniche, “essenziale” è ciò che afferisce al contenuto in sé della comunicazione. Concetto che si potrebbe estendere, con la dovuta prudenza, al contenuto del dato di volta in volta trattato.

3. L’operatività della logica convenzionale del diritto alla *privacy*

Al fine di analizzare le modalità concrete in cui opera la logica convenzionale del diritto alla *privacy*, è utile considerare un caso concreto. La sentenza della Corte EDU *López Ribalda c. Spagna n. 2*⁽¹³⁾ si inserisce nell’ampio filone tematico della protezione dei dati personali nel contesto dei controlli a distanza sul luogo di lavoro.

I fatti di causa rilevanti possono essere così sintetizzati: il datore di lavoro, gestore di un supermercato, riscontrava una serie di discrepanze tra il livello delle scorte di magazzino e gli incassi di fine giornata. Sospettando

(11) CGUE, GC, *Schrems c. Data Protection Commissioner*, 6 ottobre 2015, C-362/14.

(12) CGUE, GC, *Digital Rights Ireland Ltd*, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12.

(13) Corte EDU, GC, *López Ribalda e altri c. Spagna (n. 2)*, 17 ottobre 2019, nn. 1874/13 e 8567/13.

che ciò dipendesse da illecite condotte appropriative di beni e denaro aziendale poste in essere da uno o più dipendenti, provvedeva ad installare all'interno del negozio dei dispositivi di videoripresa. Ne collocava alcuni, in posizione ben visibile, a sorveglianza dei varchi d'uscita. Ne occultava altri, all'insaputa dei lavoratori, in posizione utile alla sorveglianza generalizzata ed indistinta di tutto il personale di volta in volta addetto al bancone di cassa (*covert video surveillance*). Ciò avveniva nonostante il codice per la protezione dei dati personali spagnolo imponesse, senza apparenti deroghe, l'obbligo di farne comunicazione ai lavoratori in modo chiaro ed esauriente, nonché l'obbligo di compiuta informazione circa le modalità di trattamento dei dati personali acquisiti con tale mezzo. Grazie ai filmati così ottenuti, venivano individuati e licenziati i responsabili delle accertate sottrazioni. Costoro adivano le corti nazionali lamentando la lesione del proprio diritto alla *privacy* (art. 8 CEDU) nonché, sotto il profilo processuale, la violazione del diritto di difesa asseritamente cagionato dall'utilizzazione in giudizio dei dati occultamente carpi quali prova a loro carico (art. 6 CEDU). Le corti nazionali spagnole rigettavano ogni domanda ritenendo che la condotta datoriale denunciata, considerate le circostanze del caso, fosse da reputarsi lecita e proporzionata all'entità dei fatti posti a giustificazione dei licenziamenti: sia in quanto imposta dalla necessità di assicurare adeguata protezione ai diritti patrimoniali del datore di lavoro, sia in quanto l'unica in grado di preservare l'interesse alla conservazione del patrimonio aziendale comportando al contempo il minor sacrificio possibile dei diritti dei lavoratori destinatari dell'attività di sorveglianza.

Il caso presenta un particolare interesse per il giurista di diritto italiano in quanto in entrambi gli ordinamenti l'informazione preventiva è stabilita per legge quale specifica misura legislativa di salvaguardia del diritto alla *privacy* del lavoratore (v. l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori), e in entrambi gli ordinamenti la giurisprudenza ha elaborato in via pretoria, sostanzialmente *praeter legem*, un'area immune ai vincoli di legittimità stabiliti dalla legge. Analogamente a quanto tradizionalmente argomentato sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione italiana, nel caso *Lopez Ribalda* i giudici spagnoli giudicavano la condotta datoriale legittima nonostante la legge nazionale non prevedesse alcun esplicito esonero dall'adempimento dell'obbligo di offrire ai lavoratori sottoposti a controllo una compiuta informazione preventiva.

Con la sentenza *López Ribalda 2* la Corte EDU ha riorientato l'approccio interpretativo seguito nella sentenza *López Ribalda 1*, in particolare operando un nuovo bilanciamento dei diritti convenzionali questa volta ritenendo che in quel caso le autorità domestiche, e concretamente le corti nazionali, avessero correttamente valutato che, alla luce dell'art. 8 CEDU, le misure

adottate a tutela della *privacy* fossero appropriate e proporzionate rispetto allo scopo legittimamente perseguito (la tutela del patrimonio aziendale).

4. La *three steps rule* nel diritto alla *privacy*

Nell'ambito CEDU il diritto alla *privacy*, così come gli altri diritti convenzionali c.d. "non assoluti" — quali, ad esempio, l'art. 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), l'art. 10 (libertà di espressione) l'art. 11 (libertà di riunione e di associazione), l'art. 2 del Protocollo n. 4 (libertà di circolazione), — presenta una struttura bipartita. Esso è costituito da un primo paragrafo enunciante il contenuto del diritto tutelato, e da un secondo paragrafo che enuclea i tre presupposti in presenza dei quali ogni Stato membro è legittimato a sottoporre a restrizioni (*interferences*) l'esercizio del diritto definito dal primo paragrafo: *a*) che la restrizione trovi fondamento nella legge (*in accordance with the law*); *b*) che la restrizione sia giustificata dalla necessità di perseguire almeno una delle finalità legittime tassativamente elencate dalla norma (*a legitimate aim*); *c*) che la restrizione sia necessaria (*necessary*) e proporzionata (*in a democratic society*).

Quanto alla necessità che le limitazioni debbano essere "previste dalla legge", alla luce della giurisprudenza della Corte EDU il diritto nazionale che dispone una determinata restrizione dev'essere "accessibile alle persone interessate e prevedibile quanto ai suoi effetti" (14). Una norma è prevedibile "se formulata in modo molto preciso per consentire all'interessato — avvalendosi, ove necessario, di consulenti esperti — di regolare il proprio comportamento" (così in *Amann*, par. 56), così da costituire "protezione legale adeguata contro l'arbitrarietà". La giurisprudenza della Corte EDU richiede che il requisito della necessaria previsione legale, affinché sia rispettato, debba investire non solo la misura limitativa del diritto fondamentale strettamente intesa, bensì anche i limiti all'esercizio dei relativi poteri e le garanzie di bilanciamento contro l'abuso per ingerenza (15), considerati evidentemente parte integrante del perimetro delimitativo dell'interferenza stessa. Nella prospettiva convenzionale, una certa restrizione del diritto alla *privacy* può e deve essere considerata *in accordance with the law* non solo in

(14) *Ex multis*, Corte EDU, GC, *Amann c. Svizzera*, 16 febbraio 2000, n. 27798/95, par.50.

(15) Corte EDU, GC, *Rotaru c. Romania*, n. 28341/95, 4 maggio 2000, par. 57; Corte EDU, *Vukota-Bojić c. Svizzera*, 18 ottobre 2016, n. 61838/10, par. 77. Cfr. anche Corte EDU, *Association for European Integration and Human Rights e Ekimdzhibiev c. Bulgaria*, 28 giugno 2007, n. 62540/00; Corte EDU, *Shimovolos c. Russia*, 21 giugno 2011, n. 30194/09; Corte EDU, *Vetter c. Francia*, 31 maggio 2005, n. 59842/00.

presenza di un fondamento legale certo ed esaustivo, bensì anche in presenza di orientamenti interpretativi giurisprudenziali consolidati ⁽¹⁶⁾.

Nel caso *Rotaru c. Romania* la Corte EDU ha accertato la violazione del diritto al rispetto della vita privata del ricorrente in ragione della detenzione e dell'utilizzo, da parte del servizio di intelligence romeno, di un file contenente informazioni personali che lo riguardavano, in assenza di una sufficiente e adeguata previsione legale. La Corte ha rilevato che la legge nazionale autorizzava la raccolta, la registrazione e l'archiviazione in fascicoli segreti di informazioni rilevanti per la sicurezza nazionale, ma non stabiliva limiti all'esercizio di tali poteri, che rimanevano a discrezione delle autorità. Il diritto nazionale non definiva, per esempio, il tipo d'informazioni che avrebbero potuto essere trattate, le categorie di persone nei cui confronti si sarebbero potute adottare misure di sorveglianza, le circostanze in cui tali misure si sarebbero potute prendere o la procedura da seguire. Nella logica convenzionale, se anche l'autorità pubblica avesse disposto, di propria iniziativa, misure concrete di autolimitazione, ciò non avrebbe comunque fatto venir meno il profilo di anticonvenzionalità rappresentato dall'assenza di un sufficiente fondamento legale.

Quanto al presupposto del perseguimento di un *legitimate aim*, le finalità di interesse generale da ritenersi legittime sono quelle tassativamente individuate dal secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU nella pubblica sicurezza, nel benessere economico del paese, nella difesa dell'ordine e nella prevenzione dei reati, nella protezione della salute o della morale, nella protezione dei diritti e delle libertà altrui. In particolare, le esigenze legate all'emergenza pandemica hanno ritrovato nella "protezione della salute" la finalità di interesse generale capace di giustificare le misure di interferenza nel diritto alla *privacy* apportate dai governi nazionali. Parallelamente, l'esigenza di tutelare la sanità pubblica e la sicurezza sociale, di tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie nonché di proteggere la sicurezza nazionale trovano riconoscimento quali finalità legittime anche in molteplici disposizioni del diritto dell'Unione (v. art. 23, par. 1 art. 9, par. 2, lett. g), b), i) e Considerando n. 46 del GDPR, art. 15 dell'*e-privacy directive*), così come anche esplicitato dalla dichiarazione del 16 marzo dello *European Data Protection Board* (EDPB) ⁽¹⁷⁾.

Nel caso *Lopez Ribalda* i ricorrenti non hanno sollevato specifica questione né in merito all'effettiva esistenza di una base normativa di diritto

⁽¹⁶⁾ *Ex multis*, Corte EDU, *Köpke c. Germania*, 5 ottobre 2010, n. 420/07.

⁽¹⁷⁾ Sul tema vedi *amplius* F. PERRONE, *Questioni di conformità del diritto alla privacy dell'emergenza con il diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2, 2020, 581 ss., e la bibliografia ivi citata.

interno giustificativa della restrizione, evidentemente data — forse un po' troppo — per scontata, né in merito all'esistenza di un fine legittimo a giustificazione della restrizione, essendo quest'ultimo effettivamente individuabile, senza eccessive difficoltà, nella necessità di assicurare “*protezione dei diritti [...] altrui*”, (art. 8, par. 2 CEDU), nel caso di specie identificabili negli interessi patrimoniali dell'imprenditore. Tanto in *Lopez Ribalda*, quanto in *Rotaru* le *rationes decidendi* concentrano piuttosto il proprio fulcro sull'ultimo dei tre presupposti contemplati dall'art. 8, par. 2 CEDU, vale a dire la necessità dell'interferenza in una società democratica, il cui nucleo caratterizzante è rappresentato dai vincoli di necessità e proporzione che devono intercorrere tra la restrizione concretamente subita nell'esercizio del diritto convenzionale e il fine (legittimo) concretamente perseguito.

La misura restrittiva della *privacy*, come di qualunque altro diritto fondamentale, deve ritenersi necessaria quando è *effettiva*, cioè tale da consentire di raggiungere, sul piano pratico, l'obiettivo di interesse generale concretamente perseguito dallo Stato membro (così da evitare l'introduzione strumentale di una determinata restrizione per colpire in realtà un diverso diritto fondamentale), e la meno invasiva rispetto ad altre opzioni disponibili per il raggiungimento del medesimo risultato (c.d. *least intrusive means*).

La misura restrittiva è poi *proporzionata* quando essa non impone un peso eccessivo e sproporzionato rispetto all'obiettivo di interesse generale perseguito: altrimenti detto, quando la misura restrittiva è congegnata in modo tale da assicurare un equo bilanciamento tra il vantaggio ottenuto ed il sacrificio che essa determina a carico del diritto sottoposto a limitazione, ma anche di ulteriori diritti fondamentali interferenti, come ben dimostrato dal caso *Satakunnan* in materia di libertà di espressione, in merito al quale si sono pronunciate sia la CGUE, sia la Corte EDU (18). È nell'ambito del giudizio di proporzionalità che assume rilevanza l'adozione di eventuali misure di salvaguardia, in quanto dirette a controbilanciare la compressione subita dal diritto fondamentale per mezzo della misura restrittiva.

È interessante notare come il presupposto del *least intrusive means* si pone in realtà a cavallo tra il concetto di necessità e quello di proporzione, tanto che il diritto CEDU considera necessità e proporzione quali distinti profili del concetto unitario di “necessità in una società democratica” (a differenza del diritto UE, che li distingue in modo più categorico), e spesso tratta il presupposto del *least intrusive means* quale attributo della proporzionalità dell'interferenza, piuttosto che della necessità.

(18) CGUE, GC, *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy*, 16 dicembre 2008, C-73/07, e Corte EDU, GC, *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia*, 27 giugno 2017, n. 931/13.

Ciò che vale è sempre il rispetto del principio di proporzione del mezzo rispetto al fine. Pertanto il controllo del contenuto delle comunicazioni *e-mail*, essendo per natura più invasivo rispetto al monitoraggio del loro semplice flusso, esige una giustificazione più ampia di quella richiesta per il secondo, ad esempio in ragione della gravità e della eventuale plurioffensività dell'illecito di cui si prefigura la necessità di repressione e/o prevenzione, ma anche la possibile adozione di misure di salvaguardia compensative più incisive, ad esempio restringendo, sino in ipotesi ad azzerare, il margine di sostituibilità della garanzia dell'informazione preventiva con misure di salvaguardia più "leggere". Altrettanto è da dirsi, in applicazione della medesima logica, in merito alle forme di controllo a distanza rispetto ad atti di controllo palese, essendo maggiore la compressione subita dal diritto convenzionalmente protetto.

È interessante notare come nel caso comunicato *Casarini c. Italia* (n. 25578/11) in materia di illecita divulgazione dei dati personali fiscali contenuti nelle banche dati della guardia di finanza, la Corte EDU, in vista della discussione di Camera, abbia chiesto alle parti di chiarire se, all'epoca dei fatti e attualmente, la polizia tributaria italiana avesse implementato misure di sicurezza sufficienti per l'accesso al registro fiscale, un sistema di monitoraggio automatizzato in grado di identificare efficacemente l'accesso irregolare, un efficace sistema di tracciamento degli accessi e delle ricerche nella banca dati e controlli sistematici sulle postazioni di lavoro dei propri agenti, e se il sistema legislativo nazionale stabilisse particolari misure di controllo, salvaguardia e garanzia in caso di abuso, e specificamente se precisasse i dati raccolti nella banca dati, la durata della conservazione dei dati nella banca dati, gli organismi o i funzionari che hanno accesso alla banca dati, le finalità per le quali possono essere utilizzati i dati conservati nella banca dati, chi e come può autorizzare le ricerche nella banca dati, gli organi o funzionari che controllano il rispetto del diritto interno.

Così, nel caso *Gramaxo c. Portogallo*, in cui ricorrente aveva lamentato che il trattamento dei dati di geolocalizzazione ottenuti dal sistema GPS installato sul suo veicolo aziendale e l'utilizzo di tali dati per giustificare il suo licenziamento avessero violato il suo diritto al rispetto della sua vita privata, la Corte ha ritenuto che i giudici nazionali avessero correttamente effettuato il giudizio di bilanciamento anche in ragione del fatto che il controllo dei dati GPS, verosimilmente, costituiva l'unico strumento a disposizione del datore di lavoro per verificare la commissione di eventuali abusi nell'utilizzo promiscuo del veicolo aziendale da parte dei dipendenti ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, *Florindo De Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portogallo*, 13 dicembre 2022, n. 26968/16.

5. La linea di confine tra necessità e proporzionalità dell'interferenza nel godimento del diritto alla *privacy*

Non sempre i concetti di necessità e proporzionalità della limitazione al godimento di un diritto fondamentale relativo si distinguono con nettezza. L'analisi di alcune pronunce di entrambe le Corti europee mostra per un verso taluni aspetti di sfuggevolezza della questione, per altro verso la parziale differenza d'approccio seguito dall'una e dall'altra Corte.

Il caso spagnolo *Tele 2* ⁽²⁰⁾ riguardava il trattenimento obbligatorio di tutti i dati di traffico e localizzazione dei sottoscrittori di tale sistema di telecomunicazioni a fini di lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, e in particolare la conservazione di un'immensa quantità di dati personali molto dettagliati (tra cui nome e cognome, numero telefonico, indirizzo IP del *device*), in particolare prevedendo la profilazione individuale. Il fatto che una persona fosse o meno implicata, direttamente o indirettamente, in reati gravi, o il fatto che le sue comunicazioni fossero o meno rilevanti per la sicurezza nazionale, non costituivano una condizione per la conservazione dei loro dati. La CGUE ha deciso il caso ritenendo esistenti sia una finalità legittima, individuata nello "scopo di combattere la criminalità più seria", sia il requisito dell'effettività della misura limitativa, in quanto ritenuta sicuramente idonea a raggiungere l'obiettivo del contrasto della criminalità organizzata, ma ha escluso che essa fosse qualificabile alla stregua di *least intrusive means*, ritenendo che la normativa nazionale travalicasse i limiti dello stretto necessario ad assicurare un'efficace lotta contro le forme più gravi di criminalità. La Corte in particolare ha rilevato che il regime normativo nazionale fosse oltretutto tale da insinuare negli individui il sentimento che la vita privata fosse costantemente e indiscriminatamente sotto sorveglianza, con conseguente impatto lesivo anche su altri diritti fondamentali collaterali, prima tra tutti la libertà di espressione. Un peculiare profilo di rischio è stato ravvisato in relazione ai dati personali trattati da coloro che esercitano professioni implicanti la gestione di informazioni confidenziali.

È interessante notare come, in questo caso, il requisito del *least intrusive means* si situi a cavallo con il concetto di proporzione della limitazione.

Una ponderazione ben diversa del presupposto della proporzione della limitazione è stata effettuata dalla CGUE nel caso, anche questa volta spagnolo, *Ministerio Fiscal* ⁽²¹⁾. Allo scopo di supportare la lotta contro la generalità dei reati, e particolarmente i furti di portafogli e di telefoni

⁽²⁰⁾ CGUE, *Tele2 Sverige*, 21 dicembre 2016, C-203/15.

⁽²¹⁾ CGUE, *Ministerio Fiscal*, 2 ottobre 2018, C-207/16.

portatili, l'autorità investigativa è stata autorizzata dalla legge ad accedere ai dati della compagnia di telecomunicazione, al limitato fine di identificare il titolare della *sim card* associata al codice IMEI del *device* rubato, così da poter risalire al responsabile del furto o all'attuale possessore del telefono. I dati accessibili all'autorità giudiziaria erano limitatissimi, con esclusione di data, orario, durata, contenuti delle comunicazioni, nonché di spostamenti GPS. In questo caso, pertanto, la CGUE ha ritenuto l'interferenza "non seria", e il requisito di necessità, in particolare sotto il profilo del *least intrusive means*, rispettato.

Anche in questo caso si coglie come l'afferenza del *least intrusive means* al concetto di necessità dell'interferenza, piuttosto che di proporzione della stessa, nella pratica rischi di confondersi. A ulteriore chiarimento dei tratti distintivi dell'una e dell'altra, potrebbe verificarsi il caso per cui una determinata limitazione del diritto potrebbe essere necessaria in quanto *least intrusive means*, ma ciononostante sproporzionata, e quindi richiedere l'adozione di misure di salvaguardia a bilanciamento della sproporzione. E infatti nella sentenza *Tele 2* la CGUE ha ritenuto che la misura restrittiva fosse in quel caso non solo non necessaria, ma anche sproporzionata, tanto da indicare possibili misure di salvaguardia quali la precisazione dell'ambito applicativo dello strumento dell'acquisizione dei dati, la precisazione dei presupposti di fatto giustificativi della misura restrittiva della *privacy*, la specificazione di criteri precisi che individuassero un criterio di connessione con la possibile commissione di gravi crimini (ad esempio la localizzazione geografica), l'istituzione di un'autorità indipendente alla quale poter proporre eventuale ricorso.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte Edu, ne mostra perspicuamente la logica la sentenza di Grande Camera *S. e Marper c. Regno Unito* ⁽²²⁾. I due ricorrenti erano stati arrestati e accusati della commissione di illeciti penali. La polizia aveva rilevato le loro impronte digitali e prelevato campioni di DNA, come previsto dal *Police and Criminal Evidence Act*. I ricorrenti mai avevano subito condanne penali: uno era stato assolto in tribunale e l'altro aveva goduto dell'interruzione del procedimento penale a suo carico. Ciononostante, le loro impronte digitali, i profili DNA e i campioni di cellule erano rimasti in custodia presso una banca dati dalla polizia e la legislazione nazionale ne autorizzava la conservazione a tempo indeterminato. Il Regno Unito aveva fatto valere l'utilità della conservazione ai fini dell'identificazione di autori di reati futuri, perseguendo così l'obiettivo legittimo di prevenzione e di accertamento dei reati. La Corte EDU, tuttavia, ha ritenuto ingiustificata

⁽²²⁾ Corte EDU, GC, *S. e Marper c. Regno Unito*, 4 dicembre 2008, nn. 30562/04 e 30566/04.

l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata, rammentando che i principi fondamentali in materia di protezione dei dati personali impongono che la misura della conservazione sia proporzionata rispetto alla finalità che essa persegue, e che comunque i periodi di conservazione siano limitati. La Corte ha sì ammesso che l'inclusione nella banca dati dei profili di DNA non solo dei condannati, ma anche di tutte le persone semplicemente sospettate, avrebbe potuto contribuire all'accertamento e alla prevenzione dei reati, ma al contempo ha riconosciuto che il carattere generale, indifferenziato e temporalmente illimitato del meccanismo di conservazione, tenuto conto del patrimonio di informazioni genetiche contenute nei campioni di cellule, determinasse un'ingerenza particolarmente intrusiva nel diritto dei ricorrenti alla vita privata. La Corte ha anche valorizzato le limitate possibilità riconosciute alle persone assolute di ottenere la cancellazione dei propri dati. È interessante rilevare che la Corte, in questo caso, ha concluso nel senso di ritenere l'ingerenza nel diritto alla vita privata non necessaria e sproporzionata sulla base di un giudizio unitario e onnicomprensivo, senza preoccuparsi troppo di sistematizzare i tratti distintivi di una e dell'altra categoria concettuale.

6. L'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico nelle indagini penali

Il diritto eurounitario ha prodotto un impatto particolarmente penetrante sul regime normativo dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico nel corso delle indagini penali. Anche in questo ambito si notano significativi profili di specularità rispetto alla logica regolativa propria del diritto CEDU.

A seguito della sentenza *Estonia, H.K. c. Prokuratuur* ⁽²³⁾ del 2021 il legislatore italiano, ritenendo che l'ordinamento estone riconoscesse all'autorità requirente uno *status* sostanzialmente omogeneo a quello rivestito dal pubblico ministero nel sistema domestico, con d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito nella l. 23 novembre 2021, n. 178 ha significativamente modificato il testo dell'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. codice della *privacy*), che nella formulazione allora vigente stabiliva, *inter alia*, che i dati relativi al traffico telefonico e telematico detenuti presso il fornitore del servizio potessero essere acquisiti “con decreto motivato del pubblico ministero [...]”, introducendo il diverso requisito della “previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero [...]”.

(23) CGUE, GS, *Estonia, H.K. c. Prokuratuur*, 2 marzo 2021, C-746/18.

Nella sentenza *Estonia* la CGUE aveva infatti ritenuto che “l’entità” incaricata di effettuare il controllo preventivo sull’accesso ai dati conservati presso i gestori (non necessariamente un “giudice”) non possa essere la stessa che, nella veste di parte, “dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l’azione penale”, essendo invece necessario che tale controllo sia esercitato da un’autorità “indipendente” e “terza” rispetto a quella che chiede l’accesso ai dati, così da assicurare un controllo obiettivo e imparziale, al riparo da qualsiasi influenza esterna. Non è in sé sufficiente ad assicurare la garanzia della terzietà la circostanza che l’autorità sia funzionalmente chiamata a verificare l’esistenza sia di elementi a carico, sia di elementi a discarico, e a garantire la legittimità del procedimento istruttorio unicamente in base alla legge e al proprio convincimento (v. §§ 52-57 della sentenza).

Va osservato, in primo luogo, che il diritto europeo si costituisce di concetti normativi caratterizzati da un proprio autonomo significato, definito in via interpretativa dalla giurisprudenza della CGUE. L’interprete di diritto nazionale non deve dare per scontato che, nel lessico della Corte, il significato di “indipendenza”, “terzietà”, “imparzialità”, “neutralità” sia necessariamente sovrapponibile a quello riconosciuto nell’ordinamento domestico. In effetti la sentenza *Estonia* tende a riassorbire la terzietà e l’imparzialità quali aspetti del più ampio concetto di indipendenza: ciò emerge con particolare chiarezza nel passaggio motivazionale in cui la Corte ha ritenuto che il *deficit* di indipendenza ravvisato dipendesse dalla circostanza che l’autorità inquirente estone fosse “parte” dell’indagine penale, evidentemente sovrapponendo due concetti (quelli di indipendenza e di terzietà dell’autorità decidente) che la dogmatica costituzionalistica italiana distingue con nettezza. In effetti, nel sistema nazionale non è revocabile in dubbio lo *status* di indipendenza istituzionale e funzionale dell’ufficio del pubblico ministero, pur a fronte del ruolo di direzione del procedimento d’indagine e d’iniziativa nell’esercizio dell’azione penale assegnatogli dall’ordinamento processuale.

Ad ogni modo, ciò che più rileva ai nostri fini è che, alla luce dell’attuale punto di sviluppo della giurisprudenza eurounitaria, la sentenza *Estonia* sembra trattare l’indipendenza e la terzietà dell’autorità investita dalla funzione di controllo alla stregua di misura di bilanciamento sostanzialmente irrinunciabile.

Nella successiva pronuncia di Grande Sezione *G.D., Commissioner of An Garda Síochána* (24) la Corte ha ritenuto che l’art. 15, § 1 della direttiva 2002/58/CE (c.d. *e-privacy directive*) osti a misure legislative, quali quelle

(24) CGUE, GS, *G.D., Commissioner of An Garda Síochána*, 5 aprile 2022, C-140/20.

adottate dall'ordinamento irlandese, che prevedano a titolo preventivo la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati di traffico e di geolocalizzazione per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica, in assenza di misure di bilanciamento capaci di assicurare che la conservazione dei dati sia mirata e delimitata in base a stringenti criteri di carattere geografico (sempreché oggettivo e non discriminatorio), temporale o soggettivo, che la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP avvenga per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, che i provvedimenti di *quick freeze* siano soggetti a un controllo giurisdizionale effettivo e che le persone interessate dispongano di garanzie effettive contro il rischio di abusi.

La pronuncia ha suscitato una certa apprensione tra gli operatori del diritto e gli studiosi, prefigurando la necessità di un ulteriore e inatteso intervento di adeguamento legislativo, sull'assunto che l'art. 132 del codice della *privacy*, anche nella nuova formulazione, consentirebbe un'indiscriminata conservazione dei dati a fini preventivi, mentre il diritto eurounitario ormai esigerebbe l'equiparazione del regime del *data retention* a quello stabilito per le intercettazioni, così permettendo all'autorità giudiziaria "un monitoraggio solo per il futuro" (25).

Senza dover prendere posizione in questa sede sul merito della questione, sono utili due rilievi metodologici. Innanzitutto, il diritto irlandese consentiva, quantomeno all'epoca della pronuncia europea, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati di traffico e di geolocalizzazione, così da colpire le comunicazioni elettroniche della generalità della popolazione senza alcuna distinzione, limitazione o eccezione in funzione dell'obiettivo concretamente perseguito. A questo specifico riguardo non può dirsi che l'art. 132 del codice della *privacy*, anche alla luce delle modifiche legislative introdotte nel 2021, stabilisca una disciplina dai confini altrettanto generici e indeterminati (v. l'articolata disciplina relativa ai termini massimi di conservazione dei dati presso il fornitore del servizio, l'esclusione della possibilità di *storage* dei contenuti delle comunicazioni telematiche, la previsione tassativa delle ipotesi di reato che ne permettono l'acquisizione, il presupposto della sussistenza di sufficienti indizi di reato, il vincolo della rilevanza rispetto all'accertamento dei fatti). Ciò consente di escludere, quantomeno, che dalla sentenza *G.D., Commissioner of An Garda Síochána* possano o debbano essere dedotte conseguenze destinate a trovare applicazione in via automatica nell'ordinamento italiano. L'interprete deve sempre guardarsi da ogni meccanico automatismo, in particolare nei casi in cui un determinato precedente

(25) A. CISTERNA, *Quelle convergenze nell'acquisizione che attendono gli effetti nel processo*, in *Guida. dir.*, 31-32, 2022, 99 ss..

della CGUE si riferisca a ordinamenti diversi da quello italiano: ogni valutazione di impatto sul sistema domestico deve tenere in debita considerazione gli elementi di comunanza e di differenziazione che caratterizzano ordinamenti inevitabilmente eterogenei.

In secondo luogo, non deve essere trascurato che l'impostazione seguita dalla CGUE è quella classica del giudizio di necessità in una società democratica: a fronte di un ordinamento domestico che consente una *retention* di dati generalizzata e indifferenziata, la Corte ha ritenuto che l'interferenza nel diritto di *data protection* non sia giustificabile nemmeno in caso di reati di particolare gravità che minaccino la sicurezza nazionale. Ciò non esclude che, quando sia individuabile una specifica correlazione temporale, geografica o soggettiva con una specifica esigenza pubblica, l'interferenza nel diritto è da ritenersi ammissibile in termini proporzionalmente più ampi, fermo restando che la *retention* di dati deve pur sempre restare una misura restrittiva di carattere eccezionale, come espressamente affermato dalla Corte. Nemmeno è ammissibile alcuna indebita assimilazione tra esigenze di pubblica sicurezza ed esigenze di sicurezza nazionale, le quali devono essere trattate alla stregua di finalità legittime di diversa cogenza, recanti ciascuna una distinta attitudine a giustificare misure restrittive di differente qualità e intensità.

Vademecum

Le "indicazioni operative" sono formulate in base a "quesiti-tipo" che la Corte EDU sottopone alle parti (Governo e ricorrenti) dopo il vaglio preliminare d'ammissibilità dei ricorsi, nonché in base a indici concreti di violazione. Si precisa che l'approccio della Corte è casistico e che i diritti umani possono essere garantiti secondo forme e strumenti diversi, purché compatibili con lo spirito della Convenzione.

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Il ricorrente lamenta la violazione di un diritto assoluto o relativo? Il diritto alla protezione dei dati personali è assoluto o relativo? • Quali sono nel diritto CEDU i presupposti giustificativi che legittimano un'interferenza del diritto alla protezione dei dati personali? • La violazione lamentata dal ricorrente ha fondamento legale? • Esiste una finalità legittima a giustificazione della violazione lamentata del ricorrente? • La violazione lamentata dal ricorrente è necessaria in una società democratica?
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • La natura assoluta o relativa di un diritto convenzionale deve essere verificata innanzi tutto facendo riferimento al dato te-

	<p>stuale della Convenzione che prevede tale diritto. L'art. 8 CEDU si costituisce della tradizionale struttura bipartita, che dispone al primo paragrafo la definizione del diritto, al secondo paragrafo le condizioni di legittima limitabilità del diritto medesimo. Talvolta è indispensabile verificare anche quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte EDU, ad esempio con riferimento all'art. 6 CEDU (Diritto a un equo processo) attesa la complessità dell'articolazione normativa.</p> <ul style="list-style-type: none">• La Convenzione prevede tre presupposti giustificativi: <i>a)</i> che la restrizione trovi fondamento nella legge; <i>b)</i> che la restrizione sia giustificata dalla necessità di perseguire almeno una delle finalità legittime tassativamente elencate dalla norma; <i>c)</i> che la restrizione sia necessaria e proporzionata.• È necessario verificare se esiste una giurisprudenza sufficientemente consolidata e univoca idonea a colmare l'eventuale <i>deficit</i> di prevedibilità e accessibilità del testo legislativo.• Le finalità idonee a giustificare una determinata limitazione del diritto alla protezione dei dati personali sono tassativamente elencate nel secondo paragrafo dell'art. 8 CEDU. Deve sempre essere verificato nella giurisprudenza della Corte EDU quale sia l'ampiezza dell'eventuale margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato membro nel predisporre una propria definizione nazionale, ad esempio di "sicurezza nazionale", "pubblica sicurezza", "benessere economico del paese".• Il giudizio di necessità e proporzionalità della limitazione rispetto alla finalità legittima perseguita richiede che siano presi in considerazione tutti gli elementi nel caso concreto: misure normative di rango costituzionale e legislativo (quali le clausole costituzionali che tutelano il diritto alla <i>privacy</i> nella vita personale e familiare, il diritto al segreto delle comunicazioni, nonché i codici legislativi sulla <i>privacy</i> e le norme protettive di natura civile, penale, amministrativa, lavoristica), regolamenti e atti delle autorità amministrative (prime tra tutte, le autorità garanti della <i>privacy</i>), atti di autoregolamentazione privatistica (accordi sindacali, codici etici o di buone pratiche adottati dalle associazioni di categoria, prassi consolidate sancite da codici di autoregolazione aziendale), il bagaglio giurisprudenziale nazionale più o meno consolidato.
--	--

V.
**PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA
E GESTAZIONE PER ALTRI**
di Carmelo Sgroi (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. La procreazione medicalmente assistita (PMA) e la gestazione per altri (GPA). Nozioni e disciplina. Il contesto legislativo: interno, sovranazionale e internazionale (sintesi). — 2. L'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU con riguardo a PMA e GPA. Vita privata e vita familiare, tra obbligazioni positive e negative. La classificazione concreta della nozione di "vita familiare". Il margine di apprezzamento degli Stati. L'intreccio con il divieto di discriminazioni *ex art.* 14 CEDU. — 3. L'accesso alle tecniche riproduttive. Il diritto di divenire genitori in senso genetico. Le coppie omosessuali. Limiti alla genitorialità attraverso tecniche di procreazione assistita. — 4. La gestazione per altri nella giurisprudenza della Corte EDU. Il principio del *best interest of the child* tra identità biologica e identità sociale. La correlativa restrizione del margine di apprezzamento. I diritti dei minori nati da GPA. Le declinazioni del principio. Il parere consultivo della Corte EDU del 10 aprile 2019. — 5. Continuità nell'indirizzo della Corte EDU. I riflessi sul versante interno, nel dialogo tra le Corti. Le prospettive nell'interpretazione di legittimità (cenni e rinvio).

1. Premessa. La procreazione medicalmente assistita (PMA) e la gestazione per altri (GPA). Nozioni e disciplina. Il contesto legislativo: interno, sovranazionale e internazionale (sintesi)

Le tecnologie biomediche degli ultimi decenni ⁽¹⁾ hanno offerto all'esperienza la possibilità di dissociare, in modi e gradi diversi, la procreazione biologica da quella "intenzionale" ⁽²⁾ e altresì di scindere la riproduzione dalla sessualità, permettendo in tal modo di generare esseri umani quando ciò non sia possibile per situazioni di ordine naturale ovvero sociale, e

(*) Già Avvocato presso la Corte di cassazione.

(1) Che possono convenzionalmente partire dal 1978, anno di nascita nel Regno Unito della prima bambina mediante fecondazione *in vitro*, mentre è del 1986 la prima nascita da madre surrogata; tralasciando più remote sperimentazioni già avviate alla fine del diciottesimo secolo.

(2) La locuzione è quella utilizzata nel Documento del Parlamento europeo del 2013 citato *sub* nota 12.

dunque anche quando sia il portato di una scelta individuale di procreare senza rapporto biologico con il nato.

Le tecniche riproduttive sviluppate nel settore possono essere ordinate a fini di classificazione in due gruppi: tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) e tecniche di gestazione per altri (GPA), queste ultime spesso denominate a livello normativo anche come surrogazione di maternità ⁽³⁾.

La procreazione medicalmente assistita, a sua volta, è praticabile secondo livelli differenti tra loro e di complessità tecnica crescente.

Nella sua modalità più semplice, all'interno di una coppia con problemi di sterilità/infertilità, si presenta quale tecnica di cd. inseminazione artificiale, quale semplice supporto medico all'incontro dei gameti della coppia, composta da soggetto maschile e soggetto femminile, nel corpo della donna. A un livello successivo, vi è la fecondazione *in vitro* (FIV), dove l'unione dei gameti è extrauterina, con successivo trasferimento dell'embrione nella donna ⁽⁴⁾.

Una specificazione ulteriore è quella della distinzione tra fecondazione cd. omologa, cioè attuata con spermatozoi e ovociti della coppia, e fecondazione eterologa: in questo ultimo caso, vi è l'intervento di un soggetto terzo, donatore o donatrice del gamete "esterno", a seconda del soggetto della coppia che presenta la condizione di infertilità/sterilità (ovvero di entrambi i donatori, se la condizione è comune alla coppia), il cui gamete (o i cui gameti) permette (o permettono) la fecondazione mediante impianto nel corpo della donna richiedente ⁽⁵⁾.

La gestazione per altri ha diversa struttura. In essa, vi è l'implicazione di più soggetti, con funzioni e posizioni giuridiche differenti: nel suo schema di base, si tratta di una pratica, regolata secondo modelli contrattuali, con la quale una donna si obbliga, a titolo oneroso o gratuito, a condurre a termine

⁽³⁾ Termine che taluno considera culturalmente orientato in senso deterioro verso la pratica, benché si tratti di locuzione mutuata dal contesto anglosassone (*surrogacy*) e che è del resto presente nella legislazione italiana (art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004) oltre che, generalmente, nei contratti-tipo di GPA cd. commerciale, che non menzionano mai il termine "madre". Maggiormente connotata è certamente l'espressione, atecnica e gergale, di "utero in affitto", che riguarda a rigore la sola gestazione a titolo oneroso. Nel testo si utilizza principalmente la formula, neutra e comprensiva di ogni possibile sua forma, di gestazione per altri (GPA), riservando l'attributo di surrogata al soggetto femminile che si obbliga alla pratica procreativa.

⁽⁴⁾ La fecondazione *in vitro* a sua volta può essere realizzata con tecniche anche notevolmente diverse, FIVET, GIFT o ICSI; non essendo necessarie ai fini della presente rassegna, le suddette distinzioni e le altre che riguardano le varie metodiche propriamente biomediche non saranno specificate.

⁽⁵⁾ Anche questa tecnica presenta differenti modalità operative, di cui non si fa cenno per le ragioni indicate nella nota precedente.

una gravidanza per conto e nell'interesse di genitori intenzionali (definiti "committenti", se la disposizione del proprio corpo è dietro corrispettivo). Alla madre cd. surrogata viene impiantato un embrione creato, mediante inseminazione oppure fecondazione *in vitro*, con l'ovocita di una donatrice anonima o più raramente della madre surrogata o della stessa madre intenzionale/committente, e con il seme di un padre che a sua volta può essere il padre intenzionale o un donatore esterno ⁽⁶⁾.

Effetto principale del rapporto di gestazione "per altri" è, appunto, l'esclusione di qualsiasi relazione genitoriale tra la gestante e il bambino nato, poiché finalità essenziale della pratica è quella di consentire, mediante la scissione teorica e pratica tra maternità biologica e maternità gestazionale ⁽⁷⁾, la costituzione del rapporto giuridico di filiazione esclusivamente tra il nato e i genitori committenti o d'intenzione. La GPA può coinvolgere quindi nella sua attuazione una molteplicità di soggetti in interrelazione con il bambino: la madre genetica o donatrice, la madre gestazionale, la madre richiedente/committente, il padre genetico o donatore, il padre richiedente/committente nonché il coniuge della madre surrogata, in ragione della generale presunzione di paternità all'interno del matrimonio.

Gli schemi strutturali delle pratiche indicate, poi, possono ulteriormente essere differenziati tra loro a seconda di ulteriori variabili. Quanto alla GPA, v'è la già accennata distinzione tra la forma "altruistica", generalmente effettuata in contesti familiari, in cui la gestante non riceve alcun corrispettivo, e la forma commerciale, che assegna alla madre surrogata un compenso per la gestazione e/o per le spese (anche pre-gravidanza, come in caso di interventi ormonali; per spese mediche, controlli); nella forma commerciale, inoltre, mediata da organizzazioni lucrative, i contratti-tipo prevedono la rinuncia preventiva della gestante a rivendicare qualsiasi pretesa rispetto al nascituro, oltre a regolare in dettaglio gli obblighi cui la madre surrogata si assoggetta, tra cui limitazioni e rinunce sul piano della privacy, della libertà sessuale, della facoltà di disporre per testamento biologico, delle scelte in ordine all'interruzione della gravidanza, sovente con clausole penali per il caso di loro inosservanza.

Ancora, v'è la distinzione, tra le varie forme, derivante dal carattere della relazione, se eteroaffettiva od omoaffettiva, delle persone che ricorrono alla

⁽⁶⁾ La forma "tradizionale" è quella in cui l'ovocita è della stessa madre surrogata; la attualmente più diffusa forma cd. gestazionale è quella in cui l'ovocita proviene da donatrice esterna.

⁽⁷⁾ Se l'ovocita appartiene alla madre surrogata quest'ultima è anche madre biologica, oltre che gestazionale. È più comune nella prassi il ricorso a ovociti "esterni" anche al fine di neutralizzare il legame biologico/genetico tra madre e bambino, fonte di posizioni giuridicamente più complesse.

PMA o alla GPA, in relazione cioè alla situazione definita di infertilità cd. sociale e non semplicemente legata a fattori patologici o genetici ⁽⁸⁾.

La varietà e complessità delle tecniche consentite dalla scienza, ciascuna delle quali comporta differenti effetti e questioni giuridiche — in particolare, rispetto alle regolazioni correnti delle relazioni parentali impiegate sul modello familiare della coppia eterosessuale — sollecitando anche diversi potenziali conflitti tra le persone coinvolte e i diritti o le aspettative che ciascuno fa valere rispetto al legame genitoriale con il bambino, da un lato, e soprattutto tra i soggetti adulti e il minore quanto alla definizione dello *status* di quest'ultimo, dall'altro, si riflette nella varietà di discipline normative di tali pratiche, in particolare per quanto riguarda la gestazione per altri.

La GPA è talvolta regolata, altre volte è praticata nel vuoto legislativo; è pienamente lecita in alcuni Paesi, radicalmente vietata in altri; oppure è diversamente disciplinata a seconda che riguardi la forma retribuita o quella altruistica, e a seconda che vi facciano ricorso coppie omosessuali o eterosessuali (o persone singole), ovvero, ancora, persone che hanno la cittadinanza del Paese in cui praticarla. Uno scenario, questo, che alimenta forme di “turismo” procreativo e che, come si vedrà, dà luogo a talune delicate questioni riguardanti la condizione dei figli nati con il ricorso a queste pratiche allorché ne venga chiesto l'accertamento di *status* in un Paese diverso da quello di attuazione della tecnica riproduttiva.

In estrema sintesi: la GPA è consentita, sia nella forma retribuita che in quella altruistica, e senza limitazioni di genere, in Armenia, Bielorussia, Cipro (in assenza di regolazione), Georgia (ma per le coppie eterosessuali unite in matrimonio), India e Nepal (Paesi dove però dal 2015 è stata introdotta una limitazione, con il divieto per le coppie di stranieri), Russia (anche per i *single*), alcuni Stati degli USA ⁽⁹⁾, Sudafrica, Ucraina (solo per coppie eterosessuali).

In diversi Paesi — anche dell'area europea — è consentito il ricorso alla GPA nella sola forma altruistica: Belgio, Canada (che consente un rimborso delle spese alla gestante), Danimarca, Grecia (con limitazioni soggettive), Israele (solo ai cittadini del Paese e con restrizioni di *status*), Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito (per i residenti), altri Stati degli USA ⁽¹⁰⁾, Ungheria.

In contesto europeo prevale il divieto: in Austria, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Lettonia, Lituania, Norvegia, Slovacchia, Spagna, Svezia e Svizzera la GPA non è consentita.

⁽⁸⁾ Per un ampio quadro di assieme, che eccede i limiti della presente trattazione, si rinvia a S. STEFANELLI, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata*, Milano 2021.

⁽⁹⁾ Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachusetts, Vermont.

⁽¹⁰⁾ New York, New Jersey, New Mexico, Nebraska, Oregon, Virginia, Washington.

Analogamente nella legislazione italiana, dove il divieto assoluto di GPA è sanzionato penalmente, in forza dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, che ha regolato la materia della procreazione medicalmente assistita.

La citata legge, imperniata su un modello di regolamentazione cd. "patologico" ossia che guarda principalmente alla PMA come rimedio residuale ⁽¹¹⁾ all'infertilità biologica di una coppia eterosessuale, inizialmente stabiliva anche un divieto generalizzato di ricorso alla fecondazione eterologa (art. 4, comma 3). Tale divieto assoluto è in larga parte venuto meno (a) dapprima per effetto della sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità della disposizione, relativamente alla coppia che ha diritto di accesso alla tecnica (coppia eterosessuale di maggiorenni coniugati o conviventi, in età potenzialmente fertile e i cui componenti siano entrambi viventi, *ex art. 5*), quando sia diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o di infertilità assolute e irreversibili, (b) poi per effetto della sentenza n. 96/2015, che ha dichiarato l'illegittimità del divieto con riguardo alle coppie fertili portatrici — sulla base di accertamenti medici presso strutture pubbliche — di malattie genetiche trasmissibili, aventi i medesimi caratteri di gravità che sono stabiliti dalla legge in materia di interruzione della gravidanza (legge n. 194/1978) e che consentono l'aborto dopo i primi novanta giorni dal concepimento, vale a dire "quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna" (art. 6 della legge n. 194 cit.).

Il contesto estremamente articolato, quale in estrema sintesi descritto, senza uniformità condivisa intorno a taluni capisaldi della regolazione ⁽¹²⁾ e comunque con un tendenziale *sfavor*, in ambito europeo, per la tecnica di

⁽¹¹⁾ Cfr. art. 1, comma 2, e art. 4, comma 1, della legge n. 40, che in via di principio dispongono che il ricorso alla PMA è consentito "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità", le quali debbono essere documentate e certificate da atto medico.

⁽¹²⁾ Cfr. anche la sinossi contenuta nel Documento del Parlamento Europeo — Direzione generale Politiche interne, Unità tematica c-Diritti dei cittadini e affari costituzionali, *Il regime di maternità surrogata negli Stati membri dell'UE*, 2013, in <http://www.europarl.europa.eu>, il quale offre una panoramica delle varie tematiche e dei riferimenti in contesto europeo legati alla pratica di GPA, per concludere che "è impossibile indicare una tendenza giuridica specifica a livello UE, sebbene tutti gli Stati membri sembrano concordare sulla necessità che i genitori legali e lo stato civile del minore siano definiti in modo chiaro". Quest'ultimo punto, come si dice nel testo, è il profilo che risulta quello di maggiore pregnanza nella giurisprudenza della Corte EDU, secondo il canone del *best interest of the child*.

gestazione per altri, specie se retribuita ⁽¹³⁾, è un fattore da considerare nella disamina degli indirizzi della giurisprudenza della Corte EDU in questo campo, che si espongono di seguito.

2. L'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU con riguardo a PMA e GPA. Vita privata e vita familiare, tra obbligazioni positive e negative. La classificazione concreta della nozione di "vita familiare". Il margine di apprezzamento degli Stati. L'intreccio con il divieto di discriminazioni ex art. 14 CEDU

L'interpretazione dell'art. 8 della CEDU da parte della Corte di Strasburgo si muove nel solco dei criteri comuni anche alle altre disposizioni ⁽¹⁴⁾ che prevedono, accanto al riconoscimento del diritto, di carattere non assoluto, la possibilità di "ingerenze" della autorità pubblica, in vista della tutela di interessi essenziali quali quelli descritti nel secondo comma della disposizione (sicurezza nazionale, sicurezza pubblica, benessere economico del Paese, difesa dell'ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui); ed analogo è anche il ricorso alla teorica del margine di apprezzamento dei singoli Paesi nell'applicazione dei parametri convenzionali in relazione alle specificità di ciascun contesto nazionale; margine tanto più ampio quando sono in gioco temi etici sensibili, quali quelli che involgono la materia della procreazione e dei diritti delle persone che vi sono implicati e inoltre quando, come detto sopra, non vi è un consenso generalizzato tale da costituire un assieme di principi

⁽¹³⁾ Cfr. la Relazione annuale del Parlamento europeo in tema di diritti umani, democrazie nel mondo e sulla politica dell'Unione Europea, 17 febbraio 2022 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0041_IT.html), che al punto 60 condanna la pratica commerciale della maternità surrogata, quale "fenomeno globale che espone le donne di tutto il mondo allo sfruttamento e alla tratta di esseri umani prendendo di mira, nel contempo, soprattutto le donne finanziariamente e socialmente vulnerabili; evidenzia il suo grave impatto sulle donne, sui loro diritti e sulla loro salute e uguaglianza di genere, e sottolinea le sue implicazioni transfrontaliere; chiede un quadro giuridico europeo per affrontare le conseguenze negative della maternità surrogata a fini commerciali". Si tratta di una enunciazione che riprende gli analoghi contenuti presenti sia nella Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016, punto 82 (che "condanna qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali"), sia nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 17 dicembre 2015, punto 115, con cui era espressa "condanna [per] la pratica della surrogazione, che compromette la dignità umana della donna dal momento che il suo corpo e le sue funzioni riproduttive sono usati come una merce; ritiene che la pratica della gestazione surrogata che prevede lo sfruttamento riproduttivo e l'uso del corpo umano per un ritorno economico o di altro genere, in particolare nel caso delle donne vulnerabili nei paesi in via di sviluppo, debba essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani".

⁽¹⁴⁾ Come ad esempio nell'art. 9 CEDU.

comuni alle tradizioni costituzionali dei Paesi, intorno agli snodi cruciali della materia della procreazione; margine che si correla al canone di proporzionalità dell'ingerenza ⁽¹⁵⁾.

In generale, la nozione ampia di "vita privata e familiare", che non è suscettibile di una definizione esaustiva e valevole in ogni contesto, riguarda vari aspetti della identità della persona, come tale e nelle interrelazioni sociali e affettive, e si ricollega all'art. 12 CEDU che riconosce il diritto al matrimonio e a formare una famiglia. In questa prospettiva, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, negli indirizzi della Corte EDU, assume una portata espansiva e una nozione aperta. Con riguardo al tema della procreazione, in particolare, la struttura dell'art. 8, che accomuna il diritto al rispetto della vita familiare a diritti strettamente individuali, propri della sfera di autodeterminazione della persona (come il domicilio e la corrispondenza), anziché definire la tutela in rapporto all'entità familiare come tale, ossia come nucleo primario autonomo e "naturale", preesistente all'organizzazione sociale ⁽¹⁶⁾, ha consentito l'adozione di una specifica linea di applicazione della garanzia convenzionale, di carattere dinamico, atta a includere nella tutela "familiare" forme e modalità relazionali emergenti nella attualità della realtà sociale e nella direzione del maggiore rispetto possibile del singolo.

Tale impostazione emerge innanzitutto nella considerazione del dato fattuale, di realtà, quale elemento centrale nella valutazione relativa ai presupposti per stabilire la violazione o meno dell'art. 8: già nel caso definito da Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marckx c/Belgio*, si ha l'adeguamento del criterio interpretativo al dato di esperienza, che conduce a una nozione autonoma di "famiglia", senza distinzioni possibili tra famiglia cd. legittima e famiglia naturale o di fatto, giacché ai fini della tutela quello che conta è l'esistenza di relazioni personali affettive strette, di reciproco sostegno e compagnia, indipendentemente dal genere e dalla sussistenza di un riconoscimento giuridico del nucleo e, in detta linea, entrano in gioco componenti e variabili legate a diversi elementi, come la convivenza ⁽¹⁷⁾, la durata della relazione, l'esistenza di figli o di un progetto di vita comune e di procreazione e altresì la conformità della condotta delle persone rispetto alle regole di

⁽¹⁵⁾ Circa la portata e il contenuto dei criteri richiamati nel testo si fa necessariamente rinvio alla Parte generale.

⁽¹⁶⁾ Come invece dispongono altre fonti internazionali, ad esempio la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 (art. 16) o come il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 (art. 23) e, per l'Italia, l'art. 29 della Costituzione.

⁽¹⁷⁾ Ma una relazione duratura, stabile e seria, arricchita dalla nascita di figli, esige tutela anche in mancanza del requisito della costante coabitazione: Corte EDU, 27 ottobre 1994, *Kroon c/Paesi Bassi*; Corte EDU, GC, 7 novembre 2013, *Vallianatos c/Grecia*.

legge⁽¹⁸⁾; di conseguenza, dal punto di vista del figlio, l'esistenza della relazione di discendenza è essa stessa idonea a costituire tra le persone un nucleo suscettibile di tutela della "vita familiare", sempre secondo criteri attenti alla dimensione dell'esperienza e in particolare all'atteggiamento di cura del genitore e all'impegno verso il figlio, anche anteriormente alla nascita⁽¹⁹⁾.

Alla stregua di questo approccio interpretativo, è "famiglia" agli effetti dell'art. 8 anche una relazione non attuale ma potenziale, purché avente in concreto i caratteri indicati (Corte EDU, 29 giugno 1999, *Nylund c/Finlandia*) e basata su relazioni preesistenti, come quella tra un figlio nato fuori dal matrimonio e il padre naturale o come una relazione tra genitore e figlio "legittimo" ancorché risulti successivamente l'assenza del legame biologico⁽²⁰⁾. Di contro, non è tale, di fatto, una relazione tra genitori che sia terminata — sempre nei termini detti — prima del concepimento della figlia, avendo da allora assunto connotato esclusivamente sessuale (Corte EDU, 22 marzo 2012, *Ahrens c/Germania*).

L'esclusione della tutela sotto il profilo della vita familiare non impedisce tuttavia che il caso possa essere scrutinato *ex art. 8 CEDU* nell'ottica della vita privata.

Sempre sul piano dei criteri generali di valutazione, è frequente, nell'accertamento circa la violazione del parametro convenzionale, anche la considerazione della stretta correlazione tra l'art. 8 e il divieto generale di discriminazioni enunciato nell'art. 14 CEDU. Per tale via, infatti, nella considerazione combinata dei due parametri⁽²¹⁾, la Corte ha potuto riconoscere l'esistenza di una violazione in tutti i casi in cui, anche se la disposizione dell'art. 8 in sé considerata non risulta idonea a fondare in via diretta un diritto pieno, lo scrutinio si colloca sulla necessità di garantire uguaglianza di

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, GC, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c/Italia*; Corte EDU, GC, 18 dicembre 1986, *Johnston c/Irlanda*; Corte EDU, GC, 22 aprile 1997, *X, Y e Z c/UK*. Su questa base, è stata accertata la violazione dell'art. 8 nella sottrazione di una minore, abbandonata alla nascita dai genitori naturali, a una famiglia affidataria, per avviarla all'adozione verso una terza famiglia, nonostante i legami familiari duraturi e intensi creatisi con la famiglia di affidamento, che aveva fatto istanza di adozione speciale (Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c/Italia*). Analogamente, Corte EDU, 17 gennaio 2012, *Kopf e Liberda c/Austria*.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, 1° giugno 2004, *L. c/Paesi Bassi*.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, GC, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c/Italia*. Cfr. anche Corte EDU, 22 giugno 2004, *Pini c/Romania*.

⁽²¹⁾ È costante nella giurisprudenza della Corte EDU l'affermazione che l'art. 14 non ha "esistenza propria" giacché il principio di non discriminazione ha effetto in quanto correlato al godimento dei diritti e delle libertà tutelati dalle previsioni sostanziali della Convenzione EDU (per tutte, Corte EDU, GC, 22 gennaio 2008, *E.B. c/Francia*).

trattamento, una volta che l'ordinamento nazionale attribuisca determinati diritti senza però garantirne l'uniformità di fruizione (22). Ne consegue l'insorgenza di un obbligo positivo, per gli Stati, di apprestare e garantire un quadro giuridico idoneo al rispetto del canone di non discriminazione.

In applicazione di tale criterio integrato e del già accennato carattere evolutivo dell'orientamento della Corte, alla luce delle evoluzioni sociali emergenti nell'esperienza degli Stati europei, è stata ravvisata la violazione dei parametri in parola, in particolare, con riguardo alla discriminazione verso le coppie omosessuali e al mancato riconoscimento giuridico della relazione omoaffettiva.

A partire da Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c/Austria*, infatti, è costante nella giurisprudenza convenzionale l'affermazione secondo cui la relazione affettiva tra due persone dello stesso sesso rientra a pieno titolo nella nozione di "vita familiare" e gode della protezione accordata dall'art. 8. In particolare, l'Italia (per vicende anteriori all'approvazione della legge 20 maggio 2016, n. 76, sulle unioni civili e le convivenze di fatto) ha subito due condanne per violazione della norma convenzionale in ragione della mancanza di un quadro normativo idoneo a dare adeguata veste giuridica alle unioni omoaffettive: Corte EDU, 21 luglio 2015, *Oliari c/Italia*; Corte EDU, 14 dicembre 2017, *Orlandi c/Italia* (23). In quest'ultima decisione, riferita alla questione della trascrizione interna del matrimonio contratto all'estero, la Corte valorizza sia il quadro normativo unionale — Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004 — quanto alla nozione ampia di "familiare", sia la rapida evoluzione sociale nel contesto europeo (24).

Pertanto, si delinea un indirizzo che attrae nel cono di garanzia offerto dall'art. 8 CEDU la tutela di legami affettivi stabili del minore con chi abbia

(22) Secondo la teorica dei cd. diritti "addizionali"; cfr. L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 CEDU*, *www.questione giustizia.it*, n. 2/2019. Sul punto, sotto diversi profili di conformità o di difformità dalla Convenzione di discipline di settore (previdenziali, successorie, abitative, di incentivazione economica) tali da differenziare la disciplina delle coppie di fatto rispetto a quelle unite in matrimonio, v. variamente Corte EDU, GC, 29 aprile 2008, *Burden e Burden c/UK*; Corte EDU, 27 aprile 2000, *Shackell c/UK*.

(23) Sulla base dell'evoluzione sociale e degli orientamenti emergenti in contesto europeo, la Corte ha dato atto della necessità di un quadro giuridico di riconoscimento e di tutela delle coppie omosessuali quantomeno nella forma delle unioni civili.

(24) Altra e diversa questione è quella relativa alla possibilità di limitare l'accesso al matrimonio alle coppie eterosessuali, su cui la Corte riconosce un ampio margine di libertà di apprezzamento agli Stati, in assenza di un *consensus* uniforme circa il coniugio (e la trascrizione in caso di atto estero) tra persone dello stesso sesso; cfr. Corte EDU, *Orlandi c/Italia* cit., par. 113 e 205; Corte EDU, 9 giugno 2016, *Chapin e Charpentier c/Francia*.

svolto la funzione di genitore nei fatti, prendendosi cura dello stesso in maniera continuativa e per un tempo sufficientemente ampio ⁽²⁵⁾.

È sulle premesse generali fin qui descritte che deve essere considerata la giurisprudenza convenzionale relativa alla procreazione assistita o alla gestazione per altri e alle relative tecniche.

3. L'accesso alle tecniche riproduttive. Il diritto di divenire genitori in senso genetico. Le coppie omosessuali. Limiti alla genitorialità attraverso tecniche di procreazione assistita

In via di principio, l'art. 8, nella declinazione individuale delle scelte sulla propria vita privata, implica il rispetto senza interferenze circa la decisione di avere o di non avere figli ⁽²⁶⁾. Nella dimensione della "vita familiare", peraltro, l'aspirazione alla genitorialità, in particolare mediante strumenti giuridici quale l'adozione ⁽²⁷⁾ ovvero attraverso le tecniche biomediche, non ha di per sé carattere assoluto ed esige necessarie specificazioni e bilanciamenti con altri interessi, in primo luogo riferibili al nato.

La garanzia del rispetto della vita familiare e delle scelte inerenti include quindi in via di principio la determinazione di diventare genitori dal punto di vista genetico (Corte EDU, GC, 4 dicembre 2007, *Dickson c/UK*); anche il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita riceve in via di principio protezione nell'art. 8 CEDU, essendo evidentemente riconducibile alle scelte della vita privata e familiare (Corte EDU, GC, 3 novembre 2011, *S.H c/Austria* ⁽²⁸⁾; Corte EDU, GC, 27 agosto 2015, *Parrillo c/Italia*; Corte EDU, 10 ottobre 2012, *Knecht c/Romania*).

Su questa premessa, l'interrelazione, già accennata, con il principio di ragionevolezza e non discriminazione nel trattamento di situazioni compa-

⁽²⁵⁾ Corte EDU, 16 luglio 2015, *Nazarenko c/Russia*.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, GC, 22 gennaio 2008, *E.B. c/Francia*; Corte EDU, GC, 10 aprile 2007, *Evans c/UK*; Corte EDU, GC, 16 dicembre 2010, *A, B e C c/Irlanda*; Corte EDU, 26 maggio 2011, *R.R. c/Polonia*; Corte EDU, 30 ottobre 2012, *P. e S. c/Polonia*.

⁽²⁷⁾ Circa l'adozione, Corte EDU, GC, 22 gennaio 2008, *E.B. c/Francia*, esclude che l'art. 8 possa garantire il diritto pieno a fondare una famiglia o ad adottare un minore; Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c/Lussemburgo*, afferma che in materia di adozione gli Stati godono di ampio margine di discrezionalità.

⁽²⁸⁾ Che tuttavia — ribaltando il giudizio della Sezione, che aveva ravvisato la violazione degli artt. 14 e 8 CEDU nella disciplina legislativa che impediva il ricorso alla fecondazione eterologa, attraverso donazione di seme o di ovuli da parte di un terzo, nel raffronto con la possibilità di fecondazione omologa o inseminazione artificiale, invece consentite — esclude la violazione in base al riconoscimento del margine di apprezzamento nazionale e sul rilievo della mancanza di un consenso generalizzato in ambito europeo in materia di fecondazione eterologa e di GPA.

rabili ha condotto la Corte a dire violata la Convenzione da parte della disciplina italiana che negava la diagnosi genetica preimpianto nel contesto della pratica di PMA, quando i genitori fossero portatori di malattie trasmissibili alla prole, mentre ammetteva, in situazioni analoghe, il ricorso all'interruzione della gravidanza in caso di accertamento della medesima patologia nel feto (Corte EDU, 28 agosto 2012, Costa e Pavan c/Italia). Decisione questa che concorrerà ad aprire la strada agli interventi manipolativi sulla legge n. 40/2004 da parte della Corte costituzionale (sentenza n. 96/2015) (v. sopra, par. 1).

Le applicazioni concrete del principio in argomento appaiono peraltro diversificate, in relazione a elementi variabili che entrano nel giudizio di proporzionalità, proprio del margine di apprezzamento, e di bilanciamento con altri interessi, pariordinati o prevalenti. È riconosciuto così il diritto a ricorrere a tecniche di inseminazione artificiale nel caso di un detenuto condannato all'ergastolo, diritto ritenuto prevalente sul rischio di ripercussioni negative sul minore ⁽²⁹⁾; è negata la violazione dell'art. 8 nel diniego all'utilizzo di embrioni precedentemente ottenuti tramite fecondazione *in vitro*, in una situazione di rottura della relazione e di sopravvenuto dissenso del *partner* alla procreazione — espresso con la revoca dell'accordo di conservazione degli embrioni — non essendo in tal modo riconosciuto un diritto incondizionato a portare a termine il progetto di genitorialità già avviato in quello specifico modo, stanti altre possibilità offerte dal sistema del Paese (adozione, PMA eterologa con donazione di gameti di un terzo) ⁽³⁰⁾.

Sotto il profilo della relazione omosessuale, indipendentemente dalla sicura qualificazione della relazione stessa nel quadro di tutela del diritto alla "vita familiare", l'indirizzo espresso finora dalla Corte nega la violazione dei parametri CEDU in discorso — segnatamente, dell'art. 14 in correlazione con l'art. 8 — nella normativa che escluda il diritto di accesso alle pratiche di procreazione assistita da parte delle coppie omoaffettive. Sul punto, la Corte EDU ravvisa la base giustificativa della diversa regolamentazione nei vari Paesi sia nella eterogeneità delle situazioni poste a raffronto (coppie eterosessuali, che hanno accesso alle tecniche, e coppie omosessuali che non lo hanno), sia specialmente nella ricostruzione della classificazione funzionale della disciplina legislativa (nella specie, francese) sulla PMA, in quanto finalizzata a rimediare a condizioni di infertilità patologica, accertate sul

⁽²⁹⁾ Corte EDU, GC, 4 dicembre 2007, *Dickson c/UK*, che riconosce nella disposizione convenzionale la fonte di obblighi positivi dello Stato e che nega la correttezza del bilanciamento operato dalle autorità quanto agli interessi, pubblici e privati, coinvolti.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, GC, 10 aprile 2007, *Evans c/UK*; anche questa pronuncia fa leva sulla mancanza di consenso europeo e sul conseguente ampio margine di apprezzamento.

piano clinico, e non a rendere possibile *tout court* la genitorialità nei casi di infertilità “sociale” o “relazionale”: così Corte EDU, 15 marzo 2012, Gas e Dubois c/Francia. Così è anche nell’impianto della legge italiana n. 40/2004, art. 5, che riserva l’accesso alle pratiche di PMA alle coppie eterosessuali, secondo una scelta di fondo che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 221/2019, in sostanziale sintonia argomentativa sul punto con l’enunciato della Corte europea, ha considerato non irragionevole e non in contrasto con diversi parametri, costituzionali e convenzionali (artt. 14 e 8 CEDU, per interposizione ex art. 117 Cost) ⁽³¹⁾.

Altro, più articolato, profilo è però quello degli effetti e delle conseguenze giuridiche del ricorso alla PMA da parte di coppie omosessuali al di fuori del territorio nazionale, quanto al riconoscimento di *status* al genitore intenzionale e alle questioni relative agli strumenti giuridici di protezione del minore. In correlazione, viene a emersione la riferibilità della protezione ex art. 8, come situazione di “vita familiare”, nel caso della PMA praticata all’estero, dal punto di vista della posizione pretensiva della madre cd. sociale: nella pronuncia Corte EDU, 12 novembre 2020, Honner c/Francia, in cui la *ex partner* della genitrice biologica rivendicava diritti di visita e di frequentazione di un minore nato mediante PMA anche dopo la rottura della relazione affettiva tra le due donne, il giudice sovranazionale ha riconosciuto in astratto la riferibilità della tutela anche alla ricorrente non legata da relazione biologica con il bambino, respingendo il ricorso solo in ragione della constatazione, nel caso concreto, del pregiudizio per il bambino di tali incontri in ragione della estrema conflittualità tra le adulte.

4. La gestazione per altri nella giurisprudenza della Corte EDU. Il principio del *best interest of the child* tra identità biologica e identità sociale. La correlativa restrizione del margine di apprezzamento. I diritti dei minori nati da GPA. Le declinazioni del principio. Il parere consultivo della Corte EDU del 10 aprile 2019

Sul terreno delle pratiche di PMA, come detto, si registra complessivamente un *self-restraint* della Corte EDU rispetto alle opzioni legislative dei diversi Paesi, in un campo in cui vengono in gioco temi sensibili e in cui dunque si fa più ampio il margine di apprezzamento di ciascuno Stato

⁽³¹⁾ La Corte costituzionale sottolinea, al riguardo, che le precedenti proprie decisioni che hanno ampliato la platea dei soggetti che possono ricorrere alla PMA eterologa (genitori sterili o con patologie trasmissibili, sentenze n. 162/2014 e n. 96/2015) non hanno però intaccato le coordinate di fondo della disciplina, ossia la valorizzazione della finalità “terapeutica” assegnata dal legislatore alla PMA.

nell'ammettere o negare il ricorso alle pratiche, secondo una impostazione che può essere "terapeutica" e che ne delimita la possibilità alle coppie eterosessuali, o che invece si pone con maglie più larghe, con l'accesso alla fecondazione eterologa senza particolari limitazioni. Più univoco e al contempo più ricco di implicazioni relative alla posizione del minore è l'indirizzo della Corte EDU sul tema del ricorso alle pratiche di gestazione per altri.

Univoco, in linea generale, nell'escludere che detta pratica trovi, allo stato, di per sé copertura convenzionale autonoma nell'art. 8 CEDU⁽³²⁾; articolato nel prescrivere però che, qualora a tale tecnica riproduttiva si faccia ricorso da parte di una coppia (indipendentemente dal genere) là dove ciò è legittimamente consentito, lo Stato richiesto del riconoscimento del rapporto di filiazione costituito altrove debba farsi carico di apprestare un adeguato quadro di protezione giuridica del minore che sia nato attraverso tale modalità biomedica; ciò secondo una linea che rimarca una distinzione tra la posizione dei genitori — e, all'interno di essi, a seconda che si tratti del genitore biologico o di quello intenzionale — e quella dei minori, quanto al quadro di tutela che a questi ultimi deve essere accordata.

Sul tema della GPA i precedenti di riferimento sono costituiti innanzitutto dalle pronunce "gemelle" *Menesson c/Francia* e *Labassee c/Francia* del 26 giugno 2014. Il tema dedotto dalle parti ricorrenti era quello della violazione delle garanzie convenzionali per il rifiuto di trascrizione da parte delle autorità nazionali, nella specie francesi, degli atti di nascita di minori nati all'estero mediante la tecnica della gestazione per altri⁽³³⁾, in casi in cui esisteva una relazione biologica con il solo padre e non con la madre *cd. sociale*. La conclusione della Corte EDU si è sviluppata secondo un percorso che scinde le situazioni coinvolte: (a) quanto alla posizione dei genitori, escludendo che il diniego di trascrizione comportasse la violazione dell'art. 8, con riguardo alla ingerenza nella vita familiare e nelle scelte di coppia, alla stregua del margine di apprezzamento particolarmente ampio di cui godono gli Stati in materia di GPA, a causa della mancanza di consenso in materia tra gli Stati europei nonché in ragione delle delicate implicazioni etiche di detta pratica⁽³⁴⁾; (b) diversamente, dal punto di vista del minore, l'impossibilità di costituire una relazione giuridica tra questi e il genitore biologico costituiva una ingerenza sproporzionata, stante la radicale esclusione dell'assieme di

⁽³²⁾ Si richiama qui quanto già detto nel par. 1 circa la numericamente prevalente scelta di non ammettere in via di principio tale metodica, in particolare nella forma retribuita.

⁽³³⁾ Negli USA, che consentono tale pratica.

⁽³⁴⁾ Nella specie, l'ordinamento francese pone il divieto di ricorrere alla GPA, sancendo la nullità degli accordi di GPA, e il divieto è qualificato di ordine pubblico (art. 16 del *code civil*).

diritti correlati allo *status* di figlio (cittadinanza, diritti successori, identità personale, conoscenza delle origini ⁽³⁵⁾), anche nei riguardi del genitore con il quale sussiste il legame biologico; di qui l'accertata violazione dell'art. 8 CEDU sotto questo profilo, in quanto il mancato riconoscimento del legame giuridico tra minore e coppia non limita i propri effetti alla coppia che ricorre alla GPA, ma si riflette direttamente sulla sfera giuridica del minore, incidendo sulla vita e sull'identità di questi, anche quanto alle relazioni di parentela ⁽³⁶⁾.

Emerge, in questo indirizzo, il canone del *best interest of the child* quale criterio di valutazione della conformità convenzionale delle discipline statali. Si tratta di un principio immanente, che — pur non essendo esplicitamente enunciato nel testo della CEDU — la Corte europea trae dal contesto internazionale di tutela dei diritti umani, in particolare dalla Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea dell'ONU il 20 novembre 1959 e poi dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (art. 3) ⁽³⁷⁾ e altresì dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24) ⁽³⁸⁾. Il contenuto di detto interesse “prevalente” si declina, in estrema sintesi, nel prescrivere all'adulto, che abbia assunto — indipendentemente dal legame di sangue — responsabilità verso il minore, di agire nell'esclusivo interesse di quest'ultimo, fornendogli le condizioni di sicurezza e salute, un tessuto di relazioni affettive stabili, un supporto per svilupparne inclinazioni e capacità ⁽³⁹⁾; esso include nel proprio raggio d'azione l'identificazione giuridica delle persone che sono incaricate di allevare il minore, soddisfarne i bisogni e garantirne il benessere, in un ambiente stabile (Corte EDU, 24 marzo 2022, C.E. c/Francia); traslato sul piano della valutazione di legittimità convenzionale affidata al giudice europeo, il principio in parola costituisce il metro di valutazione della proporzionalità e ragionevolezza del peso di altri, diversi interessi eventualmente contrapposti o divergenti, all'interno del giudizio di bilanciamento.

⁽³⁵⁾ Sul diritto alle origini, Corte EDU, 13 febbraio 2003, *Odièvre c/Francia*; Corte EDU, 25 settembre 2012, *Godelli c/Italia* (cui fa seguito Corte cost. n. 278/2013, sulla incostituzionalità dell'art. 28 della legge n. 184/1983).

⁽³⁶⁾ Conclusioni analoghe sono espresse dalla Corte EDU nelle pronunce 21 luglio 2016, *Foulon c/Francia*, e 19 gennaio 2017, *Laborie c/Francia*.

⁽³⁷⁾ Ratificata per l'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, GC, 6 luglio 2010, *Neulinger c/Svizzera*; Corte EDU, GC, 26 novembre 2013, *X c/Lettonia*; Corte EDU, 5 novembre 2002, *Yousef c/Paesi Bassi*; Corte EDU, 28 giugno 2007, *Wagner c/Lussemburgo*.

⁽³⁹⁾ L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, Riv. dir. civ. 2016, 86.

È in questa ottica che nella pronuncia Corte EDU, GC, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c/Italia* la Corte perviene ⁽⁴⁰⁾ a un esito diverso, reputando legittima l'ingerenza ⁽⁴¹⁾ in un caso di allontanamento di un minore dai genitori d'intenzione, che avevano fatto ricorso alla GPA (retribuita) all'estero, e ciò sia per l'assenza di relazioni biologiche tra il minore ed entrambi i componenti della coppia (diversamente dai casi *Menesson e Labassee* sopra citati), sia — riprendendo sul punto i criteri di apprezzamento della “vita familiare” legati al caso concreto quali già enunciati a partire dalla pronuncia *Marckx c/Belgio* — in ragione del breve periodo di convivenza e della mancanza di una relazione stabile e strutturata tra i genitori intenzionali e il minore, sia infine per il quadro di incertezza giuridica che gli stessi adulti avevano determinato rispetto al minore, adottando una condotta contraria al diritto interno. Esclusa, pertanto, la tutela *ex art. 8 CEDU* nella dimensione familiare, la Corte ha altresì escluso la violazione del parametro convenzionale anche nell'ottica del rispetto della vita privata, reputando proporzionate e basate su motivi pertinenti e sufficienti le misure delle autorità, allontanamento del minore e dichiarazione di stato di abbandono propedeutico all'adozione ⁽⁴²⁾.

L'indirizzo della Corte EDU sul tema della GPA si è ulteriormente delineato nel “seguito” della vicenda già affrontata dalla sentenza *Menesson* sopra citata ⁽⁴³⁾. La Corte EDU è stata infatti sollecitata, dal giudice di ultima

⁽⁴⁰⁾ Ribaltando la decisione della sezione (Corte EDU, 27 gennaio 2015).

⁽⁴¹⁾ Nella vita privata, non in quella familiare, stante la mancanza di un contesto fattuale definibile come tale.

⁽⁴²⁾ La sentenza così conclude: “La Corte non sottovaluta l'impatto che la separazione immediata e irreversibile dal minore deve aver avuto sulla vita privata dei ricorrenti. Se la Convenzione non sancisce alcun diritto di diventare genitore, la Corte non può comunque ignorare il dolore morale che sentono coloro il cui desiderio di genitorialità non è stato o non può essere soddisfatto. Tuttavia, l'interesse generale in gioco ha un grande peso sul piatto della bilancia mentre, in confronto, si deve accordare una importanza minore all'interesse dei ricorrenti ad assicurare il proprio sviluppo personale proseguendo la loro relazione con il minore. Accettare di lasciare il minore con i ricorrenti, forse nella prospettiva che questi diventassero i suoi genitori adottivi, sarebbe equivalso a legalizzare la situazione da essi creata in violazione di norme importanti del diritto italiano. La Corte ammette dunque che i giudici italiani, avendo concluso che il minore non avrebbe subito un pregiudizio grave o irreparabile a causa della separazione, hanno garantito un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rimanendo nei limiti dell'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano nel caso di specie” (§ 215).

⁽⁴³⁾ A seguito della decisione del 2014, la giurisprudenza interna aveva riconosciuto la possibilità di trascrivere l'atto di nascita (da GPA) straniero, in riferimento all'esistenza del legame biologico con un genitore. Restava però aperta la questione della qualificazione del rapporto con il genitore sociale, su cui persisteva l'indirizzo che negava la trascrizione con riguardo a tale elemento della coppia (*Cour de cassation*, sentenza 15 luglio 2017, n. 16/16455).

istanza, a esprimere un parere consultivo, a norma del Protocollo addizionale n. 16 ⁽⁴⁴⁾ alla CEDU, circa un articolato quesito, rivolto a rispondere alle domande (a) se sia superato il margine di apprezzamento nel diniego di trascrizione dell'atto straniero per la parte che concerne il genitore (nella specie, la madre) d'intenzione, (b) se quindi abbia rilievo centrale l'apporto — o il mancato apporto — di gameti della madre nella pratica procreativa, (c) se la Convenzione imponga in ogni caso il riconoscimento di un rapporto di filiazione con il genitore sociale, (d) se tale obbligo possa essere adempiuto mediante forme giuridiche diverse e alternative alla trascrizione, come l'adozione.

Il parere reso dalla Corte (GC, 10 aprile 2019), è parimenti articolato. Vi si premette innanzitutto che rispetto alla questione resta estraneo il profilo della gestazione “tradizionale” ossia realizzata con gameti della stessa madre gestante (§ 30) ⁽⁴⁵⁾; quindi, muovendo dal criterio del preminente interesse del minore, sintesi di diverse esigenze e pretese (residenza, cura e assistenza, diritti successori) che assume rilievo maggiore rispetto agli altri pur rilevanti interessi in gioco (quali la futura esigenza di conoscenza delle origini e i possibili abusi nel ricorso alla pratica di GPA), la Corte EDU sottolinea la priorità della relazione con la madre d'intenzione e la necessità che detta relazione acquisisca un carattere formale; ne deriva il dovere, per lo Stato, di dare veste giuridica a tale relazione, a maggior ragione quando la realizzazione della GPA sia avvenuta attraverso l'apporto di materiale biologico della madre (§ 47). Peraltro — prosegue l'*Avis consultatif* — tale veste formale non impone necessariamente il ricorso allo strumento della trascrizione dell'atto estero, in considerazione della assenza di consenso degli Stati verso questa modalità, potendo conseguirsi il medesimo risultato anche per altra via, ad esempio mediante l'istituto dell'adozione, purché si tratti di meccanismi

⁽⁴⁴⁾ Rinviando alla Parte generale per una illustrazione più specifica, si ricorda che detto Protocollo, entrato in vigore il 1° agosto 2018, consente alle Alte Corti nazionali, nell'ambito di un procedimento pendente, di formulare una richiesta di principio in merito all'interpretazione e all'applicazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi Protocolli; la Corte, se la richiesta è ritenuta ammissibile, si pronuncia nella composizione allargata della Grande Chambre, con un parere motivato e pubblicato che non ha tuttavia effetto giuridico di vincolo, né per il giudice che lo ha richiesto né per altri giudici nazionali. Per gli aspetti applicativi, cfr. *le linee-guida* (https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf).

L'Italia ha firmato ma non ancora ratificato il Protocollo n. 16.

⁽⁴⁵⁾ Precisazione, ancorché legata alla specificità del caso oggetto del contenzioso *a quo*, da cui si è ritenuto di potere ipotizzare futuri percorsi decisori diversi in presenza di un legame biologico: R. G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot.16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019.

procedurali sufficientemente rapidi (“*breves que possible*”), secondo una valutazione rimessa alle autorità giudiziarie nazionali ⁽⁴⁶⁾.

5. Continuità nell’indirizzo della Corte EDU. I riflessi sul versante interno, nel dialogo tra le Corti. Le prospettive nell’interpretazione di legittimità (cenni e rinvio)

L’approccio della giurisprudenza convenzionale, sia decisoria che consultiva, sopra indicato, trova conferma ⁽⁴⁷⁾ e specificazione in successive pronunce.

Corte EDU, 17 luglio 2020, D. c/Francia, in un caso in cui era stato fatto ricorso alla GPA con l’apporto di materiale biologico di entrambi i genitori, muovendo dagli enunciati dei precedenti *Mennesson* e *Labassee* e dal Parere preventivo *ex* Protocollo n. 16, ha escluso che il rifiuto di trascrizione dell’atto di nascita con l’indicazione di entrambi i genitori da parte delle autorità — rifiuto basato sul divieto di ordine pubblico del ricorso alla GPA con cui era stata realizzata la filiazione — costituisse una ingerenza sproporzionata nella vita privata e familiare dei ricorrenti, affermando che la coincidenza della madre genetica con quella d’intenzione, come nella specie si verificava, non è di per sé sufficiente a dire violato l’art. 8 CEDU in ragione della mancata trascrizione, esistendo possibilità alternative equivalenti, come l’adozione, idonea a garantire un quadro giuridico di tutela; ancora una volta, la Corte EDU sottolinea l’esigenza che le relative procedure garantiscano un meccanismo effettivo di riconoscimento del legame di genitorialità/filiazione e che debbano svolgersi con tempestività. La sentenza rimarca inoltre che il ricorso all’adozione si giustifica anche in relazione alla opportunità di istituire un controllo giurisdizionale sulla effettiva rispondenza dell’interesse del minore quanto al legame con la madre di intenzione, stante la diffusa tendenza dei vari Paesi a limitare i rischi che la GPA può comportare per il

⁽⁴⁶⁾ L’ulteriore corso della vicenda specifica si conclude presso la *Cour de cassation* francese (n. 648 del 4 ottobre 2019, 10-19053) con l’ammissione della trascrizione, proprio valorizzando il fattore tempo (essendo le minori, gemelle, ormai maggiorenni) e dunque secondo una valutazione in concreto della inidoneità dell’apertura postuma di una procedura di adozione.

Merita segnalare altresì che nel Parere in discorso la Corte EDU rivolge allo Stato francese una sollecitazione per regolare legislativamente le procedure di adozione in termini maggiormente coerenti con le anzidette finalità di tutela del minore, sia quanto all’accesso all’istituto — riservato alle coppie sposate — sia quanto alle problematiche derivanti dal consenso della madre surrogata, temi questi che anche nell’ordinamento italiano vengono in rilievo, come si accenna nel testo.

⁽⁴⁷⁾ È conforme Corte EDU, 19 novembre 2019, *C ed E c/Francia*.

minore, quando sia praticata all'estero da cittadini di Paesi in cui invece non è consentita.

Di rilievo, poi, è Corte EDU, 18 maggio 2021, *Valdis Glodis Fjolnisdottir c/Islanda*. Relativa a un caso di maternità surrogata effettuata negli USA da parte di una coppia omosessuale femminile, nel quale le autorità nazionali avevano rifiutato la trascrizione dell'atto di nascita estero (stante il divieto di GPA previsto nell'ordinamento), la pronuncia ha escluso la violazione dell'art. 8 nella circostanza che le autorità pubbliche avessero ricusato la trascrizione, avendo ritenuto il minore come "non accompagnato" ai sensi della legislazione interna, sebbene con contestuale affidamento in custodia del minore a entrambe le donne (nel frattempo separatesi). Nella decisione è sottolineato come, se da un lato con le misure adottate in concreto lo Stato ha comunque salvaguardato di fatto la vita familiare delle persone coinvolte, dall'altro lo Stato abbia agito secondo le proprie prerogative "con l'obiettivo di proteggere il suo divieto di maternità surrogata" ⁽⁴⁸⁾.

Da ultimo, i principi enucleati nelle decisioni fin qui richiamate sono ripresi e sviluppati in Corte EDU, 24 marzo 2022, *C.E.* e altri *c/Francia*, in tema di accesso all'adozione (o al riconoscimento del possesso di stato di figlio, trattandosi di distinti ricorsi) di un minore, nato con donazione di seme di un terzo, da parte dell'ex compagna della madre biologica che abbia mantenuto duraturi legami con il minore stesso. La Corte, richiamando i propri precedenti, esclude la violazione dell'art. 8 CEDU, sia sotto il profilo della vita familiare, alla luce della constatazione della durata delle relazioni di fatto sufficientemente tutelate dall'ordinamento, che non mette in discussione la persistenza dei rapporti tra l'ex compagna e il minore, sia sotto il profilo del rispetto della vita privata, specialmente alla luce di una recente legislazione (legge 2 agosto 2021 sulla bioetica) che consente alle coppie di donne che abbiano fatto precedentemente ricorso alla procreazione assistita all'estero di riconoscere congiuntamente il figlio la cui filiazione è stata prima stabilita solo nei confronti della donna che ha partorito, così da produrre l'effetto della instaurazione della relazione di filiazione anche con riguardo all'altra donna, e senza preclusioni derivanti dalla eventuale separazione della coppia.

Le coordinate di principio trovano eco e si impernano sui medesimi principi nel circuito interno di interpretazione di livello costituzionale.

Pur mantenendo ferma la constatazione del rifiuto legislativo di dare ingresso alle pratiche di GPA (art. 12 della legge n. 40/2004; Corte cost., n.

⁽⁴⁸⁾ In Islanda la GPA è vietata e costituisce illecito penale.

272/2017 ⁽⁴⁹⁾), il giudice delle leggi, in significativo parallelismo con il distinguo delle posizioni (genitori verso il minore; minore verso gli adulti) operato dalla Corte EDU, ha considerato la stringente necessità per il legislatore di apprestare una disciplina idonea a fornire al minore nato attraverso tecniche di procreazione assistita o di GPA un adeguato quadro giuridico di tutela.

Con riguardo alla PMA eterologa, praticata in Italia da una coppia omosessuale femminile, la preclusione al riconoscimento del legame giuridico con il minore da parte della genitrice d'intenzione e l'impossibilità di ricorrere sia all'adozione in casi particolari *ex art. 44, comma 1, lettera d)* della legge n. 184/1983 a causa del mancato assenso della genitrice legale (biologica) *ex art. 46* della medesima legge, sia alla trascrizione dell'atto di nascita perché non formato all'estero, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 32/2021, ha rilevato il conseguente complessivo vuoto di tutela nei riguardi del nato, destinato al perenne stato di figlio di un solo genitore, non colmabile per via interpretativa, stante la persistente possibilità del ricorso alla PMA eterologa solo da parte di coppie eterosessuali, in forza dell'art. 5 della legge n. 40/20054. Nel dare atto dell'evoluzione dell'ordinamento quanto alla nozione di "famiglia", secondo una progressiva erosione del nesso tra provenienza genetica e genitorialità (Corte cost., n. 272/2017; n. 162/2014) dimostrato anche dall'art. 9 della legge n. 40/2004, che valorizza, rispetto al *favor veritatis*, il consenso alla genitorialità e l'assunzione di responsabilità procreativa e di impegno verso il nato, la pronuncia — proprio richiamando le fonti sovranazionali e gli indirizzi della Corte EDU più sopra menzionati, compendiate nel rilievo del *best interest* da assegnare alla posizione del nato — individua nell'art. 8 CEDU la previsione che fonda l'obbligo positivo per gli Stati di definire un perimetro di diritti effettivi, azionabili. La lacuna invece registrata con riguardo alla vicenda del giudizio *a quo*, nella impossibilità di colmarla per via di pronuncia costituzionale ⁽⁵⁰⁾, mette in luce — conclude la Corte — l'"impellenza" di un intervento legislativo atto a eliminare la disparità di trattamento dei nati attraverso PMA eterologa tra coppie di donne rispetto a quelli nati da coppie eterosessuali e così a superare la *deminutio* di tutela dei medesimi minori, attraverso appropriati strumenti giuridici che compete al legislatore di apprestare e che può coinvolgere le procedure di adozione, purché tempestive ed efficaci.

⁽⁴⁹⁾ Che sottolinea l'elevato disvalore che l'ordinamento italiano riconnette a "pratiche vietate dalla legge penale, quale è la surrogazione di maternità, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane".

⁽⁵⁰⁾ Che dà luogo alla declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per discrezionalità legislativa.

Parallelamente, con riguardo alla GPA praticata all'estero da una coppia omosessuale maschile, con successiva richiesta di trascrizione dell'atto di nascita, la Corte — investita della questione relativa all'impossibilità, secondo il diritto vivente ⁽⁵¹⁾, del riconoscimento di efficacia dell'atto formato all'estero che attribuisca lo *status* di figlio non solo nei riguardi del genitore biologico ma anche rispetto al genitore di intenzione, benché estraneo al percorso procreativo attuato mediante la tecnica di GPA — colloca anche in questo caso il proprio scrutinio muovendo da una prospettiva analoga a quella della Corte EDU. Senza investire, infatti, l'aspetto presupposto riguardante la illiceità della pratica di GPA e la sua contrarietà all'ordine pubblico, secondo un divieto posto a tutela della dignità della donna (Corte cost., n. 272/2017), e senza implicare aspetti di pretesi diritti alla genitorialità degli adulti, il giudice costituzionale, nella sentenza n. 33/2021, focalizza la propria decisione intorno al fulcro dell'interesse preminente del minore: anche in questo caso, attraverso richiami agli indirizzi della Corte EDU, pertanto, l'impedimento alla instaurazione di legami giuridicamente qualificati, idonei a intestare l'assieme di diritti — del minore — e di doveri — di chi abbia cura e responsabilità verso il bambino — conduce alla constatazione di una lacuna di tutela, non colmata dal solo riconoscimento del legame con il genitore biologico, una volta che il minore abbia vissuto concretamente all'interno di un nucleo di coppia. La decisione recepisce l'esigenza del bilanciamento tra quell'interesse del minore e le altre legittime esigenze pubbliche volte a disincentivare il ricorso alla GPA, secondo un criterio già messo in atto nelle pronunce della Corte EDU e trae, muovendo dalla pertinente giurisprudenza, la necessità — rimessa anche qui al legislatore — che l'ordinamento garantisca comunque un legame giuridico tra bambino e genitore intenzionale, legame che non necessariamente passa attraverso la trascrizione dell'atto estero ma che può realizzarsi attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, secondo la sottolineatura del rilievo del fattore tempo ricavabile dalle pronunce della Corte EDU. Tale strumento, prosegue la Corte cost., allo stato non è pienamente ravvisabile nella vigente disciplina dell'adozione in casi particolari, *ex art. 44, comma 1, lettera d)*, della legge n. 184/1983, che non attribuisce la genitorialità all'adottante e che implica limitazioni che ne rendono inadeguata la struttura rispetto al fine anzidetto, in particolare per l'assenza della instaurazione di relazioni di parentela con il nucleo di origine dell'adottante e per il rilievo impeditivo del consenso del genitore biologico.

⁽⁵¹⁾ In ragione del limite dell'ordine pubblico, stante il divieto generalizzato della GPA assistito da sanzione penale, *ex art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004*: Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193.

Si manifesta così l'allineamento metodologico tra Corte EDU e Corte costituzionale nella valutazione della compatibilità, rispettivamente convenzionale e costituzionale, dell'assetto normativo che guarda alla posizione di chi sia nato mediante tecniche di PMA o di GPA; da esso si innescano ulteriori, significative determinazioni e interpretazioni che costituiscono altrettanti passi — in attesa del legislatore — per apprestare nella misura consentita dall'ordinamento vigente la più appropriata garanzia di protezione della vita familiare dal punto di vista del nato. Così, proprio in relazione alle due limitazioni della legge n. 184/1983 appena menzionate, si ha (a) da un lato, la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 55 di detta legge, nella parte in cui, rinviando all'art. 300 del codice civile, stabilisce che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante (Corte cost., n. 79/2022) ⁽⁵²⁾; (b) dall'altro, sul terreno dell'interpretazione conforme, la pronuncia della Corte di cassazione, S.U., 30 dicembre 2022, n. 38162, riguardante la trascrivibilità interna di un atto di nascita formato all'estero a seguito di GPA realizzata da coppia omoaffettiva maschile, con la quale ⁽⁵³⁾, ribadito che il contesto della giurisprudenza sovranazionale e l'assieme dei principi costituzionali implicati non impongono di dare ingresso alla trascrizione, che la maternità surrogata in ogni sua forma è lesiva della dignità della donna perché *ante omnia* impone la rinuncia alla maternità da parte della gestante relegata a “contenitore” di vite altrui, e che il raggiungimento di una regolazione globale e adeguata allo scopo della tutela del minore compete, nella varietà e delicatezza delle scelte, al legislatore, l'interprete nomofilattico offre nuovi importanti tasselli di riempimento del quadro di garanzia del nato: *i)* da un lato dà atto che

⁽⁵²⁾ Anche la sentenza n. 79/2022, riguardante un caso di PMA all'estero da parte di coppia omoaffettiva legata da unione civile, seguita da richiesta giudiziale di adozione da parte del genitore d'intenzione e connesso riconoscimento di relazioni civili tra il minore e i propri parenti, può dirsi in linea con l'indirizzo della Corte EDU, non solo per gli ampi richiami che essa fa agli indirizzi in materia del giudice di Strasburgo e per l'accoglimento della questione incidentale anche in riferimento all'art. 8 CEDU mediato dall'art. 117 Cost., ma per il metodo di valutazione della questione. La sentenza, infatti, non manca di rimarcare ancora una volta che non è in gioco il punto di vista del “diritto alla genitorialità” e ribadisce le ragioni del divieto di surrogazione di maternità, ma non considera queste premesse quali ragioni giustificative degli impedimenti legislativi alla instaurazione del rapporto pieno con il genitore intenzionale, nel quale non ha incidenza l'orientamento sessuale dell'adulto, in quanto è proprio della funzione dell'istituto adottivo in discorso l'obiettivo di assicurare al minore l'appartenenza a una comunità di affetti e legami, comprensiva quindi anche del contesto parentale dell'adottante che non è genitore biologico.

⁽⁵³⁾ Su questione rimessa con ordinanza interlocutoria n. 1842/2022 della Sezione semplice, a breve distanza dalla precedente Cass., S.U., n. 12193/2019, proprio alla luce delle indicazioni offerte dalla pronuncia costituzionale n. 33 del 2021.

proprio a seguito di Corte cost. n. 79/2022 sopra citata è venuto meno uno degli snodi critici della disciplina dell'adozione in casi particolari, quello dell'instaurazione di relazioni parentali estese anche dal lato dell'adottante; *ii*) dall'altro, quanto al punto del consenso del genitore biologico, valorizza le possibilità ermeneutiche di una interpretazione conforme alla luce di indicazioni emerse nella giurisprudenza, che consentono di superare l'ostacolo del dissenso del genitore biologico quando questi non abbia un rapporto affettivo reale e non eserciti in concreto la responsabilità genitoriale, così da subordinare l'efficacia impeditiva del dissenso alla negazione radicale del progetto genitoriale e alla mancanza del presupposto dell'istituto adottivo ossia la relazione costante di cura del minore; *iii*) in terzo luogo, affronta l'aspetto della (mancata) legittimazione del minore stesso quanto all'azionabilità dell'iniziativa rivolta alla costituzione del rapporto; *iiii*) infine, pone l'accento sull'aspetto procedurale dell'adozione in casi particolari e sulla esigenza di tempestività del relativo *iter*; per concludere nel senso che il ricorso all'istituto adottivo in casi particolari si rivela più appropriato rispetto al meccanicistico meccanismo di trascrizione dell'atto estero, giacché consente di collocare nello spazio della valutazione e ponderazione giudiziale un delicato apprezzamento che altrimenti, nella forma della trascrizione, verrebbe eluso per essere affidato ad automatismi presso uffici di amministrazione.

Per una più compiuta disamina della importante decisione ⁽⁵⁴⁾ e dell'assieme degli indirizzi della giurisprudenza di legittimità in merito ai temi della PMA e della GPA e relative implicazioni giuridiche si fa necessariamente rinvio alla Parte III.

È da notare che da ultimo Corte EDU, 30 maggio 2023, Modanese e altri c/Italia, richiamando non solo i propri precedenti in materia più sopra citati (Menesson c/Francia, Labassee c/Francia, D. c/Francia), ma anche le pronunce della Corte costituzionale n. 32 e n. 33/2021 e delle Sezioni Unite n. 38162/2022 di cui si è appena detto, conferma il proprio indirizzo in un giudizio in cui venivano in rilievo le richieste, non accolte dalle autorità italiane, di riconoscimento del legame di filiazione intenzionale sulla base di atti di nascita formati all'estero (California e Canada) a seguito di pratiche di GPA. La Corte europea, sottolineando l'analogia con i casi da essa stessa già precedentemente decisi, sia quanto ai parametri convenzionali applicabili sia quanto al criterio del *best interest* dei minori che non può dipendere dall'orientamento sessuale di chi li ha messi al mondo, e ricordando che la GPA è contraria all'ordine pubblico interno, registra significativamente

⁽⁵⁴⁾ Su cui si richiama il commento di M. SESTA, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.* n. 2/2023, 387.

l'evoluzione del quadro giurisprudenziale per constatare come i ricorrenti, pur potendolo fare da tempo, non abbiano mai percorso la via dell'adozione in casi particolari al fine di dare veste giuridica al legame con i minori: pertanto — conclude la Corte — lo Stato “non ha oltrepassato l'ampio margine di apprezzamento di cui dispone in materia di messa in opera degli strumenti che permettono di stabilire o di riconoscere la filiazione”.

V.
**DIRITTI DEL MINORE E PRINCIPIO
DEL *BEST INTEREST OF THE CHILD***
di *Giulia Battaglia* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il rilievo delle carte internazionali e il principio del *best interest of the child*. — 3. I diritti del minore nell'ambito dell'art. 8 CEDU. — 3.1. L'identità familiare del minore: accertamento della paternità e della maternità, nuove modalità di costituzione della filiazione. — 3.2. La cura e gli interessi del minore nei contesti di crisi o disfunzionalità della famiglia.

1. Introduzione

A differenza della più giovane Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che dedica l'art. 24 ai diritti dei bambini ⁽¹⁾, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e i suoi Protocolli addizionali non contemplano una norma generale rivolta alla protezione dei minori. Nel testo sono presenti soltanto alcuni sporadici e settoriali riferimenti espressi, quali, anzitutto, l'art. 5, comma 1, lett. *d*), che stabilisce le condizioni per la detenzione del minore, e l'art. 6, che consente di derogare al principio di pubblicità delle udienze « quando lo esigono gli interessi dei minori ». Occorre poi menzionare l'unica previsione che garantisce un diritto di preminente rilevanza per il minore, ossia l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1, relativo al diritto all'istruzione (di minori e adulti), la quale, però, nella seconda parte, si rivolge espressamente alla tutela del « diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'insegnamento [dei figli] secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche ». Infine, viene in considerazione l'art. 5 del

(*) Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale, presso l'Università degli Studi di Pisa.

(1) Art. 24 CDFUE: « 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse ».

Protocollo n. 7, che, nel sancire la parità dei coniugi nei rapporti tra di essi e con i loro figli, afferma che tale previsione non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei secondi.

La scarsità di appigli testuali non significa, tuttavia, che gli interessi della persona minore di età siano rimasti estranei dalla trama valoriale della Convenzione. Al contrario, la Corte, attraverso l'impiego dei canoni interpretativi evolutivi che caratterizzano il suo operato, ha sviluppato una significativa giurisprudenza al riguardo già a partire da primi anni di più maturo funzionamento del sistema convenzionale. Basti pensare alla nota sentenza *Marckx c. Belgio* ⁽²⁾, in cui il Giudice di Strasburgo rilevò una violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14 CEDU nella legislazione belga che configurava una disparità di trattamento tra i figli "legittimi" e figli "naturali", considerando la bambina che aveva proposto il ricorso insieme alla madre, non solo oggetto di protezione, bensì soggetto autonomo titolare di diritti.

D'altra parte, l'art. 1 della Convenzione stabilisce che i diritti e le libertà in essa enunciati sono riconosciuti a « ogni persona » sottoposta alla giurisdizione degli Stati membri. In aggiunta, l'art. 34 conferisce la possibilità di ricorrere alla Corte di Strasburgo a « ogni persona fisica » che abbia patito la violazione di un diritto convenzionale, non ritenendo ammissibili (irragionevoli) discriminazioni fondate sull'età, che devono senz'altro essere annoverate tra quelle vietate dall'art. 14.

Ai minori è, quindi, assicurato il godimento di tutti i diritti tutelati dalla CEDU e dai suoi Protocolli, nonché, conseguentemente, il diritto di promuovere ricorsi, da soli o congiuntamente a uno o entrambi i genitori, senza discriminazione alcuna, ma avendo riguardo, semmai, per la peculiare e maggiore vulnerabilità che caratterizza la loro condizione. L'età della vittima, ad esempio, incide, abbassandolo, sul livello minimo di gravità richiesto dalla Corte per ritenere che un trattamento configuri una violazione dell'art. 3 ⁽³⁾. In questa prospettiva, nella sentenza *Khan c. Francia* ⁽⁴⁾, la Corte ha significativamente precisato che l'art. 1 della Convenzione, letto congiuntamente all'art. 3, impone agli Stati, da un lato, di adottare misure volte a garantire che tutte le persone soggette alla loro giurisdizione non siano sottoposte a tortura o trattamento inumano o degradante e, dall'altro, di fornire una protezione efficace, in particolare ai bambini e ad altri membri vulnerabili della società.

⁽²⁾ Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74.

⁽³⁾ V., da ultimo, Corte EDU, Sez. I, *Darboe e Camara c. Italia*, 21 luglio 2022, n. 5797/17.

⁽⁴⁾ Corte EDU, Sez. V, *Khan c. Francia*, 28 febbraio 2019, n. 12267/16.

2. Il rilievo delle carte internazionali e il principio del *best interest of the child*

Quale “*living instrument*”, sensibile ai mutamenti sociali e alla conseguente evoluzione del panorama giuridico in cui si inserisce, la Convenzione non può essere interpretata e applicata in un “*vacuum*” (5), alla stregua di una “monade” isolata. Lo si ricava, del resto, più in generale, anche dall’art. 31, comma 2, lett. d, della Convenzione di Vienna del 1969, a mente del quale, nell’interpretazione dei trattati, deve essere considerata « ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti » e, dunque, nel caso della CEDU, di quelle relative alla protezione internazionale dei diritti umani.

Ciò vale, a maggior ragione, con riferimento ai casi concernenti i diritti del minore. Invero, alla luce delle limitate indicazioni (espresse) che la Convenzione fornisce al riguardo, sono frequenti, nelle pronunce della Corte, i rimandi ai trattati internazionali rilevanti in tale settore, quali, ad esempio, la Convenzione de L’Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, la Convenzione di Bruxelles del 12 settembre 1962 sull’istituzione della genitorialità materna dei figli naturali e la Convenzione europea del 15 ottobre 1975 sullo statuto giuridico dei figli nati fuori dal matrimoni o, ancora, la Convenzione de L’Aja del 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozioni transfrontaliere.

Tra questi, particolare rilievo ha assunto la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza del 1989 (6) che, al suo articolo 3, accoglie il principio del *best interest of the child* o, secondo la traduzione italiana, “superiore interesse del minore” (7).

Si tratta di un principio affermatosi nei Paesi di *common law*, che è poi stato trasfuso nelle carte internazionali, ove ha perso la connotazione paternalistica che aveva nel contesto di origine, e si è altresì progressivamente affermato in via pretoria nel diritto convenzionale, diventando uno stru-

(5) Corte EDU, G.C., *Loizidou c. Turchia*, 18 dicembre 1996, 15318/89, par. 43.

(6) Al riguardo, si veda più ampiamente A. ANNONI, *La CRC e la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in AA.VV., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, 2019, 20-42.

(7) Sulla mutevolezza (*rectius*: ambiguità) semantica delle qualificazioni riferite a tale concetto, anche nel contesto convenzionale, si veda, per tutti, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli editore, 2016, 95-96. Per alcuni interessanti rilievi giurisprudenziali, si veda l’opinione dissenziente dei giudici Kjølbros, Koskelo e Yüksel, in Corte EDU, Sez. II, *K.K. e altri c. Danimarca*, 6 dicembre 2022, ric. n. 25212/21, di cui v. *infra*.

mento fondamentale del corredo motivazionale delle sentenze della Corte là dove siano implicati i diritti umani dei minori.

Molto utili, per orientare l'applicazione del principio in parola, sono i Commenti Generali del Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ai quali la Corte fa frequentemente richiamo nella ricognizione normativa del caso e, talora, nella trattazione del merito. Segnatamente, nel Commento Generale n. 14 del 2013, il Comitato sottolinea che il principio generale codificato nell'art. 3 presenta una triplice connotazione. Esso si declina, infatti, come diritto sostanziale del minore, direttamente applicabile (*self-executing*) e invocabile dinanzi a un tribunale, a che il proprio superiore interesse sia considerato preminente quando si prendono in considerazione interessi diversi e/o confliggenti; come canone interpretativo fondamentale, per cui se una disposizione è aperta a più opzioni interpretative, si deve preferire quella che corrisponde, nel modo più efficace, ai *best interests* del minore; e, infine, come regola procedurale secondo cui, quando le autorità devono assumere una decisione che incide sulla vita del minore, il processo decisionale deve implicare un'attenta ponderazione del possibile impatto di essa sul bambino. Nella sua valutazione confluiscono, ad avviso del Comitato, molteplici elementi, che si combinano tra loro in maniera variabile a seconda delle caratteristiche della vicenda concreta. A titolo non esaustivo, il Comitato si riferisce: *a*) alle opinioni e *b*) all'identità del minore; *c*) alla tutela dell'ambiente familiare e al mantenimento dei rapporti, ovvero al diritto del minore di preservare il proprio rapporto con entrambi i genitori; *d*) alla cura, alla protezione e alla sicurezza del minore; *e*) alla situazione di (maggiore) vulnerabilità in cui esso può eventualmente trovarsi (disabilità, appartenenza ad una minoranza, status di rifugiato o richiedente asilo, vittima di abuso); *f*) al diritto alla salute e *g*) a quello all'istruzione.

Quello del "*best interest of the child*" è, dunque, un concetto "dinamico", che sottende molteplici istanze in continua evoluzione, che possono essere in conflitto tra loro, prima ancora che con esigenze esogene, e che richiedono, pertanto, un'appropriata valutazione riferita alla singola situazione specifica; sempre tenendo conto — prosegue il Comitato — che nel bilanciamento tra il superiore interesse del minore e gli eventuali diritti di altre persone che con esso si pongano in contrasto, ove l'armonizzazione non sia possibile, occorre tenere conto del maggiore "peso specifico" del primo.

3. I diritti del minore nell'ambito dell'art. 8 CEDU

Il novero alquanto circoscritto di riferimenti espliciti al minore nel testo CEDU non ha impedito, come si è detto, lo sviluppo di una cospicua giurisprudenza in materia, sulla base di molteplici parametri convenzionali.

Da questo punto di vista, non si può fare a meno di sottolineare che quello più frequentemente invocato dai ricorrenti è, senza dubbio, l'art. 8, le cui ampie nozioni di « vita privata » e di « vita familiare » hanno consentito di portare dinanzi alla Corte svariati aspetti della vita intima e relazionale del minore, sia come singolo individuo, caratterizzato da una particolare fragilità, sia come componente del nucleo familiare.

In siffatto contesto, caratterizzato da una giurisprudenza comunque prevalentemente incentrata sul rapporto genitoriale, potenziale o effettivo, il principio del *best interest* del minore è stato impiegato dalla Corte di Strasburgo per valutare la correttezza dell'operato delle autorità nazionali rispetto all'adozione di svariati provvedimenti giudiziari o amministrativi che incidono sul diritto alla vita privata e familiare dei minori e delle loro famiglie. Invero, è ricorrente la constatazione preliminare che « in tutte le azioni riguardanti le persone di minore età, intraprese da istituzioni di assistenza sociale pubbliche o private, tribunali, autorità amministrative od organi legislativi, l'interesse superiore della persona di minore età deve essere considerato preminente ». Nondimeno, il superiore interesse del minore si è dimostrato uno strumento “polivalente”, che viene in considerazione « come limite ai diritti convenzionali degli adulti quando le esigenze del minore lo richiedono e, insieme, come puntello del diritto del minore a godere della vita familiare con i propri genitori » (8).

In questo senso, è utile osservare come, al fine tanto di ampliare al massimo grado la possibilità di far valere i suoi diritti dinanzi a essa, quanto di garantirgli una protezione effettiva e, dunque, una rappresentazione efficace di tutti gli interessi che rilevano nella specifica vicenda in esame, la Corte abbia elaborato una giurisprudenza flessibile sulla rappresentanza processuale del minore, non necessariamente corrispondente ai criteri elaborati nel diritto interno. Ad esempio, in taluni casi ha ritenuto ammissibile il ricorso presentato dal genitore biologico anche in nome e per conto del figlio, nonostante il provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale e di autorizzazione dell'adozione, ove lo abbia ritenuto necessario per scongiurare il « rischio che alcuni interessi del minore non fossero portati alla sua attenzione e fossero privati di una protezione effettiva » e non rilevasse, nella fattispecie, « un conflitto di interessi che richiedesse di respingere il ricorso presentato dalla prima ricorrente in nome del secondo ricorrente » (9).

(8) In proposito, si rinvia allo studio di E. LAMARQUE, *Prima i bambini.*, cit., 95-96.

(9) Corte EDU, G.C., *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, 10 settembre 2019, ric. n. 37283/13, parr. 158-159.

3.1. *L'identità familiare del minore: accertamento della paternità e della maternità, nuove modalità di costituzione della filiazione*

Nel perimetro della tutela offerta dall'art. 8 CEDU, assume rilevanza centrale il rapporto di filiazione, quale presupposto per garantire l'interesse del figlio ad avere una comunità di affetti stabili in cui poter crescere e sviluppare serenamente la propria personalità. Tale aspetto è peraltro strettamente correlato al diritto di ogni individuo di stabilire i dettagli della propria identità personale e sociale e ciò rileva, a maggior ragione, ove non sussista (ancora) un legame familiare, neppure di fatto, rilevante per la nozione di « vita familiare »: in tali casi, l'asserita violazione dedotta dinanzi alla Corte sarà infatti esaminata nella prospettiva della tutela della « vita privata » del minore.

A partire dalla nota e risalente sentenza *Marckx c. Belgio*, la Corte, nel solco degli artt. 8 e 14, ha promosso l'eguaglianza tra figli nati entro e fuori il matrimonio ed ha accolto il principio per cui il rapporto di filiazione si instaura automaticamente con la madre che ha partorito il figlio, mediante la dichiarazione nell'atto di nascita. Ciò, a meno che la prima intenda non riconoscere il bambino e, dunque, rifiuti di esservi nominata. In questa evenienza, gli Stati dovranno in ogni caso assicurare una disciplina che contemperi il diritto all'anonimato della madre con quello del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, quale elemento fondativo della sua identità personale ⁽¹⁰⁾.

In quest'ultima prospettiva, la Corte ha parimenti stigmatizzato le limitazioni e le difficoltà riscontrate nella ricerca della paternità naturale; come nel caso *Mikulik c. Croazia* ⁽¹¹⁾, in cui le censure si sono appuntate sulla mancanza di mezzi per decidere in tempi brevi la questione della paternità, ove il padre non decida di sottoporsi al test del DNA, così violando il diritto della figlia a risolvere la condizione di incertezza circa le proprie origini biologiche.

Nella cornice dell'art. 8, la tutela dei *best interests* del minore si è poi inevitabilmente intrecciata con le richieste di riconoscimento di modelli di coppia differenti da quello fondato sul matrimonio eterosessuale, nonché di nuove modalità di costituzione della filiazione.

Con riguardo alla gestazione per altri, la Corte ha evidenziato come, in tali circostanze, l'interesse del minore assuma molteplici sfumature: vengono infatti in considerazione, per un verso, il diritto al rispetto della vita privata,

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, G.C., *Odièvre c. Francia*, 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/98, parr. 42-43; Sez. II, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, parr. 52-53.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, Sez. I, *Mikulic c. Croazia*, 7 febbraio 2002, ric. n. 53176/99, spec. parr. 64-66.

che implica che ciascuno possa stabilire la sostanza della propria identità, compresa la parentela e, per l'altro, la protezione contro i rischi di abuso di tale pratica, ove lo Stato della coppia che vi ricorre la vieti, nonché, ancora, l'interesse a conoscere le proprie origini biologiche. Ciò posto, trovandosi a esaminare casi in cui almeno uno dei due genitori intenzionali era anche genitore biologico ⁽¹²⁾, l'orientamento consolidato della Corte ha comunque evidenziato che i bambini nati mediante il ricorso alla surrogazione, pure negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, devono poter ottenere un riconoscimento giuridico del legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura. Quindi, tanto nei confronti del genitore intenzionale e biologico ⁽¹³⁾, quanto nei confronti del genitore di intenzione: con riferimento a quest'ultimo, posto che l'art. 8 CEDU non impone la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, « può essere utilizzato un altro mezzo, come l'adozione [...], a condizione che la procedura prevista dal diritto interno garantisca che possa essere attuata tempestivamente ed efficacemente, in conformità con l'interesse superiore del bambino » ⁽¹⁴⁾. Invero, nel primo parere consultivo reso nel 2019 proprio su questo terreno, la Grande Camera ha stabilito che l'interesse superiore del minore implica anche l'identificazione legale delle persone responsabili della sua educazione, del soddisfacimento dei suoi bisogni e del suo benessere, nonché la possibilità per il bambino di vivere e di svilupparsi in un ambiente stabile. Pertanto, è contraria all'art. 8 « l'impossibilità generale e assoluta di ottenere il riconoscimento del rapporto tra un figlio nato attraverso un accordo di maternità surrogata stipulato all'estero e la futura madre d'intenzione, che richiedono come minimo che ogni situazione sia esaminata alla luce delle circostanze particolari del caso » ⁽¹⁵⁾.

In argomento, merita segnalare, ancora, la più recente sentenza *K.K. e altri c. Danimarca*, in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 8, sotto il

⁽¹²⁾ Per l'ipotesi in cui nessuno dei due genitori menzionati nell'atto di nascita formato all'estero sia effettivamente il genitore biologico, cfr. Corte EDU, Sez. III, *Fjölmissdóttir e altri c. Islanda*, 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17.

⁽¹³⁾ Corte EDU, Sez. V, *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11 e *Mennesson c. Francia*, 26 giugno 2015, ric. n. 65192/11.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, G.C., *Parere consultivo in merito al riconoscimento nel diritto interno di una relazione legale genitore-figlio tra un bambino nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all'estero e la futura madre d'intenzione*, 10 aprile 2019, richiesta n. P16-2018-001.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*. In senso sostanzialmente conforme, si vedano, *ex multis*: Corte EDU, Sez. V, *D c. Francia*, 16 luglio 2020, ric. n. 11288/18; Sez. V, *C.E. e altri c. Francia*, ric. nn. 29775/18 e 29693/19 e *A.M. c. Norvegia*, ric. n. 30254/18, entrambe rese il 24 marzo 2022; Sez. III, *D.B. e altri c. Svizzera*, 22 novembre 2022, ric. nn. 8817/15 - 58252/15.

profilo del rispetto del diritto alla vita privata di due minori nate da surrogazione, in ragione del rifiuto opposto dalle autorità giurisdizionali danesi alla richiesta della madre d'intenzione, già affidataria congiuntamente al marito, padre biologico, di ottenere l'adozione delle bambine. Dopo aver ribadito, in linea con l'anzidetto orientamento, che l'individuazione delle misure idonee a riconoscere il legame giuridico tra il minore e il genitore d'intenzione spetta ai legislatori nazionali, la Corte ha rilevato che, nel caso in esame, « oltre all'adozione, il diritto interno non prevede altre possibilità di riconoscimento di un rapporto legale di genitore-figlio con la futura madre. Di conseguenza, come sottolineato dai ricorrenti, quando è stata loro rifiutata l'adozione, è stato loro negato *de facto* il riconoscimento di un rapporto legale di genitore-figlio. Tale mancanza di riconoscimento di per sé ha avuto un impatto negativo sul diritto dei minori al rispetto della loro vita privata, in particolare perché li ha posti in una posizione di incertezza giuridica rispetto alla loro identità all'interno della società. In termini di eredità, è chiaro che, sebbene la prima ricorrente possa fare testamento in tal senso, i figli non sarebbero suoi eredi in virtù di un rapporto legale di genitore-figlio, a differenza della situazione per gli altri figli in Danimarca »⁽¹⁶⁾. La pronuncia in commento, oltre che per un disallineamento — quantomeno apparente — rispetto ai precedenti, nel senso di una « lieve » restrizione del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati⁽¹⁷⁾; risulta di particolare *interesse*, anche per le considerazioni critiche espresse nell'opinione dissenziente congiunta dei giudici Kjølbrot, Koskelo e Yüksel, in ordine, tra l'altro, all'impiego dell'aggettivo “*paramount*” (preponderante), con riferimento all'interesse del minore, in luogo dell'espressione « *the best interests of the child shall be a primary consideration* ». I tre giudici sottolineano, al riguardo, che non solo relativamente all'applicazione dei cc.dd. diritti assoluti (artt. 2, 3, 5 e 7) — rispetto ai quali « [i]t cannot be argued [...] that [...] the best interests of a child could operate as a limitation of someone else's rights under the said provisions that would not otherwise be permissible [...] —, ma finanche « *in the context of Convention rights that are not of an absolute nature* », « *it can hardly be correct to argue that the protection of the best interests of a child should mean that in individual cases no other considerations can be taken into account under any circumstances, or that those interests must always be regarded as more important than anything else. In reality, the Court has clearly not followed such an absolute approach* ». Sicché, si deve ritenere che « *the Court*

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, Sez. II, *K.K. e altri c. Danimarca*, 6 dicembre 2022, ric. n. 25212/21, parr. 72-73. Si veda, in proposito, il commento critico, di M. CAIELLI, *La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?*, in *DPCE Online*, vol. 57, n. 1, apr. 2023, 1495 ss.

⁽¹⁷⁾ Sul punto v. M. CAIELLI, *op. cit.*, 1500.

has never spelled out that “paramount” should indeed be understood literally, as “more important than anything else” » (parr. 93-97).

I *best interests* del minore giocano un ruolo comunque rilevante, seppur meno decisivo, anche nella giurisprudenza convenzionale relativa all'adozione da parte di coppie *same-sex*, atteso che la soluzione dei casi è incentrata sul divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. In questo ambito, la Corte ha avuto modo di affermare che, per quanto l'art. 8 CEDU non garantisca né il diritto di formare una famiglia né quello di adottare, tale disposizione, in combinato con l'art. 14, non può ammettere una legislazione interna in materia di adozione configurata in maniera discriminatoria⁽¹⁸⁾. Di talché, se lo Stato consente l'adozione da parte del singolo, essa non può essere esclusa sulla base dell'orientamento sessuale⁽¹⁹⁾. Allo stesso modo, pur non essendovi un obbligo convenzionale a permettere l'adozione coparentale (c.d. *step-child adoption*) alle coppie di fatto, ove lo Stato vi consenta, l'istituto deve essere accessibile alle coppie di fatto sia eterosessuali, sia omosessuali⁽²⁰⁾. In questo contesto, come emerge chiaramente in *X e altri c. Austria*, il principio del superiore interesse del minore rileva nella misura in cui, ad avviso della Corte, esso non può essere aprioristicamente ritenuto leso da una supposta inidoneità della coppia omosessuale a crescere un figlio; potendo, semmai, risultare compromesso dalla impossibilità assoluta di accordare riconoscimento giuridico al legame familiare di fatto esistente con la compagna della madre.

In una prospettiva analoga — seppur in relazione a ipotesi in cui il legame familiare è già instaurato — possono essere segnalati i casi in cui la Corte ha condannato lo Stato a motivo di decisioni giudiziarie che avevano impedito l'affido dei figli ad un genitore, in quanto (spesso implicitamente) fondate sull'orientamento sessuale⁽²¹⁾; sulla identità di genere⁽²²⁾ ovvero sul credo religioso⁽²³⁾.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, G.C., *E.B. c. Francia*, 22 gennaio 2008, ric. n. 43546/02, § 41 e Corte EDU, G.C., *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/07, par. 135: « [w]hile Article 8 does not guarantee a right to adopt, the Court has already held, in respect of adoption by a single homosexual, that a State which creates a right going beyond its obligations under Article 8 of the Convention may not apply that right in a manner which is discriminatory within the meaning of Article 14 ».

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, G.C., *E.B. c. Francia*, cit.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, G.C., *X e altri c. Austria*, cit.

⁽²¹⁾ Corte EDU, Sez. I, *X. c. Polonia*, 16 settembre 2021, ric. n. 20741/10.

⁽²²⁾ Corte EDU, Sez. II, *A.M. e altri. c. Russia*, 6 luglio 2021, ric. n. 47220/19.

⁽²³⁾ Corte EDU, *Hoffmann c. Austria*, 23 giugno 1993, ric. n. 12875/87 e Corte EDU, Sez. II, *Vojnity c. Ungheria*, 12 febbraio 2013, ric. n. 29617/07. In senso solo in parte diverso, Corte EDU, sez. I, *T.C. c. Italia*, 19 maggio 2022, ric. n. 54032/18; il ricorrente si era rivolto

3.2. *La cura e gli interessi del minore nei contesti di crisi o disfunzionalità della famiglia*

Nell'ambito applicativo dell'art. 8, segnatamente, sotto l'aspetto della tutela della « vita familiare », si colloca l'interesse del bambino e di entrambi i genitori a godere dei reciproci rapporti di affetto e di compagnia. Si tratta di un profilo che viene in considerazione nei numerosi ricorsi in cui si lamenta la legittimità di decisioni relative alla custodia/collocazione del minore e al diritto di visita genitoriale a seguito di divorzio o separazione o, per converso, la mancata tempestiva adozione di misure che ne garantiscano il rispetto; di provvedimenti assunti dalle autorità giudiziarie nazionali in merito a casi di sottrazione internazionale di minori; o, ancora, di provvedimenti di affidamento extra familiare.

In questi casi, la Corte esordisce sovente ricordando che « *the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life* », con la conseguenza che la legittimità di ogni decisione amministrativa o giudiziaria che vi interferisca, dovrà essere valutata secondo i criteri posti dall'art. 8, par. 2, CEDU.

Alle autorità statali è riconosciuto, per vero, un ampio margine di discrezionalità nel selezionare quale sia la scelta più confacente ad assicurare l'interesse del minore nel caso concreto, considerata la prossimità alla vicenda e al contesto in cui essa si inserisce. Nondimeno, tale margine varierà, entro i limiti delineati dal quadro valoriale definito dalla Convenzione, a seconda della natura delle questioni e della gravità degli interessi in gioco, richiedendo uno scrutinio « più rigoroso » ove vengano in rilievo « eventuali ulteriori limitazioni », tali da comportare « il pericolo che i rapporti familiari tra un bambino piccolo e uno o entrambi i genitori siano effettivamente ridotti », se non addirittura recisi ⁽²⁴⁾. Sul rispetto del margine di discrezionalità in questione, si appunta l'esame dei giudici di Strasburgo, i quali, evitando di entrare nel merito delle decisioni, si soffermano sulla correttezza della condotta statale sul piano procedurale, che, nondimeno, si riflette inevitabilmente sull'adeguatezza o meno del bilanciamento operato fra i diversi interessi in gioco e della considerazione di tutti gli elementi che

alla Corte di Strasburgo lamentando la violazione degli artt. 8 e 9, anche in combinato disposto con l'art. 14 e l'art. 5 del Protocollo n. 7, in quanto il Tribunale gli aveva ordinato di astenersi dal coinvolgere attivamente la figlia nella sua pratica religiosa. Secondo la Corte EDU, non vi era stata alcuna violazione, atteso che la decisione non era fondata su una distinzione basata sulla religione, bensì sulla necessità di contemperare i diritti e le convinzioni di entrambi i genitori e, conseguentemente, sull'interesse della minore a vivere in un ambiente per quanto possibile sereno.

⁽²⁴⁾ Corte EDU, G.C., *Sabin c. Germania*, 8 luglio 2003, ric. n. 30943/96.

determinano il “peso specifico” conferito ai *best interests* del minore nel caso di specie. La Corte ha, pertanto, ravvisato criticità, sul piano procedurale, relativamente all’effettività del contraddittorio; al mancato ascolto del minore, ove ritenuto utile ⁽²⁵⁾; all’inadeguatezza o al mancato aggiornamento nell’accertamento dei fatti ⁽²⁶⁾; alla parzialità del personale ausiliario (*id est*, servizi sociali e periti) ⁽²⁷⁾ o alla mancata vigilanza sull’operato dei primi a parte dell’autorità giudiziaria ⁽²⁸⁾; o, ancora, all’inerzia delle autorità dinanzi all’elusione delle decisioni giudiziarie da parte del genitore o comunque della persona affidataria ⁽²⁹⁾, ovvero, in generale, all’inosservanza dei requisiti di rapidità e diligenza alle quali devono essere necessariamente improntate le cause concernenti il benessere dei minori.

A prescindere dalla specifica circostanza che incide sul rapporto parentale, la Corte è costante nel ribadire come, in questo frangente, l’interesse del minore presenti almeno due distinti significati ⁽³⁰⁾. Per un verso, occorre, infatti, considerare l’interesse del minore di poter crescere in un ambiente

⁽²⁵⁾ Ivi, par. 73: « It would be going too far to say that domestic courts are always required to hear a child in court on the issue of access to a parent not having custody, but this issue depends on the specific circumstances of each case, having due regard to the age and maturity of the child concerned ».

⁽²⁶⁾ V., *ex plurimis*, in tema di sottrazione internazionale, la sentenza di condanna Corte EDU, *Sneersone e Kampanella c. Italia*, 12 luglio 2011, ric. n. 14737/09, motivata in ragione dell’inadeguata considerazione, da parte dei tribunali nazionali, dell’impatto che il ritorno in Italia avrebbe potuto avere sul minore (« I tribunali italiani non hanno fatto riferimento ai rapporti dei due psicologi redatti in Lettonia su richiesta del rappresentate dei ricorrenti e su cui si sono poi basati i tribunali lettoni. Né [...] hanno citato i pericoli potenziali per la salute di M. che erano stati individuati in questi rapporti »).

⁽²⁷⁾ È il caso, tra le altre, di Corte EDU, Sez. II, *Piazzi c. Italia*, 2 novembre 2010, ric. n. 36168/09 e, altresì, di Corte EDU, Sez. IV, *Bondavalli c. Italia*, 17 novembre 2015, ric. n. 35532/12.

⁽²⁸⁾ V., *ex multis*, Corte EDU, Sez. I, *Endrizzi c. Italia*, 23 marzo 2017, ric. n. 71660/14, parr. 63-64: « i servizi sociali non si sono attivati per riallacciare il legame tra il ricorrente e suo figlio, sebbene fossero state richieste delle perizie e dovesse essere messo in atto un progetto di sostegno per aiutare entrambi i genitori a migliorare le loro competenze genitoriali... La Corte osserva che lo svolgimento del procedimento dinanzi al tribunale evidenzia piuttosto una serie di misure automatiche e stereotipate, come continue richieste di informazioni e una *delega del monitoraggio della famiglia ai servizi sociali*. Perciò essa ritiene che le autorità abbiano lasciato che si consolidasse una situazione di fatto generata dall’inosservanza delle decisioni giudiziarie » (corsivi nostri).

⁽²⁹⁾ V. *ex multis* Corte EDU, *Hokkanen c. Finlandia*, 23 settembre 1994, ric. n. 19823/92 e le sentenze di condanna nei confronti dell’Italia (*infra*).

⁽³⁰⁾ V., *ex plurimis*, Corte EDU, Sez. III, *Gnabore c. Francia*, 19 settembre 2000, ric. n. 40031/98 (caso relativo alla sospensione dei diritti di visita del genitore) e Corte EDU, GC, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07 (in tema di sottrazione internazionale di minore).

sano, per cui si deve escludere che un genitore, ai sensi dell'art. 8, possa ottenere misure dannose per la salute e lo sviluppo del bambino. Per altro verso, non si deve trascurare l'interesse del minore a preservare i legami con i componenti della sua famiglia di origine, salvo che nelle « circostanze, del tutto *eccezionali* », in cui quest'ultima si sia rivelata particolarmente inadatta. A questo proposito, la Corte ha più volte rammentato che la condotta delle autorità statali deve essere valutata anche nella prospettiva degli obblighi positivi che derivano dall'art. 8: in questo senso, ha costantemente rimarcato come, in presenza di un provvedimento che comporta un allentamento del rapporto tra genitore e figlio, su di esse incomba, anzitutto, l'obbligo di perseguire, attraverso ogni misura idonea a tale scopo, la ricomposizione del rapporto familiare compromesso, non appena ciò sia possibile, a meno che il legame familiare si sia rivelato, per il minore, fortemente disadattivo o malevolo.

Con riguardo, ad esempio, alle decisioni relative all'affidamento dei figli a seguito di divorzio o separazione, la Corte si è spesso trovata a esaminare i ricorsi proposti dai genitori non affidatari o comunque non conviventi, che lamentavano la lesione del proprio diritto al rispetto della vita familiare, dallo specifico punto di vista del mantenimento dei rapporti con il figlio. In questi casi, l'obbligo in discorso implica che le autorità preposte assumano tutte le misure idonee ad assicurare/ripristinare i diritti di visita del genitore non affidatario o non convivente, ferma restando, ovviamente, la preminente considerazione per gli interessi del minore e i diritti conferiti allo stesso dall'art. 8 della Convenzione ⁽³¹⁾. Così, nella recente sentenza *R.B. e M. c. Italia* ⁽³²⁾ — ma è possibile richiamare, in senso sostanzialmente analogo, i precedenti *Giorgioni* ⁽³³⁾ e *Luzi c. Italia* ⁽³⁴⁾ — la Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione della disposizione convenzionale in esame, in quanto i giudici nazionali non avevano adottato tutte le misure che si potevano ragionevolmente attendere dagli stessi, al fine di far rispettare il diritto di visita del padre della minore dinanzi agli ostacoli frapposti dalla madre. Elemento centrale, nell'economia della decisione, è stata la intemperività nel reagire a una situazione di fatto generata dall'inosservanza di provvedimenti giudiziari “automatici” e “stereotipati”, in uno con la ampia « delega della

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Olsson c. Svezia* (no. 2), 27 novembre 1992, ric. n. 13441/87 e *Hokkanen c. Finlandia*, par. 58 (« *where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them* »).

⁽³²⁾ Corte EDU, Sez. I, *R.B. e M. c. Italia*, 22 aprile 2021, ric. n. 41382/19.

⁽³³⁾ Corte EDU, Sez. I, *Giorgioni c. Italia*, 15 settembre 2016, ric. n. 43299/12.

⁽³⁴⁾ Corte EDU, Comitato, Sez. I, *Luzi c. Italia*, 5 dicembre 2019, ric. n. 48322/17.

funzione di controllo della famiglia ai servizi sociali »⁽³⁵⁾. In questo tipo di cause la Corte rammenta, infatti, che « l'adeguatezza di una misura si valuta in base alla rapidità con cui la stessa viene attuata per evitare che il decorso del tempo possa avere, di per sé, delle conseguenze sulla relazione tra un genitore e suo figlio »⁽³⁶⁾.

In effetti, la rapidità del processo decisionale assume, in linea generale, rilevanza centrale nella valutazione dell'adeguatezza delle misure che interessano il benessere del minore, atteso che il decorso del tempo può avere, di per sé, conseguenze irrimediabili sulla relazione tra un genitore e i suoi figli. Significativa, al riguardo, la giurisprudenza convenzionale relativa alla sottrazione internazionale di minori. In questo ambito, la Corte ha sottolineato che l'art. 8 CEDU, interpretato alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, impone agli Stati l'obbligo positivo di adottare ed eseguire, con la massima solerzia, decisioni tese ad assicurare il ritorno del minore sottratto presso l'affidatario, salvo che ciò sia in contrasto con l'interesse superiore del minore⁽³⁷⁾. Invero, anche in questi casi il mutamento delle circostanze e/o il tempo trascorso tra la sottrazione e la decisione giudiziaria che dispone il ritorno può determinare il « consolidamento giuridico di situazioni di fatto inizialmente illegittime »⁽³⁸⁾.

Per quanto concerne, poi, i casi di allontanamento di minori dai genitori biologici (es. collocamento del minore in una casa familiare, sospensione o decadenza della potestà genitoriale con conseguente dichiarazione di adottabilità del minore ecc.), il fattore temporale costituisce il metro per valutare l'adempimento, da parte delle autorità statali, dell'« obbligo positivo di agevolare la riunione della famiglia *non appena ciò sia realmente possibile*, fin dall'inizio del periodo di presa in carico e con forza sempre maggiore ».

In questa prospettiva, lo scrutinio della Corte, che si appunta sulla correttezza e sulla completezza della procedura seguita per accertare l'interesse superiore del minore nel caso concreto, è teso a verificare se le autorità interne abbiano sufficientemente tenuto conto e ottemperato con sollecitudine all'obbligo positivo poc'anzi richiamato, garantito un giusto equilibrio

⁽³⁵⁾ Corte EDU, Sez. I, *R.B. e M. c. Italia*, cit., par. 79.

⁽³⁶⁾ Ivi, § 68. In questo senso, *ex multis*, v. anche Corte EDU, *Improta c. Italia*, Sez. I, 4 maggio 2017, ric. n. 66396/14.

⁽³⁷⁾ V. ancora Corte EDU, G.C., *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, cit.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, Sez. V, *Macready c. Repubblica Ceca*, 22 aprile 2010, ric. nn. 4824/06 15512/08, par. 62, ma si veda anche Corte EDU, Sez. I, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*, 25 gennaio 2000, ric. n. 31679/96. In entrambi i casi, lo Stato convenuto è stato condannato per non aver adottato misure adeguate e sufficienti per conformarsi al diritto dei ricorrenti a ottenere il ritorno dei figli.

tra gli interessi coesistenti, nonché adeguatamente e sufficientemente ponderato e motivato gli eventuali provvedimenti — comunque di carattere del tutto *eccezionale* ⁽³⁹⁾ — che comportano la rottura completa e definitiva dei legami tra il minore e i genitori biologici.

Nella sentenza *Strand Lobben e altri c. Norvegia* ⁽⁴⁰⁾, la Grande Camera ha ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione nei confronti di entrambi i ricorrenti (madre biologica e figlio), in quanto il processo decisionale che aveva portato al provvedimento di decadenza della responsabilità genitoriale e alla conseguente autorizzazione dell'adozione da parte della famiglia affidataria, mostrava che le autorità nazionali non avevano tentato di svolgere « un vero esercizio di bilanciamento tra gli interessi del bambino e la sua famiglia biologica », concentrandosi sulle esigenze del primo, « invece di cercare di combinare entrambe le sfere di interessi, e inoltre non contemplava seriamente alcuna possibilità di ricongiungimento del bambino con la sua famiglia biologica ». Ad avviso della Corte, il ragionamento che aveva condotto le autorità norvegesi a rilevare l'irreversibile e definitiva incapacità della madre biologica di prendersi adeguatamente cura del figlio, soprattutto in considerazione della vulnerabilità di quest'ultimo, si fondava, infatti, su un impianto probatorio assolutamente lacunoso. Ciò emergeva, secondo il Giudice convenzionale, dalla sporadicità dei contatti tra madre e figlio organizzati dai servizi sociali dopo il suo collocamento in affido, tale da inficiare la correttezza della valutazione; dall'assenza di una perizia aggiornata, che tenesse debitamente in conto delle evoluzioni più recenti nella vita personale e relazionale della madre, nonché dalle « sibilline » argomentazioni circa la perdurante condizione di particolare vulnerabilità del minore, che era in affido dall'età di tre settimane.

Dal ragionamento della Corte si ricava, dunque, che l'interesse del minore, per quanto « preponderante », deve essere oggetto di un'attenta ponderazione di tutti gli elementi che lo compongono e definito all'esito di un processo decisionale che tenga adeguatamente in conto tutti gli interessi in gioco e le peculiarità della vicenda, non ultime, quelle correlate alla fragilità del nucleo familiare.

A quest'ultimo riguardo, è possibile richiamare, ad esempio, il caso *Melo c. Portogallo* ⁽⁴¹⁾, in cui la Corte ha condannato le autorità portoghesi che avevano privato la madre della responsabilità genitoriale senza tenere conto del forte legame affettivo con i figli e ignorando la situazione di disagio materiale della stessa, unica figura genitoriale di una famiglia particolarmente

⁽³⁹⁾ Su questo punto, v. Corte EDU, Sez. I, *D.M. e N. c. Italia*, 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/19, par. 81, che offre un compendio di ipotesi di eccezionalità.

⁽⁴⁰⁾ Corte EDU, G.C., *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, cit.

⁽⁴¹⁾ Corte EDU, Sez. IV, *Melo c. Portogallo*, 16 febbraio 2016, ric. n. 72850/14.

numerosa. In senso analogo, nel caso *A.I. c. Italia* ⁽⁴²⁾, la Corte ha censurato l'operato delle autorità giurisdizionali italiane, che non avevano opportunamente considerato, nel valutare la capacità genitoriale della madre, da un lato, la vulnerabilità di quest'ultima, vittima di tratta; dall'altro, le peculiarità del modello genitoriale e del diverso attaccamento tra genitori e figli che si riscontra nella cultura di origine della genitrice.

Ancora, in *D.M. e N. c. Italia* ⁽⁴³⁾, la Corte ha stigmatizzato la condotta delle autorità nazionali che avevano reciso il legame tra madre e figlia, senza prendere in adeguata considerazione la possibilità di intervenire con misure meno drastiche ⁽⁴⁴⁾ e, altresì, senza valutare la condizione di vulnerabilità della prima, viste le violenze domestiche che la stessa aveva subito e la richiesta di aiuto che aveva rivolto ai servizi sociali, anche per proteggere la figlia.

Da ultimo, merita rammentare il caso *Ibrahim c. Norvegia* ⁽⁴⁵⁾, in cui la Grande Camera ha riscontrato la violazione dell'art. 8 Cedu non solo perché le autorità norvegesi avevano disposto l'adozione senza ottemperare all'obbligo di facilitare il ricongiungimento tra la ricorrente e il figlio, eventualmente prendendo in considerazione alternative tese a mantenere un legame con la madre, ma anche perché nella procedura di adozione non era stato considerato l'interesse della ricorrente (e del figlio) a che il minore mantenesse un legame con le sue origini etniche e religiose.

Vademecum

<p>Quesiti della Corte EDU (in relazione alle questioni trattate nel par. 3.2.)</p>	<p>Ricorsi in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione della asserita lesione del diritto di visita del minore</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vi è stata una violazione del diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare ai sensi dell'articolo 8, par. 1, della Convenzione a causa della mancanza di diligenza da parte delle autorità competenti dinanzi alle quali il ricorrente ha cercato di ottenere l'accertamento del suo diritto di visita? • Le autorità nazionali hanno adottato tutte le misure che potevano ragionevolmente essere richieste per garantire un giusto equilibrio tra i diversi interessi presenti nel caso? • Le autorità hanno permesso il consolidarsi di una situazione di fatto, in spregio alle decisioni giudiziarie?
--	--

⁽⁴²⁾ Corte EDU, Sez. I, *A. I. c. Italia*, 1° aprile 2021, ric. n. 70896/17.

⁽⁴³⁾ Corte EDU, Sez. I, *D.M. e N. c. Italia*, cit.

⁽⁴⁴⁾ In questa prospettiva, si veda altresì Corte EDU, Sez. II, *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, ric. n. 33773/11: anche in questa vicenda, lo Stato italiano è stato condannato perché non erano state prese misure concrete per permettere al minore di vivere con la madre, e, in ogni caso, non recidere il legame con quest'ultima con un'adozione legittimante, prima di disporre l'affidamento e avviare la procedura di adottabilità.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, G.C., *Abdi Ibrahim c. Norvegia*, 10 dicembre 2021, ric. n. 15379/16.

	<p>Ricorsi in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 CEDU a seguito di provvedimenti concernenti il rimpatrio del minore a seguito di sottrazione internazionale</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'ordine di rimpatrio del minore costituisce un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della vita familiare? • In caso affermativo, tale ingerenza era prescritta dalla legge, perseguiva uno scopo legittimo ed era necessaria in una società democratica ai sensi dell'articolo 8? • In particolare, l'ordine di rimpatrio del minore rispetta il suo interesse superiore? • L'opinione del minore è stata sufficientemente presa in considerazione dai tribunali nazionali? • Il processo decisionale nel diritto interno ha soddisfatto i requisiti procedurali inerenti all'articolo 8 della Convenzione? • In particolare, le affermazioni dei ricorrenti relative all'esistenza di un "rischio grave" ai sensi dell'articolo 13 (b) della Convenzione dell'Aia sono state effettivamente esaminate? • Le garanzie ottenute dal governo dello Stato di rimpatrio erano sufficienti per escludere tale rischio? • Le autorità nazionali hanno proceduto con la celerità e la diligenza necessarie per quanto riguarda l'articolo 11 della Convenzione dell'Aia, che prevede che le autorità giudiziarie o amministrative investite della questione procedano d'urgenza in vista del rimpatrio del bambino? <p>Ricorsi in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 CEDU a seguito di provvedimenti di affidamento extra familiare/dichiarazione di adottabilità/adozione del minore</p> <ul style="list-style-type: none"> • È stato violato il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare ai sensi dell'articolo 8, par. 1 della Convenzione? In caso affermativo, l'ingerenza nell'esercizio di tale diritto era prevista dalla legge e necessaria ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2? • Le ragioni addotte dall'autorità giudiziaria a sostegno della dichiarazione di adottabilità del bambino corrispondevano alle circostanze « del tutto eccezionali » che possono giustificare la rottura del legame familiare? • In particolare, le autorità statali hanno adempiuto agli obblighi positivi definiti dalla giurisprudenza della Corte in relazione all'art. 8 CEDU? Hanno adottato tutte le misure che potevano ragionevolmente essere loro richieste per consentire il ripristino della relazione tra la ricorrente e il bambino e rispettare un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco? • Il processo decisionale seguito dai tribunali nazionali è stato equo? Ha rispettato adeguatamente gli interessi tutelati dall'articolo 8 della Convenzione, in particolare alla luce del fatto che non è stata disposta alcuna perizia sui due ricorrenti al fine di valutare le capacità genitoriali della prima ricorrente e lo stato di vulnerabilità del minore?
--	--

	<ul style="list-style-type: none"> • L'interruzione totale dei contatti tra il figlio e la ricorrente per dieci mesi era pienamente giustificata e compatibile con il diritto della ricorrente al rispetto della sua vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione?
Indicazioni operative	<p>Ricorsi in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione della asserita lesione del proprio diritto di visita</p> <ul style="list-style-type: none"> • In questi casi, la questione decisiva, per la Corte, è quella di stabilire se le autorità nazionali, per agevolare le visite, abbiano adottato tutte le misure necessarie che si potevano esigere dalle stesse nel caso in esame. • Al riguardo, la Corte è costante nel rimarcare come l'adeguatezza delle misure adottate sia da valutare soprattutto in base alla rapidità della loro attuazione, atteso che il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il figlio e il genitore non convivente. • Le autorità devono, cioè, scongiurare il consolidamento di una situazione di fatto generata dall'inosservanza delle decisioni giudiziarie. • A tal fine, secondo la giurisprudenza convenzionale, l'autorità giudiziaria deve evitare di adottare « misure automatiche e stereotipate », « quali le successive richieste di informazioni, una delega ai servizi sociali del controllo successivo, con l'obbligo per gli stessi di organizzare e di far rispettare il diritto di visita del ricorrente, un programma di sostegno alla genitorialità e degli ammonimenti », soprattutto se privi di effetti. • La Corte ha poi avuto modo di sottolineare che una mancanza di collaborazione fra genitori separati non può dispensare le autorità competenti dall'adottare ogni mezzo idoneo a mantenere il legame familiare. • D'altra parte, ad avviso della Corte, l'obbligo per le stesse di ricorrere alla coercizione in materia non può che essere limitato: esse devono tenere conto degli interessi e dei diritti e delle libertà delle persone coinvolte, in particolare degli interessi superiori del minore e dei diritti conferiti allo stesso dall'articolo 8 della Convenzione (<i>Voleský c. Repubblica Ceca</i>, 29 giugno 2004, n. 63267/00, par. 118). <p>Ricorsi in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 CEDU a seguito di provvedimenti concernenti il rimpatrio del minore a seguito di sottrazione internazionale</p> <ul style="list-style-type: none"> • In questi casi, per la Corte è centrale la rapidità con cui vengono assunte ed eseguite le decisioni, come del resto prescritto dall'art. 11 della Convenzione de L'Aja del 25.10.1980. • La Corte è poi costante nel ribadire come il rimpatrio di un minore non possa essere disposto automaticamente o meccanicamente quando è applicabile la Convenzione dell'Aja, come si evince dalla previsione, in tale documento, di diverse eccezioni all'obbligo di rimpatrio del minore (artt. 12, 13 e 20).

• Il processo decisionale che conduce all'adozione, da parte del tribunale, della misura di rimpatrio, deve consentire agli interessati di presentare il loro caso in modo completo e presuppone un'analisi approfondita dell'intera situazione familiare e di tutta una serie di fattori, in particolare di natura fattuale, emotiva, psicologica, materiale e medica, e abbiano effettuato una valutazione equilibrata e ragionevole dei rispettivi interessi di ogni persona, con la costante preoccupazione di determinare quale dovrebbe essere la soluzione migliore per il minore sottratto, nel quadro di una richiesta di rimpatrio dello stesso nel paese d'origine.

Ricorsi in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 CEDU a seguito di provvedimenti di affidamento extra familiare/dichiarazione di adottabilità/adozione del minore

• Secondo la giurisprudenza convenzionale, l'art. 8 CEDU impone che le autorità pubbliche che ordinino la presa in carico di un minore, con l'effetto di limitare la vita familiare con i suoi consanguinei, abbiano altresì l'obbligo positivo di adottare tutte le misure idonee allo scopo di agevolare la riunione della famiglia appena ciò sia realmente possibile, fin dall'inizio del periodo di presa in carico e con forza sempre maggiore, a meno che ciò non sia assolutamente contrario all'interesse superiore del minore, che dovrà essere adeguatamente ponderato in relazione al caso concreto.

• In base alla giurisprudenza della Corte EDU, appare di primaria importanza verificare se l'allontanamento del minore e, soprattutto, la definitiva rottura dei legami con la famiglia di origine si rendano effettivamente necessari in ragione della sussistenza di « circostanze del tutto eccezionali » (a questo specifico riguardo, si veda la rassegna di ipotesi offerta nella sentenza Corte EDU, Sez. I, *D.M. e N. c. Italia*, 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/19, par. 81), e non di difficoltà, anche rilevanti, superabili per mezzo di un'assistenza sociale mirata.

• La Corte ha rimarcato come la decisione di rompere il legame familiare debba essere preceduta da una valutazione seria e scrupolosa della capacità di esercitare il ruolo di genitore, da approfondire, ove necessario, mediante la disposizione di una perizia, e non fondata esclusivamente sulle relazioni dei servizi sociali.

• A questo proposito, la Corte ha ribadito che « deve essere data la preferenza a un sistema in cui il giudice nomina un perito o in cui le parti possono esse stesse chiamare a far testimoniare dei periti le cui constatazioni e conclusioni possano essere contestate e dibattute tra le parti dinanzi al giudice ».

• È importante che le autorità valutino la possibilità di applicare forme di adozione (es. c.d. adozione "mite") tali da non comportare la totale recisione dei legami con i genitori biologici.

VI.
IMMIGRAZIONE, DIRITTO D'ASILO, NON REFOULEMENT,
RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE
di *Cristina Correale* (*)

SOMMARIO: 1. Collocazione sistematica e natura del diritto di asilo. — 2. Articolo 8 della Convenzione – Diritto al rispetto della vita privata e familiare. — 2.1. Il concetto di vita privata e l'incidenza su apolidia, cittadinanza e residenza. — 2.2. Il concetto di vita familiare. — 2.2.1. Il concetto di vita familiare e l'incidenza su immigrazione, espulsione, ricongiungimento familiare. — 3. *Best interest of the child*, accertamento dell'età, trattenimento ed espulsione dei minori. — 4. Articolo 3 della Convenzione. Il principio di *non refoulement*. — 4.1. Torture e pene o trattamenti inumani o degradanti. — 4.2. Articolo 3 della Convenzione e trattenimento. — 4.3. Il principio di *non refoulement* e la sua applicazione in materia di protezione internazionale ed immigrazione. — 4.4. Principio di *non refoulement* e procedure di rimpatrio. — 4.5. *Non refoulement* ed estradizione.

1. Collocazione sistematica e natura del diritto di asilo

Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e nei suoi Protocolli di rado si menzionano espressamente gli “stranieri”, né tanto meno viene sancito espressamente il diritto di asilo, diversamente da quanto avviene della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che all'articolo 18 garantisce in modo espresso tale diritto. Nella CEDU il migrante non è tutelato in quanto tale, ma in quanto persona cui sono attribuiti diritti assoluti e fondamentali quali il diritto alla vita, quello inerente al divieto di trattamenti disumani o degradanti o il diritto alla vita privata e familiare.

Come regola generale, gli Stati hanno il diritto, in base al consolidato diritto internazionale e fatti salvi gli obblighi derivanti dai trattati, di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri, i cui diritti fondamentali andranno di volta in volta bilanciati con tale diritto degli Stati di operare scelte sovrane in materia di politica migratoria e di accesso al territorio nazionale.

(*) Magistrata presso il Tribunale di Napoli.

Il bilanciamento di tale diritto si è verificato per la prima volta nella causa *Soering c. Regno Unito* del 1989, allorquando la Corte EDU ha stabilito che l'estradizione del ricorrente poteva comportare la responsabilità dello Stato che aveva concesso l'estradizione, ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. A decorrere da tale momento la Corte ha costantemente ritenuto che l'allontanamento di uno straniero da parte di uno Stato contraente possa dare luogo a una questione rilevante ai sensi degli articoli 2 e 3 e comportare quindi la responsabilità di tale Stato secondo la Convenzione, qualora sussistano fondati motivi per ritenere che, qualora rimpatriata, la persona in questione, corra il rischio reale di subire trattamenti contrari agli articoli 2 e 3 nel Paese di destinazione. Nella sentenza *Saadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, n. 37201/06, Corte EDU, G.C., la Corte ha evidenziato il carattere assoluto del divieto di rimpatrio verso i paesi in cui vi è un rischio effettivo di subire torture. Il ricorrente, cittadino tunisino, condannato in contumacia nel suo paese a 20 anni di reclusione, perché membro di un'organizzazione terroristica, era stato altresì condannato in Italia per associazione a delinquere. Secondo la Corte il fatto che egli rappresentasse una minaccia per la comunità in Italia non riduceva il rischio cui sarebbe stato esposto in caso di rimpatrio, anche alla luce delle informazioni attendibili messe a disposizione delle ONG in materia di diritti umani in Tunisia. È stata perciò ritenuta la sussistenza di fondati motivi per ritenere che vi fosse un rischio effettivo per il ricorrente di subire trattamenti contrari all'articolo 3 CEDU in caso di rimpatrio in Tunisia. Nelle ipotesi riconducibili all'articolo 2 (rischio di perdere la vita) ed all'articolo 3 (rischio di tortura o pene o trattamento inumani o degradanti), la Corte ha ritenuto che l'allontanamento sia assolutamente vietato.

Come vedremo nel corso del presente capitolo, in altri casi la Corte EDU ha fatto riferimento, come parametro per il giudizio, all'osservanza del diritto al rispetto della vita privata e/o familiare dei migranti, garantito dall'articolo 8 della Convenzione, allorquando essi siano stati allontanati dal territorio di uno Stato contraente ovvero sia stato loro rifiutato l'ingresso nel medesimo.

2. Articolo 8 della Convenzione — Diritto al rispetto della vita privata e familiare

“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto 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.”

In questo paragrafo si affronteranno gli aspetti specifici della tutela dell'interesse alla vita privata e familiare con riguardo ai temi dell'immigrazione, del ricongiungimento familiare, di cittadinanza e apolidia.

L'articolo 8 tutela il rispetto di vita privata, vita familiare, domicilio e corrispondenza sia da un'ingerenza in tali diritti da parte di un'autorità pubblica, implicando così un obbligo negativo, sia in caso di violazione da parte di uno Stato contraente di obblighi positivi di tutela effettiva dei diritti medesimi, anche tra i privati. Il diritto al rispetto della vita familiare è tutelato anche dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La nozione di “vita privata” è molto ampia e comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona, il diritto allo sviluppo personale ed al mantenimento delle relazioni con altri soggetti e con il mondo esterno (*Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, Corte EDU). Nel caso *Omojudi c. Regno Unito* (24 novembre 2009, n. 1820/2009, Corte EDU) la Corte ha chiarito che è rilevante la totalità dei legami sociali tra i migranti stabilmente soggiornanti e la comunità in cui vivono, poiché ciò costituisce una esplicazione della vita privata ai sensi dell'art. 8 CEDU, indipendentemente dall'esistenza di una “vita familiare”.

Il paragrafo 2 dell'articolo 8 prevede due condizioni perché uno Stato possa legittimamente ingerirsi nella vita privata o familiare: 1) se ciò è necessario 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; 2) se le limitazioni sono “previste dalla legge” e “necessarie in una società democratica” per la tutela di uno degli obiettivi di cui al punto 1).

Nella valutazione della necessità dell'ingerenza nella vita privata e familiare, in una società democratica, la pubblica autorità, prima, ed il giudice, poi, — in caso di ricorso giurisdizionale- devono compiere un giudizio di bilanciamento tra gli interessi del ricorrente, tutelati dall'articolo 8, e gli interessi di terzi o della collettività, tutelati da altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli. Il bilanciamento dovrà prendere in considerazione gli elementi specifici del caso concreto.

Con riguardo al settore dell'immigrazione, la Corte ha più volte evidenziato che preliminarmente deve essere verificato se l'interferenza con un diritto protetto dall'art. 8 sia non solo necessaria in una società democratica, ma anche proporzionata rispetto allo scopo perseguito dallo Stato contraente, giudizio rispetto al quale gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità (*Slivenko v. Latvia*, 9 ottobre 2003, n. 48321/99, Corte EDU,

G.C, par. 113, *Boultif*, 2 agosto 2001, n. 54273/00, Corte EDU, par. 47), stante il diritto — conformemente al diritto internazionale consolidato — di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri.

Tale margine di apprezzamento appare rispettato, secondo la Corte, quando un giudice imparziale e indipendente ha il potere di riesaminare i fatti, applicando correttamente gli standard di tutela dei diritti umani prescritti dalla Convenzione e dalla giurisprudenza di Strasburgo e di operare un adeguato bilanciamento tra l'interesse personale del ricorrente a rimanere nello Stato contraente e l'interesse della collettività (*Otite c. Regno Unito*, 27 settembre 2022, n. 18339/19, Corte EDU). In tal caso la Corte ha concluso di non dover sostituire la valutazione effettuata dalle competenti autorità nazionali con la propria valutazione di merito (in particolare, la propria valutazione degli elementi fattuali relativi alla proporzionalità). L'unica eccezione a tale principio è possibile, secondo la Corte, quando è dimostrata la sussistenza di "valide ragioni" per procedere diversamente (*Ndidi c. Regno Unito*, 14 settembre 2017, n. 41215/14, Corte EDU, par. 76).

Per quanto concerne, infine, il rispetto da parte degli Stati contraenti degli obblighi negativi, la Corte, nel verificare se l'ingerenza risponde al principio di legalità, tiene conto non solo dell'osservanza del diritto interno, ma anche del rispetto dei principi dello Stato di diritto, sicché la legislazione nazionale deve essere chiara, prevedibile e adeguatamente accessibile.

2.1. *Il concetto di vita privata e l'incidenza su apolidia, cittadinanza e residenza*

Sebbene la Convenzione non preveda un diritto di acquisire una determinata cittadinanza, in alcune circostanze il rifiuto arbitrario della cittadinanza può sollevare una questione rilevante ai sensi dell'articolo 8, in quanto incide sulla vita privata (*Karassev c. Finlandia*, dec., n. 31414/96, Corte EDU 1999-II; *Slivenko e altri c. Lettonia*). Nel caso *Genovese c. Malta*, (11 ottobre 2011, n. 53124/09, Corte EDU) di diniego di cittadinanza maltese ad un minore nato fuori dal matrimonio da madre non maltese e padre maltese, la Corte ha ritenuto che ciò avesse ripercussioni sull'identità sociale del minore, tanto da costituire violazione dell'articolo 8 in combinazione con l'art. 14, in considerazione della natura discriminatoria ed arbitraria del rifiuto.

Anche la perdita della cittadinanza precedentemente acquisita può comportare ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare (*Ramadan c. Malta*, 17 ottobre 2016, Corte EDU, *K2 c. Regno Unito*, 7 febbraio 2017, dec. N. 42387/13, Corte EDU nel contesto di attività connesse al terrorismo): per determinare se tale ingerenza violi l'articolo 8 occorre esaminare due questioni, se la decisione di revocare la cittadinanza

sia stata arbitraria (criterio più stringente di quello della proporzionalità); e quali conseguenze abbia subito il ricorrente.

Sebbene l'articolo 8 non possa essere interpretato come se esso garantisca di per sé il diritto a un particolare tipo di permesso di soggiorno poiché la scelta del permesso spetta, in linea di massima, soltanto alle autorità interne (*Kaftailova c. Lettonia*, cancellazione, 7 dicembre 2007, n. 59643/00, Corte EDU, GC), tuttavia il permesso riconosciuto dalla pubblica autorità deve in ogni caso consentire al soggetto interessato di esercitare indisturbatamente il suo diritto alla vita privata e/o familiare (*B.A.C. c. Grecia*, 13 ottobre 2016, n. n. 11981/15, Corte EDU). In quest'ultimo caso, la Corte, ad esempio, ha riscontrato la violazione dell'articolo 8 poiché non era stata predisposta una procedura efficace e accessibile tale da consentire l'esame della domanda di asilo del ricorrente entro un termine ragionevole, per ridurre quanto più possibile la precarietà della sua situazione: eventuali limitazioni del diritto di risiedere in un Paese non devono, infatti, provocare ripercussioni sproporzionate sulla vita privata e/o familiare delle persone interessate (*Hoti c. Croazia*, 26 aprile 2018, n. n. 63311/14, Corte EDU). Inoltre, l'articolo 8 può comportare per gli Stati contraenti l'obbligo positivo di assicurare al ricorrente l'effettivo godimento della sua vita privata e/o familiare. Sempre nella causa *Hoti c. Croazia*, la Corte ha ravvisato la violazione da parte delle autorità nazionali del diritto di un immigrato apolide alla vita privata in quanto non avevano regolarizzato, per anni, il suo status di residente e lo avevano lasciato in una situazione di incertezza. Lo Stato non aveva adempiuto al suo obbligo positivo di assicurare una procedura effettiva e accessibile, che consentisse al ricorrente di ottenere una risposta alle domande di regolarizzazione del suo soggiorno e del suo status in Croazia, dove si era stabilito prima della dissoluzione della Jugoslavia, avendo i suoi genitori abbandonato molti anni prima l'Albania, in quanto rifugiati politici, per stabilirsi in Kosovo, e che tenesse debitamente conto dei suoi interessi relativi alla sua vita privata ai sensi dell'articolo 8 (gli stessi principi sono stati riaffermati di recente in *Sudita Keita c. Ungheria*, 12 maggio 2020, n. 42321/15, Corte EDU).

Il diritto ad un rimedio effettivo spetta senza dubbio anche in caso di immigrazione illegale: laddove si sia in presenza di doglianza non infondata, l'articolo 13, in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione, impone agli Stati di offrire all'interessato l'effettiva possibilità di impugnare l'espulsione o il diniego di un permesso di soggiorno e di far esaminare le questioni pertinenti con sufficienti garanzie procedurali e in modo approfondito da parte di un organo interno competente, che offra adeguate garanzie di indipendenza e imparzialità (*De Souza Ribeiro c. Francia*, 13 dicembre 2012, n. 22689/07, Corte EDU, GC; *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012, n. 40020/03, Corte EDU).

Secondo la Corte (*Khlaifia c. Italia*, 15 dicembre 2016, n. 16483/12, Corte EDU, GC), anche se ciò non implica il diritto ad un effetto sospensivo automatico in caso di ricorso contro una decisione di allontanamento; tuttavia, sussiste il diritto ad ottenere una sospensione in caso di rischio reale di violazione dei diritti garantiti dagli articoli 2 e 3 nel paese di destinazione. In particolare, la Corte in tale caso ha rimarcato le differenze con quello in precedenza citato (*De Souza Ribeiro c. Francia*) chiarendo che, per quanto riguarda gli allontanamenti di stranieri contestati sulla base di un dedotto pregiudizio alla vita privata o familiare, l'effettività non richiede che gli interessati dispongano di un ricorso con pieno diritto sospensivo. “*Rimane comunque il fatto che in materia di immigrazione, quando esiste un motivo di ricorso difendibile secondo il quale una espulsione rischia di pregiudicare il diritto dello straniero al rispetto della sua vita privata o familiare, l'articolo 13 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 esige che lo Stato fornisca alla persona interessata una possibilità effettiva di contestare la decisione espulsione o di rifiuto di un permesso di soggiorno e di ottenere un esame delle questioni pertinenti sufficientemente approfondito e che offra garanzie procedurali adeguate*”, ricorda la Corte, osservando che nel caso *De Souza Riberio c. Francia*, il motivo di ricorso “difendibile” del ricorrente era stato scartato con modalità rapide “se non addirittura sbrigative” (*Khlaifia c. Italia*, par. 280).

2.2. Il concetto di vita familiare

In numerose pronunce, la Corte EDU ha chiarito che il diritto al rispetto della vita familiare implica il diritto di vivere insieme affinché i rapporti familiari possano svilupparsi normalmente (*Marckx c. Belgio*, 13 giugno 1979, n. 683/74, seria A n. 31, Corte EDU) e i membri della famiglia possano godere della reciproca compagnia (*Olsson c. Svezia*, 27 novembre 1992, Serie A n. 250, Corte EDU). Conseguentemente, l'esistenza o meno di una “vita familiare” è una *questio facti* che dipende dalla reale e concreta esistenza di stretti legami personali (*Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, n. 25358/12 Corte EDU, GC); per esempio un dimostrabile interesse e impegno del padre nei confronti dei figli può ostare alla sua espulsione (*Otite c. Regno Unito*)⁽¹⁾. Nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* viene chiarito che il diritto

(1) Nel caso *Otite* la Corte EDU, in applicazione di tali principi, ha valutato in maniera recessiva l'importanza del legame del ricorrente con i figli, visto che costoro non avevano più avuto contatti con lui durante i quasi 5 anni di detenzione in carcere e che la famiglia era riuscita a districarsi in assenza del padre, anche grazie alla rete di supporto dei familiari della madre nel Regno Unito.

al rispetto della “vita familiare” presuppone l’esistenza di una famiglia o almeno di una relazione potenziale, ad esempio, tra un padre ed un figlio nato fuori dal matrimonio (*Nylund c. Finlandia*, dec. n. 27110/95, CEDU 1999-VI, Corte EDU), o di una relazione nata da un matrimonio non fittizio. La Corte, richiamati i precedenti nelle cause *Moretti e Benedetti c. Italia*, (27 aprile 2010, n. 16318/07, Corte EDU) e *Kopfe e Liberda c. Austria* (17 gennaio 2012, n. 1598/06, Corte EDU) in cui aveva ritenuto che esistesse una vita familiare tra i genitori affidatari che si erano presi cura del minore temporaneamente, pur in assenza di legame biologico e vista l’effettiva esistenza di legami personali, ha escluso nel caso in esame la sussistenza di una violazione del diritto alla vita familiare, valutati nell’insieme la qualità dei legami (tra cui l’assenza di alcun legame biologico con il minore), il ruolo rivestito dai ricorrenti nei confronti del minore e la breve durata della loro convivenza.

Di seguito si analizzeranno più specificamente le ricadute di tali principi con riferimento al tema dell’immigrazione, del ricongiungimento familiare e del trattenimento dei minori stranieri provenienti da Paesi terzi.

2.2.1. *Il concetto di vita familiare e l’incidenza su immigrazione, espulsione, ricongiungimento familiare*

In questa materia la Corte EDU ha più volte affermato che lo Stato, secondo il diritto internazionale e salvi gli obblighi derivanti da trattati, ha il diritto di controllare l’ingresso e il soggiorno degli stranieri nel suo territorio (*Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, Serie A n. 94; *Boujlifa c. Francia*, 21 ottobre 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI, Corte EDU). Nel contempo la Convenzione non garantisce il diritto del cittadino straniero e della sua famiglia di entrare e stabilirsi in un determinato Paese, sicché non vi è obbligo per le autorità interne di consentirne l’accesso e lo stabilirsi nel territorio nazionale (*Jeunesse c. Paesi Bassi*, 3 ottobre 2014, n. 12738/10, Corte EDU, GC).

La Corte EDU ha più volte evidenziato che non si può ritenere che l’articolo 8 imponga ad uno Stato contraente l’obbligo generale di rispettare la scelta del Paese in cui risiedere effettuata da una coppia coniugata, o di autorizzare il ricongiungimento familiare nel proprio territorio (*Jeunesse c. Paesi Bassi, Biao c. Danimarca*, 25 marzo 2014, n. 38590/10, Corte EDU, GC), poiché deve tenersi presente il margine di discrezionalità concesso agli Stati in materia di immigrazione.

Inoltre, è necessario distinguere le ipotesi in cui uno Stato contraente tollera semplicemente la presenza di uno straniero nel suo territorio, permettendogli in tal modo di attendere la decisione di una domanda di permesso di soggiorno, il ricorso avverso tale decisione o la definizione di una

nuova domanda di permesso di soggiorno, dalle cause concernenti “immigrati residenti”, ovvero, in relazione a persone cui è già stato formalmente riconosciuto il diritto di risiedere nel paese ospite. La successiva revoca di tale diritto, per esempio perché l’interessato è stato condannato per un reato, potrebbe costituire un’ingerenza nel suo diritto al rispetto della vita privata e/o familiare ai sensi dell’articolo 8. In tali casi si dovrà verificare se l’ingerenza è giustificata a norma del secondo paragrafo dell’articolo 8 e se è stato operato un corretto bilanciamento tra i motivi alla base della decisione delle autorità di revocare il diritto di soggiorno e i diritti della persona interessata di cui all’articolo 8 (*Jeunesse*, par. 104).

Qualora una causa riguardi uno straniero non residente che chieda di essere accolto, la portata dell’obbligo dello Stato di accogliere nel proprio territorio i congiunti di persone in esso residenti varia a seconda delle particolari circostanze in cui si trovano i soggetti interessati e dell’interesse generale della collettività (*Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, cit., *Gül c. Svizzera*, 19 febbraio 1996, n. 23218/94, *Ahmut c. Paesi Bassi*, 19 febbraio 1996, n. 21702/93; *Osman c. Danimarca*, 14 giugno 2011, n. 38058/09, *Berisha c. Svizzera*, 30 luglio 2013, n. 948/12, Corte EDU). I fattori di cui tener conto al fine di valutare correttamente l’interesse alla vita familiare ed operare il giudizio di bilanciamento in conformità all’art. 8 della Convenzione ed alla giurisprudenza di Strasburgo, nelle cause che riguardano la vita familiare e l’immigrazione, sono molteplici: in quale misura la vita familiare sarebbe effettivamente compromessa dall’allontanamento, la portata dei legami del ricorrente nello Stato contraente, l’esistenza di ostacoli insormontabili che non permettono che la famiglia viva nel Paese di origine di uno o più dei suoi membri, ma anche la sussistenza di fattori relativi al controllo dell’immigrazione (per esempio, precedenti violazioni della legislazione in materia di immigrazione) o considerazioni di ordine pubblico, che depongano a favore dell’esclusione (*Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi, Ajayi e altri c. Regno Unito*, (dec.), 22 giugno 1999, n. 27663/95, *Solomon c. Paesi Bassi*, (dec.), 5 settembre 2000, n. 44328/98, *Jibana ALI e altri c. Svizzera e Italia*, n. 30474/14) come la commissione di reati e la loro gravità. Deve tenersi conto, ad esempio, della natura e della gravità dei reati ascritti al ricorrente, della lunghezza del soggiorno nello Stato che ha disposto l’espulsione, del tempo decorso dopo la commissione del reato e della presenza di indici di integrazione, oltre che dell’effettività dei legami familiari (*Otite c. Regno Unito*, ricorso n. 18339/19; *Unuane c. Regno Unito*, ricorso n. 80343/17). Un altro dato rilevante è stabilire se la vita familiare sia stata creata in un momento in cui le persone interessate erano consapevoli del fatto che dato lo status di una di loro in ordine all’immigrazione era tale che la continuità di tale vita familiare nello Stato di accoglienza sarebbe stata

precaria fin dall'inizio (*Sarumi c. Regno Unito*, dec., 43279/98; *Shebashov c. Lettonia*, (dec.), 9 novembre 2000, n. 50065/99, Corte EDU). In una simile situazione, secondo la Corte, l'allontanamento del familiare non cittadino sarebbe incompatibile con l'articolo 8 soltanto in circostanze eccezionali (*Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, *Mitchell c. Regno Unito*; *Ajayi e altri c. Regno Unito*; *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*; *Biao c. Danimarca*, cit.). Per esempio, nella causa *Jeunesse c. Paesi Bassi* cit., la Corte ha concluso che le circostanze del caso della ricorrente erano effettivamente eccezionali, tenendo conto cumulativamente di diversi fattori, quali il fatto che tutti i membri della famiglia, ad eccezione della ricorrente, erano cittadini olandesi e risiedevano legalmente sul territorio; che la ricorrente, cittadina del Suriname, era stata già cittadina olandese sino al 1975, anno in cui il Suriname aveva ottenuto l'indipendenza; che la sua situazione era nota alle autorità olandesi e da esse era stata tollerata per ben sedici anni, nel corso dei quali ella aveva costruito legami familiari, affettivi e culturali nel territorio di residenza; e che pertanto bisognava tener conto anche delle pesanti conseguenze che un eventuale allontanamento della ricorrente avrebbe avuto sui figli. È importante, inoltre, che il processo di ricongiungimento familiare sia svolto in modo adeguatamente trasparente e senza indebiti ritardi (*Tanda-Muzinga c. Francia*, 10 luglio 2014, n. 2260/10, Corte EDU).

La Corte EDU in linea generale non ritiene sussistente “vita familiare” tra genitori e figli maggiorenni, o tra fratelli maggiorenni, salvo nel caso in cui essi possano dimostrare l'esistenza di ulteriori elementi di dipendenza diversi dai normali legami affettivi (*Kwakyee-Nti e Dufie c. Paesi Bassi* n. 31519/96; *Slivenko c. Lettonia*, (dec.) n. 48321/99, Corte EDU, GC, A.S. c. *Svizzera*, 30 giugno 2015, n. 39350/13, *Levakovic c. Danimarca*, 23 ottobre 2018, n. 7841/14, Corte EDU). Tuttavia, tali legami possono venire in rilievo sotto il diverso profilo della nozione di “vita privata”, laddove ad esempio la ricorrente abbia vissuto tutta la vita nel paese da cui dovrebbe essere espulsa, sin da quando aveva soltanto un mese, costruendo relazioni sociali, economiche e personali, per cui il rifiuto del permesso di soggiorno interferirebbe con il suo diritto alla vita privata ed alla casa (*Slivenko c. Lettonia* cit.).

In altre cause, riguardanti però giovani adulti che non si erano ancora formati una propria famiglia, la Corte ha ammesso che anche il loro rapporto con i genitori e gli altri prossimi congiunti costituisse vita familiare rilevante ai sensi dell'articolo 8, in considerazione del fatto che il ricorrente aveva tutti i legami familiari, culturali e sociali nello Stato contraente e nessun legame nel paese di origine, mentre la durata del divieto di reingresso era da considerarsi sproporzionata rispetto all'esigenza dello Stato di prevenzione del crimine e non necessaria in una società democratica, se comparata alla

giovane età del ricorrente, ancora minorenne al momento della commissione dei reati e della sua buona condotta nei 18 mesi successivi all'espiazione della pena ed antecedenti al rimpatrio (*Maslov c. Austria*, n. 1638/03, Corte EDU, GC).

Invero, si può ritenere che, sebbene inizialmente la Corte EDU fosse propensa a valutare più restrittivamente i casi di ammissione di stranieri, rispetto a quelli di espulsione, applicando quale criterio principale di bilanciamento quello della possibilità, per il migrante e per il suo nucleo familiare, di stabilirsi altrove (Sentenza *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, cit.), a partire dalla sentenza *Sen c. Paesi Bassi* (Corte Edu, 21 dicembre 2001, ric. n. 31465/96) la Corte ha applicato ai casi di ricongiungimento familiare sostanzialmente gli stessi *standard* utilizzati per dirimere il conflitto tra tutela della vita familiare e gestione dei flussi migratori nei casi di espulsione.

Nelle decisioni concernenti i minori, la Corte ha indicato che il loro interesse, sebbene non decisivo in assoluto, deve essere comunque e sempre tenuto in rilevante considerazione.

In particolare, nel caso *Uner c. Paesi Bassi* (n. 46410/99, Corte EDU, GC) la Corte ha chiarito che, nel valutare il superiore interesse del minore, bisogna prendere in considerazione anche il suo benessere, con particolare riferimento alle difficoltà che il minore incontrerebbe nel paese verso il quale sarebbe espulso unitamente al genitore, e la consistenza e solidità dei legami sociali, culturali e familiari nello Stato contraente e nel paese di destinazione.

Nel caso *Boultif* (2 novembre 2001, n. 54237/00, Corte EDU) la Corte ha inserito tra i criteri da prendere in considerazione, per verificare se una misura di espulsione sia necessaria in una società democratica e proporzionata rispetto alle esigenze di tutela di altri interessi, previste dalla legge, anche la situazione familiare del ricorrente, come ad esempio la lunghezza del matrimonio ed altri fattori rilevanti a stabilire l'effettività dei rapporti familiari, se il coniuge fosse a conoscenza della commissione di reati da parte del partner al momento dell'inizio della relazione, la presenza di figli e la loro età, le difficoltà che l'altro coniuge incontrerebbe a stabilirsi nello Stato verso cui dovrebbe attuarsi l'espulsione.

L'insieme di tutti questi fattori deve essere preso in considerazione nei casi di migranti stabiliti in un paese dal quale dovrebbero essere espulsi a seguito della commissione di un reato (*Unuane c. Regno Unito*, 24 febbraio 2021, n. 80343/17, Corte EDU). In tale pronuncia si chiarisce che, nel considerare la gravità dei reati all'interno del bilanciamento prescritto dall'art. 8 della Convenzione, non deve farsi mero riferimento all'entità della pena inflitta, ma anche alla natura ed alle circostanze del reato commesso dal ricorrente ed al loro impatto sulla collettività. Per questi motivi la Corte, in altri casi, ha ritenuto i reati correlati al traffico di droga come in cima allo

spettro della valutazione di gravità (*A.W. Khan c. Regno Unito*, n. 47486/06, *Dalia c. Francia*, 19 febbraio 1998, n. 26102/95, *Baghli c. Francia*, 30 novembre 1999, n. 34374/97, Corte EDU).

3. *Best interest of the child*, accertamento dell'età, trattenimento ed espulsione dei minori

La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Convention on the Rights of the Child - CRC), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991 con la Legge n. 176 prevede tra i suoi principi fondamentali che “*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*”. Nel suo Commento generale n. 1457 alla Convenzione sui diritti dell'infanzia, il Comitato sui diritti dell'infanzia definisce l'interesse superiore del minore come un concetto che combina tre diversi aspetti: *a)* un diritto sostanziale: il diritto del minore a che venga valutato il suo interesse superiore e che esso riceva considerazione preminente; *b)* un principio legale: il che significa che se una disposizione di legge è aperta a più di una interpretazione, deve essere scelta l'interpretazione che soddisfa più efficacemente l'interesse superiore del minore; *c)* una regola procedurale: ogni volta che viene presa una decisione che influenzerà un singolo minore, un gruppo di minori o i minori in generale, il processo decisionale deve includere una valutazione del possibile impatto (positivo o negativo) della decisione sul minore in questione.

L'interesse degli Stati a sventare i tentativi di eludere le norme in materia di immigrazione non deve, quindi, privare i minori stranieri, specialmente qualora non siano accompagnati, della protezione giustificata dal loro status (*Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, dec. 26 gennaio 2006, n. 13178/03), specialmente ove il rischio che il ricorrente tenti di sottrarsi alla vigilanza delle autorità sia minimo, sicché il suo trattenimento in una struttura chiusa per maggiorenni non era necessario. Una misura di trattenimento deve essere proporzionata al fine perseguito dalle autorità; se la misura riguarda una famiglia le autorità, nel valutare la proporzionalità, devono tener conto dell'interesse superiore del minore (*Popov c. Francia*, 19 gennaio 2012, nn. 39472/07 e 39474/07, Corte EDU).

Nel caso *Popov*, i ricorrenti, cittadini kazaki giunti in Francia nel 2000, avevano visto rigettate le loro domande volte a ottenere lo status di rifugiati e un permesso di soggiorno. Nell'agosto 2007 erano stati arrestati e trasferiti in un aeroporto per l'espulsione. Il volo era stato poi cancellato e l'espulsione

non aveva avuto luogo. I ricorrenti erano stati quindi trasportati in un centro di trattenimento con i loro due figli, dell'età di cinque mesi e tre anni, dove erano rimasti per quindici giorni. Un secondo volo era stato cancellato ed essi erano stati rimessi in libertà da un giudice. A seguito di una nuova domanda, era stato loro concesso lo status di rifugiati. La Corte EDU ha ritenuto che, benché i figli fossero stati alloggiati con i loro genitori in un'area riservata alle famiglie, la loro situazione particolare non era stata presa in debita considerazione e le autorità non avevano cercato di stabilire se potesse essere adottata una soluzione alternativa al trattenimento amministrativo, sicché non era stato propriamente tutelato il diritto dei minori alla libertà di cui all'articolo 5 CEDU ed il loro superiore interesse, riconosciuto — ricorda la Corte — anche dal diritto internazionale. È stata riscontrata la violazione anche dell'articolo 8, giacché l'interesse superiore del minore non tutela soltanto il diritto per i componenti della famiglia di poter stare insieme, ma anche l'obbligo positivo per le autorità di fare tutto il possibile per limitare la detenzione delle famiglie con figli minori e proteggere in concreto il diritto all'unità familiare.

La Corte ha ugualmente riscontrato la violazione dell'articolo 8 in due casi di trattenimento del nucleo familiare con figli minori in detenzione amministrativa, rispettivamente per diciotto e per nove giorni, durante i quali le autorità non avevano adottato alcuna misura necessaria all'esecuzione della decisione di espulsione e non sussisteva un particolare rischio di fuga (*A.B. e altri c. Francia*, 12 luglio 2016, 11593/12, *R.K. e altri c. Francia*, 23 marzo 2010, n. 45901/05, Corte EDU).

Nella causa *Bistieva e altri c. Polonia* (10 aprile 2018, n. 75157/14, Corte EDU), su ricorso presentato da una famiglia che era stata trattenuta in una struttura di sicurezza per cinque mesi, la Corte ha concluso che, pur alla luce del rischio che la famiglia potesse fuggire, essendosi spostata in Germania dopo il rigetto della domanda di asilo da parte delle autorità polacche, queste non avevano tuttavia fornito ragioni sufficienti a giustificare il trattenimento della famiglia per un periodo così lungo. Infatti, il trattenimento di minori richiede la maggiore rapidità e diligenza possibile da parte delle autorità, evidenzia la Corte.

Nel recente caso *N.B. e Altri c. Francia* (n. 49775/20, Corte EDU), relativo alla detenzione amministrativa di un minore di anni 8, la Corte ha ritenuto che la detenzione di tale minore, in condizioni di stress nel centro di detenzione, per una durata di quattordici giorni era stata eccessiva rispetto alle esigenze dell'articolo 3 della Convenzione. Il caso riguardava due ricorrenti, di nazionalità georgiana, che lasciavano il loro paese ed entravano illegalmente in Francia, ove l'Ufficio per la protezione dei rifugiati e degli apolidi (OFPRA) respingeva le richieste di asilo. Veniva perciò ordinato loro

di lasciare il paese, con un termine per la partenza volontaria. Poiché i ricorrenti non si conformavano spontaneamente alle misure, il prefetto disponeva la loro collocazione, insieme al figlio minorenne, in un centro di detenzione amministrativa. Benché il minore fosse accompagnato da entrambi i genitori durante la detenzione, tale circostanza non è stata considerata sufficiente per ritenere assolto l'obbligo positivo dell'autorità di proteggerlo e di adottare misure adeguate in virtù dell'articolo 3. Lo *status* di particolare vulnerabilità del minorenne è decisivo e deve prevalere sullo status di straniero irregolare del genitore. In ordine al criterio relativo all'età, un bambino di otto anni vanta sicuramente una posizione di particolare vulnerabilità. Nel complesso, le condizioni detentive del centro in cui il minore era stato accolto con i suoi genitori rappresentano, secondo la Corte, una fonte importante di stress e di ansia per un bambino piccolo, cui deve aggiungersi il tempo trascorso in detto centro: l'insieme di tali fattori, che singolarmente presi non sono di per sé sufficienti a soddisfare la soglia di gravità richiesta per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 3, può nel complesso determinare il superamento di suddetta soglia. Essa, invece, non risulta di per sé superata per quanto riguarda i genitori a causa dei maltrattamenti subiti dal figlio, in assenza di elementi individualizzanti. A tal fine, ricorda la Corte, occorre dimostrare l'esistenza di fattori particolari e aggiuntivi rispetto all'angoscia emotiva che, inevitabilmente, deriva in capo ai parenti della vittima di gravi violazioni: la vicinanza del rapporto parentale, le circostanze particolari del rapporto, la misura in cui il parente ha assistito agli eventi in questione, il modo in cui le autorità hanno reagito alle denunce dei ricorrenti. Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto non fondato il ricorso dei genitori, nella parte in cui lamentano sofferenze proprie nel centro di detenzione. La Corte EDU già nel caso di *M.D. e A.D. c. Francia* (22 luglio 2021, ricorso n. 57035/18) sempre relativo alla detenzione amministrativa di minori in vista dell'espulsione, richiamato l'articolo 3 della Convenzione, aveva evidenziato la necessità di prendere in considerazione i seguenti tre fattori: l'età dei minori, l'idoneità o meno dei locali per i loro bisogni specifici e la durata della detenzione.

Nel caso *Rahimi c. Grecia* (5 aprile 2011, n. 8687/08, Corte EDU) riguardante un minore afghano non accompagnato, che era stato trattenuto presso un centro per adulti e, successivamente, rilasciato senza ricevere dalle autorità alcuna assistenza relativamente all'alloggio, la Corte EDU ha concluso che le condizioni di trattenimento del ricorrente e la violazione da parte delle autorità dell'obbligo positivo di fornirgli assistenza in seguito al rilascio costituivano un trattamento degradante in contrasto con l'articolo 3. Infatti, la Corte attribuisce particolare rilievo al fatto che ci si trovi di fronte ad un minore non accompagnato. La Risoluzione del Consiglio dell'UE del 26

giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi, definisce minori stranieri non accompagnati (MSNA) i “*cittadini di paesi terzi di età inferiore ai 18 anni che giungono nel territorio degli Stati membri non accompagnati da un adulto per essi responsabile in base alla legge o alla consuetudine e fino a quando non ne assuma effettivamente la custodia un adulto per essi responsabile*” e i “*minori, cittadini di paesi terzi, rimasti senza accompagnamento successivamente al loro ingresso nel territorio degli Stati membri*”. L’individuazione dei MSNA (minori non accompagnati) come particolare gruppo sociale, appare legata alla maggior facilità con cui essi possono diventare vittime delle organizzazioni criminali che agevolano l’immigrazione clandestina, tanto che particolare considerazione è riservata ai MSNA nella direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in cui si sottolinea che “*È opportuno dedicare un’attenzione particolare ai minori non accompagnati vittime della tratta di esseri umani, in quanto la loro situazione di particolare vulnerabilità richiede assistenza e sostegno specifici*”, attraverso l’individuazione di misure di assistenza e sostegno (artt. 13- 16) tra cui la nomina di un tutore e o di un rappresentante del minore vittima della tratta a partire dal momento in cui il minore stesso è identificato dalle autorità.

Nel recentissimo caso *Darboe e Camara c. Italia* (21 luglio 2022, n. 5797/17, Corte EDU) la Corte ha condannato l’Italia per violazione dell’art. 8 non avendo le autorità interne agito con ragionevole diligenza e non avendo rispettato l’obbligo positivo di garantire il diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata, per esser stato il minore richiedente asilo sottoposto a procedura di accertamento dell’età non conforme alla sua condizione di minore. In particolare, i metodi applicati per la determinazione dell’età non sono stati ritenuti affidabili dalla Corte EDU ed inoltre, pur sussistendo elementi di dubbio, non era stato applicato dalle autorità italiane il principio della presunzione di minore età: era stato perciò violato il diritto al rispetto della vita privata dello straniero non accompagnato dichiaratosi minorenni, omettendosi in conseguenza anche di nominare un tutore ed impedendogli così di presentare domanda di protezione internazionale. La Corte EDU ha ritenuto sussistente anche la violazione dell’art. 3 CEDU poiché il minore era stato trattenuto per più di quattro mesi in un centro di accoglienza per adulti, inadatto alla sua condizione di minorenni e per di più sovraffollato e carente di alcuni servizi essenziali quali il riscaldamento, l’acqua calda e l’accesso alle cure mediche.

La Corte EDU ha ritenuto sussistente anche la violazione dell’art. 13 CEDU per non aver lo Stato italiano offerto al ricorrente nessun rimedio specifico, ai sensi del diritto interno, con cui potesse dolersi delle condizioni

di accoglienza e dell'erroneità del giudizio di accertamento dell'età. Per completezza, si evidenzia che il caso all'esame della Corte si era verificato prima dell'entrata in vigore della legge n. 47/2017 (la c.d. legge Zampa), che ha compiutamente disciplinato l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, prevedendo una procedura multidisciplinare, durante la quale il minore è assistito da un mediatore culturale ed ha diritto a ricevere informazioni in ordine al « tipo di esami a cui deve essere sottoposto, [a]i possibili risultati attesi e [a]lle eventuali conseguenze di tali risultati, nonché di quelle derivanti dal suo eventuale rifiuto di sottoporsi a tali esami ». In caso di permanenza di dubbi sulla minore età « questa si presume ad ogni effetto di legge ».

4. Articolo 3 della Convenzione. Il principio di *non refoulement*

4.1. *Torture e pene o trattamenti inumani o degradanti*

L'art. 3 della Cedu sancisce il divieto assoluto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, prevedendo che: “*Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti*”, da ritenersi così uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti è un valore di civiltà strettamente connesso al rispetto della dignità umana. A differenza della maggior parte delle clausole sostanziali della Convenzione, l'articolo 3 è inderogabile, non essendo consentita alcuna eccezione, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2 della Convenzione, neanche in caso di emergenza pubblica che minacci la vita della nazione (*Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015, n. 23380/09, Corte EDU, GC).

Anche nelle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, la Convenzione vieta in termini assoluti la tortura e le pene o trattamenti inumani o degradanti, indipendentemente dalla condotta dell'interessato (si vedano, tra le altre, Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 1996, n. 22414/93, par. 79, *El-Masri c. Repubblica di Jugoslavia*, 13 dicembre 2012, n. 39630/09, *Georgia c. Russia* 21 gennaio 2021, n. 38263/08, GC, e *Svinarenko e Slyadnev c. Russia*, 17 luglio 2014, nn. 32541/08 e 43441/08) o dalla natura del reato ascritto (*Ramirez Sanchez c. Francia*, 4 luglio 2006, n. 59450/00, GC, e *Gäfgen c. Germania* 1° giugno 2010, n. 22978/05, GC). Non è inoltre necessario dimostrare una persecuzione per una delle ragioni di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951 poiché, come si vedrà più approfonditamente in seguito, il principio di non refoulement elaborato dalla Corte EDU, sulla scorta dell'art. 3, è più ampio di quello previsto dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra.

L'articolo 3 impone agli Stati un obbligo negativo di astensione dall'infliggere torture o pene e trattamenti inumani o degradanti, ma la Corte ha in più occasioni precisato che da esso derivano anche obblighi positivi sostanziali e procedurali, in primis l'obbligo di predisporre un quadro legislativo e regolamentare di tutela; in secondo luogo, in determinate circostanze legate al caso concreto, l'obbligo di adottare misure specifiche per proteggere determinate persone dai rischi di tortura o trattamenti e pene inumane o degradanti; in terzo luogo, l'obbligo procedurale di svolgere indagini effettive in caso di denuncia non infondata di simili trattamenti (Corte EDU, *O'Keeffe c. Irlanda* 28 gennaio 2014, n. 35810/09, par. 144, GC; *X e altri c. Bulgaria* 2 febbraio 2021, GC).

Tortura

La tortura è definita dalla Corte EDU come *jus cogens* alla luce del diritto internazionale.

Si caratterizza per il livello particolarmente elevato di sofferenza fisica o mentale che provoca e per la crudeltà del trattamento inflitto: in questo si differenzia dalle pene o trattamenti inumani o degradanti. Talvolta la Corte ha dato rilievo anche ai motivi per i quali le torture sono perpetrate, come ad esempio per estorcere una confessione o delle informazioni o infliggere una punizione (Corte EDU, *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999, n. 25803/94, GC, *Salman c. Turchia*, 27 giugno 2000, GC, n. 21986/93, *Al Nashiri c. Polonia* 24 luglio 2014, n. 28761/11, *Petrosyan c. Azerbaijan*, 4 novembre 2021, n. 32427/16).

La stessa distinzione, operata all'articolo 3 CEDU tra tortura e trattamenti o pene inumane o degradanti, si ritrova nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984.

Trattamenti o pene inumani o degradanti

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte EDU, la gravità dei maltrattamenti, per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, deve essere di un certo rilievo. La valutazione è relativa e dipende dalle circostanze del caso concreto, come la durata del trattamento, i suoi effetti fisici o mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima (Corte EDU, *Muršić c. Croazia*, 20 ottobre 2016, n. 7334/13, GC). Sul livello di gravità incidono anche il motivo alla base dei maltrattamenti o la sua intenzionalità (Corte EDU, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, n. 26772/95, GC), così come il contesto in cui le violazioni si sono verificate e l'eventuale vulnerabilità della vittima o la sua posizione di inferiorità, ad esempio nel caso in cui i maltrattamenti siano perpetrati dal pubblico ufficiale che ha in carico la persona.

Nella causa *Paposhvili c. Belgio*, 13 dicembre 2016, n. 41738/10, GC, la Corte EDU ha sintetizzato e spiegato i principi pertinenti per stabilire

quando, qualora si consideri l'espulsione di persone gravemente inferme, le considerazioni umanitarie prevalgono o meno su altri interessi.

Il ricorrente, di nazionalità georgiana, aveva ricevuto un decreto di espulsione e un divieto di reingresso in Belgio per dieci anni per motivi di interesse pubblico, legati alla sussistenza di alcune condanne penali. Durante la detenzione gli erano state diagnosticate gravi patologie, per le quali era stato curato. Va premesso che, diversamente dalla situazione di imminenza del decesso esaminata nella causa *D. c. Regno Unito* (Corte EDU, 2 maggio 1997, n. 30240/96), nella successiva sentenza relativa alla causa *N. c. Regno Unito*, (27 maggio 2008, n. 26565/05, GC) la Corte ha fatto riferimento ad "altri casi assolutamente eccezionali" che possono dare luogo, in taluni contesti, a una questione rilevante ai sensi dell'articolo 3. In effetti nella causa *Paposhvili c. Belgio* cit., la Grande Camera ha ravvisato proprio la sussistenza di "altri casi assolutamente eccezionali" ostativi al rimpatrio, in ossequio all'art. 3 della CEDU, in presenza di "*situazioni che comportano l'allontanamento di una persona gravemente inferma, qualora sia dimostrata l'esistenza di fondati motivi per ritenere che la stessa, sebbene non in imminente pericolo di vita, corra un rischio reale, a causa dell'assenza di cure adeguate nel Paese di destinazione o della mancanza di accesso a tali cure, di essere esposta a un declino grave, rapido e irreversibile delle sue condizioni di salute comportante intense sofferenze, o a una significativa riduzione dell'aspettativa di vita*" (par. 183). La Grande Camera ha inoltre chiarito, sotto il profilo procedurale che, sebbene i ricorrenti debbano addurre prove "*in grado di dimostrare l'esistenza di fondati motivi per ritenere*" che essi sarebbero esposti a un rischio reale di trattamento contrario all'articolo 3, essi non sono comunque tenuti a fornire una prova evidente delle loro affermazioni. Qualora tali elementi siano stati adottati, spetterà allo Stato che ha disposto l'allontanamento dissipare gli eventuali dubbi emersi. Le conseguenze dell'allontanamento sulle persone interessate devono essere valutate comparando le condizioni di salute anteriori all'allontanamento con la loro presumibile evoluzione successivamente ad esso. A tale proposito la Corte ha prescritto che lo Stato valuti tra l'altro: (a) se le cure generalmente disponibili nello Stato di destinazione "*fossero sufficienti e adeguate in pratica per trattare la patologia del ricorrente in modo da impedire che fosse esposto a un trattamento contrario all'articolo 3*", sebbene il parametro di riferimento non sia il livello delle cure disponibili nello Stato che dispone l'allontanamento; (b) in quale misura persona avrebbe effettivamente accesso a tali cure nello Stato di destinazione (considerando fattori rilevanti come le spese da affrontare, l'esistenza di una rete sociale e familiare di supporto e la distanza da percorrere per accedere alle cure necessarie). Qualora persistano "seri dubbi" sulle conseguenze dell'allontanamento per la persona interessata, le autorità dovrebbero otte-

nere, quale condizione preliminare, “assicurazioni specifiche e sufficienti” dallo Stato di destinazione circa la disponibilità di cure idonee e accessibili alla persona interessata. La proposta di espulsione di una persona affetta da grave infermità verso il suo Paese di origine, in presenza di dubbi circa la disponibilità di adeguate cure mediche, può violare, secondo la Corte, non solo l'articolo 3 ma anche l'articolo 8 Cedu.

Va sottolineato che la Corte EDU ha ritenuto la sussistenza di trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 3 in alcuni casi nei quali la casa ed i beni dei ricorrenti erano stati intenzionalmente distrutti dalle forze di sicurezza ed essi erano rimasti perciò privi di mezzi di sussistenza per sé e la propria famiglia, tanto da dover abbandonare il villaggio (Corte EDU, *Selçuk e Asker c. Turchia*, 24 aprile 1998, ricorsi nn. 23184/94, 23185/94, *Dulas c. Turchia*, 17 luglio 2001, n. 25801/94; *Bilgin c. Turchia*, n. 25659/94, 17 ottobre 2001).

Il trattamento o la pena che umiliano o svisiscono un individuo, mostrando mancanza di rispetto per la sua dignità umana, o diminuzione della stessa o che suscitano sentimenti di paura, angoscia o inferiorità capaci di infrangere la resistenza morale e fisica di un individuo sono ritenuti, nella giurisprudenza della Corte EDU, degradanti. La sofferenza e l'umiliazione, che essi implicano, devono in ogni caso andare oltre l'elemento inevitabile di sofferenza e umiliazione che deriva dal trattamento legittimo o dalla punizione (*Soering contro il Regno Unito*, cit. par. 100).

Nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* cit., la Corte ha ravvisato una violazione dell'articolo 3 CEDU in relazione non solo alle condizioni di trattenimento del ricorrente, ma anche alle condizioni generali di accoglienza in Grecia. Il ricorrente era un richiedente asilo afgano. Le autorità greche erano venute a conoscenza della sua identità e del fatto che, dal suo arrivo ad Atene, era un potenziale richiedente asilo. Egli era stato immediatamente trattenuto senza spiegazioni. Gli organismi internazionali e le ONG avevano predisposto vari rapporti riguardanti il trattenimento sistematico dei richiedenti asilo da parte delle autorità greche. Le asserzioni del ricorrente circa le brutalità subite da parte della polizia erano in linea con le testimonianze raccolte da organizzazioni internazionali, in particolare il CPT. Le conclusioni cui erano pervenute il CPT e l'ACNUR avevano confermato le doglianze del ricorrente circa le condizioni sanitarie non soddisfacenti e il sovraffollamento nel centro di trattenimento vicino all'aeroporto internazionale di Atene. Benché il ricorrente fosse stato trattenuto per un periodo relativamente breve, le condizioni di trattenimento nel centro erano risultate inaccettabili. La Corte EDU ha ritenuto che il ricorrente dovesse aver provato un senso di arbitrarità, inferiorità e ansietà, tale che le condizioni di trattenimento avevano indubbiamente avuto un profondo impatto sulla sua dignità, venendo a

configurarsi pertanto un trattamento degradante. Inoltre, essendo un richiedente asilo, il ricorrente era particolarmente vulnerabile in considerazione della sua migrazione e delle esperienze traumatiche probabilmente riportate. La Corte ha, pertanto, concluso per una violazione dell'articolo 3 CEDU.

4.2. *Articolo 3 della Convenzione e trattamento*

La Corte EDU sin dalla nota sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, GC, 21 gennaio 2011, n. 30696/09, ha affermato che le difficoltà derivanti dal crescente flusso di migranti e di richiedenti asilo negli Stati situati ai confini dell'Unione europea non può esonerare uno Stato dall'ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 3 CEDU. Per tale motivo, condizioni di detenzione deprecabili sono equiparabili a trattamenti inumani e degradanti. Infatti, la sensazione di aver subito un arbitrio, il sentimento d'inferiorità e di angoscia che vi sono spesso associati, la consapevolezza di essere violati nella propria dignità, sentimenti provocati da tali condizioni di detenzione, costituiscono un trattamento degradante. Inoltre, in taluni casi il danno può ritenersi accentuato dalla vulnerabilità insita nella qualità di richiedente asilo. La sentenza in esame si rivela interessante anche per aver affermato il principio della responsabilità dello Stato membro (il Belgio) che ha effettuato il trasferimento in applicazione del regolamento Dublino. Infatti, tenuto conto che i rapporti degli organismi internazionali sono concordi nel rilevare le difficoltà pratiche che pone in Grecia l'applicazione del Regolamento di Dublino ed in considerazione degli avvertimenti inviati al governo belga dall'Alto commissariato ONU per i rifugiati, i problemi della procedura greca per la concessione dell'asilo dovevano essere ben chiari alle autorità belghe nel momento in cui queste hanno emanato l'ordine di espulsione. Il Belgio ha ordinato l'espulsione sul solo fondamento di un accordo tacito con le autorità greche e ha proceduto all'esecuzione di questa misura senza che queste avessero fornito nel frattempo la minima garanzia individuale. La Corte ha perciò concluso che le autorità belghe non avrebbero dovuto accontentarsi di presumere che il ricorrente sarebbe stato trattato conformemente alle garanzie previste dalla Convenzione, ma avrebbero dovuto verificare come nella prassi la Grecia applicasse la legislazione in materia di asilo. Circa la decisione delle autorità belghe di esporre il ricorrente alle condizioni di detenzione e di vita esistenti in Grecia, ritenute degradanti le condizioni in cui il ricorrente è stato detenuto e ha vissuto in Grecia ed essendo dette circostanze ben conosciute e comunque verificabili sulla base di numerose fonti prima del trasferimento, la Corte ha pertanto concluso che, trasferendo il richiedente in Grecia, le autorità belghe lo avessero consapevolmente esposto a condizioni che costituiscono un trattamento degradante, ravvisando la violazione dell'art. 3 anche da parte del Belgio.

I principi affermati nella sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* sono stati da ultimo ribaditi nella recentissima sentenza *J.A. e altri c. Italia*, 30 marzo 2023, n. 21329/18, relativa al caso di un gruppo di cittadini tunisini che, dopo essere stati salvati da una nave nel Mar Mediterraneo, erano stati portati in salvo a Lampedusa e lì trattenuti per 10 giorni in un *hotspot* in condizioni deprecabili e senza poter uscire dal centro, peraltro in assenza di un provvedimento formale di trattenimento, per poi essere rimpatriati in Tunisia senza aver ricevuto adeguate informazioni sulla procedura di rimpatrio e sui rimedi per contestare lo stato di detenzione *de facto*. La Corte ha ritenuto, sulla scorta dei reports del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, del Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura (CAT) e del Comitato europeo per la prevenzione della tortura che la situazione del cd. hot spot di Lampedusa fosse critica e presentasse problemi strutturali irrisolti da lungo tempo, costringendo i migranti a vivere in condizioni di sovraffollamento e di carenze gravi di servizi. Riaffermato il carattere assoluto dell'art. 3 e l'ininfluenza delle difficoltà connesse all'arrivo massiccio di migranti e richiedenti asilo sul dovere degli Stati di rispettare le obbligazioni derivanti da tale previsione, già affermati in *MSS c. Belgio e Grecia* e in *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (Corte EDU, 23 febbraio 2012, n. 27765/09, GC) la Corte ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU, equiparando le condizioni del trattenimento nell'*hotspot* ai trattamenti inumani e degradanti.

La sentenza in esame ha altresì riscontrato la violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 5 CEDU poiché, pur essendo il trattenimento nell'*hotspot* di Lampedusa di fatto equiparabile alla detenzione, viste le limitazioni consistenti alla libertà di movimento dei migranti, ai ricorrenti non erano state riconosciute le garanzie spettanti in caso di restrizione alla libertà personale tra cui, in primis, il diritto ad un provvedimento motivato, il diritto a conoscere la durata massima prestabilita del trattenimento ed i rimedi giurisdizionali per impugnarlo. Sotto questo aspetto la Corte ha rilevato che la legislazione vigente non individua gli *hotspot* come centri di detenzione (CIE) ma come punti di crisi e centri di smistamento, sicché il trattenimento nell'*hotspot* per 10 giorni, per le sue peculiari caratteristiche, era da ritenersi contrario anche all'art. 5 per la privazione illegittima della libertà personale. Da ultimo, si è evidenziato che la sentenza è importante anche perché la Corte ha ritenuto altresì sussistente la violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 poiché le posizioni dei singoli ricorrenti non erano state valutate in modo individuale prima dell'adozione dei provvedimenti di respingimento da parte dell'autorità, che in tal modo aveva emesso provvedimenti equiparabili ad una espulsione collettiva vietata dal Protocollo 4, confermando il proprio orientamento in tema di divieto di espulsioni collettive e di obbligo degli Stati contraenti di condurre un esame individuale delle domande di asilo.

4.3. *Il principio di non refoulement e la sua applicazione in materia di protezione internazionale ed immigrazione*

La Corte di Strasburgo, tramite la sua giurisprudenza, ha fatto derivare dall'art. 3 CEDU il principio di *non-refoulement*, sancendone la natura assoluta e inderogabile. La Corte EDU proibisce il *refoulement* non solo laddove vi siano fondati motivi di ritenere che l'individuo correrebbe un rischio effettivo di subire tortura o trattamenti o pene inumane o degradanti ⁽²⁾, ma anche in presenza del rischio effettivo di condanna a morte (articolo 2, CEDU in combinato disposto con i Protocolli 6 e 13) ⁽³⁾, schiavitù (articolo 4, CEDU), violazioni gravi del diritto alla libertà e alla sicurezza (articolo 5, CEDU) ⁽⁴⁾ e flagrante diniego di giustizia (articolo 6, CEDU) ⁽⁵⁾.

Per quanto concerne in particolare l'applicazione del principio di *non-refoulement* nelle procedure relative alle domande di protezione internazionale, va in primis evidenziato che esso costituisce una garanzia essenziale e fondamentale per tutta la durata della procedura. In particolare, garantisce che i richiedenti asilo non siano inviati in paesi in cui la loro vita o la loro libertà possano essere minacciate per motivi legati alla razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale od opinioni politiche o nei quali correrebbero il rischio effettivo di subire tortura o pene e trattamenti inumani o degradanti. Esso assicura, inoltre, il diritto dei richiedenti di rimanere nel paese ospitante all'atto della presentazione di una domanda di protezione internazionale, durante le procedure "Dublino" e successivamente, sino alla decisione dell'autorità accertante. Costituisce, inoltre, il fondamento della regola generale secondo cui gli Stati membri devono permettere ai richiedenti la protezione internazionale di rimanere all'interno del territorio fino a che non sia scaduto il termine per esercitare il diritto al ricorso e, una volta che l'abbiano esercitato, sino all'esito del ricorso, in modo che sia garantito in concreto il diritto al rimedio effettivo. Il principio di non respingimento, inoltre, costituisce un limite ai rimpatri di cittadini di paesi terzi, il cui soggiorno è irregolare, verso il loro paese di origine; in tale

⁽²⁾ Vds. ad esempio, la sentenza del 7 luglio 1989, *Soering/Regno Unito*, ricorso n. 14038/88 (sul fenomeno del braccio della morte come forma di pena o trattamento inumano o degradante); sentenza del 28 giugno 2011, *Sufi ed Elmi/Regno Unito*, ricorsi nn. 8319/07 e 11449/07 (sul concetto di violenza generalizzata).

⁽³⁾ Cfr. in particolare Corte EDU, sentenza del 2 marzo 2010, *Al-Saadoon and Mufdhi/Regno Unito*, ricorso n. 61498/08.

⁽⁴⁾ Cfr. ad esempio, Corte EDU, sentenza del 10 aprile 2012, *Babar Ahmad e altri/Regno Unito*, ricorsi nn. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09; Corte EDU, *Qatada/Regno Unito*.

⁽⁵⁾ Cfr. Corte EDU, *Qatada/Regno Unito*.

tutela sono inclusi sia i potenziali richiedenti, sia quei richiedenti protezione internazionale la cui domanda sia stata respinta, qualora vi siano fondati motivi per ritenere che il soggetto sarebbe esposto ad un rischio effettivo per la sua vita o libertà e sicurezza, ovvero al rischio di subire torture o trattamenti crudeli, disumani o degradanti ⁽⁶⁾.

Con specifico riferimento alle procedure “Dublino”, il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del regolamento Dublino III può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l’interessato subisca trattamenti inumani o degradanti” ⁽⁷⁾. Il principio di *non-refoulement* derivante dall’articolo 4 della Carta UE dei diritti fondamentali e dell’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo prevede il divieto assoluto di trasferimento verso un altro Stato membro, qualora detto trasferimento esponga la persona interessata al rischio di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti ⁽⁸⁾. La CGUE ha evidenziato che l’articolo 3 della Convenzione e l’articolo 4 della Carta UE corrispondono ed hanno lo stesso significato ⁽⁹⁾. Pertanto, la “*giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’articolo 3 della CEDU, [...] deve essere presa in considerazione per interpretare l’articolo 4 della Carta*”. Sono quindi proibiti tutti i trasferimenti Dublino che comportino un rischio reale che l’interessato subisca trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell’articolo 4 della Carta, ovvero dell’art. 3 della CEDU. Il rischio di violazione dell’articolo 4 della Carta UE dei diritti fondamentali deve essere valutato in modo completo su base individuale, in linea con la giurisprudenza della Corte EDU ⁽¹⁰⁾. Tale rischio include sia respingimento diretto e indiretto (“a catena”) ⁽¹¹⁾, sia il rischio derivante dal trasferimento stesso ⁽¹²⁾. Nella sentenza *CK e a. c. Slovenia*, 16 febbraio 2017,

⁽⁶⁾ Cfr. Corte EDU, sentenza del 15 novembre 1996, Grande Sezione, *Chahal/Regno Unito*, ricorso n. 22414/94, punti 79 e 80; sentenza del 28 febbraio 2008, Grande Sezione, *Saadi/Italia*, ricorso n. 37201/06, punto 127; Corte EDU, sentenza del 17 gennaio 2012, *Omar Othman (Abu Qatada)/Regno Unito*, ricorso n. 8139/09.

⁽⁷⁾ CGUE, *CK e a.*, punti 65, 92 e 93.

⁽⁸⁾ Cfr. Corte EDU, GC, sentenza del 21 gennaio 2011, *MSS/Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, e CGUE, *N.S. e a.*

⁽⁹⁾ Cfr. CGUE, *CK e a.*, punto 67: “Infatti, occorre ricordare che il divieto di trattamenti inumani o degradanti previsto dall’articolo 4 della Carta corrisponde a quello previsto dall’articolo 3 della CEDU e, in tal misura, il suo senso e la sua portata sono, conformemente all’articolo 52, paragrafo 3, della Carta, gli stessi che conferisce detta convenzione”.

⁽¹⁰⁾ CGUE, *CK e a.*, in cui la Corte fa ampio riferimento alla giurisprudenza applicabile della Corte EDU.

⁽¹¹⁾ Cfr. in particolare Corte EDU, *MSS/Belgio e Grecia*.

⁽¹²⁾ Cfr. CGUE, *CK e a.*

C-578/16, la CGUE ha stabilito che una condizione speciale di salute può essere rilevante in sede di valutazione, pervenendo ad una soluzione in linea con la sentenza *Paposhvili* della Corte EDU. In particolare, nella causa CK la CGUE ha chiarito che: se un “*un disturbo mentale o fisico particolarmente grave comportasse il rischio concreto e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell’interessato, tale trasferimento costituirebbe un trattamento inumano e degradante ai sensi*” dell’articolo 4 della Carta ⁽¹³⁾.

Può configurarsi una violazione dell’articolo 3 della Convenzione (o rispettivamente dell’articolo 4 della Carta) anche nell’ipotesi in cui non sia possibile avere accesso alle procedure di asilo nello Stato membro competente. Per esempio, nella causa *MSS/Belgio e Grecia*, la Corte EDU ha rilevato una violazione da parte della Grecia e del Belgio dell’articolo 13, in combinato disposto con l’articolo 3 della Convenzione, poiché non era stato assicurato l’accesso a numerosi soggetti provenienti da paesi terzi ad una procedura di asilo equa ed efficiente ⁽¹⁴⁾. In particolare, la Corte ha concluso che, a causa della mancata applicazione da parte della Grecia della legislazione in materia di asilo e delle importanti carenze strutturali nell’accesso alla procedura di asilo e ai mezzi di ricorso, non vi erano garanzie efficaci che tutelassero il richiedente dall’allontanamento arbitrario verso l’Afghanistan, paese nel quale rischiava di subire maltrattamenti. Secondo la Corte il ricorrente non aveva ricevuto informazioni su come accedere alle organizzazioni che offrono assistenza e consulenza legale, nonostante il ricorrente non disponesse dei mezzi necessari per pagare un avvocato in Grecia, dove era stato rimpatriato. Questa situazione, aggravata dalla mancanza di avvocati che prestassero gratuito patrocinio, aveva reso l’intero sistema greco del gratuito patrocinio inefficace nella pratica. Riguardo al Belgio, la procedura d’impugnazione di un trasferimento Dublino verso la Grecia non era conforme ai requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte EDU per i casi in cui l’espulsione in un altro paese potrebbe esporre una persona a un trattamento contrario all’articolo 3 CEDU, e specificatamente al requisito di un esame attento e rigoroso dei ricorsi.

Sotto altro profilo la Corte EDU, nella sentenza *Tarakbel c. Svizzera* ha statuito che incombeva sulle autorità svizzere l’obbligo di ottenere specifiche garanzie individuali dalle controparti italiane al fine di prevenire la violazione dell’articolo 3 della CEDU nell’esecuzione del trasferimento di otto cittadini

⁽¹³⁾ Cfr. CGUE, *CK e a.*, e il suo riferimento alla sentenza del 13 dicembre 2016 della Grande sezione della Corte EDU, *Paposhvili v Belgium*, ricorso n. 41738/10, punto 74.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *MSS/Belgio e Grecia*.

afgani dalla Svizzera all'Italia ⁽¹⁵⁾. La Corte ha basato il suo giudizio sullo stato del sistema di accoglienza in Italia, riguardo al quale ha osservato che “*l'ipotesi che un numero significativo di richiedenti asilo trasferiti verso quel paese possano ritrovarsi privi di alloggio o alloggiati in strutture sovraffollate prive di privacy, o addirittura in condizioni insalubri o esposti a violenza, non è priva di fondamento*”. Alla luce di tale circostanza, la Corte ha sottolineato che le autorità svizzere erano tenute a “*ottenere rassicurazioni dalle corrispondenti autorità italiane del fatto che all'arrivo in Italia i richiedenti saranno ospitati in strutture e in condizioni adatte all'età dei minori, e che la famiglia resterà unita*”. Il Tribunale federale amministrativo svizzero ha statuito che tali garanzie devono essere considerate un prerequisito per una decisione di trasferimento, e pertanto devono essere ottenute prima dell'adozione della decisione e del suo riesame da parte della corte o del tribunale competente a livello nazionale. Pertanto, la mera assenza di tali garanzie era da considerarsi di per sé sufficiente a rendere la decisione di trasferimento Dublino illecita e impugnabile dal richiedente.

4.4. *Principio di non refoulement e procedure di rimpatrio*

Il principio di non refoulement vincola gli Stati nelle procedure di rimpatrio non solo nei confronti dei soggetti che abbiano richiesto la protezione internazionale, la cui domanda sia stata respinta, ma anche nei confronti dei cittadini di paesi terzi che non abbiano mai richiesto la protezione internazionale e che si trovino nello Stato in condizione di irregolarità.

La Corte ritiene che, quando una persona abbia presentato un ricorso avverso il rigetto della sua domanda di asilo, il ricorso deve poter produrre un effetto sospensivo automatico quando l'esecuzione di un provvedimento di rimpatrio nei suoi confronti può avere effetti potenzialmente irreversibili e contrari all'articolo 3. In particolare, nel caso *Gebremedhin c. Francia* (26 aprile 2007, n. 25389/05, GC) la Corte EDU ha ritenuto che le asserzioni del ricorrente riguardo al rischio di maltrattamenti in Eritrea fossero sufficientemente credibili e dunque tali da rendere la sua pretesa “sostenibile” ai sensi dell'articolo 3 CEDU. Il ricorrente poteva pertanto invocare l'articolo 13 in combinato disposto con l'articolo 3, che impongono che i cittadini stranieri abbiano accesso a un ricorso con effetto sospensivo avverso una decisione di allontanamento in un paese in cui vi sia un motivo reale di ritenere che essi corrano il rischio di subire trattamenti contrari all'articolo 3. Nei confronti dei richiedenti asilo che avevano dichiarato di correre tale rischio e cui era già

(15) Corte EDU, *Tarakbel/Svizzera*, 4 novembre 2014, n. 29217/12, GC.

stato accordato il permesso di entrare nel territorio francese, il diritto francese prevedeva una procedura che soddisfaceva alcuni di questi requisiti. Tale procedura, tuttavia, non trovava applicazione nei confronti di coloro che avevano dichiarato di correre tale rischio alla frontiera, all'arrivo in aeroporto. Per poter presentare una domanda di asilo, i cittadini stranieri dovevano trovarsi sul territorio francese. Se, invece, si fossero presentati alla frontiera, non avrebbero potuto presentare la domanda, salvo che fosse stato prima dato loro il permesso di entrare nel paese. Tuttavia, se non avevano con sé i documenti necessari per farlo, dovevano presentare una richiesta di autorizzazione a entrare nel paese per motivi di asilo. A questo punto, essi venivano trattenuti in una "zona di attesa" mentre le autorità stabilivano se la loro domanda di asilo fosse "manifestamente infondata", nel qual caso negavano alla persona interessata l'autorizzazione a entrare nel paese. Questa persona diveniva, quindi, automaticamente passibile di espulsione, senza avere la possibilità di presentare domanda di asilo. Benché la persona interessata potesse rivolgersi ai tribunali amministrativi per chiedere la sospensione della decisione ministeriale, che gli aveva negato il permesso di entrare nel paese, tale domanda non aveva alcun effetto sospensivo e non era soggetta ad alcun limite di tempo. È altresì vero che l'interessato poteva adire il giudice invocando provvedimenti d'urgenza — come peraltro aveva fatto, senza successo, il ricorrente — tuttavia neppure questo mezzo di ricorso aveva un effetto sospensivo automatico, per cui tale persona avrebbe potuto essere espulsa prima che il giudice avesse preso una decisione.

La problematica esposta da ultimo riguarda anche un recente caso italiano, affrontato nella sentenza della Corte EDU del 16 gennaio 2018, ricorso n. 31031/16, *M.K. contro l'Italia*, in cui è stato sollevato il problema del mancato effetto sospensivo del ricorso innanzi al giudice di pace avverso il provvedimento di espulsione. Il ricorrente ha sostenuto che il rimpatrio in Russia lo avrebbe esposto al rischio di subire trattamenti contrari all'articolo 3 della Convenzione. La causa, tuttavia, è stata cancellata dal ruolo poiché nelle more il decreto di espulsione nei confronti del ricorrente era stato annullato da una decisione divenuta definitiva, per cui la misura dell'allontanamento era stata privata di qualsiasi fondamento giuridico e il ricorrente non rischiava più di essere rimpatriato in Russia.

Nel caso *Gebremedhin* cit. la Corte EDU, considerata l'irreversibilità del danno causato in caso di tortura o di maltrattamenti in violazione dell'art. 3 CEDU nonché la previsione dell'articolo 13, che impone che la persona interessata abbia accesso ad un ricorso effettivo con effetto sospensivo automatico, ha ritenuto sussistente la violazione di tali norme, qualora un organismo statale abbia deciso di allontanare un cittadino straniero verso un paese, in cui vi è un motivo reale di ritenere che egli corra un tale rischio.

Pertanto, posto che il ricorrente non aveva avuto accesso a tale mezzo di ricorso effettivo mentre si trovava nella “zona di attesa”, vi era stata una violazione dell’articolo 13 CEDU, in combinato disposto con l’articolo 3.

Nella sentenza *Hirsi Jamaa e altri/Italia*, cit., la Corte EDU ha sottolineato che il fatto che i cittadini di paesi terzi hanno omesso di chiedere espressamente asilo, non esime lo Stato membro dall’ottemperare ai suoi obblighi a norma dell’articolo 3. “È dovere delle autorità nazionali, di fronte ad una situazione di violazione sistematica dei diritti umani nel paese di origine dei richiedenti, informarsi del trattamento a cui i richiedenti sarebbero esposti dopo il rientro, anche laddove questi ultimi abbiano omesso di presentare esplicita richiesta di asilo”⁽¹⁶⁾. Il caso riguardava 48 ricorrenti, parte di un gruppo di circa 200 migranti, tra cui richiedenti asilo e non solo, che era stato intercettato dalla Guardia costiera italiana in alto mare, e più precisamente all’interno della zona di ricerca e soccorso di Malta. Senza che fosse data loro alcuna opportunità di chiedere asilo, i migranti erano stati respinti sommariamente in Libia, nel quadro di un accordo concluso tra Libia e Italia. I loro nomi e le loro nazionalità non erano stati registrati. La Corte EDU ha ritenuto che le autorità italiane fossero o avrebbero dovuto essere a conoscenza che i ricorrenti, una volta respinti in Libia come migranti irregolari, sarebbero stati sottoposti a trattamenti proibiti dalla CEDU e privati di ogni tipo di protezione. Le autorità italiane inoltre sapevano, o avrebbero dovuto sapere, che non vi erano garanzie sufficienti a tutelare i ricorrenti dal rischio di essere arbitrariamente respinti verso i loro paesi d’origine, tra cui figuravano Somalia ed Eritrea. Esse avrebbero dovuto prestare particolare riguardo alla carenza di qualsivoglia procedura d’asilo nonché all’impossibilità di far riconoscere alle autorità libiche lo status di rifugiato garantito dall’ACNUR. La Corte EDU ha ribadito che l’Italia non poteva dirsi esonerata dal rispetto dei suoi obblighi ai sensi dell’articolo 3 CEDU per il solo fatto che i ricorrenti non avessero chiesto asilo o descritto i rischi affrontati a causa dell’assenza di un sistema di asilo in Libia. Essa ha, inoltre, rimarcato che le autorità italiane avrebbero dovuto accertare in che modo le autorità libiche tenevano fede ai loro obblighi internazionali di protezione dei rifugiati. Pertanto, il trasferimento dei ricorrenti in Libia, avendo esposto i ricorrenti al rischio di respingimento, aveva costituito una violazione dell’articolo 3 CEDU.

Per valutare la sussistenza di un rischio di violazione dell’art. 3 CEDU, la Corte pone al centro delle sue valutazioni le conseguenze prevedibili dell’allontanamento di una persona verso il paese di rimpatrio, esaminando tanto le circostanze personali dell’interessato quanto le condizioni generali

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Hirsi/Italia*.

del paese (sussistenza di violenza generalizzata o un conflitto armato o violazioni dei diritti umani). Qualora, ad esempio, un individuo sia membro di un gruppo sottoposto a maltrattamenti sistematici, può non essere necessario addurre prove relative ai fattori di rischio personale ed individualizzante ostativi all'allontanamento, come affermato nel caso *Salah Sheekh c. Paesi Bassi* (Corte EDU, 11 gennaio 2007, n. 1948/04), in cui la Corte ha statuito che i membri dei clan di minoranza in Somalia costituiscono “*un gruppo sistematicamente preso di mira*”, a rischio di subire i maltrattamenti vietati dall'art. 3. Il fattore discriminante è stato individuato nell'impossibilità per il ricorrente di ottenere protezione e giustizia per i fatti commessi in passato contro di lui in quel paese. La Corte EDU ha dichiarato che egli non sarebbe stato in grado di ottenere né protezione né giustizia, posto che la situazione in Somalia non era migliorata in misura significativa da quando era fuggito dal paese. Il ricorrente e la sua famiglia erano stati presi di mira proprio perché appartenenti a una minoranza e perché erano notoriamente sprovvisti di mezzi di protezione. Pertanto, non si poteva chiedere al richiedente di dare prova dell'esistenza di ulteriori caratteristiche particolari che lo riguardassero personalmente per dimostrare che era, e continuava a essere, personalmente a rischio. La Corte EDU ha, di conseguenza, dichiarato che la sua espulsione avrebbe costituito una violazione dell'articolo 3 CEDU.

4.5. Non refoulement *ed estradizione*

Anche l'extradizione da parte di uno Stato contraente può dare luogo a una questione rilevante sotto il profilo dell'articolo 3 CEDU, qualora sia dimostrata l'esistenza di fondati motivi per ritenere che, qualora estradata, la persona in questione corra un rischio reale di subire un trattamento contrario all'articolo 3 nel Paese di destinazione (*Soering c. Regno Unito*, cit., parr. 88-91). La verifica della sussistenza di un rischio reale di maltrattamenti contrari all'articolo 3 in un altro Stato non dipende dal fondamento giuridico dell'allontanamento, non essendovi differenza — sotto questo aspetto — tra l'extradizione e altre forme di allontanamento, come ad esempio l'espulsione, così come non rileva il fatto che lo Stato, che ha richiesto l'extradizione, non sia uno Stato contraente, poiché ciò che rileva è soltanto il rischio che la persona venga in tale Stato sottoposta a trattamenti contrari all'art. 3 e che lo Stato contraente abbia posto in essere condotte tali da esporre la persona in questione a tale rischio, dando corso alla richiesta di estradizione (*Corte EDU, Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, 10 aprile 2012, nn. 24027/07, parr. 168 e 176; *Trabelsi c. Belgio*, 4 settembre 2014, n. 140/10, par. 116). Gli articoli 2 e 3 della Convenzione, l'articolo 1 del Protocollo n. 6 nonché

l'articolo 1 del Protocollo n. 13 vietano l'estradizione, l'espulsione o altri tipi di trasferimento di una persona in un altro Stato, qualora sia dimostrata l'esistenza di fondati motivi per ritenere che in tale luogo la stessa correrebbe un rischio reale di subire la pena di morte (Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito, 3 luglio 2009, n. 61498/08, parr. 123 e 140-143; A.L. (X.W.) c. Russia, 29 ottobre 2015, n. 44095/14, parr. 63-66; Shamayev e altri c. Georgia e Russia, 12 ottobre 2005, n. 36378/02, par. 333). Analogamente, può integrare violazione dell'articolo 3 l'estradizione o il trasferimento di una persona in uno Stato, in cui la stessa rischia la pena dell'ergastolo senza possibilità di scarcerazione *de facto* o *de jure* (cfr. Corte EDU, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito e Trabelsi c. Belgio*; cit, si vedano altresì *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016, GC, e *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, n. 57592/08, GC, in ordine alle condanne all'ergastolo ostativo e all'articolo 3). Le condotte positive od omissive, qualificabili come maltrattamenti contrari all'articolo 3 nello Stato richiedente, possono assumere, secondo la Corte, diverse connotazioni: per esempio, si pensi alle cattive condizioni di detenzione o ai maltrattamenti inflitti durante la detenzione (cfr. *Allanazarova c. Russia*, 14 febbraio 2017, n. 46721/15) o alle condizioni di detenzione non idonee alle specifiche vulnerabilità della persona in questione (Corte EDU, *Aswat c. Regno Unito*, 16 aprile 2013, n. 17299/12) concernente l'estradizione di una persona inferma di mente). In particolare, nel caso *Aswat c. Regno Unito*, la Corte EDU ha stabilito che l'estradizione negli Stati Uniti del richiedente, un sospetto terrorista affetto da grave disturbo mentale, avrebbe costituito una violazione dell'articolo 3 CEDU per l'incertezza delle condizioni di trattenimento nel paese ricevente. La Corte ha rilevato, sulla scorta delle risultanze mediche in atti, che il disturbo mentale di cui soffriva il ricorrente era sufficientemente grave da aver comportato il suo trasferimento da un normale carcere a un ospedale psichiatrico di massima sicurezza nel Regno Unito e che la documentazione medica indicava chiaramente che la sua permanenza in tale struttura continuava a essere giustificata "nell'interesse della sua salute e sicurezza". Pertanto, ha ritenuto sussistente un rischio reale che l'estradizione del richiedente in un altro paese e in un contesto penitenziario diverso e potenzialmente più ostile potesse tradursi in un significativo deterioramento della salute fisica e mentale del ricorrente e che tale deterioramento potesse raggiungere la soglia minima di gravità richiesta dall'articolo 3 CEDU. Altro caso di interesse è costituito dalla causa *Mamazhonov c. Russia* (Corte EDU, 23 ottobre 2014, n. 17239/13) che riguarda un cittadino uzbeko, fuggito nel 2008 dall'Uzbekistan con un passaporto kirghiso contraffatto ed entrato nel territorio della Federazione Russa, dove ha poi presentato domanda di asilo. Nel gennaio 2009 *Mamazhonov* è stato incriminato in Uzbekistan con l'accusa, in particolare, di terrorismo, estremismo religioso e

contrabbando. La sua custodia cautelare è stata ordinata in sua assenza. Nel giugno 2012 il ricorrente è stato arrestato in Russia, interrogato e collocato in una struttura di detenzione preventiva. Dopo che le autorità uzbeche avevano provveduto ad offrire assicurazioni diplomatiche in merito al rispetto degli standards di garanzia dei diritti umani in caso di estradizione, la richiesta di estradizione era stata autorizzata il 12 novembre 2012 dalle autorità giudiziarie russe in relazione alle accuse contro Mamazhonov di terrorismo, partecipazione a un gruppo armato e attraversamento illegale del confine tra Russia e Uzbekistan. Il ricorrente sostiene che, se fosse estradato in Uzbekistan, rischierebbe di essere sottoposto a maltrattamenti, dal momento che era stato accusato di estremismo religioso nel suo paese, sicché apparteneva a un gruppo di persone a rischio. La Corte Suprema ha respinto il suo appello ritenendo infondate le allegazioni secondo cui le autorità uzbeche potrebbero sottoporre il sig. Mamazhonov a torture o trattamenti inumani o degradanti. Il 13 giugno 2013, pendente il ricorso con istanza di sospensione alla Corte EDU, il ricorrente era sparito ed il suo difensore ne aveva denunciato la scomparsa ed il possibile rischio di trasferimento illegale in Uzbekistan.

Il caso appare di particolare interesse anche alla luce del fatto che, al momento in cui la Russia aveva prestato il consenso all'extradizione, la domanda di asilo non era stata ancora esaminata con decisione definitiva.

La Corte EDU ha impostato la decisione su tre pilastri: 1) in primo luogo, si deve considerare se un ricorrente abbia presentato alle autorità nazionali fondati motivi per ritenere sussistente un rischio reale di maltrattamento nel paese di destinazione (si veda ad esempio *Garabayev c. Russia*, n. 38411/02); 2) in secondo luogo, bisogna verificare se la domanda sia stata adeguatamente valutata dalle autorità nazionali competenti sotto il profilo dell'adempimento degli obblighi procedurali ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione e se le loro conclusioni siano state sufficientemente supportate da materiale pertinente (si veda ad esempio *Muminov c. Russia*, n. 42502 /06); in terzo luogo, tenuto conto di tutti gli aspetti sostanziali del un caso e delle informazioni pertinenti disponibili, bisogna valutare l'esistenza del rischio reale di subire torture o trattamenti incompatibili con gli standard della Convenzione.

Per quanto riguarda i criteri per la valutazione, da parte delle autorità nazionali, circa la sussistenza del rischio di maltrattamenti, è necessario che tale valutazione sia adeguata e sufficientemente supportata non solo da materiale nazionale, ma anche da materiale proveniente da altre fonti attendibili nonché da fonti oggettive come, ad esempio, provenienti da altri Stati contraenti o non contraenti, agenzie delle Nazioni Unite e organizzazioni non governative ritenute affidabili.

La Corte EDU ha concluso, nel caso di specie che la Russia non avesse preso misure sufficienti ad evitare il trasferimento forzato del ricorrente nel suo paese di origine, né ad investigare compiutamente sull'accaduto, con ciò venendo meno alle obbligazioni positive su di essa incombenti di proteggere il sig. Mamazhonov, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione.

Vademecum

<p>Quesiti Corte EDU Articolo 8 CEDU</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Qual è il contenuto del diritto alla vita privata e familiare previsto dall'art. 8 CEDU, in materia di immigrazione? • Il diritto alla vita privata e familiare è assoluto o relativo? • Quali sono i parametri per il bilanciamento? • Quali sono gli obblighi positivi imposti agli Stati dall'art. 8?
<p>Indicazioni operative</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La nozione di “vita privata” è molto ampia e comprende l'integrità fisica e psicologica di una persona così come il diritto allo sviluppo personale ed al mantenimento delle relazioni con altri soggetti e con il mondo esterno: Secondo la Corte EDU è rilevante la totalità dei legami sociali tra i migranti stabilmente soggiornanti e la comunità in cui vivono, poiché ciò costituisce una esplicazione della vita privata ai sensi dell'art. 8 CEDU, indipendentemente dall'esistenza di una “vita familiare”. • Il diritto al rispetto della vita familiare implica il diritto di vivere insieme affinché i rapporti familiari possano svilupparsi normalmente e i membri della famiglia possano godere della reciproca compagnia. L'esistenza o meno di una “vita familiare” è una <i>questio facti</i> che dipende dalla reale e concreta esistenza di stretti legami personali. • Il diritto alla vita privata e familiare è relativo. Si applicano i tre presupposti di legittima comprimibilità stabiliti dall'art. 8, § 2 CEDU: <i>a)</i> che la restrizione trovi fondamento nella legge; <i>b)</i> che la restrizione sia giustificata dalla necessità di perseguire almeno una delle finalità legittime tassativamente elencate dalla norma; <i>c)</i> che la restrizione sia necessaria e proporzionata. • Il diritto degli Stati — conformemente al diritto internazionale consolidato — di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione degli stranieri deve essere bilanciato con l'interesse personale del ricorrente a rimanere nello Stato contraente. La Corte ritiene necessario che sia prevista la possibilità di ricorrere ad un giudice imparziale e indipendente, che abbia il potere di riesaminare i fatti, applicando correttamente gli standard di tutela dei diritti umani prescritti dalla Convenzione e dalla giurisprudenza di Strasburgo. • L'articolo 8 non garantisce di per sé il diritto a un particolare tipo di permesso di soggiorno poiché la scelta del permesso spetta, in linea di massima, soltanto alle autorità interne; tuttavia, il permesso riconosciuto dalla pubblica autorità deve in ogni caso consentire al soggetto interessato di esercitare indisturba-

	<p>tamente il suo diritto alla vita privata e/o familiare. Pertanto, gli Stati contraenti hanno l'obbligo di predisporre una procedura efficace e accessibile tale da consentire l'esame della domanda di asilo del ricorrente entro un termine ragionevole, per ridurre quanto più possibile la precarietà della sua situazione: eventuali limitazioni del diritto di risiedere in un Paese non devono, infatti, provocare ripercussioni sproporzionate sulla vita privata e/o familiare delle persone interessate</p>
<p>Quesiti Corte EDU Articolo 3 CEDU</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Qual è il livello di gravità dei maltrattamenti rilevante ai sensi dell'articolo 3? • Il divieto di tortura o pene e trattamenti inumani o degradanti è assoluto o relativo? • Quali sono gli obblighi imposti agli Stati dall'art. 3? • Quali fattori vanno presi in considerazione per valutare la sussistenza di un rischio di violazione dell'art. 3 CEDU in caso di espulsione o respingimento verso Paesi terzi? • Il principio di non <i>refoulement</i> discendente dall'art. 3 si applica anche in caso di estradizione?
<p>Indicazioni operative</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Il livello di gravità richiesto è di un certo rilievo. La valutazione è relativa e dipende dalle circostanze del caso concreto, come la durata del trattamento, i suoi effetti fisici o mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima. Sul livello di gravità incidono anche il motivo alla base dei maltrattamenti o la sua intenzionalità, così come il contesto in cui le violazioni si sono verificate e l'eventuale vulnerabilità della vittima o la sua posizione di inferiorità. • L'articolo 3 è inderogabile, non essendo consentita alcuna eccezione, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2 della Convenzione, neanche in caso di emergenza pubblica che minacci la vita della nazione. La Corte EDU proibisce il <i>refoulement</i> non solo laddove vi siano fondati motivi di ritenere che l'individuo correrebbe un rischio effettivo di subire tortura o trattamenti o pene inumane o degradanti, ma anche in presenza del rischio effettivo di condanna a morte (articolo 2, CEDU in combinato disposto con i Protocolli 6 e 13), schiavitù (articolo 4, CEDU), violazioni gravi del diritto alla libertà e alla sicurezza (articolo 5, CEDU) e flagrante diniego di giustizia (articolo 6, CEDU). • L'articolo 3 impone agli Stati sia un obbligo negativo di astensione dall'infliggere torture o pene e trattamenti inumani o degradanti, sia obblighi positivi sostanziali e procedurali: in primis l'obbligo di predisporre un quadro legislativo e regolamentare di tutela; in secondo luogo, in determinate circostanze legate al caso concreto, l'obbligo di adottare misure specifiche per proteggere determinate persone dai rischi di tortura o trattamenti e pene inumane o degradanti; in terzo luogo, l'obbligo procedurale di svolgere indagini effettive in caso di denuncia non infondata di simili trattamenti.

	<ul style="list-style-type: none">• La Corte ritiene necessario valutare le conseguenze prevedibili dell'allontanamento di una persona verso il paese di rimpatrio, esaminando tanto le circostanze personali dell'interessato quanto le condizioni generali del paese (sussistenza di violenza generalizzata o un conflitto armato o violazioni dei diritti umani).• Anche l'estradizione da parte di uno Stato contraente può dare luogo a una questione rilevante sotto il profilo dell'articolo 3 CEDU, qualora sia dimostrata l'esistenza di fondati motivi per ritenere che, qualora estradata, la persona in questione corra un rischio reale di subire un trattamento contrario all'articolo 3 nel Paese di destinazione.
--	--

VI.

LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA
E DI RELIGIONE

I.

LIBERTÀ DI PENSIERO, DI COSCIENZA E DI RELIGIONE

di Carmelo Sgroi (*)

SOMMARIO: 1. La libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Definizioni. Ambito e oggetto della tutela. — 2. Dimensione interna e manifestazioni esterne. Limitazioni alle (sole) libertà di manifestazione. Presupposti e condizioni delle ingerenze legittime. — 3. L'obiezione di coscienza. Presupposti e casistica (l'obiezione al servizio militare, all'interruzione di gravidanza, al giuramento). Il rifiuto dei trattamenti sanitari. — 4. Pratiche e riti e relative limitazioni. — 5. Manifestazioni, simboli e segni religiosi. Sfera privata e sfera pubblica. Abiti e altri simboli identitari (il "velo islamico"): casistica. — 6. Simboli religiosi negli edifici pubblici. Il Crocifisso. — 7. Libertà di insegnamento e di istruzione. Predicazione e proselitismo. — 8. La dimensione collettiva e organizzativa del fenomeno religioso. Le relazioni tra Stati e Chiese. — 9. Altre applicazioni in tema di libertà di pensiero e di fede. Conflitti tra diritti. L'immigrazione.

1. La libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Definizioni. Ambito e oggetto della tutela

Le libertà riconosciute dall'art. 9 della CEDU — al pari di vari altri diritti menzionati in diverse disposizioni della Convenzione — trovano base di tutela anche in numerose, analoghe, norme internazionali: nell'art. 18 della Dichiarazione Universale dei diritti umani approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948; nell'art. 18 del Patto internazionale dei diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966; nell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 ed entrata in vigore nell'ambito dell'Unione, con effetti giuridici vincolanti, con il Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009). Si tratta pertanto di libertà fondamentali che costituiscono patrimonio delle tradizioni costituzionali dei Paesi europei.

Diversamente da altre disposizioni (come quelle *ex artt.* 2, 3 e 7 CEDU), tuttavia, l'art. 9 non è incluso tra quelli assolutamente inderogabili anche in

(*) Già Avvocato generale presso la Corte di cassazione.

caso di guerra o di altro pericolo pubblico eccezionale tale da minacciare la vita della nazione, secondo l'art. 15 della CEDU (1).

L'ambito dei diritti riconosciuti e garantiti dall'art. 9, nella elaborazione della giurisprudenza, fa registrare una chiara tendenza evolutiva nel corso del tempo, sia in ordine alla dimensione propriamente individuale delle libertà sia anche con riguardo alle questioni di organizzazione delle manifestazioni religiose. Questa direzione è anche il portato della sottostante evoluzione sociale e culturale nel contesto europeo, sia per l'ampliamento degli Stati tra i quali quelli di recente passaggio alle democrazie costituzionali, sia per l'innesto di fattori crescenti di multiculturalismo, che hanno portato la Corte EDU a riconsiderare una serie di evenienze e di pretese in un quadro assai meno omogeneo rispetto a quello che caratterizzava l'Europa del dopoguerra, specialmente per ciò che attiene al fenomeno religioso. Ne è chiara traccia, in particolare, lo spostamento progressivo del confine mobile tra l'applicazione del criterio di sussidiarietà della CEDU — correlato all'art. 53 della Convenzione — e la diretta tutela dei diritti universali riconosciuti dall'art. 9, nel passaggio da una prima fase, sostanzialmente riferita al periodo in cui la funzione di valutazione preliminare sulla ricevibilità dei ricorsi era affidata alle decisioni della Commissione (2), a un periodo più recente, nel quale l'intervento della Corte EDU si è incrementato, in particolare per ciò che concerne il ricorso al canone di proporzionalità delle misure oggetto di scrutinio, una volta superato il (decescente) "margine di apprezzamento" degli Stati nell'adottare limitazioni o condizionamenti delle libertà *ex art. 9* e quindi con più specifico riguardo alla disposizione del § 2 dell'art. 9. Come si vedrà, il margine nazionale che giustifica misure limitative o regolative viene così a identificarsi spesso con obiettivi di tutela imprescindibile dei principi essenziali della democrazia, vale a dire il pluralismo, la laicità, la dimensione multiculturale, la necessità di una base minima di pace sociale (v. *infra*). Pertanto, nel testo verrà fatto riferimento generalmente alle decisioni più recenti e che — non senza oscillazioni, peraltro, stante la elasticità ineliminabile dei concetti e dei criteri applicati nel singolo caso — appaiono espressive dell'accennato indirizzo di maggiore garanzia delle libertà in questi campi.

Un primo tema si pone a livello definitorio, in ragione della evidente correlazione tra il "pensiero", la "coscienza" e la "religione"; nozioni che a loro volta implicano frequenti connessioni con altri principi e diritti e con

(1) L'inderogabilità assoluta è invece stabilita dall'art. 4 del Patto internazionale dei diritti civili e politici.

(2) Così fino al 1° novembre 1998, in base al Protocollo n. 11, che ha ristrutturato i meccanismi di controllo istituiti dalla Commissione.

altre libertà riconosciuti dalla Convenzione EDU, come la libertà di espressione (art. 10), quella di riunione e di associazione (art. 11), il rispetto della vita privata (art. 8), il principio di non-discriminazione (art. 14), oltre al diritto di accesso alla giustizia (art. 6) e, in maniera più stretta, con il diritto dei genitori all'istruzione dei figli conformemente alle loro convinzioni religiose e filosofiche (art. 2 del Protocollo addizionale 1⁽³⁾). Norme, queste, che naturalmente sono in accordo con previsioni costituzionali italiane, come gli artt. 3, 18, 19, 21 Cost.

Le tre nozioni — pensiero, coscienza, religione; cui si associano le “convinzioni filosofiche e religiose” di cui al Protocollo n. 1, art. 2 — hanno evidenti nessi e la loro delimitazione reciproca non è sempre univoca. La libertà di pensiero, che concerne essenzialmente le convinzioni e le filosofie di vita, tocca soprattutto i temi dell'indottrinamento e della tutela dalla pressione verso l'adesione a idee maggioritarie o comunque rispetto ad attività di proselitismo e indottrinamento coatto⁽⁴⁾; la libertà di coscienza, che si potrebbe definire intermedia tra le altre due, è evocata principalmente in rapporto a obblighi di varia natura imposti dall'autorità e dalle leggi; la libertà di religione afferrisce più strettamente al tema della fede e della visione dell'uomo rispetto al trascendente e ai rapporti tra le organizzazioni religiose e le autorità statali. La questione della qualificazione in una delle tre categorie, ancorché talvolta non esplicitata nelle pronunce della Corte, è tuttavia rilevante perché i relativi concetti, ai fini dell'applicazione della CEDU, non possono essere materia di auto-determinazione dell'interessato ma richiedono una base minima di riconoscibilità; da qui l'inclusione, o l'esclusione, della tutela in relazione alle svariate espressioni di convincimento individuale, su cui *infra*.

È costante, ad ogni modo, nella giurisprudenza della Corte EDU l'af-

⁽³⁾ Replicato nella sostanza dall'art. 14, par. 3, della CDFUE, che aggiunge le convinzioni “pedagogiche” dei genitori.

⁽⁴⁾ Emblematica Corte EDU, 27 febbraio 2018, *Mockutė c/Lituania*, che ha ravvisato la violazione dell'art. 9 nei tentativi dei medici psichiatri di “correggere” attraverso indicazioni fortemente critiche le convinzioni di una persona, seguace del movimento di meditazione di Bhagwan Shree Tajneesh, detto Osho, ricoverata in un ospedale psichiatrico e come tale in condizione di vulnerabilità. Con riguardo a questo stesso movimento, in precedenza la Corte ha escluso che vi fosse ingerenza non consentita ex art. 9, par. 2, nel fatto che in comunicazioni ufficiali delle autorità statali detto movimento fosse qualificato con espressioni fortemente negative, come “setta”, “psico-setta”, “pseudo-religione”, “movimento distruttivo” o “manipolativo” dei propri membri: la Corte ha considerato — in parziale dissonanza rispetto alla Corte costituzionale federale tedesca — che l'ingerenza così esercitata aveva finalità legittime, ossia la sicurezza pubblica e la tutela dei diritti altrui, in quanto rivolta a informare il pubblico, specie giovanile, su un fenomeno reputato allora socialmente allarmante (Corte EDU, 6 novembre 2008, *Leela Forderkreis c/Germania*).

fermazione che la libertà di pensiero, di coscienza e di religione costituisce una base essenziale in una società democratica, giacché attiene all'identità più profonda del singolo, sia essa rivolta verso una fede o una convinzione, sia anche indirizzata in senso negativo, ossia come libertà di non credere: la norma garantisce allo stesso modo i credenti, gli atei, gli agnostici, gli scettici o gli indifferenti e pertanto garantisce la libertà di praticare una fede come di non praticarla; si tratta, in breve, di un "bene prezioso" per tutti, credenti e non, poiché involge la garanzia del pluralismo "a caro prezzo conquistato nel corso dei secoli" (Corte EDU, GC, 18 febbraio 1999, *Buscarini c/San Marino*, in linea con il *leading case* di Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c/Grecia*).

Per ricevere copertura nell'art. 9, un convincimento ideale o religioso deve rivestire un grado minimo di serietà, importanza e riconoscibilità; la Corte rifiuta peraltro di esprimersi su questioni teologiche o filosofiche e non svolge alcun apprezzamento sulla legittimità delle convinzioni soggettive e sul grado di coerenza del credo individuale rispetto ai dettami della confessione o del movimento ideale di riferimento e, quando utilizza locuzioni proprie di un determinato credo o di un orientamento, lo fa esclusivamente ai fini della applicazione della garanzia convenzionale. Ciò riflette del resto il criterio secondo cui anche gli Stati non potrebbero discrezionalmente dare alla qualificazione di "culto" o "religione" uno spazio eccessivamente ristretto, perché ciò equivarrebbe a escludere le forme minoritarie o non tradizionali (Corte EDU, 26 aprile 2016, *Izzettin Doğan c/Turchia*). Resta fermo che non tutto ciò che è semplicemente "influenzato" o motivato da convincimenti ideali o religiosi rappresenta una pratica tutelabile in base all'art. 9, par. 1 CEDU⁽⁵⁾.

È alla stregua dei criteri ora detti che la Corte ha accordato o negato la tutela dell'art. 9 in una ampia casistica. Essa ha riconosciuto la garanzia dell'art. 9, in primo luogo, alle "grandi" religioni, ossia a quelle storiche e consolidate, esistenti da lungo tempo: le diverse confessioni cristiane⁽⁶⁾, l'induismo⁽⁷⁾, il buddismo⁽⁸⁾, l'alevismo⁽⁹⁾, l'islam⁽¹⁰⁾, il giudaismo⁽¹¹⁾, il

⁽⁵⁾ Corte EDU, 19 dicembre 2017, *A.R. c/Svizzera*, che ha negato la tutela nel caso di un genitore che lamentava il rigetto della sua richiesta di esonerare la figlia dalle lezioni di educazione sessuale, svolte in maniera complementare e senza finalità di orientamento, stabilisce che l'art. 9 non tutela una simile pretesa bensì impedisce allo Stato di svolgere attività di indottrinamento attraverso l'insegnamento.

⁽⁶⁾ Corte EDU, GC, 18 marzo 2011, *Lautsi c/Italia*.

⁽⁷⁾ Corte EDU, 23 marzo 2017, *Genov c/Bulgaria*.

⁽⁸⁾ Corte EDU, 7 dicembre 2010, *Jacobski c/Polonia*.

⁽⁹⁾ Corte EDU, GC, 26 aprile 2016, *Izzettin Dogan c/Turchia*.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, GC, 10 novembre 2005, *Leyla Sabih c/Turchia*.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, GC, 27 giugno 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/Francia*.

sikhismo ⁽¹²⁾, il taoismo ⁽¹³⁾; ha altresì riconosciuto la natura di confessione a religioni cd. “nuove”, come il mormonismo ⁽¹⁴⁾, i Testimoni di Geova ⁽¹⁵⁾, il movimento raeliano ⁽¹⁶⁾, il neopaganesimo ⁽¹⁷⁾, l’aumismo ⁽¹⁸⁾, il movimento “Osho” ⁽¹⁹⁾, la Chiesa del reverendo Sun Myung Moon ⁽²⁰⁾, la religione cd. del santo Daimon ⁽²¹⁾. Del pari, la Corte ha accordato la garanzia dell’art. 9 a una serie di convinzioni filosofiche e ideali, se autenticamente osservate, come: il pacifismo ⁽²²⁾, il veganismo e l’opposizione alle sperimentazioni su animali ⁽²³⁾, l’antimilitarismo ⁽²⁴⁾, l’antiabortismo ⁽²⁵⁾, il convincimento medico sulle medicine alternative ⁽²⁶⁾, l’ateismo ⁽²⁷⁾, l’agnosticismo ⁽²⁸⁾, lo scetticismo ⁽²⁹⁾, il laicismo ⁽³⁰⁾, l’opposizione alle unioni omosessuali ⁽³¹⁾.

Tutte le religioni e le dottrine menzionate godono della protezione dell’art. 9 indipendentemente dal riconoscimento ufficiale o di fatto da parte del singolo Stato, evenienza questa che non potrebbe condizionare la garanzia convenzionale.

Il carattere commerciale o lucrativo di una organizzazione, ancorché questa sia ispirata o motivata da un credo o un ideale, esclude invece in via di principio la protezione di cui alla norma della Convenzione, secondo la Commissione, in particolare con riguardo ad operazioni pubblicitarie e di mercato (casi 5 maggio 1979, *X e Scientology c/Svezia*, e 27 febbraio 1979, *X c/Svizzera*). Un margine di incertezza è tuttavia ravvisabile nell’orientamento successivo della Corte EDU con riguardo alla controversa natura di

⁽¹²⁾ Corte EDU, 30 giugno 2009, *Jasvir Singh c/Francia*.

⁽¹³⁾ Commissione EDU, 18 maggio 1976, *X c/UK*.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, 4 marzo 2014, *La Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni c/UK*.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, 10 giugno 2010, *i Testimoni di Geova - Mosca c/Russia*.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Movimento Raeliano svizzero c/Svizzera*.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, 18 settembre 2012, *Ásatriúarfélagið c/Islanda*.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, 31 gennaio 2013, *Associazione dei Cavalieri del Loto d’oro c/Francia*.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, 27 febbraio 2018, *Mockute c/Lituania*.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, 12 febbraio 2009, *Nolan e K. c/Russia*.

⁽²¹⁾ Corte EDU, 6 maggio 2014, *Franklin-Beentjes c/Paesi Bassi*.

⁽²²⁾ Commissione EDU, Rapporto 12 ottobre 1978, *Arrowsmith c/UK*.

⁽²³⁾ Corte EDU, 7 dicembre 2010, *Jacobski c/Polonia*; Commissione EDU, 10 febbraio 1993, *W c/UK*.

⁽²⁴⁾ Corte EDU, GC, 7 luglio 2011, *Bayatyan c/Armenia*.

⁽²⁵⁾ Commissione EDU, 10 settembre 1997, *Van Schijndel c/Paesi Bassi*.

⁽²⁶⁾ Commissione EDU, 15 gennaio 1998, *Nyyssonen c/Finlandia*.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c/Grecia*.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, caso *Kokkinakis* cit.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, caso *Kokkinakis* cit.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, 5 dicembre 2017, *Hamidovic c/Bosnia-Erzegovina*.

⁽³¹⁾ Corte EDU, 27 maggio 2013, *Eweida c/UK*.

Scientology, negata come organizzazione religiosa nella maggior parte degli Stati (e talvolta soggetta a indagini penali): nelle pronunce 5 aprile 2007 e 2 ottobre 2014, entrambe Chiesa di Scientology (di Mosca e di S. Pietroburgo, rispettivamente) *c/Russia*, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 9 e ne ha ravvisato la violazione nel rifiuto di registrazione di detta organizzazione come persona giuridica, una volta che le autorità avevano considerato in precedenza la natura religiosa dell'organizzazione, ovvero avevano applicato una disciplina riservata alle sole organizzazioni religiose. Anche nella decisione 2 dicembre 2014, *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c/Turchia*, la Corte EDU lascia aperta la risposta alla domanda se l'art. 9 sia applicabile ad attività lucrative svolte da una struttura religiosa.

L'ampiezza della tutela accordata dalla Corte restringe considerevolmente l'ambito dei casi che sono esclusi a monte dalla garanzia dell'art. 9. Così, essa è stata negata, sostanzialmente, nei casi che riguardavano mere opinioni soggettive o contingenti, del tutto prive di correlazione con un credo o una convinzione filosofica ⁽³²⁾.

È poi ampio il catalogo delle “manifestazioni” escluse dalla tutela dell'art. 9, § 2; sul punto, v. il paragrafo 2 che segue.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 9 è naturalmente applicabile ai singoli, cui si riferiscono in via principale le tutele del pensiero e della coscienza, con conseguente legittimazione a far valere il diritto riconosciuto dalla CEDU in quanto vittime, in forza dell'art. 35 della Convenzione; ciò non esclude che anche un gruppo organizzato possa essere abilitato, in rappresentanza dei singoli, a lamentare la violazione della libertà *ex art. 9* qualora quest'ultima concerna strettamente l'esercizio del culto ⁽³³⁾; diversamente, se la violazione interferisce con la posizione dell'organizzazione come tale, ad es. per questioni connesse alla registrazione e ai rapporti con l'autorità, solo alla stessa e non ai singoli è dato agire presso la Corte ⁽³⁴⁾, in quanto il tema si colloca sul distinto piano delle relazioni tra l'organizzazione religiosa in sé e lo Stato.

2. Dimensione interna e manifestazioni esterne. Limitazioni alle (sole) libertà di manifestazione. Presupposti e condizioni delle ingerenze legittime

La tutela delle libertà in esame è differenziata, nei due paragrafi dell'art. 9. La dimensione interna — il “foro interno” — di cui al primo paragrafo

⁽³²⁾ Corte EDU, 2 ottobre 2001, *Pichon c/Francia*, per il caso del rifiuto di alcuni farmacisti di vendere la pillola contraccettiva; 28 ottobre 2014, *Gough c/UK*, per la pretesa di circolare nudi in pubblico.

⁽³³⁾ Corte EDU, 24 maggio 2016, Associazione di solidarietà con i *Testimoni di Geova c/Turchia*, per l'impedimento all'esercizio legato alla indisponibilità di un luogo idoneo.

⁽³⁴⁾ Corte EDU, 10 giugno 2010, *Testimoni di Geova c/Russia*.

gode di tutela assoluta e non consente quelle ingerenze e quelle misure restrittive che invece sono permesse dal secondo paragrafo, in vista della tutela di interessi generali delle società democratiche, vale a dire la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, la protezione dei diritti e delle libertà altrui, relativamente — e limitatamente — a quelle che appunto costituiscono le “manifestazioni” esteriori del proprio credo. Entra in gioco quindi anche il distinguo tra la dimensione interiore del diritto e la manifestazione della convinzione, che nel corso del tempo ha visto talvolta ampliare lo spazio della seconda rispetto al primo, con conseguente estesa applicabilità dei limiti previsti nel secondo paragrafo dell'art. 9⁽³⁵⁾. Per tale via, assume maggiore spazio il bilanciamento tra il diritto del singolo e la misura limitativa, apprezzato dalla Corte secondo criteri di proporzionalità rispetto al fine perseguito oltre che — nella dimensione più ampia delle relazioni con le organizzazioni confessionali e con le inerenti manifestazioni ed attività — di verifica del grado di consenso generale degli Stati. In questa prospettiva, quindi, i canoni di giudizio della Corte EDU hanno fatto riferimento a clausole generali quali la pace religiosa, le condizioni fondamentali del vivere assieme, i bisogni sociali impellenti in una società democratica, concetti tutti utilizzati come concretizzazione del criterio generale di proporzionalità dell'intervento statale in materia.

Se dunque il diritto di avere un credo o una convinzione è assoluto⁽³⁶⁾ — anche se, come detto, fino al limite dello stato di guerra o di un pericolo per l'esistenza stessa dello Stato, *ex art. 15 CEDU* — non è invece incondizionato il diritto di manifestare quello stesso credo o convinzione: entrano in gioco le ingerenze legittime (le “restrizioni” di cui al § 2 della norma), e ciò in quanto le espressioni e le attività esteriori fuoriescono dalla dimensione puramente interna e intercettano le relazioni umane e sociali, involgendo così il necessario bilanciamento con le esigenze indicate dalla norma.

Per ricevere tutela, occorre che tra la manifestazione e il credo — o la convinzione — esista un nesso, un rapporto per cui il secondo deve essere “strettamente legato” alla prima; pertanto, non ogni atto o comportamento che sia genericamente ispirato o motivato da un credo può definirsi automaticamente come “manifestazione” dello stesso. Tale nesso, ovviamente intrinseco quando si tratti di pratiche religiose riconosciute, ha una portata più ampia e può includere, secondo le circostanze del caso, anche atti assai diversi, come si dirà in seguito.

⁽³⁵⁾ Un caso è quello della sentenza *GC Buscarini c/San Marino* cit., che concerne il giuramento religioso come condizione per l'esercizio della funzione parlamentare.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, 12 aprile 2007, *Ivanova c/Bulgaria* e 27 febbraio 2018, *Mockutė c/Lituania*, entrambe in tema di coercizione sull'individuo per fargli cambiare credo.

La Corte EDU riconosce in linea di principio che il nesso di relazione non potrebbe essere messo in dubbio dalle autorità nazionali, né è richiesto che la manifestazione sia più o meno conforme alle regole e ai precetti del credo, perché ciò implicherebbe un sindacato sul convincimento interno⁽³⁷⁾, che né lo Stato prima né la Corte poi sono abilitati a svolgere, in quanto un simile scrutinio coinvolgerebbe una presa di posizione sulla rilevanza e la coerenza di questa o quella convinzione o interpretazione. Pertanto, per negare la tutela, l'onere della prova di elementi obiettivi tali da porre in dubbio la sincerità del credo del singolo, con argomenti reali e convincenti, ricade sullo Stato⁽³⁸⁾. Tuttavia, in taluni casi, è stata ravvisata la possibilità di accertare elementi di prova sufficienti per porre in dubbio la serietà delle allegazioni dell'individuo⁽³⁹⁾, come nel caso della adesione di un detenuto a una religione denominata "Wicca" in assenza di qualsiasi riscontro sulla stessa esistenza di quest'ultima⁽⁴⁰⁾, o nel caso di sanzioni disciplinari applicate a un soggetto, dichiaratosi musulmano, per assenze dal lavoro nei giorni delle festività religiose musulmane, essendo risultato l'interessato ignaro dei principi dell'Islam e anzi avendo lo stesso sempre osservato le festività cristiane⁽⁴¹⁾. In simili evenienze, da cui può emergere la strumentalità della dichiarata appartenenza a un credo, segnatamente per fruire di speciali privilegi o esenzioni, la Corte ammette che sia richiesto all'interessato l'onere di fornire una sufficiente giustificazione della sua dichiarazione.

Come accennato, non solo le pratiche proprie del culto rientrano nel raggio di tutela, ma anche altre manifestazioni e condotte che sono comunque strettamente connesse con il credo, come nei casi decisi da Corte EDU, 10 aprile 2017, *Osmanoğlu c/Turchia*⁽⁴²⁾ e da Corte EDU, 5 dicembre 2017, *Hamidovic c/Bosnia-Erzegovina*⁽⁴³⁾.

In applicazione di tali criteri, di contro, numerose volte è stata negata la tutela *ex art. 9*, con riferimento a una serie di pretese individuali prive di nesso di relazione con la libertà in discorso, come nei casi: del diritto di

⁽³⁷⁾ Corte EDU, 27 maggio 2013, *Eweida c/UK*.

⁽³⁸⁾ V. Corte EDU, *S.A.S. c/Francia* cit.; Corte EDU, 31 gennaio 2012, *Kovalkovs c/Lettonia*; 17 dicembre 2013, *Vartic c/Romania* (2).

⁽³⁹⁾ Corte EDU, 3 dicembre 2009, *Skugar c/Russia*.

⁽⁴⁰⁾ Commissione, 4 ottobre 1977, *X c/UK*.

⁽⁴¹⁾ Corte EDU, 13 aprile 2006, *Kosteski c/ex Repubblica di Macedonia*.

⁽⁴²⁾ I ricorrenti, di confessione musulmana, chiedevano la dispensa delle figlie dai corsi di nuoto in vista del precetto che impone di coprire il corpo femminile a partire dalla pubertà, anche se le figlie erano prepuberi.

⁽⁴³⁾ Il ricorrente, musulmano, esprimeva la volontà di portare una calotta, anche se ciò non corrispondeva a un precetto ma tuttavia costituiva un convincimento radicato fortemente nella comunità di appartenenza.

espressione linguistica; di esercizio del cd. “sbattezzo”; di distribuzione di volantini pacifisti; della volontà di divorziare; della sottrazione all’obbligo alimentare verso la figlia minorenni in quanto aveva mutato religione; del rifiuto di allacciare le cinture di sicurezza motivato dalla propria integrità fisica e morale; del rifiuto di farmacisti di vendere la pillola contraccettiva.

L’ingerenza nell’esercizio del diritto di manifestare le proprie convinzioni è a forma libera, potendo consistere in: sanzioni penali o amministrative; conseguenze sfavorevoli sul piano dei rapporti di lavoro (licenziamenti); rifiuto di riconoscimenti o diniego di autorizzazioni; trattamenti deteriori sul piano espressivo; meri comportamenti delle autorità; coercizioni e pressioni individuali. Costituisce restrizione che legittima il ricorso alla Corte anche adottare una misura non riferibile al singolo ma tuttavia tale da porre lo stesso nell’alternativa tra il rispetto della regola, in conflitto con i propri convincimenti, o la violazione della regola e con essa l’assoggettamento a conseguenze negative ⁽⁴⁴⁾. In ogni caso, occorre che lo Stato si astenga dall’acquisire informazioni circa le opinioni interiori della persona, attraverso forme dirette o indirette di coartazione a rivelarle all’esterno (Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Dimitras c/Grecia*).

In linea di principio, non costituisce una “ingerenza” come tale una legislazione di carattere generale ed uniforme che regola in maniera neutra un determinato ambito, senza interferire sull’esercizio dei diritti *ex art. 9 CEDU*; tuttavia, resta aperta la possibilità di una lesione del principio di non discriminazione, là dove non siano rispettati gli obblighi di equidistanza dello Stato rispetto a ogni confessione o credo e di imparzialità nel relativo trattamento. Inoltre, se la violazione lamentata dal singolo consiste nel negare una sua pretesa a un trattamento di favore (esenzioni, privilegi) correlato al credo, cade sul singolo la prova della sincerità delle convinzioni dedotte a base della pretesa (Corte EDU, 10 marzo 2020, *Dyagilev c/Russia*).

La restrizione può anche essere di carattere preventivo, come nel caso in cui lo Stato ritenga di controllare e limitare movimenti o associazioni che, dietro il paravento della finalità religiosa, esercitino di fatto attività incompatibili con l’ordine pubblico, perché ciò trova fondamento nell’art. 1 CEDU che impone agli Stati di garantire le libertà (tutte) garantite dalla Convenzione ⁽⁴⁵⁾.

In ordine ai presupposti e alle condizioni che legittimano l’ingerenza dell’autorità rispetto alle manifestazioni del credo, l’art. 9 richiede che essa abbia base in una “legge”: la relativa nozione peraltro ha contorni sostanziali

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, GC, 1° luglio 2014, *S.A.S. c/Francia*, in tema di sanzioni (penali) per l’uso del velo integrale.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, 6 novembre 2008, *Leela Förderkreis c/Germania*.

più ampi di quelli che tradizionalmente sono annessi alla locuzione di legge (in senso formale) nel diritto interno, giacché, nella prospettiva della giurisprudenza convenzionale, si ha riguardo piuttosto a un significato materiale, di “diritto”, sia esso di fonte scritta sia di fonte interpretativa/giurisprudenziale ⁽⁴⁶⁾; si può assimilare questa nozione a quella di diritto “vivente” utilizzata presso le Corti interne, costituzionale e di legittimità.

Altro presupposto è che l'ingerenza sia rivolta a uno scopo legittimo, ossia alla tutela di una delle esigenze indicate nella norma: la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Dette esigenze rivestono carattere rigorosamente tassativo, cosicché per essere compatibile con la CEDU qualsiasi ingerenza o restrizione deve essere strettamente finalizzata a uno tra detti scopi ⁽⁴⁷⁾. In particolare, non rientrano tra gli scopi legittimi la “sicurezza nazionale” ⁽⁴⁸⁾ (menzionata invece in altre disposizioni convenzionali come gli artt. 8, 10 e 11), essendo prioritaria la garanzia del pluralismo religioso, e neppure l'esigenza di garantire “l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario” ⁽⁴⁹⁾ (citata ancora nell'art. 10). Nonostante l'accennato carattere tassativo, peraltro, è chiaro che si tratta di locuzioni ampie e generali, che lasciano alla Corte un ambito di valutazione nel quale trova di volta in volta spazio un criterio ulteriore, quello della proporzionalità tra misura e finalità, criterio che si sintetizza nella verifica del requisito di necessità, secondo cui nessuna altra misura restrittiva risulterebbe adeguata e, appunto, proporzionata rispetto allo scopo. La necessità in discorso si distacca pertanto da considerazioni di mera opportunità o utilità ⁽⁵⁰⁾, ed è talvolta esplicitata nelle pronunce della Corte con formule che ne rimarcano il carattere, quali la necessità di rispettare le “esigenze minimali della vita in società” ⁽⁵¹⁾ — il “vivere in comune” — o il “bisogno sociale imperioso” di preservare la pace religiosa” ⁽⁵²⁾. Sulla scia di tale indirizzo, la Corte ha considerato legittima la qualificazione come illegale di un partito politico ispirato alla Shari'a islamica, in quanto i canoni di quest'ultima si pongono in contrasto con la laicità dello Stato e con i principi fondamentali della

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, GC, 10 novembre 2005, *Leyla Sabih c/Turchia*, ha considerato come base legale una Circolare universitaria in quanto applicativa di una determinata opzione interpretativa e applicativa di una legge

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, GC, 1° luglio 2014, *S.A.S. c/Francia*.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, 12 febbraio 2009, *Nolan c/Russia*.

⁽⁴⁹⁾ Corte EDU, 5 dicembre 2017, *Hamidovic c/Bosnia-Erzegovina*.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, 14 giugno 20017, *Svyato-Mikbailivska Parafiyia c/Ucraina*.

⁽⁵¹⁾ Corte EDU, GC, 10 novembre 2015, *S.A.S. c/Francia*.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, 20 settembre 1994, *Otto Preminger Institute c/Austria*; 25 novembre 1996, *Wingrove c/UK*; 2 maggio 2006, *Aydin Tatlav c/Turchia*.

democrazia e del pluralismo (Corte EDU, 13 febbraio 2003, *Refah Partisi c/Turchia*).

In relazione all'anzidetto criterio di proporzionalità e necessità della misura restrittiva, poi, entra in gioco sotto altro profilo il riconoscimento ai singoli Stati, da parte della Corte, di un margine di apprezzamento nello stabilire in linea di massima se e in quale modo una misura sia resa necessaria in vista delle anzidette finalità, e ciò in quanto sono in prima battuta le autorità interne, a ciò legittimate dai meccanismi di rappresentanza democratica, a poter valutare le esigenze e le ragioni di restrizione; margine di apprezzamento che discende direttamente dal connotato di sussidiarietà proprio del sistema di tutela dei diritti fondamentali apprestato dalla Convenzione. Nel riconoscere tale margine, la Corte colloca così il proprio controllo circa il rispetto dell'art. 9 CEDU in un ambito limite, imperniato sul consenso europeo intorno ai valori fondativi comuni agli Stati parti della Convenzione e nel cui contesto trova applicazione l'accennato canone della necessità di preservare le basi minime della vita sociale e della pace⁽⁵³⁾ (54).

L'eccedenza rispetto a ciò che è strettamente necessario, se è effetto di una condotta o di una attività svolta da un soggetto esponente dell'autorità andando oltre i limiti delle proprie attribuzioni e poteri, resta comunque imputabile allo Stato⁽⁵⁵⁾.

In connessione, resta a carico dello Stato, nel giudizio dinanzi alla Corte, l'onere di dedurre e di provare il requisito di necessità della misura adottata⁽⁵⁶⁾.

È di rilievo, altresì, la considerazione che la tutela apprestata dall'art. 9 CEDU non riveste esclusivamente una connotazione "verticale" cioè nei rapporti tra autorità pubbliche e individui, ma opera anche orizzontalmente, nelle relazioni tra questi ultimi, per effetto del vincolo a carico degli Stati di riconoscere a ciascuno i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione, *ex art. 1* di quest'ultima. Ciò consente di esigere l'adozione di misure di salvaguardia della libertà di religione nei rapporti intersoggettivi e gli scopi legittimi indicati nel § 2 dell'art. 9 possono così entrare in gioco con riguardo agli obblighi positivi degli Stati⁽⁵⁷⁾. Questi ultimi assumono ad ogni modo specifica incidenza sul versante delle relazioni tra Stato e Chiese, su cui *infra*.

(53) Cfr. Corte EDU, 10 novembre 2005, *Leyla Sabın c/Francia*, in tema di "velo" islamico, su cui *infra* nel testo.

(54) Sul cd. "doppio" margine di apprezzamento, dapprima del singolo Stato e poi della Corte, v. in generale la pronuncia 7 dicembre 1976, *Handyside c/UK*.

(55) Corte EDU, 17 gennaio 2017, *Tsartsidze c/georgia*.

(56) Corte EDU, 12 giugno 2014, Centro biblico della *Repubblica di Ciuvascia c/Russia*.

(57) Corte EDU, 3 febbraio 2022, *Siebenhaar c/Germania*; 7 dicembre 2010, *Jacobski c/Polonia*.

La libertà garantita dall'art. 9, § 2, include la sua dimensione negativa, cioè, oltre quella di non aderire ad alcuna religione o dottrina, quella di non manifestare, non praticare un culto o un credo e in questa dimensione essa si avvicina maggiormente al profilo interiore: si tratta ad esempio dei casi in cui il singolo rifiuta di svolgere un atto formale che entrerebbe in frizione con il proprio convincimento (è il caso del giuramento, v. *infra* circa l'obiezione di coscienza) o in cui ciò che si lamenta è proprio l'esteriorizzazione autoritativa del credo: in tema, oltre a Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Dimitras c/Grecia* cit., hanno rilievo le pronunce con le quali è stata ravvisata violazione della norma convenzionale nel fatto di prescrivere l'annotazione della religione, sia essa obbligatoria o facoltativa, su documenti destinati a essere resi pubblici, come le carte di identità o i certificati anagrafici ⁽⁵⁸⁾, e ciò anche se si tratti di prescrizione posta solo a fini statistici.

3. L'obiezione di coscienza. Presupposti e casistica (l'obiezione al servizio militare, all'interruzione di gravidanza, al giuramento). Il rifiuto dei trattamenti sanitari

Benché l'art. 9 non faccia menzione espressa dell'obiezione di coscienza ⁽⁵⁹⁾, il relativo diritto è ricavabile dal significato di principio della tutela convenzionale, quale stretta implicazione e concretizzazione della nozione che attiene alla libertà interiore (di coscienza, appunto, intesa quale orientamento morale o filosofico che si rivela negli atteggiamenti e nelle attività del singolo) e che esprime l'esigenza di non agire contro sé stessi e contro i propri convincimenti.

Come tale il diritto, riflesso inevitabile delle libertà di pensiero e di coscienza, è stato in più occasioni riconosciuto, nella giurisprudenza della Corte, muovendo da un parere del Comitato dei diritti dell'uomo dell'ONU.

Un terreno storicamente ampio di emersione del tema è stato quello della obiezione al servizio militare di leva, nel quale — dopo un periodo che ha visto la Corte EDU escludere in assoluto la violazione dell'art. 9 in base alla previsione dell'art. 4, § 2-b) della Convenzione ⁽⁶⁰⁾ — si è riconosciuta l'esistenza del diritto in parola, alla condizione che l'obbligo di prestazione

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, 2 febbraio 2010, *Sinan Isik c/Turchia*; 12 dicembre 2002, *Sofianopoulos c/Grecia*; 25 giugno 2020, *Stavropoulos c/Grecia*, quest'ultima relativa alle annotazioni di stato civile circa il battesimo di un minore.

⁽⁵⁹⁾ L'obiezione di coscienza è però menzionata nell'art. 4 della CEDU ed è inoltre espressamente prevista nella Carta di Nizza, art. 10 § 2, dato questo valorizzato dalla Corte EDU.

⁽⁶⁰⁾ L'art. 4 cit. stabilisce che il servizio militare obbligatorio non costituisce "lavoro forzato" neppure nella forma del servizio civile sostitutivo, là dove l'obiezione è riconosciuta

militare risulti in conflitto radicale con un profondo e radicato convincimento, religioso o meno, della persona. In questa prospettiva, che si manifesta a partire da Corte EDU, GC, 7 giugno 2011, *Bayatyan c/Armenia* ⁽⁶¹⁾, si è sviluppato un percorso estensivo della portata della garanzia convenzionale, imperniato su taluni capisaldi: (a) gli Stati hanno un certo margine di apprezzamento per ciò che concerne il riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio, (b) tuttavia questo margine è fortemente ridotto quando lo Stato non abbia introdotto forme sostitutive di servizio civile, nel qual caso esso deve dimostrare l'esistenza di una esigenza "imperiosa" per giustificare l'ingerenza sulla libertà di coscienza, esigenza che non potrebbe essere ravvisata in quella di difendere l'integrità territoriale ⁽⁶²⁾, (c) l'obbligo generalizzato di prestazione del servizio militare deve essere ripartito equamente sui cittadini e l'esonero dallo stesso può essere accettato se ogni esonero è fondato su ragioni serie e convincenti, ragioni che si riconducono a un convincimento fermo, definitivo e sincero di contrarietà sia a ogni partecipazione a una guerra sia all'uso delle armi e la cui sussistenza e sincerità è pertanto legittimo chiedere che siano dimostrate dall'interessato ⁽⁶³⁾.

Nell'apprezzare tale ultimo aspetto, la Corte individua un obbligo positivo dello Stato, giacché le autorità debbono apprestare un procedimento effettivo e accessibile, idoneo a definire i presupposti del riconoscimento dell'obiezione e la fondatezza della richiesta di esonero dal servizio ⁽⁶⁴⁾, attraverso meccanismi idonei a garantire l'imparzialità del vaglio ⁽⁶⁵⁾ e la reale verifica della serietà e non strumentalità dell'obiezione ⁽⁶⁶⁾. Quest'ultima, peraltro, se non richiede necessariamente l'adesione a qualche gruppo organizzato o a un credo religioso (anche se la maggior parte dei precedenti concerne i Testimoni di Geova), richiede però un fondamento pacifista radicato, tale da comportare un effettivo conflitto tra prestazione e coscienza,

dalla legge. Di qui il riconoscimento di una piena discrezionalità dello Stato nel porre la relativa disciplina.

⁽⁶¹⁾ Che ha accertato la violazione dell'art. 9 per la mancata previsione del servizio civile sostitutivo; analogamente, Corte EDU, 3 giugno 2014, *Buldu c/Turchia*.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, 17 ottobre 2019, *Mushfig Mammadov c/Azerbaijan*.

⁽⁶³⁾ Corte EDU, 10 marzo 2020, *Dyagilev c/Russia*.

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU, 12 luglio 2012, *Tarhan c/Turchia*.

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, 15 settembre 2016, *Papavasiliakis c/Grecia*.

⁽⁶⁶⁾ Strumentalità accertata ad es. in Corte EDU, 10 marzo 2020, *Dyagilev c/Russia*, in un caso in cui la persona aveva espresso l'obiezione dopo avere partecipato a un seminario prossimo alla chiamata e con l'obiettivo di trovare "un modo legittimo per evitare il servizio".

e non una mera posizione antagonista nei confronti dell'istituzione pubblica o dell'assetto dello Stato nella sua interezza ⁽⁶⁷⁾.

Circa il servizio sostitutivo, si è affermato che non è sufficiente che sia istituito poiché esso deve essere strutturato in termini non “dissuasivi” né “punitivi” — ad esempio, quando è di durata nettamente maggiore rispetto al servizio militare — e deve rivestire carattere realmente “civile”, sia quanto a contenuti dell'attività sia quanto a forme di autonomia rispetto all'organizzazione militare e alle sue forme identificative: è stata così accertata la violazione dell'art. 9 in un caso in cui il servizio sostitutivo per gli obiettori, obbligati a tenere una uniforme militare, era di durata doppia ed era assoggettato a stringenti controlli da parte dell'autorità militare (Corte EDU, 12 ottobre 2017, *Adyan c/Armenia*).

Un altro ambito in cui si è posto il tema dell'obiezione di coscienza è quello che riguarda le pratiche di interruzione volontaria della gravidanza e più specificamente la possibilità di annettere la garanzia dell'art. 9 CEDU alle convinzioni individuali contrarie all'interruzione.

Al riguardo, il criterio-guida espresso dalla Corte EDU è quello secondo cui, una volta che lo Stato abbia riconosciuto il diritto alla interruzione di gravidanza, sussiste il diritto del personale medico di rifiutare la prestazione correlativa, purché siano previste modalità di formalizzazione del rifiuto e sia comunque garantito l'accesso effettivo all'interruzione secondo legge, come ad esempio attraverso l'obbligo, per il medico obiettore, di indirizzare la paziente verso una struttura dove sia effettivamente possibile effettuare la prestazione (Corte EDU, 30 ottobre 2012, *P. e S. c/Polonia*, che ha ravvisato la violazione in un caso in cui la donna aveva subito pressioni per farla desistere dall'intervento, rifiutato presso la struttura cui si era rivolta). Analogamente, la Corte ha escluso la violazione per il diniego all'assunzione di due ostetriche obiettrici rispetto all'aborto, essendo legittimo e giustificato pretendere da tale categoria di personale la disponibilità a svolgere tutti gli incarichi correlati alla professione di ostetrica, tra cui l'interruzione di gravidanza riconosciuta dalla legge interna (Corte EDU, 12 marzo 2020, *Grimmark e Steen c/Svezia*).

Ancora, il diritto alla libertà di coscienza entra in gioco in presenza di norme che obblighino a una formula di giuramento basata sull'adesione a una fede o a un credo. In questi casi, benché a rigore si tratti di un conflitto che attiene al “foro interno” della persona, la Corte affronta il tema nella visuale della manifestazione del proprio convincimento nella sua dimensione

⁽⁶⁷⁾ Corte EDU, 7 giugno 2016, *Aydemir c/Turchia*, in un caso in cui l'interessato non manifestava una obiezione all'uso in sé delle armi ma sosteneva che avrebbe potuto adempiere al servizio in uno Stato confessionale, ispirato al Corano e alla *shari'a*.

negativa — come libertà di *non* manifestare, cioè — analogamente a quanto accade per le prescrizioni rivelatrici della appartenenza a una confessione o a un gruppo religioso (*supra*, par. 2). Su questa premessa, l'art. 9 è violato quando l'autorità, in vista dell'assunzione di un ufficio o del compimento di un atto di interesse pubblico, pretende una esternazione e dunque una manifestazione del proprio credo religioso, perché ciò incide in maniera diretta sulla libertà di aderire o non aderire a una religione — a quella o a nessun'altra (Corte EDU, GC, 18 febbraio 1999, *Buscarini c/San Marino*, in tema di giuramento sui Vangeli per poter assumere la carica di Parlamentare). Sulla medesima linea, Corte EDU, 3 settembre 2010 (1), 3 febbraio 2012 (2), 8 gennaio 2013 (3), 2 ottobre 2014 (4), *Dimitras c/Grecia*, hanno ravvisato la violazione dell'art. 9 in riferimento all'obbligo di prestare giuramento secondo formule religiose in occasione dello svolgimento di atti processuali di carattere dichiarativo, e Corte EDU, 21 febbraio 2008, *Alexandridis c/Grecia*, in un caso in cui per potere accedere a una dichiarazione solenne di impegno era necessario comunque esternare la propria non appartenenza alla religione (nella specie, greco ortodossa). Si tratta di applicazioni del principio secondo cui il diritto alla libertà di coscienza in ambito religioso non consente che il compimento di atti che abbiano comunque un significato religioso per l'individuo possa essere oggetto di coercizione da parte dell'autorità pubblica ⁽⁶⁸⁾.

Altro terreno in cui è dedotta la richiesta di applicazione dell'art. 9 CEDU (sovente in correlazione con l'art. 8 sul rispetto del diritto alla vita privata) è quello dei trattamenti sanitari di carattere obbligatorio. Principalmente, la questione si è posta con riferimento al rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte di seguaci del culto dei Testimoni di Geova. In generale, la Corte ha riconosciuto il diritto individuale di negare il consenso alla trasfusione, secondo l'argomento che tale scelta, se appunto pienamente consapevole e resa in condizioni psichiche appropriate, non coincide con un suicidio, trattandosi di una opzione limitata a questa specifica procedura terapeutica, e ciò vale anche quando il rifiuto può comportare un pregiudizio irreparabile per la salute e per la stessa vita. Peraltro, con riguardo alla pratica terapeutica verso i minori, la Corte ha negato che sia in contrasto con l'art. 9 una disciplina interna che stabilisca un intervento dell'autorità giudiziaria — oltre la volontà dei genitori — nell'interesse precipuo dei minori stessi (Corte EDU, 10 giugno 2010, *Testimoni di Geova - Mosca c/Russia*).

⁽⁶⁸⁾ Cfr., per l'Italia, Corte cost., n. 117/1979, n. 149/1995 e 334/1996, circa la sostituzione della formula di giuramento con una dichiarazione di impegno; superando l'impostazione di Corte cost. n. 58/1960, allora imperniata sull'idea che la tutela non spettasse all'ateo e al non credente.

Con riguardo alle vaccinazioni, poi, la giurisprudenza europea ha considerato in generale l'insussistenza di profili di lesione della libertà *ex art. 9 CEDU*, in quanto — se l'obbligo è generalizzato e come tale è neutrale — esso non intercetta convinzioni soggettive né implica distinzioni personali a seconda delle convinzioni (in questo senso, la decisione della Commissione del 15 gennaio 1998, *Boffa c/San Marino*). Più di recente, nel contesto della pandemia Covid-19 e delle misure sanitarie adottate dalle autorità per prevenire e contenere la diffusione del virus, la Corte si è pronunciata (anche qui, *ex art. 9* in connessione con l'*art. 8*) con riguardo a una prescrizione vaccinale stabilita nei confronti di minori non in forma direttamente obbligatoria ma al fine dell'ammissione alla scuola dell'infanzia, per prevenire malattie infantili diffuse. La Corte, con enunciati di principio di ordine generale, ha affermato (a) che lo Stato è legittimato ad adottare la misura della vaccinazione in vista dell'obiettivo di proteggere dalla diffusione di gravi malattie infettive, senza che per questo sia necessario dimostrare uno degli scopi di cui all'*art. 8 CEDU*, trattandosi di misura necessaria in una società democratica, rientrante nel quadro dei doveri di solidarietà sociale e in vista della protezione del diritto alla salute di tutti i membri della società, (b) che la vaccinazione deve rispondere a un bisogno sociale urgente, quale nella specie quello della tutela della salute della collettività, per tutelare sia coloro che la ricevono sia coloro che non la possono ricevere e che debbono sussistere motivi pertinenti e sufficienti per prescrivere la vaccinazione, sempre che vi sia un certo grado di effettiva sicurezza degli stessi e sia riconosciuta l'esenzione per coloro che, avendo controindicazioni mediche reali, si affidano alla immunità "di gregge", (c) che la prescrizione può essere accompagnata da sanzioni proporzionate e non dal trattamento coercitivo e che deve essere data la possibilità di un controllo amministrativo o giudiziale per valutare le conseguenze dell'inosservanza; nello specifico, la Corte ha considerato conforme a Convenzione la misura, proporzionata e giustificata, in funzione dell'interesse del minore (Corte EDU, GC, 8 aprile 2021, *Vavrička c/Repubblica Ceca*).

In precedenza, ⁽⁶⁹⁾ la Corte aveva dichiarato irricevibile per assenza del pregiudizio imminente la domanda di alcuni dipendenti pubblici (vigili del fuoco) che ricorrevano in via cautelare contro una normativa della Francia che li sospendeva dal lavoro se non vaccinati contro il Covid-19 ⁽⁷⁰⁾.

Alla tematica dell'allegazione dell'obiezione di coscienza può ricondursi anche la situazione del rifiuto di svolgere determinate prestazioni professio-

⁽⁶⁹⁾ Comunicato Corte EDU 25 agosto 2021.

⁽⁷⁰⁾ Con riguardo alla legittimità della prescrizione del vaccino contro Covid-19 per determinate categorie di operatori sanitari v. Corte cost., nn. 14, 15 e 16/2023.

nali o lavorative adducendo un conflitto con le proprie convinzioni, come nel caso del diniego di fornire terapia psicologica a coppie omosessuali o di adempiere i doveri di registrazione degli atti di stato civile sempre con riguardo alle unioni omosessuali; rifiuto sanzionato in entrambi i casi con il licenziamento dell'obiettore e che negli stessi casi è stato considerato legittimo dalla Corte, sul rilievo che l'affermazione dei propri convincimenti non può spingersi fino a ledere l'interesse generale alla parità di trattamento oltre che i diritti individuali altrui⁽⁷¹⁾. Analogamente, è fuori dal campo di applicazione dell'art. 9 la condotta di rifiuto di commercializzazione della pillola contraccettiva da parte di farmacisti⁽⁷²⁾ e lo è altresì quella di chi si rifiuti il pagamento di imposte e tasse, nell'assunto che i relativi introiti finanzino gli armamenti o le pratiche di interruzione di gravidanza: per negare tale pretesa, è sufficiente considerare la neutralità dell'obbligo tributario, dato che non v'è alcuna correlazione *diretta* tra l'obbligo e le destinazioni di bilancio né il contribuente è in grado di influenzare la destinazione del prelievo⁽⁷³⁾.

4. Pratiche e riti e relative limitazioni

Oltre al profilo dell'obiezione di coscienza, l'art. 9 CEDU attiene alla dimensione positiva del diritto e concerne quindi i casi di conflitto tra le svariate manifestazioni esterne della coscienza o della fede, consistenti nelle "pratiche" o nei "riti" indicati dalla norma, quali modi di esercizio del diritto *ex art. 9, § 2*, e le eventuali prescrizioni normative limitative degli stessi.

Per aversi "pratica" riconducibile alla previsione occorre comunque che si tratti di un atto strettamente espressivo del credo individuale, e non solo ispirato a una fede; anche se sul punto si riconosce una portata estremamente ristretta alla contrapposta facoltà degli Stati di ingerirsi in tali esternazioni, essenzialmente riducendosi questo spazio alla necessità di contrastare condotte e atteggiamenti radicalmente contrari ai principi fondamentali della Convenzione, come ad esempio la poligamia, i matrimoni con minorenni o contratti sotto coercizione, le violazioni della parità dei sessi.

Tra le pratiche tutelate, rientrano i precetti alimentari propri di una determinata religione. Così, la Corte ha riconosciuto la violazione: nel caso del rifiuto ingiustificato dell'amministrazione di somministrare a detenuti di

⁽⁷¹⁾ Corte EDU, 15 gennaio 2013, *Eweida c/Regno Unito*.

⁽⁷²⁾ Corte EDU, 2 ottobre 2001, *Pichon c/Francia*.

⁽⁷³⁾ Decisioni della Commissione EDU 18 luglio 1986, *H. e B. c/UK* e 18 febbraio 1993, *Bouessel du Bourg c/Francia*.

religione buddista una alimentazione senza carne ⁽⁷⁴⁾; nel caso di un detenuto che richiedeva pasti senza carne di maiale in conseguenza della sua conversione all'islamismo, richiesta negata dall'amministrazione sulla base della mancanza di un documento rilasciato dall'organizzazione religiosa, circostanza questa che la Corte ha considerato irrilevante rispetto a una dichiarazione su un aspetto essenziale della propria identità e di cui non vi sia ragione di dubitare ⁽⁷⁵⁾.

Di contro, è stata esclusa la violazione in casi — sempre concernenti detenuti — nei quali la richiesta inerente a un precetto alimentare risultava facilmente soddisfatta in concreto ⁽⁷⁶⁾ ovvero il regime alimentare era stato approvato dall'organizzazione di appartenenza ⁽⁷⁷⁾, nonché nel caso in cui una associazione di culto pretendeva di ottenere una abilitazione sanitaria per far praticare personalmente ai propri membri la macellazione secondo le regole *kasheruf*, potendo gli stessi rifornirsi altrove e senza difficoltà di carne (“glatt”) macellata con quella tecnica ⁽⁷⁸⁾.

Quanto ai riti, essi possono riguardare sia la dimensione individuale sia, più spesso, quella collettiva del fenomeno.

Circa i primi, generalmente si tratta di situazioni di incompatibilità tra i doveri professionali/lavorativi e i rituali legati a precetti, ricorrenze o festività: in tali casi, in cui il singolo fa prevalere la propria osservanza al culto rispetto agli obblighi del rapporto lavorativo e per questo è assoggettato a sanzioni (provvedimenti disciplinari, licenziamento), la Corte EDU ha considerato che l'art. 9 non costituisce la base idonea per far valere un simile diritto (ad assentarsi, a rifiutare la prestazione in determinati giorni od ore etc.), poiché le “misure” adottate — le sanzioni — non guardano alle convinzioni religiose dell'individuo bensì tutelano il rispetto degli obblighi contrattuali e dei doveri di servizio assunti e perciò sono legittime e proporzionate ⁽⁷⁹⁾.

Più ampia la casistica concernente i riti praticati in forma collettiva; in tali situazioni, entrano in gioco anche limitazioni di carattere più generale, legate al luogo e al tempo del rito e al fondamento delle ragioni eventualmente contrapposte fatte valere dallo Stato. L'art. 9 garantisce il diritto di riunirsi pubblicamente, in maniera pacifica, per svolgere i riti e le pratiche proprie del credo religioso, ma con dei limiti di tale manifestazione, legati

⁽⁷⁴⁾ Corte EDU, 17 dicembre 2013, *Vartic c/Romania*.

⁽⁷⁵⁾ Corte EDU, 10 novembre 2020, *Neagu c/Romania*.

⁽⁷⁶⁾ Corte EDU, 9 giugno 2020, *Erlich c/Romania*.

⁽⁷⁷⁾ Commissione EDU, 5 marzo 1976, *X c/UK*.

⁽⁷⁸⁾ Corte EDU, GC, 27 giugno 2000, *Cha'are Shalom ve Tsedek c/Francia*.

⁽⁷⁹⁾ Commissione EDU, 12 marzo 1981, *X c/UK* e 3 dicembre 1996, *Konttinen c/Finlandia*.

principalmente all'esistenza di ragioni imperative di sicurezza o comunque alla necessità di far rispettare gli scopi legittimi indicati nell'ultima parte dell'art. 9, § 2, CEDU. Non vi è quindi un diritto incondizionato e assoluto di praticare i riti dovunque e in ogni tempo ⁽⁸⁰⁾ e le autorità possono limitarne l'esercizio in presenza di interessi prevalenti di segno opposto, come la tutela di diritti altrui ⁽⁸¹⁾ oppure la necessità di garantire la sicurezza pubblica ⁽⁸²⁾ o la salute pubblica ⁽⁸³⁾. Alla stregua di questo stesso criterio la Corte ha in più casi ravvisato l'assenza del requisito di proporzionalità, in particolare in occasione di interventi di dispersione e di interruzione di riti compiuti in violazione delle legislazioni interne ⁽⁸⁴⁾.

5. Manifestazioni, simboli e segni religiosi. Sfera privata e sfera pubblica. Abiti e altri simboli identitari (il “velo islamico”): casistica

L'art. 9 CEDU accorda protezione anche all'esercizio individuale della libertà di esprimere il proprio credo e la propria appartenenza a una fede o una convinzione attraverso l'uso di simboli e segni, in particolare con l'uso di indumenti o altri segni riconoscibili tali da esprimere l'immediata identificazione con l'appartenenza a un credo. In via di principio i canoni fondamentali che ispirano la norma convenzionale — la tolleranza, il pluralismo, il rispetto delle diversità — riconducono le manifestazioni in discorso (portare un abito, un simbolo) alla garanzia dell'art. 9, trattandosi di una modalità strettamente legata al convincimento più intimo e dunque di una “pratica” o di un “rito”, ma questa facoltà, conformemente al § 2 della norma, non è illimitata e, al riguardo, la Corte ha generalmente riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati.

In questo ambito, oltre a una serie di puntualizzazioni relative ai vari casi specifici, si delineano alcune suddivisioni di fondo, con riguardo ai presupposti del contesto in cui si colloca la singola manifestazione. Hanno così rilievo, principalmente, il luogo e l'attività in cui si realizza la manifestazione del credo e, in connessione, la condizione soggettiva della persona, se cioè esponente della attività o del servizio ovvero fruitore di essi.

In relazione alla prima categoria, quella di chi rappresenta l'autorità, l'istituzione o comunque la struttura, è possibile classificare a tal fine quattro

⁽⁸⁰⁾ Corte EDU, 2 luglio 2013, *Pavlidis c/Turchia*.

⁽⁸¹⁾ Corte EDU, 16 ottobre 2012, *Schilder c/Paesi Bassi*.

⁽⁸²⁾ Commissione EDU, 19 ottobre 1998, *Pendragon c/UK* (sulla interdizione dell'uso del sito di Stonehenge).

⁽⁸³⁾ Corte EDU, 6 maggio 2014, *Franklin-Beentjes c/Paesi Bassi*, in un caso di uso di sostanze stupefacenti da parte degli aderenti a una comunità del “santo Daime”.

⁽⁸⁴⁾ Corte EDU, 26 giugno 2014, *Krupko c/Russia*; 27 gennaio 2011, *Boychev c/Bulgaria*.

distinti ambiti di tipo obiettivo: (a) lo spazio pubblico, (b) gli ambienti e le funzioni legati all'istruzione, (c) gli uffici e le funzioni di carattere pubblico, (d) le attività lavorative o professionali svolte in contesti privati.

(a) Con riguardo agli spazi pubblici, ad esempio, è stata valutata la repressione penale verso un gruppo religioso per avere portato un abbigliamento uniforme di colore nero (un turbante, un pantalone e una tunica, oltre a un bastone) e la Corte ha affermato che in linea di principio una legislazione come quella turca applicata nel caso di specie, che vieta di indossare abiti religiosi in pubblico al di fuori di una cerimonia, non è di per sé lesiva dell'art. 9, giacché persegue finalità legittime come la sicurezza pubblica e la tutela dei diritti altrui; ma è stata considerata in concreto sussistere la violazione dell'art. 9 per difetto di proporzionalità rispetto a tali scopi, in assenza di elementi concreti nel senso di una minaccia per la collettività o terzi (Corte EDU, 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan c/Turchia*). Di contro, non è stata ritenuta lesiva dell'art. 9 la legislazione francese del 2004 che vieta di portare in pubblico abiti tali da coprire il volto, ossia il cd. velo islamico integrale, come il *Niqab* (velo che copre il capo lasciando scoperti solo gli occhi) o il *Burqa* (che copre del tutto il corpo, salva una retina sugli occhi per permettere la vista), in quanto tale normativa non è correlata all'appartenenza religiosa e si giustifica invece per finalità diverse: la Corte ha valorizzato, al riguardo, l'importanza delle relazioni sociali "aperte", elemento essenziale per la vita collettiva una società democratica e che una pratica come quella del velo integrale mette in discussione, frustrando la instaurazione di rapporti equilibrati nello spazio di socialità oltre che isolando le donne stesse. Pertanto, il margine di apprezzamento interno da riconoscere allo Stato non può dirsi in simili casi superato ⁽⁸⁵⁾.

Circa la normativa francese anteriore al 2004 è stata pure affermata la legittimità di specifici divieti di indossare il velo in occasione di lezioni di educazione fisica, per motivi di sicurezza e di igiene (Corte EDU, 4 dicembre 2008, *Dogru c/Francia*).

Ancora con riguardo al velo, è stata anche riconosciuta, per evidenti esigenze di identificazione, la legittimità dell'obbligo di apparire con il capo scoperto nelle foto da utilizzare nei documenti pubblici di identità ⁽⁸⁶⁾ nonché, per ragioni di sicurezza, dell'obbligo di togliersi i capi suscettibili di impedire appunto l'identificazione (per un *sikh* di togliersi il turbante in sede

⁽⁸⁵⁾ Corte EDU, GC, 1° luglio 2014, *S.A.S. c/Francia*. Nello stesso senso, con riguardo a una legislazione belga, Corte EDU, 11 luglio 2017, *Dakir c/Belgio* e *Belcacemi c/Belgio*.

⁽⁸⁶⁾ Corte EDU, 19 dicembre 2006, *Araç c/Turchia*; 13 novembre 2008, *Mann Singh c/Francia*.

di controlli aeroportuali, per una donna di togliersi il velo in fase di controlli di identità) ⁽⁸⁷⁾.

(b) Relativamente al contesto scolastico e universitario, entra in gioco una serie di ragioni ulteriori e pregnanti, legate essenzialmente da un lato al rispetto del principio di laicità ed equidistanza dello Stato rispetto alle diverse confessioni, dall'altro alla necessità di far rispettare, in un ambiente destinato alla formazione e che perciò deve restare indenne da forme di indottrinamento, esigenze di uguaglianza di genere e di tolleranza, tanto più quando le manifestazioni provengono da personale insegnante, che svolge una funzione pubblica e rappresenta l'autorità scolastica e lo Stato di fronte agli studenti, specie quando si tratti di alunni in tenera età. Ragioni che hanno reiteratamente condotto la Corte a escludere la violazione dell'art. 9 nel caso di sanzioni disciplinari applicate a insegnanti a causa della pretesa di indossare il velo durante le lezioni, in violazione del precetto di neutralità della funzione ⁽⁸⁸⁾.

Analoga conclusione è stata poi raggiunta anche con riguardo ai divieti rivolti al corpo studentesco di portare il velo durante le lezioni, in questi casi — non essendo in gioco il dovere di imparzialità dei pubblici dipendenti — con precipuo riferimento a differenti basi giuridiche e segnatamente per il principio di laicità statale, particolarmente avvertito in Turchia, in quanto declinato già nella Costituzione e affermatosi nella società civile a fronte della presenza di movimenti integralisti rivolti invece a imporre le regole della *sharia*; in questo caso, la Corte ha riconosciuto un ambito di discrezionalità particolarmente ampio, legato allo specifico contesto della società turca (in cui la maggioranza è di religione musulmana) e altresì alla esigenza di assicurare la parità di genere (Corte EDU, GC, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/Turchia*) e anche qui la neutralità complessiva dell'istruzione secondaria (Corte EDU, 24 gennaio 2006, *Köse c/Turchia*). Anche in altri casi il richiamo al principio fondamentale di laicità dello Stato ha costituito la base sufficiente per escludere la violazione dell'art. 9 in situazioni di divieto di manifestare in contesti scolastici una appartenenza religiosa attraverso l'abbigliamento (come nel caso del turbante degli alunni *sikh*, Corte EDU, 30 giugno 2009, *Ranjit Singh c/Francia*).

(c) È più stringente ancora l'indirizzo che concerne l'uso di simboli individuali in un contesto pubblico e nello svolgimento di funzioni pubbliche o di interesse generale (diverse dall'insegnamento, su cui si è detto sopra). In questo caso, la necessaria neutralità del servizio reso dall'autorità pubblica,

⁽⁸⁷⁾ Corte EDU, 11 gennaio 2005, *Phull c/Francia*; 4 marzo 2008, *El Morsli c/Francia*.

⁽⁸⁸⁾ Corte EDU, 24 gennaio 2006, *Kulturmus c/Turchia*; 15 febbraio 2001, *Dablab c/Svizzera*.

riflesso a sua volta proprio del carattere di laicità che — ancorché con caratteri non uniformi, tra i vari Paesi — contraddistingue le società democratiche e gli Stati non confessionali, rende in via di principio legittime le restrizioni nei confronti dei soggetti che rappresentano quella stessa autorità quanto alla ostentazione di segni di appartenenza confessionale, perché, sebbene anch'essi siano individui che come tali fruiscono delle garanzie convenzionali e dunque dell'art. 9, ne andrebbe del principio di laicità e della imparzialità della cosa pubblica. V'è pertanto un margine di apprezzamento degli Stati particolarmente ampio, in relazione allo scopo legittimo di preservare la piena neutralità in materia religiosa e, al contempo, i diritti e le libertà altrui, ossia di coloro che entrano in relazione con le istituzioni e le strutture preposte alla cura di funzioni di carattere pubblico, e ciò tanto più se l'“utenza” sia normalmente composta da persone in condizione di debolezza, come ad esempio in un ospedale ⁽⁸⁹⁾.

(d) quanto ai luoghi di svolgimento di attività professionali o lavorative di natura privata, la Corte riconosce anche in questo caso un margine di apprezzamento — pur in assenza del connotato di funzione pubblica dell'attività svolta — in quanto è possibile prescrivere talune restrizioni relative all'uso di un abbigliamento o di altri segni individuali espressivi di appartenenza religiosa, in vista di esigenze più propriamente aziendali o di “immagine”, ma in tali casi entrano in gioco il criterio di proporzionalità e le esigenze di parità di trattamento, cosicché eventuali limitazioni non potrebbero esser applicate in maniera discriminatoria (Corte EDU, 15 gennaio 2013, *Eweida c/UK*, che ha constatato la violazione dell'art. 9 nel divieto per una impiegata di portare indosso la croce cristiana mentre per altri segni — il velo, il turbante — ciò era autorizzato) ⁽⁹⁰⁾.

È diverso e più ampio, invece, lo spazio di libertà accordato agli utenti di servizi pubblici o che comunque entrano in contatto con luoghi di svolgimento di funzioni pubbliche. Per costoro, che non rappresentano l'autorità o la struttura, non può esservi obbligo di particolare restrizione o “discrezione” nella espressione della appartenenza a un credo, salvi i limiti generali e comuni a tutti, di rispetto della funzione svolta e dell'organizzazione del servizio ⁽⁹¹⁾, anche se naturalmente un luogo istituzionale non equivale a uno spazio pubblico genericamente inteso come una strada o una

⁽⁸⁹⁾ Corte EDU, 26 novembre 2016, *Ebrahimian c/Francia*, concernente l'uso del velo da parte di una assistente in un reparto ospedaliero di psichiatria; Corte EDU, 27 maggio 2013, *Eweida c/UK*.

⁽⁹⁰⁾ Sotto questo profilo, l'indirizzo della Corte EDU è analogo a quello della Corte di giustizia dell'UE in tema di applicazione della Direttiva 2000/78/CE. V. nota 91.

⁽⁹¹⁾ Per il principio, Corte EDU, 18 settembre 2018, *Lachiri c/Belgio*. Sotto questo profilo, l'indirizzo della Corte EDU è in linea con quello della Corte di giustizia dell'UE che,

piazza. In base a questo principio, è stata ravvisata la violazione dell'art. 9 nell'imposizione a un adepto salafita dell'Islam, citato come testimone, di togliersi un copricapo nel corso di una udienza in tribunale per un processo di terrorismo, seguita da sanzione per il rifiuto, appunto in quanto si trattava di un privato e inoltre perché nel caso di specie la condotta era ispirata da convinzione sincera, senza connotati oltraggiosi o irrispettosi verso i giudici (Corte EDU, 5 dicembre 2017, *Hamidovic c/Bosnia Erzegovina*). Resta fermo, come accennato, che possono venire in rilievo altre esigenze tali da imporre una maggiore limitazione anche agli utenti, in vista del rispetto del principio di neutralità e delle caratteristiche specifiche del contesto (es. sanitario, Corte EDU, 26 novembre 2016, *Ebrahimian c/Francia*).

6. Simboli religiosi negli edifici pubblici. Il Crocifisso

La giurisprudenza della Corte EDU che si è sopra sintetizzata, in tema di uso negli spazi pubblici o istituzionali di simboli e segni espressivi di una appartenenza a una fede o di una convinzione ideale riguarda la tematica sul piano strettamente individuale. È stata diversa l'impostazione della Corte per ciò che concerne l'uso di simboli di fede in una dimensione collettiva/istituzionale, cioè per scelte dell'autorità preposta a una funzione, perché in questa prospettiva assume più specifico rilievo l'aspetto della neutralità e del rispetto dei principi di pluralismo e tolleranza, unitamente alla regola imperativa di non discriminazione. La questione si è posta con riguardo al tema dell'apposizione del Crocifisso negli ambienti scolastici ed ha coinvolto, in connessione con l'art. 9, l'interpretazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1, sotto il profilo del diritto dei genitori al rispetto, nell'attività di insegnamento, delle loro convinzioni religiose e filosofiche; art. 2 del Protocollo che costituisce norma speciale rispetto all'art. 9 CEDU ⁽⁹²⁾.

Nel caso definito da Corte EDU, GC, 18 marzo 2011, *Lautsi c/Italia* si è così posto il problema della compatibilità convenzionale dell'apposizione del Crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche, dopo che in sede di giurisdizione amministrativa la ricorrente — che chiedeva l'eliminazione del simbolo cristiano perché in conflitto con le proprie convinzioni e dunque ritenuto lesivo del citato art. 2 del Protocollo n. 1 — non aveva ottenuto adesione alla propria tesi.

in tema di applicazione della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio (direttiva antidiscriminazioni nei luoghi di lavoro), ammette limitazioni alle manifestazioni religiose alla condizione che valgano per tutti: CGUE, 13 ottobre 2022, C-344/20.

⁽⁹²⁾ Corte EDU, 10 aprile 2017, *Osmanoglu c/Svizzera*. Il diritto garantito dall'art. 2 del protocollo n. 1 non può essere esercitato da un genitore che non abbia la potestà genitoriale, che ne è il presupposto: Commissione EDU, 12 dicembre 1977, *X c/Svezia*.

La Corte EDU, ribaltando il giudizio della Camera (Corte EDU, 3 novembre 2009) — la quale aveva reputato la violazione del parametro convenzionale in quanto l'esposizione del Crocifisso si sarebbe posta in contrasto sia con il principio di neutralità in campo religioso, sia con il divieto di indottrinamento degli alunni e per questo complessivamente in conflitto con la garanzia del Protocollo 1, art. 2 — ha escluso la violazione. Innanzitutto, essa ha considerato che l'art. 2 del Protocollo addizionale non impedisce che gli Stati trasmettano, attraverso la funzione di insegnamento, elementi di formazione e conoscenza che abbiano direttamente o indirettamente un connotato religioso e quindi non autorizza di per sé i genitori a contestare in radice tale impostazione didattica, fermo restando che nell'adempimento della funzione l'insegnamento deve essere improntato a obiettività e sviluppo di capacità critiche, al di fuori di ogni forma di proselitismo o indottrinamento. Facendo quindi leva sul margine di apprezzamento di ciascuno Stato per ciò che riguarda in generale l'assetto dell'istruzione e l'inserimento in essa di una particolare considerazione verso alcune religioni, la Corte ha osservato che il simbolo del Crocifisso, seppure certamente richiama il Cristianesimo, svolge, collocato in contesto scolastico, un ruolo "passivo" nel senso che non ha una potenzialità di indottrinamento e di influenza sulla formazione degli alunni (come potrebbe averne invece l'insegnante o il programma di studi) e, di conseguenza, non incide sul diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni. L'*effetto* della esposizione del Crocifisso nelle scuole è pertanto ridimensionato, rispetto alla prospettiva della ricorrente la quale non potrebbe far valere in senso contrario una sua personale percezione, ed è ricondotto a un legittimo ambito di discrezionalità dello Stato, con riferimento a una confessione espressiva di radicate tradizioni di pensiero e culturali.

Come si vedrà (nella corrispondente parte III), la giurisprudenza interna perverrà più di recente a conclusioni in buona parte diverse, paramtrate sul principio (supremo) di laicità dello Stato nel quadro costituzionale, parametro questo che è rimasto invece dichiaratamente al di fuori del quadro interpretativo della Corte EDU.

7. Libertà di insegnamento e di istruzione. Predicazione e proselitismo

Esaminando il tema della libertà di istruzione e dei diritti coinvolti, sia dal lato attivo (insegnanti) che da quello degli alunni, si registra — in coerenza sostanziale con l'enunciato della sentenza Lautsi citata nel par. precedente, là dove istituisce una differenza di fondo tra significati "passivi" di un simbolo e incidenza attiva della funzione didattica e della formazione intellettuale degli alunni — una impostazione più restrittiva della Corte

EDU, nel senso del riconoscimento di minori spazi di esercizio dell'“apprezzamento” statale.

Circa i diritti di imparzialità educativa e di neutralità religiosa che fanno capo agli alunni, infatti, la Corte, ancora in applicazione dell'art. 2 del primo Protocollo addizionale, pur riconoscendo la legittimità di insegnamenti orientati anche sul piano confessionale, ma solo a condizione della loro non obbligatorietà e della previsione di un esonero, ha escluso la possibilità di imporre ai genitori una dichiarazione di appartenenza religiosa per potere usufruire dell'esenzione dal corso di educazione religiosa, trattandosi di una sorta di coercizione indiretta rispetto a elementi interiori e sensibili, con possibile effetto impeditivo di una libera richiesta di esenzione (Corte EDU, GC, 29 giugno 2007, *Folgerø c/Norvegia*; Corte EDU, 31 gennaio 2020, *Papageorgiou c/Grecia*). Queste decisioni erano state peraltro precedute, in passato, da altra di segno differente ⁽⁹³⁾.

Di contro, ribadendo i principi di fondo in questa materia (neutralità dello Stato, garanzia della armonia e della tolleranza in una società democratica, nelle relazioni tra singoli e tra aderenti a diverse fedi e credenze; obbligo di veicolare una informazione pluralistica e obiettiva, senza tentativi di proselitismo dottrinale), non è stata ravvisata violazione dell'art. 2, Protocollo n. 1 né dell'art. 9 CEDU nel caso di un rito di benedizione secondo il culto cristiano ortodosso in un'aula scolastica, in presenza di un alunno di diversa fede religiosa (Corte EDU, 20 ottobre 2020, *Perovy c/Russia*). In questo caso, la Corte ha valorizzato il carattere isolato e breve del rito, tale da non consentire di individuare qualche effetto di reale condizionamento nell'alunno di fede diversa.

In sintesi, quindi, il limite non superabile è quello dell'“indottrinamento” da parte dell'autorità scolastica, limite tanto più stringente quanto maggiore è la vulnerabilità intellettuale degli alunni; un divieto questo — se rispettato — al quale non corrisponde tuttavia un contrapposto diritto dei genitori di impedire la partecipazione dei figli a corsi che possono avere contenuti religiosi o di pretendere una determinata organizzazione e specifici contenuti di insegnamento da parte delle autorità scolastiche ⁽⁹⁴⁾, giacché il rispetto delle convinzioni dei genitori non equivale ad obbligo di assecondare

⁽⁹³⁾ Nel caso deciso da Commissione CEDU, 3 dicembre 1986, *Angeleni c/Svezia*, infatti, era stato dichiarato non contrario ai parametri in discorso il rifiuto di esonerare una studentessa, dichiaratasi atea, dai corsi di istruzione religiosa, in una situazione in cui non era possibile neppure optare per altro corso appunto in ragione della professione di ateismo. In quel caso, la Commissione aveva considerato che il corso specifico era un insegnamento sulle religioni in generale e non su una confessione in particolare.

⁽⁹⁴⁾ Corte EDU, 19 dicembre 2017, *A.R. c/Svizzera*; 10 aprile 2017, *Osmanoglu c/Svizzera*.

queste ultime. Così, nel conflitto tra esigenze di svolgimento di pratiche religiose individuali e obbligo di frequenza scolastica a prevalere è quest'ultima, avendo lo Stato il dovere di garantire l'istruzione (Corte EDU, 27 aprile 1999, *Martins Casimiro c/Lussemburgo*, caso in cui i ricorrenti, adepti della Chiesa degli avventisti del settimo giorno, chiedevano l'esonero generalizzato dei figli dalle lezioni del sabato). Emerge in tal caso il significato più profondo della formula dell'art. 2 del Protocollo, che non afferma (solo) il diritto all'istruzione ma predica un obbligo positivo dello Stato, di fornirla a tutti, implicando il dovere di istituzione di un sistema di istruzione pubblica ⁽⁹⁵⁾ e vietando esclusioni *ad personam*.

Quanto alla libertà "attiva" di insegnamento e dunque dal punto di vista del personale docente, anche su questo versante è il divieto di indottrinamento — riflesso del canone di neutralità dello Stato nella gestione dell'insegnamento pubblico — a costituire il limite del margine di apprezzamento statale nell'organizzazione e programmazione della funzione educativa, rispetto alla quale, se permane in capo alle autorità interne un margine esteso di discrezionalità circa il peso ch'esse intendono dare al fenomeno religioso nel quadro della formazione degli studenti, tale discrezionalità deve pur sempre associarsi al dovere di fornire informazioni in modo obiettivo e pluralistico, anche conformemente alle tradizioni culturali proprie del singolo Paese, senza trasmodare in coercizioni o forme di convincimento delle persone ⁽⁹⁶⁾. Questi stessi limiti non valgono allo stesso modo per l'esercizio della funzione docente resa nell'ambito di istituzioni e organizzazioni di tendenza e orientate, come scuole e istituti di istruzione a vocazione confessionale. In tali casi, l'obbligo di fedeltà rafforzato assunto dall'insegnante-dipendente verso la struttura di tendenza consente di riconoscere come legittime le limitazioni di contenuto al suo compito educativo e formativo; pertanto, si è esclusa la violazione del parametro convenzionale in casi nei quali sono state applicate sanzioni anche espulsive verso personale educativo o insegnante la cui attività e i cui convincimenti si rivelino del tutto incompatibili con quelli che ispirano l'organizzazione ⁽⁹⁷⁾.

Contiguo all'insegnamento, ma funzionalmente distinto da esso, è il tema

⁽⁹⁵⁾ Senza con ciò impedire la creazione di scuole private, quale implicito riflesso del diritto dei genitori di impartire l'educazione conformemente ai propri orientamenti.

⁽⁹⁶⁾ Corte EDU, 10 aprile 2017, *Osmanoglu* cit.

⁽⁹⁷⁾ Corte EDU, 3 febbraio 2011, *Siebenhaar c/Germania*; Corte EDU, GC, 12 giugno 2014, *Fernandez Martinez c/Spagna*. Il tema intercetta anche altri parametri convenzionali, in particolare con riguardo al divieto di discriminazione *ex art. 14* e alla libertà di espressione *ex art. 10 CEDU*; al riguardo, cfr. Corte EDU, 20 ottobre 2009, *Lombardi Vallauri c/Italia*, in un caso in cui è stata accertata la violazione dell'art. 10, sotto il profilo della genericità dell'addebito e della carenza di contraddittorio, per l'interruzione del rapporto di lavoro con una Università

del proselitismo e della predicazione. In generale, la libertà di religione include la facoltà di cercare di convincere altri ad aderire al credo — salvo che si tratti di pressione abusiva o sorretta da promesse di vantaggi materiali — poiché è connaturale a ogni organizzazione di tendenza la ricerca di nuovi adepti. Tuttavia, secondo le circostanze, rispetto a tale facoltà può risultare prevalente un diverso ordine di vincoli, come ad esempio nell'ambito di una struttura militare di carattere gerarchico in cui la relazione di supremazia altera la normale libertà di adesione spontanea a un credo ⁽⁹⁸⁾.

8. La dimensione collettiva e organizzativa del fenomeno religioso. Le relazioni tra Stati e Chiese

L'approccio della Corte EDU in ordine ai rapporti tra gli Stati e le confessioni, ancorché la giurisprudenza concernente l'art. 9 sia sovente imperniata, come si è visto, sul richiamo al principio di laicità nel contesto delle questioni più strettamente concernenti i diritti dei singoli, muove tuttavia dal presupposto di una presa d'atto della esistenza di forme tra loro assai diverse di relazioni reciproche tra Stati e confessioni, quale portato di vicende storiche e culturali specifiche, e dunque considera la impossibilità di individuare un modello unico o prevalente al quale fare riferimento. Posta, quindi, la possibilità a fini descrittivi di individuare tre tipologie di relazioni — gli Stati confessionali, con una Chiesa di Stato; gli Stati laici, improntati a una rigida separazione tra le due sfere; i regimi intermedi di tipo concordatario — resta che nessuno di questi "tipi" può dirsi in astratto in conflitto con la libertà riconosciuta dall'art. 9 CEDU e che non spetta alla Corte il compito di indirizzare verso l'una o l'altra forma di interrelazione. Non contrasta, in particolare, il primo tipo, giacché la Corte ha esplicitamente affermato che l'esistenza di una Chiesa "ufficiale" dello Stato non è di per sé in conflitto con l'art. 9 ⁽⁹⁹⁾ in quanto il principio di neutralità più volte menzionato non comporta necessariamente l'adozione di un modello *standard* ⁽¹⁰⁰⁾ e non consente di trascurare il peso che ha una Chiesa alla quale aderisce, per storia e tradizione, la popolazione di un Paese e che svolge un ruolo di coesione e

cattolica giustificata in base alle convinzioni del docente dissonanti rispetto alla dottrina cattolica. Vicenda che echeggia il "caso Cordero", su cui v. Corte cost., n. 195/1972.

⁽⁹⁸⁾ Corte EDU, 24 febbraio 1998, *Larissis c/Grecia*.

⁽⁹⁹⁾ Sotto questo punto di vista l'ottica del diritto interno, che la Corte EDU non è tenuta a considerare come parametro nel proprio giudizio, è nettamente diversa: per tutte, Corte cost., n. 203/1989, n. 440/1995, n. 508/2000, n. 168/2005.

⁽¹⁰⁰⁾ Corte EDU, GC, 26 aprile 2016, *Izzettin Dogan c/Turchia*.

di stabilizzazione sociale ⁽¹⁰¹⁾; in ogni caso, con il limite — riflesso del canone di proporzionalità e del carattere imperativo del diritto del singolo — per cui l'esistenza di una Chiesa di Stato non può essere motivo di pregiudizio per le libertà individuali, in primo luogo quella di non aderire alla confessione o di uscirne ⁽¹⁰²⁾. Nei sistemi concordatari, l'accordo che sia stato concluso con una confessione prevalente storicamente e alla quale sia perciò attribuito uno statuto specifico in ordine alla capacità (personalità giuridica) e a taluni vantaggi implica che anche ad altri gruppi religiosi debba essere data la possibilità di ottenere uno *status* analogo, secondo criteri non discriminatori ⁽¹⁰³⁾. Nei Paesi in cui vi è infine un assetto di piena separazione tra lo Stato e la sfera religiosa, il principio di laicità si concretizza nel dovere di imparzialità e di equidistanza dello Stato stesso rispetto a ogni confessione ⁽¹⁰⁴⁾. Condizione comune e unificante, rispetto a ogni modello di relazione Stato-Chiesa, è quella del rispetto di autonomia e non ingerenza nell'organizzazione interna della confessione o nell'esercizio dei riti a essa propri, trattandosi di un aspetto essenziale della vita del gruppo, tutelato anche sotto il profilo della libertà di associazione *ex art.* 11 CEDU ⁽¹⁰⁵⁾, anche quando lo Stato si avvalga attraverso deleghe del gruppo religioso per l'esercizio di talune funzioni di interesse pubblico ⁽¹⁰⁶⁾.

Corollari del principio di (reciproca) autonomia, riflesso del pluralismo democratico, sono l'esclusione dell'obbligo di riconoscere al matrimonio religioso gli stessi effetti di quello civile (Corte EDU, GC, 2 novembre 2010, *Şerife Yiğit c/Turchia*) nonché di riconoscere le decisioni dei tribunali ecclesiastici (Corte EDU, 17 gennaio 2000, *Serif c/Grecia*). Se in virtù di accordi di diritto interno ai singoli Paesi l'attività dei ministri di culto produce effetti giuridici nel contesto civile (matrimoni, questioni familiari e successorie, sentenze), allora lo Stato ha l'obbligo di garantire la protezione dei terzi rispetto a possibili abusi da parte degli stessi (Corte EDU, *Serif cit.*).

⁽¹⁰¹⁾ Corte EDU, GC, 9 luglio 2013, *Sindicatul Pastoral cel Bun c/Romania*; Corte EDU, 16 novembre 2017, *Arcidiocesi ortodossa di Ohrid c/ex Repubblica di Macedonia*; 3 maggio 2007, *Testimoni di Geova di Gidani c/Georgia*.

⁽¹⁰²⁾ Corte EDU, 18 settembre 2012, *Ásatrúarfélagið c/Islanda*.

⁽¹⁰³⁾ Corte EDU, GC, 26 aprile 2016, *Izzettin Dogan c/Turchia*; 9 dicembre 2010, *Savez crkava Rijec života c/Croazia*.

⁽¹⁰⁴⁾ Corte EDU, 26 novembre 2016, *Ebrahimian c/Francia*.

⁽¹⁰⁵⁾ Così, è stata constatata la violazione dell'art. 9, quale interferenza non giustificata da un "bisogno imperioso della società", per sanzioni applicate a ministri di culto, ancorché licenziati dall'organizzazione di appartenenza, che avevano proseguito nell'esercizio delle precedenti funzioni, celebrando riti e servizi (Corte EDU, 19 febbraio 2019, *Tothpal c/Romania*).

⁽¹⁰⁶⁾ Corte EDU, 28 agosto 2001, *Bruno c/Svezia*.

L'altro aspetto del principio di autonomia è costituito dal dovere di non-ingerenza dello Stato nell'organizzazione interna dei gruppi confessionali: lo Stato non è abilitato né a qualificare in maniera costitutiva una determinata religione (che deve "riconoscere" come tale, se esistente), né a poter imporre ad una comunità l'ingresso o l'esclusione di alcuni membri, né a ingerirsi in qualsiasi altro modo nella vita del gruppo, neppure per garantire la libertà di espressione e di adesione interna all'organizzazione, dovendo rimanere estraneo a tali dinamiche poiché non spetta ad esso in via di principio il ruolo di arbitro dei conflitti interni alla confessione né l'autorità statale è garante del dissenso interno all'organizzazione (Corte EDU, GC, 12 giugno 2014, *Fernandez Martinez c/Spagna*) ⁽¹⁰⁷⁾. La struttura interna e le regole di funzionamento e composizione dell'organizzazione rappresentano infatti il risultato di tradizioni e di riti mediante i quali esse perpetuano e sviluppano la loro stessa esistenza.

Alla stregua dei criteri esposti, la giurisprudenza della Corte si è occupata essenzialmente di vicende in cui entrano in gioco gli aspetti fondamentali della vita del gruppo religioso in un contesto di società civile, vale a dire il riconoscimento della personalità giuridica, la "registrazione" (e cancellazione), lo scioglimento dell'organizzazione. La Corte ha sottolineato il rilievo centrale del riconoscimento della personalità soggettiva al gruppo, quale condizione di azione e di operatività con effetti giuridicamente validi, secondo la chiave di lettura di fondo della garanzia reale e non fittizia delle libertà garantite dalla Convenzione, ed ha quindi qualificato il rifiuto del riconoscimento della personalità giuridica (o della registrazione) quale "ingerenza" nell'esercizio del diritto — della struttura e dei suoi componenti ⁽¹⁰⁸⁾ — la cui legittimità deve essere apprezzata secondo stringenti criteri di necessità e di tutela di esigenze di sicurezza ⁽¹⁰⁹⁾; in particolare, la Corte ha escluso che una semplice tolleranza di fatto possa essere equivalente al riconoscimento, se è da questo che possono sorgere diritti e facoltà di diverso tipo, legate alla soggettività piena (proprietà immobiliari, locazioni, tenuta di conti bancari, creazione di strutture e luoghi di culto e istruzione

⁽¹⁰⁷⁾ Per alcuni casi di ingerenza-intromissione lesiva dell'art. 9, cfr. Corte EDU, 22 gennaio 2009, *Santo Sinodo della Chiesa ortodossa bulgara c/Bulgaria*; 15 settembre 2009, *Mirolubovs c/Lettonia*.

⁽¹⁰⁸⁾ Cosicché la legittimazione a far falere la violazione spetta a ciascun aderente: Corte EDU, 15 giugno 2017, *Metodiev c/Bulgaria*.

⁽¹⁰⁹⁾ Ad esempio quando si possa ritenere che l'organizzazione persegua scopi clandestini e pericolosi per la popolazione (Corte EDU, 13 dicembre 2001, *Chiesa di Bessarabia c/Moldova*), sicché è possibile un controllo dell'autorità pubblica sotto tale profilo.

e così via) ⁽¹¹⁰⁾. Pertanto, la forma estrema di ingerenza, ossia lo scioglimento dell'organizzazione, necessita di ragioni eccezionali e particolarmente gravi per poter essere adottata (Corte EDU, 12 giugno 2014, Centro biblico della Repubblica di Ciuvascia c/Russia).

Uno spazio di controllo in sede di riconoscimento o di registrazione è comunque dato alle autorità (a) in funzione della tutela di diritti di terzi, cosicché è possibile prescrivere una denominazione chiaramente identificabile, al fine di evitare il rischio di confusioni e un pregiudizio per gli interessi altrui (Corte EDU, 12 aprile 2018, Comunità Bektashi c/ex Repubblica di Macedonia); (b) per richiedere un minimo di allegazione della dottrina predicata e della consistenza numerica richiesta dalla legge (Corte EDU, 3 marzo 2009, Lajda c/Repubblica ceca; 27 gennaio 2011, Boychev c/Bulgaria).

Per quanto concerne lo svolgimento pratico del culto, si ritiene che il diritto di libertà collettiva in materia religiosa non si estenda a pretese in tema di istituzione di luoghi di esercizio della confessione né a deroghe rispetto alle discipline urbanistiche ed edilizie vigenti nel contesto, trattandosi di interessi generali di pianificazione territoriale riconducibili allo scopo di protezione dell'ordine che legittima ingerenze dello Stato ⁽¹¹¹⁾ e come tali rientranti nello spazio di discrezionalità accordato ai vari Paesi; in questo ambito, peraltro, restano ferme sia la indispensabile base legislativa (Corte EDU, 3 settembre 2019, Comunità religiosa dei Testimoni di Geova del distretto Ternivsky di Kryvyi Rih c/Ucraina), sia la soglia del criterio di stringente necessità dell'ingerenza in funzione della tutela degli scopi tassativi di cui al § 2 dell'art. 9 (Corte EDU, 10 novembre 2020, Testimoni di Geova c/Bulgaria).

Relativamente al regime tributario degli enti e delle organizzazioni confessionali, la libertà *ex art. 9* non implica il diritto a un regime fiscale privilegiato bensì impedisce che alcune misure possano sortire un effetto indiretto di compressione seria del diritto stesso, specialmente se dette misure hanno carattere specifico e non si applicano alla generalità delle analoghe organizzazioni, con effetto discriminatorio (Corte EDU, 25 settembre 2012, Jehovas Zeugen in Österreich c/Austria); fermo restando che se taluni privilegi fiscali sono frutto di un accordo con lo Stato, un ente confessionale che non abbia concluso un analogo accordo non è legittimato a pretendere l'estensione di quella disciplina ⁽¹¹²⁾.

Di contro, è lesivo dell'art. 9 un onere tributario, oltre che per gli appartenenti, anche a carico di coloro che non aderiscono a una confessione,

⁽¹¹⁰⁾ Corte EDU, 23 marzo 2017, *Genov c/Bulgaria*.

⁽¹¹¹⁾ Corte EDU, 24 maggio 2016, *Associazione di solidarietà con i Testimoni di Geova c/Turchia*; Commissione EDU, 8 marzo 1994, *Iskcon c/UK*.

⁽¹¹²⁾ Commissione EDU, 11 gennaio 1992, *Iglesia Bautista El Salvador c/Spagna*.

onere il cui ricavato sia devoluto a quest'ultima, giacché si tratta di una violazione della libertà negativa di religione ⁽¹¹³⁾. Con riguardo all'Italia, la Corte ha escluso che la disciplina concernente la destinazione dell'otto per mille del reddito imponibile in favore di determinate confessioni con le quali lo Stato ha stipulato accordi sia lesiva dell'art. 9 CEDU, perché tale normativa, consentendo di non esprimere alcuna scelta omettendo la destinazione volontaria, non intacca la libertà individuale di tipo negativo di non esprimere alcuna adesione a una fede o a una credenza (Corte EDU, 29 marzo 2007, *Spampinato c/Italia*).

9. Altre applicazioni in tema di libertà di pensiero e di fede. Conflitti tra diritti. L'immigrazione

Può accadere che due diritti equivalenti ed entrambi garantiti dall'art. 9 entrino in conflitto tra loro. È il caso in cui alla libertà di pensiero e di coscienza esternata autonomamente si contrapponga una libertà di convincimento e di manifestazione religiosa. In simili casi, la logica del giudizio generalmente seguita dalla giurisprudenza della Corte EDU è quella del bilanciamento secondo le circostanze concrete del caso, senza accordare priorità all'uno o all'altro dei diritti, alla ricerca di un "giusto equilibrio". Tale profilo delinea la prospettiva degli obblighi positivi dello Stato, tra cui quello di garantire attraverso misure appropriate e un quadro giuridico adeguato una certa protezione alle libertà di espressione del credo rispetto ad attacchi o critiche da cui peraltro, in una società pluralista e democratica, i gruppi confessionali non possono in assoluto andare esenti.

In quest'ambito, lo Stato può essere chiamato ad adottare misure protettive qualora le censure "esterne" rivestano caratteri tali da costituire in concreto un impedimento effettivo per l'esercizio delle libertà di professione di fede, come in caso di aggressioni fisiche o altri comportamenti improntati a violenza (Corte EDU, 24 febbraio 2015, *Karaahmed c/Bulgaria*; 7 ottobre 2014, *Begheluri c/Georgia*) o come in caso di arbitraria interruzione di un rito in corso (Corte EDU, 15 maggio 2012, *Bulgaru c/Romania*).

Diversamente, una rappresentazione sarcastica o anche provocatoria di simboli che formano oggetto di venerazione religiosa per alcuni gruppi professionali — in cui viene in rilievo, oltre all'art. 9, l'art. 10 CEDU in tema di libertà di espressione — non trova generalmente sanzione in termini di violazione della norma convenzionale, giacché il diritto dei singoli credenti che si reputino offesi nel loro sentimento religioso ha il suo rovescio nel

⁽¹¹³⁾ Corte EDU, 6 aprile 2017, *Klein c/Germania*.

dovere di tollerare le critiche e i dissensi anche aspri. Su questa base la Corte ha respinto le censure formulate da adepti del culto e impiegate su simili presupposti, come nel caso del rifiuto delle autorità britanniche di avviare un procedimento penale contro lo scrittore Salman Rushdie e la sua casa editrice per la pubblicazione del libro “I versetti satanici”, reputato blasfemo nella prospettiva dell’islamismo ⁽¹¹⁴⁾ o come nel caso del rifiuto delle autorità di sanzionare la pubblicazione di alcune vignette raffiguranti il profeta dell’Islam Maometto ⁽¹¹⁵⁾ o una rappresentazione dell’immagine del bambino di Czestochowa usata per denunciare l’inquinamento atmosferico ⁽¹¹⁶⁾.

Infine, in tema di immigrazione e di espulsione dallo Stato in caso di violazione delle leggi interne sui flussi di ingresso, la giurisprudenza della Corte EDU è generalmente attestata nel senso dell’assenza di un diritto assoluto a entrare e trattenersi in uno Stato di cui non si è cittadini, anche quando tale migrazione sia giustificata da ragioni legate alla adesione a una confessione, in forza del principio di diritto internazionale che riconosce il diritto statale di controllare ingresso, soggiorno e allontanamento di stranieri ⁽¹¹⁷⁾. Su questa premessa, la Corte ha considerato che, mentre è imputabile allo Stato la responsabilità per l’allontanamento del singolo verso Paesi nei quali è messa in dubbio la garanzia di taluni diritti fondamentali e assoluti — diritto alla vita, divieto di tortura, diritto alla libertà e sicurezza, diritto a un processo equo — poiché in tali casi esso è tenuto a rendere effettivo il rispetto pratico di tali diritti, non vale lo stesso per ciò che concerne la libertà di pensiero e religione in discorso, nel qual caso non vengono di per sé in rilievo le stesse esigenze imperiose di tutela. Perciò, se certamente è lesivo della Convenzione (nei suoi articoli 2, 3, 5 e 6) un respingimento che comporta il rientro dell’individuo in Paesi nei quali è messo a rischio uno dei diritti su indicati, cosa che può avvenire anche in base all’appartenenza religiosa, non assurge al medesimo livello di tutela l’esigenza di proteggere la libertà religiosa o di coscienza dell’individuo quando quei diritti fondamentali non siano in gioco, ma lo sia solo la libertà di culto in sé considerata, per essere il Paese di destinazione un luogo in cui non v’è adeguata protezione per la libertà religiosa ma senza implicazioni persecutorie. Non è dunque predicabile una tutela “universale” della libertà di religione (Corte EDU, 28 febbraio 2006, Z. e T. c/Regno Unito; 11 marzo 2003, Razaghi c/Svezia).

⁽¹¹⁴⁾ Commissione EDU, 5 marzo 1991, *Choudhouri c/UK*.

⁽¹¹⁵⁾ In questo caso, su ricorso di persona che non aveva alcun collegamento neppure extraterritoriale con lo Stato convenuto: Corte EDU, 11 dicembre 2006, *Ben el Mahi c/Danimarca*.

⁽¹¹⁶⁾ Commissione EDU, 18 aprile 1997, *Dubovska c/Polonia*.

⁽¹¹⁷⁾ Corte EDU, 8 novembre 2007, *Perry c/Lettonia*.

II.

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

di Giuseppe De Marzo (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I criteri di valutazione della legittimità dell'interferenza dei pubblici poteri. — 2.1. Il fondamento legale. — 2.2. La legittimità dell'interesse perseguito. — 2.3. La necessità dell'interferenza in una società democratica. — 3. La protezione della reputazione e i criteri del bilanciamento. — 4. Gli *hate speech*.

1. Introduzione

L'art. 10 della Convenzione europea si occupa della libertà di espressione dettando un quadro normativo a più livelli che, nel primo paragrafo, accompagna al riconoscimento del diritto e del suo contenuto (esso include “la libertà d'opinione la libertà di ricevere ⁽¹⁾ o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera”), la puntualizzazione che la tutela assicurata dalla Convenzione non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive ⁽²⁾. Il secondo paragrafo dell'art. 10, già prefigurando in generale i possibili conflitti con altri diritti fondamentali, aggiunge che l'esercizio della libertà di espressione, comportando doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che (e il lettore legga: “ma solo se”) costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla

(*) Consigliere presso la Corte di cassazione.

⁽¹⁾ Per una recente declinazione di questo profilo della libertà, v. Corte EDU, 18 luglio 2023, *Osman e Altay c. Turchia*.

⁽²⁾ Tema distinto, ma logicamente connesso è quello dei criteri attraverso i quali si sviluppa l'attività di sostegno delle imprese che si occupano di diffondere informazioni e che proprio in una recente vicenda domestica trova un interessante laboratorio di analisi, nella misura in cui emerge come, per effetto di previsioni normative, si condizioni l'attività di soggetti formalmente privati cui sono deputati poteri di controllo. A proposito del d.p.c.m. 11 luglio 2023 (in G.U. n. 174 del 27 luglio 2023), sia consentito rinviare a G. DE MARZO, *Libertà di stampa e fake news*, in *ForoNews*, ²www.foroitaliano.it, 30 luglio 2023.

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 ⁽³⁾.

Come si vedrà nella trattazione che segue, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo si è in larga parte concentrata proprio sulla portata del concreto bilanciamento ⁽⁴⁾.

2. I criteri di valutazione della legittimità dell'interferenza dei pubblici poteri

Come di recente ribadito da Corte EDU, Grande Camera, 22 gennaio 2023, *Macatė c. Lituania* ⁽⁵⁾ (v., in particolare, par. 178 e 179), l'accertamento

⁽³⁾ Per una particolare declinazione del principio, va ricordato che Corte EDU, 30 giugno 2015, *Peruzzi c. Italia*, par. 52, ha sottolineato come i “funzionari devono, per adempiere alle loro funzioni, beneficiare della fiducia del pubblico senza essere indebitamente infastiditi e può dunque risultare necessario tutelarli da attacchi verbali offensivi quando sono in servizio”.

⁽⁴⁾ Oltre le decisioni citate nel prosieguo, per un'analisi della giurisprudenza di Strasburgo, v. Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy And Satamedia Oy c. Finlandia*, dal par. 142 in poi.

⁽⁵⁾ Con tale sentenza la Grande Camera ha ravvisato una violazione dell'art. 10 nella decisione delle autorità domestiche lituane, quale avallata dalle Corti interne, di ritirare dal mercato, prima, e di accompagnare, poi, con una fascetta indicante che il libro poteva essere dannoso per i bambini sotto i 14 anni, una pubblicazione contenente adattamenti di fiabe tradizionali, che includevano personaggi di diversi gruppi etnici o con disabilità mentali e affrontavano tematiche come l'emarginazione, il bullismo, i divorzi e l'emigrazione. Due delle sei favole si occupano di relazioni e matrimoni tra persone dello stesso sesso. Il cuore della motivazione è che, in difetto di evidenze scientifiche che individuino una influenza “negativa” sui bambini della mera menzione dell'omosessualità o del dibattito pubblico sullo status sociale dei vari orientamenti sessuali (v. par. 210), le restrizioni all'accesso di pubblicazioni che si occupino di relazioni omosessuali ai minori, non erano, secondo un criterio di ragionevolezza, destinate, secondo quanto ritenuto tra l'altro dalla Corte regionale di Vilnius, a reagire contro la discriminazione nei confronti di coloro che credono nel modello tradizionale di famiglia (o, addirittura, secondo la difesa del governo lituano, contro una manifestazione del pensiero destinata a degradare, insultare o sminuire le famiglie eterosessuali; solo un cenno in questa sede meritano le considerazioni che la Corte dedica all'argomento del governo concernente il carattere sessualmente esplicito del brano nel quale una principessa dormiva tra le braccia della figlia di un calzolaio), ma rivelavano, al contrario, una preferenza verso questo modello da parte delle autorità e l'opinione che le relazioni eterosessuali fossero più socialmente accettabili delle relazioni omosessuali, in tal modo contribuendo alla stigmatizzazione di queste ultime, in contrasto con i principi di uguaglianza, pluralismo e tolleranza che ineriscono ad una società democratica.

dell'esistenza di una interferenza, da parte dei pubblici poteri ⁽⁶⁾, richiede che risulti l'esistenza di una « formalità, condizione, restrizione o sanzione, nell'esercizio da parte del ricorrente della sua libertà di espressione », fermo restando che la ricostruzione della portata di tali misure richiede che siano collocate nel contesto dei fatti di causa e della legislazione pertinente. Sempre secondo la Corte di Strasburgo nella sentenza cit. (che si muove nella scia di Corte EDU 23 ottobre 2008, *Godlevski c. Russia*, e di 19 giugno 2018, *Kula c. Turchia*), il fatto che la sanzione prevista sia modesta non toglie al provvedimento in questione la sua natura di « ingerenza » ai sensi dell'articolo 10 della Convenzione.

2.1. *Il fondamento legale*

Il secondo requisito richiesto dall'art. 10 è l'esistenza della base legale dell'interferenza, tema che, per vero, piuttosto che essere inteso semplicemente in termini formalistici di aggancio ad una previsione normativa, quale che sia, interseca quello della qualità della legge e della chiarezza del suo contenuto ⁽⁷⁾, essendo controvertibile che una legge equivoca nella sua portata possa rappresentare un legittimo fondamento dell'interferenza realizzata invocandola ⁽⁸⁾.

In linea astratta occorre distinguere i due piani, che, tuttavia, presentano aree di interferenza, gestite con prudenza operativa dalla Corte europea.

Con riguardo all'esistenza della base legale, si è ritenuto che spetta in primo luogo alle autorità nazionali e, in particolare, ai giudici interpretare il diritto interno, con la conseguenza che, salvo che l'interpretazione sia arbitraria o manifestamente irragionevole, il ruolo della Corte di Strasburgo è circoscritto alla verifica del se gli effetti di tale interpretazione siano compatibili con la Convenzione ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ La sentenza *Macatè c. Lituania*, al par. 176, sottolinea come la provenienza dell'ingerenza dai pubblici poteri, prima ancora che dalla natura formale del soggetto che ha adottato la decisione contestata discende dal fatto che quest'ultima derivi direttamente dalla legislazione interna e dagli interventi di altre autorità pubbliche di vario tipo.

⁽⁷⁾ V., proprio con riguardo all'art. 10, Corte EDU, 15 ottobre 2015, *Perinçek c. Svizzera*, par. 131.

⁽⁸⁾ Il tema del rapporto con la qualità della legge che fonda l'interferenza è trattato dalla citata sentenza *Macatè c. Lituania*, al par. 186; ma v. anche Corte EDU, 30 gennaio 2018, *Sekmadienis Ltd. c. Lituania*, par. 68.

⁽⁹⁾ Corte EDU, 29 gennaio 2019, *Cangi c. Turchia*, § 42; i casi nei quali si è ritenuta l'assenza di base legale, invero, sono piuttosto rari: ad es., nella sentenza 22 gennaio 2015, *Pinto Pinheiro Marques c. Portogallo*, par. 37 e 39, la Corte ha rilevato che era stata applicata una disposizione sanzionatoria non concernente la tipologia di dichiarazioni rese dal ricorrente. In altri casi, a riprova dell'interferenza in concreto dei due piani dei quali si parla nel

Il profilo della qualità della legge, da intendersi in termini variabili alla luce dello scopo di siffatto requisito, a sua volta correlato al tipo di conflitto in esame ⁽¹⁰⁾, oltre che del contesto, implica, pur a fronte del carattere generale delle previsioni, una verifica dei requisiti di chiarezza e di precisione ⁽¹¹⁾.

2.2. *La legittimità dell'interesse perseguito*

Mentre i primi due requisiti, se si eccettua l'aspetto appena ricordato del rapporto con la qualità della legge, che implica una valutazione squisitamente giuridica, comportano accertamenti relativamente prevedibili nei loro esiti, più complessa è la valutazione sottesa alla legittimità dell'interesse perseguito, poiché siffatto giudizio, pur implicando un confronto con i fini tassativamente enunciati nel par. 2 dell'art. 10, richiede inevitabilmente un confronto con gli altri valori in gioco.

Così, ad es., nella sentenza della Grande Camera *Macalè c. Lituania* cit., la Corte di Strasburgo ha ritenuto (par. 216) che, quando sono basate soltanto su considerazioni relative all'orientamento sessuale – ossia quando non esiste nessun altro motivo per considerare che i contenuti sui quali sono fondate siano inappropriati o dannosi per la crescita e lo sviluppo dei bambini –, le restrizioni dell'accesso di questi ultimi a contenuti relativi alle relazioni omosessuali non perseguono alcuno degli scopi che possono essere considerati legittimi ai fini dell'articolo 10, par. 2 della Convenzione, e sono pertanto incompatibili con questo articolo ⁽¹²⁾.

testo, la Corte europea ha riscontrato una incoerenza tra due testi giuridici e in assenza di una chiara soluzione: 17 gennaio 2006, *Goussev e Marenk c. Finlandia*, par. 54; 29 marzo 2011, *RTBF c. Belgio*, par. 115).

⁽¹⁰⁾ V., ad es., le puntualizzazioni di Corte EDU, Grande Camera, 29 giugno 2004, *Chauvy e altri c. Francia*, par. 44 e 45.

⁽¹¹⁾ V., ad es., per la violazione dell'art. 10, i casi decisi da Corte EDU, 5 maggio 2011, *Comitato editoriale di Pravoye Delo e Shtekel c. Ucraina*, par. 66 (a fronte della mancanza di adeguate tutele nel diritto interno per i giornalisti che utilizzavano informazioni ottenute da Internet, i ricorrenti non avrebbero potuto prevedere in misura adeguata le conseguenze che la pubblicazione contestata potrebbe comportare) e da Grande Camera, 20 gennaio 2020, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c. Ungheria*, in una vicenda nella quale il diritto interno non conteneva disposizioni che vietassero di fotografare schede elettorali e di caricarle in forma anonima su un'applicazione mobile in modo che esse potessero essere condivise nel corso di un referendum.

⁽¹²⁾ Per alcune applicazioni, v. Corte EDU, *Bayev e altri c. Russia*, par. 64 e 83; *Perinçek c. Svizzera* cit., par. 146-154.

2.3. *La necessità dell'interferenza in una società democratica*

I principi generali elaborati dalla Corte di Strasburgo, a proposito del criterio indicato, ossia al fine di valutare la necessità di un'ingerenza nella libertà di espressione, risalgono a Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* e sono stati in seguito varie volte confermati ⁽¹³⁾.

Come di recente ribadito da Corte Edu, Grande Camera (v., par. 196 e seg.), la valutazione deve essere condotta alla stregua dei seguenti principi:

a) la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti su cui si basa una società democratica ed è una delle condizioni primarie del suo progresso e dello sviluppo di ciascuno. Fatto salvo il paragrafo 2 dell'articolo 10, essa vale non soltanto per le « informazioni » o le « idee » accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che urtano, scioccano o inquietano: così esigono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non esiste una « società democratica ». Come sancita dall'articolo 10, tale libertà è soggetta a eccezioni, che sono tuttavia di interpretazione restrittiva, e la necessità di limitarla deve essere accertata in maniera convincente;

b) l'aggettivo « necessaria », ai sensi dell'articolo 10, par. 2, implica un bisogno sociale imperioso. Gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento per valutare l'esistenza di un tale bisogno, margine che è tuttavia associato a un controllo europeo riguardante sia la legge che le decisioni che la applicano, anche quando queste ultime provengono da una giurisdizione indipendente. La Corte è dunque competente per decidere in ultima analisi sulla questione se una « restrizione » si concili con la libertà di espressione;

c) la Corte non ha il compito di sostituirsi alle autorità nazionali competenti, ma di verificare, sotto il profilo dell'articolo 10, le decisioni emesse da queste ultime. Da ciò non deriva che essa debba limitarsi a esaminare se lo Stato convenuto si sia avvalso di tale potere discrezionale in buona fede, in maniera accurata e ragionevole: la Corte deve anche considerare l'ingerenza contestata alla luce della causa nel suo complesso, per determinare se fosse proporzionata allo scopo legittimo perseguito e se i motivi addotti dalle autorità nazionali per giustificarla risultino pertinenti e sufficienti. In tal modo, la Corte deve convincersi che le autorità nazionali hanno applicato norme conformi ai principi sanciti dall'articolo 10 e, per di più, sulla base di una valutazione accettabile dei fatti pertinenti.

Considerata l'impossibilità, alla luce dei limiti del presente scritto, di esaminare l'ampissima casistica affrontata dalla Corte di Strasburgo, ci

⁽¹³⁾ V., ad es., Corte EDU, 10 dicembre 2007, *Stoll c. Svizzera*; Grande Camera, 23 aprile 2015, *Morice c. Francia*, par. 124; 20 ottobre 2015, *Pentikäinen c. Finlandia*, par. 87.

concentreremo su due aspetti che hanno registrato significative ricadute nel diritto nazionale: la reazione ai comportamenti diffamatori e ai discorsi di odio.

3. La protezione della reputazione e i criteri del bilanciamento

Sebbene le direzioni di rilevanza della libertà assicurata dall'art. 10 della Convenzione siano molteplici, nell'ordinamento nazionale un intenso dialogo tra Corte di Strasburgo e giudici italiani si è particolarmente sviluppato in materia di diffamazione.

E ciò sia con riferimento ai presupposti dell'affermazione di responsabilità, civile e penale, di colui che, esprimendo il proprio pensiero, abbia leso la reputazione di altri, sia con riguardo al profilo delle conseguenze sanzionatorie in caso di affermazione di responsabilità.

Sotto il primo versante, un primo fondamentale distinguo – che vede la Corte europea e i giudici interni muoversi in sincronia – si coglie innanzi tutto con riguardo alla distinzione tra affermazioni con le quali si comunicano fatti, da un lato, e espressioni di valutazione, dall'altro.

Così, ad es., a livello sovranazionale⁽¹⁴⁾, si è da tempo affermato, in linea con la giurisprudenza di legittimità⁽¹⁵⁾, che vanno tenuti separati gli ambiti del diritto di cronaca e del diritto di critica, distinguendo tra *statement of facts* (oggetto di prova) e *value judgements* (non suscettibili di dimostrazione), aggiungendo, però, come nel secondo caso il potenziale offensivo della provalazione, nella quale è tollerabile — data la sua natura — una *exaggeration or even provocation*, sia neutralizzato solo dal fatto che la stessa si basi su di un nucleo fattuale (veritiero e rigorosamente controllabile) sufficiente per poter trarre il giudizio di valore negativo; se il nucleo fattuale è insufficiente (o se la base fattuale viene artatamente frazionata in modo incompleto⁽¹⁶⁾, in modo da sostenere valutazioni che resterebbero prive di fondamento se la prima fosse rappresentata in termini completi), il giudizio è gratuito e pertanto ingiustificato e diffamatorio.

In altri termini, come affermato di recente dalla giurisprudenza interna⁽¹⁷⁾, in un consapevole dialogo con gli approdi di Strasburgo, l'obiettivo che la verifica dei reciproci confini tra l'intervento penale dello Stato a tutela del singolo individuo e della sua reputazione ed il diritto ad essere

⁽¹⁴⁾ Corte EDU 27 febbraio 2013, *Mengi c. Turchia*, par. 49; di recente, v. Corte EDU, 30 maggio 2023, *Pricope c. Romania*, par. 42.

⁽¹⁵⁾ Cass. pen. 28 aprile 2022, n. 25759, in motivazione.

⁽¹⁶⁾ Cass. pen., 27 novembre 2018, dep. 2019, n. 7798.

⁽¹⁷⁾ Cass. pen. 28 aprile 2022 cit.

informati e ad informare deve porsi, è finalizzato ad evitare che l'azione penale determini effetti dissuasivi nell'esercizio della libertà di espressione, con un'ingerenza da parte dello Stato sproporzionata e non necessaria in una società democratica, determinando, pertanto, una violazione dell'art. 10 della Convenzione, che tutela il diritto alla libertà di espressione nei riguardi di ogni persona, includendo in tale diritto anzitutto la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee ⁽¹⁸⁾.

L'obiettivo di evitare effetti dissuasivi è ancora più avvertito quando venga in gioco la libertà di espressione del giornalista (il cui riflesso è la libertà dei consociati di ricevere notizie e giudizi, in quel processo che si alimenta delle condizioni di comunicazioni idonee a realizzare una formazione discorsiva dell'opinione e della volontà di un pubblico di cittadini dello Stato ⁽¹⁹⁾), la cui funzione di cane da guardia della democrazia è stata reiteratamente sottolineata dalla Corte di Strasburgo ⁽²⁰⁾.

A questo riguardo, sia pure con un cenno, va sottolineato la centralità che, nella tutela della libertà di espressione e nel bilanciamento con il diritto alla reputazione, assume la nozione di interesse pubblico.

Essa non si identifica in qualunque voyeuristica curiosità rispetto alle vicende private di terzi. Come di recente ribadito da Corte EDU, Grande Camera, 27 giugno 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy And Satamedia Oy c. Finlandia* (in particolare, par. 168 e seguenti), nell'accertare se una pubblicazione che riveli elementi della vita privata riguardi anche una

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, 16 gennaio 2020, *Magosso e Brindani c. Italia*.

⁽¹⁹⁾ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, 2005, XXXII.

⁽²⁰⁾ V., ad es., di recente, sulla scia di Corte EDU, 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*, par. 39; Grande Camera, 20 ottobre 2015, *Pentikäinen c. Finlandia*, par. 88, Corte EDU, 13 dicembre 2022, *Timur Sharipov c. Russia*, par. 25. La Corte ha anche riconosciuto siffatto ruolo di vigilanza anche alle organizzazioni non governative, ai ricercatori accademici, agli autori di letteratura, ai blogger e agli stessi utenti dei *social media*: si veda, ad es., Corte EDU, Grande Camera, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, par. 166-68. Per un recente richiamo alla stessa nozione, v., Corte EDU, 6 giugno 2023, *Sarisa Pehlivan c. Turchia*, par. 41, a proposito della sanzione disciplinare, ancorché blanda, inflitta ad un magistrato che aveva, anche nella qualità di segretario generale del sindacato dei magistrati, espresso critiche alle linee portanti della riforma costituzionale in atto in Turchia. Può essere utile osservare, a proposito di quest'ultima decisione, come la Corte abbia rilevato: *a*) che la ricorrente era un giudice quando aveva reso tali dichiarazioni e tale status specifico, poiché presuppone un contributo al corretto funzionamento del sistema giudiziario e alla fiducia dell'opinione pubblica in esso, le assegnava il dovere di salvaguardare le libertà individuali e lo Stato di diritto; *b*) quanto all'entità della sanzione (per la quale si veda quanto ricordato subito *infra* nel testo), che essa, indipendentemente dalla sua misura minima, oltre a incidere sui diritti dell'interessata, aveva svolto una portata dissuasiva sulla magistratura nel suo insieme e sui magistrati interessati a partecipare al dibattito pubblico sulle riforme suscettibili di incidere sull'indipendenza della magistratura.

questione di pubblico interesse, la Corte deve tener conto dell'importanza della questione per il pubblico e della natura delle informazioni divulgate. Infatti, è vero che il pubblico ha il diritto di essere informato e che questo è un diritto essenziale in una società democratica che, in determinate circostanze particolari, può estendersi anche ad aspetti della vita privata di personaggi pubblici. Tuttavia, non possono ritenersi contributi a un dibattito di interesse pubblico articoli mirati esclusivamente a soddisfare la curiosità di un particolare lettore circa i dettagli della vita privata di una persona, per quanto nota possa essere. Pertanto, per accertare se una pubblicazione riguardante la vita privata di un individuo non sia intesa esclusivamente a soddisfare la curiosità di un determinato pubblico, ma riguardi anche un argomento di rilevanza generale, è necessario valutare la pubblicazione nel suo complesso e tener conto del contesto in cui appare.

Nella stessa linea di azione si è poi sviluppata la giurisprudenza in tema di entità delle sanzioni e, in particolare, dei limiti alla possibilità di applicare la sanzione detentiva in caso di diffamazione⁽²¹⁾, che ha trovato immediate ricadute presso la Corte costituzionale⁽²²⁾, da un lato, e la Corte di cassazione, dall'altro⁽²³⁾.

La Corte di Strasburgo, proprio muovendo dalla funzione di vigilanza attribuita alla stampa, ha sottolineato come la facoltà e, anzi, il dovere degli Stati, in forza dei loro obblighi positivi di tutela dell'art. 8 CEDU, di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare per legge un'adeguata tutela della reputazione delle persone, non può tradursi in

(21) Corte EDU, Grande camera 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*; 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*; 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*; 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

(22) Si fa riferimento alla vicenda che, iniziata con l'ordinanza n. 132 del 26 giugno 2020, è poi culminata con la sentenza n. 150 del 22 giugno 2021, per il cui contenuto v. *infra* nel testo.

(23) Non è questa la sede per esplorare le diverse implicazioni del mutato quadro di riferimento nella giurisprudenza di legittimità. Può essere qui sufficiente sottolineare l'orientamento secondo il quale ormai l'applicazione della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, è subordinata alla verifica della "eccezionale gravità" della condotta, che, secondo un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, si individua nella diffusione di messaggi diffamatori connotati da discorsi d'odio e di incitazione alla violenza ovvero in campagne di disinformazione gravemente lesive della reputazione della vittima, compiute nella consapevolezza della oggettiva e dimostrabile falsità dei fatti ad essa addebitati (Cass. pen., 25 giugno 2021, n. 28340). Anzi, secondo una puntualizzazione siffatte indicazioni sono applicabili anche al delitto di diffamazione commesso, anche al di fuori di attività giornalistica, mediante mezzi comunicativi di rapida e duratura amplificazione (nella specie "internet"), ove ricorrano circostanze eccezionali connesse alla grave lesione di diritti fondamentali, come nel caso di discorsi di odio o di istigazione alla violenza: Cass. pen., 17 febbraio 2021, n. 13993).

modalità che indebitamente dissuadano i media dallo svolgimento del loro ruolo di segnalare all'opinione pubblica casi apparenti o supposti di abuso dei pubblici poteri»: infatti, il timore di sanzioni detentive produce, secondo la Corte di Strasburgo, un effetto dissuasivo (« *chilling effect* ») rispetto all'esercizio della libertà di espressione dei giornalisti — in particolare nello svolgimento della loro attività di inchiesta e di pubblicazione dei risultati delle loro indagini — tale da riverberarsi sul giudizio di proporzionalità, e dunque di legittimità alla luce della Convenzione, di tali sanzioni ⁽²⁴⁾.

La Corte, pur sottolineando come la scelta delle sanzioni sia in principio riservata ai tribunali nazionali, ha concluso che « l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti, garantita dall'art. 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d'odio (*hate speech*) o di istigazione alla violenza » ⁽²⁵⁾.

In coerenza, la Corte costituzionale è giunta, per un verso, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, l. 8 febbraio 1948, n. 47 e dell'art. 30, comma 4, l. 6 agosto 1990, n. 223, alla luce dell'indefettibilità dell'applicazione della pena detentiva, in tutte le ipotesi nelle quali non sussistano — o non possano essere considerate almeno equivalenti — circostanze attenuanti; e, per altro verso, a dichiarare l'infondatezza delle questioni che avevano investito l'art. 595 c.p., alla luce della possibilità di applicare la pena pecuniaria, restando quella detentiva limitata ai casi nei quali sia necessario per contrastare le condotte più gravi, che la Corte costituzionale indica nei termini seguenti: « aggressioni illegittime a tale diritto [quello alla reputazione] compiute attraverso la stampa, o attraverso gli altri mezzi di pubblicità cui si riferisce l'art. 595, terzo comma, cod. pen. — la radio, la televisione, le testate giornalistiche online e gli altri siti internet, i social media, e così via —, possono incidere grandemente sulla vita privata, familiare, sociale, professionale, politica delle vittime. E tali danni sono suscettibili, oggi, di essere enormemente amplificati proprio dai moderni mezzi di comunicazione, che rendono agevolmente reperibili per chiunque, anche a distanza di molti anni, tutti gli addebiti diffamatori associati al nome della vittima. Questi pregiudizi debbono essere prevenuti dall'ordinamento con strumenti idonei, necessari e proporzionati, nel quadro di un indispensabile bilanciamento con le contrapposte esigenze di tutela della libertà di manifestazione del pensiero, e del diritto di cronaca e di critica in particolare ».

⁽²⁴⁾ Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania* cit., par. 113 e 114.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania* cit., par. 115.

4. Gli *hate speech*

Il tema dei discorsi di odio ha trovato ampia risonanza nella giurisprudenza della Corte europea⁽²⁶⁾, anche nella prospettiva dei limiti alla libertà di espressione.

La Convenzione non offre un'espressa definizione di «incitamento all'odio», che invece si ritrova nella Raccomandazione n. 97 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, adottata il 3 ottobre 1997, che definisce l'*hate speech* come riferito a «tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza».

La Corte europea, muovendo da tali dati, ha ritenuto che l'istigazione all'odio non richiede necessariamente il riferimento ad atti di violenza o delitti già consumati in danno del ricorrente, in quanto i pregiudizi rivolti alle persone, ingiuriando, ridicolizzando o diffamando talune frange della popolazione e isolandone gruppi specifici - soprattutto se deboli - o incitando alla discriminazione, sono sufficienti perché le autorità interne privilegino la lotta contro il discorso diffamatorio, a fronte di una libertà di espressione irresponsabilmente esercitata e che provoca offesa alla dignità e alla sicurezza di queste parti o gruppi della popolazione⁽²⁷⁾. D'altra parte, l'accertamento del discorso d'odio richiede il riscontro di diversi indicatori, tra i quali assumono rilievo il modo in cui la comunicazione è effettuata, il linguaggio usato nell'espressione aggressiva, il contesto in cui è inserita, il numero delle persone cui è rivolta l'informazione, la posizione e la qualità ricoperta dall'autore della dichiarazione e la posizione di vulnerabilità o meno del destinatario della stessa.

Secondo il più recente approccio della Corte di Strasburgo, le espressioni concrete di incitamento all'odio, offensive per individui e particolari gruppi sociali, non ricadono nello scopo dell'art. 10 della Convenzione. Con riferimento agli standard del par. 2 dell'art. 10, la Corte ha evidenziato come «la tolleranza e il rispetto per la uguale dignità di tutti gli esseri umani costituisce il fondamento di una società democratica e pluralista. In considerazione di ciò, può essere necessario come questione di principio in determinate società democratiche sanzionare o anche precludere ogni forma di espressione che diffonda, istighi, promuova o giustifichi il livore basato sull'intolleranza (inclusa quella religiosa)»⁽²⁸⁾. Naturalmente le eccezioni alla libertà di espressione vanno interpretate in senso restrittivo, e la necessità di ogni restrizione dev'essere adeguatamente motivata⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Di recente, con la decisione Corte EDU, 15 maggio 2023, *Sanchez c. Francia*, in particolare dal par. 169. La sentenza contiene un'ampia rassegna di fonti sul tema.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Féret c. Belgio*, 16 luglio 2009, par. 73.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, 4 dicembre 2003, *Gunduz c. Turchia*, par. 40-41.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, 29 marzo 2005, *Alinak c. Turchia*.

VII.
LA PROTEZIONE DELLA PROPRIETÀ

I.

ARTICOLO 1 PROTOCOLLO N. 1 – AMBITO DI APPLICAZIONE

di *Alessandro Dinisi* (*)

SOMMARIO: 1. Diritto al rispetto dei beni: genesi e struttura della disposizione. — 2. Nozione di bene. — 3. Aspettativa legittima. — 3.1. Affidamento su situazioni *contra legem*. — 3.2. Beni e interessi esclusi dalla nozione. — 4. Obblighi positivi ed efficacia orizzontale.

1. Diritto al rispetto dei beni: genesi e struttura della disposizione

L'Articolo 1 del I Protocollo addizionale rappresenta l'unica norma della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che tutela i diritti economici ⁽¹⁾. La sua introduzione all'interno di una carta dei diritti umani ha suscitato un acceso dibattito tra i redattori, la cui risultante testuale rinuncia a consacrare il diritto di proprietà come diritto umano ⁽²⁾ — sulla falsariga dell'articolo 17 della Dichiarazione delle Nazioni Unite — in favore della formula (solo apparentemente) più edulcorata del “diritto al rispetto dei beni” ⁽³⁾. La difficoltà di raggiungere un compromesso tra le due diverse accezioni della proprietà, quella individual-personalista e quella sociale, ha posticipato l'effettiva applicazione della norma, che nei suoi primi decenni di vita si limitava a introdurre un generale divieto di atti arbitrari e ingiustificati delle autorità governative contro i patrimoni individuali (es. confische illegittime) e a garantire l'inderogabilità *in peius* dello standard minimo di protezione già

(*) Esperto degli Studi CEDU per l'Agente del Governo italiano. Assegnista di ricerca in diritto privato presso l'Università degli studi di Pisa.

⁽¹⁾ In senso critico M. COMPORI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 2, 189.

⁽²⁾ CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et Protocole additionnel, Recueil des travaux préparatoires*, Strasbourg, I, 217 ss.

⁽³⁾ S. BARIATTI, *Genesi ed interpretazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Riv. internaz. diritti uomo*, 1989, 218 e ss.; M. DE SALVIA, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. diritti uomo*, 1989, 233.

previsto dalle costituzioni nazionali (4). La difficile ricerca di un denominatore comune delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati contraenti nella definizione di proprietà spiega la sostanziale disapplicazione dell'Articolo 1, Protocollo 1, fino agli anni '80.

L'inversione di rotta è dovuta a due fondamentali scelte ermeneutiche, tra loro interconnesse. La prima ha determinato un ripensamento della struttura complessiva della disposizione e del suo contenuto precettivo, mentre la seconda si è occupata di ampliarne l'ambito di applicazione attraverso un'interpretazione elastica ed espansiva della nozione di bene protetto (cfr. *infra*).

Con la sentenza *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* (5) la Corte europea ha impresso alla disposizione una struttura normativa tripartita, controintuitiva rispetto al dato testuale, il quale indurrebbe a intendere il secondo paragrafo come un limite alle garanzie predisposte dal primo (6). In base a questo nuovo indirizzo, il contenuto precettivo dei due paragrafi dell'Articolo 1, Protocollo I, esprimerebbe in realtà tre norme distinte (7). La prima enuncia un principio generale di rispetto della proprietà (prima frase, primo comma); la seconda attiene alla privazione della proprietà e alle condizioni a cui tale privazione è subordinata (seconda frase, primo comma); ed infine la terza norma che attribuisce la facoltà agli Stati di regolamentare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale (secondo comma).

All'interno di questa tripartizione, la prima norma ("diritto al rispetto dei beni") svolge un ruolo centrale rispetto alla struttura complessiva dell'articolo. Il principio generale al rispetto dei beni opera infatti sia come criterio generale di interpretazione delle altre due norme, che disciplinano ipotesi particolari di violazione, sia quale fattispecie aperta e residuale (8).

(4) L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. diritti uomo*, 1970, 179; M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2003, 2-3.

(5) Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, nn. 7151/75 e 7152/75.

(6) M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 137; L. CONDORELLI, *Premier protocole additionnel. Article 1*, in LOUIS-EDMOND PETTITI, EMMANUEL DECAUX, PIERRE-HENRI IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, 1995, 994.

(7) Corte EDU, *James e Altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, n. 8793/79 e Corte EDU, *Iatridis c. Grecia*, 25 marzo 1999, n. 31107/96 in cui si precisa la correlazione tra le tre norme dell'Articolo 1, Prot. I, della Convenzione.

(8) La duplice funzione della prima disposizione è stata precisata in Corte EDU, *James e Altri c. Regno Unito*, cit., par. 51-4; più di recente, Corte EDU, G.C., *Beyeler c. Italia*, 5 gennaio 2000, n. 33202/96, par. 98. Cfr. M.L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la*

Nel primo senso, questa introduce il generale principio del *giusto equilibrio* tra scopo perseguito con l'ingerenza e mezzi utilizzati in relazione all'interesse leso del ricorrente, che sovrintende alle altre ipotesi di violazione e vale a mantenere un collegamento sistematico tra le tre norme. Nella seconda accezione, la disposizione consente di ricomprendere ingerenze atipiche che determinano comunque un pregiudizio patrimoniale per l'individuo, senza dar luogo a forme di privazione della proprietà o di regolamentazione dell'uso dei beni in senso stretto ⁽⁹⁾.

2. Nozione di bene

L'analisi sostanziale delle circostanze che hanno determinato la presunta violazione è subordinata al preventivo accertamento circa l'applicabilità dell'Articolo 1 del Protocollo n. 1. Innanzitutto, la Corte stabilisce se vi sia stata un'ingerenza nei diritti del ricorrente, accertando l'esistenza di un "bene" che risulti leso dall'azione statale e di un effettivo pregiudizio patrimoniale.

La nozione di bene elaborata dalla Corte EDU ha un contenuto del tutto autonomo rispetto a quello degli ordinamenti nazionali ⁽¹⁰⁾. Complice la vaghezza del dato testuale — esacerbata dalla diversità delle tradizioni giuridiche europee sulla definizione di proprietà — l'approccio (quasi) onnicomprensivo nella selezione degli interessi patrimoniali meritevoli di tutela convenzionale ha contribuito a dilatare progressivamente l'ambito di applicazione della norma.

Oltre alle discrepanze linguistiche tra le due versioni ufficiali dell'Articolo 1, Protocollo I ⁽¹¹⁾, a favorire l'espansione delle situazioni giuridiche protette sono state la sua struttura tripartita e l'autonomia applicativa della prima norma generale: rispetto alle altre due, che per coerenza con le fattispecie regolate, mantengono un'applicazione più aderente alla tutela del diritto di proprietà,

tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001. Sui rapporti tra le tre disposizioni v. B. CONFORTI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, in M. COMPORI (a cura di), *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, 109-12.

⁽⁹⁾ Sull'effetto della tripartizione di rendere più "difficile un'applicazione uniforme dell'articolo", v. M.L. PADELLETTI, *Protezione della proprietà*, cit., 826.

⁽¹⁰⁾ Sull'abuso del canone interpretativo delle "nozioni autonome" si v. no le riflessioni critiche di A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in *Jus Civile*, 7, 2016, 291.

⁽¹¹⁾ Cfr. N. COLACINO, *Nuove proprietà e beni comuni nel diritto internazionale ed europeo*, Roma, 2012, 110 ss.; L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 183.

il principio generale di diritto al rispetto dei beni si è prestato ad abbracciare con maggiore elasticità beni e situazioni giuridiche diverse ⁽¹²⁾.

Il perimetro e i limiti della tutela, per quanto mobili, restano però ancorati ad alcuni solidi filtri selettivi. Basandosi sulla variegata casistica della Corte EDU, la dottrina ha individuato tre principali condizioni comuni ai “beni” protetti dalla Convenzione: il fatto di costituire un valore patrimoniale, di risolversi in una situazione giuridica attuale ⁽¹³⁾ e incondizionata e, infine, di avere ad oggetto un’entità (materiale o immateriale) determinata e identificabile ⁽¹⁴⁾. Non preclude invece la qualificazione dell’entità patrimoniale come bene protetto la sua trasferibilità a terzi, in base alla disciplina nazionale.

Il pilastro della patrimonialità dell’interesse consente di coordinare l’ambito di applicazione della disposizione in esame con quello degli altri diritti tutelati dalla Convenzione, ma apre ad una nozione onnicomprensiva di proprietà che tende a sovrapporsi con quella di patrimonio.

Di conseguenza, la protezione convenzionale della “proprietà” sconfinava la categoria dei diritti reali su cose mobili o immobili per ricomprendere, oltre ai diritti personali di godimento ⁽¹⁵⁾ e i diritti su beni con funzione di garanzia ⁽¹⁶⁾, anche i crediti, sia verso lo Stato che verso i privati ⁽¹⁷⁾, i diritti di opzione ⁽¹⁸⁾, i diritti ereditari ⁽¹⁹⁾.

La nozione di bene abbraccia inoltre situazioni giuridiche aventi ad oggetto beni immateriali, diversamente qualificate dal diritto interno, purché idonee a garantire un valore patrimoniale attuale e determinato in favore dell’interessato: sono ricomprese nell’ambito di applicazione della disposizione

⁽¹²⁾ Tra le prime decisioni, cfr. Corte, 25 Marzo 1999, *Iatridis c. Grecia*, cit., par. 55: “*Dans ces circonstances, il y a eu ingérence dans le droit de propriété du requérant; celui-ci n’étant que simple locataire de son fonds de commerce, l’ingérence en question ne constitue ni une expropriation ni une réglementation de l’usage des biens, mais relève de la première phrase du premier alinéa de l’article 1*”.

⁽¹³⁾ L’espressione di “beni attuali” viene coniata in Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, 13 marzo 1978, n. 6833/74, par. 50.

⁽¹⁴⁾ L. CONDORELLI, *Premier protocole additionnel. Article 1*, cit., 979.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Bruncrona c. Finlandia*, 16 novembre 2004, n. 41673/98 par. 79; Corte EDU, *Di Marco c. Italia*, 26 aprile 2011, n. 32521/05, par. 48-53.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Paesi Bassi*, 23 febbraio 1995, n. 15375/89.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 dicembre 1994, n. 13427/87, par. 59; Corte EDU, *Pressos Compania Naviera S. A. e Altri c. Belgio*, 20 novembre 1995, n. 17849/91.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Siretch c. Regno Unito*, 24 giugno 2003, n. 44277/98, par. 34-35.

⁽¹⁹⁾ Corte, *Marckx c. Belgio*, cit., par. 52-55; Corte EDU, *Fabris c. Francia*, G.C., 7/02/2013, n. 16574/08, par. 52-55.

anche l'avviamento commerciale e la clientela ⁽²⁰⁾, le licenze commerciali ⁽²¹⁾, le azioni ⁽²²⁾ e altri diritti derivanti dalla partecipazione societaria ⁽²³⁾, gli strumenti finanziari ⁽²⁴⁾, i diritti di proprietà intellettuale (brevetti ⁽²⁵⁾, marchi ⁽²⁶⁾, diritti di autore ⁽²⁷⁾ e relativi diritti di registrazione ⁽²⁸⁾), il diritto di uso esclusivo di un dominio Internet registrato ⁽²⁹⁾. Tra i beni protetti non commerciabili è inoltre possibile menzionare tutte quelle utilità e benefici erogati dallo Stato ⁽³⁰⁾ quali prestazioni previdenziali e assistenziali ⁽³¹⁾.

3. Aspettativa legittima

Ad estendere ulteriormente l'ambito di applicazione della disposizione, ha contribuito la dottrina della “*legitimate expectation*” ⁽³²⁾ (o “*espérance*”

⁽²⁰⁾ Corte EDU, *Van Marle e Altri c. Paesi Bassi*, 26 giugno 1986, nn. 8543/79, 8674/79, 8675/79 e 8685/79, par. 41; Corte EDU, G.C., *Iatridis c. Grecia*, cit., par. 54; Corte EDU, 24 maggio 2005, *Buzescu c. Romania*, par. 81; Corte EDU, 4 giugno 2019, *Rola c. Slovenia*, nn. 12096/14 e 39335/16, par. 71. Si v. il commento di V. COLCELLI, *La clientela come valore patrimoniale e la sua tutela attraverso la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.diritti-cedu.unipg.it.

⁽²¹⁾ Corte EDU, *Megadat.com SRL c. Moldavia*, 8 aprile 2008, n. 21151/04, parr. 62-63; Corte EDU, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, 7 luglio 1989, n. 10873/84, par. 53; Corte EDU, *Fredin c. Svezia (n. 1)*, 18 febbraio 1991, n. 12033/86, par. 40; Corte EDU, *Malik c. Regno Unito*, 13 marzo 2012, n. 23780/08, par. 90.

⁽²²⁾ Corte EDU, *Sovtransavto Holding c. Ucraina*, 25 luglio 2002, n. 48553/99, par. 91.

⁽²³⁾ Corte EDU, *Reisner c. Turchia*, 21 luglio 2015, n. 46815/09, par. 45; Corte EDU, *Marini c. Albania*, 18 dicembre 2007, n. 3738/02, par. 165.

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Mamatas e Altri c. Grecia*, 21 luglio 2016, nn. 63066/14, 64297/14 e 66106/14, par. 90.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *Smith Kline e French Laboratories Ltd c. Paesi Bassi* (dec.), n. 12633/87, 4 ottobre 1990.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Kamoy Radyo Televizyon Yayincilik ve Organizasyon A.S. c. Turchia*, 16 April 2019, n. 19965/06, par. 37.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Neij e Sunde Kolmisoppi c. Svezia* (dec.), 19 febbraio 2013, n. 40397/12.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Anbeuser-Busch Inc. c. Portogallo*, G.C., 11 gennaio 2007, n. 73049/01, par. 78.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Paeffgen GmbH c. Germania* (dec.), 18 settembre 2007, nn. 25379/04, 21688/05, 21722/05 e 21770/05.

⁽³⁰⁾ Secondo Corte EDU, G.C., *Béláné Nagy c. Ungheria*, 13 dicembre 2016, n. 53080/13, par. 82, quando una legislazione nazionale introduce una prestazione sociale o un diritto alla pensione, ogni cittadino che ne soddisfi i requisiti di conseguimento è titolare di un interesse patrimoniale che rientra nel significato di “bene”.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Bucheň c. Repubblica ceca*, 26 novembre 2002, n. 36541/97, par. 46; Corte EDU, *Koua Poirrez c. Francia*, 30 settembre 2003, n. 40892/98, par. 37.

⁽³²⁾ M. SIGRON, *Legitimate expectations under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2014.

légitime”) che vale a sottrarre dall’esclusione della tutela svariate situazioni in cui il privato non vanta una mera speranza ma un’aspettativa, considerata “legittima”, di conseguire un dato vantaggio patrimoniale in base dell’assetto normativo considerato nel suo complesso (*infra*).

Invero, dopo le sue prime applicazioni, la Corte ha avuto modo di distinguere due diverse funzioni del principio che valgono, da una parte, ad espandere la protezione convenzionale qualificando autonomi interessi patrimoniali come “beni” e, dall’altra, a vagliare la disciplina di situazioni — in particolare, i crediti — che sono già ricondotte nella nozione convenzionale. La distinzione — messa nero su bianco dalla Grande Camera nel caso *Kopecký c. Slovacchia* ⁽³³⁾ — trova fondamento in due indirizzi della giurisprudenza di Strasburgo.

Il primo filone giurisprudenziale — riconducibile al caso *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda* ⁽³⁴⁾ — riconosce che l’aspettativa legittima su un atto giuridico valido, che in seguito viene invalidato o reso inefficace a danno del ricorrente, è esso stesso costitutivo di un interesse proprietario autonomamente tutelabile.

Nella seconda classe di casi — riconducibile alla sentenza *Pressos Campania Naviera S.A. e altri c. Belgio* ⁽³⁵⁾ — l’esistenza di un’aspettativa legittima costituisce il criterio per determinare se la pretesa del richiedente — già riconducibile all’interno della nozione di “bene” a prescindere dall’aspettativa — sia sufficientemente consolidata da essere meritevole di tutela convenzionale. La “legittima aspettativa” qui individuata non è di per sé costitutiva di un interesse proprietario, ma si riferisce all’affidamento che il privato ha riposto sulla disciplina applicabile ad una determinata situazione protetta dal diritto interno.

Come anticipato, affinché l’aspettativa possa considerarsi legittima è

⁽³³⁾ Corte EDU, *Kopecký c. Slovacchia*, 7 gennaio 2003, n. 44912/98, parr. 35 e 48-52.

⁽³⁴⁾ Corte EDU, *Pine Valley Developments LTD e Altri c. Irlanda*, 29 novembre 1991, n. 12742/87, riguardante la revoca di un permesso di costruire, emanato in via provvisoria prima dell’acquisto dell’immobile da parte del ricorrente e infine dichiarato nullo da sentenza della Corte suprema irlandese. Sebbene, la Corte non abbia accertato una violazione dell’art. 1, P-1, ne ha nondimeno affermato l’applicabilità al caso di specie, in quanto « *les requérants avaient pour le moins l’espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d’aménagement; il faut y voir, aux fins de l’article 1 du Protocole no 1 (P1-1), un élément de la propriété en question* ».

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Pressos Compañia Naviera S. A. e Altri c. Belgio*, cit., in cui si è ritenuto che i ricorrenti avessero un “legittimo affidamento” sul fatto che le loro richieste di risarcimento derivanti da incidenti marittimi fossero soggette alla disciplina generale sulla responsabilità civile, applicabile al momento in cui le pretese risarcitorie erano venute ad esistenza e, quindi, al momento in cui danno si era verificato. V. anche Corte EDU, *Draon c. Francia*, G.C., 6 ottobre 2005, n. 1513/03, par. 70; Corte EDU, *Maurice c. Francia*, G.C., 6 ottobre 2005, n. 11810/03, parr. 67-69.

necessario che questa trovi fondamento in un atto statale, idoneo a ingenerare un affidamento sulla sua validità e applicabilità alla situazione del ricorrente. Le tipologie di atti che possono costituire il fondamento dell'affidamento sono molteplici: non soltanto la legislazione, ma anche la giurisprudenza consolidata ⁽³⁶⁾, singole decisioni dell'autorità amministrativa, legislativa o giudiziaria — inclusi regolamenti urbanistici e l'iscrizione a registri pubblici — nonché atti di autonomia privata collettiva o individuale.

Particolare attenzione merita inoltre la casistica che giustifica il fondamento della legittima aspettativa tutelata non più soltanto in base a circostanze di diritto (la legislazione vigente e i provvedimenti amministrativi o giudiziari) ma anche guardando all'elemento di puro fatto rappresentato dal comportamento in concreto assunto dall'autorità statale rispetto al godimento di un bene da parte del ricorrente, pur se contrario alle leggi che ne regolano la circolazione e l'utilizzo. La protezione *ex* articolo 1, Protocollo I, CEDU viene ritenuta applicabile nonostante l'appropriazione da parte del privato sia sprovvista di una base legale per l'ordinamento nazionale ⁽³⁷⁾.

La casistica annovera una variegata tipologia di condotte statali, che spaziano dal formale riconoscimento di una situazione di vantaggio ⁽³⁸⁾, al comportamento che implicitamente tratta un certo soggetto come titolare di un diritto, come ad esempio, l'imposizione di tasse e altri contributi che presuppongono un attivo patrimoniale — fino alla protratta acquiescenza o tolleranza di situazioni di fatto indiscutibilmente *contra legem* (es. occupazioni abusive di immobili; cfr. *infra* § 3.1). In queste vicende, il comportamento statale è idoneo a fondare nell'individuo un'aspettativa legittima la cui protezione tal volta finisce per sanare una situazione di fatto *ab origine* in contrasto con la legge. Simili atti dell'autorità statale non sempre sono sufficienti, da soli, a legittimare la protezione dell'aspettativa individuale. Più spesso è il concorso tra diversi atti, decisioni e comportamenti a motivare la decisione della Corte.

3.1. *Affidamento su situazioni contra legem*

In alcuni casi il comportamento acquiescente, tollerante o inerte dell'autorità statale è valso a legittimare, agli occhi della Corte, situazioni di appropriazione di fatto da parte del ricorrente in contrasto con la legislazione nazionale.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, *Kopecný c. Slovacchia*, cit., parr. 35 e 48-52.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, cit., con commento di M.L. PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 781.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Plalam S.p.a. c. Italia*, 18 maggio 2010, n. 16021/02.

Tale casistica si è sviluppata originariamente con riferimento a contesti di occupazioni *sine titulo* di beni immobili pubblici, per la maggior parte sottoposti a regime di indisponibilità demaniale, su cui il privato ha per lungo tempo compiuto attività di godimento diretto o addirittura attività di impresa, in violazione della normativa nazionale ma con la tolleranza delle autorità competenti ⁽³⁹⁾. Premessa l'esistenza di una situazione materiale che offra, in concreto, un vantaggio *contra legem* al ricorrente, si è ritenuto che la mancata tempestiva reazione statale, unita a contraddittori atti di tolleranza, possa ingenerare un affidamento circa la sua originaria legittimità ovvero sulla sua successiva stabilizzazione ⁽⁴⁰⁾. Non è quindi il mero trascorrere del tempo, a determinare l'esistenza di un bene, ma atti di esplicito o implicito riconoscimento della posizione dominicale dell'intressato ⁽⁴¹⁾.

Non sempre in queste ipotesi il riconoscimento di una legittima aspettativa determina automaticamente l'accertamento di una violazione. Questa dipenderà dal rispetto del canone di proporzionalità dell'ingerenza, rispetto al quale il comportamento dell'autorità svolge un ruolo ulteriore: oltre a rappresentare la base fattuale dell'affidamento del ricorrente, questo costituisce una delle circostanze che la Corte prende in considerazione per effettuare la valutazione di rispetto del giusto equilibrio tra aspettativa e interesse generale alla restituzione dell'*asset* pubblico. Un contegno inerte dell'autorità, infatti, non solo favorisce l'ingenerarsi dell'altrui affidamento, ma è espressione dell'inefficienza statale nella gestione del patrimonio pub-

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Öneryıldız c. Turchia*, 18 giugno 2002, n. 48939/99; Corte EDU, G.C., *Öneryıldız c. Turchia*, 30 novembre 2004, n. 48939/99. Per un commento alle due sentenze nella prospettiva della salvaguardia dell'ambiente v. D. PAPADOPOULOU, *Environmental Calamities and the Right to Life: State Omissions and Negligence under Scrutiny*, in *Environmental Law Review*, 8, 1, 2006, 59-65.

⁽⁴⁰⁾ Corte EDU, *Sagbinadze e Altri c. Georgia*, 27 maggio 2010, n. 18768/05, par. 106; Corte EDU, *Valle Pierimpiè Società Agricola S.p.A. c. Italia*, n. 46154/11, 23 settembre 2014, con nota di T. GRECO, M. GRECO, *Valli da pesca, demanialità marittima ed espérance légitime del privato nella giurisprudenza Cedu*, in *Danno e responsabilità*, 20, 2, 2015, 129-50; Corte EDU, *Zhidov e Altri c. Russia*, 16 ottobre 2018, nn. 54490/10, 1153/14, 2680/14 e 2680/14; Corte EDU, *Kosmas e Altri c. Grecia*, 29 giugno 2017, n. 20086/13.

⁽⁴¹⁾ Sul punto cfr. le due pronunce in materia di rivendicazioni proprietarie su beni demaniali, Corte EDU, *Vontas e Altri c. Grecia*, 5 febbraio 2009, n. 43588/06 e Corte EDU, *Tryfonas c. Grecia* (dec.), 28 settembre 2021, n. 24865/15, con nota di F. PERRONE, *Tutela della proprietà nell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Cedu e «beni comuni»*, in *Giustizia civile.com (Online)*, 7 2022, 1-9. Le due pronunce per casi analoghi giungono a conclusioni opposte — rispettivamente di condanna e di inammissibilità — in ragione della sussistenza o meno di una aspettativa legittima tutelabile generata dal comportamento dell'autorità statale.

blico che giustifica il sacrificio dello scopo legittimo perseguito in favore delle ragioni del privato ⁽⁴²⁾.

Medesimo approccio è stato adottato, più di recente, in pronunce che attribuiscono efficacia sanante anche a comportamenti positivi dell'autorità pubblica idonee a determinare, in favore del ricorrente, l'acquisizione in buona fede di beni fungibili, quali le somme di denaro, che, in base alle disposizioni interne, non sarebbero a lui dovute. L'ipotesi di maggior rilievo, per le sue implicazioni su generali istituti di diritto privato, è rappresentata dal pagamento indebito effettuato per errore dalla P.A., in materia di pensioni ⁽⁴³⁾, assistenza sociale ⁽⁴⁴⁾ e pubblico impiego ⁽⁴⁵⁾. Pur se eseguiti in violazione delle condizioni previste dalla legge, i pagamenti continuativi nel tempo, uniti all'inerzia nel recupero delle somme da parte del *solvens* pubblico valgono a giustificare un affidamento sulla coerenza del comportamento tenuto dall'autorità statale.

Questo filone giurisprudenziale ha stimolato alcune critiche in dottrina ⁽⁴⁶⁾. A destare perplessità non è tanto la qualificazione astratta dell'affidamento o della situazione di fatto come un bene protetto dalla norma convenzionale, quanto le conseguenze sul piano rimediabile. In molte delle decisioni richiamate ⁽⁴⁷⁾, la riparazione della violazione viene perseguita attraverso l'inibizione definitiva della pretesa restitutoria statale ovvero quan-

⁽⁴²⁾ In tal senso si v.no quelle pronunce che escludono la violazione ritenendo il ritardo della reazione statale giustificato dal mutamento di percezione circa l'importanza dell'interesse generale (nel caso di specie, tutela dell'ambiente) perseguito attraverso l'azione statale. *Ex multis*, Corte EDU, 29 marzo 2010, *Depalle c. Francia*, par. 86, per cui «l'eccezionale lunghezza dell'occupazione oggetto della controversia e determinate esitazioni da parte delle autorità si collocavano in un'epoca in cui le preoccupazioni per la gestione del territorio e dell'ambiente non avevano ancora raggiunto il loro attuale sviluppo»; Corte EDU, 27 febbraio 2008, *Hamer c. Belgio*.

⁽⁴³⁾ Corte EDU, *Moskal c. Polonia*, 15 settembre 2009, n. 10373/05, par. 105.

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, *Čakarević c. Croazia*, 26 aprile 2018, n. 48921/13, par. 97 ss.

⁽⁴⁵⁾ Corte EDU, *Casarin c. Italia*, 11 febbraio 2021, ric. n. 4893/13, cit., par. 81 ss. Tra le prime segnalazioni della pronuncia v. G. ARMONE, *L'affidamento del lavoratore pubblico e la soluti retentio davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.foroitaliano.it*, 23 febbraio 2021. Sia consentito il rinvio a E. BUFANO, A. DINISI, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'accipiens. CEDU e diritto interno a confronto*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 1, 2022, 71–86.

⁽⁴⁶⁾ A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2016, 1241 ss.

⁽⁴⁷⁾ Fa eccezione, ad esempio, Corte EDU, *Kosmas e Altri c. Grecia*, cit., par. 94, in cui a fronte di una richiesta di indennizzo calcolata sul valore venale del bene posseduto dal ricorrente *sine titulo*, la Corte ha liquidato la più modesta somma rappresentata dai danni materiali derivanti dallo sfratto e i pregiudizi economici legati all'impossibilità di continuare a sfruttare economicamente il bene. Ad ogni modo, la condanna dello Stato non ha portato

tificando il danno materiale nell'intero valore patrimoniale oggetto della pretesa. Tale approccio rimediabile equivale ad attribuire al comportamento contraddittorio dell'autorità pubblica un'efficacia sanante della situazione originariamente in contrasto con l'assetto legislativo vigente al momento dell'appropriazione del bene. Il comportamento statale, valutato *a posteriori* come scorretto e incoerente, inibisce l'azione recuperatoria o altrimenti ripristinatoria del contesto di legalità esercitata dallo Stato. Così, la tutela dell'interesse individuale viene perseguita con una definitiva stabilizzazione dello *status quo* contrario alla legge, determinando un sacrificio permanente dell'interesse generale perseguito attraverso la pretesa restitutoria avanzata dall'autorità pubblica.

3.2. Beni e interessi esclusi dalla nozione

Il carattere patrimoniale dell'interesse protetto dall'Articolo 1, Protocollo I, porta ad escludere dalla nozione di bene le entità corporali o incorporali non suscettibili di valutazione economica. Così, non rappresentano un bene gli embrioni umani ⁽⁴⁸⁾.

Le situazioni di mero fatto, non supportate da una aspettativa legittima (cfr. *supra* 3.1.), non costituiscono un bene: la protezione è esclusa, ad esempio, nelle situazioni di convivenza di fatto, per il convivente che non è parte formale di un contratto di locazione abitativa ⁽⁴⁹⁾, ovvero per chi esercita un godimento di fatto su un bene da altri legittimamente ereditato ⁽⁵⁰⁾. Ciò non esclude che, qualora il godimento di fatto insista su un'abitazione, simili casi possano assumere rilevanza rispetto alla tutela del diritto alla casa, ai sensi dell'Articolo 8 della Convenzione, indipendentemente dalla sussistenza di una aspettativa legittima ⁽⁵¹⁾.

Rimangono altresì fuori dall'ambito di applicazione della disposizione e quindi non rientrano nella nozione di bene, il diritto ad acquisire un bene o la mera speranza di vedersi riconoscere un diritto di proprietà che, in base al

all'applicazione di un rimedio restitutorio che mirasse preservare il godimento del bene da parte del ricorrente.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, G.C., 27 agosto 2015, n. 46470/11. Cfr. V. ZAGREBELSKY, "Parrillo c. Italia". Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2015; M. D'AMICO, *Parrillo c. Italia: la Corte di Strasburgo come giudice "unico" dei diritti fondamentali?*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2015.

⁽⁴⁹⁾ Commissione, *S. c. Regno Unito*, 14 maggio 1986, n. 11716/85.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, *Durini c. Italia*, 12 Gennaio 1994, n. 19217/91.

⁽⁵¹⁾ Cfr. in questo senso Corte EDU, *Yordanova e Altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012, n. 25446/06, par. 121 dove la tutela è stata garantita nonostante « *the unlawful occupants cannot claim any legitimate expectation to remain* ».

contesto normativo, è impossibile da realizzare o da esercitare effettivamente⁽⁵²⁾. I redditi percepibili in futuro possono costituire un “bene” soltanto quando sussista un credito esigibile alla loro percezione⁽⁵³⁾. Diversamente, non rappresenta un interesse tutelabile il volume d'affari che un libero professionista pretende di aver perso a causa di un'ingerenza, in quanto non garantisce un'immediata realizzazione e, essendo soggetto ai rischi del mercato, difetta del requisito della determinatezza⁽⁵⁴⁾.

Più in generale, con riferimento alle aspettative (v. *supra* § 3), la Corte fissa alcuni criteri che valgono a escludere dalla tutela qualunque minima pretesa economica astrattamente rivendicabile. La base normativa (o fattuale) che dà concretezza all'aspettativa legittima è sottoposta ad una valutazione di idoneità di quell'assetto normativo (o di quel comportamento) a generare un ragionevole affidamento. Se così non fosse l'ambito di applicazione dell'Articolo 1, Protocollo I, si sovrapporrebbe con quello dell'Articolo 6 della Convenzione, secondo cui il diritto ad un equo processo è garantito ogni volta che sussista una “controversia reale e seria” su un “diritto” per il quale si possa domandare la tutela giurisdizionale in base al diritto interno, a prescindere dal fatto che esso sia tutelato dalla Convenzione o meno. La nozione di aspettativa legittima non può coincidere con la mera azionabilità teorica di un diritto controverso in base al diritto interno. La prima richiede che sia concretamente individuabile un vantaggio patrimoniale che il ricorrente ha la ragionevole aspettativa di conseguire in base allo *status quo* della legislazione, mentre la seconda abbraccia qualsiasi diritto controverso astrattamente esercitabile in giudizio, anche se in concreto sostanzialmente infondato. Dalla prima discende una tutela sostanziale, la seconda si limita ad apprestare le garanzie procedurali dell'equo processo.

L'aspettativa legittima tutelata dalla Convenzione si differenzia dalle mere speranze che invece non rientrano nella nozione di bene, in quanto non fondate sul quadro legislativo o giurisprudenziale vigente al momento in cui si origina l'affidamento dell'interessato⁽⁵⁵⁾.

In questi casi, la speranza fatta valere dal ricorrente non si rivolge all'assetto normativo vigente, ma si proietta verso futuri incerti provvedimenti dell'autorità statale. In questa prospettiva, la Corte ha escluso che possa sorgere una aspettativa tutelabile quando il vantaggio patrimoniale da

⁽⁵²⁾ Corte EDU, *Van der Musselle v. Belgium*, 23 novembre 1983, n. 8919/80.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, *Ian Edgar (Liverpool) Ltd c. Regno Unito* (dec.), 25 gennaio 2000, n. 37683/97; Corte EDU, *Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo*, G.C., cit., par. 64; Corte EDU, *Denisov c. Ucraina*, G.C., 25 settembre 2018, n. 76639/11, par. 137.

⁽⁵⁴⁾ Commissione (dec.), *Greek Federation of Customs Officers, Gialouris e Altri c. Grecia*, 6 aprile 1995, n. 24581/94.

⁽⁵⁵⁾ Corte EDU, *Stasch c. Germania* (dec.), 16 ottobre 2007, n. 10823/05.

conseguire derivi esclusivamente dalla speranza di un cambiamento favorevole della legislazione ⁽⁵⁶⁾ oppure di una pronuncia di illegittimità costituzionale ⁽⁵⁷⁾. Allo stesso modo, si riduce ad una mera speranza la convinzione che i tribunali nazionali si pronuncino in senso favorevole al ricorrente ⁽⁵⁸⁾. Una diversa soluzione, volta a contestare le decisioni dei tribunali di merito sulla mera interpretazione e applicazione di una determinata legislazione ⁽⁵⁹⁾, finirebbe per introdurre surrettiziamente un quarto grado di giudizio, che è estraneo alla giurisdizione della Corte.

Dello stesso tenore sono le decisioni che escludono la tutela convenzionale per quelle pretese di restituzione di beni che sono stati espropriati ai ricorrenti molti anni prima da parte di regimi giuridici non democratici precedenti alla ratifica della Convenzione. In questi casi, le iniziative di restituzione intraprese successivamente dai nuovi governi non valgono a fondare una aspettativa legittima in favore dei soggetti esclusi ⁽⁶⁰⁾, a meno che non sia possibile per il privato dimostrare il carattere discriminatorio di tale esclusione in base del combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione.

In altre ipotesi invece, pur non difettando in assoluto una fonte normativa o giudiziaria alla base dell'aspettativa del ricorrente, la Corte ha riscontrato una carenza di concretezza, tale da trasformare la mera speranza in un affidamento "legittimo". È questa l'ipotesi dei diritti condizionati, la cui realizzazione è subordinata all'avverarsi di eventi futuri e incerti ⁽⁶¹⁾: l'assenza di una legittima aspettativa è stata ritenuta anche nelle ipotesi in cui una legislazione intervenga durante la pendenza della condizione, rendendo più ardua la sua realizzazione ⁽⁶²⁾.

Non è sufficiente a giustificare la concretezza dell'aspettativa una decisione giudiziaria non definitiva a favore del ricorrente, poi smentita nei

⁽⁵⁶⁾ Corte EDU, *Gratzinger e Gratzingerova c. Repubblica ceca* (dec.), G.C., 10 luglio 2002, n. 39794/98, par. 73.

⁽⁵⁷⁾ Corte EDU, *Von Maltzan e Altri c. Germania* (dec.), G.C., 2 marzo 2005, nn. 71916/01, 71917/01 e 10260/02, par. 112.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU, *Glaser c. Repubblica Ceca*, 14 febbraio 2008, n. 55179/00.

⁽⁵⁹⁾ Corte EDU, *Radomilja e Altri c. Croatia*, G.C., 20 marzo 2018, nn. 37685/10 e 22768/12, par. 142.

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Malhous c. Repubblica Ceca* (dec.), G.C., 13 dicembre 2000, n. 33071/96; Corte EDU, *Gratzinger e Gratzingerova c. Repubblica Ceca* (dec.), G.C., cit., par.69; Corte EDU, *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein c. Germania*, G.C., 12 luglio 2001, n. 42527/98, par. 85; Corte EDU, *Bock e Palade c. Romania*, 15 febbraio 2007, n. 21740/02, par. 50.

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *Gavella c. Croazia* (dec.), 11 luglio 2006, n. 33244/02; Corte EDU, *Lupaş e Altri c. Romania*, 14 dicembre 2006, nn. 1434/02, 35370/02 e 1385/03, par. 88; Corte EDU, *Müble e Altri c. Germania*, 10 febbraio 2009, n. 21773/05.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, *Bladh c. Svezia* (dec.), 10 novembre 2009, n. 46125/06.

successivi gradi di giudizio perché contraria al diritto nazionale ⁽⁶³⁾. *A fortiori*, parimenti inidonea a elevare la mera speranza ad aspettativa legittima è la proposizione di una domanda giudiziale ⁽⁶⁴⁾, a prescindere da una valutazione della base normativa su cui questa si fonda. Più in generale, la mera contestazione da parte del ricorrente di un'erronea interpretazione e applicazione del diritto nazionale da parte delle autorità nazionali non può attribuirgli un legittimo affidamento, a meno che non si dimostri che la decisione è stata arbitraria o ingiusta (difettando in questo caso, il requisito della legalità dell'interferenza più che un presupposto per la lesione dell'affidamento) ⁽⁶⁵⁾.

Sebbene i comportamenti statali, anche contrari all'assetto normativo vigente, assumano un ruolo nel fondare una aspettativa legittima (*supra* § 3.1), non qualsiasi dichiarazione o affermazione dell'autorità pubbliche o di un loro rappresentante hanno l'effetto di impegnare lo Stato. Gli atti non ufficiali dei membri delle autorità che non sono giuridicamente vincolanti per il singolo organo o per lo Stato non sono sufficientemente forti per fornire la base di un'aspettativa legittima. Non sorge aspettativa legittima se alcuni membri del Governo effettuano dichiarazioni politiche favorevoli alle pretese del ricorrente ⁽⁶⁶⁾ che però non sono supportate da segni di accettazione o riconoscimento da parte dell'organo esecutivo nel suo complesso. Parimenti insufficiente è la dichiarazione programmatica contenuta in una legge, che rinvia l'adozione del provvedimento sperato ad una futura legge mai emanata ⁽⁶⁷⁾. Medesima conclusione, a maggior ragione, viene adottata quando le dichiarazioni provengono da un rappresentante-persona fisica dell'organo giudiziario ⁽⁶⁸⁾.

4. Obblighi positivi ed efficacia orizzontale

Sebbene con un diverso standard di esigibilità rispetto ad altri articoli della Convenzione — come, ad esempio, l'articolo 2 ⁽⁶⁹⁾ — anche la tutela

⁽⁶³⁾ Corte EDU, *Caisse Regionale de Credit Agricole Mutuel Nord de France c. Francia* (dec.), 19 ottobre 2004, n. 58867/00.

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU, *Pudláková c. Repubblica Ceca* (dec.), 7 giugno 2005, n. 18438/02.

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, *Jantner c. Slovacchia*, 4 marzo 2003, n. 39050/97.

⁽⁶⁶⁾ Corte EDU, *Bata c. Repubblica Ceca* (dec.), 24 giugno 2008, n. 43775/05, par. 77; Commissione, *Peltzer e von Werder c. Germania* (dec.), 21 maggio 1998, n. 35223/97.

⁽⁶⁷⁾ Corte EDU, *Zamoyski-Brisson c. Polonia* (dec.), 12 settembre 2017, nn. 19875/13, 19906/13, 19921/13 e 19935/13, par. 78.

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, *Colak c. Germania*, n. 9999/82, 6 dicembre 1988, parr. 29, 31.

⁽⁶⁹⁾ Mentre la tutela del diritto alla vita richiede agli Stati il dovere di compiere ogni atto in loro potere nel campo del soccorso in caso di calamità al fine di proteggere tale diritto,

della proprietà introduce l'obbligo dello Stato di adottare misure, sia preventive che riparatorie, funzionali alla sua protezione. È escluso invece un obbligo statale di garantire l'acquisto della proprietà ⁽⁷⁰⁾.

È possibile individuare nella casistica CEDU due possibili direzioni in cui gli obblighi positivi dispiegano i propri effetti. Da una parte, questi impongono allo Stato di « *garantire il godimento dei beni che già appartengono agli individui* »; dall'altra, allo Stato è richiesto di « *adottare misure specifiche anche allo scopo di prevenire o reprimere eventuali interferenza nel diritto di proprietà da parte di privati* » ⁽⁷¹⁾.

Questo secondo filone determina una significativa espansione dell'ambito di applicazione della norma, in quanto consente di estendere la responsabilità statale anche ad ipotesi in cui non è direttamente coinvolta la condotta statale. Lo Stato è responsabile, a determinate condizioni, per non essersi attivato — in via legislativa, amministrativa o giudiziale — per impedire l'interferenza di terzi privati nella sfera giuridica dell'interessato o, comunque, per fornire rimedi adeguati che gli consentano di far valere i propri diritti (cd. *proiezione orizzontale indiretta*).

Occorre precisare che nei rapporti orizzontali la tutela è meno intensa, soprattutto quando la controversia attiene alle ordinarie relazioni economiche tra privati. Essa, tuttavia, ha consentito di includere nell'ambito di applicazione il diritto di chiedere il risarcimento dei danni subiti ⁽⁷²⁾, il diritto a ritirare quanto depositato su un conto bancario ⁽⁷³⁾ e il diritto di godimento dei proprietari avverso rivendicazioni di terzi ⁽⁷⁴⁾.

Vademecum

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Vi è stata un'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei suoi "beni" ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • Il ricorrente vanta un'aspettativa legittima ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • Nell'ambito del suo margine di apprezzamento, lo Stato
--------------------------	--

l'obbligo di proteggere il diritto al rispetto dei beni, che non è assoluto, non può eccedere quanto è ragionevole nelle circostanze concrete; così Corte EDU, *Budayeva e Altri c. Russia*, 20 marzo 2008, n. 15339/02, par. 175.

⁽⁷⁰⁾ Corte EDU, *Stec e Altri c. Regno Unito*, G.C., 06 luglio 2005, nn. 65731/01 e 65900/01, par. 54; Corte EDU, *Grisbchenko c. Russia*, 8 luglio 2004, n. 75907/01.

⁽⁷¹⁾ M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2003, 155 ss. e, per la citazione, 158.

⁽⁷²⁾ Corte EDU, *Kotov c. Russia*, G.C., 3 aprile 2012, n. 54522/00, par. 113; Corte EDU, *Blumberga c. Lettonia*, 14 ottobre 2008, n. 70930/01, par. 67.

⁽⁷³⁾ Corte EDU, *Zolotas c. Grecia (n. 2)*, 29/01/2013, n. 66610/09.

⁽⁷⁴⁾ Corte EDU, *Liamberi e Altri c. Grecia*, 8 ottobre 2020, n. 18312/12, par. 86-88.

	<p>convenuto ha adempiuto agli obblighi derivanti dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? Il ricorrente ha subito direttamente o indirettamente e in modo sostanziale le conseguenze della presunta azione o inazione insufficiente dello Stato convenuto?</p>
Indicazioni operative	<p>Criteri distintivi del “bene”</p> <ul style="list-style-type: none"> • Patrimonialità; • Attualità o incondizionatezza; • Determinatezza. <p>Elementi fondativi dell'aspettativa legittima</p> <ul style="list-style-type: none"> • Legislazione; • Giurisprudenza; • Provvedimenti amministrativi; • Atti di autonomia privata; • Comportamenti (riconoscimento esplicito di una situazione, acquiescenza, tolleranza, inerzia) <p>Obblighi positivi</p> <ul style="list-style-type: none"> • Effetto verticale: garantire il godimento dei beni già appartenenti ai terzi; • Effetto orizzontale: impedire le interferenze di altri privati.

II.

ARTICOLO 1 PROTOCOLLO N. 1 – IL CONTROLLO SUL RISPETTO DEI BENI

di *Alessandro Dinisi* (*)

SOMMARIO: 1. Struttura del giudizio. — 2. Qualificazione dell'interferenza. — 2.1. Privazione della proprietà. — 2.2. Disciplina dell'uso dei beni. — 2.3. Altre interferenze. — 3. Requisiti sostanziali. — 3.1 Legalità. — 3.2. Scopo legittimo. — 3.3. Giusto equilibrio.

1. Struttura del giudizio

L'esame sostanziale della presunta violazione da parte della Corte di Strasburgo segue un preciso e strutturato metodo di analisi che si conforma alla struttura della disposizione. La sequenza di questa metodologia di giudizio può essere sintetizzata in una serie di domande, tra loro consecutive, che la Corte rivolge alle parti in fase di istruzione della controversia.

i. *Vi è stata un'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto dei suoi "beni"?*

ii. *In caso affermativo, costituisce l'ingerenza una privazione della proprietà? In caso negativo, si trattava di una disciplina dell'uso dei beni? In caso negativo, possono i fatti oggetto della causa essere interpretati dalla Corte alla luce del principio generale del diritto al rispetto dei "beni"?*

iii. *In caso affermativo, l'ingerenza è stata conforme alla legge?*

iv. *L'ingerenza ha perseguito uno scopo legittimo?*

v. *L'ingerenza ha imposto un onere individuale eccessivo ai ricorrenti? Esisteva un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito?*

Innanzitutto, si procede a definire se la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione della disposizione (i). Successivamente la Corte qualifica l'ingerenza statale sussumendola all'interno di una delle tre norme (ii) contenute nella disposizione, con il potere officioso di riqualificare la violazione dedotta

(*) Esperto CEDU per l'Agente del Governo italiano. Assegnista di ricerca in diritto privato, presso l'Università degli studi di Pisa.

dal ricorrente, e ricondurre la fattispecie all'interno di una norma differente. Solo allora si avvia la fase di giudizio sulla violazione della Convenzione.

Per essere considerata compatibile con l'articolo 1 del Protocollo I, l'ingerenza deve soddisfare tre distinte valutazioni, tra loro collegate. Qualsiasi misura statale che interferisce con i diritti patrimoniali protetti deve osservare il principio della legalità (iii) e perseguire una finalità legittima (iv) che sia perseguita attraverso mezzi ragionevolmente proporzionati (v).

Ogni fase del giudizio è consequenziale alla precedente. Di regola, quindi, la Corte, per economia processuale o per impossibilità logica, non proseguirà nell'analisi di un successivo aspetto della decisione, qualora la controversia si risolva — con l'accertamento della violazione oppure no — nella fase precedente. Il rigore di questa impostazione è però soggetto ad alcune eccezioni.

Mentre, infatti, di regola, se la Corte accerta che l'ingerenza difetta di una base legale o non persegue uno scopo legittimo, essa dichiara la violazione della Convenzione senza la necessità di valutare anche il rispetto della proporzionalità ⁽¹⁾, in alcune ipotesi, essa preferisce astenersi volutamente dal rispondere alle questioni preliminari, per affrontare direttamente l'ultimo aspetto ⁽²⁾.

2. Qualificazione dell'ingerenza

Prima di procedere al giudizio sostanziale sulla violazione, la Corte esamina a quale delle tre norme debba essere ricondotta l'ingerenza lamentata. Tale valutazione è effettuata per esclusione, dalla fattispecie più particolare verso quella più generale: innanzitutto, si verifica se l'ingerenza sia qualificabile come una privazione della proprietà; se questa prima opzione viene esclusa, si accerta se l'ingerenza costituisca una regolamentazione dell'uso dei beni; infine, se la complessità e atipicità del caso concreto lo richiede, la Corte qualificherà l'ingerenza come un'ingerenza disciplinata dalla norma generale del diritto al rispetto dei "beni", di applicazione residuale.

La qualificazione del tipo di violazione non è una scelta neutra rispetto al controllo sostanziale sul rispetto dei beni. Come già si evince dalla

⁽¹⁾ Corte EDU, *Simonyan c. Armenia*, 7 aprile 2016, n. 18275/08, par. 25-26; Corte EDU, *Vijatović c. Croazia*, 16 febbraio 2016, n. 50200/13, par. 58; Corte EDU, *Gubiyev c. Russia*, 19 luglio 2011, n. 29309/03, par. 83; Corte EDU, *Bock e Palade c. Romania*, 15 febbraio 2007, n. 21740/02, par. 58-65.

⁽²⁾ Corte EDU, *Megadat.com S.r.l. c. Moldavia*, 8 aprile 2008, n. 21151/04, par. 67; Corte EDU, *Ünsped Paket Servisi SaN. Ve TiC. A.Ş. c. Bulgaria*, 13 ottobre 2015, n. 3503/08, par. 43.

formulazione testuale e risulta confermato dalla giurisprudenza della Corte, l'opzione tra le tre tipologie di violazione incide significativamente sul tipo di controllo che la Corte effettua e, in particolare, sull'applicazione di uno standard di proporzionalità più o meno rigoroso. Ciò vale in particolare per le violazioni riconducibili alla "privazione della proprietà" (primo paragrafo, second frase) in cui la proporzionalità è fortemente condizionata dalla previsione di un giusto indennizzo (cfr. *infra* § 3.3.). Più omogenei appaiono i criteri di conformità dell'ingerenza applicati dalla Corte con riferimento alle fattispecie riconducibili alle altre due norme.

2.1. *Privazione della proprietà*

La seconda norma, contenuta nella seconda frase del primo paragrafo, regola l'interferenza più drastica con i diritti patrimoniale, vale a dire la privazione della proprietà, la cui legittimità non è esclusa *a priori* ma piuttosto subordinata a determinate condizioni ⁽³⁾. Con "privazione" si intende qualsiasi misura che determina un trasferimento coattivo della titolarità di beni o diritti patrimoniali o una loro estinzione. Pertanto, nella nozione non vanno incluse soltanto le espropriazioni individuali ma anche provvedimenti generali di nazionalizzazione, in cui l'ablazione riguarda interi settori produttivi ed è generalmente collegata ad una radicale riforma socioeconomica ⁽⁴⁾.

Anche la nozione di "privazione della proprietà" è influenzata dall'approccio interpretativo non formalista della Corte di Strasburgo. Innanzitutto, perché venga in gioco la seconda norma, l'effetto ablativo non deve necessariamente avvantaggiare lo Stato ma può determinare anche un trasferimento forzato della titolarità in favore di altri soggetti privati, persone fisiche o giuridiche ⁽⁵⁾.

Inoltre, non è necessario che lo Stato emetta formalmente un provvedimento di espropriazione o analogo atto di estinzione dei diritti patrimoniali del ricorrente. La sussistenza di una "privazione" è valutata guardando alle

⁽³⁾ Proprio la legittimità dell'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità giustifica la non completa sovrapposizione tra il diritto della proprietà e gli altri diritti umani tutelati dalla Convenzione, i quali non introducono un potere ablativo analogo a quello garantito agli Stati per i diritti patrimoniali. Così E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extra contrattuale*, in E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2010; A. GAMBARO, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, cit., 289-290.

⁽⁴⁾ Corte EDU, *Lithgow e altri c. Regno Unito*, 8 luglio 1986, nn. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 e 9405/81, par. 107.

⁽⁵⁾ Corte EDU, *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, n. 8793/79, par. 38; Corte EDU, *Håkansson and Sturesson c. Svezia*, 21 febbraio 1990, n. 11855/85, par. 43.

conseguenze pratiche ed effettive dell'azione statale (atti, decisioni o comportamenti). Sarà comunque possibile accertare un *esproprio di fatto*, a prescindere dalla qualificazione nominale dell'atto adottata dall'autorità statale ⁽⁶⁾ o dalla perdita effettiva della titolarità formale.

Ormai assodata è la riconduzione all'interno della seconda norma di misure sostanzialmente ablativi dei diritti di proprietà individuale, quali l'occupazione acquisitiva (o accessione invertita) ⁽⁷⁾ o gli ordini di illegittima demolizione di un edificio ⁽⁸⁾.

Tuttavia, in assenza di una definizione puntuale di esproprio di fatto, non sempre è agevole marcare un confine netto tra atti che hanno effetti nella sostanza ablativi e misure rispetto alle quali la perdita o il mutamento di titolarità del diritto di proprietà sono il risultato di una disciplina riconducibile ad interferenze minori. Il caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd c. Regno Unito* è esemplare di questa ambiguità: mentre la camera semplice ha qualificato l'istituto dell'*adverse possession* (analogo inglese della cd. prescrizione acquisitiva) come privazione della proprietà ⁽⁹⁾ — in quanto tale illegittima per l'assenza di un indennizzo — la Grande Camera ha sovvertito questa conclusione, riconducendo la disciplina nel novero delle regolamentazioni all'uso dei beni ⁽¹⁰⁾, con la conseguenza di applicare un diverso standard di proporzionalità e giudicare l'istituto conforme alla Convenzione. Il trasferimento della proprietà, infatti, costituisce l'effetto di una disciplina generale che regola la prescrizione dell'azione di rivendica della proprietà ⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Hentrich c. Francia*, 22 settembre 1994, n. 13616/88, par. 35, in cui si qualifica come privazione della proprietà l'esercizio del diritto di prelazione esercitato dalle autorità fiscali su un bene acquistato legittimamente dal ricorrente. Cfr. la diversa soluzione adottata in Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, G.C., 5 gennaio 2000, n. 33202/96, par. 106, in cui l'esercizio (tardivo) della prelazione viene ricondotto nella norma generale.

⁽⁷⁾ Corte EDU, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, 30 maggio 2000, n. 31524/96, par. 53-54; Corte EDU, *Carbonara e Ventura c. Italia*, 30 maggio 2000, n. 24638/94, par. 61; Corte EDU, *Scordino c. Italia (n. 3)*, 17 maggio 2005, n. 43662/98.

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Zammit e Vassallo c. Malta*, 28 maggio 2019, n. 43675/16, par. 54.

⁽⁹⁾ Corte EDU, *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*, 15 novembre 2005, n. 44302/02, par. 62.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito*, G.C., 30 agosto 2007, n. 44302/02, par. 66.

⁽¹¹⁾ Sulla compatibilità dell'istituto dell'usucapione S. PATTI, *Perdita del diritto a seguito di usucapione e indennità (alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2009, 663-668; G. MAGRI, *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2014, 1402-1428; F. VIGLIONE, *Proprietà e usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2013, 464-478; A. GUARNIERI, *Usucapione, acquisti a non domino e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1, 2016, 171-182.

La dottrina ha enucleato due principali criteri, ricorrenti nella giurisprudenza di Strasburgo, che valgono a distinguere la privazione dalle altre interferenze. Da una parte, il carattere ablativo della misura è riscontrabile quando essa determina l'impossibilità di esercitare le facoltà dominicali⁽¹²⁾. Dall'altra, tale limitazione deve essere definitiva e irreversibile, non limitandosi a una compressione puramente temporanea e provvisoria delle predette facoltà⁽¹³⁾. L'applicazione cumulativa di questi criteri ha portato ad escludere l'applicabilità della seconda norma ai casi di dichiarazione di pubblica utilità di un terreno non seguita da un'espropriazione⁽¹⁴⁾ o altro atto di spossessamento del bene ovvero al divieto pluriennale di costruire su un terreno in vista di un esproprio futuro e incerto⁽¹⁵⁾.

La privazione della proprietà non ha necessariamente ad oggetto il diritto di proprietà in senso stretto, ma può interessare anche gli altri beni e situazioni giuridiche protette dall'Articolo 1, Protocollo I, come ad esempio un diritto di credito⁽¹⁶⁾. Il fatto che la nozione di bene possa concentrarsi su singoli interessi patrimoniali rischia di ripercuotersi sulla qualificazione dell'ingerenza: attribuire autonoma veste di bene protetto ad una isolata facoltà del proprietario o a singole utilità che il bene può esprimere porterebbe infatti a qualificare l'ingerenza su di queste come privazione della proprietà. Diversamente, considerando come bene protetto il diritto di proprietà nel suo complesso, una limitazione di una singola facoltà o utilità (ad esempio, la percezione di frutti civili⁽¹⁷⁾ o una particolare forma di sfruttamento della *res*⁽¹⁸⁾) costituirebbe una forma di regolamentazione dell'uso del bene. La Corte tende a sposare la seconda soluzione e ad escludere che singole facoltà proprietarie assumano l'autonoma qualifica di bene, quando il soggetto interessato dalla misura è proprietario del bene oltre che titolare della singola facoltà oggetto della limitazione.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Papamichalopoulos c. Grecia*, 24 giugno 1993, n. 14556/89, par. 43: « *the applicants were unable either to make use of their property or to sell, bequeath, mortgage or make a gift of it* ».

⁽¹³⁾ M. L. PADELLETTI, *Art. 1 Prot. 1 - Protezione della proprietà*, in V. ZAGREBELSKY, S. BARTOLE, P. DE SENA (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, 796.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Matos e Silva, Lda., e altri c. Portogallo*, 16 settembre 1996, n. 15777/89.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Erkner and Hofauer c. Austria*, 23 aprile 1987, n. 9616/81, par. 72.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Lecarpentier e altri c. Francia*, 14 febbraio 2006, n. 67847/01; Corte EDU, *Pressos Compania Naviera S. A. e Altri c. Belgio*, 20 novembre 1995, n. 17849/91, par. 34.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Mellacher e altri c. Austria*, 19 dicembre 1989, nn. 10522/83, 11011/84 e 11070/84, par. 44.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Fredin c. Svezia (n. 1)*, 18 febbraio 1991, n. 12033/86, par. 47.

2.2. *Disciplina dell'uso dei beni*

La terza norma, contenuta nel secondo paragrafo, riconosce che gli Stati contraenti hanno il diritto di regolamentare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale. L'elaborazione giurisprudenziale ha così ricavato *a contrario* un'ulteriore ipotesi di violazione, per tutti i casi in cui il potere regolatorio statale non rispetti i requisiti della legalità, dell'interesse generale e della proporzionalità.

La casistica della Corte di Strasburgo annovera all'interno di questa norma tipologie di interferenze fra loro eterogenee, dalle quali arduo è estrapolare un criterio unico e speculare a quelli individuati per la privazione della proprietà (cfr. *supra*).

Vengono qualificate come regolamentazioni dell'uso dei beni gli interventi che incidono sulla libertà di iniziativa economica, tra cui le misure limitative del diritto a iscriversi ad albi professionali ⁽¹⁹⁾, revoche o modifiche delle condizioni di licenze commerciali ⁽²⁰⁾, l'introduzione di un monopolio statale. Analogamente sono qualificati gli interventi normativi volti a controllare o regolare il mercato delle locazioni private ⁽²¹⁾, anche attraverso misure limitative dei diritti restitutori del proprietario-locatore ⁽²²⁾ o dell'autonomia contrattuale nella determinazione del canone ⁽²³⁾.

Come già ricordato, la limitazione di singole facoltà dominicali, che non determinino la perdita del diritto o del suo contenuto minimo, vengono ricondotte all'interno della norma in esame: tra queste, degne di nota sono le misure limitative della capacità di disporre per testamento ⁽²⁴⁾, i divieti di nuove costruzioni ⁽²⁵⁾, la perdita di alcuni diritti esclusivi su un terreno e il

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, *Van Marle e Altri c. Paesi Bassi*, 26 giugno 1986, nn. 8543/79, 8674/79, 8675/79 e 8685/79, par. 42-43.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, 7 luglio 1989, n. 10873/84, par. 55; Corte EDU, *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. c. Polonia*, 5 giugno 2012, n. 51728/99, par. 49; Corte EDU, *Megadat.com S.r.l. c. Moldavia*, cit., par. 65.

⁽²¹⁾ Corte EDU, *Mellacher e altri c. Austria*, cit., par. 44; Corte EDU, *Hutten-Czapska c. Polonia*, G.C., 19 giugno 2006, n. 35014/97, par. 160; Corte EDU, *Anthony Aquilina c. Malta*, 11 dicembre 2014, n. 3851/12, par. 54; Corte EDU, *Bittó e altri c. Slovacchia*, 28 gennaio 2014, n. 30255/09, par. 101.

⁽²²⁾ Corte EDU, *Immobiliare Saffi c. Italia*, G.C., 28 luglio 1999, n. 22774/93, par. 46.

⁽²³⁾ Corte EDU, *Lindheim e altri c. Norvegia*, 12 giugno 2012, nn. 13221/08 e 2139/10, par. 75-78.

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Marckx c. Belgio*, 13 marzo 1978, n. 6833/74, par. 64.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *Pine Valley Developments LTD e Altri c. Irlanda*, 29 novembre 1991, n. 12742/87, par. 56.

conseguente dovere di tollerare attività di terzi nella proprietà ⁽²⁶⁾, l'imposizione di obblighi positivi al proprietario per la gestione e la cura di un determinato bene ⁽²⁷⁾, il rifiuto di immatricolazione di un bene mobile registrato ⁽²⁸⁾.

La casistica appena richiamata si mantiene coerente con l'approccio che tende ad applicare la norma del secondo paragrafo soltanto in assenza di effetti sostanzialmente ablativi della misura interessata. Tuttavia, le disarmonie interpretative aumentano quando anche provvedimenti che determinano una restrizione definitiva (o temporanea, ma comunque duratura e indeterminata) delle principali facoltà dominicali, nondimeno, sono qualificati dalla Corte EDU come interventi di regolazione. Simile esito interpretativo è favorito dal dato testuale che riconduce all'interno della terza norma non soltanto la regolazione in senso stretto ma anche i provvedimenti volti ad "assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle sanzioni".

Così, rientrano nella norma in esame, il sequestro e la confisca ⁽²⁹⁾ nonché gli ordini di demolizione di edifici costruiti illegalmente ⁽³⁰⁾. L'apparente contrasto con il criterio generale di distinzione tra privazione e regolamentazione è risolto dalla Corte facendo leva sulla peculiare natura del provvedimento. Pur incidendo in modo significativo sulla proprietà privata, simili misure — riconducibili a discipline di repressione di condotte illecite sul piano amministrativo o penale — perseguono finalità diverse dalla privazione della proprietà in quanto tale, vuoi perché costituiscono la ricaduta rimediabile di una regolamentazione del regime dei beni ⁽³¹⁾, vuoi perché sono assimilabili al concetto di "pene" di cui all'Articolo 1, Protocollo I, della Convenzione ⁽³²⁾.

Consequente a questa impostazione è l'opposta conclusione a cui perviene la Corte nei casi in cui un provvedimento di confisca o di demolizione

⁽²⁶⁾ Corte EDU, *Chassagnou e altri c. Francia*, G.C., 29 aprile 1999, nn. 25088/94, 28331/95, e 28443/95, par. 74; Corte EDU, *Herrmann c. Germania*, G.C., 26 giugno 2012, n. 9300/07, par. 72).

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Ansary e altri c. Turchia* (dec.), 2 marzo 2006, n. 49908/99.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Yaroslavtsev c. Russia*, 2 dicembre 2004, n. 42138/02, par. 32; Corte EDU, *Sildedzis c. Polonia*, 24 maggio 2005, n. 45214/99, par. 45.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Agosi c. Regno Unito*, 24 ottobre 1986, n. 9118/80, par. 51; Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994, n. 12954/87, par. 29; Corte EDU (dec.), *Riela e altri c. Italia*, 4 settembre 2001, n. 52439/99.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, 21 aprile 2016, n. 46577/15, par. 69; Corte EDU, *Saliba c. Malta*, 8 novembre 2005, n. 4251/02, par. 46.

⁽³¹⁾ Così argomenta M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, 2003, 140-141.

⁽³²⁾ Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, 5 luglio 2001, n. 41087/98, par. 43.

sia indirizzato verso un terzo estraneo alla condotta illecita ⁽³³⁾ e determini l'effetto permanente di privarlo della proprietà del bene ⁽³⁴⁾. In questi casi, il terzo in buona fede subisce un'interferenza riconducibile ad una privazione della proprietà ai sensi del primo paragrafo, seconda frase della disposizione, in quanto la finalità sanzionatoria della misura non è riferibile alla sua personale condotta.

2.3. Altre interferenze

La prima norma, esposta nella prima frase del primo paragrafo, è di carattere generale ed enuncia il principio del diritto al rispetto dei beni. Si tratta di una disposizione polifunzionale: da una parte, è un criterio di interpretazione di tutte le norme che ne garantisce l'omogeneità applicativa, soprattutto rispetto al canone del giusto equilibrio; dall'altra, essa costituisce un'autonoma norma di divieto delle ingerenze statali nella sfera patrimoniale individuale, diverse dalla privazione e dalla regolamentazione. In questa seconda accezione, essa opera in via residuale, a seguito della progressiva esclusione dell'applicabilità delle altre due norme, consentendo di sanzionare qualsiasi provvedimento che determini, anche indirettamente, una diminuzione della disponibilità dei beni o un pregiudizio patrimoniale.

L'individuazione delle ipotesi riconducibili a questa norma non può che derivare da un tentativo di tassonomia della variegata ed eterogenea casistica giurisprudenziale.

Talvolta, la scelta della prima norma è motivata dalla *complessità* della fattispecie. L'utilizzo della norma generale consente di effettuare una valutazione complessiva dell'effetto pregiudizievole sul patrimonio del ricorrente, che rimarrebbe oscurato dalla riconduzione dell'interferenza all'interno di una violazione tipizzata, in quanto la fattispecie concreta presenta degli elementi di plurioffensività propri di entrambe le violazioni ⁽³⁵⁾. Ancora, la norma generale è stata applicata per evitare un accertamento troppo complesso ma altresì inutile al fine di escludere una violazione che, alla luce delle circostanze di fatto complessive, era comunque da riconoscere ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Corte EDU, *Andonoski c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 17 settembre 2015, n. 16225/08, par. 36, per la confisca permanente di un'automobile utilizzata da terzi per il traffico di migranti; Corte EDU, *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovenia*, 17 gennaio 2017, n. 42079/12, par. 48.

⁽³⁴⁾ Si v. però Corte EDU, *Pendov c. Bulgaria*, 26 marzo 2020, n. 44229/11 parr. 44-51 e 63) in cui un sequestro temporaneo ma prolungato nel tempo (di circa sette mesi e mezzo) è equiparato ad una misura permanente.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Jokela c. Finlandia*, 21 maggio 2002, n. 28856/95, parr. 44-50.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, G.C., cit., par. 106.

In altri casi, l'elemento distintivo è rinvenibile nel carattere *potenziale* della violazione, che vale sì ad escludere il verificarsi di un effetto ablativo o limitativo della proprietà ma ne determina comunque una precarizzazione, alimentando una situazione di incertezza circa la sua sorte ultima. Così, nel *leading case Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, la Corte ha ritenuto che già la fase iniziale di una procedura di esproprio, con l'adozione di atti preparatori al provvedimento finale, non concretizzandosi in un risultato espropriativo, meritava di essere comunque esaminata alla luce della prima norma ⁽³⁷⁾.

Altre ipotesi sono riconducibili al mancato assolvimento di *obblighi positivi* da parte dell'autorità pubblica. Sebbene sul piano degli effetti si realizzi una limitazione analoga ad una regolamentazione dell'uso dei beni, ad esempio per la mancata esecuzione di uno sfratto o il diniego di una concessione edilizia, la norma generale viene in gioco in quanto la suddetta interferenza non deriva da una previsione normativa in materia locatizia o urbanistica ma è il risultato dell'inattività delle autorità statali, motivata da valutazioni di opportunità contingenti piuttosto che da una precisa disposizione di legge ⁽³⁸⁾.

Infine, l'utilizzo della norma generale è dipeso dalla *natura dell'interesse protetto* in gioco nel caso concreto. Così, ad esempio, l'obbligo di pagare le spese di lite — tradizionalmente sussunto all'interno del secondo comma dell'articolo 1 del protocollo n. 1, perché incluso nella nozione di "contributi" ⁽³⁹⁾ — è valutato in base alla norma generale quando riguarda le spese della controparte che sarebbero estranee alla regola *loser pays* ⁽⁴⁰⁾.

3. Requisiti sostanziali

Il controllo sostanziale delle interferenze statali adotta dei requisiti di giustificazione che sono analoghi a quelli di altre disposizioni (in particolare

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, nn. 7151/75 e 7152/75, par. 65; Corte EDU, *Erkner and Hofauer c. Austria*, cit., par. 74; Corte EDU, *Elia S.r.l. c. Italia*, 2 agosto 2001, n. 37710/97.

⁽³⁸⁾ Cfr. Corte EDU, *Matheus c. Francia*, 31 marzo 2005, n. 62740/00, par. 68, in cui la mancata esecuzione dello sfratto non derivava da una disposizione di legge ma da una omissione degli ufficiali giudiziari e del prefetto. Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, G.C., 18 dicembre 1996, n. 15318/89, parr. 61-64, rispetto al continuo diniego delle autorità di consentire l'accesso ad un terreno di proprietà del ricorrente. Cfr. Corte EDU, *Zaklan c. Croazia*, 16 dicembre 2021, n. 57239/13, par. 90, riguardante la confisca di somme di denaro in valuta straniera e la prolungata incapacità del ricorrente di recuperare il denaro per inerzia delle autorità.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Perdigão c. Portogallo*, G.C., 16 novembre 2010, n. 24768/06, par. 61.

⁽⁴⁰⁾ Corte EDU, *Cindrić e Bešlić c. Croazia*, 6 settembre 2016, n. 72152/13, par. 92; Corte EDU, *Movimento nazionale Ekoglasnost c. Bulgaria*, 15 dicembre 2020, n. 31678/17, parr. 69-71.

degli articoli 8 e seguenti della Convenzione). In questa sede, si limiterà l'analisi alle specificità adottate dalla Corte nell'applicazione dei tre canoni di valutazione della violazione rispetto all'Articolo 1, Protocollo I, per far emergere la concretizzazione giurisprudenziale di clausole generali alla materia dei diritti patrimoniali e mettere in luce come la loro applicazione vari a seconda di come l'interferenza viene qualificata.

3.1. *Legalità*

Qualsiasi ingerenza nei diritti tutelati dall'articolo 1 del Protocollo n. 1, per dirsi legittima, deve essere attuata alle "condizioni previste dalla legge". Il requisito della legalità della misura ha un contenuto analogo a quello previsto agli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione⁽⁴¹⁾. Oltre ad essere testualmente menzionato in entrambi i commi della disposizione, esso rappresenta una qualità intrinseca dello stato di diritto, principio fondamentale immanente a tutta la Convenzione.

Per tale ragione, l'elaborazione giurisprudenziale ha subito specificato che il requisito della legalità non si traduce in un mero formalismo, ma si riempie di contenuto in base alla funzione di proteggere il cittadino dagli arbitri statali. Innanzitutto, con "legge" deve intendersi la disposizione interna, come applicata dalla prassi amministrativa⁽⁴²⁾ ed interpretata dalla giurisprudenza⁽⁴³⁾. Inoltre, non basta che una previsione di legge — una "base legale" — sia testualmente prevista ma questa deve rispettare un alto standard qualitativo, che la Corte concretizza attraverso le due sotto condizioni dell'accessibilità e della prevedibilità.

Con accessibilità si intende l'effettiva conoscibilità della legge da parte dei consociati. Il requisito è valutato nella sostanza. Per riscontrarne l'inservanza, non basta l'omessa pubblicizzazione del testo della legge nella gazzetta ufficiale, qualora la collettività ne abbia comunque ricevuto informazione attraverso mezzi idonei alternativi⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *ex multis* Corte EDU, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, G.C., 7 giugno 2012, n. 38433/09, par. 139-158 e 178-179, in cui il giudizio di prevedibilità effettuato con riferimento alla violazione dell'articolo 10 viene trasposto *sic et simpliciter* nella valutazione della legalità rispetto all'articolo 1, Protocollo I, della Convenzione.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, *Lekič c. Slovenia*, G.C., 11 dicembre 2018, n. 36480/07, par. 95; Corte EDU, *Jokela c. Finlandia*, cit., par. 45; Corte EDU, *Capital Bank AD c. Bulgaria*, 24 novembre 2005, n. 49429/99, par. 134.

⁽⁴³⁾ Corte EDU, *Vistiņš e Perepjolkins c. Lettonia*, G.C., 25 ottobre 2012, n. 71243/01, par. 96.

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, *Špaček, s.r.o. c. Repubblica Ceca*, 9 novembre 1999, n. 26449/95, par. 57-60.

Una norma può dirsi invece “precisa e prevedibile” se la sua formulazione, unita all’interpretazione giurisprudenziale, delimita con sufficiente precisione i confini della sua applicazione, di modo da rendere al cittadino prevedibile le conseguenze delle proprie condotte. Diversamente, difetta di tale qualità la norma che lascia spazi di arbitrarietà dell’esercizio del potere di ingerire la sfera patrimoniale del singolo (45).

Precisione e prevedibilità rappresentano quindi i canoni interpretativi che definiscono il corretto bilanciamento tra certezza ed elasticità del diritto. Mentre la prima è di regola auspicabile, la Corte ammette che in alcuni casi una certa elasticità o addirittura vaghezza delle norme sia necessaria per il loro effettivo funzionamento. In questi casi, allora, il giudizio sulla precisione e prevedibilità consente di valutare la reale necessità di una formulazione vaga, onde evitare che il legislatore abusi dell’elasticità come pretesto per favorire, attraverso l’indeterminatezza, l’arbitrarietà del potere statale. Lo standard minimo di precisione esigibile non è definibile *a priori*, ma dipende dal contenuto della legge in questione, dal settore che essa intende coprire e dal numero e dallo status dei destinatari interessati (46).

La carenza di precisione può derivare dal persistere di una prassi giurisprudenziale altalenante e incoerente. Imprecisa è ad esempio la normativa sugli atti interruttivi della prescrizione, applicata seguendo un indirizzo giurisprudenziale non univoco e foriero di incertezze, che determina la perdita del diritto di credito del ricorrente (47). Anche una motivazione inadeguata da parte dell’autorità giudiziaria può manifestare un deficit di precisione e chiarezza della normativa (48). Spesso il deficit di prevedibilità non emerge dalla valutazione astratta della legislazione, ma da come questa è stata in concreto applicata: una disciplina sulla confisca con presupposti applicativi vaghi e carente di una definizione chiara dei beni oggetto della

(45) Cfr., ad esempio, Corte EDU, *Nešić c. Montenegro*, 9 giugno 2020, n. 12131/18, par. 52-53, secondo cui è imprevedibile la normativa sull’espropriazione per pubblica utilità che non consente di definire con certezza il momento della perdita formale del titolo di proprietà e, di conseguenza, il momento in cui sorge il diritto all’indennità di esproprio.

(46) Non esclude di per sé la prevedibilità, la necessità per l’interessato di avvalersi di un parere tecnico-giuridico per la corretta comprensione della norma. In particolare, in Corte EDU, *Lekić c. Slovenia*, cit., par. 97, la Corte ha chiarito che chi esercita un’attività professionale o commerciale è abituato ad agire con un maggior grado di cautela e, quindi, da lui è lecito aspettarsi una particolare attenzione nel valutare i rischi che una determinata normativa riconduce alle suddette attività economiche.

(47) Corte EDU, *Lelas c. Croatia*, 20 maggio 2010, n. 55555/08, par. 77-78.

(48) Corte EDU, *Kushoglu c. Bulgaria*, 10 maggio 2007, n. 48191/99, par. 51-59.

misura viene considerata imprevedibile in ragione di come essa è adottata nel caso concreto dal giudice di merito ⁽⁴⁹⁾.

Il legame funzionale tra prevedibilità e riduzione dell'arbitrarietà statale si traduce nella previsione di adeguate garanzie procedurali volte ad offrire rimedi effettivi contro le interferenze che fuoriescono dal perimetro di discrezionalità tecnica lasciato alle autorità pubbliche. La principale garanzia richiesta dal requisito della legalità consiste nel predisporre adeguati strumenti processuali che consentano all'individuo di lamentare la violazione del diritto al pacifico godimento dei suoi beni. In questa ottica, si colloca il filone giurisprudenziale che ha condannato l'istituto italiano dell'occupazione acquisitiva il quale addirittura consentiva alle autorità di regolarizzare e trarre così vantaggio da un'ingerenza di fatto, originariamente sprovvista di una base legale, impedendo *ex post* al proprietario di avvalersi della tutela reale e risarcitoria ⁽⁵⁰⁾.

Non sembra invece porre problemi di legalità e prevedibilità la mera efficacia retroattiva di previsioni di legge limitative della proprietà. Il tema — che viene generalmente dalla Corte ricondotto all'interno dell'articolo 6 della Convenzione che sanziona soltanto l'efficacia retroattiva volta a modificare l'esito di singoli processi — è stato più volte risolto nel senso di escludere una autonoma violazione dell'articolo 1 del Protocollo I ⁽⁵¹⁾. Affinché l'effetto retroattivo possa assumere rilievo in questa sede è dunque necessario il *quid pluris* di una legittima aspettativa meritevole di tutela soprattutto laddove la controversia su cui interviene la legge retroattiva riguardi esclusivamente parti private e non coinvolga lo Stato ⁽⁵²⁾.

È infine importante mettere in luce come la legalità sia un requisito interconnesso con quello della proporzionalità. Una prassi legislativa, amministrativa o giurisprudenziale foriera di incertezza applicative può assumere rilevanza non solo per il giudizio di prevedibilità della legislazione ma anche in sede di valutazione della proporzionalità dell'ingerenza. Una volta raggiunto lo standard minimo di legalità può comunque verificarsi che il

⁽⁴⁹⁾ Corte EDU, *Markus c. Lettonia*, 11 giugno 2020, n. 17483/10, par. 75.

⁽⁵⁰⁾ Corte EDU, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, cit.; Corte EDU, *Carbonara e Ventura c. Italia*, cit. Per una più approfondita disamina della vicenda cfr. in questo volume A. DINISI, *Casistica rilevante*.

⁽⁵¹⁾ In materia tributaria, cfr. Corte EDU, *Maggio e Altri c. Italia*, 31 maggio 2011, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, par. 60; Corte EDU, *Arras e altri c. Italia*, 14 febbraio 2012, n. 17972/07, par. 81.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, *Kamoy Radyo Televizyon Yayincilik ve Organizasyon A.S. c. Turchia*, 16 April 2019, n. 19965/06, par. 40.

medesimo contesto di incertezza cagioni all'individuo un onere sproporzionato ⁽⁵³⁾.

3.2. *Scopo legittimo*

L'ingerenza di una pubblica autorità nel pacifico godimento dei "beni" può essere giustificata soltanto se necessaria a perseguire una pubblica utilità o un interesse generale.

La Corte ha ritenuto che le seguenti finalità fossero comprese nella nozione di pubblica utilità ai sensi di tale disposizione: l'eliminazione dell'ingiustizia sociale nel settore abitativo ⁽⁵⁴⁾; la nazionalizzazione di industrie strategiche ⁽⁵⁵⁾; il governo del territorio ⁽⁵⁶⁾; la lotta all'evasione fiscale ⁽⁵⁷⁾, al traffico di sostanze stupefacenti ⁽⁵⁸⁾ e alla criminalità organizzata; le misure finalizzate a limitare il consumo di alcol ⁽⁵⁹⁾; la protezione della morale ⁽⁶⁰⁾; il controllo della legittima origine di autoveicoli messi in circolazione ⁽⁶¹⁾; la confisca di denaro acquisito illegittimamente ⁽⁶²⁾; la transizione da un'economia socialista a un'economia di mercato ⁽⁶³⁾; il corretto funzionamento del sistema giustizia ⁽⁶⁴⁾; la tutela dell'ambiente ⁽⁶⁵⁾; la prevenzione delle malattie ⁽⁶⁶⁾; la correzione di errori commessi dallo Stato ⁽⁶⁷⁾; la tutela del diritto all'abitazione ⁽⁶⁸⁾; la conservazione del patrimonio culturale ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁵³⁾ Corte EDU, *Broniowski c. Polonia*, G.C., 22 giugno 2004, n. 31443/96, par. 151.

⁽⁵⁴⁾ Corte EDU, *James e altri c. Regno Unito*, cit., par. 45.

⁽⁵⁵⁾ Corte EDU, *Lithgow e altri c. Regno Unito*, cit., parr. 9 e 109.

⁽⁵⁶⁾ Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, cit., par. 69; Corte EDU, *Cooperativa La Laurentina c. Italia*, 2 agosto 2001, n. 23529/94, par. 94.

⁽⁵⁷⁾ Corte EDU, *Hentrich c. Francia*, cit., par. 39.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU (dec.), *Butler c. Regno Unito*, 27 giugno 2002, n. 41661/98.

⁽⁵⁹⁾ Corte EDU, *Tre Traktörer Aktiebolag c. Svezia*, cit., par. 62.

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, par. 62.

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *Sildedzis c. Polonia*, 24 maggio 2005, n. 45214/99, par. 50.

⁽⁶²⁾ Corte EDU, *Honecker e altri c. Germania* (dec.), 15 novembre 2001, nn. 53991/00 e 54999/00.

⁽⁶³⁾ Corte EDU, *Lekič c. Slovenia*, G.C., cit., parr. 103 e 105.

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU, *Konstantin Stefanov c. Bulgaria*, 27 ottobre 2015, n. 35399/05, par. 64.

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, G.C., *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, 28 giugno 2018, nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, par. 295; Corte EDU, *Chapman c. Regno Unito*, G.C., 18 gennaio 2001, n. 27238/95, par. 82.

⁽⁶⁶⁾ Corte EDU, *S.A. Bio d'Ardennes c. Belgio*, 12 novembre 2019, n. 44457/11, parr. 55-57.

⁽⁶⁷⁾ Corte EDU, *Bečvář e Bečvářová c. Repubblica ceca*, 14 dicembre 2004, n. 58358/00, par. 67; Corte EDU, *Moskal c. Polonia*, 15 settembre 2009, n. 10373/05, par. 63.

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, *Anthony Aquilina c. Malta*, par. 57; Corte EDU, *Hutten-Czapska c. Polonia*, G.C., cit., par. 178.

L'elenco non può dirsi esaustivo ma soggetto alla valutazione dell'autorità statale che non è vincolata ad un catalogo chiuso, quanto semmai all'onere di individuazione e motivazione dell'interesse generale perseguito dalla determinata misura. L'ampio margine di discrezionalità⁽⁷⁰⁾ riservato agli Stati su questo aspetto è corroborato dal potere di riqualificare *ex officio* l'interesse generale diversamente da come dedotto dalla difesa statale per evitare la censura di manifesta irragionevolezza⁽⁷¹⁾.

Ciò non significa che una corretta individuazione del requisito — già nella fase precedente al contenzioso CEDU, quando l'interferenza viene realizzata o valutata dai giudici nazionali — non possa risultare determinante. Nonostante le maglie larghe lasciate dalla Corte è comunque possibile riscontrare alcune ipotesi — rare ma significative — in cui si è ritenuto manifestamente privo di ragionevole fondamento l'interesse generale perseguito⁽⁷²⁾. Inoltre, l'individuazione dell'interesse pubblico assume rilevanza nel successivo bilanciamento di interessi richiesto dal requisito della proporzionalità (cfr. *infra* par. 3.3.), determinando un ampliamento del margine di apprezzamento che gli Stati conservano nelle loro modalità di intervento oppure giustificando una diversa quantificazione dell'indennità di espropriazione⁽⁷³⁾.

3.3. *Giusto equilibrio*

Il requisito della proporzionalità, comune a diversi articoli della Convenzione, costituisce il principale e più penetrante parametro di valutazione della legittimità delle interferenze statali con il pacifico godimento dei beni. La riformulazione interpretativa dell'articolo 1, Protocollo I, inaugurata dalla sentenza *Sporrong e Lönnroth c. Svezia* ha consentito di attribuire centralità

⁽⁶⁹⁾ Corte EDU, *Beyeler c. Italia*, G.C., cit., par. 112; Corte EDU, *Kozacıoğlu c. Turchia*, G.C., 19 febbraio 2009, n. 2334/03, par. 54.

⁽⁷⁰⁾ Corte EDU, *Ex Re di Grecia e Altri c. Grecia*, G.C., 28 novembre 2002, n. 25701/94, par. 87; Corte EDU, *Frimu e Altri c. Romania*, 7 febbraio 2012, nn. 45312/11, 45581/11, 45583/11, 45587/1 e 45588/11, par. 40; Corte EDU, *Panfile c. Romania* (dec.), 20 marzo 2012, n. 13902/11; Corte EDU, *Gogitidze e Altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, n. 36862/05, par. 96.

⁽⁷¹⁾ Corte EDU, *Ambruosi c. Italia*, 19 ottobre 2000, n. 31227/96, par. 28; Corte EDU, *Marija Božić c. Croazia*, 24 aprile 2014, n. 50636/09, par. 58.

⁽⁷²⁾ Corte EDU, *S.A. Dangeville c. Francia*, 16 aprile 2002, n. 36677/97, parr. 47 e 53-58; Corte EDU, *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. c. Polonia*, cit., par. 56; Corte EDU, *Megadat.com S.r.l. c. Moldavia*, cit., par. 79.

⁽⁷³⁾ Cfr., ad esempio, Corte EDU, *Kurban c. Turchia*, 24 novembre 2020, n. 75414/10, parr. 81 e 86, in cui si chiarisce come il margine di discrezionalità aumenta nei casi in cui è necessario effettuare una valutazione dei candidati agli appalti pubblici ed operare delle scelte politiche relative all'esclusione obbligatoria o discrezionale dei candidati.

operativa al canone non scritto — ma ricavabile dalla prima frase del primo paragrafo — del “giusto equilibrio” tra esigenze dell’interesse generale della collettività e tutela del diritto di proprietà.

Preliminare alla effettiva ponderazione di interessi contrapposti è la definizione del grado di sacrificio e limitazione dell’esercizio dei diritti economici che il privato ha dovuto sopportare a causa della misura statale. Una volta stabilito come e in quale misura il pacifico godimento dei beni del ricorrente sia stato limitato, la Corte procede all’effettivo bilanciamento tra il sacrificio individuale e l’importanza dell’interesse pubblico tutelato dall’ingerenza, con l’obiettivo di verificare — alla luce dei comportamenti delle parti e delle altre rilevanti circostanze del caso concreto — se il primo risulti sproporzionato ed eccessivo rispetto all’importanza del secondo.

L’equilibrio del bilanciamento è raggiunto attraverso l’individuazione di una serie di criteri volti a tracciare delle direttrici generali di corretto comportamento dello Stato nelle azioni e omissioni che incidono sulla sfera patrimoniale degli individui. La sistematizzazione del dato giurisprudenziale — operata prima dalla Corte e successivamente dall’attività redazionale della Cancelleria ⁽⁷⁴⁾ — consente di restituire, in questa sede, una trattazione organica e sistematica dei principali parametri di valutazione del giusto equilibrio. In sintesi, la valutazione della Corte si concentra sui seguenti elementi: (a) garanzie procedurali, (b) scelta della misura adottata per perseguire l’interesse generale, (c) situazione del ricorrente (d) compensazione del sacrificio subito e (e) particolari circostanze concrete.

(a) Come si verifica anche in altre disposizioni della Convenzione, il requisito della proporzionalità viene interpretato in maniera estensiva, introducendo una preliminare valutazione della capacità dell’assetto *processuale* nazionale a consentire l’accesso alla tutela della proprietà: il requisito procedurale impone di offrire strumenti idonei a contestare le misure che limitano il godimento dei beni privati dinanzi alle autorità competenti.

Trattasi di un requisito che la Corte richiama anche nella valutazione della legalità della misura (cfr. *supra* par. 3.1.), ma che in questa sede assume una portata più ampia, volta a verificare l’impatto complessivo delle procedure applicabili sulla sfera patrimoniale dell’individuo ⁽⁷⁵⁾. L’elemento procedurale richiede che le varie regole sostanziali via via elaborate dalla Corte

⁽⁷⁴⁾ COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights - Protection of property*, Strasburgo, 2022.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. Corte EDU, *Todorov e altri c. Bulgaria*, 13 luglio 2021, nn. 50705/11, 11340/12, 26221/12, 71694/12, 44845/15, 17238/16, 63214/16, par. 211, in cui la Corte fa un’applicazione del criterio procedurale, alla luce della valutazione complessiva della procedura applicabile, laddove i singoli aspetti censurati, da soli, non sarebbero stati sufficienti a determinare la violazione.

in materia di giusto equilibrio possano essere azionate o eccepite nei procedimenti nazionali.

La limitazione dell'accesso processuale alla difesa determina di per sé una violazione. Questa può avvenire tanto in giudizio — per l'omesso esame di un argomento dedotto dai ricorrenti da parte dei tribunali interni ⁽⁷⁶⁾ e più in generale della mancata analisi della proporzionalità ⁽⁷⁷⁾ — quanto in via legislativa, a causa dell'introduzione di presunzioni assolute sfavorevoli ai ricorrenti ⁽⁷⁸⁾, dell'assenza *in toto* di un procedimento in cui contestare il valore dell'indennità di esproprio ⁽⁷⁹⁾, o, ancora, della previsione di regole ad applicazione automatica e indeterminate nella durata ⁽⁸⁰⁾. Quest'ultima assume un rilievo particolare nella valutazione dell'elemento procedurale della proporzionalità: il perdurare di una misura ha l'effetto di affievolire progressivamente il peso dell'interesse generale nel bilanciamento con il sacrificio imposto al privato. Solo un raffronto della casistica consentirà dunque di prestabilire l'intervallo di durata della misura, tale da mantenerla proporzionata in relazione all'interesse perseguito.

(b) La nozione di proporzionalità implica un criterio del minimo mezzo che lo Stato deve seguire nell'esercizio delle sue attività che interferiscono con gli interessi economici individuali. Elemento rilevante nell'accertare il giusto equilibrio è quindi la scelta della misura adottata e l'eventuale sussistenza di misure meno invasive che consentano di perseguire efficacemente l'interesse generale dedotto. Generalmente, la Corte non interpreta questo elemento in modo stringente, riconoscendo agli Stati una certa discrezionalità nella scelta dei mezzi con cui perseguire i propri fini istituzionali. La Corte non effettua un controllo di efficienza della misura ⁽⁸¹⁾ né attribuisce allo Stato convenuto l'onere di fornire una prova positiva che la misura costituisca la migliore opzione a disposizione ⁽⁸²⁾, ma si limita a comparare il grado di invasività delle misure alternative e a verificare che quelle meno onerose siano state effettivamente prese in considerazione dalle

⁽⁷⁶⁾ Corte EDU, *Megadat.com S.r.l. c. Moldova*, cit., par. 74.

⁽⁷⁷⁾ Corte EDU, *Paulet c. Regno Unito*, 13 maggio 2014, n. 6219/08, parr. 68-69.

⁽⁷⁸⁾ Si v. ad esempio le presunzioni in materia di indennità d'esproprio sanzionate in Corte EDU, *Papachelas c. Grecia*, G.C., 25 marzo 1999, n. 31423/96, parr. 53-54 e presunzioni utilizzate nel contesto del calcolo dell'indennizzo per espropriazione Corte EDU, *Katikaridis e Altri c. Grecia*, 15 November 1996, n. 19385/92, par. 49.

⁽⁷⁹⁾ Corte EDU, *Pálka e Altri c. Repubblica Ceca*, 24 marzo 2022, n. 30262/13, parr. 62 e 50.

⁽⁸⁰⁾ Corte EDU, *Uzan e altri c. Turchia*, nn. 19620/05, 41487/05, 17613/08 e 19316/08, 5 marzo 2019, par. 193.

⁽⁸¹⁾ Corte EDU, *James e altri c. Regno Unito*, cit., par. 51.

⁽⁸²⁾ Corte EDU, *Zelenchuk e Tsytsyura c. Ucraina*, 22 maggio 2018, nn. 846/16 e 1075/16, par. 122.

autorità ⁽⁸³⁾. Possono rientrare in questa casistica anche le misure rivolte ad un gruppo particolare, mentre per classi analoghe di individui è riservata una misura meno invasiva ⁽⁸⁴⁾.

(c) Affinché una misura sia sproporzionata è necessario verificare se dalla *situazione del ricorrente* emergano delle circostanze che giustifichino il sacrificio da lui subito. Rientrano in questa categoria ipotesi in cui il ricorrente ha tentato di trarre vantaggio da una debolezza o da una lacuna nel sistema ⁽⁸⁵⁾ oppure dove l'interferenza statale costituisce una reazione ad una situazione illecita che il ricorrente ha contribuito a determinare con la sua colpa o negligenza ⁽⁸⁶⁾ o comunque che non poteva ragionevolmente ignorare ⁽⁸⁷⁾.

Diversamente, anche una situazione di *particolare vulnerabilità* (sanitaria o finanziaria) del ricorrente può giocare un ruolo opposto, accertando la sproporzione del sacrificio imposto ⁽⁸⁸⁾.

(d) Una circostanza dirimente nell'accertamento della proporzionalità è la previsione di una forma di compensazione al sacrificio sofferto a seguito della misura. La sussistenza di un risarcimento assume però un peso diverso a seconda del tipo di violazione e quindi della norma in gioco nella singola controversia (cfr. *supra* par. 2.). Infatti, un'ingerenza qualificabile come privazione della proprietà (primo paragrafo, seconda frase) per rispettare il giusto equilibrio richiede di regola il pagamento di un'indennità ragionevolmente correlata al valore venale del bene. Una misura ablativa che difetta integralmente di una riparazione per equivalente può essere considerata proporzionata solo in circostanze eccezionali in cui si verifica un radicale cambiamento costitu-

⁽⁸³⁾ Corte EDU, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, 20 settembre 2011, n. 14902/04, parr. 651-654.

⁽⁸⁴⁾ Corte EDU, *Hentrich c. Francia*, cit., par. 47.

⁽⁸⁵⁾ Corte EDU, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, 23 ottobre 1997, nn. 21319/93, 21449/93 e 21675/93, par. 109; Corte EDU, *OGIS-Institut Stanislas, OGEC Saint-Pie X e Blanche de Castille e altri c. Francia*, 27 maggio 2004, nn. 42219/98 e 54563/00, parr. 69 e 71.

⁽⁸⁶⁾ Corte EDU, *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, G.C., cit., par. 301; Corte EDU, *Uzan e a. c. Turchia*, cit., par. 212.

⁽⁸⁷⁾ Corte EDU, *Allan Jacobsson c. Svezia (n. 1)*, 25 ottobre 1989, n. 10842/84, parr. 60-61; Corte EDU, *Depalle c. Francia [GC]*, par. 86; Corte EDU, *Fredin c. Svezia (n. 1)*; parr. 12, 16 e 54. In linea con la nozione di diligenza professionale, la colpevolezza del ricorrente viene valutata in base alle sue specifiche competenze in relazione al tipo di situazione concreta. Sul punto cfr. Corte EDU, *Taşkaya c. Turchia* (dec.), 13 febbraio 2018, n. 14004/06, parr. 49-50.

⁽⁸⁸⁾ Corte EDU, *Čakarević c. Croazia*, 26 aprile 2018, n. 48921/13, parr. 82-90; Corte EDU, *Casarin c. Italia*, 11 febbraio 2021, n. 4893/13, par. 74.

zionale dello Stato ⁽⁸⁹⁾. Anche forme di indennizzo inferiori al valore venale del bene possono risultare insufficienti ai fini del giusto equilibrio. In questo caso a risultare dirimente è l'interesse generale perseguito: il fatto che la misura si collochi all'interno di una riforma economico-sociale di ampia portata "con un impatto economico significativo per l'intero Paese", può giustificare una diminuzione del *quantum* risarcitorio ⁽⁹⁰⁾.

Al contrario, qualora sia in esame una misura qualificabile come disciplina dell'uso dei beni ⁽⁹¹⁾ o come altra ingerenza rientrante nella norma generale ⁽⁹²⁾, la presenza o meno di un meccanismo compensativo costituisce soltanto un fattore da considerare nel bilanciamento tra interesse generale e sacrificio subito, ma non è di per sé sufficiente a costituire una violazione.

(e) Più eterogenea e ardua da sistematizzare è la casistica che mette in luce la rilevanza di particolari circostanze concrete che assumono un peso nell'accertamento del giusto equilibrio. Rinviando ad altra sede la trattazione di casistiche specifiche ⁽⁹³⁾, è possibile comunque estrapolare alcune massime consolidate: l'interferenza statale attuata in un contesto di incertezza derivante da ritardi o omissioni imputabili alle autorità può determinare l'assenza di giusto equilibrio ⁽⁹⁴⁾; il carattere temporaneo delle misure contestate va normalmente a vantaggio dello Stato ⁽⁹⁵⁾; quando l'interferenza è motivata dalla necessità di rettificare un errore precedentemente commesso dall'auto-

⁽⁸⁹⁾ È stata giustificata la totale assenza di indennizzo nei casi riguardanti le espropriazioni effettuate a seguito della riunificazione della Germania per rimediare a precedenti forme di denazionalizzazione ritenute ingiuste (cfr. Corte EDU, *Von Maltzan e Altri c. Germania*, G.C., 2 marzo 2005, nn. 71916/01, 71917/01 e 10260/02, par. 77 e 111-12 e Corte EDU, *Jahn e altri c. Germania*, G.C., 30 giugno 2005, nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, par. 113 e 117. Tuttavia, anche in questo caso, l'interesse pubblico e la necessità di non indennizzare devono essere debitamente motivate: si v. no in tal senso Corte EDU, *Ex Re di Grecia e Altri c. Grecia*, G.C., cit., par. 89-99 e Corte EDU, *Vistiņš e Perepjolkins c. Lettonia*, G.C., par. 123, 127-130. Più spesso i cambiamenti di regime giustificano soltanto una riduzione del quantum risarcitorio, come in Corte EDU, *Broniowski c. Polonia*, G.C., cit., par. 182.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. per il principio di diritto e per una sistematizzazione dei precedenti in materia, Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italia (n. 1)*, 29 marzo 2006, n. 36813/97, par. 98.

⁽⁹¹⁾ Corte EDU, *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis c. Grecia*, 21 febbraio 2008, n. 35332/05, par. 44 e 45; Corte EDU, G.C., *Depalle c. Francia*, 29 marzo 2010, n. 34044/02, par. 91; Corte EDU, *S.A. Bio d'Ardenne c. Belgio*, cit., par. 47-49 e 51.

⁽⁹²⁾ Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, cit., par. 69; Corte EDU, *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*, 27 ottobre 1994, n. 12539/86, par. 42 e 47-48.

⁽⁹³⁾ Cfr. in questo volume, A. DINISI, *Casistica rilevante*.

⁽⁹⁴⁾ Tale incertezza è rilevante anche ai fini di accertare l'esistenza di un'aspettativa legittima ricompresa nella nozione di bene *ex* articolo 1 del Protocollo I (cfr. in questo volume A. DINISI, *Ambito di applicazione*).

⁽⁹⁵⁾ Corte EDU, *Da Conceição Mateus e Santos Januário c. Portogallo*, 8 ottobre 2013, nn. 62235/12 e 57725/12, par. 29.

rità pubblica, affinché essa non risulti sproporzionata lo Stato deve agire con prontezza e deve evitare di addossare le spese della correzione sul privato in buona fede ⁽⁹⁶⁾; qualora in una controversia assuma rilevanza una qualità giuridica o fattuale di un bene, il privato non ne può invocare l'ignoranza ⁽⁹⁷⁾; infine, qualora la misura limitativa costituisca una sanzione collegata alla commissione di un reato, la sua gravità deve essere commisurata a quella della condotta effettivamente contestata ⁽⁹⁸⁾.

Vademecum

<p>Quesiti Corte EDU</p>	<p>Qualificazione dell'ingerenza</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'ingerenza costituisce una privazione della proprietà? • In caso negativo, si trattava di una disciplina dell'uso dei beni? <p>In caso negativo, i fatti oggetto della causa possono essere interpretati dalla Corte alla luce del principio generale del diritto al rispetto dei "beni"?</p> <p>Legalità</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'ingerenza era "prevista dalla legge" ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • Le norme applicate nel caso di specie costituivano una base giuridica sufficientemente accessibile, chiara e prevedibile? <p>o L'interpretazione giudiziaria di tali norme è stata sufficientemente chiara e coerente?</p> <p>Interesse generale</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'interferenza ha perseguito uno scopo legittimo? <p>Giusto equilibrio</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'ingerenza ha imposto un onere individuale eccessivo ai ricorrenti? • Le autorità nazionali hanno rispettato il principio della certezza del diritto e hanno agito tempestivamente e in modo appropriato e coerente? • Esisteva un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito?
<p>Indicazioni operative</p>	<p>Qualificazione dell'ingerenza: criteri distintivi</p> <p>Privazione della proprietà</p> <ul style="list-style-type: none"> • Impossibilità di esercizio delle principali facoltà dominicali (non singola facoltà, es. <i>jus aedificandi</i>); • Interferenza definitiva e irreversibile. <p>Regolamentazione dell'uso dei beni</p> <ul style="list-style-type: none"> • Limitazione di singole facoltà non preclusiva delle altre. <p>Altre interferenze</p>

⁽⁹⁶⁾ *Ex multis* Corte EDU, *Moskal c. Polonia*, cit., parr. 69 e 73; Corte EDU, *Casarin c. Italia*, cit.

⁽⁹⁷⁾ Corte EDU, *Belova c. Russia*, 15 settembre 2020, n. 33955/08, parr. 40-45.

⁽⁹⁸⁾ Corte EDU, *Imeri c. Croazia*, 24 giugno 2021, n. 77668/14, par. 71.

	<ul style="list-style-type: none"> • Complessità della fattispecie (con elementi di entrambe le due violazioni tipiche) • Carattere potenziale della violazione • Violazione di obblighi positivi • Natura peculiare dell'interesse protetto <p>Legalità</p> <ul style="list-style-type: none"> • Base legale • Accessibilità • Chiarezza e prevedibilità <p>Interesse generale</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ampio margine di apprezzamento statale, ma l'interesse deve risultare coerente con la misura adottata <p>Giusto equilibrio (elementi del giudizio)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Garanzie procedurali • Scelta della misura adottata: criterio del minimo mezzo • Situazione concreta del ricorrente • Compensazione per il sacrificio subito (indennizzo o risarcimento) • Particolari circostanze concrete
--	--

III.

ARTICOLO 1 PROTOCOLLO N. 1 - CASISTICA RILEVANTE

di *Alessandro Dinisi* (*)

SOMMARIO: 1. Vicende espropriative. — 1.1. L'espropriazione indiretta. — 1.2. Il giusto indennizzo. — 1.3. (*Segue*) altri requisiti sull'indennità di esproprio. — 2. Conformazione della proprietà. — 2.1. Confische. — 3. Tutela del credito ed esecuzione delle sentenze. — 3.1. Rapporti verticali. — 3.2. Rapporti orizzontali. — 4. Comportamenti della P.A. e affidamento del cittadino.

1. Vicende espropriative

L'implementazione della seconda norma che regola le condizioni di legittimità delle forme di privazione della proprietà ad opera dell'autorità pubblica ha fortemente condizionato l'ordinamento italiano, il quale, prima del recepimento dei principi convenzionali, conosceva prassi amministrative e giurisprudenziali in contrasto con il contenuto minimo della tutela della proprietà europea e, in particolare, con i requisiti della legalità e del giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e la situazione dominicale privata.

Com'è noto, i due principali terreni di conflitto tra la disciplina italiana dell'espropriazione per pubblica utilità e lo standard convenzionale sono l'istituto dell'occupazione acquisitiva o usurpativa e il calcolo dell'indennità di esproprio. Non essendo questa la sede per una ricostruzione storica dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale ed europea in materia, ci si limiterà ad estrapolare un quadro sintetico dei principi ricavabili dalle pronunce della Corte EDU che si sono avvicendate negli anni, anche a seguito del dialogo con le corti nazionali.

1.1. *L'espropriazione indiretta*

Con riferimento agli istituti nazionali riconducibili a forme di espropriazione indiretta, le prime condanne della Corte risalgono al 2000 — *Carbo-*

(*) Esperto CEDU per l'Agente del Governo italiano. Assegnista di ricerca in diritto privato, presso l'Università degli studi di Pisa.

nara e Ventura ⁽¹⁾ e *Belvedere Alberghiera* ⁽²⁾ — e hanno sanzionato l'istituto dell'occupazione acquisitiva (o accessione invertita) per contrasto con il requisito della legalità imposto dall' articolo 1, Protocollo I, della Convenzione ⁽³⁾. È stato così dichiarato illegittimo l'istituto di creazione giurisprudenziale che consentiva l'acquisizione a titolo originario in favore della Pubblica amministrazione di un terreno privato illegittimamente occupato e irreversibilmente trasformato dall'Amministrazione per la realizzazione di un'opera di pubblica utilità ma in assenza di un formale atto ablativo. L'acquisto della proprietà impediva così al privato di ottenere la restituzione del bene secondo gli ordinari poteri dominicali di rivendicazione, facendo risarcire un diritto al risarcimento del danno per il pregiudizio subito.

La Corte EDU lasciò impregiudicata la questione riguardante l'astratta possibilità che, nei sistemi di *civil law*, il requisito della base legale possa essere soddisfatto da un istituto di creazione puramente giurisprudenziale, senza il supporto di alcun fondamento testuale. A difettare era, infatti, la qualità di questa giurisprudenza creativa, valutata alla luce dei criteri di accessibilità, precisione e prevedibilità. Anche prescindendo dalla sua origine pretoria, l'istituto si risolveva nel consentire alle autorità di trarre vantaggio da una situazione illegale che il proprietario privato subiva senza possibilità di ottenere la *restitutio in integrum* ⁽⁴⁾.

Le conclusioni hanno trovato conferma in arresti successivi della Corte di Strasburgo ⁽⁵⁾ anche a seguito della trasposizione testuale dell'istituto da parte del legislatore nazionale, dapprima con le leggi speciali nn. 458/

⁽¹⁾ Corte EDU, *Carbonara e Ventura c. Italia*, 30 maggio 2000, n. 24638/94, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 283, con nota di A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo « boccia » l'occupazione appropriativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 1089, con commento di BONATTI, *Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva*.

⁽²⁾ Corte EDU, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, 30 maggio 2000, n. 31524/96, in *Giur. It.*, 2000, 2161, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 48, con osservazioni di S. VERZARO, *La Corte di Strasburgo riconosce il contrasto dell'occupazione acquisitiva con la Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, in *Urbanistica e app.*, 2001, 287, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 1086.

⁽³⁾ Per un *excursus* storico della vicenda cfr. N. CARDULLO, *L'occupazione acquisitiva: origine ed evoluzione dell'istituto nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori*, Napoli, 2016; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva: tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006; ID., *Diritto di proprietà e CEDU: itinerari giurisprudenziali europei: viaggio fra carte e corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012.

⁽⁴⁾ Cfr. anche Corte EDU, G.C., *Scordino c. Italia* (n. 1), 29 marzo 2006, n. 36813/97; Corte EDU, *Sciarrotta e Altri c. Italia*, 12 gennaio 2006, n. 14793/02, in *Giur. it.*, 2006, 5, 1045.

⁽⁵⁾ A testimoniare il carattere strutturale della violazione, si riporta una lista non esaustiva delle pronunce di condanna: Corte EDU, *Acciardi et Campagna c. Italia*, 19 maggio 2005, n. 41040/98; Corte EDU, *Scordino c. Italia* (n. 3), 17 maggio 2005, n. 43662/98, in *Foro it.*, 2006, 4, 65 ss.; Corte EDU, *La Rosa e Alba c. Italia* (n. 1), 11 ottobre 2005, n. 58119/00; Corte EDU, *Chirò c. Italia* (n. 4), 11 ottobre 2005, n. 67196/01; Corte EDU, *Serrao c. Italia*,

1988 ⁽⁶⁾ e 662/1996 e, da ultimo, attraverso l'articolo 43 del D.P.R. 327/2001, (Testo Unico sulle espropriazioni) ⁽⁷⁾. L'intervento legislativo, infatti, non ha determinato una sostanziale riforma dell'istituto tale da ritenere l'intervento ablativo prevedibile per i privati interessati: a prescindere dalla sussistenza di una previsione legislativa, l'occupazione acquisitiva continuava infatti a garantire alla P.A. uno strumento alternativo all'espropriazione, non più fondato su una dichiarazione di pubblica utilità e su un formale atto dichiarativo di trasferimento della proprietà, ma avente come principali presupposti costitutivi il fatto illecito dell'occupazione *sine titulo* e il persistere di un interesse pubblico all'esecuzione dell'opera. Ad aggravare l'imprevedibilità operativa dell'istituto vi era quindi la circostanza che l'effetto ablativo fosse determinato da una pronuncia giudiziale richiesta dal privato colpito dalla misura e non a seguito di un provvedimento — seppur tardivo e sanante — del soggetto pubblico responsabile dell'occupazione.

Inoltre, altrettanto incerto risultava essere l'ottenimento da parte del proprietario di un equo indennizzo, funzionale a garantire il giusto equilibrio di qualsiasi misura espropriativa. Anche il rimedio risarcitorio per equivalente non operava in via automatica ma era subordinato all'azione del privato, soggetta ad un regime di prescrizione quinquennale, che iniziava a

13 ottobre 2005, n. 67198/01; Corte EDU, *Guiso-Gallisay c. Italia*, 8 dicembre 2005, n. 58858/00; Corte EDU, *Immobiliare Cerro s.a.s. c. Italia*, 23 febbraio 2006, n. 35638/03; Corte EDU, *Gautieri c. Italia*, 19 ottobre 2006, n. 68610/01; Corte EDU, *Ippoliti c. Italia*, 16 novembre 2006, n. 162/04; Corte EDU, *Velocci c. Italia*, 18 giugno 2008, n. 1717/03; Corte EDU, *Di Belmonte c. Italia*, 16 marzo 2010, n. 72638/01; Corte EDU, *Fiorello c. Italia*, 17 maggio 2011, n. 67794/01; Corte EDU, *Borghesi c. Italia*, 22 maggio 2012, n. 60890/00; Corte EDU, *Immobiliare Podere Trieste S.r.l. c. Italia*, 23 ottobre 2012, n. 19041/04; Corte EDU, *Stea e Altri c. Italia*, 12 marzo 2013, n. 32843/03; Corte EDU, *Pagnozzi c. Italia*, 4 febbraio 2014, n. 6015/05; Corte EDU, *Rossi e Variale c. Italia*, 3 giugno 2014, n. 2911/05; Corte EDU, *Maiorano e Serafini c. Italia*, 25 novembre 2014, n. 997/05; Corte EDU, *D'Asta c. Italia*, 16 dicembre 2014, n. 26010/04; Corte EDU, *Russo c. Italia*, 5 maggio 2015, n. 14231/05; Corte EDU, *Mango c. Italia*, 5 maggio 2015, n. 38591/06; Corte EDU, *Messana c. Italia*, 9 febbraio 2017, n. 26128/04; Corte EDU, *Matteo c. Italia*, 26 marzo 2020, n. 24888/03; Corte EDU, *Gallo c. Italia*, 9 febbraio 2023, n. 11061/05.

⁽⁶⁾ *Ex multis*, Corte EDU, *Pasculli c. Italia*, 17 maggio 2005, n. 36818/97.

⁽⁷⁾ A sollevare dubbi di compatibilità con il sistema CEDU fu Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *Foro it.*, 2010, 12, 1, 3237 e in *Corriere Giur.*, 2011, 11, 1552, con nota di DE MARZO, *Acquisizione sanante, parametri costituzionali e CEDU*, che, nel dichiarare incostituzionale la disposizione per eccesso di delega, nondimeno manifestò esplicite perplessità in merito ai futuri contrasti con la giurisdizione europea. In effetti, pur in assenza di una esplicita condanna, alcune più recenti pronunce della Corte EDU avevano comunque fatto presagire l'esito preannunciato dalla Corte costituzionale. Cfr. in tal senso, Corte EDU, *Sciarrotta e Altri c. Italia*, cit.; Corte EDU, *Genovese c. Italia*, 2 febbraio 2006, n. 9119/03; Corte EDU, *Ucci c. Italia*, 22 giugno 2006, n. 213/04.

decorrere dalla data in cui il tribunale accertava che l'alterazione irreversibile del terreno aveva avuto luogo e non dal momento in cui si perfezionava il trasferimento definitivo della proprietà. Infine, sempre nell'ottica di evitare che l'occupazione *sine titulo* potesse tradursi in uno strumento elusivo delle garanzie convenzionali in materia espropriativa, la Corte censurava il *quantum* del risarcimento ritenuto non sufficiente a ripagare il privato del pregiudizio subito, perché liquidato in base ai criteri dell'indennizzo espropriativo e non ancorato ai parametri dell'art. 2043 c.c. (articolo 43, co. 6)

Il contrasto tra l'occupazione acquisitiva e l'articolo 1, Protocollo I, della Convenzione è stato superato dai più recenti interventi della giurisprudenza nazionale e del legislatore. Da una parte, le Sezioni Unite⁽⁸⁾ hanno affermato l'importante principio secondo cui l'illecito spossessamento da parte della P.A., attraverso una irreversibile trasformazione del bene privato per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, non determina l'acquisto della proprietà in suo favore. Di conseguenza il privato proprietario conserva il diritto alla restituzione del bene, salvo che quest'ultimo non preferisca chiedere il risarcimento del danno.

Dall'altra, l'introduzione dell'articolo 42-*bis* del Testo Unico sulle espropriazioni — avallata dalla Corte costituzionale⁽⁹⁾ — sancisce definitivamente la fine di un meccanismo acquisitivo basato sull'illecita occupazione del suolo privato. Rispetto alla precedente versione — non a caso censurata dal giudice delle leggi⁽¹⁰⁾ — il nuovo istituto dell'occupazione sanante consente alla pubblica amministrazione di mantenere la disponibilità del bene illecitamente occupato, ma attraverso un atto formale di acquisizione coattiva del bene, che non differisce dal provvedimento di espropriazione ordinario, se non per la semplificazione dell'*iter* espropriativo, che cumula in un unico atto la dichiarazione di pubblica utilità e il successivo decreto di esproprio⁽¹¹⁾. Di conseguenza, l'effetto traslativo non retroagisce al momento dell'occupazio-

(8) Cass., S.U., 19 gennaio 2015, n. 735, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 7-8, 632, con nota di IMBRENDA, *Occupazione appropriativa e principio di legalità: la svolta ermeneutica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, 2, 1, 436 con nota di R. PARDOLESI, *Occupazione acquisitiva: la resa, alla buon'ora!*, in *Corriere giur.*, 2015, 3, 314, con nota di R. CONTI, *Addio alle occupazioni illegittime dopo Cass. S.U. n. 735/2015*.

(9) Si v. Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 7, 767, con nota di R. ARTARIA ed E. BARILÀ, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante, secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3, 2015, 1035, con nota di A. MOSCARINI, *Una sentenza interpretativa di rigetto sull'acquisizione sanante della proprietà del bene privato illegittimamente occupato dalla P.A.*, in *Foro it.*, 2015, 9, 1, 2629, con nota di R. PARDOLESI, *Acquisizione sanante: ansia di riscatto e violenza latente*.

(10) Corte cost. 8 ottobre 2010, n. 293, cit.

(11) Come ha precisato Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71, cit., «la nuova disciplina si applica non solo quando manchi del tutto l'atto espropriativo, ma anche laddove sia stato

zione ma si realizza successivamente ed è comunque precluso dall'eventuale giudicato di condanna alla restituzione del bene. Inoltre, affinché il provvedimento sia valido, è imposto alla P.A. uno specifico obbligo di motivazione circa "attuali ed eccezionali" ragioni di interesse pubblico che giustificano l'emanazione dell'atto, la comparazione con le contrapposte ragioni proprietarie e l'assenza di ragionevoli alternative all'emissione del provvedimento.

Un'ulteriore garanzia per il proprietario è costituita dalla certezza nella corresponsione della somma indennitaria: la disposizione, infatti, sottopone il passaggio della proprietà alla condizione sospensiva del pagamento dell'indennità dovuta, da effettuarsi entro 30 giorni dall'emissione del provvedimento.

Anche rispetto al computo dell'indennizzo (cfr. anche *infra* par. 1.1.), la Corte costituzionale ha valutato positivamente l'intervento legislativo constatando che questo include nel ristoro non solo il danno patrimoniale, comprensivo del valore venale del bene e del pregiudizio subito nel periodo di occupazione, ma anche quello non patrimoniale, forfetariamente liquidato nella misura del 10 per cento del valore venale del bene (co. 1 e 3).

Il sistema risarcitorio ha preso come parametro il metodo di liquidazione introdotto dalla Corte EDU nel 2009 ⁽¹²⁾: il danno materiale si ricava dalla differenza tra il valore di mercato del terreno al momento della perdita della proprietà e quanto eventualmente ricevuto a livello nazionale dall'espropriato; l'importo viene rivalutato per compensare gli effetti dell'inflazione; infine, sono aggiunti gli interessi legali applicati al capitale progressivamente rivalutato. Alla compensazione del danno da perdita della proprietà, si aggiunge il mancato guadagno causato dall'indisponibilità del terreno nel periodo che va dall'inizio dell'occupazione fino alla data della perdita di proprietà ⁽¹³⁾. Infine, a tale somma si aggiunge il danno morale consistente nel senso di impotenza e frustrazione derivante dall'illegittimo spossessamento dei loro beni.

annullato — o impugnato a tal fine, e in tal caso occorre il previo ritiro in autotutela da parte della medesima pubblica amministrazione — l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, oppure la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera oppure, ancora, il decreto di esproprio ».

⁽¹²⁾ Corte EDU, G.C., equa soddisfazione, *Guiso-Gallisy c. Italia*, 22 dicembre 2009, n. 58858/00, parr. 104-107.

⁽¹³⁾ Sul criterio di calcolo del lucro cessante di un terreno agricolo coltivato, cfr. Corte EDU (dec.), *Zarro c. Italia*, 4 aprile 2023, n. 22315/07, parr. 17-19, in cui la Corte ha accettato l'idoneità del criterio di calcolo del valore agricolo medio a calcolare il mancato guadagno dell'affittuario di un terreno agricolo derivante dalla mancata coltivazione durante il periodo di occupazione illegittima. La Corte ha chiarito che nonostante il criterio del valore agricolo medio sia inadeguato per calcolare il valore di mercato del bene espropriato (cfr. *infra* par. 1.1.), questo possa ragionevolmente costituire un metodo forfettario di determinazione del

1.2. *Il giusto indennizzo*

Il secondo terreno di scontro tra il sistema delle espropriazioni nazionali e la protezione convenzionale della proprietà ha riguardato le modalità di calcolo e di corresponsione dell'indennità di esproprio. La vicenda trae origine dalla nota pronuncia *Scordino* della Grande Camera ⁽¹⁴⁾, la quale, in ossequio al principio secondo cui « *deve esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità fra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da qualsiasi misura applicata dallo Stato, ivi incluse quelle che privano una persona della sua proprietà* » ha condannato il sistema di quantificazione dell'indennità di espropriazione vigente al tempo.

Fatta eccezione per circostanze eccezionali — *id est* riforme economiche, misure di giustizia sociale ovvero contesti di mutamento della forma di stato ⁽¹⁵⁾ — il margine di apprezzamento lasciato agli Stati contraenti, non può spingersi fino al punto da consentire un sistema di liquidazione — come quello fissato dall'art. 5-*bis* della l. n. 359 del 1992, poi trasposto negli artt. 37 e 40 del D.P.R. n. 327 del 2001 ⁽¹⁶⁾ — che non garantisce una ragionevole correlazione con il valore di mercato del bene espropriato.

Ma vi è di più. Non è neppure sufficiente una adesione astratta al criterio del valore di mercato del bene al momento dell'espropriazione. L'indennità va calcolata tenendo conto, in misura ragionevole, delle caratteristiche specifiche del bene compresi i fattori economici che influenzano il suo effettivo valore di mercato ⁽¹⁷⁾. Tale requisito impone una indagine più

lucro cessante, in quanto è rapportato al valore dei terreni dell'area circostante dove vengono coltivati gli stessi tipi di colture.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte EDU, *Scordino c. Italia* (no. 1), G.C., cit.

⁽¹⁵⁾ Cfr. in questo volume, A. DINISI, *Articolo 1 Protocollo n. 1. Il controllo sul rispetto dei beni*.

⁽¹⁶⁾ L'art. 5-*bis* prevedeva due metodi distinti di calcolo dell'indennizzo, da un lato, per i terreni edificabili (paragrafi 1 e 2) e, dall'altro, per i terreni agricoli (paragrafo 4). Il comma 1 dell'articolo 5-*bis* prevedeva i criteri per il calcolo dell'indennità delle aree edificabili. Questo metodo di calcolo portava a un importo pari al 30% del valore di mercato, che poteva raggiungere il 50% se l'espropriato accettava volontariamente di trasferire la proprietà. Ai sensi del comma 4 dell'articolo 5-*bis* della Legge n. 359 del 1992, per calcolare l'indennità di esproprio nel caso di terreni classificati come non edificabili ma non coltivati, si applicava lo stesso criterio previsto per i terreni agricoli del valore agricolo medio. Al fine di valutare la natura del terreno, le aree espropriate sono edificabili se al momento dell'esproprio esistono possibilità edificatorie "reali o effettive" o se è previsto il vincolo urbanistico preordinato all'esproprio (comma 3, articolo 5-*bis*). Il D.P.R. n. 327/2001 ("T.U. Espropriazione") ha codificato le precedenti disposizioni rispettivamente agli articoli 37 e 40.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, G.C., *Kozacıoğlu c. Turchia*, 19 febbraio 2009, n. 2334/03, par. 72; Corte EDU, G.C., *Vistiņš e Perepjolkins c. Lettonia*, equa soddisfazione, 25 marzo 2014, n. 71243/01, parr. 37-38; Corte EDU, *Kanaginis c. Grecia*, 27 ottobre 2016, n. 27662/09, par. 51.

penetrante sui fattori che influenzano il valore di mercato e sulle sue modalità di determinazione.

Al fine di valutare l'attuale conformità della disciplina del calcolo dell'indennizzo è necessario prendere le mosse dai fondamentali interventi della Corte costituzionale datati 2007 e 2011.

Con la sentenza n. 348 del 2007, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5-*bis* della legge n. 359 del 1992 in merito ai criteri di calcolo dell'indennità in caso di esproprio di aree edificabili. La Corte costituzionale italiana ha concluso che il comma 1 dell'articolo 5-*bis* non consentiva di mantenere il "ragionevole collegamento" con il valore di mercato richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. A seguito di questa condanna la l. n. 244/2007, art. 2, co. 89 e 90, ha modificato l'articolo 37, co. 1 e 2, del T.U. Espropriazioni, reintroducendo il criterio del valore di mercato per determinare l'indennità di esproprio delle aree edificabili (18).

Con la sentenza n. 181 del 2011, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale il comma 4 dell'art. 5-*bis* della legge n. 359 del 1992 — e, di conseguenza, l'art. 40, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 327/2001 — che prevedeva come criterio di determinazione dell'indennità d'esproprio, per i suoli agricoli e per quelli non edificabili, quello astratto e predeterminato del valore agricolo medio della coltura in atto o di quella più redditizia nella regione agraria di appartenenza dell'area da espropriare (19). Anche per questa categoria di terreni, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'indennità, per essere conforme all'articolo 1, Protocollo I della Convenzione, deve essere rapportata al valore di mercato del terreno, considerando le caratteristiche effettive del bene espropriato.

Questa generalizzata applicazione del principio del valore venale del bene non ha però fatto venir meno la distinzione tra aree edificabili e non edificabili già da tempo elaborata dalla giurisprudenza di legittimità (20). La qualificazione del terreno oggetto di esproprio come appartenente all'una o all'altra categoria è funzionale ad una corretta descrizione delle caratteristiche giuridiche del bene, che a sua volta è prodromica all'applicazione del metodo sintetico-comparativo di calcolo dell'indennità. In altri termini, distinguere la natura edificabile o non edificabile del terreno espropriato

(18) Art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359.

(19) Sull'inidoneità del criterio del valore agricolo medio a tenere in considerazione le concrete caratteristiche del bene espropriato, cfr. Corte EDU, *Preite c. Italia*, 17 novembre 2015, n. 28976/05, par. 51.

(20) Cfr., *ex multis*, Cass. 9 gennaio 2020, n. 207, in *Guida al diritto*, 2020, 11, 70; Cass., ord., 25 ottobre 2017 n. 25314, in *Giust. civ. mass.*, 2018; Cass. 20 dicembre 2016, n. 26326, in *Giust. civ. mass.*, 2018; Cass. 21 giugno 2016, n. 12818, in *Foro it.*, 2016, 10, I, 3140.

serve ad individuare la tipologia di beni a cui riferirsi quando si effettua il confronto comparativo per determinare il valore di mercato.

La natura edificabile o meno del bene dipende dalla destinazione che gli strumenti urbanistici attribuiscono all'area interessata al momento dell'esproprio ⁽²¹⁾: se la destinazione dell'area impressa dalla regolamentazione urbanistica consente al privato l'esercizio dello *ius aedificandi*, il terreno sarà qualificato come edificabile ⁽²²⁾; al contrario, l'edificabilità legale è esclusa ogniqualvolta lo strumento urbanistico vigente al momento dell'espropriazione escluda forme di trasformazione del suolo di tipo edificatorio ⁽²³⁾.

All'interno della categoria delle aree non edificabili, la giurisprudenza costituzionale nel 2011 ha continuato a mantenere ferma un'ulteriore distinzione legislativa: da una parte, le aree agricole non edificabili ma coltivate in cui il proprietario trae vantaggio dall'attività agricola sul bene (art. 40, 1° co., del DPR n. 327/2001) e dall'altra, i terreni non edificabili (non coltivati), in cui i regolamenti urbanistici non consentono l'esercizio dello *ius aedificandi*, ma il proprietario può comunque beneficiare di possibilità di sviluppo diverse da quelle agricole ed edilizie (i cd. *usi intermedi*), ivi comprese le piccole costruzioni (ad esempio, chioschi, impianti sportivi, strutture di parcheggio) ⁽²⁴⁾.

Rispetto a quest'ultima categoria, l'intervento della Corte costituzionale, nel bandire il criterio del valore agricolo medio, in quanto determinante una quantificazione astratta completamente sganciata dal valore di mercato ⁽²⁵⁾, ha superato il precedente contrasto con le regole di quantificazione dell'in-

⁽²¹⁾ Cass., S.U., 23 aprile 2001, n. 172, in *Corriere Giur.*, 2001, 6, 747, con commento di V. CARBONE, *La cassazione compone i contrasti diacronici nell'evoluzione del concetto di area edificabile*; Cass., 24 aprile 2007, n. 9891, in *Foro amm. CDS*, 2007, 6, 1756; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3838, in *Giust. civ. mass.*, 2004.

⁽²²⁾ Cass., 7 ottobre 2016, n. 20228; Cass. 10 giugno 2020, n. 11068; Cass. 13 marzo 2019, n. 7193.

⁽²³⁾ In questi casi, è irrilevante che la destinazione urbanistica consenta la costruzione di edifici e strutture pubbliche, poiché la trasformazione del terreno per la costruzione dell'opera pubblica esula dal contenuto dello *ius aedificandi* liberamente esercitabile dalla proprietà privata (Cass. 18 giugno 2018, n. 16084, in *Giust. civ. mass.* 2018; Cass. 19 ottobre 2016, n. 21186, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 6, I, 1046; Cass. 7 marzo 2017, n. 5686, in *Foro it.*, 2017, 6, 1, 1989; Cass. 13 giugno 2013, n. 14840).

⁽²⁴⁾ Cass., ord., 25 giugno 2020, n. 12618; Cass., ord., 1° febbraio 2019, n. 3168; Cass. 13 ottobre 2017, n. 24150; Cass. 7 marzo 2017, n. 5686, cit.; Cass. 19 ottobre 2016, n. 21186, cit.; Cass. 16 aprile 2014, n. 8873; Cass. 9 ottobre 2013, n. 22918.

⁽²⁵⁾ Cfr. Corte cost., 10 giugno 2011, n. 181, cit.: «restano così trascurate le caratteristiche di posizione del suolo, il valore intrinseco del terreno (che non si limita alle colture in esso praticate, ma consegue anche alla presenza di elementi come l'acqua, l'energia elettrica, l'esposizione), la maggiore o minore perizia nella conduzione del fondo e quant'altro può incidere sul valore venale di esso. Il criterio, dunque, ha un carattere inevitabilmente astratto

dennità imposte dell'articolo 1, Protocollo I. Attraverso l'estensione del criterio del valore venale, infatti, l'indennizzo viene ora determinato attraverso un'analisi comparativa volta ad individuare il prezzo di mercato di un bene dotato della stessa destinazione d'uso e con le medesime caratteristiche di quello espropriato.

Diverso esito ha avuto l'applicazione dei medesimi principi con riferimento alle aree non edificabili ma effettivamente coltivate, per le quali l'art. 40, co. 1, T.U. Espropriazioni, stabilisce che l'indennità è determinata in base al criterio del valore agricolo effettivo (calcolato in base alle colture effettivamente praticate sul fondo e al valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola). Tale criterio non è stato censurato dal giudice delle leggi: il suo radicamento con un valore effettivo (e non astratto), come quello delle colture effettivamente praticate sul fondo, è apparso sufficientemente concreto da consentire una correzione interpretativa della norma da parte dei giudici di merito e, quindi, precludere una diretta declaratoria di incostituzionalità.

Del resto, le conclusioni del giudice sembrano trovare avallo da parte del giudice europeo, il quale se pur in via di *obiter dictum*, sembra giudicare il valore agricolo di cui al 1° comma dell'articolo 40 T.U. Espropriazioni, un criterio adeguato a garantire un giusto equilibrio dell'indennizzo ⁽²⁶⁾. È semmai rimessa ai tribunali di merito una interpretazione correttiva del dato normativo, in quelle ipotesi in cui il valore agricolo non sia sufficiente ad assorbire tutte le potenzialità di sviluppo, che aumentano il valore di mercato del bene. Diversamente dalle aree non edificabili non agricole — per cui l'applicazione del metodo di calcolo sintetico-comparativo del valore di mercato, che tiene conto degli usi intermedi, consente di andare a ricercare il termine di comparazione nel mercato — un criterio che si riferisce alle colture effettivamente praticate del bene, si espone al rischio di spezzare quella necessaria “correlazione” al valore di mercato, nelle ipotesi in cui il ricorrente riesca a dimostrare l'esistenza di una vocazione di futura edificabilità dell'area.

Il fatto che la Corte EDU richieda che il valore venale del bene sia calcolato tenendo di conto delle caratteristiche specifiche del bene e dei fattori economici che sono idonei ad influenzarlo, non significa che qualsiasi

che elude il « ragionevole legame » con il valore di mercato, « prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il “serio ristoro” richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte ».

⁽²⁶⁾ Cfr. Corte EDU, *Crestacci c. Italia*, 6 aprile 2023, n. 37894/04, par. 20, laddove condanna lo Stato per aver applicato ad un terreno agricolo il criterio del valore agricolo medio piuttosto che fare riferimento alle colture effettivamente praticate.

pretesa del ricorrente espropriato sia meritevole di essere tenuta in considerazione. In particolare, la questione ha interessato un'autonoma voce da indennizzare, vale a dire la potenzialità edificatoria di un terreno non edificabile o, in altri termini, l'aspettativa di futura edificabilità di un terreno lamentata dal ricorrente. Sul punto, di recente, la Corte EDU ha avuto modo di chiarire, che la mera affermazione da parte del ricorrente che il terreno sia dotato di un potenziale di sviluppo edificatorio, non rappresenta una legittima aspettativa meritevole di tutela ⁽²⁷⁾. Spetta quindi al ricorrente dimostrare che il terreno, a prescindere dall'espropriazione, aveva la ragionevole aspettativa di diventare, in un futuro prossimo, un'area edificabile ⁽²⁸⁾.

1.3. (Segue) *altri requisiti sull'indennità di esproprio*

Le ragioni di conflitto — potenziale o attuale — con la protezione convenzionale della proprietà non si limitano ai criteri di determinazione del *quantum*, ma coinvolgono anche altre garanzie processuali, modalità temporali o aspetti fiscali relativi alla corresponsione dell'indennizzo.

Innanzitutto, è necessario garantire all'espropriato la sua partecipazione processuale alla liquidazione dell'indennità, per consentire che le sue argomentazioni in merito ai criteri da utilizzare per stimare il valore di mercato dei terreni espropriati siano prese in debita considerazione ⁽²⁹⁾.

Inoltre, viene in considerazione il profilo temporale della corresponsione dell'indennizzo: il ritardo nella liquidazione della somma dovuta costituisce una autonoma violazione che dà vita ad un obbligo di riparazione dell'ulteriore pregiudizio sofferto ⁽³⁰⁾; ancora, l'indennità deve essere calcolata in base al valore di mercato al momento dell'esproprio, con conseguente rivalutazione monetaria fino al momento della liquidazione ⁽³¹⁾. Mentre il

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Maria Azzopardi c. Malta*, 9 giugno 2022, n. 22008/20, par. 62-63.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Crestacci c. Italia*, cit., par. 16-18; Corte EDU, *Sinisi e Altri c. Italia* (dec.), 4 aprile 2023, n. 6107/06, par. 18-19.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Jokela c. Finlandia*, 21 maggio 2002, n. 28856/95. Trattasi di un requisito che non ha mai dato adito a condanne: la disciplina nazionale che attribuisce la prerogativa alle commissioni provinciali con la possibilità per l'espropriato di presentare opposizione alla stima alla Corte di appello territorialmente competente soddisfa gli standard convenzionali di accesso alla giustizia.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Almeida Garrett, Mascarenbas Falcão e Altri c. Portogallo*, 11 gennaio 2000, nn. 29813/96 e 30229/96; Corte EDU, *Czajkowska e Altri c. Polonia*, 13 luglio 2010, n. 16651/05, par. 60; Corte EDU, *Schembri e altri c. Malta*, 10 novembre 2009, n. 42583/06, par. 43; Corte EDU, *Malama c. Grecia*, 1° marzo 2001, n. 43622/98, par. 51; Corte EDU, *Akkus c. Turchia*, 9 luglio 1997, n. 19263/92, par. 29.

⁽³¹⁾ Corte EDU, *Scordino c. Italia* (n. 1), G.C., cit., par. 258; Corte EDU, *Chinnici c. Italia* (n. 2), 14 aprile 2015, n. 22432/03, par. 44-46, 62-63.

ritardo — che investe un profilo di potenziale violazione a cavallo tra tutela della proprietà e ragionevole durata del processo — non sembra creare problemi strutturali, diversamente, l'opzione interpretativa del giudice nazionale che qualifica come debito di valuta l'indennità di esproprio ⁽³²⁾ si pone in potenziale contrasto con l'automatismo del giudice europeo.

In premessa, occorre evidenziare che il problema non riguarda la compensazione prevista in materia di occupazione sanante (cfr. *supra* par. 1.), per la quale sembra essere definitivamente superata l'equiparazione all'indennità di esproprio, da cui la giurisprudenza ricavava la natura di debito di valuta ⁽³³⁾. Le più recenti pronunce ⁽³⁴⁾, da reputarsi ormai un indirizzo consolidato, ne affermano la natura di debito di valore con conseguente applicazione dell'adeguamento all'inflazione a far tempo dal momento dell'occupazione illecita, a cui si aggiunge il pagamento degli interessi legali per il ritardo, decorrenti dalla scadenza di ciascuna annualità fino al saldo ⁽³⁵⁾.

Diversamente la originaria liceità della vicenda espropriativa "classica" fa propendere la giurisprudenza di legittimità per l'opposta qualificazione dell'indennità come debito di valuta, accompagnata dall'importante correttivo di non escludere *tout court* la possibilità di rivalutazione, ma subordinandone la liquidazione alla proposizione di apposita domanda di risarcimento del maggior danno *ex art. 1224, co. 2, c.c.* ⁽³⁶⁾, che presuppone la mora dell'espropriante e, quindi, un suo comportamento colpevole (*ex artt. 1218 e 1176 c.c.*) ⁽³⁷⁾.

Ebbene, se, da una parte, è vero che pure la Corte EDU mantiene una differenziazione tra espropriazioni legittime ed espropriazioni di fatto ai fini della quantificazione dell'indennità o del risarcimento danno, dall'altra, simile distinguo non si appunta sul profilo della rivalutazione monetaria, quanto piuttosto sul risarcimento della perdita di opportunità causata dalla indisponibilità del bene durante l'occupazione (cfr. *infra*). Diversamente, la necessità di adeguare il valore di mercato alla svalutazione monetaria viene

⁽³²⁾ Cass. 9 ottobre 2013, n. 22923, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

⁽³³⁾ Tra le prime, Cass. 6 novembre 1998, n. 11158, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2280. Più recenti Cass. 20 giugno 2011, n. 13456, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 6, I, 1624; Cass. 13 gennaio 2011, n. 719, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1, 54.

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass. 20 marzo 2003, n. 4070, in *Corriere Giur.*, 2003, 8, 1050, con nota di DI MAJO, *Valuta e valore nelle occupazioni appropriate*; in senso opposto, di un anno prima, Cass. 30 aprile 2002, n. 4766 in *Corriere giur.*, 2002, 11, 1476, con nota di ID., *Risarcimento indennitario (in margine all'occupazione appropriativa)?*

⁽³⁵⁾ Tra le prime Cass. 21 aprile 2006, n. 9410, in *Foro amm. CDS*, 2006, 7-8, 2143; più di recente, Cass. 9 luglio 2014, n. 15604, in *Dir. e giustizia*, 2014.

⁽³⁶⁾ Cass. 9 marzo 2012, n. 3738, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 3, 305.

⁽³⁷⁾ Cass. 25 febbraio 2015, n. 3794; Cass. 8 settembre 2015, n. 17786, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 5, I, 1075.

riferito ad entrambe le vicende ablativo (38). I presupposti della colpevolezza del ritardo dell'amministrazione espropriante e della necessità di proporre autonoma domanda per la risarcibilità del danno da svalutazione monetaria rischiano di dar vita ad un futuro contrasto con i criteri di liquidazione previsti per l'indennità di esproprio. Tale criticità può però essere mitigata attraverso un'indagine concreta degli effetti dell'inflazione sull'equo ristoro percepito dall'espropriato: nei casi in cui, nel periodo di riferimento, l'inflazione si sia mantenuta moderata nell'andamento, al punto da venire "coperta" interamente dall'importo degli interessi legali riconosciuti ai ricorrenti, la Corte ha escluso la rottura del giusto equilibrio (39).

Non solleva contrasti con i principi convenzionali il regime fiscale applicabile all'indennità di esproprio. In particolare, non costituisce un'ingerenza sproporzionata nei diritti del proprietario espropriato la possibilità da parte dell'ente espropriante di ritenere il 20% dell'indennità a titolo di imposta (articolo 11, co. 5, l. n. 413/1991, oggi sostituita dall'articolo 35, co. 2, D.P.R. n. 327/2001) (40).

2. Conformazione della proprietà

Le normative urbanistiche e di tutela del paesaggio — che determinano la compressione di singole facoltà dominicali e, in particolare, dello *ius aedificandi* — in generale sono considerate forme di regolazione della proprietà che perseguono finalità di indiscusso interesse pubblico. In generale, la Corte riserva un ampio margine di apprezzamento agli Stati nell'esercizio del potere conformativo finalizzato a preservare il valore storico, archeologico o culturale del territorio (41), ad espletare competenze di governo del territorio (42), di tutela dell'ambiente (43). Soprattutto laddove il

(38) Sul punto si veda, Corte EDU, *Schembri e Altri c. Malta*, equa soddisfazione, 28 settembre 2010, n. 42583/06, par. 13, in cui si conclude che la Grande Camera « ha adottato, per le espropriazioni illegittime, lo stesso metodo di calcolo utilizzato per le espropriazioni legittime, ma ha aggiunto alla valutazione non pecuniaria l'importo del danno derivante dalla perdita di opportunità ».

(39) Corte EDU (dec.), *Gentili e Altri c. Italia*, 20 aprile 2023, n. 444/18, par. 18.

(40) Corte EDU, *Cacciato c. Italia*, 16 gennaio 2018, n. 60633/16; Corte EDU, *Guiso e Consiglio c. Italia*, 16 gennaio 2018, n. 50821/06.

(41) Cfr. Corte EDU (dec.), *Casa Missionaria per le Missioni estere di Steyl c. Italia*, 13 maggio 2004, n. 75248/01; Corte EDU (dec.), *Galtieri c. Italia*, 24 gennaio 2006, n. 72864/01; Corte EDU (dec.), *Longobardi c. Italia*, 26 giugno 2007, n. 7670/03; Corte EDU (dec.), *Perinelli c. Italia*, 26 giugno 2007, n. 7718/03; Corte EDU (dec.), *Campanile e Altri c. Italia*, 15 gennaio 2013, n. 32635/05.

(42) Corte EDU (dec.), *Terazzi s.r.l. c. Italia*, 17 ottobre 2002, n. 27265/95, par. 85; Corte EDU, *Saliba c. Malta*, 8 novembre 2005, n. 4251/02, par. 45.

proprietario mantenga alcune facoltà di utilizzazione del bene, i limiti al potere di edificare o ad una determinata destinazione d'uso del bene non vengono sanzionati ⁽⁴⁴⁾. Il margine di discrezionalità dello Stato è più ampio in ragione degli interessi generali perseguiti e il diritto di edificare non viene considerato una qualità assoluta e inderogabile del diritto di proprietà. Così, la Corte in numerose occasioni ha escluso che la conformazione urbanistica anche con effetti duraturi determini una violazione ⁽⁴⁵⁾, soprattutto laddove il proprietario non dimostri di aver precedentemente manifestato l'intenzione di esercitare l'attività edificatoria sul bene ⁽⁴⁶⁾. Né l'assenza di compensazione per il sacrificio imposto al proprietario è sufficiente — in ossequio alla distinzione generale tra privazione della proprietà e regolamentazione dell'uso dei beni — a spostare i termini del bilanciamento: la classificazione del terreno come area destinata ad uso incompatibile con lo *jus aedificandi* privato non conferisce diritto a un risarcimento, se non in casi eccezionali in cui la scelta urbanistica appaia manifestamente arbitraria o irragionevole se confrontata con l'uso precedente e le dimensioni limitate dell'area interessata ⁽⁴⁷⁾.

La tolleranza verso il potere di regolazione statale è circoscritta ai provvedimenti di vincolo genuinamente conformativi, che non risultino emanati in vista dell'adozione di un atto ablativo. Il problema si pone sull'eventuale eccesso del potere di regolamentazione da parte dell'autorità, che sia tale da trasformare il provvedimento di vincolo in un esproprio di fatto.

In passato l'Italia è stata sanzionata per la prassi di reiterazione dei vincoli preordinati all'esproprio, determinanti una limitazione considerevole e duratura — seppur mai definitiva — delle prerogative dominicali del ricorrente. Ad alterare il giusto equilibrio sono fattori concorrenti quali la durata dei vincoli complessivamente considerata, l'assenza di un indennizzo, l'inesistenza di rimedi interni idonei a far cessare l'interferenza e la portata della compressione delle facoltà dominicali (*id est*, l'inedificabilità) ⁽⁴⁸⁾. Peraltro, la successiva opera di conformazione da parte, prima, della Corte

⁽⁴³⁾ Corte EDU, *Scagliarini e Altri c. Italia* (dec.), 3 marzo 2015, n. 56449/07, par. 15.

⁽⁴⁴⁾ Corte EDU, *Contessa c. Italia* (dec.), 17 settembre 2013, n. 58437/09, par. 30.

⁽⁴⁵⁾ Rispetto al sistema italiano cfr. *Rossitto c. Italia*, 26 maggio 2009, n. 7977/03, par. 37; Corte EDU, *Maioli c. Italia*, 12 luglio 2011, n. 18290/02 par. 52.

⁽⁴⁶⁾ Corte EDU, *Galtieri c. Italia* (dec.), n. 72864/01, 24 gennaio 2006.

⁽⁴⁷⁾ Corte EDU, *Galtieri c. Italia* (dec.), cit.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, *Elia S.r.l. c. Italia*, 2 agosto 2001, n. 37710/97, par. 83; Corte EDU, *Terazzi S.a.s. c. Italia* (dec.), 17 ottobre 2002, n. 27265/95, par. 91; Corte EDU, *Scordino c. Italia* (n. 2), n. 36815/97, 15 luglio 2004, par. 98.

costituzionale ⁽⁴⁹⁾ e, poi, del legislatore ⁽⁵⁰⁾, attraverso la previsione di un rimedio indennitario qualora il vincolo si protragga o venga reiterato per oltre cinque anni, consente non solo di ritenere superato il contrasto con la Convenzione, ma anche di riempire di contenuto i fattori del giusto equilibrio menzionati: durata quinquennale del vincolo preordinato all'esproprio ⁽⁵¹⁾ e sussistenza di un'azione volta a richiedere l'indennizzo in caso di superamento del periodo di franchigia ⁽⁵²⁾.

Ricondotti i vincoli preordinati all'esproprio all'interno di rigidi presupposti di validità e di efficacia, residua il rischio che la distinzione tra questi e i vincoli conformativi difetti di un sufficiente grado di chiarezza e prevedibilità. In assenza di una definizione legislativa chiara del perimetro applicativo delle due tipologie di vincoli, la loro incerta applicazione, andando ad incidere diversamente sulla quantificazione dell'indennità di esproprio ⁽⁵³⁾, determinerebbe un indiretto deficit di legalità dell'istituto dell'espropriazione. A tal proposito, la giurisprudenza costituzionale ha individuato i criteri distintivi principali tra i vincoli espressione di un potere regolatorio dello stato e vincoli aventi effetti sostanzialmente espropriativi ⁽⁵⁴⁾. Il rischio

⁽⁴⁹⁾ Corte cost. 20 maggio 1999, n. 179 in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1999, 873 con nota di S. BONATTI, *Palinodia della Corte costituzionale in tema di indennizzabilità dei vincoli d'inedificabilità, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* e in *Giust. civ.*, 10, 1999, 2597 con nota di P. STELLA RICHTER, *A proposito dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*.

⁽⁵⁰⁾ Art. 39 T.U. espropriazioni. Cfr. A. M. PORPORATO, *Commento Artt. 38, 39, 40, 41 e 42, Testo unico Espropriazioni*, in R. FERRARA, G. F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, vol. 1, Padova, 2019, 664 ss.

⁽⁵¹⁾ Tale durata massima era stata già fissata in alcuni precedenti, Corte EDU, *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*, 27 ottobre 1994, n. 12539/86, par. 47-48, e Corte EDU, *Predil Anstalt c. Italia*, n. 31993/96, 14 marzo 2002.

⁽⁵²⁾ Corte EDU, *Tiralongo e Carbe c. Italia*, 27 novembre 2012, n. 4686/06, par. 44.

⁽⁵³⁾ Cfr. art. 32, comma 1, T.U. Espropriazioni, secondo cui « l'indennità di espropriazione è determinata [...] valutando l'incidenza dei vincoli di qualsiasi natura non aventi natura espropriativa e senza considerare gli effetti del vincolo preordinato all'esproprio e quelli connessi alla realizzazione dell'eventuale opera prevista ». Cfr. A. M. PORPORATO, *Commento Artt. 32, 33, 34, 35 e 36, Testo unico Espropriazioni*, in R. FERRARA, G. F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, cit., p. 638 ss.

⁽⁵⁴⁾ Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55; Corte cost., 12 maggio 1982, n. 92; Corte cost. 20 maggio 1999, n. 179, cit. In particolare, quest'ultima pronuncia ha stabilito che sono "conformativi": i vincoli incidenti con carattere di generalità su intere categorie di beni, compresi i vincoli ambientali-paesistici; i vincoli derivanti da limiti non ablatori previsti dalla pianificazione urbanistica; i vincoli derivanti da destinazioni realizzabili anche mediante l'iniziativa privata in regime di economia di mercato; i vincoli che non superano sotto il profilo quantitativo il limite della normale tollerabilità; i vincoli che non eccedono la durata ritenuta ragionevolmente sopportabile.

di pervenire a risultati contraddittori nell'applicazione dei suddetti criteri ad opera della giurisprudenza amministrativa e di legittimità è stato spesso lamentato tanto a livello domestico che in sede europea. Tuttavia, la Corte di Cassazione non ha mancato di affrontare esplicitamente la questione e di concludere per una sostanziale compatibilità della distinzione tra vincoli conformativi ed espropriativi con i principi convenzionali ⁽⁵⁵⁾. Da parte sua, la Corte EDU, nel richiamare il precedente nazionale in alcune recentissime decisioni di infondatezza, sembra confermare il suo avallo all'assetto normativo (e giurisprudenziale) vigente ⁽⁵⁶⁾.

2.1. *Confische*

Contiguo alla disciplina vincolistica è il filone giurisprudenziale — che pure ha interessato l'ordinamento italiano — riguardante la legittimità dei provvedimenti di sequestro e confisca di un bene ricollegabile a vario titolo alla commissione di un reato o di un illecito altrimenti qualificato. Di regola, la Corte suole ricondurre queste misure all'interno della regolamentazione dell'uso dei beni ⁽⁵⁷⁾. Il loro effetto (eventualmente) ablativo rappresenterebbe — diversamente dagli strumenti espropriativi — il risultato del ripristino di una legalità violata volta a conformare determinati beni e, quindi, a regolarne l'utilizzo per determinate finalità di interesse generale. Medesimo approccio è stato mantenuto anche quando la confisca è adottata — e l'illiceità (dell'acquisto, della provenienza o dell'utilizzo) del bene è

⁽⁵⁵⁾ Si v. Cass. 16 dicembre 2019, n. 33229, in *DeJure*.

⁽⁵⁶⁾ Corte EDU (dec.), *Messeni Nemagna e Altri c. Italia*, 20 aprile 2023, n. 23720/08, par. 14; Corte EDU (dec.), *Ruso e Altri c. Italia*, 20 aprile 2023, n. 24517/07, par. 14; Corte EDU (dec.), *Feliziani e Altri c. Italia*, 20 aprile 2023, n. 65516/10, par. 20; Corte EDU, *Gentili e Altri c. Italia* (dec.), cit., par. 13.

⁽⁵⁷⁾ Tale impostazione riguarda la generalità delle confische: quella di beni che si presume di origine illecita — Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994, n. 12954/87, par. 30; Corte EDU (dec.), *Riela e altri c. Italia*, 4 settembre 2001, n. 52439/99; Corte EDU (dec.), *Arcuri e altri c. Italia*, 5 luglio 2001, n. 52024/99 — e di beni acquistati con fondi illeciti — Corte EDU (dec.), *Ulemek c. Serbia*, 2 febbraio 2021, n. 41680/13 — quella riguardante i proventi di un reato (cd. *productum sceleris*) — Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, 5 luglio 2001, n. 41087/98 — di beni oggetto del reato (cd. *objectum sceleris*) — Corte EDU, *Agosi c. Regno Unito*, 24 ottobre 1986, n. 9118/80; Corte EDU, *Sun c. Russia*, 5 febbraio 2009, n. 31004/02 —, o di beni che erano serviti, o erano stati destinati a servire, per la commissione del reato (cd. *instrumentum sceleris*) — Corte EDU, *B.K.M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi c. Slovenia*, 17 gennaio 2017, n. 42079/12 e Corte EDU, *Todorov e altri c. Bulgaria*, 13 luglio 2021, n. 50705/11, parr. 189-199.

accertata — al di fuori di un procedimento penale apposito ⁽⁵⁸⁾. Tale qualifica consente di sganciare le confische dall'automatismo, tipico delle misure di privazione, che connette la proporzionalità alla necessaria corrispondenza di un equo indennizzo ⁽⁵⁹⁾.

Fa eccezione a questa impostazione generale, l'ipotesi in cui la confisca colpisca, in modo permanente, beni di soggetti terzi estranei alla condotta illecita: in tali casi, la Corte è più propensa a sussumere il caso all'interno della norma che regola la privazione della proprietà ⁽⁶⁰⁾.

In generale non rappresenta un fattore determinante ai fini della proporzionalità della misura il fatto che il sequestro o la confisca vengano emessi a prescindere dall'emissione di una sentenza di condanna definitiva. Invero, la Corte in numerosi precedenti ha dimostrato un certo *favor* verso misure cautelari, disposte sulla base della presunta commissione di reati gravi, nei confronti di soggetti terzi in mala fede o legati al reo da rapporti di parentela stretta ⁽⁶¹⁾.

In simile contesto, non è tanto il legame tra misura e condanna a sollevare criticità, quanto piuttosto, da una parte, il rispetto di uno standard di legalità che renda la fattispecie chiara e prevedibile ⁽⁶²⁾ e, dall'altra, la sussistenza di garanzie procedurali che consentano all'interessato di confutare fatti o presunzioni posti alla base della decisione.

La questione si è sviluppata soprattutto in relazione alle vicende italiane in materia di confische emesse a seguito di reati di lottizzazione abusiva ⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. rispetto alla vicenda italiana, Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, cit., par. 27; Corte EDU (dec.), *Riela e altri c. Italia*, cit.; Corte EDU (dec.), *Arcuri e altri c. Italia*, cit.; si v. anche Corte EDU (dec.), *C.M. c. Francia*, 26 giugno 2001, n. 28078/95; Corte EDU, *Air Canada c. Regno Unito*, 5 maggio 1995, n. 18465/91, par. 34; Corte EDU, *Gogitidze e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, n. 36862/05, parr. 94 e 97, riguardante una confisca applicata in procedimenti civili.

⁽⁵⁹⁾ Tra le prime applicazioni, si v. Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, n. 5493/72, 7 dicembre 1976, par. 63 in materia di confisca e distruzione senza indennizzo di materiale pornografico. Cfr. anche Corte EDU, *Agosi c. Regno Unito*, cit., par. 51; Corte EDU, *Karapetyan c. Georgia*, 15/10/2020, n. 61233/12, par. 32.

⁽⁶⁰⁾ Corte EDU, *Andonoski c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 17 settembre 2015, n. 16225/08, par. 36.

⁽⁶¹⁾ Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, cit., par. 30; Corte EDU (dec.), *Arcuri e altri c. Italia*, cit.; Corte EDU (dec.), *Morabito e altri c. Italia*, 7 giugno 2005, n. 58572/00; Corte EDU (dec.), *Butler c. Regno Unito*, 27 giugno 2002, n. 41661/98.

⁽⁶²⁾ Così, *a contrario*, si v. Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, n. 17475/09, parr. 84-5; Corte EDU, G.C., *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, 28 giugno 2018, nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11.

⁽⁶³⁾ Art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001 « la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente

Il contrasto con la Convenzione emerge innanzitutto di fronte ad ipotesi di assoluzione o proscioglimento. Quando la misura è emessa in relazione alla commissione di un reato, infatti, il requisito della legalità viene influenzato dalla nozione di “legalità penale” di cui all’articolo 7 della Convenzione. In origine, la disciplina nazionale consentiva l’emissione della misura recuperatoria in base al mero accertamento dell’elemento materiale della condotta di lottizzazione abusiva e, quindi, anche in presenza di un’assoluzione per difetto di colpevolezza ovvero di proscioglimento per prescrizione.

Stante la natura sanzionatoria della confisca urbanistica, la Corte europea ha attratto l’istituto all’interno della nozione di “pena”, accertando la violazione dell’articolo 7 della Convenzione, dapprima, rispetto alle ipotesi di assoluzione per difetto di colpevolezza determinato dall’errore scusabile degli interessati e, successivamente, — nonostante gli aggiustamenti interpretativi dei giudici nazionali che hanno subordinato l’emissione della misura all’accertamento dell’elemento oggettivo e soggettivo del reato — confermato la censura, anche riguardo ai casi di confisca con proscioglimento per prescrizione.

L’esito di queste decisioni pareva trovare la ragione giustificativa in una automatica trasposizione della carenza di legalità penale della confisca nel giudizio di legalità *ex* Articolo 1, Protocollo I, della Convenzione ⁽⁶⁴⁾. Simile automatismo è stato più di recente revocato in dubbio dalla Grande Camera, laddove si statuisce che “non è necessario decidere se la violazione dell’articolo 7 sopra constatata [...] abbia automaticamente determinato l’assenza di base giuridica delle confische contestate e pertanto abbia violato l’articolo 1 del Protocollo n. 1” ⁽⁶⁵⁾. La Corte, si è astenuta dal decidere la questione per ragioni di economia processuale in quanto, come si dirà a breve, ha comunque ritenuto violato l’articolo 1, Protocollo I, per difetto di proporzionalità.

Rispetto alla legalità penale, la Grande Camera ha accolto gli argomenti precedentemente formulati a livello interno dalla Corte costituzionale ⁽⁶⁶⁾ in base ai quali lo standard di legalità della pena *ex* articolo 7 della Convenzione

lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari ».

⁽⁶⁴⁾ Corte EDU, *Sud Fondi S.r.l. e Altri c. Italia*, n. 75909/01, 20 gennaio 2009, par. 111-118 e 136-142; Corte EDU, *Varvara c. Italia*, cit., par. 72 e 85.

⁽⁶⁵⁾ Corte EDU, *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, cit., par. 294.

⁽⁶⁶⁾ Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. Cost.*, 2015, 2, 391, con nota di V. MONGILLO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo* e in *Riv. Giur. Ed.*, 2015, 4, I, 544 con nota di M. ESPOSITO, *Nota alla sentenza Corte cost. 49/2015. Il grave problema dei limiti della potestà punitiva tra gli origami della Consulta*.

risulterebbe soddisfatto pur in assenza di una sentenza di formale condanna, qualora i giudici interni abbiano effettuato un accertamento pieno della responsabilità — nei suoi due elementi costitutivi, oggettivo e soggettivo — che non risulta incompatibile con il proscioglimento per prescrizione. Tale conclusione, sposata dal giudice europeo con esclusivo riferimento alle confische che hanno alla base un accertamento sostanziale della responsabilità penale, non si estende automaticamente alla valutazione di legalità *ex* articolo 1 Protocollo I. Invero, l'*obiter dictum* sopra richiamato sembra aprire ad uno standard di legalità meno stringente di quello penale.

Accettata la possibilità di applicare la confisca al reato prescritto, lo standard di legalità può dirsi soddisfatto ⁽⁶⁷⁾.

Le criticità si spostano dunque sul requisito, logicamente subordinato, della proporzionalità. A tal proposito, la Corte ha condensato i termini della valutazione di proporzionalità in una nutrita serie di fattori la cui rilevanza varia a seconda del caso concreto e che implicano sia valutazioni di sostanza che di procedura. Questi i principali elementi sostanziali alla base del giudizio: possibilità di adottare misure meno restrittive (ad esempio, la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione); la natura generalizzata della misura, tale da comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi ⁽⁶⁸⁾; assenza di indennizzo ⁽⁶⁹⁾; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione; il fatto che la misura finisca per avvantaggiare l'ente pubblico responsabile dell'abuso ⁽⁷⁰⁾; durata della misura ⁽⁷¹⁾; necessità di mantenere la confisca in relazione agli sviluppi del procedimento collegato e

⁽⁶⁷⁾ Rimangono semmai controversi alcuni profili processuali che esulano dalla tematica della tutela della proprietà da approfondire nella sede opportuna. In particolare, la definizione del rito processuale da seguire ai fini dell'osservanza della presunzione di non colpevolezza che assiste il prosciolto e il coinvolgimento dei terzi aventi causa rispetto al bene da confiscare.

⁽⁶⁸⁾ Corte EDU, G.C., *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, cit., par. 301.

⁽⁶⁹⁾ Corte EDU, *Sud Fondi S.r.l. e Altri c. Italia*, cit., par. 140. Rispetto al requisito dell'indennizzo, seppur in una prospettiva *de jure condendo* pare opportuno fare rinvio ai criteri di quantificazione dell'equa soddisfazione di recente messi a punto in Corte EDU, G.C., *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, equa soddisfazione, 12 luglio 2023, nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, par. 47, 62 e 64-65, secondo cui l'unica voce di danno materiale causalmente collegata alle violazioni è costituita danno derivante dall'indisponibilità del terreno, da calcolarsi applicando gli interessi legali al "valore di mercato" del terreno (par. 47) al momento delle confische (par. 41 e 48), nel periodo tra le confische e la restituzione del bene.

⁽⁷⁰⁾ Corte EDU, *Sud Fondi S.r.l. e Altri c. Italia*, cit., par. 141.

⁽⁷¹⁾ Corte EDU, *OOO Avroro Maloetazhnoe Stroitelstvo c. Russia*, 7 aprile 2020, n. 5738/18, par. 69; Corte EDU, *Stokowski c. Polonia*, 21 dicembre 2021, n. 58795/15, par. 73-77.

alla condizione economica dell'interessato ⁽⁷²⁾; il comportamento del ricorrente e delle autorità statali che interferiscono ⁽⁷³⁾.

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, il generale obbligo di garantire al ricorrente la possibilità di contestare la misura e di eccepire davanti alle autorità competenti la presunta violazione del suo diritto al rispetto dei beni ⁽⁷⁴⁾ non solo viene applicato ma anche arricchito di ulteriori garanzie generalmente ascrivibili a quelle proprie del giusto processo: obbligo di una motivazione coerente e non contraddittoria ⁽⁷⁵⁾, possibilità di produrre prove e di essere assistito da una difesa tecnica, ecc.

In applicazione di criteri sostanziali sopra elaborati (cfr. *supra*), la Grande Camera ha accertato la violazione dell'articolo 1 Protocollo I per difetto di proporzionalità delle confische emesse in conseguenza di procedimenti riguardanti la lottizzazione abusiva. La Corte, oltre a sollevare dubbi sulla effettività della misura rispetto all'interesse generale perseguito, ha censurato l'automatica applicazione della confisca — salvo che per i terzi in buona fede — in quanto impedisce a monte al giudice di effettuare nel caso concreto il bilanciamento tra l'interesse generale soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione ed esclude la possibilità di disporre specifiche misure alternative e più adatte a perseguire la tutela ambientale ⁽⁷⁶⁾.

Ad attenuare il contrasto sulla proporzionalità è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, innanzitutto precisando che la sanzione deve avere ad oggetto solo i beni effettivamente interessati dalla lottizzazione, senza estendersi a quelli ad essa estranei ⁽⁷⁷⁾. Ancor più dirimente, perché interviene sull'automatismo della misura, è l'arresto che ne afferma la natura facoltativa e ne consente l'omissione qualora ricorra l'effettiva ed integrale eliminazione di tutte le opere e dei frazionamenti eseguiti in attuazione dell'intento lottizzatorio ⁽⁷⁸⁾.

Simili innovazioni hanno la pregevole finalità di escludere future condanne in sede europea conformando la sanzione al canone del minimo

⁽⁷²⁾ Corte EDU, *Lachikhina c. Russia*, 10 ottobre 2017, n. 38783/07, par. 59.

⁽⁷³⁾ Corte EDU, *Forminster Enterprises Limited c. Repubblica Ceca*, 9 ottobre 2008, n. 38238/04, par. 75.

⁽⁷⁴⁾ Corte EDU, G.C., *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, cit., parr. 302-4; Corte EDU, *Veits c. Estonia*, 15 gennaio 2015, n. 12951/11, parr. 72 e 74; Corte EDU, *Jokela c. Finlandia*, cit., par. 45; Corte EDU, *Balsamo c. San Marino*, 8 ottobre 2019, 20319/17 e 21414/17, par. 93.

⁽⁷⁵⁾ Corte EDU, *Yildirim c. Italia* (dec.), 10 aprile 2003, n. 38602/02; Corte EDU, *Perre c. Italia* (dec.), 21 settembre 1999, n. 32387/96.

⁽⁷⁶⁾ Corte EDU, *G.I.E.M. S.r.l. e Altri c. Italia*, cit., par. 303.

⁽⁷⁷⁾ Cass. pen., 5 luglio 2019, n. 38484; in tal senso già Cass. pen., 2 ottobre 2008, n. 37472; Cass. pen., 15 aprile 2013, n. 17066.

⁽⁷⁸⁾ Cass. pen., 5 febbraio 2020, n. 12640; Cass. pen., 25 marzo 2021, n. 11464.

mezzo. Tuttavia, il risultato rischia di non bastare. È vero, infatti, che il rimedio giudiziale della confisca è preceduto e affiancato da una serie di provvedimenti amministrativi ⁽⁷⁹⁾ che possono costituire, se tempestivamente instaurati, misure alternative meno rigorose idonee a soddisfare il requisito della proporzionalità. Tuttavia, in assenza della tempestiva azione amministrativa, il giudice penale avrà come unica alternativa quella di omettere la confisca piuttosto che irrogare sanzioni diverse e di minore gravità.

D'altra parte, la proposta di introdurre un ordine di adeguamento parziale in luogo della confisca è stata respinta di recente dalla decisione di inammissibilità della Corte costituzionale ⁽⁸⁰⁾, la quale ha correttamente rilevato come l'introduzione di un « *nuovo strumento del tutto eccentrico rispetto al sistema degli illeciti urbanistici* » dovendo essere accompagnato da una adeguata disciplina di « *raccordo tra autorità amministrativa e autorità giurisdizionale* » risulterebbe esorbitante rispetto alle competenze di revisione della Corte stessa, « *perché comporterebbe l'immissione nell'ordinamento di una "novità di sistema"* » di cui può occuparsi soltanto il legislatore ⁽⁸¹⁾.

3. Tutela del credito ed esecuzione delle sentenze

La nozione di “bene” di cui all'articolo 1, Protocollo I, della Convenzione ricomprende al suo interno anche i diritti di credito, a patto che questi siano dotati di una base legale sufficiente nell'ordinamento nazionale. A venire in gioco in questi casi è la tutela dell'aspettativa legittima che serve a

⁽⁷⁹⁾ Si fa riferimento all'art. 30, commi 7 e 8, del D.P.R. n. 380 del 2001 che consente al Comune che accerti una lottizzazione abusiva di vietare di disporre dei suoli e delle opere con atti tra vivi e di disporre l'acquisizione delle aree lottizzate al patrimonio disponibile del Comune, con l'ulteriore conseguenza della loro necessaria demolizione.

⁽⁸⁰⁾ La C. App. Bari, sez. pen., 18 maggio 2020 ha sollevato questione di legittimità, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. 1 della Convenzione, dell'art. 44, comma 2, D.P.R. 380/2001 (T.U. edilizia) nella parte in cui, qualora la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite risulti sproporzionata alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU espressa dalla Grande Camera nella sentenza del 28.6.2018, Giem e altri c. Italia, non consente l'applicazione in via principale di una sanzione meno grave, come quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle integralmente conformi alle legittime prescrizioni della pianificazione urbanistica generale, nei confronti dei soggetti rimproverabili per aver tenuto solo una lieve condotta colposa con riguardo alla lottizzazione abusiva.

⁽⁸¹⁾ Corte cost., 8 luglio 2021, n. 146, in *Dir. Pen. e Processo*, 2022, 1, 33, con nota di N.M. MAIELLO, *Confisca urbanistica e proporzionalità: una occasione perduta per un possibile restauro costituzionale*.

determinare se la pretesa creditoria e la relativa disciplina siano sufficientemente consolidate da essere meritevoli di protezione convenzionale ⁽⁸²⁾.

In forza della dottrina degli obblighi positivi, la tutela del credito si estende anche ai rapporti tra privati (v. *infra* par. 3.2.). Ovviamente, l'intensità della tutela del creditore varia a seconda del fatto che il soggetto obbligato sia lo Stato o un privato, in quanto solo nel primo caso il destinatario dell'obbligo convenzionale è anche il soggetto debitore ⁽⁸³⁾.

3.1. *Rapporti verticali*

Quando il debitore è lo Stato, il dovere di dare esecuzione alla decisione giudiziaria che riconosce il debito, sia pienamente che tempestivamente, decorrere dalla data in cui la sentenza diventa vincolante ed esecutiva ⁽⁸⁴⁾. In questi casi, generalmente, la Corte EDU sanziona la mancata esecuzione della decisione giudiziaria sia con riferimento all'articolo 6 (diritto di accesso a un tribunale e ragionevole durata del processo) che all'articolo 1 del Protocollo I, della Convenzione.

Prima di procedere alla analisi delle potenziali criticità della disciplina nazionale, pare opportuno sintetizzare i principali argomenti spesi dalla Corte di Strasburgo in materia: l'obbligo statale riguarda anche la tempestività dell'adempimento e un ritardo irragionevolmente lungo ⁽⁸⁵⁾ nell'esecuzione di una sentenza vincolante viola la Convenzione ⁽⁸⁶⁾; non rappresenta un valido esimente all'inadempimento, la mancanza di fondi statali mentre, viceversa, il ritardo può essere giustificato da particolari esigenze di protezione sociale (v. *infra*); non costituisce una valida giustificazione, la complessità della procedura di esecuzione interna o del sistema contabile statale; l'obbligo di pronta esecuzione del debito statale accertato con sentenza passata in giudicato non può essere subordinato all'instaurazione di un distinto procedimento di esecuzione ⁽⁸⁷⁾; l'impossibilità giuridica per un'au-

⁽⁸²⁾ Cfr. in questo volume A. DINISI, *Articolo 1 Protocollo n. 1. Ambito di applicazione*, par. 2 e 3.

⁽⁸³⁾ Corte EDU, *Anokhin c. Russia* (dec.), 31 maggio 2007, n. 25867/02; Corte EDU, *Liseytsseva e Maslov c. Russia*, 9 ottobre 2014, nn. 39483/05 e 40527/10, par. 183.

⁽⁸⁴⁾ Corte EDU, *Burdov c. Russia* (n. 2), 15 gennaio 2009, n. 33509/04, par. 69.

⁽⁸⁵⁾ Sulla ragionevolezza del ritardo cfr. Corte EDU, *Kuzbelev e altri c. Russia*, 15 ottobre 2019, nn. 64098/09, 64891/09, 65418/09, 66035/09, 67406/09, 67697/09 e 1504/10, par. 109-110, che ha giudicato compatibile con la convenzione il ritardo inferiore a un anno.

⁽⁸⁶⁾ Corte EDU, *Immobiliare Saffi c. Italia*, G.C., 28 luglio 1999, n. 22774/93, par. 63; Corte EDU, *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, n. 18357/91, par. 40; Corte EDU, *Burdov c. Russia* (n. 2), 15 gennaio 2009, n. 33509/04, par. 65.

⁽⁸⁷⁾ Corte EDU, *Metaxas c. Grecia*, 27 maggio 2004, n. 8415/02, par. 19, e Corte EDU, *Lizanets c. Ucraina*, 31 maggio 2007, n. 6725/03 par. 43. Al massimo al creditore può essere

torità pubblica di pagare i suoi debiti dovuta al dissesto finanziario non esonera lo Stato dalla sua responsabilità; le articolazioni territoriali — Regioni e enti locali — sono equiparate allo Stato mentre le società partecipate possono assumere lo status di “organizzazione governativa” solo a determinate condizioni ⁽⁸⁸⁾.

Sulla scorta di questi principi lo Stato italiano è stato condannato per la violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà) e dell’articolo 6 § 1 (diritto di accesso ad un tribunale) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in due pronunce ⁽⁸⁹⁾ che, per la portata strutturale dei rilievi mossi, sembrano presagire il verificarsi di future violazioni. La condanna è derivata dall’impossibilità per alcuni privati di veder soddisfatto il proprio credito — accertato con sentenza passata in giudicato — vantato nei confronti di un Comune in dissesto finanziario. Secondo la Corte, la procedura di risanamento dei comuni in dissesto finanziario di cui agli articoli 244 ss. del TUEL ⁽⁹⁰⁾ e, in particolare, il regime di sospensione di tutte le azioni esecutive già intraprese o da intraprendere nei confronti dell’ente per i debiti che rientrano nella competenza dell’organo straordinario di liquidazione (articolo 248, 2° comma), da una parte, priva i ricorrenti del loro diritto di accesso ad un tribunale per un periodo eccessivamente lungo e indeterminato e, dall’altra, impone un sacrificio economico eccessivo derivante dal mancato adempimento entro un congruo termine.

L’articolo 248 TUEL prevede che dalla data della dichiarazione di dissesto e sino all’approvazione del rendiconto di cui all’articolo 256 non

imposto il compimento di determinati atti — ad es. la produzione di documenti aggiuntivi — strettamente necessario per permettere o accelerare l’esecuzione di una sentenza Corte EDU, *Shvedov c. Russia*, 20 ottobre 2005, n. 69306/01, par. 32; Corte EDU, *Kosmidis e Kosmidou c. Grecia*, 8 novembre 2007, n. 32141/04 par. 24.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Corte EDU, *Liseytseva e Maslov c. Russia*, cit, parr. 186-188 in cui sono sintetizzati i principali criteri elaborati dalla Corte EDU per estendere allo Stato la responsabilità per debiti di una società: lo status giuridico della società di diritto pubblico; il fatto che l’attività corrisponda ad una funzione pubblica e non ad una ordinaria attività commercial; il regime dell’attività, soggetta a monopolio o comunque ad una regolamentazione molto incisiva; l’indipendenza istituzionale della società (portata della proprietà statale) e la sua indipendenza operativa (portata della vigilanza e del controllo da parte dello Stato).

⁽⁸⁹⁾ Corte EDU, *De Luca c. Italia*, 24 settembre 2013, n. 43870/04; Corte EDU, *Pennino c. Italia*, 24 settembre 2013, n. 43892/04.

⁽⁹⁰⁾ L’art. 244 TUEL indica in quali circostanze si attiva la procedura concorsuale: il dissesto finanziario dell’ente locale si verifica quando questo “non può garantire l’assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell’ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con le modalità di cui all’articolo 193, nonché con le modalità di cui all’articolo 194 per le fattispecie ivi previste”. La dichiarazione di dissesto è adottata dal consiglio dell’ente locale ai sensi dell’articolo 246 o, in caso di sua inerzia, dall’organo regionale di controllo (articolo 247).

possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, con conseguente estinzione delle procedure esecutive pendenti.

Sebbene la disciplina preveda che dalla data della deliberazione di dissesto e sino all'approvazione del rendiconto finale « i debiti insoluti non producono più interessi né sono soggetti a rivalutazione monetaria », ad evitare ulteriori sacrifici per i creditori dell'ente in dissesto è intervenuta la giurisprudenza costituzionale, la quale ha chiarito che si tratta di un regime di temporanea inesigibilità degli accessori del credito, strumentale alla liquidazione della massa passiva dell'ente locale, e destinato a cessare con la chiusura della procedura ⁽⁹¹⁾.

Per quanto attiene alla lunghezza del periodo di sospensione dell'esecutività dei crediti, la scansione temporale della procedura (art. 256 TUEL) determinerebbe una durata di circa 2–3 anni a seconda dei tempi di espletamento delle singole fasi. Tuttavia, il carattere meramente ordinatorio dei termini, unito all'assenza di rimedi avverso l'inerzia dell'organo di liquidazione e degli altri soggetti coinvolti, favorisce la dilatazione di questa tempistica. La durata della sospensione dell'esecutività del credito non è quindi prevedibile in concreto dai singoli creditori.

Invero, rispetto al rigoroso standard di diligenza nel tempestivo adempimento imposto dalla giurisprudenza di Strasburgo non pare sufficiente neppure il ricorso al meccanismo del silenzio amministrativo di cui all'art. 2, legge n. 241/1990: come già ricordato, di fronte ad una sentenza di condanna definitiva, al creditore non deve essere imposto di attivarsi ulteriormente in via esecutiva. Sarebbe opportuna quindi una modifica legislativa dell'attuale assetto normativo che introduca termini perentori più stringenti e rimedi giurisdizionali in grado di sindacare la persistenza dell'effetto sospensivo in relazione ad una irragionevole durata della procedura di liquidazione ⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ Corte cost., 17 luglio 1998, n. 269, in *Giur. Costit.*, 1998, 2092 e in *Foro It.*, 1998, I, 2640. Tale interpretazione è stata riconfermata di recente anche alla luce della riforma costituzionale del Titolo V da Corte cost., 24 ottobre 2022, n. 219. Peraltro, l'assoggettamento dell'attività contrattuale della P.A. alla normativa sul contrasto ai ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 come modificato da d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192) rappresenta un'ulteriore forma di compensazione per il pagamento tardivo.

⁽⁹²⁾ Rispetto al problema della durata della procedura, appare eccessivamente liquidatoria la conclusione per cui l'eccessiva durata della procedura non sarebbe manifestazione di un problema strutturale, afferendo semmai « ad un aspetto che attiene ad una situazione di fatto, connessa ad una mala gestione della procedura liquidatoria », proposta di recente da Cons. Stato 12 gennaio 2022, n. 1, in *Giur. It.*, 2022, 5, 1200.

3.2. *Rapporti orizzontali*

Attraverso la mediazione degli obblighi positivi, la Corte EDU sanziona le legislazioni che determinano il mancato soddisfacimento dei crediti vantati verso debitori privati. L'intensità di simile tutela è minore rispetto a quella concessa nei rapporti verticali: l'articolo 1 del Protocollo n. 1 non impone agli Stati un obbligo generale di pagare i debiti di entità private ⁽⁹³⁾, ma solamente di dotare il creditore di mezzi sufficienti per l'esecuzione alle sentenze emesse in suo favore.

Diversamente dall'obbligo di tempestivo adempimento dei propri obblighi, un diverso punto di equilibrio viene raggiunto nelle ipotesi in cui il debitore sia un privato, del cui inadempimento l'autorità pubblica non è direttamente responsabile. Nei rapporti orizzontali, infatti, lo Stato è tenuto solamente a non essere inerte nell'esercizio del potere esecutivo. Un simile obbligo investe innanzitutto l'effettività del sistema nazionale di esecuzione delle sentenze, sia sul piano giuridico che nella pratica e la sua capacità di assicurare che le procedure previste dalla legislazione per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato siano osservate senza indebito ritardo ⁽⁹⁴⁾. La consistenza di un ritardo incompatibile con l'articolo 1, Protocollo I, non è definibile *a priori*, in quanto è influenzata da una molteplicità di fattori, quali la complessità del procedimento di esecuzione, il numero dei creditori, l'importo globale del credito che doveva essere recuperato, il comportamento tenuto dalle parti, eventuali errori degli ufficiali giudiziari, nonché da legittimi interessi contrapposti che stanno alla base della mancata o tardiva esecuzione della sentenza (indigenza del debitore, necessità di contrastare la carenza di disponibilità abitativa, ecc.; v. *infra*).

Le inerzie statali nell'esecuzione di sentenze tra privati hanno interessato la disciplina italiana sugli sfratti. Il contrasto con la tutela della proprietà si è sviluppato ⁽⁹⁵⁾ con un primo gruppo di pronunce a metà degli anni '90 che hanno condannato l'impossibilità giuridica per i proprietari di ottenere il rilascio di immobili locati ad altri cittadini determinata dalla legislazione che consentiva di sospendere l'esecuzione degli sfratti (o attribuiva all'autorità prefettizia il potere di gradazione). Le valutazioni del giudice europeo si sono differenziate a seconda dei casi.

In premessa, la Corte ha riconosciuto la legittimità dello scopo perse-

⁽⁹³⁾ Corte EDU, *Kotov c. Russia*, G.C., n. 54522/00, 3 aprile 2012, par. 111; Corte EDU, *Anokhin c. Russia* (dec.), cit.

⁽⁹⁴⁾ Corte EDU, *Fuklev c. Ucraina*, 7 giugno 2005, n. 71186/01, parr. 84-91.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Corte EDU, *Scollo c. Italia*, 28 settembre 1995, n. 19133/91; Corte EDU, *Spadea e Scalabrino c. Italia*, 28 settembre 1995, n. 12868/87; Corte EDU, *Immobiliare Saffi c. Italia*, G.C., cit.

guito dalle suddette misure, consistente nel contrastare la “cronica penuria di abitazioni” e nell’attenuare le tensioni sociali che sarebbero potute derivare da esecuzioni in massa degli sfratti. Una volta soppesato il contrapposto interesse legittimo la valutazione sulla proporzionalità della misura ha portato ad esiti differenti a seconda dei casi.

In un primo gruppo di decisioni la Corte di Strasburgo ha effettuato un distinguo basato sulle contrapposte esigenze delle parti in conflitto e, in particolare, dando rilevanza alle ragioni vantate dal locatore nella procedura esecutiva: di fronte a uno sfratto motivato da una dichiarata ragione di urgente necessità del locatore (quale, la necessità di abitare direttamente nell’alloggio) oppure dal mancato pagamento dei canoni, il ritardo nell’esecuzione rappresenta un sacrificio sproporzionato del diritto di proprietà ⁽⁹⁶⁾; al contrario, nei casi di sfratto per finita locazione, il ritardo dell’esecuzione può essere giustificato da una considerazione più attenta alle condizioni socio-economiche dei conduttori ⁽⁹⁷⁾.

A distanza di qualche anno ⁽⁹⁸⁾, la Corte è tornata a pronunciarsi sulla questione, per precisare ulteriormente, anche per le ipotesi di sfratto per finita locazione, i confini della proporzionalità delle moratorie. Senza smentire la precedente posizione, la Corte ha fissato alcuni criteri per la corretta ponderazione dei contrapposti interessi. Vengono in rilievo: il prolungato stato di incertezza in cui sono lasciati i locatori; l’impossibilità per questi di rivolgersi ad un tribunale indipendente che esamini nel tempo della sospensione le contrapposte condizioni patrimoniali o familiari delle parti (la cui competenza era del Prefetto); la natura di persona fisica o giuridica del locatore; la oggettiva situazione di bisogno abitativo del conduttore; infine, l’assenza di intervento da parte dell’autorità pubblica nel trovare alloggi alternativi al conduttore a rischio di esclusione abitativa ⁽⁹⁹⁾. In altri termini, quello che risulta sproporzionato non è in sé la limitazione o sospensione dell’effettivo esercizio delle facoltà dominicali, quanto la sua assoluta imprevedibilità e incertezza nella durata.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Corte EDU, *Scollo c. Italia*, cit., par. 38-40.

⁽⁹⁷⁾ Corte EDU, *Spadea e Scalabrino c. Italia*, cit., par. 41. Cfr. S. GRANATA, *Sfratti: monito della Corte europea all’Italia*, in *Corriere giuridico*, 1999, pp. 1347 ss.

⁽⁹⁸⁾ Corte EDU, *Immobiliare Saffi c. Italia*, cit., par. 49. Vedi anche Corte EDU, *Ghidotti c. Italia*, 21 febbraio 2002, n. 28272/95 par. 25; Corte EDU, *Sorrentino Prota c. Italia*, 29 gennaio 2004, n. 40465/98, par. 56; Corte EDU, *Bellini c. Italia*, 29 gennaio 2004, n. 64258/01; Corte EDU, *Fossi e Mignolli c. Italia*, 4 marzo 2004, n. 48171/99.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. E. BARGELLI, *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all’abitazione. Dal diritto interno alla Cedu e alla Corte di Giustizia e ritorno*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Drittwirkung e principio di effettività nelle discipline di settore Bioetica. Diritti sociali. Alimentazione*, Giappichelli 2017, 99, la quale dal confronto della giurisprudenza individua in circa quattro anni la durata ragionevole massima di sospensione dello sfratto.

Attualmente il contrasto sembra essere superato, grazie all'introduzione legislativa di alcuni correttivi perlopiù di matrice compensativa. Guidato dalle successive pronunce della Corte, il Comitato de Ministri ⁽¹⁰⁰⁾ ha ritenuto le seguenti misure generali adottate a livello interno idonee a superare la violazione: per quanto riguarda la riparazione dei danni da ritardata restituzione, l'applicabilità dell'articolo 1591 c.c. ⁽¹⁰¹⁾ (almeno per il periodo successivo alla scadenza del termine di sospensione *ex art. 6, l.n. 431/1998* ⁽¹⁰²⁾); rispetto all'eccessiva durata della procedura, l'indennità prevista dalla legge n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto) ⁽¹⁰³⁾; il risarcimento del danno nei confronti della P.A., per mancata assistenza da parte della forza pubblica ⁽¹⁰⁴⁾; l'abolizione del generalizzato potere prefettizio di graduazione dell'esecuzione dello sfratto ⁽¹⁰⁵⁾.

4. Comportamenti della P.A. e affidamento del cittadino

La nozione di aspettativa legittima elaborata dalla Corte europea ha determinato una profonda riconsiderazione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. L'estensione di una tutela forte come quella

⁽¹⁰⁰⁾ V. Risoluzione CM/ResDH(2007)84, Appendice I, adottata dal Comitato dei Ministri il 20 giugno 2007 in occasione della 997^a riunione dei Deputati dei Ministri.

⁽¹⁰¹⁾ Sull'onere del locatore di domandare e provare il maggior danno, anche mediante presunzioni, cfr. Cass. 22 luglio 2004, n. 13628 e Cass. 23 gennaio 2006, n. 1224.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Corte cost., 9 novembre 2000, n. 482 per cui è costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 6, l. 9 dicembre 1998 n. 431, nella parte in cui esime il conduttore dall'obbligo di risarcire il maggior danno, ai sensi dell'art. 1591 c.c., anche nel periodo successivo alla scadenza del termine di sospensione della esecuzione stabilito "o*pe legis*" o di quello giudizialmente fissato per il rilascio dell'immobile (in *Corriere Giur.*, 2001, 1, 36, con nota di S. GIOVE, *La corte costituzionale sulla forfezzazione dei danni da ritardato rilascio dell'immobile ex art. 1591 c.c.*).

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Corte EDU, *Magherini c. Italia*, 1° giugno 2006, n. 69143/01 e Corte EDU, *Ciucci c. Italia*, 1° giugno 2006, n. 68345/01, in cui la Corte non considera il rimedio della Legge Pinto soltanto perché al tempo della specifica controversia era ancora di incerta applicazione. Sulla sua generale rilevanza ai fini del requisito dell'esaurimento dei rimedi interni, cfr. Corte EDU, *Provvedi c. Italia* (dec.), 2 dicembre 2004, n. 66644/01. La Corte di cassazione ha però ormai chiarito che, nel valutare la durata del procedimento, si deve tenere conto anche dei ritardi causati dall'applicazione della legislazione che sospende l'esecuzione (cfr. Cass. 22 ottobre 2002, n. 14885; Cass. 4 aprile 2003, n. 5265; Cass. 1 aprile 2004, n. 6359).

⁽¹⁰⁴⁾ Sui criteri per provare l'impossibilità dell'adempimento all'obbligo di assistenza cfr. Cass. 26 febbraio 2004, n. 3873, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1457, con nota di N. IZZO, *Assistenza della forza pubblica per l'esecuzione dello sfratto: il risveglio dello Stato di diritto*.

⁽¹⁰⁵⁾ Tale potere è stato invero reintrodotta con l'art. 6, comma 5, del D.L. n. 102/2013, convertito poi con L. n. 124/2013 ma soltanto al fine di coordinare le tempistiche di esecuzione dello sfratto con l'accesso degli interessati al Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli.

proprietaria a situazioni di affidamento del cittadino derivante da comportamenti della pubblica amministrazione forieri di errori o manifestazioni contraddittorie ha condotto ad alcune significative condanne dello Stato italiano.

Un primo gruppo di controversie ha avuto ad oggetto l'utilizzo *sine titulo* di beni pubblici tollerato dall'autorità statale ⁽¹⁰⁶⁾: dinnanzi ad una situazione di godimento meramente fattuale, conseguita e/o mantenuta senza il supporto della legislazione vigente e, anzi, in contrasto con le regole di circolazione e utilizzo dei beni, il comportamento di inerzia o acquiescenza assunto dall'autorità statale fonda un affidamento meritevole di tutela. Di fronte al vantaggio *contra legem*, si è ritenuto che la mancata tempestiva reazione statale possa ingenerare un affidamento circa la sua originaria legittimità ovvero sulla sua successiva stabilizzazione. Il comportamento statale è valutato *a posteriori* come scorretto e incoerente, quindi, lesivo del giusto equilibrio tra l'affidamento individuale e lo scopo perseguito dall'azione recuperatoria o altrimenti ripristinatoria.

Per quanto riguarda l'ordinamento nazionale, la decisione pilota del caso *Valle Pierimpiè* ⁽¹⁰⁷⁾ ha sanzionato le decisioni dei giudici nazionali che hanno dichiarato l'appartenenza al pubblico demanio marittimo di una parte della laguna di Venezia che la società ricorrente aveva acquistato e utilizzato per la piscicoltura per un lungo periodo di tempo. L'affidamento su una prassi consolidata di tolleranza dell'attività svolta sul bene demaniale unita ad un titolo formale di acquisto determinava l'equiparazione della situazione di fatto ad una proprietà e, di conseguenza, l'esercizio dell'azione recuperatoria dell'autorità demaniale ad un atto espropriativo. L'area di demanio costituiva la base dell'attività da cui il privato traeva la sua principale fonte di reddito. Ad essere lesa dalla incorporazione dell'area al pubblico demanio marittimo è quindi la legittima aspettativa di poter continuare a svolgere tale attività. Decisivo ai fini della sussistenza di un "bene" tutelabile è il comportamento assunto dallo Stato, il quale, attraverso atti che trattano l'occupante come un proprietario, generano un affidamento legittimo che attrae la situazione all'interno della competenza *ratione materiae* della Corte ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Tra le prime, Corte EDU, G.C., *Öneryildiz c. Turchia*, 30 novembre 2004, n. 48939/99, par. 124 ss.; Corte EDU, *Hamer c. Belgio*, 27 febbraio 2008, n. 21861/03, par. 76; Corte EDU, G.C., *Depalle c. Francia*, 29 marzo 2010, n. 34044/02, par. 62 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Corte EDU, *Valle Pierimpiè Società Agricola S.p.A. c. Italia*, n. 46154/11, 23 settembre 2014, par. 44 ss., in *Danno resp.*, 2015, 129, con nota di T. GRECO e M. GRECO, *Valli da pesca, demanialità marittima ed esperance legittime del privato nella giurisprudenza Cedu*.

⁽¹⁰⁸⁾ Si v., nel senso di escludere un'aspettativa tutelabile per l'assenza di un comportamento statale contraddittorio, Corte EDU, *Tryfonas c. Grecia* (dec.), 28 settembre 2021, n.

Un ulteriore aspetto in cui viene in gioco l'affidamento del cittadino è quello in cui l'interferenza ha lo scopo di rettificare un errore commesso dall'autorità pubblica. In questi casi la valutazione del giusto equilibrio è influenzata dal principio di buon governo che impone alle autorità non solo l'obbligo di agire prontamente per correggere il loro errore ⁽¹⁰⁹⁾, in modo appropriato e con la massima coerenza, ma anche di evitare che la correzione di tali errori sia fatta a spese dell'individuo interessato, soprattutto quando non sono in gioco altri interessi privati contrastanti ⁽¹¹⁰⁾.

Di recente, lo Stato italiano è stato condannato a seguito dell'esclusione della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati ad un privato a causa di un provvedimento successivamente dichiarato illegittimo ⁽¹¹¹⁾. Nella prospettiva del giudice europeo, infatti, la scusabilità dell'errore da parte dell'ente pubblico, non giustifica l'ingerenza ai sensi dell'articolo 1, Protocollo I, soprattutto laddove l'errore amministrativo, per quanto incolpevole, è stato causato dalla mancanza di chiarezza della legge applicabile ⁽¹¹²⁾.

Un'ulteriore ipotesi di contrasto ha interessato l'ordinamento italiano in una fattispecie in cui la pubblica amministrazione, per errore, aveva effettuato un pagamento non dovuto. La decisione si inserisce all'interno di un filone abbastanza consolidato in base al quale la tutela alle prestazioni pensionistiche, di assistenza sociale o retributive — già da tempo ammessa in base alla nozione di "bene" ⁽¹¹³⁾ — si estende anche a quelle indebitamente concesse, per le quali il cittadino ha maturato una legittima aspettativa di conservazione dell'indebito ⁽¹¹⁴⁾. La valutazione circa l'emersione di un affidamento tutelabile dipende, quindi, da circostanze di fatto quali il lasso di

24865/15, con nota di F. PERRONE, *Tutela della proprietà nell'articolo 1 del Protocollo 1 alla Cedu e «beni comuni»*, in *Giustizia civile.com (Online)*, 7 2022, 1-9. La decisione merita attenzione in quanto la Corte ha positivamente valutato il comportamento statale anche dal punto di vista delle garanzie procedurali assicurate al ricorrente, il quale ha potuto beneficiare di un procedimento giurisdizionale nel quale sono state compiutamente valutate le sue ragioni.

⁽¹⁰⁹⁾ Corte EDU, *Moskal c. Polonia*, 15 settembre 2009, n. 10373/05.

⁽¹¹⁰⁾ *Ex multis*, Corte EDU, *Gasbi c. Croazia*, 13 dicembre 2007, n. 32457/05, par. 40.

⁽¹¹¹⁾ Corte EDU, *Centro Demarzio S.r.l. c. Italia*, 5 luglio 2018, n. 24/11.

⁽¹¹²⁾ Per una disamina della pronuncia e del suo possibile impatto sul requisito della non scusabilità dell'errore ai fini della responsabilità della P.A., cfr. A. MARI, *Danno da attività provvedimento illegittimo e rispetto dei propri beni*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano: la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, II Ed., Padova, 2020, 811-845.

⁽¹¹³⁾ *Ex multis*, Corte EDU, G.C., *Bélané Nagy c. Ungheria*, 13 dicembre 2016, n. 53080/13, par. 82.

⁽¹¹⁴⁾ Corte EDU, *Romeva c. Macedonia del Nord*, 12 dicembre 2019, n. 32141/10, par. 58; Corte EDU, *Čakarević c. Croazia*, 26 aprile 2018, n. 48921/13, par. 50 ss.; Corte EDU, *Moskal c. Polonia*, par. 69.

tempo in cui i pagamenti hanno avuto continuativamente luogo, l'inerzia nel chiedere la restituzione dell'ente pagatore (unita alla sua particolare attendibilità), il mancato coinvolgimento dell'*accipiens* nell'errore che ha originato l'indebito.

La recente pronuncia *Casarin* ⁽¹¹⁵⁾, che ha interessato il nostro ordinamento, riguarda la ripetibilità dell'indebito retributivo nel pubblico impiego. Nel condannare lo Stato italiano, la Corte ha dettato un vademecum di criteri per determinare quando l'azione di ripetizione ad opera della pubblica amministrazione è sproporzionata: *a*) il pagamento è originato da una domanda del beneficiario in buona fede o da una spontanea iniziativa dell'ente; *b*) il versamento in questione è effettuato sulla base di una decisione adottata all'esito di un processo amministrativo e che si presume corretta; *c*) il versamento è fondato su una disposizione di legge, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione deve essere percepita dal beneficiario come la sua « fonte » e ne individua l'importo; *d*) è escluso che il versamento sia manifestamente privo di titolo o basato su semplici errori di calcolo; tali errori possono essere rilevati dal beneficiario, eventualmente ricorrendo ad un esperto; *e*) il pagamento non è legato ad un'attività professionale occasionale e « isolata » ma ad un rapporto ordinario ed è effettuato per un periodo sufficientemente lungo per far nascere la convinzione ragionevole del suo carattere definitivo e stabile; *f*) infine, esso non è stato accompagnato da una espressa riserva di ripetizione.

Il potenziale contrasto dell'articolo 2033 c.c. con i principi convenzionali ha originato alcuni rinvii alla Corte costituzionale ⁽¹¹⁶⁾, sul presupposto che il rischio di incompatibilità con Convenzione non fosse altrimenti risolvibile attraverso l'applicazione dei correttivi interpretativi già offerti dai principi generali di diritto privato. Simile conclusione è stata da ultimo smentita dalla decisione interpretativa di rigetto del giudice delle leggi ⁽¹¹⁷⁾, la quale ha individuato il rimedio dell'inesigibilità della prestazione — derivante dall'ap-

⁽¹¹⁵⁾ Corte EDU, *Casarin c. Italia*, 11 febbraio 2021, n. 4893/13. Per un commento a caldo della pronuncia v. G. ARMONE, *L'affidamento del lavoratore pubblico e la soluti retentio davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.foroitaliano.it*, 23 febbraio 2021. Per un'indagine sull'impatto della tutela dell'affidamento sull'istituto dell'indebito oggettivo, sia consentito il rinvio a E. BUFANO e A. DINISI, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'accipiens. CEDU e diritto interno a confronto*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 1, 2022, 71-86; si v. anche la diversa ricostruzione di C. DE MENECH, *La protezione dell'affidamento "qualificato" nel diritto privato europeo sullo sfondo del dialogo tra Corte Edu e giudici nazionali in materia di ripetizione degli emolumenti non dovuti dalla P.A.*, in *Jus Civile*, 6, 2022, 1443-1458.

⁽¹¹⁶⁾ Cass. 14 dicembre 2021, n. 40004, in *Dir. giust.*, 2021.

⁽¹¹⁷⁾ Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8.

plicazione della clausola generale di buona fede e correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio — che consente di attribuire rilevanza al legittimo affidamento e alle condizioni materiali e personali in cui versa il debitore.

Nell'individuare il correttivo di diritto interno idoneo a recepire i principi convenzionali, la Corte costituzionale ha comunque precisato e circoscritto il perimetro di applicazione dell'inesigibilità nell'esercizio dell'azione di ripetizione, al fine di evitare automatismi rimediali, forieri di una iper-tutela dell'affidamento del percipiente. L'inesigibilità, infatti, può avere conseguenze varie a seconda delle circostanze del caso concreto. Tale modulazione dei rimedi varia dalla rateizzazione della somma richiesta in restituzione ⁽¹¹⁸⁾ alla temporanea inesigibilità. A giustificare una inesigibilità parziale e definitiva — « *che solo in casi limite potrebbe approssimarsi alla totalità dell'importo dovuto* » — possono essere, come nel caso *Casarin*, le particolari « *condizioni personali del debitore ove correlate a diritti inviolabili* » (ad es. le condizioni di salute del debitore) ⁽¹¹⁹⁾.

Vademecum

<p>Quesiti Corte EDU</p>	<p>Espropriazioni indirette</p> <ul style="list-style-type: none"> • I ricorrenti sono stati privati dei loro beni in conformità con i requisiti dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • In particolare, si può ritenere che l'esproprio dei beni dei ricorrenti sia stato effettuato nell'interesse pubblico e in conformità alle condizioni previste dalla legge, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • In ogni caso, i ricorrenti possono ancora essere considerati vittime di una violazione dei loro diritti ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, oppure le autorità nazionali hanno riconosciuto una violazione della Convenzione e hanno fornito ai ricorrenti una riparazione adeguata e sufficiente? <p>Giusto indennizzo</p> <ul style="list-style-type: none"> • I ricorrenti sono stati privati dei loro beni in conformità ai requisiti dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? In particolare, la privazione della proprietà ha imposto un onere individuale eccessivo ai ricorrenti a causa dell'importo concesso loro a titolo di indennità di espropriazione? <p>Le parti sono invitate a rispondere a questa domanda tenendo conto di quanto segue:</p> <p>i. se l'indennità di espropriazione è stata calcolata tenendo conto, in misura ragionevole, delle caratteristiche specifiche del bene, compresi i fattori economici che influenzano il suo effet-</p>
---------------------------------	--

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. Cons. Stato, 10 dicembre 2020, n. 7889; Cons. Stato, Parere, 31 dicembre 2018, n. 3010; Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 1993, n. 11.

⁽¹¹⁹⁾ Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8, par. 12.2.1.

	<p>tivo valore di mercato;</p> <p>ii. se l'indennità di esproprio, sebbene non adeguata all'inflazione, fosse conforme ai principi pertinenti della Corte;</p> <p>iii. se i tribunali nazionali abbiano arbitrariamente omesso di prendere in considerazione le argomentazioni avanzate dai ricorrenti attraverso i loro legali in merito ai criteri da utilizzare per stimare il valore di mercato dei terreni espropriati;</p> <p>iv. se i giudici nazionali abbiano applicato il principio secondo cui, per il calcolo dell'indennità di espropriazione, i terreni designati nel piano regolatore generale come terreni non edificabili, prescindendo dal loro potenziale di sviluppo di fatto, sia esso residenziale o non residenziale;</p> <p>Conformazione della proprietà</p> <ul style="list-style-type: none"> • I ricorrenti sono stati privati dei loro beni in conformità alle condizioni previste dalla legge, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? In particolare, il diritto interno è stato sufficientemente accessibile, preciso e prevedibile per gli interessati? Le parti sono invitate a rispondere a queste domande tenendo conto di: <ol style="list-style-type: none"> i. la giurisprudenza dei tribunali nazionali in merito alla distinzione tra "vincoli edilizi" (vincoli conformativi) e "vincoli preordinati all'esproprio" (vincoli preordinati all'esproprio), e le decisioni giudiziarie che assegnano rilevanza decisiva, a loro volta, come criteri distintivi, concorrenti o alternativi, a: la portata – zonale o generalizzata rispetto a quella specifica o individualizzata – dei vincoli all'esproprio; il grado di limitazione del pieno godimento dei beni; la possibilità per i privati di sviluppare il terreno in conformità alla sua legittima destinazione d'uso; il tipo di strumento giuridico che impone i vincoli e alla finalità di interesse pubblico dell'opera pubblica prevista. ii. la giurisprudenza dei tribunali nazionali che distingue, nella determinazione dell'indennità di espropriazione, tra le espropriazioni effettuate per la costruzione di strade di interesse generale e quelle effettuate per la costruzione di strade di interesse specifico, e come questa diversa classificazione, dipendente da scelte discrezionali delle autorità pubbliche, incida sul valore di mercato della proprietà dei richiedenti. iii. i presunti ritardi e le incertezze dei procedimenti di espropriazione relativi alla proprietà dei ricorrenti, compreso il presunto stato di incertezza in merito alla proroga, alla modifica e alla durata dei vincoli di destinazione d'uso dei terreni imposti alla proprietà dei ricorrenti. <p>Confische</p> <ul style="list-style-type: none"> • La misura di confisca impugnata era compatibile con l'articolo 1 del Protocollo n. 1? <p>iv. In particolare, si può ritenere che la misura sia stata prevista su una base giuridica sufficiente, prevedibile e accessibile?</p> <p>v. Può essere considerata un'interferenza proporzionata?</p>
--	---

	<p>Tutela del credito ed esecuzione delle sentenze</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vi è stata una violazione del diritto delle ricorrenti al rispetto dei loro beni ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? <p>Affidamento del cittadino e P.A.</p> <p>Restituzione di beni demaniali utilizzati di fatto</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tenuto conto, in particolare, del fatto che le ricorrenti avevano formalmente acquistato le valli da pesca che gestivano e avevano pagato le tasse di proprietà relative ai loro beni, sono essi titolari di "beni" ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • In caso affermativo, i ricorrenti erano stati privati dei loro beni nell'interesse pubblico e in conformità alla legge, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • La privazione ha imposto un onere eccessivo ai ricorrenti? <p>Danno da errore scusabile della P.A. e ripetizione di somme indebitamente versate</p> <ul style="list-style-type: none"> • La correzione dell'errore ha costituito un'interferenza con il diritto della ricorrente al rispetto dei suoi beni ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • La ricorrente è stata privata dei suoi beni alle condizioni previste dalla legge, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1? • In caso affermativo, tale ingerenza ha imposto un onere eccessivo alla ricorrente, in particolare in considerazione dell'impossibilità di ottenere una compensazione finanziaria?
<p>Indicazioni operative</p>	<p>Espropriazioni indirette</p> <ul style="list-style-type: none"> • Applicazione del 42-<i>bis</i>, D.P.R. 327/2001 (obbligo di motivazione, bilanciamento tra pubblica utilità e interesse proprietario, prevalenza del giudicato di condanna alla restituzione). • Quantificazione del danno secondo i criteri di <i>Guiso-Gallisay c. Italia</i>. <p>Giusto indennizzo</p> <ul style="list-style-type: none"> • Interpretazione costituzionalmente orientata di art. 40, co. 1, T.U. Espr. che consenta di considerare eventuali plusvalori dell'area da espropriare secondo il metodo comparativo. • Rivalutazione monetaria automatica. <p>Confische</p> <ul style="list-style-type: none"> • In assenza di interventi legislativi che introducano la possibilità di adottare misure alternative meno restrittive, effettuate una valutazione di proporzionalità della misura in base ai criteri <i>G.I.E.M. c. Italia</i> e, in caso sussistano in astratto misure più idonee a perseguire in concreto l'obiettivo di tutela ambientale, omettere la confisca. <p>Comuni in dissesto</p> <ul style="list-style-type: none"> • Introduzione (legislativa) della natura perentoria dei termini della procedura; • Applicazione del rimedio del silenzio amministrativo ex art. 2, l.n. 241/1990. <p>Sospensione dell'esecuzione degli sfratti</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bilanciamento in concreto tra tutela della stabilità abitativa

	<p>dello sfruttato ed esigenze (personali) del proprietario alla restituzione immediata;</p> <ul style="list-style-type: none">• Rimedi compensativi per il ritardo (art. 1591 c.c., l.n. 89/2001; responsabilità della P.A. per omessa assistenza della forza pubblica). <p>Affidamento del cittadino e P.A.</p> <p>Restituzione di beni demaniali utilizzati di fatto</p> <ul style="list-style-type: none">• Stipulazione di accordi transattivi o procedure espropriative in luogo di azioni restitutorie;• Corresponsione di un indennizzo per la cessazione dell'attività svolta nel bene demaniale. <p>Danno da errore scusabile della P.A.</p> <ul style="list-style-type: none">• Se la scusabilità dell'errore dipende dalla scarsa chiarezza e prevedibilità di una legislazione, la P.A. è comunque responsabile. <p>Ripetizione di somme indebitamente versate</p> <ul style="list-style-type: none">• Accertamento di un affidamento meritevole di tutela in base al vademecum di <i>Casarin c. Italia</i>;• Rateizzazione o piano di rientro per la ripetizione della somma indebita;• Applicazione della inesigibilità <i>ex fide bona</i> della prestazione restitutoria: inesigibilità temporanea in ragione dell'affidamento o inesigibilità parziale ma definitiva se richiesto dalle condizioni personali del debitore.
--	--

Sezione III

**IL DIRITTO E IL PROCESSO PENALE
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

I.

IL GIUSTO PROCESSO PENALE

I.
LA PUBBLICITÀ DELLE UDIENZE
di *Chiara Buffon* (*)

SOMMARIO: 1. Udienza pubblica quale prerogativa della collettività e diritto individuale. — 2. Ordinamenti a confronto: tenuta del modello camerale. — 3. Materie escluse e prospettive d'inclusione.

1. Udienza pubblica quale prerogativa della collettività e diritto individuale

La pubblicità è conoscenza, a beneficio della generalità; la conoscenza, riferita all'esercizio dei poteri pubblici, è democrazia.

La pubblicità è nozione strettamente collegata a quella di popolo, ne esprime e manifesta la sovranità ⁽¹⁾. Così, in sede sovranazionale, ha accompagnato la nascita dell'ideologia e del popolo europei ⁽²⁾.

Siffatta vocazione risulta accentuata rispetto al potere giurisdizionale che, a differenza degli altri poteri dello Stato, gode di una posizione "privilegiata", sottratta agli effetti di variazione del voto elettorale. Qui la democraticità è chiamata a dialogare col principio di indipendenza: si esprime nella soggezione del giudice alla legge, nell'amministrazione della giustizia in nome del popolo e implica un'accezione di pubblicità "forte", immediata, in termini di presenza, non semplicemente conoscenza.

La pubblicità dell'udienza consiste appunto nella facoltà di ciascun consociato di presenziare ai fatti e agli atti che nell'udienza avvengono.

(*) Esperta CEDU a supporto dell'Agente del Governo dello Stato Italiano presso la Corte EDU.

⁽¹⁾ È il popolo, titolare della sovranità, il primo beneficiario della pubblicità, in dottrina efficacemente indicata "pubblicità democratica" cfr. H.U. JERSCHKE, *Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse*, Berlino, 1971, 83; N. BOBBIO, voce *Pubblico/Privato*, in *Enc. dir.*, Torino, XI, 1980, 401 ss.; Id., *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. it. di scienza politica*, 1980, 182.

⁽²⁾ Scriveva Schmitt "nessun popolo senza pubblicità", "nessuna pubblicità senza popolo", cfr. R. CAVALLO, *Carl Schmitt e l'Europa. Attualità e memoria*, in *Studi sull'integrazione europea*, II, 2008, 386.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ne ha fatto una componente dell'equo processo, non solo penale: ai sensi dell'art. 6 § 1 « Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata ... pubblicamente ». Nello specifico, perché la pertinente garanzia sia concreta ed effettiva, il pubblico deve essere in grado di ottenere informazioni circa la data e il luogo di svolgimento del processo, nonché accedervi facilmente. Qualora il processo si svolga al di fuori di una regolare aula d'udienza, ad esempio in carcere, lo Stato deve adottare misure compensative per garantire informazioni e accesso ⁽³⁾.

Il riconoscimento espresso del principio pubblicitario, quale prerogativa della collettività, rappresenta una scelta coerente con l'obiettivo del Consiglio d'Europa di valorizzare “*regimi politici effettivamente democratici*” ⁽⁴⁾. Non a caso la Corte, nelle proprie sentenze, presenta il diritto all'udienza pubblica come “tutela contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico”, “mezzo per mantenere la fiducia nei tribunali e la trasparenza nell'amministrazione della giustizia”, nonché “per realizzare l'equo processo, principio fondamentale di ogni società democratica” ⁽⁵⁾.

L'aspetto più interessante della norma è però l'aver configurato la pubblicità come diritto o prerogativa del singolo ricorrente ⁽⁶⁾.

L'accento sulla declinazione “privatistica” piuttosto che “pubblicistica” non pone una questione esclusivamente teorica, d'inquadramento dogmatico, ma si ripercuote sulla cogenza effettiva del diritto.

Nella prospettiva della Convenzione, occorre chiedersi quando l'ordinamento interno possa prevedere l'udienza camerale, quando quella dibattimentale a porte chiuse; se e quando il giudice possa derogare alla pubblicità; se e a quali condizioni l'imputato possa rinunciarvi.

In base all'articolo 6, l'udienza pubblica può essere derogata solo quando ricorrono circostanze speciali collegate alla tutela o di beni collettivi o della vulnerabilità di una parte: « *l'accesso alla sala d'udienza può essere*

⁽³⁾ Corte EDU, *Riepan c. Austria*, 14 novembre 2000, n. 35115/97, par. 29.

⁽⁴⁾ Le sentenze della Corte EDU ricorrono spesso al criterio della “compatibilità con una società democratica” per valutare eventuali restrizioni nazionali al godimento di diritti di rilevanza convenzionale.

⁽⁵⁾ Corte EDU, *Diennet c. Francia*, 26 settembre 1995, n. 18160/91, par. 33; Corte EDU, *Gautrin e Altri c. Francia*, 20 maggio 1998, nn. 21257/93 e altri, par. 42; Corte EDU, *Hurter c. Svizzera*, 15 dicembre 2005, n. 53146/99, par. 26; Corte EDU, *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, n. 399/02, par. 33; Corte EDU, *Lorenzetti c. Italia*, 10 aprile 2012, n. 32075/09, par. 29.

⁽⁶⁾ Sulla duplice valenza del diritto a un'udienza pubblica, D. MANZIONE, sub *Art. 471 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, V, 1991, 59.

vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia » (7).

Per individuare tali circostanze, la Corte di Strasburgo attinge alla propria giurisprudenza sul diritto all'udienza in quanto tale (prim'ancora che pubblica), dunque al diritto di esprimersi dinanzi a un giudice.

Nel procedimento di prima e unica istanza, il diritto a un'udienza sta a significare diritto a un'udienza orale e pubblica, salvo sussistano circostanze che possano dirsi "eccezionali" in ragione della natura delle questioni esaminate e non della frequenza delle medesime (8). In particolare, l'udienza può svolgersi a porte chiuse (9): *a*) quando non vi sono questioni di credibilità o fatti contestati che richiedono lo svolgimento di un'udienza (una presentazione orale degli elementi di prova o un'audizione in contraddittorio dei testimoni), l'accusato ha avuto un'adeguata possibilità di difendersi per iscritto e i tribunali possono decidere equamente e ragionevolmente la causa sulla base del fascicolo (10); *b*) nei casi che sollevano questioni meramente giuridiche di portata limitata (11); *c*) quando il caso riguarda questioni altamente tecniche.

(7) Più o meno negli stessi termini l'art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici (ratificato con l. 25 ottobre 1977, n. 881) prevede che il processo possa svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse, sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale in una società democratica, sia quando lo esige l'interesse della vita privata delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari, la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia, salva la necessità inderogabile di rendere pubblica ogni sentenza (a meno che l'interesse di minori esiga il contrario).

(8) Corte EDU, *Miller c. Svezia*, 8 febbraio 2005, n. 55853/00, par. 29; Corte EDU, *Mirovni Inštitut c. Slovenia*, 13 marzo 2018, n. 32303/13, par. 37.

(9) Un efficace riassunto della giurisprudenza convenzionale è contenuto in Corte EDU, G.C., *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, 6 novembre 2018, nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13.

(10) Corte EDU, *Döry c. Svezia*, 12 novembre 2002, n. 28394/95, par. 37; Corte EDU, *Saccoccia c. Austria*, 18 dicembre 2008, n. 69917/01, par. 73.

(11) Corte EDU, *Allan Jacobsson c. Svezia (n. 2)*, 19 febbraio 1998, n. 16970/90, par. 49; Corte EDU, *Mehmet Emin Şimşek c. Turchia*, 28 febbraio 2012, n. 5488/05, parr. 29-31; o punti di diritto di non particolare complessità cfr. Corte EDU, *Varela Assalino c. Portogallo* (dec.), 25 aprile 2002, n. 64336/01, nonché Corte EDU, *Speil c. Austria* (dec.), 5 settembre 2002, n. 42057/98.

A titolo esemplificativo, la Corte ha ritenuto legittima l'esclusione dell'udienza pubblica in un procedimento di maggiorazione d'imposta⁽¹²⁾ o in un processo sommario per infrazioni del codice della strada⁽¹³⁾.

Nel procedimento con uno o più gradi di impugnazione, per stabilire se il medesimo soddisfi il requisito di pubblicità, è necessario considerarlo complessivamente, nella sua interezza⁽¹⁴⁾. Se per il primo grado di giudizio l'obbligo di pubblicità è stato assolto, la sua mancanza nei gradi di impugnazione può essere giustificata dalle particolari caratteristiche della causa, dal ruolo del giudice dell'impugnazione; *a contrario* la mancanza non è giustificata qualora l'impugnazione implichi una valutazione completa della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato⁽¹⁵⁾. Se per il primo grado di giudizio l'obbligo di pubblicità è rimasto inadempito, può essere "sanato" o "recuperato" in appello, purché la cognizione del giudice dell'impugnazione sia piena, ossia abbia estensione pari a quella del giudice del grado precedente⁽¹⁶⁾.

La presenza delle suddette circostanze trova però quale limite residuale e invalicabile la "posta in gioco" per il ricorrente ("*enjeu*" o "*taking into account the seriousness of what was at stake for the applicant*") ovvero la "specificità di una materia che esiga il controllo del pubblico", in considerazione dei beni giuridici su cui ricade la decisione nazionale⁽¹⁷⁾.

Quanto alla declinazione "privatistica", l'interessato ha la facoltà di rinunciare alla pubblicità. La rinuncia, espressa o tacita che sia⁽¹⁸⁾, deve muovere da una volontà spontanea e inequivoca.

Rinunciabilità non significa però piena disponibilità del diritto, almeno per due ragioni: da una parte, la rinuncia non è ammessa se contrasta con questioni di rilevante interesse pubblico; dall'altra, la mancata richiesta di un'udienza pubblica è irrilevante qualora la pertinente legislazione nazionale escluda tale possibilità.

(12) Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, n. 73053/01.

(13) Corte EDU, *Subadolc c. Slovenia* (dec.), 17 maggio 2011, n. 57655/08.

(14) Corte EDU, *Axen c. Germania*, 8 dicembre 1983, n. 8273/78, par. 28.

(15) Corte EDU, *Helmers c. Svezia*, 29 ottobre 1991, n. 11826/85, par. 36; Corte EDU, *Salomonsson c. Svezia*, 12 novembre 2002, n. 38978/97, par. 36.

(16) Corte EDU, G.C., *Malbous c. Repubblica Ceca*, 12 luglio 2001, n. 33071/96, par. 62; in un contesto disciplinare, Corte EDU, *A. c. Finlandia* (dec.), 8 gennaio 2004, n. 44998/98; Corte EDU, *Buterlevičiūtė c. Lituania*, 12 gennaio 2016, n. 42139/08, par. 52-54; Corte EDU, *Albert e Le Compte c. Belgio*, 10 febbraio 1983, nn. 7299/75 e 7496/76, par. 36; Corte EDU, *Diennet c. Francia*, cit., par. 34; Corte EDU, *Gautrin e Altri c. Francia*, cit., par. 42.

(17) Corte EDU, G.C., *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, cit., par. 210; Corte EDU, *Bocellari e Rizza c. Italia*, cit., par. 38-39.

(18) Corte EDU, *Schuler-Zraggen c. Svizzera*, 24 giugno 1993, n. 14518/89, par. 58.

Dunque, come la “posta in gioco” per il singolo delimita l’ammissibilità di eccezioni all’udienza pubblica spesso fondate su esigenze d’amministrazione della giustizia, così l’interesse generale può delimitare la disponibilità individuale del diritto, facendo del singolo (indagato, imputato, condannato o parte in causa) “tramite” per uno scopo più alto.

Ciò significa che il diritto all’udienza pubblica, a differenza di altre prerogative di cui si compone l’equo processo convenzionale, non è garantito solo in quanto strumentale alla difesa dell’imputato, né può essere altrimenti bilanciato.

In questo senso è significativo evidenziare che la constatazione della violazione dell’art. 6 della Convenzione, da parte della Corte EDU, rappresenta essa stessa forma di risarcimento del danno morale e determina la liquidazione delle sole spese legali, senza l’indicazione di riaprire il processo: tale circostanza esalta la valenza collettiva del diritto in esame, mentre la valenza personalistica avrebbe preteso la valorizzazione dei risvolti difensivi e dunque, quale forma di soddisfazione, la riapertura del processo (analoghe considerazioni valgono invero per la garanzia di indipendenza e imparzialità del giudice, strettamente connessa col principio di pubblicità).

2. Ordinamenti a confronto: tenuta del modello camerale

L’impostazione sovranazionale non collima del tutto con quella italiana.

Nella Convenzione, la pubblicità è la regola; la mancanza di pubblicità, l’eccezione, da interpretare restrittivamente. Nell’ordinamento interno, pubblicità e mancanza di pubblicità sono regole equi-ordinate, la prima operante per le udienze dibattimentali, la seconda per ogni altra udienza. Invero, la mancanza di pubblicità è riconducibile a due fattispecie diverse: l’udienza dibattimentale a porte chiuse e il procedimento in camera di consiglio⁽¹⁹⁾. La disciplina delle udienze dibattimentali è perfettamente compatibile con la Convenzione: ai sensi degli artt. 471-472 c.p.p., la pubblicità è prescritta a pena di nullità e lo svolgimento “a porte chiuse” è ammesso in casi eccezionali. Altrettanto non può dirsi per la disciplina del procedimento camerale, contenuta in via generale nell’art. 127 c.p.p.

L’assetto italiano si spiega alla luce della particolare attenzione dedicata, in sede di lavori preparatori per l’adozione dell’attuale codice di procedura penale, al principio di oralità, piuttosto che di pubblicità. Benché entrambi considerati fondamentali per il superamento del sistema inquisitorio, tipica-

⁽¹⁹⁾ Qui intesa quale modalità di svolgimento dell’attività giurisdizionale, piuttosto che luogo in cui il giudice si ritira per formare il proprio convincimento e decidere. Per la seconda accezione, l’art. 125, comma 4, c.p.p.

mente caratterizzato da segretezza e cartolarità⁽²⁰⁾, la direttiva n. 2 consacra, tra i principi della legge delega, l'adozione del metodo orale e omette qualsiasi riferimento alla presenza del pubblico nelle udienze⁽²¹⁾.

Il legislatore delegato profonde un impegno notevole nel delineare i tratti del nuovo procedimento camerale⁽²²⁾: ispirandosi al previgente procedimento di esecuzione, introduce un modello processuale semplificato di riferimento per molteplici occasioni, accumulate dall'esigenza di speditezza⁽²³⁾. Caratteristiche strutturali pressoché costanti sono la semplificazione delle forme (le parti sono sentite, se compaiono, una sola volta, tendenzialmente senza diritti istruttori o di replica), la natura eventuale del contraddittorio (difensore e interessati hanno diritto di presenziare ma la loro presenza non è obbligatoria), lo svolgimento in udienza non pubblica, la decisione con ordinanza.

Vi sono però procedimenti in camera di consiglio a contraddittorio necessario, come il giudizio abbreviato in primo grado (ove l'imputato, *ex art. 441, comma 3, c.p.p.*, può altresì chiedere lo svolgimento dell'udienza pubblica) e l'udienza preliminare: in questi casi, la presenza del difensore dell'imputato è obbligatoria e, quando non è presente il titolare della difesa, deve procedersi alla nomina del difensore d'ufficio; vi è ampio spazio al legittimo impedimento, non solo dell'imputato ma anche del difensore; le parti hanno diritto di replica; vi è una disciplina specifica per l'ipotesi in cui

⁽²⁰⁾ M. CIAPPI, voce *Pubblicità (principio della)*, in *Digesto disc. pen.*, ed. IV, X, Torino, 1995, 453-475.

⁽²¹⁾ G. CONSO, *Codice nuovo, canoni interpretativi nuovi*, in *GP*, 1989, III, 67.

⁽²²⁾ G. CONSO-V. GREVI-G. NEPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 123-130 e 408-409.

⁽²³⁾ Il modello procedimentale in esame riguarda le ipotesi di conflitto di competenza e giurisdizione, la ricsuzione del magistrato, la rimessione del processo, la correzione dell'errore materiale, il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate, la distruzione delle intercettazioni dopo la sentenza, i procedimenti di riesame delle misure cautelari, il rigetto della richiesta di archiviazione, l'opposizione alla medesima, il ricorso per cassazione avverso la sentenza di non luogo a procedere, la revoca della sentenza di non luogo a procedere, il giudizio di appello per le sentenze pronunciate col rito abbreviato, la sospensione del processo con messa alla prova, il proscioglimento predibattimentale, il giudizio di appello quando i motivi riguardano solo la pena (l'applicazione di circostanze o benefici), il giudizio di cassazione sui ricorsi avverso decisioni non emesse in dibattimento, la riparazione dell'errore giudiziario, il procedimento di esecuzione, il riconoscimento degli effetti di sentenze penali straniere, l'esecuzione di sentenze penali italiane all'estero. Come si dirà, la Corte costituzionale è talora intervenuta per ripristinare la pubblicità: nel procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza o di prevenzione, dinanzi al tribunale di sorveglianza o per l'applicazione della confisca.

l'imputato, benché citato, non sia comparso (prima la contumacia ora l'assenza) (24).

Il rito camerale dissimula violazioni sistematiche della Convenzione e, sin dai primi anni di vigenza del codice, solleva dubbi di legittimità costituzionale (prima in forza del disposto degli artt. 1, comma 2, e 101, comma 1, Cost., a partire dal 2001, anche in forza dell'art. 117, comma 1, Cost.) (25): se tollerabile in relazione a cause incidentali (quali ricusazione, competenza, rimessione), non appare giustificabile per i procedimenti idonei a dar luogo a una pronuncia conclusiva del grado di giudizio.

Le prime censure arrivano dalla Corte EDU.

Nel caso *Bocellari e Rizza c. Italia*, i giudici europei si occupano della procedura per l'applicazione delle misure di prevenzione, in particolare della confisca. Nelle proprie osservazioni, il Governo giustifica la previsione *ex lege* dell'udienza camerale in virtù dell'elevato grado di tecnicità delle questioni sottoposte al giudice interno, chiamato a valutare perizie contabili e indagini finanziarie, e dell'eventuale coinvolgimento di terzi rispetto al soggetto pericoloso o autore del reato, se formali proprietari dei beni da confiscare. Benché entrambe queste circostanze (natura tecnica delle questioni da esaminare e tutela della vita privata delle parti coinvolte) rientrino nella casistica convenzionale delle deroghe al principio pubblicitario, la Corte ritiene prevalente l'argomento della "posta in gioco": quando a essere implicata è la situazione patrimoniale dei ricorrenti, deve essere offerto quanto meno il diritto di sollecitare lo svolgimento dell'udienza pubblica. Quale equa soddisfazione, la Corte valuta sufficiente la constatazione della violazione ai fini del danno morale, liquidando la somma di euro 2000 per le spese legali.

A pochi anni di distanza, la Corte EDU ribadisce quanto affermato con riguardo alla procedura di prevenzione italiana nel caso *Bongiorno e Altri c. Italia* (26).

In seguito, nel caso *Lorenzetti c. Italia* (n. 32075/09, 10 aprile 2012), la mancanza di pubblicità viene lamentata in relazione all'istanza di riparazione per ingiusta custodia cautelare, disciplinata secondo il rito camerale ai sensi degli artt. 315, 646 e 127 c.p.p. Posto che, per liquidare l'indennizzo, i giudici interni devono valutare se l'istante ha contribuito a provocare la sua deten-

(24) N. ROMBI, *Udienza camerale*, in *ilPenalista*, Bussola del 6 agosto 2015.

(25) Sebbene nella Costituzione manchi un richiamo espresso alla pubblicità dell'udienza e del giudizio, sin dagli anni Sessanta la Consulta, in relazione ai dibattimenti giudiziari, ne ha riconosciuto la rilevanza costituzionale, quale principio coesistente a un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, ai sensi degli artt. 1 e 101 Cost. (Corte cost. 14 aprile 1965, n. 25).

(26) Corte EDU, *Bongiorno e Altri c. Italia*, 5 gennaio 2010, n. 4514/07.

zione con dolo o colpa grave, la Corte esclude l'esistenza di questioni tecniche risolvibili sulla base del solo fascicolo. Alcune incidenze hanno le eccezioni sollevate dal Governo circa l'esigenza di speditezza, la natura civile della procedura di riparazione, la facoltà del ricorrente di intervenire personalmente.

Si sottolineano due elementi: da una parte, la Corte EDU non censura l'assenza di pubblicità in quanto tale ma la mancata previsione della possibilità per l'interessato di ottenere, a richiesta, la celebrazione dell'udienza pubblica; dall'altra, la presenza del singolo in udienza, così come la rinuncia a partecipare al processo, non rivestono tendenzialmente rilevanza. Ne discende l'esigenza di un adeguamento strutturale, non limitato al caso concreto, mediante previsione di un meccanismo di "pubblicità a richiesta" (27).

Le condanne sovranazionali determinano la Corte costituzionale, che inizialmente aveva collocato la configurazione pubblica o camerale dell'udienza entro la discrezionalità del legislatore ordinario (28), a dichiarare l'illegittimità di talune procedure nella parte in cui non consentono all'interessato di chiedere lo svolgimento dell'udienza pubblica. In particolare, interviene sulla procedura di prevenzione (29), di sorveglianza (30) (comprese le opposizioni a provvedimenti assunti *de plano ex artt.* 667, comma 4, e 678, comma 1-*bis*, c.p.p., esemplificativamente in ordine alla riabilitazione o all'esito dell'affidamento in prova (31)), di opposizione all'applicazione della confisca (32), nonché sulla disciplina dell'incidente di esecuzione e del procedimento di sorveglianza per l'applicazione di una misura di sicurezza (33).

3. Materie escluse e prospettive di inclusione

Il *revirement* costituzionale non travolge la fase di legittimità delle suddette procedure, dinanzi alla Corte di cassazione, tenuto conto del ruolo

(27) Come verrà definito dalla Corte costituzionale (in via esemplificativa, Corte cost. 24 ottobre 2010, n. 263, § 6.3).

(28) Corte cost. 27 luglio 1992, n. 373; Corte cost. 6 giugno 1991, n. 251; Corte cost. 24 maggio 1991, n. 230.

(29) Corte cost. 12 marzo 2010, n. 93.

(30) Corte cost. 5 giugno 2015, n. 97.

(31) Corte cost. 24 marzo 2022, n. 74.

(32) Corte cost. 15 giugno 2015, n. 109.

(33) Corte cost. 21 maggio 2014, n. 135.

svolto da quest'ultima ⁽³⁴⁾, con cognizione circoscritta sia per estensione che per profondità, nonché sulla scorta dell'assunto implicito per cui la Corte di Strasburgo avrebbe preso in considerazione solo la fase di merito.

Inoltre, nonostante la condanna Lorenzetti, la Consulta dichiara inammissibile per difetto di rilevanza la questione, prospettata dalle Sezioni Unite ⁽³⁵⁾, di legittimità della procedura di riparazione per ingiusta detenzione: nel giudizio *a quo* la parte non aveva infatti rivendicato la trattazione pubblica delle antecedenti fasi processuali ⁽³⁶⁾. L'inammissibilità non rappresenta affatto una presa di posizione, ma prelude un rinvio della questione.

Rimane altresì immune da censure la disciplina delle misure cautelari, seppur incidenti su "poste in gioco" inviolabili quali la libertà personale. Mentre la giurisprudenza convenzionale sopra menzionata attiene all'art. 6, le cautele personali soggiacciono all'art. 5.

La pertinente applicazione, in base ai §§ 1 lett. c) e 3-4, consta delle seguenti garanzie procedurali: diritto a un giudice, a essere giudicato entro un termine ragionevole o, in difetto, essere rimesso in libertà, a un'udienza, alla comparizione personale, a un ricorso dinanzi a un tribunale per un riesame di legittimità in tempi brevi. Dal tenore letterale della norma, la Corte EDU ricava il carattere "giudiziale" del procedimento cautelare e, pertanto, l'operatività di alcune garanzie dell'equo processo *ex art. 6*, quelle fondamentali: contraddittorio e parità delle armi. La pubblicità né compare nell'art. 5 né vi rientra grazie alla suddetta interpretazione sistematica (in termini di garanzia fondamentale di una procedura "giudiziale" secondo il modello dell'art. 6), a maggior ragione perché potrebbe interferire con la speditezza che l'art. 5 in più occasioni richiama ⁽³⁷⁾.

La Corte EDU esclude altresì la possibilità di applicare direttamente l'art. 6 della Convenzione, a prescindere dalla mediazione dell'art. 5. Quanto all'aspetto penale, l'operatività dell'art. 6 in fasi incidentali quali quella cautelare è circoscritta a garanzie suscettibili, qualora pretermesse, di pregiudicare l'equità complessiva del processo, pregiudizio che il difetto di pubblicità non è idoneo a produrre. Quanto all'aspetto civile, ipotizzando quindi che la libertà personale costituisca essa stessa un diritto civile, accordare ad esso, a partire dall'art. 6, requisiti più stringenti di quelli

⁽³⁴⁾ Corte EDU, G.C., *Hermi c. Italia*, 18 ottobre 2006, n. 18114/02, par. 60; Corte EDU, *Kamasinski c. Austria*, 19 dicembre 1989, n. 9783/82, par. 106.

⁽³⁵⁾ Cass. pen., S.U., ord. 18 ottobre 2012, n. 41694.

⁽³⁶⁾ Corte cost., 3 luglio 2013, n. 214, in *Cass. pen.*, 2013, 4397 ss., con nota di E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost.*, n. 214, 3 luglio 2013.

⁽³⁷⁾ Corte EDU, *Khodorkovskiy c. Russia*, 31 maggio 2011, n. 5829/04; Corte EDU, *Kolomenskiy c. Russia*, 13 dicembre 2016, n. 27297/07; Corte EDU, *Mustafa Avci c. Turchia*, 23 maggio 2017, n. 39322/12.

imposti per i profili penali contrasterebbe con una lettura armonica della Convenzione e darebbe al concetto di “diritti e obblighi civili” una portata troppo ampia. In definitiva, le due norme si pongono in rapporto di specialità ⁽³⁸⁾.

Nel 2017, la Corte costituzionale dichiara quindi infondata la questione di legittimità del riesame cautelare (artt. 309, comma 8, e 127, comma 6, c.p.p.) nella parte in cui non prevede il meccanismo dell’udienza pubblica a richiesta, in primo luogo in relazione all’art. 117, comma 1, Cost. Egualmente infondata è la medesima questione, sollevata in relazione all’art. 111, comma 1, Cost.: vero è che la pubblicità, seppur priva di riconoscimento costituzionale espresso, assume rilievo tra i principi del giusto processo; tuttavia, essa non ha carattere assoluto e non s’impone in materia cautelare, rispetto a decisioni provvisorie, emesse *rebus sic stantibus*, fondate su materiale d’indagine coperto dal divieto di pubblicazione. Manca infine la violazione dell’art. 3 Cost., per disparità di trattamento dei soggetti coinvolti nel riesame rispetto, da una parte, a quelli coinvolti per l’applicazione di misure di prevenzione e di sicurezza, ove il giudice di merito è chiamato a esprimere giudizi definitivi in ordine al *thema decidendum*, senza sottostare all’esigenze di speditezza che connotano il riesame; dall’altra, a quelli coinvolti nel giudizio abbreviato, ove il GUP è chiamato a decidere sul merito dell’accusa penale ⁽³⁹⁾.

A ben guardare, salvo che per la procedura di prevenzione, le declaratorie d’incostituzionalità non seguono l’accertamento sovranazionale di un difetto interno, eppure sono accumulate dalla valorizzazione della “posta in gioco”: libertà personale, per fase di sorveglianza e misure di sicurezza; beni di alto valore artistico, archeologico ed economico, per l’opposizione alla confisca (nel caso di specie, la confisca riguardava un bronzo rinvenuto in mare, l’Atleta di Fano). La scelta di identificare i presupposti del meccanismo di “pubblicità a richiesta” con quelli convenzionali fa presagire ulteriori pronunce additive della Consulta.

Ad ogni modo, il “metodo” scelto per l’adeguamento appare parziale per almeno due ragioni.

Perché è di fatto consistito nella mera apertura al pubblico dell’aula d’udienza, senza coinvolgere le ulteriori prescrizioni e conseguenze che, di norma, compongono la pubblicità: citazioni, avvisi, termini, verbale integrale

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Reinprecht c. Austria*, 15 novembre 2005, n. 67175/01, par. 31-55; Corte EDU, *Amie e Altri c. Bulgaria*, 12 febbraio 2013, n. 58149/08; Corte EDU, *Claes c. Belgio*, 10 gennaio 2013, n. 43418/09.

⁽³⁹⁾ Corte cost. 24 ottobre - 13 dicembre 2017, n. 263.

piuttosto che riassuntivo, contraddittorio obbligatorio, deliberazione e lettura del dispositivo contestuali ⁽⁴⁰⁾.

Perché ha riguardato procedure specifiche, piuttosto che a monte il modello camerale. Vero è che le singole ipotesi camerali sono tra loro notevolmente diverse (per ruolo del giudice, grado di tecnicismo e posta in gioco), eppure ci si chiede se non sia comunque preferibile una riformulazione dell'art. 127 c.p.p. che conceda all'interessato la facoltà di chiedere l'udienza pubblica nei procedimenti di prima o unica istanza (ovvero di opposizione ai provvedimenti assunti *de plano*), lasciando in concreto al giudice l'ultima parola, al pari di quanto avviene per l'udienza dibattimentale a porte chiuse.

Vademecum

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Nel corso del procedimento interno “camerale”, è stato garantito il diritto dell'imputato di chiedere e ottenere un'udienza pubblica ai sensi dell'art. 6 § 1 della Convenzione? Nel caso di specie, si è svolta un'udienza pubblica, come richiesto dall'art. 6 § 1 della Convenzione? • Il ricorrente disponeva di un rimedio efficace e accessibile, ai sensi dell'art. 35 § 1 della Convenzione, per lamentare la mancanza di un'udienza pubblica? • In particolare, la prassi giudiziaria in materia offriva al ricorrente la possibilità di chiedere e ottenere un'udienza pubblica?
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • Interpretare restrittivamente le ipotesi di dibattimento “a porte chiuse” e, in generale, le deroghe all'udienza pubblica. • Nelle ipotesi di procedimento camerale in cui il legislatore prevede la partecipazione dell'interessato, informare l'imputato (tramite l'avviso di fissazione dell'udienza che “apre” il procedimento, ovvero direttamente in udienza) della facoltà di chiedere l'apertura al pubblico delle porte dell'aula d'udienza.

⁽⁴⁰⁾ Sulle distorsioni nella prassi, quasi a creare un *tertium genus* tra udienza pubblica e camerale, G. GIUNCHEDI, voce *Udienze (pubblicità delle)*, cit., 779; A. MUSCELLA, *Quali confini per la pubblicità delle udienze*, cit., 21-25.

II.

GIUDIZIO IN ASSENZA DELL'IMPUTATO

di *Chiara Buffon* (*)

SOMMARIO: 1. Presenza e condizioni per una legittima assenza. — 2. Presunzioni di consapevolezza al vaglio dei giudici europei. — 3. Nuove categorie processuali, ma ancora presunzioni.

1. Presenza e condizioni per una legittima assenza

L'art. 6 della Convenzione, a differenza dell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, non enuncia il diritto dell'accusato di essere presente al processo, di parteciparvi. Tuttavia, è fuor di dubbio che vi rientri, in quanto garanzia implicita nell'insieme di previsioni che disegnano l'equità del processo penale, nonché presupposto per l'effettività di quest'ultime: se l'imputato non assiste al processo, non potrebbe esercitare i diritti menzionati nell'art. 6 § 3 lett. *c*), *d*), ed *e*), ossia difendersi personalmente, esaminare o far esaminare i testimoni, fruire gratuitamente di un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza ⁽¹⁾. In alcune pronunce, la Corte EDU ne fa altresì promanazione del principio di pubblicità, accanto al diritto di essere sentiti ⁽²⁾.

A prescindere da ancoraggi espressi, la presenza dell'accusato è valore connaturale all'equo processo (o di stampo accusatorio), poiché inverte l'equilibrio funzionale tra accusa e difesa, dunque l'incedere secondo contraddittorio.

Il procedimento *in absentia* non è necessariamente in contrasto con l'art. 6, potendo anzi concorrere a realizzarne gli obiettivi: scongiura il rischio di

(*) Esperta CEDU a supporto dell'Agente del Governo dello Stato Italiano presso la Corte EDU.

⁽¹⁾ Corte EDU, *Vyacheslav Korchagin c. Russia*, 28 agosto 2018, n. 12307/16, par. 58; Corte EDU, G.C., *Hermi c. Italia*, 18 ottobre 2006, n. 18114/02, par. 58-59; Corte EDU, *Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, n. 9024/80, par. 87.

⁽²⁾ « *Du principe de la tenue de débats publics dérive le droit de l'accusé à être entendu en personne par les juridictions d'appel. De ce point de vue, le principe de la publicité des débats poursuit le but d'assurer à l'accusé ses droits de défense* ».

paralizzare l'esercizio dell'azione penale e così provocare l'alterazione delle prove, la prescrizione del reato o errori giudiziari. Occorre però siano rispettate le seguenti condizioni.

La prima è la certezza circa la conoscenza dell'accusa da parte dell'interessato ⁽³⁾. La casistica convenzionale offre indicazioni utili tanto sull'oggetto della conoscenza, quanto sulle modalità del portare a conoscenza. In ordine al primo profilo, il termine accusa non è inteso quale veicolo formale (destinato ovviamente a variare tra ordinamenti nazionali), bensì quale atto materiale contenente l'addebito rispetto cui il ricorrente dovrà difendersi, rispetto cui potrà validamente scegliere se partecipare o meno. La Corte EDU non si accontenta della mera consapevolezza del procedere, esigendo piuttosto la consapevolezza dell'instaurazione del processo, della *vocatio in ius*: manca, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'accusato sia stato arrestato, abbia partecipato alla fase preliminare delle indagini e, dopo il rilascio, non risulta che gli sia stato notificato l'atto di accusa ⁽⁴⁾. In ordine al secondo profilo, rilevano sia l'accertamento della "dimensione ufficiale" dell'informazione su accusa e processo (deve effettuarsi tramite forme predeterminate, ancorché non sacramentali, e provenire dall'autorità procedente) ⁽⁵⁾ sia l'impegno profuso nella ricerca del destinatario, nel reperimento di notizie circa l'attuale domicilio, per la consegna dell'atto che reca l'imputazione ⁽⁶⁾. Così, sussiste la violazione dell'art 6, con riguardo a entrambi i profili, nel caso *T. c. Italia*, ove l'esistenza del procedimento penale era stata appresa indirettamente (circostanza accertata in virtù di una lettera scritta dal ricorrente alla moglie) e le autorità nazionali avevano limitato le ricerche dell'accusato presso l'ultimo domicilio italiano, pur sapendo che il medesimo risiedeva all'estero ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Corte EDU, *Dilipak e Karakaya c. Turchia*, 4 marzo 2014, n. 7942/05 e 24838/05, par. 87; Corte EDU, *Ait Abbou c. Francia*, 2 febbraio 2017, n. 44921/13, par. 63-65; Corte EDU, *Abdelali c. Francia*, 11 ottobre 2012, n. 43353/07, par. 52.

⁽⁴⁾ Corte EDU, *Pozder c. Croazia*, 13 gennaio 2022, n. 56510/15, par. 37. La soluzione di questo caso sconta però le difficoltà informative incontrate dall'autorità giudiziarie croate durante la guerra d'indipendenza.

⁽⁵⁾ L'art. 6 non impone una determinata forma di notificazione degli atti giudiziari (ad esempio una lettera raccomandata), ma è necessario che indichi data, ora e luogo in cui si svolgerà l'udienza, e che tenga conto di un lasso di tempo sufficiente (tra comunicazione e udienza) per preparare la difesa e raggiungere il luogo d'udienza (Corte EDU, *Vyacheslav Korchagin c. Russia*, 28 agosto 2018, n. 12307/16, par. 64).

⁽⁶⁾ Corte EDU, *M.T.B. c. Turchia*, 12 giugno 2006, n. 47081/06, par. 52.

⁽⁷⁾ Corte EDU, *T. c. Italia*, 12 ottobre 1992, n. 14104/88, par. 28 « *To inform someone of a prosecution brought against him is, however, a legal act of such importance that it must be carried out in accordance with procedural and substantive requirements capable of guaranteeing the effective exercise of the accused's rights, as is moreover clear from Article 6 para. 3 (a) (art.*

La seconda condizione è la rinuncia, consapevole e inequivoca, a partecipare al proprio processo. Lo standard fissato dalla Corte è doppiamente ambizioso: per un verso, non ammette incertezze circa l'effettiva volontà remissiva del titolare del diritto; per l'altro, giacché la certezza rappresenta un presupposto di legittimità della dichiarazione contumacia, esclude la possibilità di far gravare sull'accusato l'onere di provare l'illegittimità della dichiarazione e l'assenza di responsabilità per la mancata conoscenza della *vocatio in ius* o per la comunicazione della rinuncia. Spetta alle autorità nazionali dimostrare l'esistenza di motivi legittimi per l'assenza (8).

Nella prospettiva convenzionale, sembra allora che la presenza in udienza integri, non solo un diritto individuale, ma uno standard processuale, da cui discende, in capo ai giudici, il dovere di adottare le misure "positive" necessarie (9), di propria iniziativa, nell'interesse dello Stato.

Il carattere "informato" della rinuncia discende dalla ragionevole prevedibilità delle conseguenze, difettando in ipotesi di incertezze applicative sulla disciplina *in absentia* e mancanza di rappresentanza tecnica (10). Nel pertinente giudizio, assume quindi rilevanza il ruolo del difensore.

La rinuncia può essere tacita e desumersi dal tentativo di sottrarsi alla giustizia. La Corte EDU la ritiene soddisfatta quando l'autorità giudiziaria abbia accertato la prima condizione (consapevolezza dell'accusa o prevedibilità di un procedimento penale su una determinata accusa) e sopravvenga l'irreperibilità, nonostante adeguate ricerche per localizzare l'imputato. Nel

6-3-a) of the Convention. Vague and informal knowledge cannot suffice (...) during the investigation and then in the course of the trial proceedings, the police made fresh inquiries in order to discover Mr T.'s whereabouts, but these efforts were limited to the latter's address in Italy (see paragraphs 10, 11 and 13 above). Yet from the outset it was clear that the applicant was living abroad; indeed he had had his passport renewed by the Italian consulate in Khartoum on 8 February 1984 (see paragraph 16 above). Notwithstanding this, the Italian judicial authorities declared him untraceable and then convicted and sentenced him on 9 October 1984 and 1 October 1986, without having ordered more thorough investigations ».

(8) Corte EDU, *Medenica c. Svizzera*, 14 giugno 2001, n. 20491/92, par. 57; Corte EDU, *Colozza c. Italia*, cit., par. 30.

(9) Una soluzione ispirata dallo scenario di common law, nel quale il ruolo istituzionale del giudice è concepito diversamente (si parla di "superattivismo delle corti supreme" cfr. T. KOOPMANS, *The roots of judicial activism, in Protecting human rights: the European dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Colonia, 1988, 317) e la celebrazione del processo risulta condizionata dalla presenza fisica del suo protagonista.

(10) Corte EDU, *Jones c. Regno Unito*, 9 settembre 2003, n. 30900/02 « at the time of the applicant's trial it was not clearly established under English law that it was possible to try an accused in his absence throughout. The Court considers that the applicant, as a layman, cannot have been expected to appreciate that his failure to attend on the date set for the commencement would result in his being tried and convicted in his absence and in the absence of legal representation ».

caso *Lena Atanasova c. Bulgaria*, la Corte esclude la violazione poiché la ricorrente non si era presentata al processo pur potendone prevedere l'instaurazione, considerato che, in sede d'interrogatorio, aveva dichiarato di voler in prosieguo confessare i fatti; inoltre, le autorità, nel tentativo (fallito) di notificarle l'atto di citazione, avevano verificato che la medesima non aveva lasciato il paese, non era detenuta in istituti penali né viveva presso gli indirizzi risultanti dai registri pubblici ⁽¹¹⁾. Altrove, la Corte ha sfumato il rigore nell'accertamento della prima condizione e addebitato al ricorrente la mancanza di una comunicazione ufficiale circa accusa e processo, a fronte di una condotta avente la chiara finalità di sottrarsi alla giustizia: nel caso *Iavarazzo c. Italia*, l'interessato, sospettato di omicidio, dopo aver visto la polizia entrare nel suo appartamento, era fuggito dalla finestra ⁽¹²⁾.

L'ultima condizione è alternativa alle precedenti, ad esse residuale: quando non vi sia la prova che l'accusato abbia rinunciato al diritto di comparire o abbia avuto l'intenzione di sottrarsi alla giustizia, la violazione è comunque esclusa se esiste un rimedio interno effettivo volto a rinnovare il processo. La Corte non impone la restituzione di tutte le chances difensive che l'accusato avrebbe vantato in "prima battuta" ⁽¹³⁾, essendo sufficiente riaprire i termini per l'appello o altra impugnazione avverso la condanna e garantire i diritti di essere presente all'udienza, produrre nuove prove, ottenere una nuova decisione sul merito dell'accusa in fatto e in diritto.

2. Presunzioni di consapevolezza al vaglio dei giudici europei

La parola chiave dinanzi alla Corte EDU è certezza: certezza rispetto alla consapevolezza dell'accusa, certezza rispetto alla volontà di rinuncia. Lo spazio per le presunzioni è davvero ristretto, come dimostra la casistica sulla rinuncia e sulla volontà di sottrarsi alla giustizia, ove vengono valorizzati solo fatti inequivocabili ed espressivi, in qualche modo, della malafede dell'accusato (quando, trovandosi all'estero, rilascia dichiarazioni false alle autorità dello Stato in cui si trova per evitare il processo nello Stato richiedente; quando, interrogato dagli inquirenti, dichiara di voler confessare e poi non si presenta al processo; quando, contestualmente al tentativo di arresto della

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Lena Atanasova c. Bulgaria*, 26 gennaio 2017, n. 52009/07, parr. 45-53.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Iavarazzo c. Italia*, 4 dicembre 2001, n. 50489/99.

⁽¹³⁾ Pertanto, i procedimenti penali svolti in contumacia e la cui riapertura sia successivamente rifiutata, senza alcuna indicazione che l'imputato abbia rinunciato al diritto di essere presente, possono essere giustamente descritti come "manifestamente contrari alle disposizioni dell'art. 6 o ai principi in esso contenuti", cfr. Corte EDU, *Stoichkov c. Bulgaria*, 24 marzo 2005, n. 9808/02, par. 56.

polizia, decide di fuggire); viceversa, l'irreperibilità non può dirsi volontaria o intenzionale se affermata in base a fonti informali, prove indirette e sospetti (piuttosto che su prove dirette, evidenti). L'incertezza in ordine alle suddette circostanze impone di accordare il rimedio restitutorio incondizionatamente.

L'ordinamento italiano ha fatto da sponda all'elaborazione dei principi convenzionali sul processo *in absentia*, a cominciare dall'istituto della latitanza, nel caso *Colozza* ⁽¹⁴⁾. Il ricorrente, indagato per truffa, viene dichiarato latitante e processato in contumacia senza aver mai ricevuto alcuna comunicazione ufficiale circa l'esistenza del procedimento penale, tanto meno dell'accusa o della *vocatio in ius*. Ciononostante, non beneficia di un nuovo processo: l'autorità interne rigettano la richiesta di restituzione nel termine per l'appello, rilevando la validità della dichiarazione di latitanza. La condanna della Corte EDU investe sia i presupposti a monte (conoscenza dell'accusa e rinuncia) che il rimedio a valle (la riapertura del processo), nonché, in concreto, lo standard di diligenza nelle ricerche: l'esatto domicilio del ricorrente, per lungo tempo sconosciuto, era divenuto noto all'autorità giudiziaria competente per altro procedimento penale.

Dagli anni '80, le condanne si sono succedute numerose, nonostante l'adozione del codice Vassalli e delle modifiche apportate dalle ll. nn. 22/89 e 479/99, fino a una drastica riduzione del contenzioso solo con l'entrata in vigore della l. n. 60/2005 e la pronuncia della Grande Camera sul ricorso *Sejdovic* ⁽¹⁵⁾. Il filo conduttore, tanto nelle sentenze della Corte EDU, quanto nelle soluzioni interne, riguarda la scelta di affidare la conoscenza della *vocatio in ius* a presunzioni (legali o semplici) e, ciononostante, far gravare sull'accusato l'onere di superarle mediante prova contraria, ai fini della restituzione nel termine.

L'istituto della contumacia riassume tali difficoltà ⁽¹⁶⁾. L'imputato che non si presenta all'udienza, nonostante la regolarità della notificazione della *vocatio in ius* e la mancata prova di un legittimo impedimento, è dichiarato e processato quale contumace. Conoscenza effettiva, con consegna dell'atto nelle mani del destinatario, e conoscenza legale, nelle forme suppletive di

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Colozza c. Italia*, cit.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Brozicek c. Italia*, 19 dicembre 1989, n. 10964/84; Corte EDU, *F.C.B. c. Italia*, 28 agosto 1991, n. 12151/86; Corte EDU, *T. c. Italia*, 12 ottobre 1992, n. 14104/88; Corte EDU, *Osu c. Italia*, 11 luglio 2002, n. 36534/97; Corte EDU, *Seidovic c. Italia*, 10 novembre 2004, n. 56581/00; Corte EDU, *R.R. c. Italia*, 9 giugno 2005; Corte EDU, *G.C., Sejdovic c. Italia*, 1 marzo 2006, n. 56581/00; Corte EDU, *Hu c. Italia*, 28 settembre 2006, n. 5941/04; Corte EDU, *Zunic c. Italia*, 21 dicembre 2006, n. 14405/05; Corte EDU, *Pititto c. Italia*, 12 giugno 2007, n. 19321/03.

⁽¹⁶⁾ S. QUATTROCOLO, voce *Contumacia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, 2008, 133-161.

notificazione, sono equiparate. Analoga sorte tocca all'imputato "acquiescente", che abbia acconsentito allo svolgimento dell'udienza in sua "assenza"; all'imputato "irreperibile", cui non sia stato possibile notificare la *vocatio in ius* in quanto non ne risulti alcun domicilio all'autorità giudiziaria; all'imputato "latitante", resosi irreperibile intenzionalmente, per sottrarsi all'applicazione di custodie personali. Il rimedio restitutorio, nella versione previgente al 2005, poiché subordinato all'assenza di colpa dell'interessato, si poneva in netto contrasto con la Convenzione: se per quest'ultima il procedimento contumaciale era ammissibile in virtù di una scelta cosciente e volontaria, il codice di rito negava al contumace inconsapevole il diritto alla restituzione nel termine già solo in quanto venuto meno a un dovere di diligenza, ponendo a suo carico l'onere probatorio.

Ad aumentare la discrasia tra ordinamenti contribuisce l'originario art. 5 della decisione quadro del Consiglio n. 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo, secondo cui lo Stato emittente avrebbe dovuto garantire all'interessato la riapertura del processo.

La prospettiva della Convenzione e quella dell'Unione Europea convergono nel caso *Sejdovic*. Il ricorrente, dichiarato latitante dopo l'adozione dell'ordinanza di custodia cautelare per omicidio, viene processato e condannato in contumacia, previa nomina di un difensore d'ufficio; trascorsi due anni dalla definitività della sentenza di primo grado, viene arrestato ad Amburgo. Le autorità tedesche rigettano la richiesta di estradizione, rilevando come la legislazione del paese richiedente non garantisse adeguatamente la possibilità di riaprire il processo. Nel contenzioso sovranazionale, mentre il Governo italiano eccepisce la perdita del diritto a un nuovo processo, stante il tentativo del ricorrente di sottrarsi alla giustizia (sapendo o comunque sospettando di essere ricercato), la Corte EDU stigmatizza le seguenti circostanze: la mancanza di una comunicazione ufficiale sull'accusa; la mancanza di prove evidenti circa la conoscenza del procedimento o l'intenzione di sottrarsi; la presunzione di volontarietà della latitanza in forza degli indizi a carico, contraria alla presunzione di innocenza; l'inefficacia del rimedio previsto dall'art. 175, commi 2 e 3, c.p.p., spettando al ricorrente l'onere di dimostrare di non aver deliberatamente rifiutato di prendere conoscenza degli atti processuali.

La Corte è drastica: rileva l'esistenza di un difetto sistematico e la necessità dell'intervento del legislatore nazionale. Al contempo, prende atto della sopravvenuta l. n. 60/2005, potenzialmente idonea a ristabilire la compatibilità tra ordinamento italiano e Convenzione ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Sejdovic c. Italia*, cit.

3. Nuove categorie processuali, ma ancora presunzioni

La riforma adottata con l. 22 aprile 2005, n. 60 rappresenta un intervento “emergenziale” sia nelle ragioni che nei contenuti: azzerava il rischio di violazioni sovranazionali rendendo largamente accessibile il rimedio di cui all’art. 175, comma 2, c.p.p. Nello specifico, estende il termine d’impugnazione (non più dieci, ma trenta giorni dalla conoscenza della sentenza), ammette la restituzione con la sola eccezione dell’effettiva conoscenza dell’accusa o della rinuncia espressa a comparire⁽¹⁸⁾, pertanto accolla all’autorità giudiziaria l’onere di dimostrare la conoscenza del processo da parte di chi ne lamenta l’ignoranza. Tuttavia, omette di considerare il primo passaggio logico del percorso decisorio della Corte EDU, quello riguardante le condizioni iniziali e preventive (consapevolezza dell’accusa e rinuncia a comparire) e lascia insoluti almeno due problemi, uno legato all’abrogazione (avvenuta nel 1999) dello specifico mandato a impugnare per il difensore del contumace, l’altro al persistere della *probatio diabolica* ai fini della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale, una volta concesso il rimedio (problemi entrambi affidati all’opera armonizzante della giurisprudenza interna⁽¹⁹⁾).

Delle suddette condizioni si occupa la legge 28 aprile 2014, n. 67, senza che *medio tempore* la Corte EDU abbia denunciato nuove urgenze, dunque sull’onda lunga dei precedenti sottesi alla riforma del 2005⁽²⁰⁾. Il legislatore abbandona l’istituto della contumacia e ridisegna quello dell’assenza.

La mancata comparizione dell’imputato all’udienza preliminare è oggetto di un primo e basilare vaglio, attinente alla regolarità delle notifiche. Qualora l’esito sia negativo, il giudice aggiorna l’udienza e rinnova l’avviso per la data di rinvio; perde però il potere, introdotto dalla legge Carotti, di

⁽¹⁸⁾ Sulla novella del 2005, G. GARUTI, voce *Restituzione in termini (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, 2008, 1017 ss.; G. FRIGO, *Provvedimenti emessi in contumacia: ridotti i limiti per l’impugnazione. L’onere probatorio sulla mancata notifica inceppa la restituzione automatica dei termini*, in *Guida dir.*, 2005, 9, 69 ss.

⁽¹⁹⁾ Sul primo problema è intervenuta la Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 317 (commento di P. SPAGNOLO, *Consumazione del diritto all’impugnazione e diritto all’autodifesa del contumace*, in *Leg. pen.*, 2010, 29 ss.), dichiarando illegittimo l’art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non consentiva all’interessato già contumace di proporre comunque impugnazione in caso di previa consumazione dei mezzi da parte del proprio difensore, d’ufficio ma anche di fiducia. Sul secondo problema è parzialmente intervenuta la Corte di cassazione, cfr. A. ZAPPULLA, *Addio alla contumacia: la disciplina delle impugnazioni*, in *Leg. pen.*, 2014, 618 ss.

⁽²⁰⁾ Per l’inquadramento della Riforma del 2014, S. QUATTROCOLO, voce *Assenza e irreperibilità dell’imputato*, in *Enc. dir.*, Annali IX, 2016, 29-57; D. CHINNICI, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in *Arch. pen.*, III, 2014; G. CANZIO, *Il processo in assenza a un anno dalla riforma: le ricadute sui giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. e processo*, VII, 2015, 873 ss.; in tempi più recenti, L. VIGNALE, *Processo in assenza: ancora tanti i nodi problematici irrisolti*, in *Questione giustizia*, 12 ottobre 2021.

disporre la rinnovazione dell'avviso pur in assenza d'invalidità. Qualora positivo, il giudice è tenuto a verificare la configurabilità di una delle fattispecie previste dall'art. 420-*bis* c.p.p.: se l'imputato, libero o detenuto, anche impedito, abbia espressamente rinunciato a comparire; abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza; sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare; abbia nominato un difensore di fiducia; abbia dichiarato o eletto domicilio; infine, se risulti con certezza la conoscenza del procedimento o la volontà di sottrarsi. Fuori dei casi di nullità della notificazione, di "assenza" *ex* art. 420-*bis*, legittimo impedimento *ex* art. 420-*ter*, il giudice dispone la sospensione del processo ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p.

Le nuove ipotesi di assenza non sono omogenee, anzi presentano un livello decrescente di consapevolezza dell'accusa: solo le prime due afferiscono alla *vocatio in ius*, le altre spostano l'attenzione dal processo al procedimento, anticipando l'atto o il fatto da cui si pretende di far discendere la consapevolezza.

L'applicazione di misure precautelari e cautelari determina sì la conoscenza del procedimento e la prevedibilità di un suo sviluppo, ma presuppone un addebito provvisorio che potrebbe variare nelle coordinate essenziali. La Corte EDU ha ritenuto insufficiente il coinvolgimento in fase cautelare in un caso contro la Croazia, soluzione però influenzata dalla guerra ivi in corso, dunque dalla maggiore difficoltà per l'accusato, una volta rilasciato, di venire a conoscenza del processo ⁽²¹⁾.

Con l'ipotesi della nomina fiduciaria, il legislatore inferisce la conoscenza del procedimento dall'iniziativa del privato, a prescindere da una comunicazione ufficiale dell'autorità giudiziaria. La sua "convenzionalità" dipende dallo stato di avanzamento del procedimento in cui la nomina si colloca.

L'elezione di domicilio, benché atto stimolato dall'invito dell'autorità giudiziaria, difetta di capacità informativa; inoltre, la Corte EDU ha più volte escluso la possibilità di desumere dalla mancata comunicazione del cambio di

(21) Corte EDU, *Pozder c. Croazia*, cit., par. 37 « *the Court observes that the applicant had personally participated in the initial stages of the investigation against him, before he was released from detention for the purposes of a prisoner exchange (see paragraphs 7-10 above). Accordingly, he must have had some knowledge of the proceedings against him. However, after his departure from Croatia, there is no evidence that the applicant was ever notified of the ongoing proceedings against him, nor was he ever served with the indictment or summonses for trial hearings, or informed in any way by the Croatian authorities that the proceedings against him had continued or that he should inform them of a new address where the court summons could be served on him* ».

domicilio un'implicita volontà di sottrarsi al procedimento, nonché di sanzionare la medesima con la perdita del rimedio restitutorio ⁽²²⁾.

L'ultima condizione, chiaramente residuale, si presta ad ampliare, piuttosto che ridurre, l'ambito di incidenza del processo senza l'imputato e a ricomprendere la (problematica) ipotesi della latitanza.

Manca un coordinamento espresso tra la disciplina dell'irreperibilità e della latitanza e le condizioni *ex art. 420-bis*: applicare queste ultime e procedere *in absentia*, nonostante l'accertamento dell'uno o dell'altro istituto, contrasterebbe con le soluzioni che la Corte EDU ha formulato proprio nei due casi paradigmatici dell'esperienza italiana, *Colozza* e *Sejdovic*.

Infine, con riguardo al rimedio restitutorio, il legislatore recupera il doppio sbarramento probatorio (su mancata conoscenza effettiva della citazione e assenza di responsabilità); consente, laddove il rimedio sia accessibile, ampi spazi di strategia difensiva (secondo un livello di garanzia potenzialmente più alto degli standard di Strasburgo); aggiunge un'ipotesi di annullamento della sentenza di merito, qualora resa nonostante le condizioni per provvedere *ex artt. 420-ter* o *420-quater* c.p.p.; introduce la rescissione del giudicato, un rimedio esperibile dopo l'irrevocabilità della sentenza (ed eventualmente dopo la condanna convenzionale ⁽²³⁾) ma che pone a carico dell'istante la prova dell'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

La riforma del 2014, soprattutto sotto il profilo della *restitutio in integrum*, potrebbe determinare la riapertura di quel contenzioso sovranazionale che la precedente del 2005, benché decisamente meno approfondita, aveva comunque ridotto.

Ad ogni modo, senza attendere conferme o smentite, il d.lgs. n. 150/2022 torna sulla disciplina dell'assenza, questa volta muovendo dalle basi: stravolge il sistema delle notificazioni (senza affidare la notificazione degli atti introduttivi alle nuove forme telematiche o all'intermediazione del difensore)

⁽²²⁾ Corte EDU, *Colozza c. Italia*, cit., par. 32 « Thus, Mr. Colozza's case was at the end of the day never heard, in his presence, by a "tribunal" which was competent to determine all the aspects of the matter. According to the Government, however, the applicant himself was responsible for this state of affairs since he neither informed the City Hall of his change of address nor, once he was treated as "latitante", took the initiative of supplying an address for the service of documents or of giving himself up. The Court does not see how Mr. Colozza could have taken the second or the third course; it is not established that he was in any way aware of the proceedings instituted against him. The first alleged shortcoming concerns nothing more than a regulatory offence (illegittimo amministrativo); the consequences which the Italian judicial authorities attributed to it are manifestly disproportionate, having regard to the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention ».

⁽²³⁾ La Relazione di accompagnamento al testo poi approvato con la l. n. 67/2014 chiarisce che sul nuovo istituto « si potranno innestare anche i [...] casi di processo dichiarato ingiusto dalla Corte europea dei diritti umani ».

e, nell'individuare le nuove ipotesi di assenza, vi riallinea sia l'irreperibilità che la latitanza.

Vademecum

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Il ricorrente ha avuto un processo equo nella determinazione dell'accusa penale a suo carico, ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione, considerato che è stato giudicato e condannato <i>in absentia</i>? • Il ricorrente ha avuto l'opportunità di ottenere, dopo la condanna <i>in absentia</i>, una nuova decisione sulle accuse a suo carico, sia in diritto che in fatto? • Il ricorrente era sufficientemente a conoscenza del procedimento a suo carico e ha rinunciato inequivocabilmente al suo diritto di comparire in udienza e di difendersi?
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • Effettuare ricerche approfondite dell'accusato: oltre ai luoghi indicati nell'art. 159 c.p.p., verificare l'allontanamento o meno all'estero; condividere le informazioni con le AG di diversi distretti. • Nell'applicare le condizioni per procedere <i>in absentia</i>, verificare l'esistenza di una "comunicazione ufficiale" con l'AG procedente, nonché di fatti che dimostrino in modo inequivocabile la conoscenza dell'accusa, dell'inizio del processo e/o la volontà di sottrarsi alla giustizia. • Qualora non si sia raggiunta la certezza circa la conoscenza della <i>vocatio in ius</i> e/o della volontà di sottrarsi alla giustizia, sospendere il procedimento/non procedere oltre. • Interpretare in maniera non rigida il contegno tenuto dall'imputato nell'adempire al proprio dovere di tenersi informato, ai fini della <i>restitutio in integrum</i>. • La <i>restitutio in integrum</i> (restituzione nel termine o rescissione del giudicato) "compensa", agli occhi della ECHR, il mancato raggiungimento della certezza circa la conoscenza della <i>vocatio in ius</i> e/o della volontà di sottrarsi al processo, qualora si sia proceduto <i>in absentia</i>. • Nel nuovo grado di giudizio/processo, assicurare i diritti di comparire e produrre prove.

III.

LA PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE IN MATERIA PENALE IN PRESENZA DI CONFLITTI DI GIURISPRUDENZA (*CONTRADA C. ITALIA*)

di Daniela Cardamone (*)

SOMMARIO: 1. La ragionevole prevedibilità nell'ambito dei conflitti sincronici di giurisprudenza. — 2. La sentenza *Contrada c. Italia*: «sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore» vs. «continuità con la giurisprudenza precedente». — 3. La “prevedibilità” della qualificazione giuridica del fatto e della pena conseguente. — 4. Prevedibilità e principio di colpevolezza. — 5. Conclusioni e prospettive

1. La ragionevole prevedibilità nell'ambito dei conflitti sincronici di giurisprudenza

Dall'analisi della giurisprudenza europea emerge che alla interpretazione giurisprudenziale è affidato un fondamentale ruolo evolutivo e specificativo e che la prevedibilità, ai sensi dell'art. 7 CEDU, non contrasta affatto con il concetto di evoluzione giurisprudenziale ma, anzi, lo presuppone.

La prevedibilità sincronica, che consiste nel poter prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie condotte sulla base della legge esistente, nella giurisprudenza europea presuppone, infatti, il ruolo essenziale dell'interpretazione giurisprudenziale.

Sin dalle prime pronunzie sul tema, la Corte EDU ha costantemente affermato che l'articolo 7 della Convenzione richiede che un reato «*deve essere chiaramente definito dalla legge*» in modo che l'individuo possa «*conoscere, dalla formulazione della lettera della norma pertinente e, se necessario, usando la sua interpretazione da parte dei tribunali, quali atti e omissioni comportano la sua responsabilità*» (Corte EDU, Kokkinakis v. Grecia, 25 maggio 1993, n. 14307/88, par. 52).

Poiché l'assoluta precisione nella redazione delle leggi è impossibile, la “prevedibilità” non deve essere interpretata come “assoluta certezza”. Il

(*) Magistrata presso il Tribunale di Milano.

diritto, infatti, afferma la Corte EDU, deve potersi adattare alle mutevoli situazioni concrete ed all'evolversi della società (Ezelin c. Francia, 26.4.1991, ric. n. 11800/85, par. 45).

Le norme, a tale scopo, utilizzano formule più o meno “vaghe”, la cui interpretazione ed applicazione dipendono dalla pratica (si vedano tra le altre: Corte EDU, Sunday Times c. Regno Unito (n. 1), 26 aprile 1979, n. 6538/74, par. 49; Rekvényi c. Ungheria, G.C., 20 maggio 1999, n. 25390/94, par. 34; Ziliberberg c. Moldavia (dec.), 4 maggio 2004, n. 61821/00; Galstyan c. Armenia, 15 novembre 2007, n. 26986/03, par. 106; Primov e altri c. Russia, 12 giugno 2014, n. 17391/06, par. 125).

La Corte di Strasburgo riconosce, pertanto, il ruolo essenziale della interpretazione da parte dei giudici nazionali, affermando che è loro responsabilità dissipare ogni dubbio sull'interpretazione delle norme giuridiche (Corte EDU, Kruslin c. Francia, 24 aprile 1990, n. 11801/85, par. 29; Kopp c. Svizzera, 25 marzo 1998, n. 23224/94, par. 59; VgT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera, 28 giugno 2001, n. 24699/94, par. 52; Mkrtchyan c. Armenia, 11 gennaio 2007, n. 6562/03, par. 43; Vyerentsov c. Ucraina, 11 aprile 2013, n. 20372/11, par. 54).

È in questa dimensione che si apprezza il ruolo centrale dei giudici quali garanti della prevedibilità di reati e sanzioni in quanto, come è stato autorevolmente affermato, « *la prevedibilità della norma giuridica deve dunque essere ricercata nella dialettica tra la lettera della legge e la sua applicazione, in modo particolare dai giudici* »⁽¹⁾.

Il ruolo della giurisprudenza è valorizzato dalla Corte di Strasburgo alla luce delle inevitabili carenze qualitative della legge scritta, che impongono un'opera chiarificatrice mediante l'interpretazione sia per dare corpo alle « clausole generali » (Corte EDU, Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, n. 14307/88, par. 40) che per chiarire i « punti dubbi » (Corte EDU, SW. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, n. 20166/92, par. 36).

La funzione chiarificatrice della giurisprudenza è così centrale che è ribadita dalla Corte EDU perfino in tema di reati politici, nonostante si tratti di un settore dove è più stringente l'esigenza di porre un argine all'arbitrarietà del potere repressivo statale; essa ha, infatti, affermato, ad esempio, che « *una certa flessibilità può essere richiesta per permettere alle giurisdizioni interne di determinare se una pubblicazione debba essere intesa quale propaganda separatista contro l'indivisibilità dello Stato* » (Corte EDU, Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia, 8 luglio 1999, n. 23536/94 e 24408/94, par. 39).

⁽¹⁾ F. SUDRE, J. P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Parigi, 2019.

La Corte EDU si accontenta, inoltre, di una “prevedibilità relativa” in quanto afferma che la precisione che ci si può attendere da una norma penale può effettivamente variare in base a diversi fattori quali « *il testo considerato, il campo di applicazione e la qualità dei suoi destinatari* » (Corte EDU, Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, n. 17862/91, par. 35; Soros c. Francia, 6 ottobre 2011, n. 50425/06, par. 53; Groppera Radio AG e altri c. Svizzera, 28 marzo 1990, n. 10890/84, par. 68).

Ad esempio, nella sentenza Cantoni c. Francia del 15 novembre 1996, la Corte EDU ha ritenuto che un elemento costitutivo del reato in esame fosse « *ragionevolmente prevedibile* », anche se la sua definizione giuridica era « *piuttosto generale* » (par. 32) e la giurisprudenza che lo riguardava non era convergente (par. 34). La Corte EDU si rifiuta, inoltre, di condannare la tecnica legislativa delle clausole generali: certamente, afferma, tale tecnica « *spesso lascia zone d'ombra ai confini della definizione* », ma di per sé considerati « *questi dubbi (...) non sono sufficienti a rendere una disposizione incompatibile con l'articolo 7* » (par. 32). Per il giudice europeo, il reato deve essere « *sufficientemente chiaro* » nella « *grande maggioranza dei casi* »; i « *dubbi nei casi limite* » (par. 32) non sono contrari al requisito della prevedibilità. La condizione di prevedibilità, pertanto, non richiede che emerga un'unica soluzione, ma è soddisfatta qualora siano possibili diverse soluzioni. In ogni caso, ai professionisti è richiesta una particolare attenzione nel valutare i rischi connessi alla propria attività professionale: « *Ciò è particolarmente vero per i professionisti, abituati a dover esercitare grande cautela nell'esercizio della loro professione. Pertanto, ci si deve attendere che prestino particolare attenzione nella valutazione dei rischi che la stessa comporta* » (par. 35).

Prevedibilità relativa significa che la valutazione della chiarezza di una norma penale va valutata tenendo conto anche delle « *qualità soggettive dei suoi destinatari* » (Corte EDU, Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia, cit., par. 37; Streletz, Kessler, e Krenz c. Germania, 22 marzo 2001, nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, par. 88-89).

Ad esempio, nel caso Streletz, Kessler e Krenz c. Germania del 22 marzo 2001, alcuni leader della Germania dell'est, che erano stati condannati dopo la riunificazione tedesca per reati commessi sotto il regime della Repubblica democratica tedesca, avevano affermato che era « *assolutamente impossibile per loro prevedere che un giorno, a seguito di un cambiamento della situazione politica, avrebbero potuto essere considerati penalmente responsabili* » (par. 77). Questo argomento non ha convinto i giudici di Strasburgo perché, nonostante la prassi contraria, considerata la loro posizione, « *ovviamente non potevano ignorare la Costituzione e legislazione della RDT, né gli obblighi internazionali e le critiche internazionali al suo regime di sorveglianza delle frontiere* » (par. 78).

La Corte EDU fa, quindi, applicazione anche di un criterio di valutazione soggettivo della prevedibilità, valorizzando le conoscenze e l'abilità di analisi dei ricorrenti. In altri termini, essa chiarisce che la qualità della legge non va valutata in astratto, ma la chiarezza e la precisione della norma vanno valutate in concreto per come si applica alle persone interessate. Ogni disposizione deve essere inserita nel suo contesto storico-sociale e interpretata secondo un metodo sistematico.

Nell'opinione concordante del giudice Zupančič nella sentenza *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, viene messo in rilievo come la "soggettivazione" della condizione di prevedibilità sincronica non dovrebbe, tuttavia, avere l'effetto di introdurre la cusante dell'errore soggettivo sulla legge penale come difesa, per aver fatto affidamento su una determinata interpretazione del diritto penale.

Tale aspetto troverà maggiore chiarezza in seguito; ad esempio, nel caso *Soros c. Francia*, la Corte EDU ha affermato il principio secondo il quale, in materia penale, l'imputato, in caso di dubbio, deve prevedere il rischio che la sua condotta possa essere ritenuta illecita e, di fronte a questo rischio, deve astenersi dall'agire perché, se non si astiene, deve sopportare le conseguenze delle sue azioni ⁽²⁾ (Corte EDU, *Soros c. Francia*, 6 ottobre 2011, n. 50425/06, par. 55-62).

In definitiva, quindi, la Corte EDU si accontenta di una prevedibilità sincronica "ragionevole" che significa che l'imputato deve essere in grado di « *valutare, in misura ragionevole, nelle circostanze concrete del caso, le conseguenze di una condotta determinata* » ⁽³⁾ (Corte EDU, *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, n. 17862/91, par. 35).

Solo in questo modo si può garantire la prevedibilità delle conseguenze penali della condotta senza rinunciare, al tempo stesso, al ruolo fondamentale dell'interpretazione giudiziaria, al fine di consentire al diritto di evolvere.

Se non si ammettesse che la giurisprudenza possa chiarire margini di incertezza interpretativa delle norme e si affermasse il principio di irretroattività dell'interpretazione giurisprudenziale in *malam partem*, sin quando non sia 'consolidata' da una sentenza delle Sezioni unite, si raggiungerebbe un risultato aberrante in quanto risulterebbe contraria all'art. 7 CEDU qualunque pronuncia di condanna adottata in una situazione di incertezza giurisprudenziale; allo stesso tempo, essendo interdotta dall'art. 7 CEDU qualsiasi condanna per fatti commessi prima che si possa dire raggiunto un sufficiente

⁽²⁾ A. TAMIETTI, *Le principe de légalité aux termes de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *European criminal law and human rights*, 3/2015.

⁽³⁾ P. BEAUVAIS, *Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes*, in *Archives de politique criminelle*, n. 1/2007.

grado di ‘consolidamento’ della giurisprudenza, tale ‘consolidamento’ non potrebbe mai verificarsi ⁽⁴⁾.

La concezione europea del ruolo della giurisprudenza appare, quindi, del tutto sovrapponibile all’accezione di “diritto vivente” fornita dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 276/1974) la quale postula la funzione di « *mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente ‘creativa’ della interpretazione, la quale, senza varcare la ‘linea di rottura’ con il dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima* » (Cass., S.U., 12 gennaio 2010, n. 18288).

Pertanto, come evidenziato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., S.U., 24 ottobre 2019, n. 8544, Genco), nel nostro ordinamento, contrassegnato dal valore non vincolante del precedente e dall’efficacia meramente persuasiva dell’interpretazione giurisprudenziale, un eccessivo irrigidimento del criterio della prevedibilità dell’esito processuale contrasterebbe con l’art. 101 comma 2 Cost., che vuole i giudici soggetti soltanto alla legge, e finirebbe per limitare i poteri decisori del giudice di legittimità nonché per porre un freno al dibattito giuridico ed alla evoluzione del diritto vivente nella sua accezione fornita dalla giurisprudenza costituzionale, la quale è coerente con quella che emerge dalla giurisprudenza della Corte EDU.

2. La sentenza *Contrada c. Italia*: « sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore » vs. « continuità con la giurisprudenza precedente »

La Corte EDU ha condannato l’Italia per violazione dell’art. 7 della Convenzione, che sancisce il principio di legalità dei delitti e delle pene, affermando che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa contestato al ricorrente è stato « *il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso che si è consolidata nel 1994 nella sentenza a Sezioni unite Demitry* » (Cass. pen, S.U., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry). Quindi, all’epoca in cui i fatti contestati al ricorrente sono stati commessi (1979-1988), « *il reato in questione non era sufficiente-*

(4) M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2016, pag. 346; G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9.1.2017; E. NICOSIA, *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *www.sidi-isil.org*, 21.5.2015.

mente chiaro e prevedibile per lo stesso » che, quindi, « *non poteva conoscere la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti* » (par. 75) (Corte EDU, Contrada c. Italia (n. 3) 14 aprile 2015, n. 66655/13).

La sentenza ha affermato la responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva che è stata ritenuta di formazione giudiziaria.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno negato la portata generale della sentenza Contrada avendo ritenuto per la sua natura ritenuta atipica ed eccentrica rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte EDU nonché per i plurimi profili di criticità rispetto alla considerazione del diritto interno (Cass. S.U., 24 ottobre 2019, n. 8544).

Un aspetto che incide notevolmente sul giudizio di « *atipicità* » della pronuncia Contrada c. Italia formulato dalle Sezioni Unite, ed impedisce di considerarla di portata generale, è che la pronuncia si caratterizza per non aver tenuto conto di quanto affermato dalla stessa giurisprudenza europea con riguardo al necessario ruolo evolutivo e specificativo da assegnare all'interpretazione giurisprudenziale.

Invero, un primo essenziale passaggio logico della sentenza che non è sufficientemente chiarito è quello che riguarda la tappa fondamentale dell'evoluzione giurisprudenziale che ha riguardato i profili dogmatici dell'istituto del concorso esterno con riferimento al reato di cospirazione politica mediante associazione di cui all'art. 305 c.p. (Cass. pen., 27 maggio 1969, n. 1569, Muther) ed alla banda armata (Cass. (ord.), 7 giugno 1977, n. 1475, Cucco; Cass. (ord.), 10 marzo 1978, n. 588, Zuffada; Cass. pen., 25 ottobre 1983, n. 617, Arancio); su questo aspetto importantissimo, la Corte EDU si limita ad affermare che questa giurisprudenza « *non riguarda il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che è oggetto del presente ricorso, ma dei reati diversi* » ed è quindi irrilevante ai fini della evoluzione della giurisprudenza sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso, il quale « *è stato oggetto di uno sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore rispetto a questi ultimi* » (par. 71).

Considerato che la Corte EDU ha attribuito alla giurisprudenza interna una vera e propria funzione “formante” del precetto penale, tale affermazione avrebbe dovuto essere preceduta da un'analisi del contenuto di quella giurisprudenza, per stabilire se fosse prevedibile per il soggetto agente una propria futura condanna per concorso esterno o addirittura per partecipazione e se — nell'ottica di una giurisprudenza che contribuisca a “formare” il precetto — quelle sentenze avessero contribuito alla ‘tassativizzazione’ della fattispecie.

Se fosse stata effettuata tale analisi, si sarebbe potuto agevolmente verificare che il principio di diritto fissato dalla sentenza Muther del 1969 è

stato recepito dalla giurisprudenza che ha ritenuto configurabile il concorso esterno con riferimento all'associazione di tipo mafioso ⁽⁵⁾; dunque, sarebbe stato necessario chiarire perché è stato ritenuto che si trattasse di uno « *sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore* » e per quale motivo, invece, non vi sarebbe stata una « *continuità della giurisprudenza precedente relativa al reato penale così come contestato al ricorrente* » (Corte EDU, Pessino c. Francia, 10 ottobre 2006, n. 40403/02).

In definitiva, non è stato chiarito perché la giurisprudenza precedente è stata considerata del tutto irrilevante ai fini della prevedibilità ⁽⁶⁾.

Prescindendo dall'analisi contenutistica della giurisprudenza antecedente, la Corte EDU sembra incorrere, quindi, in un errore di prospettiva — che si innesta su quello commesso a monte nel ritenere la fattispecie di “creazione” giurisprudenziale — e che costituisce il vero vizio di origine della pronuncia: non aver considerato tutta la giurisprudenza anteriore ed aver individuato nella sentenza Cillari del 1987 (Cass. pen., 19 gennaio 1987, n. 8092) quella in cui, « *per la prima volta, la Cassazione ha menzionato il concorso esterno in associazione mafiosa* », sentenza nella quale, peraltro, la Cassazione « *rifiutò l'esistenza* » di un tale reato (par. 67 sent. Corte EDU, Contrada).

Anche su questo aspetto, la pronuncia europea prescinde da un'analisi contenutistica della giurisprudenza sul concorso esterno in associazione mafiosa, limitandosi ad una classificazione dei precedenti sulla base della loro data di emissione rispetto al tempo del commesso reato, come se il giudizio di “prevedibilità” possa prescindere da un esame approfondito del contenuto di quelle pronunzie e possa essere ridotto ad una mera catalogazione temporale (par. 67 e 68 sent. Corte EDU, Contrada).

Nell'ambito di un'analisi approfondita della giurisprudenza sul concorso esterno, non si sarebbe potuto fare a meno di argomentare sul fatto che proprio la sentenza Cillari, come le sentenze successive che negavano la configurabilità del concorso esterno, prevedeva quale alternativa la punibilità a titolo di concorso in associazione mafiosa. Ciò avrebbe comportato, per il giudice europeo, l'adempimento dell'onere motivazionale anche sui motivi per i quali ciò non avrebbe avuto alcuna incidenza sulla prevedibilità delle conseguenze della condotta del soggetto agente.

⁽⁵⁾ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, 400.

⁽⁶⁾ Per una analisi del contributo giurisprudenziale alla elaborazione del concorso eventuale nei reati associativi che si muove in un identico ordine di idee tanto nel caso del terrorismo quanto della mafia, si veda ad esempio: F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2015, 1063.

3. La “prevedibilità” della qualificazione giuridica del fatto e della pena conseguente

Un ulteriore aspetto della sentenza europea che rivelerebbe una sorta di irrigidimento dei parametri finora utilizzati dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di prevedibilità è quello della mancanza di prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto e della pena conseguente, che verrebbe fatta rientrare nel parametro di tutela dell'art. 7 CEDU, prospettiva che non sembra del tutto coerente con la giurisprudenza europea.

Appare, infatti, che la sentenza Contrada faccia riferimento anche ad una mancanza di prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto.

In più punti, la sentenza europea richiama la circostanza che l'opzione che sarebbe stata coltivata dal ricorrente nella sua linea difensiva era quella del favoreggiamento, quasi a voler accreditare la tesi che, poiché le condotte contestate e già accertate avrebbero potuto essere astrattamente qualificate come favoreggiamento, egli non poteva prevedere le conseguenze in termini di sanzione delle sue condotte (si vedano par. 15, 18 e par. 20 della sentenza).

A questo proposito si deve osservare che, in linea di principio, la prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto non sembra possa essere fatta rientrare nell'ambito di tutela dell'art. 7 CEDU, rientrando, invece, piuttosto nella tutela dell'articolo 6 CEDU, parr. 1 e 3, lett. *a*) e *b*) che impone che l'imputato venga informato in tempo utile dell'accusa a suo carico e che è strettamente connesso all'esercizio del diritto di difesa nel processo. La prevedibilità, nel senso indicato dall'art. 7 CEDU, non può, infatti, essere fatta dipendere dalle difese spiegate nel processo e deve necessariamente essere valutata al momento della condotta.

Anche in tema di prevedibilità della qualificazione giuridica del fatto, peraltro, come ci insegna il caso Drassich, la Corte EDU adotta un approccio piuttosto flessibile in quanto non nega che le giurisdizioni interne possano procedere ad una riqualificazione giuridica del fatto in corso di causa, ma impone unicamente che l'imputato ne venga informato in tempo utile per esercitare la propria difesa (si vedano in proposito le due sentenze: Corte EDU, Drassich c. Italia n. 1, 11 dicembre 2007, n. 25575/04; Drassich c. Italia n. 2, 22 febbraio 2018, n. 65173/09).

4. Prevedibilità e principio di colpevolezza

Uno degli aspetti più interessanti e critici al tempo stesso del percorso motivazionale della sentenza Contrada è quello in cui si afferma che « *la doglianza del ricorrente relativa alla violazione del principio della prevedibilità della legge penale, sollevata dinanzi a tutti i gradi di giudizio* », « *non è stata*

oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali, essendosi questi ultimi limitati ad analizzare in dettaglio l'esistenza stessa del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno senza tuttavia stabilire se un tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente all'epoca dei fatti a lui ascritti» (par. 73).

L'equivoco di fondo che emerge da tale affermazione è di estrema rilevanza perché affermare che le giurisdizioni interne non hanno motivato sulla "prevedibilità" equivale a dire che esse non hanno modo motivato sull'elemento soggettivo del reato, affermazione che non trova corrispondenza nelle motivazioni delle sentenze emesse nel corso della procedura interna e che non tiene conto dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, nel quale la "prevedibilità" nel senso dell'art. 7 CEDU è veicolata attraverso il principio di colpevolezza.

La "prevedibilità" della legge penale nel senso dell'art. 7 CEDU, infatti, costituisce un fondamento del sistema penale interno e trova espressione nel combinato disposto degli artt. 27, co. 1 e 3, 25 co. 2, 73, co. 3, Cost..

In particolare, il comma primo dell'art. 27 Cost., interpretato in relazione al comma terzo dello stesso articolo ed agli artt. 2, 3, commi 1 e 2, art. 73, comma 3, e 25, comma 2 Cost., non soltanto richiede la colpevolezza dell'agente rispetto agli elementi più significativi della fattispecie tipica (e, cioè, una relazione psichica tra il soggetto e il fatto), ma anche l'effettiva possibilità di conoscere la legge penale (e, cioè, un rapporto tra soggetto e legge), possibilità che rappresenta un ulteriore necessario presupposto della rimproverabilità dell'agente e, dunque, della responsabilità penale.

Il rapporto tra prevedibilità della legge penale e rimproverabilità dell'agente, quale fondamento della responsabilità penale, trova espressione nel momento intellettuale del dolo, che consiste nella rappresentazione degli elementi che integrano la fattispecie oggettiva, tra i quali rientrano anche tutti gli aspetti che fondano la rilevanza giuridica delle situazioni di fatto richiamate dalla fattispecie; il che non significa che il soggetto agente, per rispondere a titolo di dolo, debba conoscere l'esatto significato giuridico di ogni elemento normativo delle fattispecie penali, essendo sufficiente che egli ne abbia la c.d. *conoscenza parallela nella sfera laica*, che cioè egli ne conosca la portata secondo il senso comune.

La disciplina del dolo va individuata negli artt. 5, 42, 43, 44, 47, 59 c.p., complesso di norme che, in via positiva o negativa, disciplinano la rilevanza o la irrilevanza della rappresentazione e volizione degli elementi costitutivi del reato, e che concorrono a determinare gli elementi che devono essere conosciuti e voluti affinché si abbia responsabilità penale a titolo di dolo.

Il nostro sistema penale riconosce, inoltre, come evidenziato dalle Sezioni Unite Genco, l'efficacia scusante dell'errore inevitabile della legge

penale, come elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, che ha dichiarato l'art. 5 c.p. parzialmente illegittimo nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale « *l'ignoranza inevitabile* ». Secondo l'elaborazione costituzionale, al fine di qualificare l'ignoranza della legge penale come "inevitabile" occorre far riferimento a criteri oggettivi (ad es. obiettiva oscurità del testo, assicurazioni erronee, repentino mutamento della giurisprudenza) e soggettivi, dovendosi tenere conto anche delle particolari condizioni e conoscenze del singolo soggetto.

La Consulta ha, in proposito, affermato che, sebbene non sia configurabile un autonomo dovere di conoscenza delle singole leggi penali, sui destinatari dei precetti incombono (in base all'art. 2 Cost.) doveri di attenzione, informazione, diligenza, strumentali all'osservanza dei medesimi, e dall'adempimento o meno di tali doveri dipende la qualificazione dell'ignoranza della legge come inevitabile (e, dunque, scusabile) ovvero come evitabile (e, pertanto, inescusabile).

In applicazione di questi principi, la giurisprudenza di legittimità ha escluso la colpevolezza quando l'errore di diritto sia dipeso da ignoranza inevitabile della legge penale, non giustificata da alcuna pacifica posizione giurisprudenziale che abbia indotto nell'agente la ragionevole conclusione della correttezza della propria condotta; al contrario, si è esclusa la possibilità di invocare l'ignoranza inevitabile della legge penale, a fronte di difformi orientamenti interpretativi accolti nelle pronunzie dei giudici, poiché lo stato di incertezza impone al soggetto di astenersi dall'agire e di condurre qualsiasi utile accertamento per conseguire la corretta conoscenza della legislazione vigente in materia, anche attraverso la mediazione applicativa della giurisprudenza (7).

Si tratta di principi generali che costituiscono l'ispirazione di fondo del nostro sistema penale e che appaiono, peraltro, in piena sintonia con quelli sanciti dalla giurisprudenza europea in tema di "prevedibilità ragionevole", relativamente alla quale, come si è visto, viene affermata l'esigenza di valutarne la sussistenza tenendo conto delle circostanze del caso concreto e delle particolari conoscenze del soggetto agente che, qualora ricopra una determinata qualifica professionale, deve prestare particolare attenzione e, se del caso, far ricorso al consiglio degli esperti e, in caso di dubbio, astenersi dall'agire a pena di assumersi il rischio delle conseguenze penali della sua condotta; alcuno di questi aspetti del diritto interno viene preso in conside-

(7) Cass. S.U., 24 ottobre 2019, n. 8544, pag. 31 e giurisprudenza ivi richiamata: Cass. pen., 24 novembre 2016, n. 2506; Cass. pen., 23 novembre 2011, n. 46669; Cass. pen., 25 gennaio 2011, n. 6991; Cass. pen., 16 aprile 2004, n. 28397; Cass. pen., 17 dicembre 1999, n. 4951.

razione dalla sentenza Contrada che, nella parte della dedicata al « diritto interno pertinente », cita unicamente gli artt. 110, 416 e 416-bis c.p.

La criticità della sentenza Contrada quanto al rapporto tra prevedibilità e principio di colpevolezza può essere apprezzata anche alla luce dell'interessante opinione parzialmente dissenziente e parzialmente concordante dei giudici Spano e Lemmens quali componenti della Grande Camera nel caso G.I.E.M. ed altri c. Italia (Corte EDU, G.C., G.i.e.m. s.r.l. e altri c. Italia, 28 giugno 2018, nn. 1828/06 e altri 2).

Tale opinione separata costituisce, infatti, per i due giudici dissenzienti l'occasione per chiarire la portata del principio di legalità penale convenzionale.

In tale opinione separata si chiarisce che l'articolo 7 CEDU, che sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), con i suoi corollari del divieto di applicazione retroattiva ed analogica della legge penale, essenzialmente esige che, nel momento in cui l'imputato ha commesso l'atto per il quale è stato perseguito e condannato, una disposizione di legge in vigore rendesse l'atto punibile e che la pena inflitta non abbia oltrepassato i limiti fissati da tale disposizione.

Nell'opinione dissenziente si critica, quindi, l'impostazione della maggioranza che fa discendere dall'esigenza di "prevedibilità" derivante dall'articolo 7 CEDU quella di un "legame intellettuale", inteso nel senso di una coscienza e volontà, che riveli un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore del reato. I due giudici, in particolare, affermano che tale impostazione non ha alcuna base nella giurisprudenza della Corte EDU (se si eccettua la sentenza Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, 20 gennaio 2009, n. 75909/01, confermata dalla sentenza di Grande Camera G.i.e.m. ed altri c. Italia). Mediante questa interpretazione dell'articolo 7 CEDU si sarebbe, quindi, operata una commistione tra principio di legalità e principio di colpevolezza, del tutto estranea alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di articolo 7 CEDU.

5. Conclusioni e prospettive

La sentenza delle Sezioni Unite n. 8544/2020 conferma la tendenza, già emersa nella giurisprudenza delle sezioni semplici, della negazione dell'estensione a soggetti diversi dal ricorrente degli effetti della sentenza Contrada c. Italia del 2015, ritenuta atipica ed eccentrica rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte EDU nonché affetta da rilevanti criticità rispetto alla considerazione del diritto interno.

La questione, invece, non è ancora conclusa per la Corte di Strasburgo, la quale deve pronunciarsi su alcuni casi ancora pendenti in tema di concorso

esterno in associazione mafiosa (Lo Sicco c. Italia, n. 14417/09, comunicato il 5 luglio 2016; Dell’Utri c. Italia, n. 3800/15, comunicato il 16 novembre 2017).

Si dovrà, quindi, attendere le prossime pronunzie sul tema per capire se la Corte EDU confermerà l’approccio della sentenza Contrada oppure se chiarirà i molti punti lasciati oscuri dalla stessa, anche magari rimettendo la decisione alla Grande Camera.

L’auspicio è che le criticità evidenziate in più sedi possano costituire per il giudice europeo uno stimolo per meglio chiarire i principi affermati non solo sul concorso esterno in associazione mafiosa ma, soprattutto, sulla questione di carattere generale della prevedibilità in materia penale, in presenza di conflitti giurisprudenziali, anche considerato che tra legalità “costituzionale” ed “europea” non vi è, in realtà, alcuna antinomia ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’*, in *Dir. pen. cont.* 5.4.2017.

IV.

LA TUTELA DELLA VITTIMA DI VIOLENZA DI GENERE NELLA GIURISPRUDENZA CEDU

di Antonietta Picardi (*)

SOMMARIO: 1. Premesse. — 2. Il concetto di vittima. — 3. (*Segue*) differenze con violenza fondata sul genere (libertà, autodeterminazione ed evoluzione dei diritti). — 4. La CEDU e i diritti fondamentali (attuazione delle direttive e convenzione nel diritto interno). — 5. Giurisprudenza e fattispecie specifiche: un percorso di lettura per una migliore applicazione della CEDU nel diritto interno. — 6. Riflessioni conclusive.

1. Premesse

La ‘vittima’, la sua accezione, come utilizzata nel linguaggio giuridico, l’influenza che può avere nel processo, la capacità dello Stato di tutelarla ...; queste alcune tra le numerose questioni che stanno occupando il diritto europeo e quello nazionale, sia dal punto di visto normativo che interpretativo.

È bene premettere che nel nostro sistema normativo non si rinviene la parola ‘vittima’, neppure nelle novelle adeguatrici alle Direttive europee: pertanto, dovrà operarsi il confronto con termini differenti quali ‘parte offesa dal reato’ e/o ‘parte civile nel processo penale’. La persona offesa, una volta costituita parte civile, ha una propria voce nel processo ed, essendo portatrice di interessi processuali, può richiedere prove, allegare documenti, oltre che a volte essere unica testimone di un fatto violento. La ‘parte offesa’, quindi, non è solo ‘vittima’, ma assume un ruolo processuale proprio ed autonomo rispetto a quello della pubblica accusa. Proprio tale peculiarità (in molti Paesi europei non è possibile per la parte offesa essere portatrice di domande risarcitorie all’interno del processo penale) ha ispirato diffuse riflessioni sulla sua funzione all’interno del processo, fino a condurre parte della dottrina a ritenere che le vittime non dovrebbero essere parte del

(*) Sostituta Procuratrice generale presso la Corte di cassazione.

processo ⁽¹⁾: a fronte di una evidente esigenza di celerità, l'intervento della vittima può essere di intralcio e potrebbe essere opportuno optare per altre 'strade' processuali che, comunque, possano assicurarle tutela e immediata risposta. In una recente intervista, uno dei più autorevoli processualisti italiani polemicamente invita ad una seria riflessione: l'esigenza della comunità europea di riconoscere non solo un ruolo alla vittima nel processo, ma soprattutto di assicurarne la tutela nello stesso ha comportato un'inevitabile enfaticizzazione del « loro ruolo e, parallelamente, nella società civile, si è avvertita una spinta forte verso la loro tutela, quasi che il processo penale dovesse trasformarsi nelle sue impostazioni di fondo ed essere più attento a questo aspetto che non alla posizione degli imputati, di coloro che rischiano la pena nel processo ». Egli, quindi, intravede un pericolo imminente e cioè il rischio che si faccia un eccessivo affidamento sulla condanna del presunto reo intravedendo nella giurisdizione un « luogo nel quale si colpiscono gli imputati anche per riparare il danno e le sofferenze patite dalle vittime ».

Considerazioni che trovano la loro genesi nel pensiero di Franco Cordeiro, che ha da sempre osservato come « la parte civile diventa accusa privata: se non lo fosse, perderebbe il suo tempo, e siccome deve esserlo, naturale che lo sia da capo a fondo, occhiuta, aggressiva, amoralmente spietata, senza gli impulsi equanimi alimentati nel pubblico ministero dall'abitudine professionale. Insomma, sebbene il codice le chiami con un altro nome, esistono accuse private: le norme contano fino ad un dato limite; ogni prassi ubbidisce a una legge imposta dagli appetiti e dallo strumento ».

Si ipotizza così un luogo 'terzo' idoneo al tutelare le vittime e pronto per risarcirle, non confondendo la 'pena' con l'esigenza di 'vendetta' o di essere creduti. Il processo, quale esclusivo strumento di ricerca della verità, dovrebbe avere — secondo tale impostazione — quali antagonisti esclusivi il pubblico accusatore e l'imputato, poiché si fa fatica a pensare che una parte portatrice di interessi possa entrare a fare parte del dialogo complesso tra lo Stato e colui che ha violato le norme. È il filone di pensiero, insomma, che propone l'esclusione dell'azione civile risarcitoria all'interno del processo penale.

Nondimeno, le spinte dell'Europa sono verso la tutela della vittima nel processo, ancor di più della vittima di violenza di genere (si tornerà sul significato che può assumere tale endiadi lessicale).

⁽¹⁾ « Le spinte forcaiole gettano una particolare luce sull'indispensabilità della condanna e della giurisdizione come luogo nel quale si colpiscono gli imputati anche per riparare il danno e le sofferenze patite dalle vittime. Ma le vittime non dovrebbero essere parte del processo: questo eviterebbe molti squilibri »; E. AMODIO, *Le vittime non dovrebbero essere parte nel processo: ciò eviterebbe molti squilibri*, in *Il Dubbio*, 5 luglio 2022.

Ad oggi, il sistema processuale italiano ha attuato strumenti per la tutela della ‘vittima’, da ultimo con la novella del 2019 (L. n. 69 del 19 luglio 2019), al fine di porre rimedio alle inadempienze e ritardi stigmatizzati dalla Corte di giustizia ⁽²⁾ e, malgrado le criticità enunciate dalla più attenta dottrina, può dirsi accorto anche alla ‘vittima’ nel processo.

2. Il concetto di vittima

L’art. 2, lett. a, della direttiva 2012/29/UE ci fornisce una definizione di ‘vittima’, quale « persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona ». In tale prospettiva, l’espressione ‘vittima’ viene impiegata, nella normativa eurounitaria, per designare il soggetto titolare dell’interesse giuridico leso dal reato, con piena fungibilità del sintagma del diritto nazionale « persona offesa ».

Di contro, la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell’11 maggio 2011 (nota come Convenzione di Istanbul) si è occupata di una vittima ‘particolare’ e non ha lasciato ambiti vuoti; anzi, ha voluto coltivare un paradigma di tutela e di emancipazione della donna ‘vittima di un reato’ sottoponendo agli Stati sottoscrittori anche ipotesi di risarcimento quando la vittima non abbia trovato da parte del Paese di appartenenza la tutela necessaria ⁽³⁾. La Direttiva del 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, va letta congiuntamente alla Convenzione di Istanbul — che sicuramente rappresenta uno strumento moderno e incisivo nella lotta contro le violenze e ha il particolare pregio di « aver riconosciuto le radici sociali e il carattere transculturale della violenza contro le donne — inquadrandola non come un fenomeno di devianza privata, ma come un problema politico, che affonda le proprie radici nella struttura delle società contemporanee e che presenta un carattere transna-

⁽²⁾ Per un’ampia disamina dei ritardi della legislazione italiana nei confronti della normativa europea, P. GAETA, *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell’unione europea: spunti per una ricostruzione storico-sistemica*, in *Cass. Pen.*, n. 7/8, 2012, 2701 e ss.

⁽³⁾ Art. 30 Convenzione di Istanbul, che prevede l’obbligo degli Stati contraenti di accordare un adeguato risarcimento a coloro che abbiano subito gravi pregiudizi all’integrità fisica o alla salute, se la riparazione del danno non è garantita da altre fonti e, in particolare, dall’autore del reato, da meccanismi assicurativi o dai servizi medici e sociali finanziati dallo Stato.

zionale » (4). Invero proprio *l'incipit* del rapporto esplicativo della Convenzione di Istanbul fa richiamo « ad una delle più gravi violazioni dei diritti umani basata sul genere » (5).

La Convenzione di Istanbul, all'art. 3 lett. a), definisce 'violenza nei confronti delle donne' « una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione » individuando in essa « tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che nella vita privata ». In particolare, si precisa che l'espressione 'violenza contro le donne basata sul genere', ex art. 3, lett. d), è « qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato ». Queste qualificazioni del concetto di violenza sulle 'donne' non sono originali, essendosi ispirate ampiamente a quelle contenute nella CEDAW (la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di violenza contro le donne adottata nel 1979 dalle Nazioni Unite), nella *General Recommendation n. 19 on violence against women* (GR 19) del 1992 e, soprattutto, nella DEVAW (la Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, adottata dalle Nazioni Unite nel 1993 (6)).

Originale, diversamente, il concetto di 'genere'; infatti per la prima volta compare in un trattato internazionale, riferendolo « a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini » (art. 3, lett. c) e definendo violenza contro le donne 'basata sul genere' « qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale o che colpisce le donne in modo sproporzionato (art. 3, lett. d) fino a definire la 'vittima' « qualsiasi persona fisica che subisce gli atti e i comportamenti di cui ai commi a e b. (art. 3, lett. e)).

(4) F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. II, 2017, n. 1, 54.

(5) P. PAROLARI, *La violenza contro le donne come questione (trans) culturale. Osservazioni sulla convenzione di Istanbul, Diritto e Questioni Pubbliche*, Palermo, 2014, 859 e ss.

(6) Articolo 2: La violenza contro le donne dovrà comprendere, ma non limitarsi a, quanto segue:

a) La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene in famiglia, incluse le percosse, l'abuso sessuale delle bambine nel luogo domestico, la violenza legata alla dote, lo stupro da parte del marito, le mutilazioni genitali femminili e altre pratiche tradizionali dannose per le donne, la violenza non maritale e la violenza legata allo sfruttamento;

b) La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene all'interno della comunità nel suo complesso, incluso lo stupro, l'abuso sessuale, la molestia sessuale e l'intimidazione sul posto di lavoro, negli istituti educativi e altrove, il traffico delle donne e la prostituzione forzata;

c) La violenza fisica, sessuale e psicologica perpetrata o condotta dallo Stato, ovunque essa accada.

Quindi, la Convenzione di Istanbul distingue la 'vittima' (soggetto che ha subito tutti quei comportamenti lesivi della libera determinazione di uomini e donne, della loro libertà di espressione) da vittima di violenza basata sul 'genere', da intendersi solo contro la donna in quanto appartenente a 'quel genere'. Infatti, non può non condividersi il pensiero di quella parte dell'accademia che ricorda come nella Convenzione di Istanbul non sono affatto considerate forme di violenza che non si attuino nei confronti di soggetti di sesso femminile (la posizione dei transgender, degli intersessuali o degli omosessuali non è affatto considerata); purtuttavia è auspicabile tale superamento « non solo perché il rigore concettuale lo è sempre, ma anche perché ciò contribuirebbe a dare forza e credibilità alle rivendicazioni politiche a favore delle donne » (7).

3. (*Segue*) differenze con violenza fondata sul genere (libertà, autodeterminazione ed evoluzione dei diritti)

Nel suo saggio, in merito al concetto di 'violenza di genere' (8) (o in termini convenzionali violenza fondata sul genere), Francesca Poggi ha ricordato come in letteratura non vi sia un'univoca definizione, capitando « sovente che tale nozione sia affidata ad una comprensione intuitiva o che sia precisata in modo molto approssimativo ». L'autrice, tuttavia, si pone di fronte all'esigenza di mantenere « una struttura genderizzata binaria caratterizzata da una discriminazione, un predominio, un'oppressione, una dominazione (a seconda degli approcci teorici) degli uomini ai danni delle donne ». In tal senso propone un'interpretazione più adeguata alla realtà odierna, indicando ben quattro esegesi che possono essere date a tale endiadi (9), non dimenticando che in ogni caso essa ha una identificazione « culturale, sociale e giuridica ».

(7) F. POGGI, *op. cit.*, 75 e ss.

(8) F. POGGI, *op. cit.*, 65 e ss.

(9) L'autrice, 66 e ss., precisa come una prima accezione vede la violenza sempre « *gendered*: pur con notevoli variabili sociali, l'attitudine, le aspettative, l'abitudine, l'educazione, le inclinazioni associate a comportamenti socialmente o giuridicamente considerati come violenti variano in modo significativo a seconda del genere, e la violenza è prevalentemente connessa alla mascolinità. In questo senso, 'violenza di genere' non è una locuzione sinonima di 'violenza contro le donne': per questa accezione, qualsiasi forma di violenza è di genere, anche la violenza tra maschi o la violenza delle donne ai danni degli uomini o di altre donne (almeno se si accetta che le donne violente stiano introiettando i modelli comportamentali della classe dominante) ». Si pone, però, in maniera scettica davanti a tale accezione, precisando che in tal modo non vi sarebbe un'autonoma categoria 'violenta'. La seconda ipotesi (meno frequente in letteratura) vede in tale qualificazione la violenza 'del genere' cioè, essendo il genere (tendenzialmente) imposto e non scelto si tratta di un insieme di aspettative, ruoli, valutazioni che costringono l'individuo al condizionamento sociale. Il terzo indirizzo

Allora, muovendo da un'accezione più ampia, è bene immaginare il concetto di 'violenza di genere' come qualsiasi forma di violenza contro 'un genere' che mostra particolare vulnerabilità: invero, proprio argomentando sul concetto di violenza e della ragione socio-culturale che la sottende, si giunge alla opzione più ampia di tale definizione ⁽¹⁰⁾.

Non potendoci occupare in questa sede degli aspetti sociologici e differenze tra il termine sesso e genere, essendo il tema sconfinato, si proverà a sintetizzare ed individuare gli elementi che individuano la violenza contro 'genere', dalla violenza in sé. Genere, quindi, distinto da sesso in senso biologico ove « *genderless [...] in which one's social anatomy is irrelevant to who one is, what one does and whom one makes love* » ⁽¹¹⁾.

Tale conclusione può essere accolta proprio con riferimento alla genesi della nozione di 'violenza di genere', ri-presa dalla teoria « formulata dal femminismo storico e dal pensiero della differenza » che « identifica una serie di fenomenologie violente, a partire da quella sessuale, che acquistano rispetto ad altri tipi di violenze la loro specificità nella 'differenza fondativa esistente tra chi l'attiva e chi la subisce, che è quella di genere' » ⁽¹²⁾. Il paradigma, costruito intorno ad una polarizzazione binaria [le donne e gli uomini] giunge all'accezione ampia, come detto dall'autore, di « categoria di analisi di rapporti antagonisti ».

Sulla base di queste riflessioni, si può osservare come la 'violenza di genere' si esprime in differenti fenomenologie ove le condotte violente possono essere anche nei confronti di persone dello stesso sesso o, come accennato prima, a generi differenti dalla donna (gay, lesbiche e transessuali). Pertanto, appare evidente che sia corretto estendere anche a soggetti estranei alla coppia 'tradizionale' comportamenti violenti e vessatori. E, d'altra parte, le norme interne ci aiutano in tale percorso virtuoso, laddove, in tema di

semantico, che l'autrice qualifica quale 'violenza per il genere', intende la violenza quale mezzo per imporre il soddisfacimento delle aspettative, il rispetto delle caratteristiche (atteggiamenti, ruoli, ecc.) del proprio genere: « la violenza contro chi non si conforma al genere che spetta al suo sesso. La violenza contro i transessuali, l'omicidio o le percosse o le lesioni contro la ragazza che disonora la famiglia perché viene meno a doveri del suo genere, ma anche la bambina che viene percossa o, comunque, punita perché si comporta come un maschiaccio o il maschio che viene percossa o, comunque, punito perché si comporta come una femminuccia. La quarta ipotesi si riferisce alla violenza diretta contro una persona in quanto appartenente ad un determinato genere ».

⁽¹⁰⁾ F. POGGI, *ibidem*, 66.

⁽¹¹⁾ K. MILLETT, *Sexual Politics*, London, 1971, 31.

⁽¹²⁾ G. CARINO, *Violenza contro le donne e violenza di genere: ripensamenti di teoria femminista tra sovversione e uguaglianza*, in *World Wide Women Globalizzazione, Generi, Linguaggi*, a cura di F. BALSAMO, Volume 2, CIRSD, Università degli Studi di Torino, 2011, 58 e s.

violenza (nella specie era contestato il reato di cui all'art. 572 cod. pen.), si fa riferimento a condotte abitualmente vessatorie, che siano concretamente idonee a cagionare sofferenze, privazioni ed umiliazioni: la Corte di cassazione ha precisato che, anche nella ipotesi in cui la persona offesa mostri 'capacità di resistenza', il reato può considerarsi consumato poiché ciò che rileva ai fini della integrazione della fattispecie è il comportamento vessatorio e violento dell'autore, non essendo la riduzione della vittima a succube dell'agente elemento costitutivo del reato (sul punto da ultimo, Cass., sez. 6, n. 809 del 17/10/2022 (dep. 2023) Rv. 284107 — 01). Dunque, sulla base di tali presupposti non si individuano ostacoli a ragionare in un 'contesto di coppia' che non risponda al canonico accostamento.

Nel concetto di violenza di genere sono comprese tutte le forme di violenza: da quella psicologica, fisica a quella sessuale, dagli atti persecutori (c.d. *stalking*) allo stupro, al femminicidio, e riguardano un vasto numero di persone discriminate in base al sesso. La Direttiva 2012/29/UE, al 17^{esimo} Considerando, infatti, ha ampliato l'accezione intendendola come « violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima ... ». Nella stessa Direttiva si fa, poi, riferimento e si richiede attenzione anche nei confronti della c.d. vittimizzazione secondaria e della possibile recidiva; purtuttavia tale esigenza viene riferita soltanto alle donne.

La normativa europea, quindi, si impegna nella distinzione della vittima individuandola anche come possibile soggetto "debole" o "vulnerabile", che presenta « una peculiare esposizione a un pericolo di volta in volta determinato » e destinataria « di particolari misure di protezione sul piano sia del diritto penale sostanziale sia del diritto processuale penale (per esempio i minori vittime di abusi sessuali, le donne vittime di sfruttamento sessuale, le vittime del terrorismo o della criminalità organizzata) » ⁽¹³⁾. La normativa italiana, poi, come novellata dalla legge n. 69 del 2019, risponde perfettamente al quadro delineato dalla Convenzione di Istanbul (2011), e dalla Direttiva 2012/29/UE.

Con tali approcci normativi si è provato a correlare le esigenze di un 'processo equo' con « gli interessi dei testimoni e delle vittime chiamate a deporre » (Cedu, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi) — malgrado alcuni

⁽¹³⁾ Y. PARZIALE, *Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze. il caso dei minori*, in *Cass. Pen.*, n. 5, 2020, 2144, ss.

scetticismi cui si è accennato all'inizio di questa riflessione — ipotizzando un vero e proprio “statuto” dei diritti delle vittime del reato ⁽¹⁴⁾, che comunque va compensato, valutato e di volta in volta argomentato. Il diritto di difesa, riconosciuto all'imputato, non può spingersi, infatti, sino all'annichilimento dei diritti fondamentali del dichiarante (quali la vita, la libertà e la sicurezza) sanciti in via generale dall'art. 8 della Convenzione, dovendo piuttosto trovare il giudice del caso concreto un bilanciamento rispetto a questi ultimi.

4. La CEDU e i diritti fondamentali (attuazione delle direttive e convenzione nel diritto interno)

La Corte europea dei diritti dell'uomo, poi, richiede non solo che lo Stato membro si adegui con la propria normativa nazionale ai principi fondamentali sulla c.d. violenza di genere, ma anche che si attivi affinché tali norme non rimangano lettera astratta.

In Italia, al fine di verificare se all'adesione agli impegni presi (articolo 4) sia conseguita l'effettiva adozione di « misure legislative e di altro tipo necessarie per promuovere e tutelare il diritto di tutti gli individui, e segnatamente delle donne, di vivere libere dalla violenza, sia nella vita pubblica che privata », nonché quelli indicati nell'articolo 5 (essere diligenti nel « prevenire, indagare, punire i responsabili »), è stata istituita la Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio e su ogni forma di violenza di genere. Diventa, infatti, necessario comprendere se proprio con riguardo a questo obbligo di « diligenza » nell'attività preventiva e repressiva — come richiesto nella sentenza « Talpis c. Italia » del 2 marzo 2017 —, nelle cause in materia di violenza domestica i diritti 'dell'aggressore' possano prevalere sui diritti alla vita e alla integrità fisica e psichica delle vittime.

Come precisato nel paragrafo precedente, la Corte europea dei diritti dell'uomo, sulla base di quanto previsto dagli artt. 2, 3, 4 e 8 CEDU, ha stilato una lista di « veri e propri obblighi a carico dei singoli Stati membri che sono tenuti ad intervenire su un duplice piano: astenersi dal commettere atti lesivi dei beni tutelati dalle norme sovranazionali (vita, integrità psicofisica, libertà individuale) ed essere attivamente impegnati per garantire protezione ai singoli individui ed impedire la violazione dei diritti sovranazionali perpetrata da terzi » ⁽¹⁵⁾. Ed è proprio in questa ottica che ogni autorità interna ha l'obbligo di assicurare che l'accertamento di fatti reato sia

⁽¹⁴⁾ G. CANZIO, *Nota introduttiva in La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia* 2009, 255 e ss.

⁽¹⁵⁾ M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Archivio penale*, n. 3, 2019, 1.

effettivo e che si possa procedere ad una adeguata repressione delle condotte violente e lesive di quei diritti fondamentali. In questo specifico arco si sono mosse tutte le decisioni della Corte di Strasburgo che ha più volte sottolineato come si debba operare *ex post* una valutazione delle misure messe a disposizione delle autorità e del comportamento che le stesse hanno assunto, pur nella disponibilità delle risorse preventive. In dottrina si è parlato di ‘obblighi negativi’ e ‘obblighi positivi’, laddove si richiede allo Stato, al di là del suo dovere di assicurare il diritto alla vita, di predisporre una legislazione penale concreta che dissuada dal commettere reati contro la persona”, di mettere in atto strumenti volti a “prevenire, reprimere e sanzionare le violazioni” (16). Ma non solo. I giudici sovranazionali richiedono “anche l’obbligo di porre in essere un sistema giudiziario efficace ed indipendente che consenta di stabilire la causa dell’omicidio di un individuo e di punire i colpevoli” (17).

Di seguito si esamineranno alcune delle principali pronunce della Corte EDU che indicano nello specifico, attraverso l’analisi del caso concreto, quali dovrebbero essere gli strumenti di tutela e quando si può affermare che vi sia stata l’effettiva applicazione degli stessi; i singoli gli specifici casi, viceversa, potranno essere considerati come indicativi dei ‘nei’ organizzativi dei singoli Stati o della scarsa attenzione messo in atto dalle autorità nazionali.

5. Giurisprudenza e fattispecie specifiche: un percorso di lettura per una migliore applicazione della CEDU nel diritto interno

Il *leading case* può individuarsi nella decisione *Talpis c. Italia*, del 2 marzo 2017, in quanto decisione ricognitiva della giurisprudenza che l’ha preceduta e che insieme ad altro arresto (*Kurt c. Austria* del 2021), può essere definita (sul punto vedi l’opinione del giudice Raffaele Sabato nella sentenza *Landi C. Italia*, del 2022) come decisione l’arresto che ha designato il perimetro operativo dei c.d. obblighi ‘negativi e positivi’ degli Stati in tema di violenza di genere. Invero, è da sempre stato precisato come l’art. 2, § 1, della Convenzione imponga agli Stati non soltanto l’obbligo di astenersi dal procurare volontariamente ed illegalmente la morte (obbligo negativo), ma

(16) Corte EDU, 15 dicembre 2009, *Maiorano c. Italia*.

(17) Sul punto *amplius* M. MONTAGNA, *op. cit.* 2 che si occupa proprio del « dovere dello Stato di attivarsi, a fronte dell’avvenuta violazione, per compiere indagini effettive e idonee ad accertare i fatti di reato, anche in prospettiva di tutela e di ristoro della vittima del reato », analizzando i ‘contenuti e i limiti di tali obblighi’.

anche di attuare tutte le misure necessarie alla tutela della vita delle persone che sono sotto la sua giurisdizione ⁽¹⁸⁾.

Nondimeno, di seguito, saranno esaminate altre decisioni ‘pilota’, dalle quali emergerà un vero e proprio *vademecum* per gli Stati aderenti alla Convenzione, con un’applicazione ai casi di specie dopo un approfondito esame delle normative nazionali e [di nuovo] dell’effettiva capacità delle stesse di tutelare le vittime ‘vulnerabili’.

La saga delle condanne, infatti, [all’Italia e agli altri Paesi aderenti all’unione europea] ha inizio proprio con la decisione della prima sezione « Talpis c. Italia » del 2 marzo 2017. In quel caso l’Italia era stata condannata per violazione dell’art. 2 CEDU (secondo uno schema che si ripeterà, come vedremo) per il ritardo con il quale le sue autorità, pur essendo state informate di un caso di violenza domestica, non avevano adottato le misure necessarie per la tutela della vittima. Allo stesso modo la Corte europea ha rilevato un mancato adempimento degli obblighi positivi di protezione (vi era stato un lungo periodo di inattività da parte delle autorità giudiziarie nazionali prima che venisse avviato un procedimento per lesioni personali aggravate, con la successiva archiviazione del caso) in violazione dell’art. 3 CEDU.

Nel gennaio 2015, Andrei Talpis era stato condannato all’ergastolo per omicidio e tentato omicidio, porto illegale di armi e maltrattamenti nei confronti di moglie e figlia. Il ricorso alla Corte europea è della moglie che ha invocato la violazione degli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti), 8 (diritto alla vita privata e familiare), 13 (diritto a un ricorso effettivo) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione.

In quel caso, una cittadina moldava, residente in Italia e sposata con un cittadino italiano, aveva riferito alle forze dell’ordine che il marito aveva usato violenza fisica nei suoi confronti e nei confronti della figlia. La causa di tale aggressione doveva essere legata ai problemi di alcolismo, da cui il coniuge era affetto. In quel caso non fu sporta formale denuncia, ma gli agenti di polizia verbalizzarono sia lo stato di ebbrezza constatato nell’uomo che evidenti ‘lesioni’ riportate da entrambe le donne. Poco tempo dopo, la donna fu costretta dal marito ad avere rapporti sessuali con lui e con suoi amici, sotto la minaccia di un coltello. In tale occasione, dopo essere riuscita a fuggire, mentre si recava al pronto soccorso, incontrò una pattuglia a cui

⁽¹⁸⁾ Approfondita riflessione sul concetto di ‘obbligo positivo’, R. CONTI, *Violenze in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte Edu, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, ric. n. 41237/14 (non definitiva), in Questione Giustizia*, 23 luglio 2017.

narrò l'accaduto. Refertata, venne accolta da un'associazione di volontariato in un centro antiviolenza per tre mesi, scaduti i quali dovette lasciare tale sistemazione e — dopo alterne vicende — trovò un lavoro e affittò un appartamento. Al suo esposto sui fatti, seguì solo una sanzione pecuniaria nei confronti del marito per porto illegale del coltello, nonostante che egli l'avesse anche minacciata a più riprese con messaggi telefonici offensivi. Il 5 settembre 2012, la donna sparse formale denuncia per lesioni, maltrattamenti e minacce, chiedendo protezione alle autorità pubbliche per sé e per i suoi figli. In sentenza si dà atto che la signora fu interrogata per la prima volta il 4 aprile 2013, ben sette mesi dopo. In quel contesto, la signora ritrattò parzialmente quanto detto nelle due occasioni precedenti affermando — così emergerebbe dagli atti dell'Autorità giudiziaria di Udine — che erano state male interpretate. Questa forma di ridimensionamento della vicenda portò all'archiviazione del caso (agosto 2013). Purtroppo, nell'ottobre 2013, il marito compì un nuovo episodio di violenza fisica e per tali fatti fu condannato a una nuova sanzione pecuniaria. A novembre dello stesso anno, la polizia fu chiamata nuovamente per una ennesima violenta lite familiare; mentre la polizia giungeva a casa il marito della signora era stato trasportato in ospedale in stato di intossicazione. Dimesso dall'ospedale, fu identificato da una pattuglia nel corso della notte perché girovagava ubriaco. Due ore più tardi, l'uomo, armato da un coltello da cucina, tornò nell'abitazione dove viveva la donna e l'aggrediva. In tale contesto intervenne il figlio della coppia per difendere la madre e lo stesso fu colpito mortalmente dal padre. Anche la donna fu colpita da diverse coltellate e rimase a terra sanguinante. La polizia, intervenuta subito dopo, trovò l'uomo seduto sul marciapiede davanti casa e lo arrestò, la donna venne trasportata all'ospedale di Udine e ricoverata al reparto di rianimazione.

La decisione appare importante in quanto la Corte europea rammenta come l'articolo 2 della Convenzione sancisce un diritto fondamentale, quello alla vita, in base al quale — nei casi di violenze domestiche — lo Stato ha l'obbligo positivo di predisporre in via preventiva misure di ordine pratico volte a proteggere la vittima di minacce. Sotto questo profilo, la Corte ha rilevato che le autorità italiane, non agendo prontamente, né a seguito del primo intervento né al secondo (la signora è stata sentita ben sette mesi dopo la formale denuncia ai Carabinieri) hanno violato il principio di effettività, creando involontariamente (ma colpevolmente) una forma di impunità che ha contribuito a far sì che il marito reiterasse i suoi atteggiamenti violenti. La Corte ricorda altresì che, malgrado la parziale ritrattazione delle dichiarazioni rese dalla 'vittima di genere', le autorità non avrebbero dovuto dimenticare che era ancora in essere un procedimento per lesioni personali aggravate a carico del marito e che per tali situazioni non erano state prese

misure adeguate. Invero, non si ipotizzano eventi diversi da quelli avvenuti in ipotesi di messa in atto di ulteriori e più tempestivi interventi, ma si critica — in astratto — l'inerzia: « la mancata attuazione di misure ragionevoli che avrebbero avuto una possibilità reale di cambiare il corso degli eventi o di attenuare il danno provocato è sufficiente per chiamare in causa la responsabilità dello Stato (E. e altri c. Regno Unito, n. 33218/96, §h 99 26 novembre 2002; Opuz, sopra citata § 136; Bljakaj e altri c. Croazia, n. 74448/12, § 124, 18 settembre 2014). ... Si tratta in tali situazioni non soltanto di un obbligo di assicurare una protezione generale della società (Mastromatteo c. Italia [GC], n. 37703/97, § 69, CEDU 2002 VIII; Maiorano e altri c. Italia, n. 28634/06, § 111 15 dicembre 2009; e Choreftakis e Choreftaki c. Grecia, n. 46846/08, § 50, 17 gennaio 2012; Bljakaj, sopra citata § 121), ma soprattutto di tenere conto del fatto che degli episodi di violenza si ripetono nel tempo all'interno del nucleo familiare ». In questo contesto, la Corte ha voluto ribadire come le forze dell'ordine, intervenute per ben due volte nella notte del 25 novembre 2013, avrebbero, forse, potuto evitare il secondo episodio; in questo caso, quindi, si censura una mancata attenzione da parte dei Carabinieri che sono intervenuti sul posto e che avrebbero avuto la possibilità di verificare in tempo reale non soltanto i precedenti del Talpis, ma anche realizzare una concreta ed immediata tutela delle vittime.

È proprio in questa decisione che la Corte ribadisce il principio. La Corte rammenta che, nelle cause in materia di violenza domestica, i diritti dell'aggressore non possono prevalere sui diritti alla vita e all'integrità fisica e psichica delle vittime (Opuz c. Turchia (n. 33401/02, §§ 72-82, CEDU 2009). Per di più, lo Stato ha l'obbligo positivo di mettere in atto preventivamente delle misure di ordine pratico per proteggere l'individuo la cui vita sia minacciata. Nondimeno, lo Stato italiano non ha preso in considerazione che le violenze subite dalla ricorrente erano effettivamente violative dell'art. 3 della Convenzione in quanto era persona 'a rischio' e pertanto 'vittima vulnerabile'. Al riguardo, i giudici della CEDU hanno voluto evidenziare come la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul), ratificata dall'Italia il 10 settembre 2013 ed entrata in vigore il 10 agosto 2014, impone agli Stati firmatari di assumere le misure, legislative e non, necessarie affinché le procedure giudiziarie, relative a tutte le forme di violenza coperte dal campo di applicazione della Convenzione medesima, conseguano i propri effetti pratici senza ritardo. Nei casi di violenze contro le donne, poi, le autorità nazionali sono tenute a valutare la situazione di precarietà e vulnerabilità morale, fisica e materiale della vittima, alla luce delle circostanze specifiche ». La sentenza non si ferma a tali censure, ma si spinge fino al punto di condannare il nostro Paese anche per la violazione

dell'art. 14 della Convenzione, ritenendo il comportamento delle forze dell'ordine intervenute più volte discriminatorio perché tendente a generare un clima favorevole alla violenza. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno anche sottolineato come l'uomo sia stato condannato per le prime lesioni denunciate solo tre anni dopo quei fatti, ovvero quando ne aveva già commessi altri e più gravi, quali l'omicidio del figlio e il tentato omicidio della ricorrente. La ricorrente è stata vittima, in quanto donna, di una discriminazione contraria allo spirito dell'articolo 14 della Convenzione. E qui si fornisce anche una risposta agli interrogativi esposti nella parte generale: dati statistici incontrovertibili dimostrano, infatti, che il problema delle violenze domestiche tocca principalmente il genere femminile, anche a causa di orientamenti socio-culturali di tolleranza che avallano tali violenze e che persistono, malgrado le riforme intraprese nel settore ⁽¹⁹⁾.

Caso Kurt c. Austria, decisione della Grande Camera del 15 giugno 2021. Nel caso in esame si tratta di una decisione inerente a fatti di violenza avvenuti in Austria; la denunciante ricorreva alla Corte perché lo Stato, pur avendo messo in atto numerose misure di protezione, non aveva preso in considerazione l'ipotesi di applicare la misura cautelare in maniera tale da impedire al marito di avvicinarsi a lei e ai suoi figli. In particolare, il caso inerisce ad un rapporto di coppia con serie difficoltà perché caratterizzato anche da numerosi atti di violenza del marito nei confronti della moglie, culminati nell'omicidio del figlioletto e con il suo suicidio, eventi causati dal fatto che egli non avrebbe potuto sopportare che la moglie lo avesse lasciato. Assume la ricorrente che numerosi erano stati gli indici per intervenire, ma la stessa polizia giudiziaria e l'autorità giudiziaria non avevano attivato alcuna misura cautelare nei confronti dell'autore, limitandosi ad utilizzare misure di protezione di avvicinamento e accompagnando la vittima e i suoi figli in un centro di accoglienza. La sentenza, prendendo spunto dal caso di specie, ha ricordato come il GREVIO (organo specializzato e indipendente, incaricato di monitorare l'attuazione, ad opera delle Parti, della Convenzione di Istanbul) avesse ricordato come i magistrati austriaci, in casi di violenza di genere, raramente facessero ricorso all'applicazione della custodia cautelare, affidando il più delle volte la tutela delle vittime agli ordini di protezione di natura civilista. Altra censura al sistema austriaco veniva avanzata per il fatto che, solitamente, tali ordini di protezione non solo fossero limitati nel tempo (circa due settimane, con possibilità di essere estesi fino ad un anno in caso di istanza della vittima), ma anche e soprattutto si traducevano esclusiva-

⁽¹⁹⁾ Per un primo commento R. CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Corte EDU, Sezione Prima, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 378 e ss.

mente in 'divieti' di frequentazione di determinati luoghi, piuttosto che in divieti di avvicinamento alla vittima.

In tale decisione, la Corte ha voluto ricordare come la determinazione « dell'autorità in merito alle misure operative da adottare, richiederà inevitabilmente sia a livello di politica generale che a livello individuale, un'attenta valutazione dei diritti concorrenti in gioco e di altri vincoli pertinenti ». Nei casi di violenza domestica, quindi, la necessità di proteggere i diritti umani alla vita ed alla integrità psicofisica diventa il precetto essenziale, imponendo alle forze dell'ordine di esercitare i poteri di controllo e prevenzione del crimine in un modo che rispetti pienamente il giusto processo e le altre garanzie dell'indagato. Principi che dovranno essere calati, di volta in volta, ai singoli casi sottoposti all'autorità nazionale, che deve verificare l'effettività della tutela (idoneità dello strumento utilizzato per porre in sicurezza la vittima), in uno con il rispetto dei principi di celerità del processo e correttezza nel processo.

Orbene, malgrado le riflessioni del GREVIO sulla legislazione austriaca, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che in questo caso non vi fosse stata alcuna lesione dei diritti della vittima. La signora era stata accompagnata in un centro antiviolenza ove era ospitata; al marito era stato comunicato il divieto di frequentare l'abitazione (e sequestrata la chiave dell'appartamento) e alla signora era stato consegnato 'un opuscolo' nel quale erano indicati i diritti della vittima, gli obblighi cui lei stessa era sottoposta, nonché alcuni avvisi, tra i quali quello di poter chiedere al giudice un'estensione dell'ordine di protezione. Tutti questi fattori effettivi hanno indotto i giudici europei a concludere per l'assenza di responsabilità dello Stato austriaco, laddove nessuno dei suoi operatori avrebbe potuto immaginare che il marito si sarebbe avvicinato ai figli in una scuola (non vi era alcun divieto di incontro con i figli minori) né che avesse con sé armi. Di conseguenza, a fronte di una condotta del tutto imprevedibile non si poteva ritenere sussistente la responsabilità di uno Stato, noto anche per la sua altissima attenzione ai temi di violenza di genere o di 'vittima debole'. Insomma, si è precisato che l'analisi dei fattori di rischio era stata fatta in maniera corretta.

Rispetto a tali considerazioni, si pone tuttavia l'opinione dissenziente di alcuni dei giudici (Turković, Lemmens, Elósegui, Felici, Pavli e Yüksel) che hanno criticato proprio la valutazione del rischio effettivo che avrebbero dovuto operare le autorità ⁽²⁰⁾. Nella relazione si fa riferimento espressamente al fatto che i figli minori, il giorno precedente ai fatti omicidiari, erano

⁽²⁰⁾ Con riferimento al concetto di valutazione del rischio si rimanda alla completa riflessione di V. BONINI, *Protezione della vittima e valutazione del rischio nei procedimenti per violenza domestica tra indicazioni sovranazionali e deficit interni*, in *Sistema penale*, n. 3 del 2023.

stati sentiti e che dalle loro audizioni si sarebbe dovuto comprendere che non erano state messi in atto tutti gli strumenti necessari per la tutela del nucleo familiare. I bambini, come potuto accertare dall'episodio del giorno successivo, non erano affatto tutelati dagli incontri con il padre, né dal c.d. divieto di frequentare determinati luoghi (la scuola non era tra quelli indicati come vietati). Inoltre, i giudici dissenzienti precisano che proprio il denunciato episodio di stupro, avvenuto pochi giorni prima dell'aggressione al bambino, avrebbe dovuto mettere in allarme le autorità, in uno con la risposta fornita dal marito quando è stato ascoltato dalla polizia. La *dissentig opinion* si concentra anche sull'eccessivo valore fornito dal comportamento 'calmo e sereno' del marito durante l'interrogatorio, non essendo la mancanza di aggressività nei confronti degli operatori, o di meri conoscenti, indicatore affidabile in merito alla commissione di diversi ed ulteriori atti di violenza domestica.

Da ultimo il giudice Elósegui ha ritenuto grave il comportamento dell'autorità austriaca che si è occupata della vicenda come se si trattasse di 'una qualsiasi violenza di genere', dimenticando che la vittima ed il marito erano turchi mentre erano stati interrogati in lingua tedesca; ciò ha inevitabilmente comportato che non sono stati colti i veri rischi raccontati dalla signora sia per sé che per i suoi figli. Infine, egli ha voluto sottolineare come non sia da sottacere che anche la 'cultura turca' poteva essere uno dei fattori di rischio non valutati. La valutazione effettiva del rischio (sia *ex ante* — quando cioè si devono mettere in atto tutte le misure di tutela della vittima — che *ex post* — quando si deve valutare il comportamento delle autorità statali —) necessitano di concretezza e valutazioni culturali. Il concetto è ben esplicitato dal giudice dissenziente e deve pienamente condividersi ⁽²¹⁾.

Sulla scia di tali presupposti si pone la *Pilot Decision* del 2 luglio 2018, della Quinta sezione (Case: N.K. contro Germania). Attraverso tale arresto — nel quale si è stabilito che non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 6, §§ 1 e 3 (d), (diritto ad esaminare o a far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo — si è dato valore processuale alle dichiarazioni rese dalla parte offesa, moglie vittima di maltrattamenti in famiglia, in una prima fase (davanti al g.i.p. e a ufficiali di polizia giudiziaria),

⁽²¹⁾ Nella *dissentig opinion* il giudice fa richiamo anche ai dati riportati dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) — Violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione europea. Panoramica dei risultati — dai quali emerge che gli intervistati hanno percezioni differenti in merito alla violenza di genere e soprattutto quale comportamento costituisca violenza sessuale. La variazione del significato obiettivo dipende da numerosi fattori, non ultimo quello culturale prevalente in una società.

che successivamente, si era avvalsa della facoltà di non testimoniare contro il coniuge (in ossequio al principio sancito ai sensi dall'articolo 52, § 1 n. 2, del codice di procedura penale tedesco). Nel caso di specie, la parte (il marito condannato dallo Stato tedesco per maltrattamenti) aveva fatto ricorso ai giudici di Strasburgo per denunciare la lesione di un diritto ad un equo processo, non avendo potuto esaminare direttamente la teste parte offesa.

La Corte, nello spiegare perché non vi sia stata alcuna violazione del diritto al controesame, ha precisato come la testimonianza era stata raccolta dal giudice (e sul punto ha richiamato espressamente precedenti decisioni: Corte EDU nei casi *Hummer c. Germania* del 19 luglio 2012 — ric. n. 26171/07; *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito [GC]* — ric. nn. 26766/05 e 22228/06; e *Schatschaschwili c. Germania [GC]* — ric. n. 9154/10) e che in ogni caso « sussistevano valide ragioni per non sottoporre la donna ad esame incrociato nel corso del processo e per ammettere le dichiarazioni raccolte dal giudice per le indagini preliminari e, in parte, dai due ufficiali di polizia ». Come si può osservare, in questa sintetica, ma completa, decisione si è dato valore alle dichiarazioni rese davanti ad un giudice e soprattutto si è valutato in astratto il pericolo per la donna di subire ulteriori *stress* emotivi sottoponendola ad una testimonianza diretta ⁽²²⁾. Il ragionamento dei giudici, seppur sotteso, può coniugarsi con il principio generale stabilito dall'art. 55 della Convenzione di Istanbul, ove si prescrive al primo comma che le « Parti si accertano che le indagini e i procedimenti penali per i reati stabiliti ai sensi degli articoli 35, 36, 37, 38 e 39 della presente Convenzione non dipendano interamente da una segnalazione o da una denuncia da parte della vittima quando il reato è stato commesso in parte o in totalità sul loro territorio, e che il procedimento possa continuare anche se la vittima dovesse ritrattare l'accusa o ritirare la denuncia ». Non si conoscono le cause che hanno indotto la donna a non rendere dichiarazioni contro il marito e delle eventuali reazioni della stessa (si tratta di ragioni correttamente lasciate dalla Corte al giudice nazionale), ma sicuramente è stato operato un bilanciamento tra i due interessi antagonisti: da una parte il diritto ad avvalersi della facoltà di non rispondere contro il marito — si ribadisce, in disparte le ragioni che hanno indotto la signora a tale scelta dopo aver effettivamente denunciato comportamenti violenti — dall'altro la necessità di tutelarla anche al di là di

⁽²²⁾ Per un approfondimento del concetto di testimone, anche 'anonimo', e comunque sulla utilizzabilità delle dichiarazioni rese in fase precedente al dibattimento nella giurisprudenza della Corte EDU, vedi S. LONATI, *Un invito a compiere una scelta di civiltà: la Corte europea dei diritti dell'uomo rinuncia all'uso della testimonianza anonima come prova decisiva su cui fondare una sentenza di condanna*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, 341-388, in particolare 349, jan.-abr. 2019.

eventuali paure o ripensamenti. Lo Stato deve difendere la vittima dalla violenza di genere tanto che si richiede che il suo intervento ‘non dipenda interamente da una segnalazione o da una denuncia della vittima’. In ogni caso, non può sottacersi, come si evince in motivazione, che la decisione del giudice nazionale, ritenuta corretta dalla Corte europea, era avvalorata anche dalla presenza di altri mezzi di prova.

In tale contesto — e prima di affrontare il contenuto delle due sentenze di condanna a carico dello Stato italiano — appaiono importanti due decisioni della Grande Camera del 2020.

La prima, è la sentenza del 25 giugno 2020 (Grande Camera; S.M. contro Croazia), di rilievo in merito alla testimonianza delle vittime di reato e all’uso eccessivo che si fa di essa senza tener conto dell’eventuale impatto del trauma psicologico.

Il procedimento era inerente ad un procedimento istruito in Croazia avente ad oggetto la tratta di esseri umani.

La sentenza si occupa di diverse questioni, ultronee in questa sede, quali, ad esempio, la qualificazione giuridica dei fatti e gli elementi costitutivi della fattispecie. Alcuni punti decisori appaiono nondimeno dirimenti in tema di modalità di ascolto delle vittime di reato, in questo caso vittime di tratta e di induzione alla prostituzione. Seppur non si tratta di violenza domestica ci si trova di fronte ad una violenza di ‘genere’ laddove il corpo (in questo caso) della donna viene considerato strumento di compravendita senza che vi sia la possibilità per la stessa di sottrarsi a tale attività. Nella sentenza, infatti, si parla di prostituzione forzata indotta da un imputato capace di esercitare un dominio sulla ricorrente e di abusare della sua vulnerabilità. Il caso inerisce all’accusa di una donna croata, che ha denunciato un uomo che l’avrebbe indotta alla prostituzione e sfruttato il suo lavoro. La stessa ha precisato di essere molto spaventata da quell’uomo, che era riuscita a sottrarsi al suo controllo e di essere che era stata minacciata anche dopo essersi allontanata dalla casa dove era ‘ospitata’ il suo allontanamento. Il processo si è svolto in più udienze e la corte di primo grado ha assolto l’imputato perché mancava la prova della induzione con la forza e la costrizione a rimanere nell’appartamento. Riteneva, quindi, la dichiarazione della ricorrente non del tutto attendibile, ma considerava anche le dichiarazioni di altro teste (nonché le dichiarazioni dell’imputato) che evidenziavano una volontà della ricorrente a prostituirsi. L’impugnazione del procuratore è stata rigettata e, di seguito, la ricorrente, prima di adire la Corte Edu, si è rivolta anche alla Corte costituzionale croata, che ne aveva dichiarato l’inammissibilità per carenza di legittimazione. Soltanto nel dicembre 2012, dopo l’esame del fascicolo della ricorrente da parte del Ministero dell’Interno, l’Ufficio per i diritti umani e i diritti delle minoranze della Repubblica di Croazia (*Vlada Republike*

Hrvatske, Ured za ljudska prava i prava nacionalnih manjina, « l'ufficio per i diritti umani ») le ha riconosciuto lo *status* di vittima della tratta di esseri umani e le ha garantito assistenza sociale e giudiziaria. Per tali motivi, la donna ha adito la Corte di Strasburgo al fine di far condannare il Paese di provenienza per violazione dei diritti umani, soprattutto con riferimento alle modalità di ascolto e alla valutazione della testimonianza.

La Grande Camera, dopo aver esaminato le questioni preliminari, si è concentrata sulla dedotta violazione dell'art. 4 della Cedu (« 1. Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù. 2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio (...) ») precisando anche come la propria giurisprudenza abbia stabilito che « delle problematiche simili possano essere esaminate dal punto di vista dell'articolo 3 (V.T. c. Francia, sopra citata, § 26, e M. e altri c. Italia e Bulgaria, sopra citata, § 106), o dell'articolo 8 della Convenzione (V.C. c. Italia, n. 54227/14, §§ 84-85, 1° febbraio 2018) ». Di rilievo è proprio tale approccio esegetico, in quanto ha permesso alla Corte di poter collocare i più ampi concetti di maltrattamento e di inviolabilità della integrità fisica anche nelle ipotesi della tratta di esseri umani e dello sfruttamento sessuale. In effetti, le accuse di maltrattamenti e di violazioni dell'integrità fisica « sono intrinsecamente legate alla tratta e allo sfruttamento quando questi trattamenti o violazioni sono stati presumibilmente inflitti a tale scopo (si vedano, in generale, Rantsev, sopra citata, § 252, e C.N. e V. c. Francia, sopra citata, § 55) ». In particolare, la sentenza che aveva rimesso la questione alla Grande Camera aveva osservato come non fosse necessario determinare se il trattamento denunciato dalla ricorrente corrispondesse ad una situazione di schiavitù, di servitù o lavoro forzato o obbligatorio, ricordando che « la tratta di esseri umani, così come lo sfruttamento della prostituzione, nel senso dell'articolo 3 *a*) del Protocollo di Palermo, dell'articolo 4 *a*) della convenzione anti-tratta del Consiglio d'Europa, dell'articolo 1 della Convenzione del 1949 e della CEDAW, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ».

La Grande Camera, poi, esaminando nuovamente la questione e prendendo atto che nell'art. 4, pur essendoci un riferimento esplicito ai concetti di schiavitù, servitù e lavoro forzato o obbligatorio, non vi era alcuna descrizione delle condotte nella Convenzione, ha fatto richiamo sia alla giurisprudenza (per lo più datata) che alle norme internazionali. Pertanto, ha ritenuto applicabili alle parti contraenti tutte le norme di diritto internazionale in quanto la Convenzione « deve per quanto possibile essere interpretata in modo da conciliarsi con le altre norme di diritto internazionale, di cui fa parte integrante (si vedano Al-Adsani, sopra citata, § 55, Demir e Baykara, sopra citata, § 67, Saadi c. Regno Unito [GC], n. 13229/03, § 62, CEDU

2008, e l'articolo 31 § 3 c) della Convenzione di Vienna) ». D'altra parte, lo spirito della Convenzione è solo quello di rendere effettive le disposizioni (cita al riguardo, in particolare, *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, § 87, serie A n. 161, e *Artico c. Italia*, 13 maggio 1980, § 33, serie A n. 37).

La Corte ribadisce che gli obblighi positivi che incombono sugli Stati membri devono essere interpretati anche alla luce della Convenzione anti-tratta del Consiglio d'Europa (*Chowdury and others v. Greece*, del 30 marzo 2017, paragrafo richiamato n. 104) e la tratta di essere umani (qualsiasi sia il fine della stessa) è vietata, sia che presenti una dimensione transnazionale o che sia implicato un gruppo criminale organizzato. Non rileva l'ambito territoriale, né la organizzazione criminale che può esservi alla base, dovendosi valutare solo se sono presenti gli elementi che rientrano nella definizione internazionale di tale fenomeno enunciata nella convenzione anti-tratta e nel Protocollo di Palermo. Considera la Corte, dunque, che una condotta che possa integrare il concetto di tratta rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 della Convenzione, senza escludere la possibilità che possa integrare anche un'altra disposizione della Convenzione (richiama quali esempi M. e altri c. Italia e Bulgaria Causa M. e altri c. Italia e Bulgaria — Seconda sezione — sentenza 31 luglio 2012).

Esaminato, poi, il concetto di prostituzione e delle divergenze che possono esistere nei diversi Paesi e richiamando precedenti decisioni, la Corte ha preso atto che la prostituzione è incompatibile con la dignità della persona umana se ad essa è strumentale la coercizione. Le riflessioni in merito al concetto di lavoro forzato all'interno dell'induzione alla prostituzione, rilevano ai nostri fini solo per riflettere sul concetto di « forza » che può esprimersi nelle forme più variegata fino a « forme sottili di comportamento coercitivo osservate nella giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 4 ..., nonché nei documenti dell'OIL e di altri testi internazionali (paragrafi 141-144 della decisione in commento).

Quindi, anche in queste ipotesi, parlare di obbligo positivo per lo Stato, vuol dire, ai sensi dell'articolo 4, così come già esaminato rispetto agli articoli 2 e 3 della Convenzione, indagare sulle situazioni di potenziale tratta. L'obbligo nasce dalla conoscenza del fenomeno (indipendentemente dalla denuncia della vittima): trattandosi, appunto, di 'vittima vulnerabile', una volta che le autorità sono venute a conoscenza della questione, che questa è stata portata alla loro attenzione, hanno l'obbligo di agire (richiama sul punto la decisione *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom* — sezione terza — del 14 marzo 2022). Si richiede, insomma che l'azione investigativa e preventiva sia idonea a sottrarre (per quanto possibile) la persona ad una situazione di pregiudizio. I requisiti richiesti di urgenza, immediatezza, completezza sono anche in questo caso imposti al fine di tutelare persone che

sono oggettivamente impossibilitate a far valere i loro diritti, sia perché limitate nella loro libertà fisica, che per il pericolo di ritorsioni personali e familiari.

Riesaminando il corso del procedimento penale e gli elementi che aveva lo Stato per attivare i mezzi di protezione a favore della ricorrente, la Corte ha ritenuto che vi fossero elementi per affermare che la stessa era stata sottoposta a un trattamento inumano e degradante e che in realtà vi fossero, almeno *in nuce*, gli elementi per affermare che la stessa fosse stata vittima di induzione alla prostituzione, ove emerge che non siano stati applicati gli obblighi positivi da parte dello Stato. In particolare, la Corte stigmatizza che non vi siano elementi in atti per affermare che le autorità procedenti abbiano investigato sui contatti tra la ricorrente e il suo ‘aguzzino’ su Facebook, né in riferimento al metodo di ingaggio, né successivamente quando ha subito minacce proprio tramite tale piattaforma. Si pone, insomma, una ferma critica alle modalità di indagine che si sarebbe fermata alla semplice perquisizione dell’indagato e all’assunzione di informazioni della vittima e della sua amica, impedendo un possibile chiarimento sulla situazione raccontata e forse un superamento delle contraddizioni che si erano verificate nel racconto delle due amiche. Per la Corte, tutti questi elementi tendono a indicare che, contrariamente a quanto loro imposto dall’obbligo procedurale derivante dall’articolo 4, le autorità procedenti non hanno condotto un’indagine effettiva su tutte le circostanze pertinenti della causa, né seguito alcune piste investigative evidenti che avrebbero permesso loro di raccogliere gli elementi di prova disponibili. Merita menzione l’opinione concordante del giudice Turković che ha evidenziato come in questa decisione si sia stabilito che gli obblighi procedurali derivanti dalla Convenzione (cioè l’effettività della tutela della vittima e delle indagini su quanto denunciato) devono essere riferiti a tutti e tre gli articoli della Convenzione (2, 3 e 4) e quella dei giudici O’Leary e Ravarani che nella disamina della singola questione hanno ribadito che il dovere di prevenire, di proteggere e di punire da parte dello Stato impone quanto meno un obbligo di indagine (che è stata omessa o quanto meno si è mostrata carente).

L’opinione concordante del giudice Pastor Vilanova, si concentra essenzialmente sul concetto di ‘prostituzione consentita’ che può essere tale solo se libera e consapevole e soprattutto se il consenso « è confermato e raccolto in maniera incontestabile ». Sul punto precisa come non siano possibili forme di adesione implicite, perché proprio dietro il silenzio si può nascondere un timore, una non libertà di scelta e di autodeterminazione. Tali conclusioni le trae dal combinato disposto dell’articolo 3 *b*) del Protocollo di Palermo e dalla regola 70 del Regolamento di procedura e di prova della Corte penale.

Sul punto precisa che « la lista degli obblighi positivi che incombono allo Stato ai sensi dell’articolo 4 dovrebbe essere integrata introducendo misure

preventive, come la ricerca e l'assistenza delle persone precarie e vulnerabili (nella maggior parte dei casi si tratta di donne) che possono cadere nella trappola della prostituzione forzata, o ancora l'assistenza alle persone che desiderano sottrarsi alla prostituzione e al suo ingranaggio, e la protezione di queste ultime » (23). Si devono pienamente condividere le ultime osservazioni proprio per rimanere nel concetto di violenza di genere che ci sta occupando: è la libera determinazione della vittima che deve essere valutata in tutte le sue espressioni e ove si tratti di azioni contro le donne ancor di più (visto l'accertato stato di minor difesa in alcune situazioni, necessita di una verifica a più fattori il loro stato di soggezione).

Altra importante decisione, sul solco della interpretazione dell'art. 4, è quella della Grande Camera del 14 maggio 2020 (*Mraović contro Croazia*).

Nel caso in esame si trattava di stabilire se vi fosse stata violazione dei diritti dell'imputato che, processato per violenza sessuale, non aveva avuto la possibilità che il dibattimento si celebrasse 'a porte aperte' (malgrado la sua espressa richiesta in un secondo momento) in quanto l'istanza era stata rigettata per proteggere la vittima. Egli ha censurato le decisioni dei giudici nazionali in quanto la sua istanza era basata su un dato indiscutibile: durante il processo la vittima aveva rilasciato dichiarazioni ai *media* sulla vicenda che l'aveva vista coinvolta e sulle dichiarazioni rese in udienza. La censura inerisce alla violazione del principio sancito dall'art. 6, § 1, della Convenzione.

La vicenda ruota intorno alla valutazione operata dai giudici sulle modalità di gestione dell'udienza in difesa dei diritti delle parti ed in particolare della vittima del reato. Il caso è particolarmente interessante perché inizialmente l'istanza di escludere il pubblico dalla partecipazione al processo era stata avanzata proprio dalla difesa dell'imputato, che a seguito di interviste rilasciate dalla parte offesa aveva ritenuto più utile a sua difesa (a difesa della sua immagine e dignità) che il processo, nelle altre e successive fasi, si svolgesse pubblicamente. La decisione dei giudici è stata sempre la stessa: rifiuto di celebrazione del processo con accesso da parte del pubblico perché l'aver rilasciato interviste da parte della vittima del reato non era indicativo del fatto che nel processo potevano essere avanzate domande personali tali da non consentire che fossero le risposte di dominio pubblico. Insomma, i vari giudici croati che si sono occupati di tale istanza hanno precisato come l'interesse a tutelare l'immagine della vittima, a fronte di una

(23) Il giudice nella sua opinione richiama le parole di Victor Hugo, che ne *I Miserabili* osservava: « Si dice che la schiavitù è scomparsa dalla civiltà europea. È un errore. Essa continua ad esistere, ma grava soltanto sulla donna, ed è chiamata prostituzione ». La Convenzione è uno strumento vivo. È la Corte a dover mostrare il percorso da seguire ».

iniziale domanda dell'imputato stesso, non potesse essere valutata in negativo rispetto alle dichiarate esigenze dell'imputato.

Premesso che l'art. 6 della Convenzione prevede la possibilità per le autorità giudiziarie di celebrare in tutto o in parte un processo senza la presenza del pubblico e che le corti croate avessero motivato la loro scelta, la Corte si è posta il problema se tale decisione fosse giustificata e necessaria. Per operare tale valutazione è necessario che vengano bilanciati i diritti contrapposti delle parti processuali, laddove il diritto di un imputato di vedere celebrata la sua udienza a 'porte aperte' si scontra con il diritto della vittima di violenza sessuale di non vedere il suo racconto oggetto di ascolto limitato nei modi e nei tempi, proprio al fine di tutelare la sua integrità e dignità; in tale contesto la Corte ha voluto sottolineare come la protezione dei diritti delle vittime di abusi sessuali nei procedimenti penali debba, comunque, essere una priorità. Tale tutela potrebbe essere indispensabile non solo per proteggere la vita privata della vittima (che si vedrebbe buttata in pasto ai media), ma anche al fine di evitare la c.d. vittimizzazione secondaria e/o ripetuta. Tale istituto, quindi, non ha valore soltanto per il singolo, ma anche per la prevenzione e la lotta in generale a questo tipo di reati laddove una eventuale parte offesa sarebbe rassicurata dalla discrezione riservata al loro racconto: « Quanto sopra è cruciale al fine di incoraggiare le vittime di abusi sessuali a denunciare gli episodi e a permettere alle stesse di sentirsi sicure e in grado di esprimersi apertamente su questioni altamente personali — spesso umilianti o comunque pregiudizievoli per la loro dignità — senza temere la curiosità o i commenti pubblici ». I sistemi giudiziari, quindi, devono operare al solo fine di rassicurare le vittime a poter sporgere denuncia, senza dimenticare che parallelamente esistono i diritti degli 'accusati'. Nel caso in esame la Corte, esaminati i fatti, ha ritenuto corretta la decisione del giudice della Contea di Fiume, laddove il dovere positivo di assicurare tutela alla vittima doveva essere maggiore visto che all'inizio della vicenda (e subito dopo la denuncia) le forze dell'ordine avevano violato il segreto e rivelato ai *media* particolari della vicenda. Pertanto, a fronte di una iniziale violazione della propria intimità il giudice doveva valutare (e lo ha fatto) se soltanto parte delle prove che venivano assunte potevano essere violative della sua integrità ed immagine. La conclusione cui è giunto il giudice nazionale è stata ritenuta idonea laddove aveva spiegato che in un procedimento ove si tratta di una vittima di violenza sessuale, gli aspetti più intimi possono emergere non esclusivamente dal racconto della parte offesa. E proprio sulla base della esigenza di evitare un ulteriore stigma alla vittima di violenza e proteggerla anche da ulteriore imbarazzo che la decisione del giudice nazionale è stata ritenuta corretta. Invero, le modalità di assunzione delle prove non hanno inciso minimamente sul diritto di difesa del ricorrente e

sulla possibilità di portare prove a discarico. Tale decisione era sicuramente conforme a tutte le norme internazionali in materia (art. 23 § 3, lettera d, della Direttiva dell'Unione europea, l'articolo 56 § 1, lettera f, della Convenzione di Istanbul).

La decisione, che inerisce solo alle modalità di celebrazione del processo ('a porte chiuse'), appare veramente illuminata: la vittima di un reato violento, caratterizzato dal genere della vittima, può essere tutelata dallo Stato [anzi deve] anche durante la celebrazione del processo, al di fuori del suo comportamento extraprocessuale (che può essere valutato in via autonoma dai giudici). Il processo può divenire un mezzo per riportare a galla ferite nascoste, ma mai rimarginate. Perciò, gli avvocati della difesa, nell'esercizio legittimo dei diritti dei propri assistiti, possono avanzare domande particolari e invadenti, ma il giudice ha il dovere di gestire i tempi e i modi delle testimonianze. Uno dei mezzi per poter evitare alla vittima un 'processo mediatico' oltre che giudiziario è proprio quella di non solleticare la pruriginosa curiosità del pubblico.

Il nostro Paese, sicuramente all'avanguardia sulla normativa a tutela delle vittime vulnerabili — anche alla luce delle censure individuate dalla decisione Talpis (su ampiamente analizzata) — è stato comunque oggetto solo lo scorso anno di ben due condanne, per l'inadeguatezza delle autorità statali di utilizzare gli strumenti di protezione necessari alla tutela delle vittime. I casi sono peculiari e meritano un approfondimento anche in fatto.

Prima di concentrarci sulle due decisioni del 2022 sembra significativo l'arresto del 27 maggio 2021, della prima Sezione (*J.L. c. Italia*), che si è occupato del linguaggio delle sentenze in tema di violenza di genere. La vicenda che ha occupato la Corte ha ad oggetto il ricorso di una donna che ha denunciato una violenza sessuale di gruppo. Il processo a carico degli imputati si era concluso in primo grado con una sentenza di condanna, con un ribaltamento in sede di appello per 'inattendibilità' della persona offesa. Il giudice di secondo grado aveva stigmatizzato il comportamento della denunciante e soprattutto aveva segnalato come erronea la valutazione 'frazionata' — operata dal giudice di primo grado — della sua testimonianza: sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di legittimità la frazionabilità del dichiarato non può inerire allo stesso identico episodio. La ricorrente aveva ritenuto le affermazioni rese in sentenza offensive nei suoi confronti, tanto da sollecitare alla procura generale il ricorso per cassazione. La Procura generale non aveva aderito a tale sollecitazione e la sentenza di assoluzione era passata in giudicato. Secondo la ricorrente il comportamento delle autorità nazionali era in violazione dell'art. 8 della Convenzione di Istanbul (per non aver protetto, nell'ambito del procedimento penale condotto nei confronti degli imputati da lei denunciati, il suo diritto al rispetto della vita privata e all'integrità personale).

La condanna, pertanto, non si riferisce alla carenza strutturale e legislativa del Paese (ritenute dalla decisione in astratto idonee alla tutela della persona 'vulnerabile'), ma l'applicazione della stessa: la verifica del comportamento delle autorità che hanno gestito il caso in esame. La violazione è nella motivazione della sentenza (nelle parole usate e nella valutazione dei fatti operata nel non rispetto della vittima) e nel comportamento delle autorità.

La ricorrente ha adito la Corte europea sia per censurare i lunghi tempi del procedimento, che per evidenziare come vi fossero state « ingerenze continue e ingiustificate nella sua vita privata da parte delle autorità, quando invece queste ultime, a suo parere, erano tenute a proteggerla in quanto donna vittima di violenze sessuali e, pertanto, persona vulnerabile ». Lo Stato italiano non sarebbe stato in grado di garantire indagini immediate e soprattutto le autorità l'avrebbero sottoposta a « varie ore di interrogatorio nei locali della polizia e della procura, e poi sentita nel corso delle udienze pubbliche, durante le quali avrebbe dovuto fornire dettagli sulla sua vita sessuale, familiare e personale, esponendosi al giudizio morale di altri »; le domande erano state guidate più volte dalla conoscenza di dettagli della sua vita privata e sessuale senza alcun rapporto con l'aggressione (ad esempio sulle sue performance artistiche, sui suoi rapporti sessuali — che sarebbe stata invitata a descrivere nei minimi dettagli —, sulla sua scelta di seguire un regime alimentare vegano, e anche sul significato degli pseudonimi utilizzati sui social network per indicarla). Insomma, a parere della ricorrente, le domande « non miravano a chiarire i fatti ma a dimostrare che il suo stile di vita e i suoi orientamenti sessuali erano « anormali », e afferma che i giudizi di valore dati sulla sua vita privata hanno avuto un'influenza certa sull'esito del processo, e che i giudici hanno scelto di condannare la sua vita privata piuttosto che giudicare i suoi aggressori ».

Differentemente, gli imputati non hanno dovuto subire lo stesso trattamento.

In particolare, poi, la ricorrente ha affermato che la decisione della loro assoluzione si è basata solo sulla valutazione delle sue abitudini personali, non dando rilievo al contenuto di alcune testimonianze che la descrivevano, quella sera, come incapace di autodeterminarsi; quindi « la sentenza della Corte d'appello avrebbe rispecchiato una concezione restrittiva e superata della nozione di violenza sessuale, in violazione dei principi fissati dalla Corte nella sua sentenza M.C. c. Bulgaria » del 4 marzo 2004. Infine, viene censurata la decisione della Procura generale che aveva deciso di non proporre impugnazione avverso quella sentenza di assoluzione, privando la ricorrente della possibilità della celebrazione di un procedimento effettivo. In disparte il dato oggettivo che era stata avanzata un'interrogazione parla-

mentare sul punto che era rimasta ‘lettera morta’. Senza sottacere che la ricorrente ha ritenuto ‘penosa’ la sua esperienza di teste e che le autorità nazionali non hanno tenuto conto della profonda sofferenza che affermava esserle stata causata, né le abbiano fornito un sostegno psicologico. La critica, quindi, è nella stigmatizzazione da parte dei giudici della sua vita sessuale, personale e familiare non rispettando, così, « il diritto nazionale, e più precisamente l’articolo 472, comma 3-*bis*, del CPP, che vieta qualsiasi domanda ingiustificata sulla sessualità della vittima di violenze sessuali ».

La Corte ha osservato che sia l’art. 3 che l’art. 8 della Convenzione impongono (impongono) agli Stati [obbligo positivo] di adottare le misure preventive e processuali che puniscano ‘in maniera effettiva’ qualsiasi atto sessuale non consensuale. Non rileva la resistenza fisica della vittima, ma la sua volontà (*M.C. c. Bulgaria*, sopra citata, §§ 153 e 166).

Sempre in tema di obblighi positivi ha ricordato poi che l’articolo 8 richiede la protezione dell’integrità fisica dell’individuo e nei casi più gravi, come quelli appunto di violenza sessuale, impone che il concetto di effettività si riverberi anche sulle modalità di esercizio delle indagini in merito ai fatti denunciati (24). In tale contesto ermeneutico la Corte ha voluto rammentare come l’art. 8 della Convenzione — che ha essenzialmente lo scopo di premunire l’individuo contro le ingerenze arbitrarie delle autorità pubbliche — estende la sua azione ad impegni positivi per lo Stato contraente, afferenti a un rispetto effettivo della vita privata o familiare. « Di conseguenza, gli Stati contraenti devono organizzare la loro procedura penale in modo tale da non mettere indebitamente in pericolo la vita, la libertà o la sicurezza dei testimoni, in particolare quelle delle vittime chiamate a deporre ». È proprio sulla base di questo fondamentale principio che la Corte ha ritenuto che le disposizioni convenzionali richiedono l’assicurazione di un’adeguata tutela della vittima durante il processo, « allo scopo di proteggerla da una vittimizzazione secondaria (*Y. c. Slovenia*, sopra citata, §§ 97 e 101, A e B c. *Croazia*, n. 7144/15, § 121, 20 giugno 2019, e *N.Ç. c. Turchia*, sopra citata, § 95) ». L’esigenza di evitare la vittimizzazione secondaria è raccomandata da numerose disposizioni internazionali quali la Convenzione del Consiglio d’Europa

(24) La Corte precisa che il principio di ‘effettività’ preteso dalla indagine penale debba essere inteso quale ‘un’obbligo di mezzi e non di risultato’. Il contemperamento delle esigenze di un giusto processo (per l’imputato), di celerità dello stesso e del rispetto della vittima, comporta un corretto e completo svolgimento delle indagini (senza che siano tralasciati elementi importanti o non siano rispettati principi fondamentali a tutela della presunta vittima e del presunto autore); una identica attenzione e cura è richiesta nella fase processuale. Bisogna quindi di volta in volta valutare se sono stati posti in essere tutti gli strumenti possibili, non se vi siano stati risultati conformi alle aspettative (ad esempio la condanna degli imputati da parte delle vittime).

sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica nonché la Direttiva europea del 25 ottobre 2012.

Nel caso specifico, il giudice di Strasburgo, premesso che lo Stato italiano aveva previsto norme nazionali a tutela di situazioni di rapporti sessuali di gruppo non consenzienti, si è concentrata sulla doglianza principale della parte ricorrente: se cioè abbia o meno beneficiato di una protezione effettiva e se nel caso di specie vi siano state lacune sia nella fase delle indagini (inerenti solo ed esclusivamente agli obblighi positivi sopra indicati) che nella istruttoria dibattimentale.

Sulla base dei dati in suo possesso e della peculiarità delle indagini svolte la Corte non ha ritenuto sussistente alcuna violazione dell'art. 8 avendo, le autorità italiane, messo in atto tutte le tecniche investigative possibili, rammentando come il rispetto dell'obbligo procedurale deve essere valutato sulla base di vari parametri fondamentali, come l'avvio rapido di un'indagine non appena i fatti sono stati portati a conoscenza delle autorità, la capacità dell'indagine di analizzare meticolosamente in maniera obiettiva e imparziale tutti gli elementi pertinenti, di condurre all'accertamento dei fatti e di permettere di individuare i responsabili e — se del caso — di sanzionarli. Questi parametri sono tra loro collegati e ciascuno di essi, considerato separatamente, non è fine a sé stesso. Si tratta di criteri che, considerati congiuntamente, permettono di valutare il livello di effettività dell'indagine (S.M. c. Croazia, [GC], n. 60561/14, §§ 312-320, 25 giugno 2020, e N.Ç. c. Turchia, sopra citata, § 97) ».

Stesso dicasi in merito alle modalità di assunzione della testimonianza. La Corte ha ricordato tutte le volte in cui la ricorrente è stata ascoltata, ma a seguito di una particolareggiato esame delle stesse (anche attraverso la lettura dei verbali di udienza) ha ritenuto che sia il pubblico ministero che i giudici primo grado siano stati particolarmente attenti alla sua integrità psicofisica impedendo ai difensori degli imputati di fare domande invadenti la vita privata della ricorrente e del tutto inconferenti con la difesa dei propri assistiti, ciò allo scopo di impedire loro di « denigrarla o di turbarla inutilmente durante i controinterrogatori ». Conseguentemente la Corte ha ritenuto di non poter imputare « alle autorità pubbliche incaricate del procedimento la responsabilità della prova particolarmente penosa vissuta dalla ricorrente, né considerare che queste ultime abbiano omesso di vigilare a che l'integrità personale dell'interessata fosse adeguatamente protetta durante lo svolgimento del processo (a contrario, Y. c. Slovenia, sopra citata, § 109) ».

In merito alle motivazioni delle sentenze, la Corte si è concentrata solo sul ragionamento seguito dai giudici e sugli argomenti utilizzati (per la condanna o l'assoluzione) al fine di verificare se « abbiano o meno costituito un ostacolo al diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata e della

sua integrità personale e se ciò abbia comportato una violazione degli obblighi positivi inerenti all'articolo 8 della Convenzione (si vedano, *mutatis mutandis*, Sanchez Cardenas c. Norvegia, n. 12148/03, §§ 33-39, 4 ottobre 2007, e Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portogallo, n. 17484/15, §§ 33-36, 25 luglio 2017) ».

Riconosciuta la correttezza dei giudici di primo grado e dell'organo inquirente, la Corte ha ritenuto, diversamente, che la motivazione della Corte di Appello — in disparte la valutazione di attendibilità o meno della querelante e l'esito del procedimento — fosse infarcita di riflessioni sulla vita personale della ricorrente e su particolari di quella sera che poco avevano a che vedere con la valutazione della sua attendibilità e molto, viceversa, su una volontà di « stigmatizzare » il comportamento della vittima che tramite la denuncia aveva voluto rimuovere un « momento criticabile di fragilità e di debolezza »; anche il riferimento alla « vita non lineare » dell'interessata è stato definito, condivisibilmente, deplorabile e fuori luogo.

Insomma, il giudice sovranazionale ha precisato che le indicazioni in sentenza delle scelte di vita della ricorrente non fossero elementi necessari per la valutazione di attendibilità del suo narrato, né determinanti per la risoluzione del caso.

Potremmo definirli riflessioni ultronee rispetto al dato oggettivo da dover valutare. Certamente i diritti di difesa non sarebbero stati compressi se non si fosse fatto riferimento alle sue scelte sessuali, sentimentali o a precedenti rapporti volontari occasionali.

La censura, quindi, di non aver messo in atto gli obblighi positivi sta nel non aver protetto l'immagine della presunta vittima di violenza di genere e di aver argomentato per la sua inattendibilità con riferimenti impropri alla sua vita privata, violando anche il divieto di divulgazione di informazioni e dati personali, senza che questi avessero alcun rapporto con i fatti. In tal senso, la pronuncia di condanna: « la facoltà per i giudici di esprimersi liberamente nelle decisioni, che è una manifestazione del potere discrezionale dei magistrati e del principio dell'indipendenza della giustizia, è limitata dall'obbligo di proteggere l'immagine e la vita privata dei singoli da ogni violazione ingiustificata ». La Corte ha ritenuto, quindi, che il linguaggio e gli argomenti utilizzati dal giudice di secondo grado abbiano veicolato « i pregiudizi sul ruolo della donna che esistono nella società italiana e che possono ostacolare una protezione effettiva dei diritti delle vittime di violenza di genere nonostante un quadro legislativo soddisfacente ». Sul punto, ha osservato che i procedimenti penali sono strumenti essenziali per la lotta alla violenza di genere e per combattere la disuguaglianza di genere; perciò diventa indispensabile che nelle motivazioni delle sentenze, vengano evitati, stereotipi sessisti o di minimizzazione dei fenomeni, perché è questo che induce, tra

l'altro, alla vittimizzazione secondaria: utilizzare stili di scrittura 'che colpevolizzano le donne, dando risalto a valutazioni di carattere morale' hanno, alla fine, l'unico effetto di deprimere le vittime e far perdere fiducia nella giustizia. La decisione fa anche espresso richiamo al Rapporto GREVIO sull'Italia dal quale emerge il persistere di stereotipi riguardanti il ruolo delle donne ⁽²⁵⁾. È la sentenza della Corte di appello ad essere di fatto 'l'unica condannata', sulla base di alcuni contenuti nella motivazione che sono apparsi del tutto inconferenti con la ricostruzione dei fatti e la definizione del procedimento.

Merita menzione la decisione pilota del 16/06/2022, della prima Sezione (De Giorgi contro Italia) che ha condannato il nostro Paese per non aver messo in atto in maniera 'effettiva' le misure di prevenzione a tutela della vittima, a fronte di una legislazione nazionale completa e aderente ai principi stabiliti dalle Convenzioni, Direttive e dalla giurisprudenza sovranazionale. L'inadempimento in questo caso è stato ritenuto sussistente rispetto al dovere di indagare sui denunciati maltrattamenti di violenza domestica subiti dalla ricorrente (e dai suoi figli) da parte di suo marito; ciò ha comportato una assenza totale di tutela anche attraverso misure preventive. La ricorrente, infatti, aveva adito la Corte perché asseriva una mancanza di protezione e di assistenza da parte dello Stato malgrado avesse denunciato violenze domestiche da parte del marito ⁽²⁶⁾. Ella aveva chiesto al Tribunale civile l'emissione di un ordine di protezione, che le era stato rigettato perché non più convivente — la convivenza era stata considerata un presupposto imprescindibile per l'applicazione della misura richiesta — ed era stata accertato un contesto di separazione conflittuale. Parallelamente, aveva denunciato il

⁽²⁵⁾ N. CARDINALE, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte Edu condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, in *Sistema penale*, 14 giugno 2021. L'autrice ricorda il richiamo al parere n. 11 (2008) del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) sulla qualità delle decisioni giudiziarie, secondo il quale « 38. (...) la motivazione (di una decisione giudiziaria) deve essere priva di qualsiasi valutazione offensiva o poco lusinghiera per l'imputato », e soprattutto l'ampliamento di tale concetto che la Corte EDU ha operato: « nelle espressioni utilizzate nella pronuncia si è colta non solo la violazione dell'immagine e della dignità della donna ma anche la presenza di una diffusa cultura sessista destinata a ripercuotersi su tutte le donne che subiscono violenza. Secondo la Corte, "il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'appello trasmettono i pregiudizi sul ruolo delle donne che esistono nella società italiana e sono suscettibili di impedire l'effettiva protezione dei diritti delle vittime di violenza di genere" pur in presenza di "un quadro legislativo soddisfacente" (§ 140). Gli stereotipi di genere consentono la legittimazione della violenza e, se riproposti anche dalle autorità giudiziarie, determinano una forte sfiducia e diffidenza nei confronti della giustizia penale da parte delle vittime ».

⁽²⁶⁾ Per una completa analisi della decisione si veda A. DI MARTINO, *Immagini e metodi del sistema penale di fronte ai delitti c.d. di genere (Fra sollecitazioni internazionali ed esperienza interna)*, in *Archivio penale* n. 2 del 2022.

marito per gli stessi fatti (maltrattamenti), ma il p.m. aveva formulato parziale istanza di archiviazione (accolta dal g.i.p.) per carenza di elementi necessari per sostenere l'accusa in giudizio; aveva diversamente ritenuto sussistenti gli indizi per il reato di lesioni, per il quale aveva esercitato l'azione penale: infatti in uno dei tanti episodi di violenza denunciati, la ricorrente aveva riportato anche lesioni che le erano state refertate.

Anche in questo caso la Corte europea dei diritti dell'uomo ha operato una completa ricostruzione delle norme statali (sia con riferimento agli ordini di protezione [in materia civile] che alla tutela in sede penale) e il quadro normativo internazionale, facendo espresso richiamo ai principi stabiliti nella raccomandazione Rec(2002)5 del Comitato dei Ministri del 30 aprile 2002, alla Convenzione d'Istanbul, nonché al GREVIO.

In particolare ha voluto precisare come il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa abbia invitato gli Stati membri « a introdurre, sviluppare e/o migliorare, se del caso, politiche nazionali di lotta contro la violenza basate sulla massima sicurezza e sulla protezione delle vittime, sul sostegno e l'assistenza, sull'adeguamento del diritto penale e civile, sulla sensibilizzazione del pubblico, sulla formazione dei professionisti che si occupano di violenza contro le donne e sulla prevenzione ».

Ha ricordato come le disposizioni della Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (« la Convenzione di Istanbul ») — entrata in vigore nei confronti dell'Italia il 1° agosto 2014 — già richiamate nella causa Kurt c. Austria, sopra esaminata, imponessero ai Paesi aderenti di adeguare non soltanto la propria legislazione, ma anche e soprattutto di formare gli operatori che si trovavano ad affrontare tali situazioni. Nondimeno ha riportato parte del rapporto che il GREVIO il 3 gennaio 2020 ha pubblicato con riferimento al nostro Paese che aveva concluso come « [l]'Italia [avesse] ha adottato una serie di misure per attuare la Convenzione di Istanbul, fatto che testimonia la sua reale volontà politica di prevenire e combattere la violenza nei confronti delle donne. Una serie di riforme legislative successive ha creato un vasto insieme di regole e di meccanismi che rafforzano la capacità delle autorità di far corrispondere le loro intenzioni ad azioni concrete per porre fine alla violenza (...) ». Purtuttavia, come vedremo, la decisione non ha omesso di evidenziare le criticità individuate nel rapporto (« un certo numero di altri settori in cui sono necessari dei miglioramenti per conformarsi pienamente agli obblighi della convenzione »). I passaggi salienti ineriscono alla carenza da parte del nostro Paese di fornire 'risposte coordinate e di 'multiagenzia' a tutte le forme di violenza contro le donne, soprattutto attraverso lo sviluppo di adeguate linee guida e formazione del personale. Il rapporto, spiega la decisione, ha individuato anche alcuni 'vuoti legislativi' (art. 29, par.

2, della Convenzione di Istanbul) da riferirsi, come già accennato « all'assenza di rimedi civili nei confronti delle autorità statali, siano esse giudiziarie o istituzionali, che non abbiano rispettato il proprio dovere di assumere le necessarie misure preventive o protettive adeguate nell'ambito dell'esercizio dei propri poteri ».

Nell'ambito del settore penale e delle misure di protezione (art. 50 della Convenzione di Istanbul), malgrado il riconosciuto percorso virtuoso intrapreso (con la novella del 19 luglio 2019, n. 69; c.d. codice rosso), è stato sollecitato un miglioramento con riferimento ai tempi e modi di ascolto delle vittime, facendo sì che gli operatori possano porre l'accento sulla sicurezza ed i diritti umani delle donne e dei loro figli.

Il GREVIO ha sollecitato anche l'adozione di provvedimenti di urgenza in maniera facilmente accessibile per le vittime al fine di evitare le condotte recidivanti (articoli 52 e 53); viene richiesta una tempestiva risposta da parte degli organi istituzionali con l'emissione di misure cautelari interdittive (quali divieto di avvicinamento o allontanamento dalla casa familiare), con immediato e 'idoneo' aggravamento della misura in caso di violazioni. Sempre in tema di misure di protezione, si è sollecitata l'Italia a modificare « la legislazione che subordina l'applicazione di una sanzione, in caso di violazione degli ordini di protezione di natura civile, alla denuncia della vittima » e a garantire che i provvedimenti di ingiunzione siano emessi rapidamente, in maniera tale da scongiurare situazioni di imminente pericolo; inoltre, si auspica che, ove necessario, gli ordini di ingiunzione e/o di protezione possano essere emessi *inaudita altera parte*, anche al fine di evitare 'vuoti di tutela' per la vittima a causa della temporaneità dei predetti ordini e facendo in modo, se necessario, che siano emesse misure cautelari senza soluzione di continuità. Si richiede, insomma, che lo Stato in queste situazioni non sia mai assente.

Il profilo merita focalizzazione adeguata. Il GREVIO ha sollecitato il legislatore italiano affinché sia posta attenzione « alle pratiche dei tribunali civili che assimilano la violenza a situazioni di conflitto e tentano di raggiungere accordi tra la vittima e l'autore della violenza invece di valutare le esigenze della vittima in termini di sicurezza ». Inoltre, la Corte ha ricordato come nella Relazione, pur dando atto delle numerose misure realizzate dallo Stato italiano per ottemperare all'obbligo di mettere in campo strumenti di protezione idonei (molti realizzati con la legge n. 119 del 2013 e con l'attuazione della Direttiva UE 2012/29/UE, che contiene degli *standard* minimi relativi ai diritti, il supporto e la protezione delle vittime di reati) e della più accorta giurisprudenza sul punto, sono ancora presenti lacune legislative e prassi dei tribunali che potrebbero esporre le vittime ad ulteriori danni. Il riferimento è alle informazioni che devono essere fornite alla vittima

sulla misura cautelare eventualmente adottata e/o modificata in tutte le fasi del procedimento. Infatti, si è osservato che la normativa vigente subordina l'erogazione di informazioni ad un'espressa richiesta della vittima, un requisito che potrebbe essere visto come una limitazione eccessiva al campo di applicazione della responsabilità da parte delle autorità di garantire che le vittime siano informate, nei casi in cui esse e la loro famiglia potrebbero essere in pericolo. Infine, « indipendentemente dalla formulazione delle norme in vigore, le autorità sono vincolate dal dovere di accertarsi in tutte le fasi delle procedure che venga svolta una valutazione in merito al rischio di letalità, la gravità della situazione e il rischio di reiterazione della violenza, come previsto dall'articolo 51, comma 1, della Convenzione » (27).

Al di là della censura del governo costituito, che assumeva il mancato esaurimento delle vie di ricorso interno da parte della ricorrente e delle altre questioni processuali (tutte superate), ciò che rileva ai nostri fini è la precisazione da parte della Corte, in tema di rimedi risarcitori. Si è infatti, voluto distinguere i danni derivanti dalla lunghezza dei tempi del processo (c.d. legge Pinto), rispetto alla inazione del sistema penale e civile. La denuncia, infatti, inerisce alla indifferenza e superficialità che le autorità italiane hanno dimostrato, dovuta anche a erronea interpretazione delle norme processuali (vedi decisione del giudice civile), nonché sottovaluta-

(27) Sul punto merita menzione un arresto del massimo consesso della Suprema Corte di cassazione che pare porsi in contrasto con tale decisione; invero, a fronte di una espressa richiesta da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di un accertamento concreto della letalità delle azioni in qualsiasi fase del processo, ci si chiede se l'informazione sulla evoluzione della misura cautelare debba essere fornita solo ove vi sia una espressa richiesta da parte della vittima che abbia anche precisamente indicato il luogo dove poter essere informata. La Suprema Corte ha stabilito che nel nostro ordinamento, nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona, la richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare deve essere notificata, a cura del richiedente, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza, alla persona offesa, a condizione, in quest'ultimo caso, che essa abbia dichiarato o eletto domicilio (Sez. U, n. 17156 del 30/09/2021, (dep. 03/05/2022), Gallo, Rv. 283042 — 01). Si chiede, quindi, una partecipazione effettiva della vittima al processo e della volontà di conoscere lo sviluppo della misura nei suoi confronti. Il principio, seppur a primo acchito pare porsi in contrasto con le raccomandazioni del GREVIO e con l'art. 51 della Convenzione di Istanbul, in realtà è figlio di una equilibrata tutela dei diritti della vittima e dell'imputato: si è, infatti, affermato che la tutela della vittima (e l'informazione corretta sullo stato di detenzione dell'indagato/imputato) può essere attuata solo ed esclusivamente laddove si è a conoscenza del luogo ove la persona offesa si trova (dichiarazione di domicilio) o se la stessa ha eletto domicilio presso altri. L'esigenza di immediatezza e speditezza del processo, la tutela dei diritti dell'imputato e la protezione della parte offesa, sono tutti principi stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i primi possono trovare la loro compressione solo laddove la vittima abbia messo le parti in condizioni di comunicarle lo svolgimento del processo.

zione del rischio. Senza sottacere la lungaggine dei tempi del processo penale (per i fatti per i quali è stata esercitata l'azione penale — del 20 novembre 2015 — era stata fissata la prima udienza solo ad aprile 2021 laddove la prescrizione massima era del 2023). Come si vede, plurime sono le censure all'A.G. italiana e tutte attinenti ai modi di ascolto del disagio della parte offesa di denunciata violenza di genere e di interpretazione delle norme a tutela della vittima. La stessa doglianza inerente ai tempi del processo mal si concilia con la prescritta esigenza di celerità di tali tipi di processi, che come su accennato rappresenta uno dei cardini principali delle modalità di tutela della 'vittima di genere'.

La descrizione dei comportamenti maltrattanti ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di Istanbul comporta il raggiungimento di una soglia minima di gravità che implica, in generale, lesioni al corpo o forti sofferenze fisiche o *psicologiche*, senza essere esaustiva. Anche in assenza di sevizie di tipo fisico, infatti (Bouyid c. Belgio [GC], n. 23380/09, §§ 86-87, CEDU 2015) il reato può essere integrato, ove si siano comportamenti che umilino o sviscerino un individuo, oppure suscitando « nell'interessato sentimenti di paura, angoscia o inferiorità tali da annientare la sua resistenza morale e fisica, questo trattamento può essere qualificato degradante e rientrare così nel divieto di cui all'articolo 3 ».

E proprio tali condotte sono di solito inquadrabili, in astratto, nella violenza 'domestica' o di genere, perché l'articolo 3 non si riferisce esclusivamente al fatto di infliggere del dolore fisico, ma anche alla sofferenza morale causata dalla creazione di uno stato di angoscia e di stress con mezzi diversi dalle vie di fatto. Il timore di nuove aggressioni può essere sufficientemente grave da indurre le vittime di violenza domestica a provare una sofferenza e un'angoscia che possono raggiungere la soglia minima prevista per la consumazione del fatto reato (la Corte sul punto ha richiamato sue precedenti decisioni quali Eremia c. Repubblica di Moldavia, n. 3564/11, § 54, 28 maggio 2013, T.M. e C.M. c. Repubblica di Moldavia, n. 26608/11, § 41, 28 gennaio 2014, e Volodina c. Russia, n. 41261/17, 1° giugno 2017, § 75).

La Corte ha ricordato come dalla costante giurisprudenza europea emerge che gli obblighi positivi che gravano sulle autorità in virtù dell'articolo 3 della Convenzione comportano non soltanto l'obbligo di mettere in atto un quadro legislativo e regolamentare di protezione, ma soprattutto quello di adottare delle misure operative per proteggere delle persone da un rischio di trattamenti contrari ai principi convenzionali. Non dimentica, poi, l'esigenza di effettività di tali misure, nel senso che si richiede agli Stati che le misure in astratto previste siano effettivamente attuate: sia con lo svolgimento di attività di indagine concreta, sia con una campagna di sensibiliz-

zazione degli operatori che si trovano a dover affrontare queste situazioni. In generale, i primi due aspetti di questi obblighi positivi sono stati definiti « materiali », mentre il terzo corrisponde all'obbligo positivo « procedurale » che diventa la cartina al tornasole della situazione culturale dello Stato. Insomma, non si richiedono soltanto leggi adeguate, strutture pronte all'accoglienza, ma soprattutto un pronto ed efficace intervento a tutela della vittima.

In tale contesto la Corte ha fatto espresso richiamo ai principi convenzionali e alla loro portata, come ben descritti nella causa Kurt c. Austria, ove il contenuto dell'obbligo positivo per lo Stato è quello di prevenire il rischio di violenza. Ha ritenuto che, proprio sulla base dei principi stabiliti della decisione Kurt c. Austria, lo Stato italiano dovesse essere condannato, malgrado il quadro normativo nazionale fosse idoneo ad assicurare una protezione alle vittime contro atti di violenza.

Lo stigma al sistema italiano viene sottolineato nel comportamento della magistratura: a fronte di una polizia giudiziaria presente ed attiva, i pubblici ministeri non hanno chiesto al G.I.P. la misura di protezione (richiesta dai carabinieri) né hanno condotto un'indagine rapida ed effettiva. La dimostrazione di tale dato è fornita dal fatto che sette anni dopo l'episodio di aggressione il procedimento era ancora pendente al momento della decisione; inoltre, la Corte ha anche ritenuto censurabile il comportamento dello Stato italiano laddove anche a fronte dei segnalati maltrattamenti familiari dal servizio sociale nel 2018, nessuna azione di protezione era stata posta in campo. In tale contesto, il giudice sovranazionale ha censurato i giudici domestici, evidenziando come numerosi fossero gli indizi per ritenere sussistente il rischio di recidiva di comportamenti violenti, del tutto sottovalutati quali: « il mancato rispetto dei termini di un'ordinanza di protezione (Erechia, sopra citata, § 59); l'escalation della violenza, che rappresenta una minaccia continua per la salute e la sicurezza delle vittime (Opuz, sopra citata, §§ 135-36, CEDU 2009); le richieste di aiuto ripetute della vittima per mezzo di appelli urgenti, nonché le denunce formali e le petizioni rivolte al capo della polizia (Bălșan c. Romania, n. 49645/09, §§ 135-36, 23 maggio 2017) ».

La critica chiara nei confronti della giurisdizione italiana è centrata sul rilievo dell'omissione, da parte delle autorità competenti (tutte), di un'azione autonoma e proattiva, oppure di una valutazione completa dei rischi, malgrado le richieste e gli interventi della polizia giudiziaria. La critica più dura è nel rilievo che i pubblici ministeri « non hanno dimostrato, nell'esaminare le denunce della ricorrente, di aver preso coscienza del carattere e della dinamica specifici della violenza domestica, sebbene fossero presenti tutti gli indizi, ossia, in particolare, lo schema di escalation delle violenze subite dalla

ricorrente (e dai suoi figli), l'aggressione del 20 novembre 2015, le minacce proferite e le molestie (Kurt, sopra citata, § 175) ». Sottovalutazione di una situazione di rischio che era stata relegata nell'alveo di un contrasto familiare, senza neppure ascoltare i minori, anch'essi parti offese di tali atteggiamenti del padre. Stessa censura è stata operata ai giudici civili che avevano rigettato l'istanza della ricorrente sulla lettura della norma che prevede come le misure di protezione possano essere applicate solo in caso di convivenza, e valutando (con ampio margine di errore e di sottovalutazione) che le liti tra i due rientrassero nella situazione tipica di un conflitto all'interno di una coppia che si stava separando.

Insomma, l'Italia è stata condannata perché le autorità si sono sottratte al loro dovere di effettuare una valutazione immediata e proattiva del rischio di recidiva della violenza commessa contro la ricorrente e i suoi figli e di adottare delle misure operative e preventive al fine di attenuare questo rischio e proteggere la ricorrente e i suoi figli, e di censurare la condotta del marito separando. D'altra parte, proprio il non aver condotto una indagine effettiva ha comportato questo vuoto di tutela; né può dirsi soddisfatto l'obbligo dello Stato appartenente alla comunità europea di fornire tutele solo in astratto non potendo in nessun caso essere disposto a lasciare impunte le sofferenze fisiche o psicologiche inflitte.

Sul tema della mancata adozione da parte dello Stato italiano delle adeguate misure di protezione e di assistenza si è occupata anche la decisione Landi c. Italia, sempre del 2022 (7 aprile 2022 - Ricorso n. 10929/19 — Landi c. Italia). Il caso occupa l'azione che la ricorrente notifica allo Stato italiano per non aver protetto lei e il suo bambino di un anno (vittima di omicidio) dalle violenze fisiche del marito; si lamenta la violazione degli artt. 2 e 14 della Convenzione. Passate in rassegna le norme nazionali e le prassi internazionali si affronta la decisione al fine di verificare se vi sia stata inerzia da parte dei giudici italiani per mettere in atto le misure di prevenzione necessarie per tutelare la sua vita e quella del suo piccolo (art. 2 della Convenzione di Istanbul). Dalla lettura della motivazione si può facilmente osservare come anche in questo caso la Corte abbia ritenuto legittimo il ricorso davanti ad essa sulla base dei principi di diritto stabiliti nella decisione Kurt c. Austria. Nel dettaglio, spiega che suo compito è quello di verificare se « le autorità abbiano esercitato la diligenza richiesta per impedire gli atti di violenza commessi contro la ricorrente e i suoi figli ». Ancora una volta, quindi, non è l'accertamento di norme esistenti e l'adeguamento dello Stato alle convenzioni internazionali, ma la capacità delle autorità [giudiziarie] di utilizzare gli strumenti messi a disposizione. E anche stavolta la Corte non ha potuto fare a meno di fare un espresso richiamo al rapporto del GREVIO sull'Italia, che, come già detto sopra, ha esortato le « autorità

italiane a colmare il vuoto legislativo dovuto all'assenza di ricorsi civili effettivi contro qualsiasi autorità statale che non adempia al suo dovere di adottare le misure di prevenzione o di protezione necessarie in materia di violenza domestica. In queste condizioni, la Corte ritiene che la ricorrente non disponesse di un ricorso in ambito civile da esperire per far valere l'inadempimento dello Stato». Richiamando, poi, i principi sanciti nella causa *Osman c. Regno Unito* (28 ottobre 1998, §§ 115-16, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII), ha fatto di nuovo riferimento al principio di effettività che impone agli organi statali di adottare misure operative preventive per proteggere una persona la cui vita è minacciata dalle azioni criminali di terzi, ponendo l'accento sulla conoscenza dei fatti o sul dovere di essere a conoscenza. Invero, da un'attenta lettura di queste due decisioni del 2022 nelle quali lo Stato italiano ha subito sanzioni, si sottolinea la necessità di porre attenzione alle situazioni 'a rischio' ricordando ancora una volta 'la portata e il contenuto di tale obbligo nel contesto della violenza domestica' (di nuovo il richiamo è da riferirsi all'arresto *Kurt c. Austria*).

Si ha la netta sensazione che si censurino le insensibilità dei giudici italiani laddove a fronte di un intervento tempestivo delle forze dell'ordine i 'procuratori ... informati più volte ... sono rimasti inerti'. La censura, quindi, ancora una volta è verso una carenza di sensibilità, attenzione, cura verso il denunciante che viene lasciato solo dalle autorità giudiziarie anche di fronte a richieste di misure cautelari adeguate da parte della polizia giudiziaria. Si biasima la decisione della procura di chiedere l'archiviazione della prima denuncia (del 2015) in quanto non era stato compiuto alcun atto di indagine e mai erano state assunte informazioni della parte offesa o dei suoi familiari. Si contesta l'assenza di qualsiasi attività a fronte di un servizio sociale che allerta le forze dell'ordine di una violenza dell'uomo anche nei confronti dei figli. La Corte, poi, ha precisato come il dato processuale della remissione di querela (e della impossibilità per il giudice nazionale di esercitare l'azione penale) non poteva giustificare il comportamento omissivo dell'organo inquirente in quanto dagli atti emergeva in maniera chiara che non si fosse trattato di un singolo episodio di violenza e che 'le minacce erano continuamente rivolte alla ricorrente'. In ogni caso la riprovazione della Corte europea nei confronti della minima attenzione mostrata dai giudici italiani alla vicenda, emerge nel momento in cui si trova a valutare l'ennesima inerzia dei giudici a fronte di una seconda aggressione (2017); in quel caso in una nota, i Carabinieri descrivendo la difficile situazione dell'interessata ponevano anche il problema di salute mentale del marito e, a parere del giudice sovranazionale, alcuna decisione è stata presa, alcuna attività di indagine è stata posta in essere. Nondimeno, nel 2018, dopo un breve ricovero del compagno della ricorrente in un centro di salute mentale, i carabinieri

avevano provato a sollecitare la Procura a richiedere una richiesta di misura privativa della libertà personale del marito, al fine di proteggerla da eventuali azioni violente.

Ed è questa la maggiore critica che viene effettuata al nostro Paese: a fronte di tali evidenti situazioni il p.m., malgrado una formale iscrizione (dopo tre anni dal primo fatto) per maltrattamenti in famiglia non avrebbe conferito incarico di consulenza per valutare la patologia che affliggeva l'indagato, né avrebbe, ancora una volta, ascoltato la Landi o adottato (o almeno richiesto) alcuna misura di protezione. La condanna, quindi, è per non aver l'autorità giudiziaria « dimostrato la particolare diligenza necessaria al fine di reagire immediatamente alle accuse di violenza domestica formulate dalla ricorrente ». Proprio in riferimento alla c.d. stima dei rischi, la Corte 'riprende' il giudice italiano, che non è stato capace di valutare il precedente comportamento « violento dell'autore (Eremia c. Repubblica di Moldavia, n. 3564/11, § 59, 28 maggio 2013), l'escalation della violenza che rappresenta una minaccia continua per la salute e la sicurezza delle vittime (Opuz c. Turchia, n. 33401/02, §§ 135-36, CEDU 2009), le richieste di aiuto ripetute della vittima per mezzo di appelli urgenti, nonché le denunce formali e le petizioni rivolte al capo della polizia (Bălșan c. Romania, n. 49645/09, §§ 135-36, 23 maggio 2017) ». Insomma, si critica la mancata azione autonoma e proattiva da parte dell'autorità giudiziaria che non è stata neppure in grado di operare una valutazione completa dei rischi (« i procuratori non hanno dimostrato, nell'esaminare le denunce della ricorrente, di aver preso coscienza del carattere e della dinamica specifici della violenza domestica, sebbene fossero presenti tutti gli indizi, ossia, in particolare, lo schema di escalation delle violenze subite dalla ricorrente (e dai suoi figli), le minacce proferite, le aggressioni ripetute, nonché la malattia mentale di N.P. Le autorità non hanno considerato che, trattandosi di una situazione di violenza domestica, le denunce meritavano un intervento attivo. Anche lo psichiatra che seguiva N.P. ha sottovalutato la situazione, considerando l'aggressione subita dalla ricorrente nel 2018 come un « litigio » tra coniugi »). Ed è proprio sulla discriminazione contro le donne che la ricorrente punta la sua critica allo Stato italiano, osservando che l'inosservanza, anche involontaria, da parte di uno Stato dell'obbligo di proteggerle contro la violenza (anche domestica) costituisce una violazione del diritto di queste ultime a una pari protezione della legge. La Corte, pur condividendo tale principio di diritto, ha ricordato come nel caso in esame la vittima non sia stata lasciata 'sola' laddove vi è stato un atteggiamento 'proattivo dei carabinieri' e l'inazione delle autorità inquirenti nel caso di specie non possa essere considerata come una carenza sistemica in quanto non vi sono elementi per dire che 'i procuratori che hanno esaminato il caso della ricorrente abbiano agito in

maniera o con intenzione discriminatoria'. Non vi è stata una carenza generalizzata di tutela, né atteggiamento discriminatorio, ma solo una inerzia da parte dell'autorità giudiziaria non caratterizzata da valutazioni afferenti al genere.

6. Riflessioni conclusive

Si potrebbe concludere, quindi, che è la parola d'ordine è 'effettività di tutela'. Effettività degli strumenti preventivi e sanzionatori, effettività del loro utilizzo, effettività dei modi di valutare la prova (senza limitare le difese dell'imputato e umiliare la parte offesa), effettività della motivazione.

Il sistema dei singoli Stati contraenti, quindi, non vivendo più solo dei singoli principi fondanti, ma dovendosi adeguare alla cornice internazionale che cura la tutela dei diritti umani, si deve porre di fronte a verifiche continue del suo operato ove il c.d. giusto processo per l'imputato diventa equo processo per la vittima di genere.

Per usare le riflessioni espresse in dottrina ⁽²⁸⁾ « il sistema penale dev'essere considerato come parte di una più complessa strategia di governo di fenomeni sociali, che aspira a perseguire risultati efficaci alla luce di una scelta di valore prioritaria, anche se non preclusiva di bilanciamenti: la più ampia tutela dei diritti fondamentali ».

⁽²⁸⁾ A. DI MARTINO, *op. cit.*, 6.

V.

IL CONTRADDITTORIO SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO (*DRASSICH C. ITALIA*, NN. 1 E 2) (*)

di Antonietta Picardi (**)

SOMMARIO: 1. Premessa: il principio del contraddittorio quale corollario del diritto di difesa e dell'equo processo. — 2. La riqualificazione giuridica del fatto e il mutamento dell'addebito: *Drassich c. Italia* dell'11 dicembre 2007. — 2.1. (*Segue*) sviluppi del processo dopo il caso *Drassich 1* e la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011. — 3. La sentenza della Corte di cassazione del 15 maggio 2013 n. 37413 e 'ancora' il caso *Drassich* (Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 febbraio 2018; *Causa Drassich c. Italia*). — 4. Conclusioni.

1. Premessa: il principio del contraddittorio quale corollario del diritto di difesa e dell'equo processo

Nell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo è stilato un elenco di imprescindibili diritti affinché un processo penale possa dirsi equo ⁽¹⁾: tali prescrizioni fondamentali contemplanò l'informazione della natura dei motivi dell'accusa, poiché è possibile difendersi nel processo solo se si è in grado di comprendere appieno di quale sia l'imputazione. Pur tuttavia, il concetto di conoscenza del processo — e di ciò di cui si viene accusati — si dispiega in molteplici varianti, che vanno dalla chiara contestazione, alla descrizione dei fatti in una lingua comprensibile, al diritto alla

(*) Contributo redatto con la collaborazione della dott.ssa Serena Simonis tirocinante presso la Procura generale della Corte di cassazione.

(**) Sostituta procuratrice generale presso la Corte di cassazione.

⁽¹⁾ Art. 6, Convenzione Europea dei diritti dell'uomo:

« 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, da un tribunale, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.

...

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa ».

controprova, fino ad un contraddittorio effettivo nel processo. Eppure, solo una precisa contestazione dei fatti può far discendere una piena esplicitazione del diritto di difesa in tutte le declinazioni appena indicate.

La correlazione tra ciò di cui si è accusati e la decisione presa dal giudice su quella specifica imputazione è il perimetro nel quale il processo deve svolgersi, pur nella consapevolezza della complessità dinamica del principio del contraddittorio. Nel nostro ordinamento, la norma che tutela tale principio è l'art. 521 cod. proc. pen., che, attraverso le interpretazioni operate dal diritto giurisprudenziale (nazionale e sovranazionale) dell'art. 6 CEDU, ha assunto un volto chiaro e, potremmo dire senza tema di smentita, conforme ai principi comunitari.

In realtà, solo attraverso il contraddittorio — che può essere definito strumento essenziale per la realizzazione delle esigenze di garanzia sottese al principio di legalità sostanziale — può essere superato il problema della conoscenza del processo ed è attraverso esso che emerge l'eventuale difformità, in fatto o in diritto, dell'oggetto del giudizio rispetto alla iniziale contestazione: soltanto grazie al confronto tra le parti, infatti, a fronte di una modifica della imputazione, si può assicurare all'imputato l'effettività della difesa ⁽²⁾. 'Equo processo' come regolato dall'art. 6, « deve infatti essere letto alla luce del diritto alla preparazione adeguata della propria difesa di cui all'art. 6, comma 3, lett. b), Cedu; sicché, non è sufficiente che il giudice rispetti la parità delle parti, dando a ciascuna di esse una ragionevole opportunità di presentare i propri argomenti, così da evitare eventuali situazioni di svantaggio dell'una rispetto all'altra, in quanto diventa essenziale che egli, pur mantenendo la propria posizione di imparzialità, sia parte attiva del dibattito con le parti e ponga a fondamento delle proprie decisioni elementi di fatto o di diritto precedentemente discussi con le stesse » ⁽³⁾.

Sulla base di tali presupposti, prima di esaminare le decisioni della Corte europea che hanno riguardato anche l'Italia, si potrebbe affermare, quale punto fermo di ogni successiva riflessione, che vi è una violazione della

⁽²⁾ Per una disamina più ampia sul diritto del contraddittorio M. Busetto, *Il contraddittorio per la legalità, la legalità per il contraddittorio* ([*The contradictory for legality, the legality for the contradictory*]) in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, fasc. 4, 352-356.

⁽³⁾ A. Caravelli, *La prospettiva della Corte Edu sulle sentenze "a sorpresa"* (ECtHR's perspective on unexpected judgments), in *Le sentenze "a sorpresa" nella prospettiva delle corti interne e sovranazionali*, II, *Il Foro italiano*, 2021, fasc. 5, pt. 5, 125. Tra i numerosi commenti alla decisione, vanno segnalati quelli di M. G. Aimonetto, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 3, 1503 ss. R. E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani? considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.* 2009, 11, 2511 ss.

garanzia in esame ogni volta che le corti nazionali abbiano sussunto i fatti in una diversa fattispecie senza la previa possibilità all'imputato di difendersi in relazione alla diversa qualificazione giuridica. Per la verifica di tale violazione deve, però, esaminarsi il caso concreto e nell'ipotesi in cui tale 'modifica' non sia prevedibile — perché mai discussa in relazione all'alternativa principale — è necessario integrare il contraddittorio e rendere edotta la parte della diversa situazione processuale a suo carico. Invero, dopo la prima sentenza Drassich, la Corte europea, con le decisioni del 7 gennaio 2010, (Penev c. Bulgaria, §§ 40-41), e del 24 luglio 2012 (D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, § 82), ha precisato che solo laddove non vi sia stata discussione su 'tali nuovi elementi' deve essere individuata una lesione del diritto di difesa, non avendo permesso all'imputato di poter adeguatamente impostare la propria strategia difensiva.

E, proprio su tali spunti di riflessione, è divenuta simbolica all'interno del nostro ordinamento la decisione del caso Drassich c. Italia (11 dicembre 2007). Si tratta, in realtà, di una duplice decisione, che rappresenta plasticamente la violazione del principio del contraddittorio in uno con la violazione, in concreto, del diritto di difesa, dunque del diritto ad un processo equo.

2. La riqualificazione giuridica del fatto e il mutamento dell'addebito: *Drassich c. Italia* dell'11 dicembre 2007

La 'prima' decisione Drassich c. Italia ineriva al ricorso di un cittadino italiano (magistrato, giudice fallimentare) accusato — e condannato — anche per il reato di corruzione per atto contrario al proprio dovere di ufficio. Egli era stato accusato di aver percepito danaro con riferimento alla nomina di curatori e commissari giudiziari nell'ambito di numerose procedure fallimentari, in cambio della liquidazione di compensi particolarmente elevati per gli ausiliari. La Corte di cassazione — investita, tra le tante questioni, anche della intervenuta prescrizione del reato — riqualificando la condotta del pubblico ufficiale nel più grave reato di corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319-ter cod. pen., aveva rigettato l'eccezione. La decisione della Suprema corte si era fondata su una giurisprudenza consolidata, in base alla quale è nei poteri del giudice 'riqualificare' i fatti, a patto di non determinare, in concreto, un aggravamento della pena inflitta all'imputato. Il giudice di legittimità, quindi, aveva ritenuto di non violare alcun diritto dell'imputato, non avendo modificato la pena cui era stato condannato e soprattutto non essendo intervenuta 'sui fatti': pertanto, non era stato concesso termine all'imputato per poter controdedurre sulla diversa qualificazione giuridica.

La Corte EDU, diversamente, ha ritenuto che la riqualificazione operata dalla Corte di cassazione dovesse considerarsi lesiva del diritto di difesa

dell'imputato che non aveva avuto modo di difendersi in riferimento alla diversa fattispecie di reato individuata, in quanto, seppur il fatto era lo stesso, diversi erano gli elementi costitutivi del reato. Il principio era stato già enunciato nella decisione *Miroux c. Francia* del 26 settembre 2006. In quel caso l'imputato, rinviato a giudizio per un reato tentato era stato condannato dai giudici nazionali per la fattispecie consumata (così meglio determinata la condotta contestata), senza che l'imputato avesse potuto interloquire sulla modifica effettiva della qualificazione del fatto. In quel caso la Corte EDU aveva voluto stigmatizzare la decisione dei giudici francesi sebbene nel diritto interno la 'base giuridica' del fatto contestato fosse la stessa: il giudice sovranazionale aveva evidenziato come le due condotte differissero notevolmente rispetto al grado di realizzazione. In quel caso, per garantire appieno il diritto di difesa sarebbe stato perciò necessario permettere all'imputato di difendersi dalla diversa accusa.

Non dissimile il caso *Drassich*: nella prospettiva della Corte EDU, ciò che rileva è l'effettività del diritto di difesa dagli elementi fondanti la contestazione effettuata; quindi, non assume rilievo la circostanza che la riqualificazione abbia come effetto l'applicazione di un reato meno grave o più grave (immutata nel nostro caso la sanzione), ma la verifica se da quel reato vi sia stata una possibilità di difendersi nel processo. Tale principio è talmente consolidato che si è giunti a ritenere violato l'art. 6 Cedu, anche nel caso in cui le corti avevano riqualificato come colposo un fatto che era stato fino a quel momento contestato come doloso, nella ipotesi in cui la struttura del reato è differente.

In generale, il presupposto della qualificazione giuridica è la comprensione-interpretazione del fatto storico in tutte le sue componenti rilevanti ai fini del diritto penale e la sua trasposizione nella fattispecie astratta ⁽⁴⁾.

Al riguardo, occorre chiedersi se da una lesione del contraddittorio o del diritto di difesa derivi sempre e automaticamente una violazione dell'equo processo, a prescindere dalla fase del procedimento in cui la restrizione avviene. Non si deve, infatti, dimenticare che la Corte EDU effettua una valutazione globale di equità della procedura. Deve perciò innanzitutto rilevarsi che, se la lesione avviene davanti a una corte di merito, non può escludersi che essa venga rimediata dalle corti superiori e che dunque il

⁽⁴⁾ D. IACOBACCI, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?* Nota a Corte eur. Dir. Uomo, sez. II, 11 dicembre 2007 (ricorso n. 25575/04), in *Giurisprudenza italiana*, 2008, fasc. 11, 2584-2590).

processo nel suo complesso possa essere ritenuto equo ⁽⁵⁾. Nel caso in esame, la Corte ha precisato « anzitutto che la riqualificazione in questione ha avuto luogo al momento della deliberazione della Corte di cassazione. Inoltre, non sembra che il pubblico ministero o uno dei magistrati che compongono il collegio dell'alta giurisdizione abbia evocato l'opportunità di riqualificare i fatti della causa in una fase anteriore del procedimento (Pélissier e Sassi c. Francia già cit., § 55[1999]; a contrario, Backstrom e Andersson c. Svezia (dec.), n. 67930/01, del 5 settembre 2006). In queste condizioni, non è stabilito che il ricorrente fosse stato avvertito della possibilità di una riqualificazione dell'accusa formulata nei suoi confronti e, ancora meno, che egli abbia avuto l'occasione di discutere in contraddittorio la nuova accusa (a contrario, D.C. c. Italia (dec.), n. 55990/00, non pubblicata). Del resto, il Governo non presenta alcun argomento in proposito ».

Il ragionamento operato dal giudice europeo è chiaro: la Corte europea « non ha il compito di valutare la fondatezza dei mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto invocare se avesse avuto la possibilità di discutere della nuova accusa formulata nei suoi confronti, in particolare rispetto alla questione di stabilire gli atti delittuosi erano stati compiuti allo scopo di privilegiare una delle parti al processo ». Ha il compito, viceversa, di verificare se sia plausibile sostenere che tali mezzi sarebbero stati diversi da quelli scelti per contestare l'azione principale (anche in questo caso viene citata la decisione Pélissier e Sassi c. Francia, § 60; e Sadak e altri c. Turchia, CEDU 2001, § 55). Quindi la Corte europea ha stigmatizzato l'argomentazione della Corte di cassazione in merito alla carenza di ripercussioni negative per il condannato in tema di pena (come sostenuto anche dal Governo italiano): seppur vero che la sanzione era rimasta immutata, la riformulata qualificazione giuridica del fatto aveva comunque inciso sulla prescrizione, impedendo all'imputato di poterne usufruire. Non avendo l'interessato richiesto un risarcimento per il comportamento dello Stato, il giudice di Strasburgo ha ritenuto corretto che potesse ipotizzarsi 'un nuovo

⁽⁵⁾ A. CARAVELLI, cit.; S. BELTRANI, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 12 S, 38-46, che, occupandosi delle ricadute nel diritto interno della sentenza "Drassich" (diritto ad un equo processo; diritto ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa; diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa) ha voluto esaminare l'elaborazione giurisprudenziale del diritto interno ed i primi contrasti. In tale contesto ha osservato come fosse *ius receptum* ritenere rispettato il contraddittorio anche « quando il giudice d'appello provveda alla riqualificazione dei fatti direttamente in sentenza, senza preventiva interlocuzione sul punto, in quanto l'imputato può comunque pienamente esercitare il diritto di difesa proponendo ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, lett. b), cod. proc. pen., trattandosi di questione di diritto la cui trattazione non incontra limiti nel giudizio di legittimità »; in part. 43.

processo' su richiesta dell'interessato, essendo egli stato condannato in palese violazione dell'art. 6 CEDU. Il riferimento, quindi, è chiaro: sicuramente una violazione del diritto di difesa di fronte ad una struttura della fattispecie contestata diversa da quella riconosciuta; sicuramente una violazione delle prerogative riconosciute all'imputato inerenti 'ai tempi del processo'.

2.1. (Segue) *sviluppi del processo dopo il caso Drassich 1 e la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*

Con sentenza n. 45807 del 2008 la Corte di cassazione, investita del caso Drassich c. Italia del 2007, a seguito della decisione della Corte di appello quale giudice dell'esecuzione che aveva dichiarato 'l'ineseguibilità' della sentenza con riferimento all'aumento di pena in continuazione (per la parte inerente alla decisione della Corte europea), ha revocato la sentenza emessa in data 4 febbraio 2004, limitatamente alla ri-qualificazione giuridica operata senza contraddittorio ed ha disposto procedersi a nuova trattazione del ricorso.

In realtà il giudice dell'esecuzione aveva ritenuto di dare attuazione alla sentenza che aveva condannato l'Italia, seppur non condividendo le deduzioni difensive che ritenevano l'intera decisione del giudice di legittimità inficiata dalla decisione del giudice sovranazionale. Stessa doglianza era stata avanzata davanti al giudice della legittimità, in quanto l'iniquità del processo aveva inficiato tutta la decisione; in ogni caso in via subordinata e con memoria successiva, la difesa aveva richiesto la 'riapertura del procedimento' (così come suggerito dalla Corte europea) e la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, dovendosi fare riferimento al reato contestato al Drassich con la prima imputazione.

La sentenza del 2008 si pone quale strumento di attuazione dei principi fondamentali affermati dalla Corte EDU e risolve questioni processuali attraverso l'interpretazione conforme a costituzione e alle norme internazionali anche al fine di un'uniforme esercizio dei diritti all'interno dell'unione europea. Innanzitutto, il giudice della legittimità ha ribadito la 'forza vincolante' delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle parti contraenti, dovendo queste conformarsi alle sentenze emesse dal giudice sovranazionale (art. 46 della Convenzione). Ha poi voluto ricordare il diritto di una persona a un effettivo ricorso avverso decisioni che sono state stigmatizzate come violative dei diritti e delle libertà (art. 13 della Convenzione). In tale contesto, il supremo consesso ha ricordato come il Giudice delle Leggi, nella sentenza n. 129 del 2008, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lett. a) cod. proc. pen., aveva invitato il legislatore ad intervenire su tale articolo nella

parte in cui esclude dai casi di revisione « ... l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza ... con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo ... ». La Corte di cassazione, proprio in esito a tale invito, precisando che sia un dovere « della giurisdizione verificare, mediante la corretta e rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici, se la disciplina processuale abbia già una regola che, in considerazione dei contenuti e della specificità del caso, renda percorribile l'attuazione di un *decisum* del giudice europeo », ha finito per rendere 'viva' una norma processuale che nel caso in esame appariva del tutto inappropriata. Invero, partendo dal presupposto che per dare esecuzione alla pronuncia europea (nel caso di specie) non fosse necessario un nuovo giudizio di merito « ma solo il rispetto della garanzia del contraddittorio anche sulla diversa definizione del fatto che il giudice di legittimità ha operato *ex officio* », ha stabilito che una simile situazione potesse essere risolta come 'ipotesi di rescissione' del processo in quanto la sentenza resa all'esito di un giudizio di legittimità era sicuramente 'iniqua', perché così definita dai giudici di Strasburgo. Per eliminare l'anomalia era necessario porre l'imputato e la sua difesa « in condizione (...) di esercitare il diritto di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto ». Sulla base di tali riflessioni, la Corte di cassazione ha ritenuto che la regola indefettibile stabilita dall'art. 521 cod. proc. pen. ⁽⁶⁾ andava letta nel senso che il giudice ordinario deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale. Si è posta, quindi, di fronte al dovere del giudice di ricercare all'interno dell'ordinamento il dato normativo da potersi applicare al caso concreto, avendo il Drassich richiesto 'un nuovo processo'. Si è così individuata, quale norma maggiormente adeguata allo scopo, quella del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-*bis* cod. proc. pen.), cui il legislatore ha assegnato una « collocazione sistematica ed una disciplina avulse (e logicamente alternative) rispetto a quelle che caratterizzano la revisione ». E ha applicato tale norma per colmare i vuoti di tutela, ragionando 'per analogia', nella piena consapevolezza di non incorrere nei divieti posti dall'art. 14 delle preleggi.

⁽⁶⁾ « Regola che diviene ancor più cogente nel giudizio di legittimità perché da contenuto e significato alla funzione della Corte di cassazione chiamata ad assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge". La regola è indefettibile, mentre il modulo operativo è emendabile. Nel giudizio di legittimità, l'applicazione dell'art. 521 c.p.p., comma 1 nel senso indicato dalla Corte europea appare conforme al principio epistemologico statuito dall'art. 111 Cost., comma 2, per il quale "... ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti al giudice ...", principio che non investe soltanto "la formazione della prova" ma anche ogni questione che attiene la valutazione giuridica del fatto commesso » (pag. 9 della sentenza in commento).

Con la decisione del 2009 (sentenza della sesta sezione n. 36323), tuttavia, la Corte di cassazione ha ritenuto di dover rigettare il ricorso, dopo aver formalmente accertato che il Drassich fosse stato messo in grado di difendersi 'effettivamente' dalla 'nuova contestazione'.

Ai fini della ricostruzione storica della vicenda, va speso un accenno alla sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, la quale, investita nuovamente dell'incidente di costituzionalità dell'art. 630 cod. proc. pen., lo ha dichiarato parzialmente incostituzionale nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La sentenza precisa come non vi sia contrasto con la decisione del 2008 n. 129 (sopra citata) e apre un varco al giudice per una nuova e diversa valutazione del giudizio dichiarato iniquo dalla Corte europea. In realtà, il giudice delle Leggi — prendendo atto delle differenti soluzioni trovate dalla giurisprudenza domestica, tutte intese a salvaguardare i diritti riconosciuti dalla CEDU (tra cui anche quella di far ricorso allo strumento del ricorso straordinario) — ha ritenuto di dover intervenire in quanto risultava necessario individuare uno strumento che assicurasse l'equità del processo e l'effettività del contraddittorio.

A seguito della sentenza della Corte costituzionale, il Drassich ha adito la Corte di appello di Trento per ottenere la revisione della sentenza di condanna emessa nei suoi confronti; egli richiamava, appunto, la decisione, evidenziando come non avesse avuto modo di poter chiedere 'una revisione' del procedimento sulla base del 'fatto nuovo' connesso alla decisione del giudice sovranazionale e ritenendo che il criterio analogico riconosciuto dal giudice di legittimità (ammissione ad una 'nuova' valutazione dei fatti in applicazione dell'art. 625-*bis* cod. proc. pen.) fosse rimedio di minor portata e rilievo. La revisione gli avrebbe permesso, infatti, di ottenere un nuovo giudizio 'di merito' e non una 'formale' rivalutazione del fatto. La Corte, con l'applicazione analogica dell'art. 625-*bis* cod. proc. pen., non aveva permesso, in realtà, una piena rivalutazione del processo, impedendo all'imputato di difendersi e violando nuovamente l'art. 6 della CEDU.

La Corte di appello di Trento, con ordinanza del 18 gennaio 2012, dichiarava inammissibile l'istanza di revisione osservando che la Corte europea aveva chiesto allo Stato italiano di adeguarsi al *decisum* e che la Corte di cassazione con la decisione del 2008, applicando estensivamente la norma sul ricorso straordinario, aveva, di fatto, dato la possibilità al Drassich di difendersi dalla nuova formulazione.

La decisione del 2013, oggetto di ulteriore ricorso alla Corte sovranazionale, ripercorrendo la vicenda del ricorrente sin dai primi giudizi nel merito ha ritenuto adeguatamente motivata e priva di vizi logici l'ordinanza della Corte di appello di Trento, sperando di porre la parola fine a questa annosa vicenda.

3. La sentenza della Corte di cassazione del 15 maggio 2013 n. 37413 e 'ancora' il caso Drassich (Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 febbraio 2018; *Causa Drassich c. Italia*)

La Corte di cassazione, rigettando il ricorso del Drassich in riferimento alla istanza di revisione, ha ricordato che la decisione del 2009 metteva in evidenza due aspetti del giudizio di legittimità: il primo, ineludibile, inerente all'istanza di partecipazione personale dell'imputato all'udienza davanti al giudice supremo, non prevista, sicché l'eventuale modifica della qualificazione giuridica è rappresentata al (solo) difensore. La seconda è che il 'secondo giudizio' dettato dal giudice sovranazionale non riguardava la ricostruzione dei fatti (indiscussa anche da parte della Corte europea), ma solo la differente qualificazione giuridica e le modalità di contestazione di tale differente qualificazione. Proprio partendo da questi due punti fondamentali, era possibile affermare che la decisione del 2009 non si ponesse in contrasto con la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011.

La sentenza — rammentata la genesi della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630 cod. proc. pen., « funzionale alla individuazione di uno strumento idoneo ad assicurare la riapertura del processo di merito e non anche di quello di cassazione, come si desume dalla specificità del caso che è alla base della pronuncia di illegittimità costituzionale » — prende atto che il Giudice delle Leggi ha riconosciuto cittadinanza all'istituto dell'art. 625-*bis* cod. proc. pen. , idoneo a porre rimedio alle ipotesi di inosservanza della Convenzione EDU, se verificatesi nell'ambito dello stesso processo di legittimità, poiché consente, appunto, all'interessato di ottenere una « situazione equivalente a quella nella quale si sarebbe trovato se non vi fosse stata una inosservanza della medesima Convenzione ». E proprio, nel caso che ci occupa, unica violazione ai diritti alla corretta imputazione era stata fatta in Cassazione con la c.d. modificazione 'a sorpresa' della imputazione: la riapertura del processo di legittimità, quindi, aveva sanato la violazione. Anche nel merito, il giudice supremo ha precisato come la difesa fosse stata messa nella condizione di difendersi pienamente dalla 'nuova imputazione' e, pertanto, non soltanto lo strumento era da considerarsi atto allo scopo, ma anche rispettoso dei tempi e modi per esercitare il diritto di difesa. In ogni caso, il ricorrente non aveva eccepito, davanti al giudice di legittimità nel

2009, che, a fronte di tale nuova imputazione, avrebbe potuto produrre ‘prove nuove’ o ‘ripensare la strategia difensiva’. Invero, si precisa che la censura del ricorrente di non poter richiedere ‘nuove prove’ in quella sede (pena l’inammissibilità della domanda) non poteva trovare accoglimento trattandosi di un giudizio per cassazione ‘pioneristico’ (definito l’utilizzo di quello strumento “a malapena concepibile”) e, pertanto, avrebbe potuto anch’egli ‘pioneristicamente’ azzardare una domanda differente e portare elementi tali da inficiare il giudizio in diritto del fatto reato. Si è posto, infine, il problema se il giudizio di legittimità non consente l’esercizio di un’adeguata attività difensiva, precisando che il suo ‘giudizio’ deve basarsi solo sulla valutazione della corretta applicazione della legge (sostanziale e processuale) e laddove si è valutata soltanto una ‘più corretta’ qualificazione giuridica la difesa spende il suo potere nella pienezza dei suoi spazi ove proprio l’art. 606 lett. b) inerisce alla qualificazione giuridica del fatto e non all’accertamento dello stesso.

La sentenza, poi, si diffonde nel ‘merito’ del ricorso e sulle istanze avanzate dalla difesa: a parere del giudice di legittimità, esse non inerivano alla mera qualificazione giuridica, ma al fatto che le nuove prove non attenessero alla specifica questione della riqualificazione giuridica, quanto tendenti a mettere in discussione la ricostruzione dei fatti, confermata nei due gradi di merito e non inficiata neppure dalla decisione della Corte EDU. La sentenza della Corte costituzionale ha avuto — a dire della Corte di cassazione — il pregio di togliere « la copertura del giudicato a quei vizi processuali che implicano compromissioni di particolare rilevanza dei diritti », concedendo all’interessato di essere messo in una situazione identica a quella in cui avrebbe dovuto trovarsi in caso di mancata inosservanza dei principi CEDU (si richiamano sul punto decisioni della Grande Camera, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, § 151; Sejdicovic c. Italia, 10 novembre 2004, § 55; Sornogyi c. Italia, 18 maggio 2004, § 86). È il ‘tipo’ di vizio processuale che va individuato e sulla base di esso occorre procedere alla rinnovazione integrale del processo o alla sua ‘ripresa’ nel momento in cui lo stesso si è verificato. La seconda sezione, però, non si sofferma solo sul dato oggettivo del violato principio del contraddittorio, ma si spende anche sulla ‘partecipazione in presenza’ richiesta dall’imputato. Il punto è dirimente: il riconosciuto diritto dell’imputato di essere presente — sia durante il primo procedimento, che nel corso del secondo (Lala c. Olanda, sentenza del 22 settembre 1994, § 33; Poitrimol c. Francia, sentenza del 23 novembre 1993, § 35) — deve misurarsi con le attività specificamente indicate nei commi c), d) ed e) del paragrafo 3 dell’art. 6, (“difendersi personalmente, esaminare o fare esaminare i testimoni, farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”). Si afferma, dunque,

che tali diritti in concreto devono essere assicurati essenzialmente nel primo grado di giudizio, perché essi degradano, nella loro essenzialità, nelle fasi successive: tanto da giungere ad affermare che «le procedure dedicate esclusivamente a punti di diritto e non di fatto, possono soddisfare le esigenze dell'articolo 6 anche se la corte d'appello o di cassazione non hanno dato al ricorrente la facoltà di esprimersi personalmente dinanzi ad esse, purché vi sia stata una pubblica udienza in primo grado (Monnell e Morris c. Regno Unito, sentenza 2 marzo 1987, § 58, per il giudizio di appello, e Sutter c. Svizzera, sentenza del 22 febbraio 1984, § 30, per la Corte di cassazione) e ciò perché la giurisdizione interessata non ha il compito di accertare i fatti, ma solo quello di interpretare le norme giuridiche controverse ... (*ex plurimis*, Seliwiak c. Polonia, sentenza 21 luglio 2009; Miller c. Svezia, sentenza 8 febbraio 2005; Tierce e altri c. San Marino, sentenza 25 luglio 2000; K.D.B. c. Paesi Bassi, sentenza 27 marzo 1998; Helmers c. Svezia, sentenza 29 ottobre 1991)».

Con la decisione del 22 febbraio 2018, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, nel caso di specie, non vi sia stata una 'nuova violazione' del diritto di difesa e della corretta instaurazione del contraddittorio. La Corte di Strasburgo ha ricostruito la vicenda nei particolari ed ha ritenuto che la sentenza della Corte di cassazione del 2013 non abbia violato alcuna previsione comunitaria e che la soluzione adottata dai giudici nazionali, prima che intervenisse la Corte costituzionale, sia stata idonea a rimuovere la violazione precedentemente accertata.

Dal § 67 in avanti della pronuncia, la Corte europea ha esplicitato il ragionamento muovendo dalla verifica della corretta informazione a carico del ricorrente, fino alla presa d'atto che il procedimento penale era stato 'riaperto' proprio per permettere alla Corte di cassazione — ossia il giudice che aveva operato la violazione sulla riqualificazione giudiziaria controversa — di adeguarsi alla sentenza di violazione della Corte di Strasburgo. La Corte, ha precisato che la sentenza del 2008 della Corte di cassazione aveva fornito ampia motivazione sui motivi della rimessione della causa da riferirsi alla differente qualificazione giuridica data al fatto: la fissazione di una nuova udienza (davanti a sé) era proprio finalizzata alla corretta instaurazione del contraddittorio; pertanto, il ricorrente, che aveva adito la Corte europea principalmente per tale motivo, aveva già affrontato l'argomento sia davanti alla Corte di appello in sede di esecuzione, che davanti al giudice della legittimità: non poteva ritenersi ignorato l'oggetto della rimessione e della discussione all'udienza tenuta per sanare tale violazione nel 2002. Proprio sull'eccezione di mancata 'formalità' della notifica al ricorrente sulla diversa qualificazione giuridica, la Corte europea è intervenuta in maniera netta, ricordando «che le disposizioni dell'articolo 6 § 3 a) non impongono alcuna

forma particolare per quanto riguarda il modo in cui l'imputato deve essere informato della natura e del motivo dell'accusa formulata a suo carico ». Sui tempi concessi alla difesa per prepararsi adeguatamente, la pronuncia ha osservato che « nei cinque mesi successivi alla revoca parziale della condanna e alla riapertura del processo, l'interessato ha potuto depositare dinanzi alla Corte di cassazione due memorie scritte », senza sottacere che la difesa era presente in udienza ed ha discusso la questione, anche confrontandosi con le conclusioni del p.g. Il giudice sovranazionale ha poi precisato come il ricorrente « non abbia dimostrato di aver presentato argomenti che non avrebbero potuto essere presi in considerazione dalla Corte di cassazione, o che quest'ultima si fosse basata su elementi di diritto o di fatto che non sarebbero stati dibattuti durante il processo ». Senza sottacere che il giudice europeo ha stigmatizzato il comportamento del ricorrente, che non solo non ha mai messo in dubbio la regolarità dei processi di merito, ma non ha neanche mai posto un problema di 'riapertura' del processo per la formulazione di nuove prove a discarico. Unico interesse del ricorrente era quello di ottenere una restituzione al merito per conseguire una declaratoria di prescrizione dei fatti. Sulla base di tali considerazioni, che ad un'attenta lettura, ricalcano le riflessioni del giudice della legittimità, la Corte ha ritenuto che i diritti del ricorrente di essere informato dettagliatamente della natura e del motivo dell'accusa formulata nei suoi confronti e di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa non fossero stati violati (si vedano Dallos c. Ungheria, n. 29082/95, § 52, CEDU 2001 II, e, a contrario, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, n. 29476/06, § 84, 24 luglio 2012). Stesso dicasi in tema di 'presenza' personale dell'imputato; la Corte ha rammentato, come già aveva fatto il giudice di legittimità che il « modo in cui l'articolo 6 § 1 della Convenzione si applica alle corti d'appello o di cassazione dipende dalle particolarità del procedimento in questione ». Si deve tenere conto del processo complessivamente condotto nell'ordinamento giuridico interno e del ruolo che ha svolto in tale processo la Corte di cassazione. Pertanto, una procedura che prevede soltanto punti decisori di diritto, e non di fatto, « può soddisfare le esigenze dell'articolo 6 anche se all'appellante non è stata offerta la possibilità di comparire dinanzi alla corte d'appello o alla Corte di cassazione (Meftah e altri c. Francia [GC], nn. 32911/96, 35237/97 e 34595/97, § 41, CEDU 2002-VII, De Jorio c. Italia (dec.), n. 73936/01, 6 marzo 2003, e Hermi c. Italia [GC], n. 18114/02, §§ 58-67, CEDU 2006 XII) ».

4. Conclusioni

L'annosa vicenda ha un *happy end* per la giurisdizione italiana.

La Corte di cassazione, nei primi anni duemila, aveva effettivamente individuato un rimedio immediato (e di interpretazione analogica favorevole) sufficiente per sanare la violazione commessa. La natura — essenzialmente dichiarativa — delle sentenze della CEDU ha permesso allo Stato italiano, una volta accertata la violazione, di ‘trovare la strada’ corretta per dare attuazione al *decisum*: infatti, « la corretta esecuzione delle sentenze della Corte europea, decisiva al fine di garantire l’efficacia del sistema CEDU, dipende principalmente dall’adozione di misure da parte delle autorità nazionali » (7).

Sono stati conciliati, armonicamente, da una parte, la soluzione del caso controverso e l’adozione delle misure richieste dalla Corte; dall’altra, il confronto con il concetto di diritto ‘consolidato’ (che pure ci riguarda avendo trattato dei principali diritti dell’imputato), cui devono adeguarsi i giudici nazionali. Illuminante sul punto la sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, nella quale è stato individuato « una sorta di ‘decalogo metodologico’ al giudice comune » (8) nel quale è stato ben specificato che il giudice può continuare ad applicare il ‘diritto vivente’ nazionale ove non vi sia il ‘diritto consolidato’ di giurisprudenza comunitaria che « solo ...[vincola] il giudice interno ... »; insomma, « indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento alla luce dei principi sanciti anche dal giudice delle leggi [in base ai quali l’operazione di rivalutazione che il giudice può compiere, senza far scattare il precetto del comma 2 dell’art. 521 cod. proc. pen., è soltanto quella che non va a modificare né l’elemento oggettivo del reato (condotta, evento e nesso causale) né quello soggettivo; o, quantomeno, quella che non va a stravolgere detti elementi, rendendoli incompatibili rispetto ad un effettivo esercizio del diritto di difesa, cfr. sentenza 103/2010 della Corte costituzionale] (sentenza C. Cost. n. 49 cit.). Le riflessioni del giudice europeo si pongono in armonia con l’ultima decisione della Corte di legittimità italiana e recano il fondamentale insegnamento che le norme processuale sono da applicare al di là dei

(7) G. CALAFIORE, *Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo versus giudicato penale: il discrimen fra violazioni procedurali e sostanziali*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 3, 20018, 716, nonché ampilios G. RAIMONDI, *L’obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani negli affari nei quali essi sono parti: l’art. 46, primo comma, della CEDU*, in AA. Vv., *La Corte europea dei diritti umani*, Roma, 2003, 42 ss.; G. CATALDI, *La natura self-executing delle norme della CEDU e l’applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010.

(8) P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in *Giustizia insieme*, 17 ottobre 2019, 10.

semplici formalismi e che i diritti devono essere tutelati nella loro effettività. Principio consolidato e violazione specifica rilevata dalla Corte si devono sposare con il concetto di 'effettività del diritto'; nessuna violazione, quindi, dei diritti fondamentali sussiste se tutti gli istituti a disposizione delle autorità giudiziarie sono attivati ed attuati per rimuoverne gli ostacoli. Le sentenze della Corte di cassazione del 2008 e del 2009 paiono uno spiraglio intelligente di autonomia del giudice nazionale, che è riuscito a trovare nel quadro normativo nazionale le soluzioni più adatte sia per adeguarsi al dettato della Corte europea, che per rimuovere, *ex tunc*, i pregiudizi cagionati dall'errore procedurale commesso.

VI.
**IL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA E IL RIESAME
DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO**
di Chiara Buffon (*)

SOMMARIO: 1. Questioni di immediatezza, tra oralità, pubblicità e prova testimoniale. — 1.1. La mancata audizione di un testimone. — 1.2. Il mutamento del giudice. — 1.3. L'annullamento dell'assoluzione senza riesame delle prove. — 2. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale: metrica italiana. — 3. Nuove frontiere per la rinnovazione: rito abbreviato, esame dell'imputato, giudizio di rinvio e prova scientifica.

1. Questioni di immediatezza, tra oralità, pubblicità e prova testimoniale

Nel linguaggio giuridico, l'oralità è un principio composito che prende il nome, per sineddoche, da una delle sue unità elementari: in senso stretto, oralità significa prevalenza del discorso parlato sulla scrittura; in senso lato, significa immediatezza e indica il rapporto diretto, auditivo, visivo, "fisico" del giudicante con coloro che devono dialetticamente indirizzarlo, ovvero con elementi e fonti di cognizione; significa altresì concentrazione e indica la convergenza temporale delle attività processuali in una o poche udienze. Unità complementari sono l'inappellabilità separata delle decisioni interlocutorie e l'immutabilità fisica del giudice: qualora quest'ultimo sia liberamente sostituibile, gli esiti dell'interazione dialogica e delle acquisizioni probatorie finirebbero per essere apprezzati *de relato*. Ne discende un modello cognitivo che valorizza la continuità percettiva e psicologica tra contraddittorio e decisione, di riflesso la genuinità del convincimento giudiziale, per via d'una collaborazione tangibile tra operatori del diritto e cittadini ⁽¹⁾.

(*) Esperta CEDU a supporto dell'Agente del Governo dello Stato italiano presso la Corte EDU.

⁽¹⁾ Sull'oralità, P. CALAMANDREI, voce *Oralità nel processo*, in *N.D.I.*, IX, 1939, 178 ss.; P. BRUNO, voce *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992; C. VOCINO, voce *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 592 ss.; dal Codice Rocco al Codice Vassalli M. DEGANELLO, voce *Oralità (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, IX,

Di oralità non parlano, però, né la Convenzione né la giurisprudenza della Corte EDU: in sede sovranazionale, risulta veicolata da nomi diversi e “spacchettata” nelle sue componenti. L’art. 6 § 1 enuncia il principio di pubblicità e, dalla pubblicità, la Corte fa discendere lo svolgimento di un’udienza, la sua apertura al pubblico, la presenza dell’accusato, il diritto di far valere le proprie ragioni. L’art. 6 § 3 lett. d) enuncia il diritto dell’accusato di esaminare o far esaminare i testimoni e, dal combinato disposto col § 1, la Corte fa discendere il principio di immediatezza, quale manifestazione dell’equo processo penale e, nello specifico, predicato del rapporto tra giudice e prova testimoniale: « *all evidence must normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument* »; « *an important element of fair criminal proceedings is also the possibility of the accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the case. Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations made by the court about the demeanour and credibility of a witness may have important consequences for the accused* » (2).

Questioni d’immediatezza sorgono con riguardo all’ammissione o assunzione della prova testimoniale, al cambiamento nella composizione del tribunale e all’annullamento in appello dell’assoluzione senza riesame diretto delle prove.

1.1. *La mancata audizione di un testimone.*

Per il ricorso che lamenti la mancata audizione di un testimone, la Corte predispose due “test” di convenzionalità, uno per i testimoni dell’accusa, l’altro per i testimoni della difesa, nonché una serie di linee guida, indistintamente applicabili.

Il primo test, per i testimoni dell’accusa (di cui eventualmente esistono verbali di dichiarazioni predibattimentali), è cristallizzato nelle sentenze della Grande Camera *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* (3) e *Schatschaschwili c. Germania* (4), e consta di tre “livelli” o domande. La Corte verifica se: 1) esiste un buon motivo per l’assenza del testimone; 2) se la condanna si basa

Torino, 1995; sulle distorsioni nel processo attuale e sulle potenzialità della videoregistrazione, G. LATTANZI, *Passato, presente e futuro dell’oralità dibattimentale*, in *Cass. pen.*, III, 2022, 931 ss.

(2) Corte EDU, *P.K. c. Finlandia*, 9 luglio 2002, n. 37442/97.

(3) Corte EDU, G.C., *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011, nn. 26766/05 e 22228/06, parr. 118 ss.

(4) Corte EDU, G.C., *Schatschaschwili c. Germania*, 15 dicembre 2015, n. 9154/10, parr. 100 ss.

esclusivamente o in misura decisiva ⁽⁵⁾ su deposizioni rese da persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare, né durante le indagini né durante il processo ⁽⁶⁾; 3) se l'assenza (motivata) del testimone (decisivo) è compensata da “*counterbalancing measures*” a favore della difesa. Così, nel caso *Al-Khawaja*, la Corte ritiene soddisfatto il contro-bilanciamento in virtù dei seguenti e contestuali elementi: esistenza di altre prove a sostegno dell'accusa, sugli stessi temi che sarebbero stati oggetto di testimonianza; indicazione alla giuria del minor peso probatorio delle dichiarazioni non supportate dall'audizione diretta; possibilità dell'accusato di contestare quelle dichiarazioni col proprio esame ovvero con l'escussione di altri soggetti.

Il secondo test, per i testimoni della difesa, nasce nel caso *Perna c. Italia* ⁽⁷⁾ e progredisce, dinanzi alla Grande Camera, nel caso *Murtazaliyeva*, grazie all'analisi della casistica sul test di *Perna* ⁽⁸⁾. Attualmente consta di tre domande: la Corte verifica 1) se il ricorrente ha motivato la richiesta di citazione del testimone, chiarendone la rilevanza ai fini dell'accertamento della verità, in base all'oggetto dell'accusa o alla posizione delle parti; 2) se i tribunali nazionali, nel pronunciarsi sulla richiesta, hanno valutato la rilevanza della prova e fornito ragioni sufficienti per il rigetto; 3) se il rigetto dei tribunali ha compromesso l'equità complessiva del procedimento (parr. 29, 32).

Nella stessa sentenza, il giudice Pinto de Albuquerque, con opinione dissenziente, raccoglie le linee guida elaborate dalla Corte sull'esame testimoniale e le eleva a “statuto” del principio di immediatezza, senza distinguere testimoni dell'accusa o della difesa: secondo il giudice, distinguere i test di convenzionalità a seconda della richiesta di parte disattenderebbe l'art. 6 § 3 lett. d) che, invero, equipara le condizioni di audizione degli uni e degli altri. In particolare: 1) i tribunali devono adottare tutte le misure

⁽⁵⁾ Per la definizione di “prova decisiva”, *Al-Khawaja* cit. par. 131 «*The word “decisive” should be narrowly understood as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive*».

⁽⁶⁾ Il test per il mancato esame dei testimoni dell'accusa risale, nelle sue coordinate essenziali, già al caso *Unterpertinger c. Austria*, 24 novembre 1986, n. 9120/80, par. 33.

⁽⁷⁾ Corte EDU, *Perna c. Italia*, 6 maggio 2003, n. 48898/99.

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Murtazaliyeva c. Russia*, 18 dicembre 2018, n. 36658/05.

possibili per portare i testimoni assenti in udienza ⁽⁹⁾; 2) il criterio per valutare la richiesta di un testimone, identico per difesa e accusa, è la rilevanza, *prima facie* ed *ex ante*, per l'esito del processo o per la posizione della difesa; 3) le dichiarazioni predibattimentali possono essere lette e utilizzate dal giudice solo eccezionalmente e in ipotesi predeterminate, legate all'irreperibilità del testimone (deceduto ⁽¹⁰⁾, ammalatosi o divenuto incapace ⁽¹¹⁾, scomparso ⁽¹²⁾, residente o in viaggio all'estero ⁽¹³⁾, rimasto silente in quanto coimputato ⁽¹⁴⁾, per non autoincriminarsi ⁽¹⁵⁾ o perché familiare dell'accusato ⁽¹⁶⁾) ovvero a obblighi di protezione (per incolumità ⁽¹⁷⁾, salute o altra vulnerabilità ⁽¹⁸⁾); 4) quando esiste una buona ragione per non convocare il testimone ovvero per leggerne le dichiarazioni predibattimentali in udienza, i tribunali devono adottare misure di "contro-bilanciamento" e compensare gli svantaggi della difesa (ad esempio, prevedendo un'udienza predibattimentale in cui far deporre il testimone in contraddittorio ⁽¹⁹⁾); non è invece sufficiente indicare alla giuria che le dichiarazioni predibattimentali hanno valore probatorio minore ⁽²⁰⁾, né assicurare all'imputato la possibilità di confutare la dichiarazione mediante il proprio esame o altra escusazione ⁽²¹⁾; 5) anche a fronte delle suddette misure compensative, i tribunali non possono basare la sentenza solo, o in misura determinante, sulla dichiarazione predibattimentale del testimone assente ⁽²²⁾; 6) in caso di contraddizione tra dichiarazioni predibattimentali e processuali, i tribunali danno maggior peso a queste ultime; 7) le suddette linee guida possono essere derogate col consenso delle parti.

⁽⁹⁾ Per quanto riguarda i testimoni dell'accusa cfr. Corte EDU, *Pello c. Estonia*, 12 aprile 2007, n. 11423/03, par. 34 e 35; per quanto riguarda i testimoni della difesa, cfr. Corte EDU, *Polufakin e Chernyshev c. Russia*, 25 settembre 2008, n. 30997/02, par. 207.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, 7 agosto 1996, n. 19874/92.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Bricmont v. Belgio*, 7 luglio 1989, n. 10857/84.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Artner c. Austria*, 28 agosto 1992, n. 13161/87.

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Schatschaschwili*, cit., par. 155.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Lucà c. Italia*, 27 febbraio 2001, n. 33354/96, par. 41.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, *Vidgen c. Paesi Bassi*, 10 luglio 2012, n. 29353/06.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Asch c. Austria*, 26 aprile 1991, n. 12398/86.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Kostovski c. Paesi Bassi*, 20 novembre 1989, n. 11454/85.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *P.S. v. Germania*, 20 dicembre 2001, n. 33900/96.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, *Melnikov c. Russia*, 14 gennaio 2010, n. 23610/03, par. 80.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011, nn. 26766/05 e 22228/06, par. 156-157 e 164.

⁽²¹⁾ Corte EDU, *Paic c. Croazia*, 29 marzo 2016, n. 47082/12, par. 51.

⁽²²⁾ Corte EDU, *Doorson c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1996, n. 20524/92, par. 76; Corte EDU, *Van Mechelen e Altri c. Paesi Bassi*, 23 aprile 1997, n. 21363/93 e altri, par. 55; Corte EDU, *AM c. Italia*, 14 dicembre 1999, n. 37019/97; Corte EDU, *Lucà c. Italia*, cit., par. 40; Corte EDU, *P. S. c. Germania*, cit., par. 24; Corte EDU, *Vladimir Romanov c. Russia*, 24 luglio 2008, n. 41461/02, par. 100.

1.2. *Il mutamento del giudice*

Il principio di immediatezza, in quanto valutazione diretta delle prove da parte del tribunale chiamato a prendere la decisione finale, ha quale corollario o diretta conseguenza l'immutabilità del giudice, ossia l'identità fisica tra giudici deliberanti e partecipanti all'istruttoria: solo chi assiste in prima persona all'assunzione della testimonianza può efficacemente valutarne credibilità e attendibilità.

L'approccio della Corte rispetto ai fenomeni di mutamento nella composizione del tribunale non è, però, rigoroso: questi rispondono a problemi amministrativi o procedurali tutt'altro che anomali nel corso dei procedimenti, senza privare l'accusato del diritto di confrontarsi coi testimoni in un'udienza pubblica. In linea di principio, dovrebbero determinare la nuova escussione del testimone decisivo. Tuttavia, qualora non vi si proceda, il principio di immediatezza è sì compromesso, ma non è detto che ciò determini l'iniquità del processo.

Nel caso *Graviano c. Italia* ⁽²³⁾, il mutamento riguardava il giudice togato di un collegio di Corte d'Assise, in procedimento per associazione di stampo mafioso (delitto rientrante nell'elenco di cui all'art. 51, comma 3, c.p.p. e sottoposto, ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p., a un regime peculiare per l'esame di testimoni già ascoltati, in incidente probatorio, nel contraddittorio dello stesso o di altro procedimento ⁽²⁴⁾) e il ricorso sovranazionale lamentava la mancata rinnovazione della prova dichiarativa dinanzi al nuovo giudice. La Corte, alla luce del combinato disposto dell'art. 6 § 1 e § 3 lett. *d*) della Convenzione, ritiene legittima l'eccezione al principio di immediatezza ed esclude la violazione del principio di equità processuale facendo leva sui seguenti elementi: il ricorrente aveva esercitato il suo diritto di interrogare i testimoni in un'udienza pubblica; il mutamento aveva coinvolto solo uno degli otto giudici del collegio; benché i testimoni richiesti fossero decisivi, il ricorrente non aveva indicato profili di novità o pertinenza ai fini della

⁽²³⁾ Corte EDU, *Graviano c. Italia*, 10 febbraio 2005, n. 10075/02.

⁽²⁴⁾ Secondo la versione originaria dell'art. 190-*bis* c.p.p. « quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio ovvero dichiarazioni cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se il giudice lo ritiene assolutamente necessario »; dopo la novella n. 63/2001 « quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze ».

rinnovazione; il “nuovo” giudice aveva avuto a disposizione i verbali delle udienze precedenti.

Ancora, nel caso *Cutean c. Romania* ⁽²⁵⁾, l'accertamento della violazione discende dalle seguenti considerazioni: il mutamento aveva coinvolto l'intero collegio giudicante; i nuovi giudici non avevano rinnovato l'audizione né dell'imputato, benché fosse necessario valutarne l'elemento soggettivo, né dei testimoni, benché il ricorrente ne avesse contestato la credibilità.

La Corte EDU sembra valorizzare sia l'entità del mutamento (quali/ quanti giudici) sia l'iniziativa di parte circa la rilevanza della testimonianza (la rinnovazione è opportuna quando il ricorrente motivi specificamente la richiesta probatoria ovvero contesti la credibilità o attendibilità del testimone). Viceversa, il tribunale risulta destinatario di un dovere che prescinde da richieste con riguardo all'esame dell'imputato.

In conclusione, sulla scorta della casistica sovranazionale, non sussiste una violazione se il cambiamento coinvolge solo uno dei membri del collegio; se il giudice o i giudici sopravvenuti possono ben comprendere elementi e argomenti della causa, ad esempio ricevendo i verbali delle deposizioni; se dinanzi ai medesimi il ricorrente non mette in discussione l'attendibilità del testimone.

1.3. *L'annullamento dell'assoluzione senza riesame delle prove*

Una casistica corposa sulla violazione del principio di immediatezza attiene all'annullamento dell'assoluzione senza la rinnovazione della testimonianza decisiva.

Le modalità di applicazione dell'art. 6 della Convenzione, nel giudizio di appello, non corrispondono a quelle formulate dalla Corte per il primo grado e possono variare da Stato a Stato, a seconda delle particolarità delle impugnazioni interne: occorre prendere in considerazione l'intero procedimento e il ruolo ivi svolto dal giudice di appello ⁽²⁶⁾. L'art. 6 non implica il diritto a un'udienza pubblica né, *a fortiori*, di comparire e partecipare, se la Corte di appello è tenuta a valutare esclusivamente “punti di diritto” ⁽²⁷⁾ ovvero se, in concreto, ha esaminato solo questioni giuridiche ⁽²⁸⁾. Viceversa, se la corte di appello è chiamata a rivalutare la questione d'innocenza o colpevolezza dell'imputato anche sotto il profilo fattuale, deve esaminare le

⁽²⁵⁾ Corte EDU, *Cutean c. Romania*, 2 dicembre 2014, n. 53150/12.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, G.C., *Hermi c. Italia*, 18 ottobre 2006, n. 18114/02, par. 60.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Monnell e Morris c. Regno Unito*, 2 marzo 1987, nn. 9562/81 e 9818/82, par. 58; anche per il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione cfr. Corte EDU, *Sutter c. Svizzera*, 22 febbraio 1984, n. 8209/78, par. 30.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, *Seliwiak c. Polonia*, 21 luglio 2009, n. 3818/04, par. 54.

prove direttamente e, in particolare, sentire in prima persona i testimoni ⁽²⁹⁾. Il giudice non può convincersi della colpevolezza sulla base di una rivisitazione meramente cartolare delle dichiarazioni assunte in primo grado, in ragione della “complessità” della valutazione di attendibilità.

“Complessa” non è solo l’attività giudiziale, in termini di difficoltà, ma la struttura del mezzo di prova testimoniale « il dato probatorio non è, semplicemente, il contenuto della testimonianza, ma la testimonianza stessa, e il testimonia insieme » ⁽³⁰⁾. In altre parole, il convincimento maturato attorno alla dichiarazione riguarda *cosa* sia dichiarato, *chi* dichiarare, *come* si dichiarare. Solo da un confronto personale il giudice può apprezzare il comportamento complessivo del testimone, l’espressione del volto, le pause di riflessione prima di rispondere, le sue titubanze, ogni dato comunicativo diverso dalla parola ⁽³¹⁾.

Tale principio non ammette deroghe in ipotesi di annullamento dell’assoluzione: nel caso Dan c. Moldavia, il tribunale di primo grado assolveva il ricorrente ritenendo non attendibili i testimoni che lo accusavano di aver ricevuto una tangente, mentre la corte d’appello, chiamata a rivalutare la questione di innocenza o colpevolezza, lo condannava ritenendo questi ultimi attendibili sulla scorta dei soli verbali d’udienza. Il ribaltamento viola la Convenzione in quanto non preceduto dalla rinnovazione di testimoni determinanti e fondato su una diversa valutazione della loro attendibilità.

La Corte conferma la rilevanza, ai fini dell’equità complessiva del processo, dell’audizione diretta dei testimoni decisivi, coerentemente con le linee guida valevoli per l’assunzione delle prove in primo grado. Inoltre, impone alle corti di appello di adottare le misure positive necessarie, a prescindere da richieste espresse, così prendendo le distanze dal più flessibile approccio mostrato con riguardo ai mutamenti del giudice.

⁽²⁹⁾ « *Where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant’s guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence* » cfr. Corte EDU, *Popovici c. Moldavia*, 27 novembre 2007, nn. 289/04 e 41194/04, par. 68; Corte EDU, *Constantinescu c. Romania*, 27 giugno 2000, n. 28871/95, par. 55; Corte EDU, *Marcos Barrios c. Spagna*, 21 settembre 2010, n. 17122/07, par. 32. Sulla valutazione dell’attendibilità « *those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness. The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words* » cfr. Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, 5 luglio 2011, n. 8999/07, par. 30.

⁽³⁰⁾ M. MASSA, *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 271.

⁽³¹⁾ E. RUBIOLA, *Rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in grado di appello: prove assunte su richiesta di parte o d’ufficio dal giudice*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, 244.

2. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale: metrica italiana

Il codice di rito attribuisce al grado di appello la funzione di “controllo”, per lo più cartolare, sulla decisione di prime cure e configura come eccezionale la rinnovazione dell'istruttoria. La prova si assume in primo grado, mentre in appello è generalmente veicolata dalla lettura degli atti del fascicolo dibattimentale (art. 602, comma 3, c.p.p.). Stante l'eccezionalità, la rinnovazione è ammessa solo nelle ipotesi di legge, contemplate dall'art. 603 c.p.p. (fermi restando i criteri generali sull'assunzione delle prove di cui all'art. 190 c.p.p., ossia legalità, non manifesta superfluità o irrilevanza): il comma 1 attribuisce al giudice un potere probatorio attivabile su richiesta di parte in ordine a prove nuove o acquisite in primo grado, esercitato solo qualora il primo ritenga di non poter decidere allo stato degli atti; il comma 2 prevede un potere attivabile su richiesta di parte in ordine a prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado; il comma 3 prevede un potere attivabile d'ufficio quando risulti “assolutamente necessario” per l'accertamento dei fatti.

Proprio l'ipotesi di annullamento dell'assoluzione rivela le carenze dell'impianto codicistico, in relazione non tanto al principio di immediatezza, quanto allo standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. Quando i dispositivi di primo e di secondo grado sono concordanti, i relativi apparati motivazionali si saldano in un unico corpo argomentativo: la seconda motivazione potrebbe legittimamente richiamare *per relationem* argomenti sviluppati nella prima e, sotto il profilo conoscitivo, la decisione verrà a fondarsi su un unico ragionamento, dotato complessivamente di un elevato grado di probabilità (dinanzi alla Corte di cassazione risulterà unitariamente sindacabile e logicamente meno vulnerabile). Quando il giudice di appello si discosta dalla decisione di primo grado, valorizzando elementi di prova diversi o diversamente valutati, un ragionevole dubbio sulla colpevolezza è inevitabile: due giudici di merito forniscono un'autonoma motivazione per giustificare decisioni di segno opposto. Il dubbio è più che ragionevole nell'ipotesi di *overturning*: considerato che l'appello si fonda su una rivisitazione cartolare degli atti di primo grado, siano essi formati direttamente nel dibattimento oppure acquisiti al fascicolo attraverso le letture, l'imputato non beneficerà di una prova raggiunta nel contraddittorio orale davanti al giudice chiamato a decidere; inoltre, la sentenza sarà censurabile soltanto per vizi di legittimità innanzi alla Corte di cassazione, con evidente disparità di trattamento rispetto a chi sia stato riconosciuto colpevole sin dal primo grado e abbia, quindi, goduto di un doppio vaglio di merito sulla propria condanna ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Nel 2003, le Sezioni Unite (n. 45276 del 24 novembre 2003) denunciano espressamente il contraddittorio *ex actis* del giudizio di appello: ove non si concluda con la conferma

Non ritenendo superabile il ragionevole dubbio insito nell'ipotesi di un'assoluzione seguita da condanna, la legge c.d. Pecorella 20 febbraio 2006, n. 46, oltre a formalizzare la regola di giudizio dell'art. 533 c.p.p., impedisce al pubblico ministero di impugnare la sentenza di proscioglimento, soluzione dichiarata incostituzionale dopo neanche un anno, per violazione del principio di parità delle armi tra accusa e difesa ⁽³³⁾. Esclusa l'inappellabilità, la giurisprudenza di legittimità recupera la strada della motivazione rafforzata: qualora il giudice di secondo grado intenda ribaltare una sentenza di proscioglimento, è tenuto a una serrata lettura critica degli elementi di prova impiegati per l'assoluzione, dovendone dimostrare l'incompletezza, la non correttezza o l'incoerenza ⁽³⁴⁾.

Le prime condanne sovranazionali fanno breccia su un sistema che vacillava già dall'interno. Secondo la Corte, quando il ribaltamento è determinato dalla diversa valutazione di attendibilità della testimonianza, la motivazione rafforzata (che secondo i giudici interni colmerebbe l'esigenza di certezza) non soddisfa il principio di equità: nel caso *Lorefice c. Italia*, la Corte circoscrive le eccezioni alla mancata rinnovazione della testimonianza, individuandole in ipotesi "limite" o d'impossibilità materiale, quali il decesso del testimone o la necessità di rispettarne il diritto di rimanere in silenzio a fronte del rischio di autoincriminarsi ⁽³⁵⁾.

L'unica alternativa è la rinnovazione, di cui le Sezioni Unite imporranno l'obbligatorietà con pronuncia del 2016 ⁽³⁶⁾, recepita dalla Riforma Orlando (Legge n. 103/2017) che, col nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., introduce un potere probatorio attivabile d'ufficio in caso di appello da parte del

dell'alternativa assolutoria, dovrebbe essere riqualificato come giudizio di natura esclusivamente rescindente. L'opzione di un giudizio di appello come giudizio unicamente rescindente era già presente in A. NAPPI, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, 974 ss.

⁽³³⁾ Corte Cost., n. 26 del 2007, in *Giur. cost.*, 221. In successione, la Consulta ha eliminato, con sent. n. 26/2006, l'art. 1 della legge n. 46/2006 nella parte in cui modificava l'art. 593 c.p.p. ed escludeva l'appellabilità per il pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento; con sent. n. 32/2007, l'art. 2 della legge n. 46/2006 nella parte in cui modificava l'art. 443 c.p.p. ed escludeva l'appellabilità per il pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento emesse a seguito del giudizio abbreviato. Infine, con sent. n. 85/2008, è stato dichiarato illegittimo l'art. 1 della legge n. 46 nella parte in cui modificava l'art. 593 c.p.p. ed escludeva in danno dell'imputato l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento relative ai reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603 c.p.p., in presenza di una prova decisiva.

⁽³⁴⁾ Cass. pen., Sez. I, 16 dicembre 1994, n. 1381; Cass. pen., Sez. I, 27 giugno 1995, n. 8009; Cass. pen., Sez. II, 12 dicembre 2002, n. 15756.

⁽³⁵⁾ Corte EDU, *Lorefice c. Italia*, 29 giugno 2017, n. 63446/13.

⁽³⁶⁾ Cass. pen., S.U., 28 aprile 2016, n. 27620.

pubblico ministero contro una sentenza proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa. Sebbene non si faccia espresso riferimento al requisito della decisività, deve ritenersi pacifico in un'ottica convenzionalmente orientata. Viceversa, la "questione di attendibilità" potrebbe non essere requisito necessario agli occhi della Corte EDU, il che determinerebbe la non convenzionalità di quella giurisprudenza interna che distingue tra annullamento dell'assoluzione per diversa valutazione dell'attendibilità del dichiarante e annullamento a causa di travisamento della prova, per omissione, invenzione o falsificazione ⁽³⁷⁾.

3. Nuove frontiere per la rinnovazione: rito abbreviato, esame dell'imputato, giudizio di rinvio e prova scientifica

Le ripercussioni della sentenza *Dan c. Moldavia* non si prestano a pronostici attendibili. La pronuncia, a distanza di pochi mesi, delle sentenze *Di Martino e Molinari c. Italia* ⁽³⁸⁾ e *Maestri c. Italia* ⁽³⁹⁾ denota come il percorso di riallineamento tra giudizio di appello e principio di immediatezza, con riguardo alla prova dichiarativa, da una parte, non è indiscriminato, dall'altra, non è finito.

Nella prima sentenza, la Corte EDU ritiene che la scelta del rito abbreviato integri un limite all'obbligo di ascoltare i testimoni, ancorché in appello venga ribaltata una sentenza di assoluzione. Con riguardo all'unico testimone escusso in udienza preliminare, per integrazione probatoria sollecitata dal pubblico ministero, la Corte esclude la necessità di rinnovazione ritenendo che l'eccezione *ex art. 441, comma 5, c.p.p.* avesse base legale prevedibile e che la testimonianza controversa non avesse ricevuto, né in primo né in secondo grado, un peso decisivo. Particolarmente significativo è un *obiter* dedicato alla giurisprudenza di legittimità italiana, nella parte in cui interpreta estensivamente l'art. 603 c.p.p. e impone ai giudici di appello di disporre d'ufficio l'audizione di testimoni decisivi anche nei procedimenti svolti con rito abbreviato non condizionato ⁽⁴⁰⁾: l'esegesi in parola rappresenta un livello di protezione dei diritti umani più ampio rispetto a quello

⁽³⁷⁾ Cass. pen., S.U., 19 gennaio 2017, n. 18620.

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Di Martino e Molinari c. Italia*, 25 marzo 2021, nn. 15931/15 e 16459/15.

⁽³⁹⁾ Corte EDU, *Maestri e Altri c. Italia*, 8 luglio 2021, nn. 20903/15 e altri.

⁽⁴⁰⁾ Si fa riferimento all'orientamento cristallizzato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 18620 del 19 gennaio 2017.

esigibile in forza della Convenzione (par. 39) ⁽⁴¹⁾. Dalla medesima sentenza, sembrerebbe che la Corte EDU ritenga necessaria la rinnovazione della testimonianza assunta nel primo grado del giudizio abbreviato condizionato o comunque integrato *ex art.* 441, comma 5, c.p.p. Sul punto è attualmente pendente un contenzioso col governo italiano, in relazione a un caso di integrazione probatoria disposta dal GUP, assoluzione in primo e in secondo grado, affermazione di responsabilità solo in sede di rinvio, sulla base di ulteriori integrazioni probatorie.

Nel caso *Maestri e Altri c. Italia*, la Corte EDU accresce lo standard di tutela: qualora il giudice dell'impugnazione sia competente a pronunciarsi per la prima volta in termini di colpevolezza, la valutazione diretta delle prove implica la rinnovazione non solo della testimonianza decisiva ma dell'esame dell'imputato, ancorché assente, soprattutto se occorre pronunciarsi sull'elemento soggettivo. Sul punto, il giudice di appello è tenuto ad adottare "misure positive", con apposita citazione per il nuovo esame, sicché non risultano sufficienti né la citazione in appello (poiché la rinuncia a comparire nel procedimento non equivale alla rinuncia al diritto di essere ascoltato) né la facoltà di rendere dichiarazioni spontanee o il diritto di prender la parola per ultimo.

Già in passato la Corte aveva esteso le garanzie formulate con riguardo alla testimonianza anche all'esame dell'imputato ⁽⁴²⁾, risultando però ora inidonea, quale misura compensativa, anche la facoltà di rendere dichiarazioni spontanee.

Ultima frontiera della rinnovazione, anch'essa attualmente oggetto di contenzioso col governo italiano, è la prova scientifica. La giurisprudenza interna ha già riconosciuto il dovere del giudice di appello di rinnovare l'audizione di periti o consulenti decisivi, in forza della natura dichiarativa di tale mezzo di prova, benché, a differenza della testimonianza, sia privo di contenuto narrativo ed essenzialmente valutativo.

Vademecum

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Tenuto conto delle circostanze particolari del caso di specie e delle peculiarità del procedimento interno, il ricorrente ha potuto, come richiesto dall'art. 6 § 3 <i>d</i>) della Convenzione, ottenere l'audizione del testimone X alle stesse condizioni dei testimoni a
--------------------------	--

⁽⁴¹⁾ L'interpretazione formulata dalle Sezioni Unite è stata, però, superata dalle modifiche apportate dalla Riforma Cartabia n. 150/2022 che ha limitato, nel giudizio abbreviato d'appello, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in caso di ribaltamento *in peius* della pronuncia assolutoria, a soli casi di integrazione probatoria.

⁽⁴²⁾ Corte EDU, *Cutean c. Romania*, cit., par. 60.

	<p>carico?</p> <ul style="list-style-type: none"> • La richiesta di audizione del testimone era sufficientemente motivata e rilevante per l'oggetto dell'accusa? • I giudici hanno esaminato adeguatamente la pertinenza della deposizione e hanno fornito motivi sufficienti per la decisione di non ascoltare il testimone o rinnovare la deposizione? • La decisione di non sentire il testimone ha pregiudicato l'equità complessiva del processo ai sensi dell'art. 6 §§ 1 e 3 d) della Convenzione?
<p>Indicazioni operative</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Per utilizzare le dichiarazioni di "testimoni" che non si presentino in udienza (es. predibattimentali), verificare l'esistenza di "buoni motivi" per l'assenza, ammettere i mezzi di prova richiesti dall'imputato sui medesimi temi, basare l'affermazione di responsabilità anche su altri elementi probatori. • Nel rigettare la richiesta di un testimone della difesa, argomentarne l'assenza di rilevanza/pertinenza, motivare il rigetto, valorizzare la presenza di altri elementi di prova risultanti da mezzi prodotti dall'imputato sugli stessi temi. • In caso di mutamento del giudice, rinnovare la prova testimoniale quando decisiva e se l'imputato abbia espressamente motivato la necessità di nuova audizione o contestato la credibilità/attendibilità. • Per ribaltare una sentenza assolutoria, quando sia controverso l'elemento soggettivo, citare l'imputato appositamente per l'esame. • Per ribaltare una sentenza assolutoria, quando sia necessario valutare una testimonianza decisiva (ancorché non esclusiva né la principale) rinnovare l'audizione.

VII.

L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE QUALE GARANZIA DI EQUITÀ DEL PROCESSO (*FELLONI C. ITALIA*)

di Antonietta Picardi (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 1.1. (*Segue*) storia del procedimento. — 2. La decisione *Felloni c. Italia*. — 3. Motivazione della CEDU in merito alla denunciata violazione dell'art. 7 (cenni). — 4. L'obbligo di motivazione in Italia. — 4.1. ... e nella CEDU. — 5. Conclusioni.

1. Premessa.

« La funzione di garanzia contro l'abuso sempre possibile del potere è talmente connaturale al processo che quando essa manca a rigore non si dovrebbe neppure parlare di processo bensì di un apparato costruito per mascherare il sopruso » (1). L'A. fa tale riflessione ricordando che il processo penale per essere equo 'e non sopraffazione' deve rispettare alcuni principi naturali, fra i quali emerge preponderante la giustificazione della decisione presa dal giudice: appunto la motivazione. Purtuttavia, riflette l'autore (e non può non condividersi il suo pensiero), è tutt'altro che agevole individuare questo principio naturale sulla base delle norme del codice di procedura penale; soltanto attraverso la funzione di garanzia fornita dalla motivazione (spiegazione della *decisione*) di ciò che è stato deciso si può argomentare sul suo valore aggiunto. Pertanto, essa deve essere il più analitica possibile, « tale che non resti immotivato neppure il più infinitesimale frammento della decisione del giudice » (2). In disparte le meditazioni logico-filologiche tra il concetto di decisione e quello di motivazione, che occuperebbero sicuramente molto spazio.

(*) Sostituta procuratrice generale presso la Corte di cassazione.

(1) M. MASSA, *Motivazione della sentenza*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Diritto e procedura penale, 1990, 1.

(2) M. MASSA, *op. cit.*, 2.

Nessun dubbio deve sorgere sul fatto che tra i motivi di ammissibilità di un ricorso per cassazione vi è il c.d. vizio di motivazione che può sfociare in contraddittorietà, insufficienza, assenza totale. Senza addentrarci negli arresti del giudice di legittimità in tema di motivazione, non può sottacersi che le sentenze vengono contestate principalmente per difetto di motivazione, tanto che, già nel 1966, insigni giuristi hanno ricordato come « la grande maggioranza dei ricorsi penali si basa sul motivo dell'art. 475 n. 3 [oggi 606 lett. e)], spesso addotto pretestuosamente »⁽³⁾. Al di là del pretesto difensivo, appare evidente nel nostro sistema processuale che la motivazione costituisca il 'fulcro' della decisione⁽⁴⁾. In realtà, l'obbligo della motivazione non è della sola sentenza, ma di tutti i 'provvedimenti giurisdizionali', in coerenza con la previsione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽⁵⁾. Storicamente il concetto di obbligo della motivazione viene fatto risalire al Dispaccio reale del 23 settembre 1774 di Ferdinando IV, re di Napoli, opera del Ministro Bernardo Tanucci⁽⁶⁾. Si deve necessariamente sorvolare sul divieto di interpretazione (o di massima limitazione prevista dal Dispaccio)⁽⁷⁾ da parte del giudice, e concentrarsi esclusivamente sul dato che la motivazione,

⁽³⁾ E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pag. 181, n. 2; l'A. riporta testualmente la testimonianza di CONSO e FAZZALARI, *Appunti per una discussione sui problemi attuali della Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 75.

⁽⁴⁾ E. AMODIO, *op. ult. cit., passim*; M. MENNA, *La motivazione nel giudizio penale*, Napoli, Jovene, 2000, 5-48.

⁽⁵⁾ Sul punto *amplius* L. SALVATO, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali: principi costituzionali e sovranazionali*, intervento al corso per la formazione decentrata del 19 aprile 2019, nonché introduzione all'incontro di studi per la formazione decentrata dell'8 giugno 2022.

⁽⁶⁾ Sul punto P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774* « in qualunque decisione, che riguardi o la causa principale, o gl'incidenti ... si spieghi la ragione di decidere, o sieno li motivi, su quali la decisione è appoggiata », sul sito di Roma3 dal 1° gennaio 2007, 6 e ss. e in *Studi in onore di Luigi Berlinguer*, promossi dall'Università di Siena e Sassari, 2008.

⁽⁷⁾ P. ALVAZZI DEL FRATE, *op. cit.*: « che le decisioni si fondino non già sulle nude autorità de " Dottori, che han pur troppo, colle loro opinioni, o alterato, o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del Regno, o comuni ». In ogni caso, ci si era preoccupati anche del dubbio interpretativo o della lacuna legislativa e si era previsto che « quando non vi sia legge espressa per lo caso, di cui si tratta, e si abbia da ricorrere alla interpretazione o estensione della legge » ... il giudice avrebbe dovuto comunque fondare la sua decisione sulla base della *ratio* delle leggi regie o del diritto romano: « vuole il Re che questo si faccia dal Giudice in maniera, che le due premesse dello argomento sieno sempre fondate sulle leggi espresse e letterali ». Ove impossibili anche tali riferimenti si era previsto che « allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà Sua, per attendere il sovrano oracolo ».

sin dalla fine del '700, si è imposta quale valore fondamentale di ogni ordinamento giuridico ⁽⁸⁾.

Come osservato ⁽⁹⁾, la motivazione attiene a tutti gli atti giurisdizionali e prende forma nel nostro ordinamento dal dettato di una sentenza delle Sezioni Unite civili (Alta Corte istituita per decidere sulla decadenza e le sanzioni accessorie a carico dei senatori di nomina regia che, coi loro voti e la loro azione politica, avevano favorito o sostenuto l'avvento ed il consolidarsi della dittatura e l'entrata in guerra dell'Italia): sentenza n. 1093 del 1947. La data è evocativa: siamo prima della promulgazione della Costituzione e con essa si affermò l'obbligo per il giudice « di specificare le ragioni del suo convincimento ... », evidenziando come non sia più stato ricordato nelle costituzioni moderne in quanto considerato principio di carattere generale in tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi civili (in quel caso le S.U. ritennero quindi la sentenza mancante della motivazione viziata da « eccesso di potere giurisdizionale »). La motivazione, in ogni caso, è il portato di una magistratura professionale, elemento che la legittima e che garantisce la sua soggezione soltanto alla legge; è strumentale al diritto di difesa, specie con riguardo ai rimedi impugnatori. Solo attraverso la lettura di essa, le parti possono comprendere il percorso logico del giudice e provare a contrastarlo davanti al giudice dell'appello; da qui nasce il dialogo: nella confutazione di punti di motivazione posti davanti ad un giudice terzo. Ed è questo il nucleo della sentenza Felloni: la mancanza di motivazione o motivazione c.d. apparente.

1.1. (Segue) *storia del procedimento*

Il signor Felloni è stato condannato in Italia per una guida in stato di ebbrezza, commessa nel 2007; egli aveva, nel merito, contestato la sua responsabilità (adducendo motivi di fatto: il suo stato di alterazione non era dovuto all'uso di alcolici, ma all'assunzione di alcune medicine) e al giudice di appello aveva anche richiesto che gli fossero riconosciute le attenuanti generiche — non concesse dal giudice di primo grado — in quanto incensurato.

La Corte d'appello, confermando la sentenza impugnata, aveva precisato che seppur vero che l'art. 62-*bis* cod. pen., era stato modificato dalla legge n.

⁽⁸⁾ L. SALVATO, *op. ult. cit.* L. MOLTESE, *Tecnica di redazione e completezza di sintesi dei provvedimenti giudiziari*, intervento al Corso per la formazione decentrata della Scuola superiore della magistratura, del distretto di Milano, *Tra sintesi necessaria e completezza sufficiente. Lo stile di redazione degli atti giudiziari*, 23 aprile 2015.

⁽⁹⁾ L. SALVATO, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, cit. che richiama uno scritto di G. MONTELEONE, *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto Processo Civ.*, 2013.

125 del 2008 (con l'introduzione del comma 1-*bis* — in esso si è precisato che l'assenza di precedenti penali non può legittimare, di per sé, il riconoscimento delle predette attenuanti —), nel caso in esame mancavano ulteriori elementi sintomatici per la necessaria meritevolezza di tale beneficio. L'imputato non aveva mostrato segni di resipiscenza, senza sottacere che egli si era mostrato recidivo in quanto dopo questo episodio era stato nuovamente sorpreso alla guida della sua autovettura, in stato di alterazione alcolica (anche nel secondo procedimento il signor Felloni si era difeso adducendo le stesse argomentazioni in fatto).

Egli, conseguentemente, aveva adito la Suprema Corte di cassazione, allegando l'erronea valutazione operata dai giudici di merito anche in riferimento alla modifica normativa intervenuta nelle more (art. 606, lett. *b*), cod. proc. pen.).

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile dalla settima sezione (c.d. sezione stralcio) in quanto le censure avanzate erano state ritenute tutte 'in fatto'.

Il punto di censura della difesa, avanzato in cassazione, invero, è dirimente per comprendere la decisione della Corte di Strasburgo, vista la dichiarata sussistenza del difetto di motivazione da parte del giudice di legittimità. La difesa aveva lamentato l'erronea applicazione della legge penale da parte della Corte di appello, che, a suo dire, rigettando l'istanza di riconoscimento delle attenuanti generiche, aveva applicato la nuova formulazione dell'art. 62-*bis* cod. pen., ritenendo, per la loro concessione, insufficiente la mera incensuratezza e valorizzando, di contro, la sua condotta durante il processo e dopo la commissione del suo primo reato. Assumeva, quindi, che vi fosse stata un'applicazione di legge più sfavorevole al reo e richiedeva al giudice di legittimità una valutazione in diritto sul punto.

La dichiarazione di inammissibilità *de plano* aveva, però, comportato 'il completo silenzio sul punto'.

In disparte le numerose sentenze in tema di applicazione delle attenuanti generiche (anche prima della riforma) in assenza di ulteriori elementi favorevoli da valorizzare oltre alla c.d. incensuratezza (per la loro concessione era necessario anche prima della riforma una valutazione globale della personalità del reo); ciò che rileva in questa sede sono le doglianze avanzate dal Felloni in punto di motivazione, rimaste senza risposta. Tramite il suo difensore, ha adito la Corte Europea dei diritti dell'uomo, lamentando *in primis* la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU — omessa motivazione da parte della Corte di cassazione sulla doglianza difensiva di erronea applicazione della legge penale —, per poi soffermarsi sulla violazione dell'art. 7, § 1, CEDU, perché nei suoi confronti sarebbe stata retroattivamente applicata una legge sopravvenuta al fatto e sfavorevole rispetto alla norma vigente al momento del commesso reato.

2. La decisione *Felloni c. Italia*

La decisione del 6 febbraio 2020 della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che da parte del giudice italiano vi sia stata violazione dell'art. 6, § 1, CEDU (diritto ad un equo processo) per carenza motivazionale da parte della Corte di cassazione sulla precisa questione avanzata dal ricorrente.

Diversamente, ha escluso la violazione dell'art. 7, § 1, CEDU in quanto la Corte di appello aveva valutato le istanze dell'imputato di applicazione dell'art. 62-*bis* cod. pen., ma aveva rigettato la richiesta dopo avere analiticamente esaminato gli elementi indicati nell'art. 133 cod. pen. La pena era stata calcolata sulla base del fatto reato contestato e sul comportamento processuale; ha ritenuto, quindi, che la pena irrogata all'imputato non fosse stata determinata dall'applicazione retroattiva di una legge sopravvenuta a lui sfavorevole.

La Corte, quindi, ha condannato l'Italia per omessa motivazione da parte del giudice della legittimità, sulla questione di diritto avanzata dal Felloni dell'applicazione della norma di legge che a suo dire era sfavorevole all'imputato ⁽¹⁰⁾.

La questione, quindi, non atteneva alla concreta pena comminata dalla Corte di appello, ma al difetto motivazionale in cui il giudice di legittimità era incorso sulla base della questione di diritto posta alla sua attenzione. Quindi, pur non essendo stata applicata in maniera retroattiva una norma sfavorevole all'imputato, sarebbe stato corretto da parte del giudice della legittimità

⁽¹⁰⁾ Per un primo ed immediato commento, C. CONTI, *Obbligo di motivazione delle sentenze e retroattività della norma penale sfavorevole*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, n. 5, 715 e ss.. In lettura critica S. BELTRANI, *La violazione dell'obbligo di motivazione sui "principali motivi di ricorso per cassazione" viola l'art. 6, § 1, CEDU*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 9, 3411 e ss.; l'A. si dilunga sul fatto che la decisione *Felloni c. Italia* sia erronea, in quanto la Corte di cassazione, nella sentenza censurata, seppur non aveva riportato il sesto motivo di ricorso (appunto quello inerente il riconosciuto vizio motivazionale), nel caso di specie si trattava di un errore puramente 'di fatto', che non poteva essere censurato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo; testualmente: «non compete alla Corte EDU trattare pretesi errori di fatto commessi da un tribunale, a meno che (e nella misura in cui) essi possano arrecare concreto ed effettivo pregiudizio ai diritti ed alle libertà tutelati dalla Convenzione». L'autore ritiene in casi simili sufficiente il ricorso all'istituto dell'art. 625-*bis* cod. proc. pen. Ci si permette di non concordare con tale lettura della sentenza: l'omessa 'visione' di un motivo di ricorso, inerente diritti e libertà dell'imputato, sicuramente viola il principio della completezza motivazionale, con la carenza assoluta della stessa. Nessun dubbio che la parte avrebbe potuto esercitare il suo diritto sollecitando la Corte ad una revisione della propria decisione; ciò non significa che non sia stata omessa totalmente una risposta ragionata sulla sua censura. D'altra parte, anche secondo l'autore, le condizioni di ricevibilità stabilite dall'art. 35 della Convenzione non pare facciano riferimento alle istanze di revisione o ai ricorsi straordinari.

spiegare perché non vi fosse stata tale violazione. Le altre censure avanzate (che poi saranno esaminate velocemente) e che non ineriscono al tema da trattare, sono state ritenute infondate.

Il principio sul quale la Corte Europea si è concentrata, quindi, sulla base di quanto detto in premessa, è proprio quello inerente al dialogo tra le parti: la motivazione è l'unico strumento del giudice per dimostrare se le censure avanzate sono state valutate, seppur disattese ⁽¹¹⁾.

Alcuni autori hanno voluto puntualizzare che la decisione che ci occupa non ha fatto altro che ribadire i valori posti alla base dell'obbligo di motivazione (che inerisce a tutti i provvedimenti giurisdizionali) « pervenendo ad un riconoscimento della motivazione come categoria funzionale: “è o non è, *tertium non datur*” » ⁽¹²⁾. Attraverso la motivazione il giudice ‘rende conto’ non soltanto del ragionamento logico deduttivo effettuato sulle fonti di prova, ma anche in base a quali strumenti normativi è giunto a tali conclusioni. Soltanto attraverso tale argomentare si può affermare corretto lo *ius dicere* che, appunto, non è verdetto, non è sapere trascendente, ma *modus* per dimostrare le ragioni che sostengono la decisione. Ed il giudice, proprio per il dialogo tra le parti, è tenuto a fornire risposta alle domande lui sottoposte. Tuttavia, in altro punto della decisione, la Corte europea ha ribadito anche il principio secondo cui i giudici non possono essere tenuti a motivare il rigetto di ogni argomentazione addotta da una parte (Ruiz Torija c. Spagna, 9 dicembre 1994, § 29, serie A n. 303-A).

Diventa imperante, perciò, l'esigenza di individuare la linea di demarcazione che separa l'obbligo di fornire risposta, rispetto a quello di non essere tenuto a motivare ogni rigetto.

Si potrebbe sintetizzare, dalla lettura della decisione, che i giudici non sono dispensati dal dovere esaminare debitamente i motivi principali di ricorso (Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2) [GC], n. 19867/12, § 84, 11 luglio 2017), soprattutto se si tratta di motivi che attengono « ai diritti e alle libertà » garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli.

Il principio assunto come violato dalla difesa del Felloni (di non retroattività delle leggi penali più severe) era sicuramente attinente ‘ai diritti ed alle

⁽¹¹⁾ La Corte richiama sul punto la decisione *Taxquet c. Belgio* [GC], n. 926/05, 2010, con la quale era stato condannato lo Stato perché l'imputato, condannato da una corte d'assise (in linea di massima incompatibile con il diritto a un processo equo secondo l'articolo 6 CEDU) non aveva avuto modo di comprendere quale fosse stato il processo decisionale dei giudici popolari e non aveva avuto modo di impugnare la decisione. Ampiamente D. LIVRERI, *Felloni contro Italia: caso isolato o breccia nella cultura dell'inammissibilità?* in *Diritto e proc. penale*, 15 giugno 2020.

⁽¹²⁾ F. R. DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema d'inammissibilità delle impugnazioni*, in *Arch. Pen.*, 2020, n. 1, 3 e ss.

libertà' e, di conseguenza, è stata desunta la violazione dell'art. 6 laddove la risposta da fornire avrebbe meritato una valutazione di maggior rigore (Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, n. 76240/01, § 96, 28 giugno 2007, e Magnin c. Francia (dec.), n. 26219/08, 10 maggio 2012), implicando l'applicazione di una norma sfavorevole all'imputato ed entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto.

Ove si ci trovi di fronte ad un'istanza di violazioni che attengono ai 'diritti ed alle libertà', la motivazione diventa il necessario momento della verifica delle modalità di esercizio del potere giurisdizionale: consente alle parti di « comprendere i motivi della decisione e, quindi, di poter formulare le proprie doglianze al giudice dell'impugnazione » ed ai terzi « con riferimento alla seconda prospettiva ... di “giudicare il giudizio” realizzandosi per tale via un “controllo democratico diffuso” » (13). L'A. tiene anche a sottolineare come « accertata una violazione del “processo equo” con conseguente ammissibilità di una procedura di revisione », si deve prendere atto che tali arresti giurisdizionali (omesse motivazioni su questioni che si ritengono ovvie e/o superate dalla lettura del dato normativo) a volte sono conseguenza di « ideologie esasperatamente efficientiste del processo » che « possono condurre a risultati opposti rispetto a quelli prefissati ».

A fronte di un'esigenza di eliminazione dell'arretrato 'perché chiesto dall'Europa' ed oggetto anche delle previsioni del P.N.R.R., a volta si può inciampare in omissioni non ammissibili essendo necessario « un ritorno ai “valori” dell'accertamento ».

Le dinamiche connesse a quest'ultimo non possono essere gestite con logiche da risultato aziendale; occorre in altre parole ricordarsi che il processo non è quantità ma qualità; « è metodo, è regola, è caratterizzazione giurisdizionale della procedura, è diritto ad un controllo del giudice superiore, è in sostanza quell'insieme di valori che tutelano l'individuo nei suoi rapporti con l'autorità » (14).

3. Motivazione della CEDU in merito alla denunciata violazione dell'art. 7 (cenni)

Si è già detto che, in concreto, non è stata riconosciuta la violazione dell'articolo 7 della Convenzione, che non si limita a vietare l'applicazione retroattiva della legge penale a svantaggio dell'imputato, ma richiama il principio generale del *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Del Río Prada, sopra citata, § 78, Vasiliauskas, *sopra citata*, § 154, e Kokkinakis c. Grecia, 25

(13) F.R. DINACCI, *op. cit.* 4.

(14) F.R. DINACCI, *op. cit.*, 14.

maggio 1993, § 52, serie A n. 260 A). La Corte di Strasburgo ha osservato che non era stata messa in discussione l'applicazione della legge penale da parte della Corte di appello di Bologna in tema di attenuanti generiche, in quanto già la legge penale sussistente al momento della commissione dei fatti non prevedeva un riconoscimento automatico delle stesse nei confronti di una persona incensurata. Ritenuta corretta la determinazione della pena, la Corte europea ha osservato « che il ricorrente non sia stato penalizzato a causa della valutazione, dal punto di vista della nuova legge, di fatti antecedenti all'entrata in vigore di quest'ultima (Rohlena c. Repubblica ceca [GC], n. 59552/08, § 67, CEDU 2015 e, a contrario, Maktouf e Damjanović, sopra citata, § 70) ».

4. L'obbligo di motivazione in Italia

Al di là del pretesto difensivo, appare evidente, da quanto sin qui detto, che nel nostro sistema processuale la motivazione sia il 'fulcro' della decisione ⁽¹⁵⁾. Si è spesso fatto riferimento all'esigenza di individuare indici normativi per tale 'difetto', colmati dalla giurisprudenza. Alcuni autori hanno ritenuto che a volte « si finisce per smarrire ogni certezza nell'individuazione dei parametri del dovere di motivare che diventano inafferrabili non solo a causa delle contraddizioni insite nei punti di vista giurisprudenziali (la Cassazione ora annulla per omesso esame di un fatto decisivo, ora respinge i ricorsi affermando che decisivi sono i fatti considerati dal giudice di merito, il quale non ha l'obbligo di esaminare tutte le risultanze processuali nella motivazione), ma per l'eterogeneità stessa delle imperfezioni racchiuse entro la categoria del difetto di motivazione » ⁽¹⁶⁾. Né può dimenticarsi che la 'crisi della motivazione' ⁽¹⁷⁾ è argomento affatto nuovo da individuarsi nel 'contenuto' della motivazione che non deve essere apparente, deve essere concreta, cioè riferita al caso concreto. Ecco perché la ricerca affannosa di una regola generale ed astratta in tema di motivazione appare del tutto slegata dal dato di realtà. La motivazione, quindi, deve essere sostenuta da una struttura adeguata e, come correttamente osservato da parte della dottrina, senza « l'analisi di quest'ultima non si può chiarire il contenuto delle situazioni

⁽¹⁵⁾ E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Morale-Negozio, Milano, Giuffrè, 1977, 181 e ss.; M. MENNA, *La motivazione nel giudizio penale*, Napoli, Jovene, 2000, 5-48.

⁽¹⁶⁾ E. AMODIO, *op. cit.*, 183.

⁽¹⁷⁾ G. SCARSELLI, *Attualità delle lezioni tenute in Messico da Piero Calamandrei nel febbraio 1952*, in *Questione Giustizia*, 26 gennaio 2018 con espresso richiamo alla quarta conferenza: "La crisi della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali".

soggettive riconducibili al dovere di motivare radicandole non già in un modello ideale di giustificazione della decisione bensì in fattispecie giuridiche che definiscono compiutamente i poteri-doveri connessi alla motivazione». In questo senso il modello decisorio è sicuramente autonomo nella decisione ed è per questo che è stato « sollecitato lo studio della redazione della motivazione come atto inserito in una sequenza procedimentale distinta anche se contigua al processo deliberativo. A questo aspetto delle ragioni decisorie si è, poi, tradizionalmente affiancato quello relativo alla loro struttura « interna » e, cioè, allo schema argomentativo connesso all'attività del motivare » (18).

Numerosi sono gli esempi individuati dalla giurisprudenza sul vizio di motivazione, nel rispetto dei principi costituzionali, come assunti dalla Costituente (19). La questione è, dunque, quella del contenuto minimo della motivazione e soltanto attraverso esempi di giurisprudenza diventa facile comprendere l'indirizzo intrapreso; infatti, esempi in tema di annullamento di una decisione per vizio motivazionale sono numerosissimi ed i più disparati.

a. La sentenza è nulla se la motivazione è redatta su moduli prestampati (spesso utilizzati in sentenze di patteggiamento: sul punto la Corte ha precisato che il giudice del patteggiamento deve, nei limiti di una motivazione semplificata della sentenza, indicare le ragioni dell'accoglimento dell'accordo e dare conto dell'accertamento sull'assenza di cause di non punibilità, sull'esatta qualificazione del fatto, sulla correttezza della valutazione delle circostanze e sull'adeguatezza della pena. (Fattispecie nella quale la motivazione della sentenza impugnata — annullata dalla Corte — era affidata a tre righe di un modulo prestampato, in cui non vi era neanche cenno all'art. 129 cod. proc. pen.). (Sez. 4, n. 31392 del 21/04/2010, Amari, Rv. 248198 - 01; da ultimo, Sez. 3, n. 4453 del 14/01/2021, PMT C/ El Kholti Mohammed, Rv. 280373 - 01).

b. Si ritiene nulla per difetto di motivazione la sentenza in cui il giudice di secondo grado si limiti a rinviare ai contenuti della sentenza di primo grado senza dar conto nella motivazione di essersene fatto carico, invero (Sez. 2, n. 13604 del 28/10/2020, (dep. 12/04/2021), PG C/ Torcasio Vincenzo

(18) M. MENNA, *op. cit.*, 41 e G. FOSCHINI, *La sentenza quale fase del postdibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1967, 1215 ss.

(19) Sul punto L. SALVATO, *op. cit.* che sottopone al lettore una 'carrellata' di arresti del Giudice delle leggi che « a) con una recente sentenza [...] si è limitata a ribadire l'obbligo senza identificarne il contenuto [sent. n. 77 del 2018, in tema di compensazione delle spese] », ove in passato si era attenuto alla richiesta motivazione « « adeguata » [sent. n. 64 del 1970, sul mandato di cattura], sottolineandone la finalità di garantire la corrispondenza della decisione del caso concreto alla fattispecie normativa [sent. n. 82 del 1971] ».

Rv. 281127 - 01), è sempre necessario che il richiamo alla precedente motivazione sia accompagnato dalla dovuta analisi dei contenuti e dall'esplicitazione delle ragioni alla base del convincimento espresso in sede decisoria.

c. Ancora, è affetta da vizio motivazionale quella pronuncia che abbia ommesso di esaminare un elemento decisivo oppure si pronunci in merito a ragioni completamente estranee al dato processuale. Ebbene, seppur il giudice della legittimità non può scegliere tra diverse ipotesi ricostruttive del fatto, ha il dovere di esaminare la motivazione della sentenza gravata per decidere se essa sia completa e corrispondente alle premesse fattuali acquisite in atti (cosiddetta giustificazione esterna), o debba invece considerarsi lacunosa e frammentaria per non aver vagliato tutti gli elementi decisivi a disposizione e che, se esaminati, avrebbero potuto avere concreta incidenza sul giudizio finale, ovvero se siano state date risposte esaustive alle obiezioni difensive delle parti (indirizzo consolidato e indicato da Sez. 4, n. 5693 del 31/03/1999, Laghi, Rv. 213798 - 01).

Come si può osservare si tratta di ipotesi differenti, in cui il concetto di motivazione assume distinti significati: decisioni prese in assenza di un preciso dato normativo.

4.1. ... e nella CEDU

Sulla stessa scia della generica indicazione da riempire di significato si pone l'art. 6 della Convenzione CEDU ove non è fatto espresso riferimento alla motivazione della sentenza. Tuttavia, la Corte di Strasburgo, valorizzando i principi della pubblicità del processo e del diritto di difesa (come indicati dagli artt. 6 e 13 CEDU), ha concluso che essi necessariamente comportano una decisione con motivazione adeguata. Quindi, anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non interviene a colmare quel vuoto normativo che ancora una volta viene sostituito dalla giurisprudenza sovranazionale. Anche in questo caso, si dovrà guardare al caso concreto, sia perché la Corte viene investita delle singole violazioni nel processo celebrato dallo Stato membro, sia perché « come ha efficacemente osservato V. Zagrebelsky, il testo della Convenzione “è sovente vago e ridotto all'essenziale» e « la definizione dei singoli diritti resta generale e vaga”; quindi è rimessa « al giudice la responsabilità di adattare la portata dei diritti e delle libertà fondamentali alle esigenze dei tempi e allo sviluppo delle correnti culturali e sociali espresse dalla società europea contemporanea » ed « il contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha

elaborato »⁽²⁰⁾. La decisione che ci occupa, che pare concludere un ampio studio delle motivazioni dei giudici dei singoli Stati, risponde alle circostanze del caso specifico, non ingerendosi sulla correttezza della decisione del giudice nazionale (a meno che la stessa non violi altre e diverse norme della Convenzione), ma valutando essenzialmente la presenza di una motivazione⁽²¹⁾. Di contro, richiede che la motivazione non possa essere affidata ad un mero richiamo di norme⁽²²⁾; e il richiamo al carattere della essenzialità della questione fatto in sentenza (ove si ricorda come non sia necessario rispondere a tutti i motivi di censura) diventa dirimente per il giudice europeo.

Né può dimenticarsi che lo stesso giudice europeo ammette la motivazione *per relationem* laddove si possa richiamare in toto la sentenza impugnata ove dimostri di aver preso in esame i fatti oggetto di censura.

5. Conclusioni

Si può quindi ritornare al principio: la motivazione può ritenersi congrua solo nell'esame del singolo caso concreto proprio con riferimento alle innumerevoli ipotesi in cui tale vizio può sfociare; soltanto tale valutazione può far ritenere l'impugnazione come ammissibile e di conseguenza assicurare effettivamente la tutela dei diritti fondamentali.

La vaghezza dei principi stabiliti dalla Corte europea, come visto, si sposa perfettamente con le linee tratteggiate dai giudici supremi nel nostro ordinamento.

Però si può certamente concludere che, attraverso lo strumento della motivazione (e le sue declinazioni), è possibile « controllare la fedeltà del giudice alla legge in quell'opera di attuazione delle prescrizioni normative in cui si esprime la iurisdictio »⁽²³⁾. Quindi, non rileva il 'tipo di decisione', ma solo la sua giurisdizionalità che impone l'enunciazione della *ratio decidendi*.

Il riformulato art. 111 della Costituzione, dalla legge costituzionale del 23 novembre 1999, ha lasciato immutato l'obbligo di motivazione come formulato dai padri costituenti. Sarebbe ultroneo, in questa sede, dilungarsi sull'evoluzione dommatica dell'art. 111 della Costituzione in punto di dovere

⁽²⁰⁾ L. SALVATO, *op. cit.*, 10.

⁽²¹⁾ *Van De Hurk v. The Netherlands* del 19 aprile 1994; *Ruiz Torija v. Spain* del 9 dicembre 1994.

⁽²²⁾ *Georgiadis v. Grecia* del 29 maggio 1997, che fa riferimento alla vera e propria motivazione apparente con semplice richiamo alle norme; nonché *Markoulaki v. Grecia*, del 26 ottobre 2007.

⁽²³⁾ E. AMODIO, *ibidem*.

motivazionale. È stato previsto che 'tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati' e tale obbligo, sia esso figlio di una riaffermazione di principi già esistenti che partorito per la prima volta dal sistema post-unitario, comporta inevitabilmente « la previsione di una funzione extra-processuale della motivazione desumibile non solo dalla lettura del disposto costituzionale in chiave politico-ideologica bensì anche dall'interpretazione sistematica. La norma sul dovere di motivare è infatti inserita tra le norme sulla giurisdizione, per cui « appare chiara la sua natura di garanzia posta in funzione di un interesse che fa capo all'intera collettività e non al singolo individuo nei confronti del quale è emanato il provvedimento »⁽²⁴⁾. Seppur il principio della motivazione era già presente nel nostro sistema processual-penalistico di stampo totalitario (art. 474 del codice di procedura penale, come da Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1399), che ha previsto una visione innovativa della sentenza⁽²⁵⁾, rafforzato dalla innovativa visione del codice fascista sulla costituzione delle Corti di Assise (Regio decreto n. 249 del 23 marzo 1931) — laddove fu abolito formalmente 'il verdetto della giuria' (su questioni di fatto) e introdotto il sistema del collegio misto composto di magistrati e giudici popolari che decidono contestualmente, sistema ispirato ai principi di cooperazione e collaborazione tra le diverse realtà che compongono il collegio e che giungono contestualmente ad una decisione che verrà, poi, giustificata nella motivazione⁽²⁶⁾ — non può sottacersi che la motivazione nel nostro ordinamento ha sì una funzione di 'controllo' dell'operato del giudice, ma è la cartina al tornasole della sua sottoposizione soltanto alla legge. Tramite essa il giudice è 'libero' di decidere e fornire motivazione della sua decisione⁽²⁷⁾. Perciò, la giurisprudenza nazionale e sovranazionale spende parole ove si sia carenza del dato motivazionale in tutte le sue declinazioni; attraverso la motivazione si esprime la democrazia del decidere.

(24) M. MASSA, *op. cit.*, 3.

(25) Ai commi tre e quattro dell'art. 474 cod. proc. pen. del 1930 era precisato che la sentenza doveva contenere « l'enunciazione del fatto e delle circostanze che formano l'oggetto dell'imputazione, nonché la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto, su cui la sentenza è fondata ».

(26) E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)*, in *Riv. Dir. Proc.*, CEDAM, Padova, 1970, 444 e ss.

(27) Vedi in particolare nota 7, in merito alla impossibilità, secondo il codice Rocco, di interpretazione da parte del giudice, che prevedeva il giudice quale emissario del Re — « vuole il Re che questo si faccia dal Giudice in maniera, che le due premesse dello argomento sieno sempre fondate sulle leggi espresse e letterali » e in supponenza di interpretazione letterale « vuole il Re che si riferisca alla Maestà Sua, per attendere il sovrano oracolo ».

Purtuttavia soltanto la previsione costituzionale dell'obbligo di motivazione ha assunto un ruolo centrale nel modello processuale di resa dei conti del decisore, nel senso che « si pone in particolare evidenza la relazione che può stabilirsi tra l'art. 24 commi 1 e 2 Cost., da una parte, e l'art. 111 comma 6 Cost » (28).

Come efficacemente osservato da parte della dottrina « il processo penale moderno è sempre meno regolato dalla legge e sempre più dal giudice. La procedura non evoca più l'immagine di un congegno automatico minuziosamente regolato dalle norme con pochi momenti di discrezionalità del giudice. Dal processo come "complesso di regole" si è passato al processo come "complesso di giudizi" (giudizio sull'archiviazione, sull'incidente probatorio, sul rinvio a giudizio, sui riti alternativi, sulle misure personali e patrimoniali, sull'utilizzabilità dei mezzi di prova, ecc.). Dalla procedura come linea retta alla procedura come reticolo, diminuendo il potere della legge, è aumentato il potere del giudice. Ma, per bilanciare questo potere, si è ampliato il suo dovere: come correlato o, meglio, come condizione di legittimazione del potere. Quello del giudice è davvero un potere-dovere: non solo nel senso tradizionale di obbligatorio esercizio del potere, ma nel senso che il suo potere di decidere è circoscritto dal suo dovere di giudicare razionalmente » (29).

(28) M. MENNA, *op. cit.*, 15 e s.

(29) F.M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, 2000, 754.

II.
DIRITTI FONDAMENTALI
NELLA FASE DELLE INDAGINI

I.

**I COMPORTAMENTI DELLE FORZE DELL'ORDINE
CONTRARI AL DIVIETO DI TORTURA O DI TRATTAMENTI
INUMANI E DEGRADANTI**
di *Massimo Di Benedetto* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Particolare delicatezza e rilievo della protezione garantita dall'Articolo 3. Elemento materiale ed elemento procedurale di tale disposizione. — 3. L'aspetto materiale dell'Articolo 3. — 4. L'aspetto procedurale dell'Articolo 3. Lo statuto dell'indagine effettiva.

1. Introduzione

L'argomento che ne occupa impone di brevemente prendere le mosse dai concetti di "tortura", di "pene o trattamenti inumani" e di "pene o trattamenti degradanti" ⁽¹⁾, per poi intrattenersi sulla questione dei comportamenti delle forze dell'ordine ritenuti concretanti tali concetti.

In estrema sintesi, può rilevarsi come, nel difetto di una definizione da parte del diritto convenzionale positivo, la giurisprudenza della Corte EDU collochi la "tortura", il "comportamento inumano" e il "comportamento degradante" sulla medesima direttrice, in un climax di intensità discendente quanto all'oggettività dell'illecito convenzionale; fermo restando che il trattamento in esame deve comunque aver raggiunto una soglia minima di gravità, per poter rilevare come violazione dell'art. 3 CEDU ⁽²⁾.

Quanto al profilo soggettivo del ridetto illecito, l'esegesi convenzionale ⁽³⁾ lo ritiene irrilevante nei casi di "comportamento degradante" e di "comportamento inumano", ove può anche prescindersi dall'accertamento dell'intenzionalità di chi viola i diritti della vittima.

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Per brevità, di qui in poi si farà riferimento unicamente ai "trattamenti", e non più a "trattamenti o pene".

(2) Cfr. Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, § 78.

(3) V. Corte EDU, *A.P. c. Slovacchia*, § 61, secondo cui "...the Court reiterates that it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes for there to be degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention...".

Per converso, nei casi di “tortura” il Giudice europeo ⁽⁴⁾ ritiene necessaria la specifica intenzione di infliggere sofferenza nella vittima, accompagnata da una specifica finalità biasimevole (che è stata individuata, ad esempio, nella volontà di estorcere una confessione, o di intimidire la vittima, etc...).

Nella prassi, peraltro, accanto a pronunce della Corte EDU che distinguono tra le tre nozioni citate ⁽⁵⁾, se ne registrano altre ⁽⁶⁾ che fanno congiunto riferimento al “trattamento inumano e degradante”, in contrappunto alla “tortura”, così restituendo agli interpreti un binomio che conferma come il confine concettuale tra le tre categorie è, se non incerto, comunque labile e sfumato.

⁽⁴⁾ Cfr., *inter alia*, Corte EDU, *Salman c. Turchia*, § 114, secondo cui “...In determining whether a particular form of ill-treatment should be qualified as torture, consideration must be given to the distinction, embodied in Article 3, between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As noted in previous cases, it appears that it was the intention that the Convention should, by means of this distinction, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see the *Ireland v. the United Kingdom* judgment cited above, pp. 66-67, § 167). In addition to the severity of the treatment, there is a purposive element, as recognised in the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which came into force on 26 June 1987, which defines torture in terms of the intentional infliction of severe pain or suffering with the aim, *inter alia*, of obtaining information, inflicting punishment or intimidating (Article 1 of the United Nations convention)...”; v. anche Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, § 171 “...Oltre alla gravità dei trattamenti, la « tortura » implica una volontà deliberata, come riconosciuto nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, entrata in vigore il 26 giugno 1987 nei confronti dell'Italia (paragrafo 109 supra), che definisce la « tortura » come qualsiasi atto con il quale vengono intenzionalmente inflitti a una persona un dolore o delle sofferenze acute allo scopo, soprattutto, di ottenere dalla stessa informazioni, di punirla o di intimidirla”; nonché Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, § 74, secondo cui “...per determinare se una data forma di maltrattamento debba essere qualificata tortura si deve tener conto della distinzione, contenuta nell'articolo 3, tra tale nozione e quella di trattamento inumano e degradante. Come osservato in precedenti cause, sembra che l'intenzione fosse che, mediante tale distinzione, la Convenzione dovesse stigmatizzare in modo particolare il trattamento inumano che provoca gravi e crudeli sofferenze (si veda, tra numerosi altri precedenti, *Gäfgen c. Germania* [GC], n. 22978/05, § 90, CEDU 2010). Oltre alla severità del trattamento, vi è l'elemento intenzionale di torturare, come riconosciuto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura il cui articolo 1 definisce tortura qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolori o sofferenze acute, al fine, *inter alia*, di ottenere informazioni, punirla o intimidirla (si veda, tra numerosi altri precedenti, *El-Masri c. Ex Repubblica jugoslava di Macedonia* [GC], n. 39630/09, § 197, CEDU 2012)...”.

⁽⁵⁾ Cfr., una per tutte, Corte EDU, *Al Nashiri c. Polonia*, § 515, ove si sussume la condotta all'esame del Giudice convenzionale unicamente nel concetto di “trattamento inumano”.

⁽⁶⁾ V., *ex multis*, Corte EDU, *Kblaiifa e altri c. Italia*, § 200.

2. Particolare delicatezza e rilievo della protezione garantita dall'Articolo 3. Elemento materiale ed elemento procedurale di tale disposizione

L'*ubi consistam* della garanzia riconosciuta dall'Articolo 3, *supra* sommariamente compendiato, è evidentemente terreno particolarmente delicato e sensibile; la citata disposizione, infatti, scherma gli individui da condotte particolarmente gravi ed esecrabili.

La Corte EDU segnala costantemente l'importanza della disposizione, e ha in più occasioni ribadito (7) come l'Articolo 3 preveda "*uno dei più fondamentali valori di una società democratica*".

La precisazione, lungi dal ridursi ad un'osservazione di mera teoria generale e di astratto diritto, si aggancia a importanti precipitati applicativi concreti, tra cui spicca la deliberata e consapevole scelta della Corte EDU, allorché la violazione denunciata sia quella dell'Articolo 3, di estendere il perimetro e di intensificare la profondità del suo sindacato ordinario. Si fa riferimento, in via segnata, a quella giurisprudenza convenzionale (8) secondo cui "*...in caso di dedotte violazioni dell'articolo 3 della Convenzione (la CEDU) deve, per valutare le prove, procedere a un esame particolarmente approfondito. Quando sono stati condotti dei procedimenti a livello nazionale essa non deve sostituire la propria versione dei fatti a quella dei giudici nazionali, i quali hanno il compito di accertare i fatti sulla base delle prove da essi raccolte. In effetti, anche se in questo tipo di cause essa è disposta ad esaminare con un occhio più critico le conclusioni dei giudici nazionali ..., la Corte deve normalmente disporre di elementi convincenti per potersi discostare dalle constatazioni alle quali questi sono giunti...*".

Sebbene risulti arduo effettuare un'*actio finium regundorum* che permetta di precisamente tracciare il perimetro del sindacato della Corte EDU in questi casi, evidenziando in *cosa esattamente* si risolve l'esame "con occhio più critico" delle decisioni domestiche rispetto allo standard (siccome è pur sempre ribadito il generale principio secondo cui la Corte non sostituisce il proprio apprezzamento dei fatti e del merito probatorio a quello dei giudici nazionali, in linea di principio), l'intenzione del Giudice convenzionale è comunque chiara: ferma l'autonomia degli Stati contraenti e fermo, pertanto, il tendenziale divieto per la Corte EDU di sostituire la propria valutazione dei fatti e del merito probatorio a quella operata dalla giustizia domestica, in questi casi il controllo sarà più rigoroso, con la conseguenza che potrebbe bastare *meno* per ritenere inattendibili o irragionevoli le valutazioni dei giudici domestici (allorché, evidentemente, queste siano di sfavore nei confronti dei ricorrenti in sede convenzionale).

(7) Cfr., *inter alia*, Corte EDU, *Labita c. Italia*, § 119.

(8) V., una per tutte, Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, § 164.

Ciò posto, occorre ora intrattenersi sulla questione dei comportamenti delle forze dell'ordine che possano risultare contrari al divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti; ciò che s'intende fare distinguendo tra elemento materiale ed elemento procedurale dell'Articolo 3. Il primo mira a tutelare, a livello sostanziale, gli individui *in prima battuta*, ostando, appunto, a che questi soffrano torture, trattamenti inumani o trattamenti degradanti; il secondo, *in via secondaria* (se non altro a livello cronologico; perché presuppone una violazione *a monte* o comunque un sospetto di violazione), impone agli Stati contraenti una pronta reazione per individuare e sanzionare gli eventuali responsabili della violazione.

3. L'aspetto materiale dell'Articolo 3

Nell'ambito dello scrutinio circa la supposta violazione dell'Articolo 3 da parte delle forze dell'ordine nella fase delle indagini, si apprezza — forse più che negli altri ambiti — il carattere squisitamente casistico della giurisprudenza convenzionale.

Pochi e chiari i principi generali, tra i quali senz'altro primeggiano il principio secondo cui:

— l'utilizzo della forza è ammesso unicamente nella misura in cui sia strettamente necessario per il perseguimento di un legittimo fine individuato dalla legge;

— “*tutte le persone sottoposte al controllo della polizia o di un'analogha autorità, si trovano in una situazione di vulnerabilità e le autorità hanno conseguentemente il dovere di proteggerle*” ⁽⁹⁾;

— se una persona è privata della libertà, o, più in generale, deve affrontare le forze dell'ordine (dalla Corte EDU presupposte come congruamente addestrate ⁽¹⁰⁾), il ricorso alla forza fisica, fuori dai limiti sopra indicati, costituisce *ipso iure* violazione dell'Articolo 3, in quanto “*svilisce la dignità umana*” ⁽¹¹⁾;

— in deroga alla regola generale, che vuole che sia il ricorrente in sede convenzionale a dover non soltanto *allegare*, ma altresì *provare*, i fatti

⁽⁹⁾ V. Corte EDU, *Bouyid c. Belgio*, § 107; ma anche Corte EDU, *Azzolina c. Italia*, § 131.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte EDU, *Pennino c. Italia*, § 45: “...la Corte ricorda che l'articolo 3 della Convenzione, così come l'articolo 2, stabiliscono l'obbligo positivo dello Stato di formare le proprie forze dell'ordine in modo da garantire un elevato livello di competenza nel loro comportamento professionale, che faccia sì che nessuno sia sottoposto a un trattamento contrastante con tale disposizione...”.

⁽¹¹⁾ V. Corte EDU, *Pennino c. Italia*, § 33; ma anche Corte EDU, *Bouyid c. Belgio*, § 100.

costitutivi la violazione che lamenta innanzi alla Corte EDU, “...qualora gli eventi in questione siano interamente, o in gran parte, di esclusiva conoscenza delle autorità, come nel caso di persone che si trovino in custodia sotto il loro controllo, sorgeranno forti presunzioni fattuali in ordine alle lesioni verificatesi nel corso di tale detenzione. L’onere della prova spetta quindi al Governo, che deve fornire una spiegazione soddisfacente e convincente, producendo prove di accertamento dei fatti che facciano dubitare della esposizione degli eventi fornita dalla ricorrente. In assenza di tale spiegazione, la Corte può trarre conclusioni che possono essere sfavorevoli al Governo...”⁽¹²⁾.

L’intreccio di questi principi restituisce all’interprete un quadro, almeno a livello teorico, piuttosto chiaro: mercé le prime due regole, di carattere più sostanziale, gli Stati contraenti devono tener conto non soltanto del fatto che l’uso della forza è solo eccezionalmente tollerato, se strettamente necessario e se comunque inquadrabile in una base legale, ma anche che le persone sottoposte alla loro autorità vertono per definizione in “situazione di vulnerabilità”, con la conseguenza che debbono essere particolarmente protette dallo Stato medesimo. Il terzo principio, poi, incide sull’onere della prova in sede processuale, esplicitamente sdoganando l’utilizzo dell’istituto delle *presunzioni* a favore dei ricorrenti/supposte vittime convenzionali, e traslando sullo Stato resistente l’onere di *controprova* (che — vale segnalare — è qualcosa in più della mera *contestazione* in punto di controallegazioni) dei fatti *allegati*, per quanto *non provati* dai privati ricorrenti.

Tenendo a mente le esposte coordinate, si portano a sistema le molteplici decisioni del Giudice europeo circa la sussistenza o meno di violazioni dell’Articolo 3 in ragione di condotte delle forze dell’ordine. L’accertamento della violazione dell’elemento materiale della citata disposizione, infatti, pare (tendenzialmente) sempre accompagnarsi, alternativamente o congiuntamente:

— all’accertamento del fatto che le forze dell’ordine hanno agito totalmente al di fuori di una base legale;

— all’accertamento del fatto che è stato fatto un uso non necessario della forza, o comunque un uso della forza in astratto anche tollerabile, ma non al livello di intensità concretamente praticato, ritenuto dalla Corte EDU non necessario e sproporzionato rispetto alla situazione da gestire;

— all’accertamento del fatto che l’uso della forza, di per sé tollerabile in punto di intensità, si sia accompagnato ad una non necessaria pubblicità, di

⁽¹²⁾ Cfr. Corte EDU, *Pennino c. Italia*, § 35; ma anche Corte EDU, *Salamm c. Turchia*, § 100.

modo che il privato ristretto della libertà personale fosse (o comunque potesse sentirsi) umiliato ⁽¹³⁾.

A ciò deve accompagnarsi, resta inteso, l'oggettività della violazione convenzionale, che in linea di principio dovrebbe accertarsi aver raggiunto la citata soglia di gravità (sebbene, si è anticipato, la giurisprudenza convenzionale abbia in più occasioni restituito il principio di diritto secondo cui l'uso illegittimo della forza, da parte delle forze dell'ordine, implica di per sé svilimento della dignità umana; v. *supra*).

Ed è per tali ragioni, ad esempio e senza pretesa di esaustività alcuna, che la Corte EDU:

— sancisce, in linea di principio, che l'uso della forza è ammesso allorché sia necessario arrestare una persona, a patto che — di bel nuovo — il *quantum* di forza concretamente usato non si riveli sproporzionato per eccesso all'esito di un giudizio del caso concreto, apprezzate le specificità della singola situazione. Esemplificativamente, la Corte EDU ha ritenuto minimo il tasso di forza tollerabile allorché sussista il concorso tra la circostanza, da una parte, che la persona da arrestare non sia armata, e quella, dall'altra, che non sussistano ragioni per ipotizzare una sua reazione violenta all'arresto, per converso il privato limitandosi ad una resistenza puramente passiva ⁽¹⁴⁾;

— ritiene, similmente, che l'uso delle manette nei confronti dei detenuti può essere giustificato allorché sussista una ragione specifica che lo renda opportuno. In questa prospettiva, può darsi importanza all'indole violenta della persona, apprezzabile anche dalla condanna eventualmente irrogata

⁽¹³⁾ Cfr. Corte EDU, *Raninen c. Finlandia*, § 56: "... As regards the kind of treatment in question in the present case, the Court is of the view that handcuffing does not normally give rise to an issue under Article 3 of the Convention where the measure has been imposed in connection with lawful arrest or detention and does not entail use of force, or public exposure, exceeding what is reasonably considered necessary in the circumstances. In this regard, it is of importance for instance whether there is reason to believe that the person concerned would resist arrest or abscond, cause injury or damage or suppress evidence..."

⁽¹⁴⁾ V. Corte EDU, *Dembele c. Svizzera*, § 47 "...La Cour ne partage pas ce raisonnement. Indépendamment de la cause précise et immédiate de la fracture de la clavicule du requérant, elle considère que les modalités d'intervention des gendarmes, dans leur ensemble, révèlent un usage disproportionné de la force. En effet, il n'est pas contesté que le requérant n'était pas armé d'objets dangereux, mis à part la cigarette qu'il tenait dans la main, et que, au moins dans les premières phases de l'incident, il n'avait pas blessé les gendarmes ou tenté de les blesser en leur portant des coups de poings, de pied ou d'autre nature. La résistance qu'il avait opposée, avant d'être plaqué au sol et de mordre l'avant-bras de l'un des gendarmes, avait été par conséquent une résistance, certes opiniâtre, mais somme toute passive. L'usage des matraques de la part des gendarmes, qu'il ait été ou pas à l'origine directe de la blessure du requérant, était donc en lui-même injustifié (voir, mutatis mutandis, *Borodin*, précité, § 108)..."

dalla giustizia domestica; ai precedenti penali o comunque di eteroaggressività della persona; alle precedenti trasgressioni o disobbedienze nei confronti di ordini amministrativi o giudiziari. Per converso, la circostanza che lo stato di salute sia precario o che comunque il detenuto versi in condizione di particolare debolezza fisica spingono nel senso della tendenziale insussistenza di una ragione a sostegno dell'uso delle manette. Ancora, il tempo che il singolo trascorre ristretto con le manette può giocare anch'esso un ruolo nella valutazione circa la sussistenza o meno della violazione convenzionale, restrizioni più durature nel tempo richiedendo ragioni giustificatrici più strutturate per scongiurare l'accertamento dell'illegittimità convenzionale ⁽¹⁵⁾.

— ha ritenuto ⁽¹⁶⁾ consumata la violazione (*sub specie* di trattamento

⁽¹⁵⁾ V. Corte EDU, *Sblykov e altri c. Russia*, §§ 71-76.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Corte EDU, *A.P. c. Slovacchia*, § 60 ss.: "...The Court further notes the absence of signs of physical injuries to the police officers which would indicate violent actions, such as kicking or biting, on the part of the applicant (see *Iljina and Sarulienė v. Lithuania*, no. 32293/05, § 50, 15 March 2011). The applicant in the present case was 16 years old at the time of his arrest and it was not alleged at any stage of the domestic proceedings that he might have been armed. Moreover, the incident happened without any prior warning from the police officers.

61. The Court has already considered that a slap to the face has a considerable impact on the person receiving it (see *Bouyid*, cited above, § 104). It has also had regard to the specificity of that part of the body in the context of Article 3 of the Convention (see *Samüt Karabulut v. Turkey*, no. 16999/04, §§ 41 and 58, 27 January 2009). In this regard, the Court reiterates that it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes for there to be degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention. Indeed, it does not doubt that even one unpremeditated slap devoid of any serious or long-term effect on the person receiving it may be perceived as humiliating by that person (see *Bouyid*, cited above, § 105). Moreover, the public nature of the treatment, as in the instant case, may be a relevant or aggravating factor in assessing whether it is "degrading" within the meaning of Article 3 (see *Svinarenko and Slyadnev v. Russia [GC]*, nos. 32541/08 and 43441/08, § 115, ECHR 2014 (extracts)).

62. Therefore, bearing in mind the vulnerability of minors in the context of Article 3 of the Convention (see, for example, *Rivas v. France*, no. 59584/00, § 42, 1 April 2004; *Darraj v. France*, no. 34588/07, § 44, 4 November 2010; and *Bouyid*, cited above, § 109), the requirement of professionalism and high level of competence on the part of law enforcement officials (see *Bouyid*, cited above, §§ 108 and 110), and the fact that even if the applicant had indeed spat on the officers and had attempted to punch them (see, *mutatis mutandis*, *Yusiv*, cited above, § 61), it has not been shown that it was strictly necessary, in the particular circumstances of the case, for a trained police officer to resort to physical force in order to make the applicant more cooperative.

63. In the light of the above, the Court concludes that the severity threshold necessary for the applicability of Article 3 of the Convention in the present case has been attained. The Government have not demonstrated that the extent of the physical force used against the applicant had been strictly necessary in the circumstances. Accordingly, the Court concludes

degradante) nel caso di uno schiaffo, ad opera delle forze dell'ordine, nei confronti di un minore che resisteva all'arresto in luogo pubblico, sul rilievo che il trattamento degradante (cfr. *supra* per la distinzione, in questa prospettiva, rispetto alla tortura) possa esser tale anche soltanto agli occhi di chi lo subisce, a prescindere dall'eventuale intenzione di chi agisce di voler mortificare o altro la vittima convenzionale;

— ritiene, in linea di principio, che le perquisizioni personali, anche accompagnate dall'ordine al perquisito di rimuovere i vestiti, non siano, di per sé, convenzionalmente illegittime. Ma ha accertato la violazione dell'Articolo 3 in un caso ⁽¹⁷⁾ in cui un detenuto veniva settimanalmente sottoposto a perquisizioni di tal fatta, con frequenza maggiore rispetto agli altri, e senza un'apprezzabile ragione a sostegno di tale differenziazione.

that the applicant was subjected to degrading treatment (see Bouyid, cited above, § 112), contrary to Article 3 of the Convention...”.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Corte EDU, *Van Der Ven c. Paesi Bassi*, §§ 60 ss.: “...60. The Court has previously found that strip-searches may be necessary on occasion to ensure prison security or to prevent disorder or crime (see *Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, § 117, ECHR 2001-VIII; *Iwańczuk v. Poland*, no. 25196/94, § 59, 15 November 2001; and *McFeeley and Others*, cited above, §§ 60-61). In *Valašinas* and *Iwańczuk* one occasion of strip-search was at issue, whereas in *McFeeley and Others* so-called “close body” searches, including anal inspections, were carried out at intervals of seven to ten days, before and after visits and before prisoners were transferred to a new wing of the Maze Prison in Northern Ireland, where dangerous objects had in the past been found concealed in the recta of protesting prisoners.

61. In the present case, the Court is struck by the fact that the applicant was subjected to the weekly strip-search in addition to all the other strict security measures within the EBI. In view of the fact that the domestic authorities, through the reports drawn up by the Psychological Department of their Penitentiary Selection Centre, were well aware that the applicant was experiencing serious difficulties coping with the regime, and bearing in mind that at no time during the applicant's stay in the EBI did it appear that anything untoward was found in the course of a strip-search, the Court is of the view that the systematic strip-searching of the applicant required more justification than has been put forward by the Government in the present case.

62. The Court considers that in a situation where the applicant was already subjected to a great number of surveillance measures, and in the absence of convincing security needs, the practice of weekly strip-searches that was applied to the applicant for a period of approximately three and a half years diminished his human dignity and must have given rise to feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him. The applicant himself confirmed that this was indeed the case in a meeting with a psychiatrist, during which he also stated that he would, for instance, forgo visiting the hairdresser's so as not to have to undergo a strip-search (see paragraph 25 above).

63. Accordingly, the Court concludes that the combination of routine strip-searching and the other stringent security measures in the EBI amounted to inhuman or degrading treatment in breach of Article 3 of the Convention. There has thus been a violation of this provision...”

4. L'aspetto procedurale dell'Articolo 3. Lo statuto dell'indagine effettiva

L'aspetto procedurale della disposizione in esame è ritenuto dalla Corte EDU violato allorché una persona denunci "in modo sostenibile di essere stata maltrattata dalle autorità statali", e a ciò non segua una "efficace indagine ufficiale" da parte dello Stato contraente. Così si è espressa in più occasioni la Corte EDU ⁽¹⁸⁾, anche ribadendo che l'accertamento circa l'*efficacia* dell'indagine può effettuarsi con i generali e ordinari principi comunemente utilizzati per determinare l'efficacia delle indagini.

Premesso che il noto approccio casistico della Corte EDU s'impone anche con riguardo all'accertamento della violazione sotto il profilo procedurale ⁽¹⁹⁾, in linea di principio lo "statuto dell'indagine effettiva", ovvero sia di quella indagine la cui sussistenza esclude la violazione in esame, così si compone:

— l'indagine deve essere avviata e condotta con celerità ⁽²⁰⁾. In questa prospettiva, non si esclude che, anche in difetto di una segnalazione del privato all'autorità, questa abbia il dovere di attivare *ex officio* l'indagine, allorché sia in possesso di elementi che rendano verosimile l'ipotesi di violazione dell'Articolo 3 ⁽²¹⁾. Ancora, quanto al profilo della durata dell'indagine, non vi è un tempo massimo oltre il quale si considera automaticamente consumata la violazione dell'Articolo 3; ma la Corte EDU, ad esempio, ha ritenuto eccessivo, ai fini di nostro interesse, il trascorrere di sette anni tra la denuncia di abusi sessuali e la sentenza di primo grado ⁽²²⁾;

— nella pendenza delle indagini, "*in casi in cui agenti statali sono accusati di reati di maltrattamento, essi dovrebbero essere sospesi dal servizio nelle more delle indagini o del processo (si veda Cestaro, sopra citata, § 210). La Corte sottolinea il particolare significato di tali misure in un contesto carcerario. A tale proposito, essa sottolinea l'importanza delle garanzie che assicurano che le persone che possono essere state vittime di maltrattamenti da parte di funzionari statali mentre erano in custodia — che si trovavano già in*

⁽¹⁸⁾ V., una per tutte, Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, §§ 107-108.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Corte EDU, *X e altri Bulgaria*, § 190: "...The investigation's conclusions, meanwhile, must be based on thorough, objective and impartial analysis of all relevant elements (see A and B v. Croatia, cited above, § 108). Nevertheless, the nature and degree of scrutiny which satisfy the minimum threshold of the investigation's effectiveness depend on the circumstances of the particular case. They must be assessed on the basis of all relevant facts and with regard to the practical realities of investigation work (see, mutatis mutandis, Armani Da Silva v. the United Kingdom [GC], no. 5878/08, § 234, 30 March 2016)...".

⁽²⁰⁾ V. Corte EDU, *Bati e altri c. Turchia*, § 136; ma v. anche Corte EDU, *Gäfgen c. Germania*, § 121.

⁽²¹⁾ Cfr. Corte EDU, *Membri della Congregazione Gldani e altri c. Georgia*, § 97.

⁽²²⁾ V. Corte EDU, *Y. v. Slovenia*, 2015, § 99.

uno stato di particolare vulnerabilità — non siano dissuase, direttamente o indirettamente, dal denunciare o segnalare i maltrattamenti” (23). Al riguardo, ci si limita a segnalare i possibili profili di frizione tra l’automatismo cautelare in via amministrativa e la presunzione di non colpevolezza, come noto principio di estrazione anche convenzionale, oltre che costituzionale;

— le autorità giudiziarie domestiche devono *essere*, nonché *apparire*, determinate nell’accertare, con doveroso rigore, la verità, senza alcuna indulgenza dovuta alla qualifica del possibile reo (24);

— più nello specifico, l’indagine deve essere *indipendente*; ciò che la Corte EDU ha escluso, ad esempio, allorché sia gestita da soggetti inseriti nella medesima catena gerarchica degli esponenti delle forze dell’ordine indagati, o da soggetti che abbiano a loro volta promosso accuse nei confronti del privato denunciante (25);

— la vittima deve essere in grado di partecipare all’*inchiesta* (26) e deve avere gli strumenti giudiziari per poter ottenere dal reo il risarcimento dei danni oppure una indennità dallo Stato (27). Questo include, nei casi in cui ciò non pregiudichi altri controinteressi privati o pubblici (come ad esempio altre indagini), la possibilità di accedere agli atti dell’indagine (28);

— l’esito del procedimento (*lato sensu* inteso, e quindi, ai fini della procedura penale italiana, del *processo*) deve includere una sanzione “determinante”, che abbia efficacia dissuasiva (e di riflesso, quindi, una sanzione che soddisfi anche la funzione generalpreventiva della pena) (29). In questa prospettiva, in linea di principio il Giudice convenzionale esclude che una sanzione puramente disciplinare possa essere sufficiente, richiedendosi per converso la sanzione penale (30).

(23) Cfr. Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, § 115.

(24) V. Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, § 206.

(25) Cfr., rispettivamente, Corte EDU, *Mocanu e altri c. Romania*, § 333, e Corte EDU, *Boicenco c. Moldavia*, § 124.

(26) V. Corte EDU, *Dedovski e altri c. Russia*, § 92.

(27) Cfr. Corte EDU, *Gäfgen c. Germania*, § 118.

(28) V. Corte EDU, *Stevan Petrović v. Serbia*, § 109.

(29) Cfr. Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, § 205: “...l’esito dell’inchiesta e del procedimento penale cui essa dà avvio, così come la sanzione pronunciata e le misure disciplinari adottate, risultano determinanti. Essi sono fondamentali se si vuole preservare l’effetto dissuasivo del sistema giudiziario vigente e il ruolo che esso è tenuto ad esercitare nella prevenzione delle violazioni del divieto di maltrattamenti (*Çamdereli c. Turchia*, n. 28433/02, § 38, 17 luglio 2008, *Gäfgen*, § 121, *Saba*, sopra citata, § 76; dal punto di vista dell’articolo 2, si veda anche *Nikolova e Velitchkova c. Bulgaria*, n. 7888/03, §§ 60 e seguenti, 20 dicembre 2007)...”.

(30) Cfr. Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, § 113: “...Passando alla questione delle misure disciplinari, la Corte riconosce le osservazioni del Governo secondo cui successivamente alla conclusione del procedimento penale è stato svolto un procedimento disciplinare

Resta inteso che quelli suesposti sono criteri da congiuntamente considerare nell'apprezzare la fattispecie nel suo complesso, e non possono, per converso, essere atomisticamente considerati; la Corte EDU, infatti, ha in più occasioni espressamente precisato ⁽³¹⁾ che nessuno di loro, singolarmente preso, può restituire una certezza, né nel senso della sussistenza della violazione, né nel senso opposto della sua insussistenza.

Vademecum

<p>Quesiti Corte EDU</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Il ricorrente è stato sottoposto a tortura o trattamento inumano o degradante, in violazione dell'Articolo 3? • È stata utilizzata forza da parte delle forze dell'ordine nei confronti del ricorrente? Nell'affermativa, l'uso della forza aveva una base legale, e si è limitato a quanto strettamente necessario per effettuare l'arresto? • Si può affermare che lo Stato resistente era attrezzato con le misure legislative, amministrative e di regolazione atte a definire i casi in cui le forze dell'ordine possono usare la forza? • Le autorità domestiche si sono conformate all'obbligazione positiva in capo a loro incombente di formare le forze dell'ordine al fine di assicurare un elevato livello di competenza nella loro azione, così che nessuno sia sottoposto a un trattamento contrastante con tale disposizione? In questo senso, il Governo è invitato a specificare se e quali protocolli o regolamenti o prassi esistevano, tra gli operanti, per la gestione degli arresti di persone in condizioni e casi quali quelli del ricorrente. Il Governo è altresì invitato a specificare se e quali protocolli o regolamenti o prassi esistevano, al tempo dei fatti di causa, per la gestione di arresti di persona in stato di particolare vulnerabilità. • Considerando l'interessa del procedimento penale, può affermarsi che vi è stata una indagine effettiva, tempestiva, indipendente e adeguata?
---------------------------------	---

nei confronti di quattro agenti di custodia. A tale riguardo la Corte non contesta il serio esame al quale gli organi disciplinari hanno sottoposto le azioni commesse dagli agenti di custodia e rileva che in conseguenza di ciò sono stati inflitti provvedimenti disciplinari (si veda il paragrafo 44 supra).

114. Pur riconoscendo l'importanza delle misure disciplinari — come ha spesso riconosciuto nella sua giurisprudenza (si vedano Gäfgen, sopra citata, § 121, e Saba, sopra citata, § 76), la Corte ritiene comunque che la sola comminazione di sanzioni disciplinari non possa essere considerata una risposta adeguata da parte delle autorità in casi relativi ad atti gravi come quelli del caso di specie, che violano uno dei diritti fondamentali della Convenzione. A tale riguardo, essa ribadisce che soltanto l'azione penale è in grado di fornire l'effetto preventivo e la forza dissuasiva necessaria per l'osservanza dei requisiti dell'articolo 3...".

⁽³¹⁾ V. Corte EDU, R.R. e R.D. c. *Slovacchia*, § 178.

	<ul style="list-style-type: none">• Può affermarsi che l'indagine compiuta dalle autorità domestiche è stata indipendente?• Con specifico riferimento all'elemento procedurale: <i>a)</i> le autorità domestiche hanno effettuato un tentativo serio per accertare le circostanze relative alla morte del parente del ricorrente? <i>b)</i> può affermarsi che le conclusioni dell'indagine domestica sono basate su un'analisi rigorosa, imparziale e oggettiva di tutti gli elementi raccolti, incluse le dichiarazioni dei parenti del ricorrente? <i>c)</i> l'indagine è stata condotta in modo ragionevolmente celere, come richiesto dalla giurisprudenza convenzionale?
--	---

II.
**IL DIRITTO AL RISPETTO DEL DOMICILIO IN CASO DI
PERQUISIZIONI (*BRAZZI C. ITALIA*)**
di Daniela Cardamone (*)

SOMMARIO: 1. Il diritto al rispetto del domicilio nella giurisprudenza della CEDU. — 2. L'assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* della perquisizione domiciliare e la possibilità di controbilanciare tale mancanza con garanzie procedurali nella fase di esecuzione della perquisizione. — 3. La mancanza di un rimedio *ex post*. — 4. Gli effetti della pronuncia. Analisi dei possibili rimedi effettivi e nuovo rimedio introdotto dal legislatore nazionale.

1. Il diritto al rispetto del domicilio nella giurisprudenza della CEDU

Con la sentenza *Brazzi c. Italia* del 27 settembre 2018, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata) in un caso di perquisizione domiciliare disposta dal Pubblico Ministero, non seguita da sequestro, ritenendo che il ricorrente non disponesse né di un controllo di legalità *ex ante* della misura né di un sindacato *ex post* della legittimità della stessa.

Nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU, la perquisizione costituisce una « ingerenza delle autorità pubbliche » nel diritto al rispetto della vita privata che per essere legittima deve rispettare i requisiti stabiliti nell'art. 8 paragrafo 2 CEDU.

È dunque necessario che la perquisizione sia « prevista dalla legge », quindi che abbia una base legale.

La perquisizione deve, inoltre, essere finalizzata ad uno o più degli scopi legittimi tra quelli previsti in tale paragrafo; deve trattarsi, dunque, di una misura necessaria: per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute e della morale, per la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Infine, deve trattarsi di una misura « necessaria in una società democratica ».

(*) Magistrata presso il Tribunale di Milano.

La Corte EDU rammenta nella sentenza che, secondo la sua giurisprudenza consolidata, l'espressione « prevista dalla legge » implica che un'ingerenza nei diritti sanciti dall'articolo 8 CEDU deve fondarsi su una base giuridica interna, che la legislazione in questione deve essere sufficientemente accessibile e prevedibile, e che quest'ultima deve essere compatibile con i principi dello stato di diritto (si vedano, tra molte altre, Corte EDU, Rotaru c. Romania, G.C., 4 maggio 2000, n. 28341/95, par. 52, Liberty e altri c. Regno Unito, 1 luglio 2008, n. 58243/00, par. 59, Heino c. Finlandia, 15 febbraio 2011, n. 56720/09, par. 36).

Per quanto riguarda quest'ultimo requisito che deve avere la legislazione interna, vale a dire la compatibilità con i principi dello stato di diritto, la Corte EDU rammenta che, nell'ambito delle perquisizioni, esso impone che il diritto interno offra garanzie adeguate e sufficienti contro l'abuso e l'arbitrarietà (Corte EDU, Heino, sopra citata, par. 40, e Gutsanovi c. Bulgaria, 15 ottobre 2013, n. 34529/10, par. 220). La Corte EDU rammenta inoltre che, tra le garanzie in questione, vi è l'esistenza di un « controllo effettivo » delle misure contrarie all'articolo 8 della Convenzione (Corte EDU, Lambert c. Francia, 24 agosto 1998, n. 23618/94, par. 34), pur osservando che, il fatto che una richiesta di perquisizione sia stata oggetto di un controllo giurisdizionale non costituisce necessariamente, di per sé, una garanzia sufficiente contro gli abusi. La Corte EDU deve, infatti, esaminare le circostanze particolari del caso concreto e valutare se il quadro giuridico e i limiti applicati ai poteri esercitati costituiscano una protezione adeguata contro il rischio di ingerenze arbitrarie delle autorità (Corte EDU, K.S. e M.S. c. Germania, 6 ottobre 2016, n. 33696/11, par. 45).

Pertanto, nonostante il margine di apprezzamento che riconosce in materia agli Stati contraenti, la Corte EDU afferma che, nei casi in cui il diritto nazionale consente alle autorità di condurre una perquisizione senza un « mandato giudiziario preliminare », la tutela delle persone da « attacchi arbitrari » da parte delle pubbliche autorità ai diritti sanciti dall'articolo 8 CEDU richiede che tali poteri siano rigorosamente inquadrati dal punto di vista giuridico e limitati (Corte EDU, Camenzind c. Svizzera, 16 dicembre 1997, n. 21353/93, par. 45).

2. L'assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* della perquisizione domiciliare e la possibilità di controbilanciare tale mancanza con garanzie procedurali nella fase di esecuzione della perquisizione

Il primo aspetto critico che la Corte EDU individua nel sistema processuale italiano è costituito dall'assenza di un « controllo giurisdizionale » *ex ante* delle perquisizioni ordinate nella fase delle indagini preliminari, poiché

« non è previsto che il Pubblico Ministero chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione » (par. 43).

La sentenza della Corte EDU non si sofferma sui tratti salienti del sistema giuridico nazionale e delle scelte di valore compiute dal legislatore nell'inquadrare il Pubblico Ministero nella qualifica di "autorità giudiziaria" ⁽¹⁾ che ne collega la funzione anche alle garanzie di esercizio dei diritti di libertà e, quindi, alla protezione dei diritti fondamentali.

Il ragionamento della Corte EDU prende, invece, le mosse dalla fattispecie concreta, nella quale la perquisizione è stata ordinata dal Pubblico Ministero lo stesso giorno in cui era stata avviata un'indagine penale nei confronti del ricorrente, decisa a seguito di un tentativo delle autorità inquirenti di effettuare ricerche, lo stesso giorno, nell'ambito di un controllo fiscale amministrativo.

In casi del genere, nei quali la perquisizione è disposta in una fase « precoce » del procedimento penale, la Corte EDU ha già stabilito che devono essere offerte garanzie adeguate e sufficienti per evitare che venga utilizzata per fornire alle autorità inquirenti « elementi compromettenti » su persone non ancora identificate come sospettate di aver commesso un reato (Corte EDU, *Modestou c. Grecia*, 16 marzo 2017, n. 51693/13, par. 44).

Pertanto, nei casi in cui la legislazione nazionale non prevede un controllo giurisdizionale *ex ante* sulla legalità e sulla necessità di tale misura istruttoria, dovrebbero esistere altre garanzie, in particolare sul piano dell'esecuzione del mandato di perquisizione, di natura tale da controbilanciare le imperfezioni legate all'emissione e, eventualmente, al contenuto del mandato stesso.

Nella fattispecie concreta, la Corte EDU ha rilevato che la normativa italiana non prevede un simile controllo *ex ante* nel quadro delle perquisizioni ordinate nella fase delle indagini preliminari.

Non è, infatti, previsto che il pubblico ministero, nella sua qualità di magistrato incaricato dell'indagine, chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione.

La Corte di Strasburgo afferma poi che, in assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* sulla legalità e necessità della perquisizione, dovrebbero esistere altre garanzie procedurali nella fase di esecuzione della stessa, idonee a « controbilanciare le imperfezioni legate alla fase di emissione del mandato stesso » (par. 43).

⁽¹⁾ L'organo titolare del potere di disporre il mezzo di ricerca della prova è indicato con la locuzione "autorità giudiziaria" (articolo 247, comma 3, c.p.p.), la quale ricomprende il pubblico ministero nella fase delle indagini e il giudice nel processo (rel. prog. prel., 68).

Va rilevato, tuttavia, che la sentenza della Corte EDU non contiene un'analisi approfondita delle garanzie difensive in tema di perquisizioni, le quali si innestano nel mutato contesto costituzionale, a tutela della inviolabilità del domicilio ex art. 14 Cost., e si rapportano alla logica dell'intervento della difesa in sede di indagini preliminari, nell'intento di contemperarlo con le esigenze investigative che si ricollegano alla perquisizione la quale è, per sua natura, atto urgente e riservato ⁽²⁾.

Nell'ambito del diritto processuale penale pertinente, in tema di garanzie procedurali nella fase di esecuzione della perquisizione, la sentenza annovera (parr. 17 e 18) unicamente che l'autorità giudiziaria dispone la perquisizione mediante un decreto motivato (art. 247 c.p.p.), che il mandato di perquisizione deve essere consegnato all'indagato o a chi abbia la disponibilità dei luoghi, i quali hanno la facoltà di farsi assistere da un avvocato (art. 250 c.p.p.) e che è prevista una fascia oraria nella quale la perquisizione può essere eseguita (art. 251 c.p.p.), garanzie procedurali che sono giudicate insufficienti a controbilanciare le imperfezioni legate alla fase di emissione del mandato di perquisizione.

3. La mancanza di un rimedio *ex post*

La Corte EDU afferma poi che, qualora un controllo *ex ante* sulla perquisizione non sia previsto, una garanzia adeguata a norma dell'articolo 8 CEDU può essere integrata da un controllo *ex post* sulla legittimità e necessità della misura. In particolare, la Corte EDU richiede un « controllo giurisdizionale effettivo » della misura e delle modalità di svolgimento della stessa. Qualora, invece, l'operazione considerata irregolare abbia già avuto luogo, il rimedio deve fornire all'interessato « una riparazione adeguata » (par. 44).

Si tratta di un principio di carattere generale nella giurisprudenza europea, secondo il quale l'inoppugnabilità di un atto di ingerenza di una pubblica autorità in un diritto fondamentale è incompatibile con le garanzie richieste dall'articolo 8 CEDU.

Nel censurare il sistema processuale italiano anche sotto questo profilo, la sentenza non individua, però, uno specifico rimedio effettivo e fornisce solo delle indicazioni di massima, facendo riferimento a precedenti pronunzie nelle quali la Corte EDU ha affrontato questioni analoghe.

Ad esempio, la Corte EDU rammenta che la possibilità del soggetto di contestare la legittimità e la necessità della misura investigativa adottata e, se del caso, di ottenere la declaratoria d'inutilizzabilità del risultato probatorio,

⁽²⁾ Rel. Prog. Prel., 68.

è un rimedio giurisdizionale effettivo ⁽³⁾. Rileva però che, nel caso in esame, tale rimedio di carattere processuale non sarebbe stato efficace perché la perquisizione aveva avuto esito negativo e non vi era alcun elemento di prova da rendere inutilizzabile in un processo che, peraltro, non era mai iniziato (par. 46).

La Corte EDU evidenzia anche che, nel caso in esame, non essendovi stato alcun sequestro, il ricorrente non avrebbe potuto neanche esperire il ricorso al tribunale del riesame (par. 47).

La giurisprudenza di legittimità, in applicazione del principio di tassatività delle impugnazioni ha, infatti, costantemente affermato che non è autonomamente impugnabile, neppure per motivi di legittimità, sia il decreto con il quale sia disposta la perquisizione da parte del PM sia quello con il quale lo stesso proceda alla sua convalida, nel caso in cui l'atto istruttorio sia stato compiuto per motivi di urgenza su iniziativa della polizia giudiziaria ⁽⁴⁾. Secondo tale impostazione, al principio di tassatività delle impugnazioni fa eccezione la sola ipotesi dell'abnormità del provvedimento, nel qual caso l'autonoma impugnazione del decreto di perquisizione dinanzi al giudice di legittimità costituisce una ipotesi eccezionale avente finalità di "chiusura del sistema". A parte tale ipotesi eccezionale, quindi, l'inosservanza delle norme che disciplinano i presupposti ed i limiti della perquisizione dà luogo unicamente a rilievi disciplinari ⁽⁵⁾.

La sentenza Brazzi, comunque, non prende in considerazione i rimedi disciplinari che il nostro sistema prevede in via generale (art. 124 c.p.p.) e in modo specifico per le condotte della polizia giudiziaria agli articoli 16 e ss. del d.lvo 28 luglio 1989, n. 271 ("norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale") né il rimedio di natura penale, segnatamente l'art. 615 c.p. che prevede come reato la "violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale".

Essa, inoltre, respinge anche l'eccezione governativa sulla possibilità per il ricorrente di avvalersi dell'azione risarcitoria di cui alla legge n. 117 del 1998 (par. 49), ribadendo che è la normativa processuale a presentare una lacuna ed è innanzitutto nell'ambito delle garanzie procedurali che va garantito ai soggetti un rimedio contro i possibili abusi di potere delle autorità pubbliche (par. 50).

⁽³⁾ Ad esempio, Corte EDU, *Panarisi c. Italia*, 10 luglio 2007, n. 46794/99, con riferimento alle intercettazioni di comunicazioni.

⁽⁴⁾ Tra le tante, da ultimo: Cass. pen. 27 settembre 2016 n. 28060. Il principio è stato affermato anche nel caso del ricorrente: Cass. pen., 10 febbraio 2011, n. 8999.

⁽⁵⁾ Si veda di recente: Cass. Pen., 15 maggio 2018 n. 28770.

4. Gli effetti della pronuncia. Analisi dei possibili rimedi effettivi e nuovo rimedio introdotto dal legislatore nazionale

La pronuncia della Corte di Strasburgo ha portato all'attenzione del legislatore il tema, già presente nella dottrina e nella giurisprudenza italiane, del diritto ad un ricorso effettivo, con particolare riferimento alla inviolabilità del domicilio, e della assenza nel nostro sistema processuale di uno specifico rimedio in caso di decreto di perquisizione non seguito da sequestro.

Una questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento al profilo della mancanza di un controllo *ex ante* da parte di un giudice, è stata ritenuta manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione nel 2002 ⁽⁶⁾, essendosi ritenuto che i principi del giusto processo e della parità delle armi tra accusa e difesa, recepiti dal novellato art. 111 Cost., attengano alla fase del processo e non a quella delle indagini preliminari, con una motivazione non conforme ai principi della giurisprudenza europea per la quale, invece, i principi del *fair trial* si applicano *mutatis mutandis* necessariamente anche alla fase delle indagini.

Un'altra questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione all'art. 247 c.p.p. nella parte in cui non consente il ricorso al tribunale del riesame avverso i decreti che dispongono la perquisizione locale, è stata ritenuta manifestamente infondata dalla Suprema Corte nel 2003 ⁽⁷⁾, in affermando che la garanzia costituzionale in materia di provvedimenti che incidono sulla libertà personale è limitata al controllo della legittimità del provvedimento e non del merito e che tale garanzia non si estende a limitazioni diverse da quelle indicate dall'art. 111, c. 7, della Costituzione.

Per quanto riguarda i possibili strumenti di tutela, in dottrina *de iure condendo* taluni studiosi si sono mostrati favorevoli all'introduzione di un'autonoma ipotesi di riesame del decreto di perquisizione a prescindere da un sequestro ⁽⁸⁾.

Per altri, invece, la strada preferibile non sarebbe stato il controllo di merito attuabile con il riesame autonomo del provvedimento (a prescindere dal sequestro), quanto piuttosto, l'effettiva applicazione delle sanzioni penali (artt. 609 e 615 c.p.) e disciplinari (art. 124 c.p.p.) agli autori degli abusi ⁽⁹⁾.

Non può negarsi, invero, che la perquisizione non seguita da sequestro si risolve in una mera attività materiale che si esaurisce nel momento in cui è compiuta e non può essere annullata; né l'annullamento del decreto di

⁽⁶⁾ Si veda Cass. pen. 15 ottobre 2002, n. 40974.

⁽⁷⁾ Si veda Cass. pen. 27 giugno 2003, n. 35049.

⁽⁸⁾ G. BELLANTONI, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, in *Nuovi scritti di procedura penale*, Torino, 2009, 209.

⁽⁹⁾ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, 209.

perquisizione varrebbe ad eliminare l'accaduto e ad elidere le conseguenze pregiudizievoli derivanti da una illegittima ingerenza nella sfera privata.

Per quanto riguarda la perquisizione domiciliare, parte della dottrina si mostrata è favorevole a ritenere che il decreto sia immediatamente ricorribile per cassazione, inquadrando la inviolabilità del domicilio quale *species* del *genus* libertà personale ⁽¹⁰⁾.

Tale soluzione è stata ipotizzata sulla base dell'articolo 111 c. 7 Cost., recepito a livello di legge ordinaria dall'articolo 568 c. 2 c.p.p., che fornisce copertura costituzionale alla generale possibilità di ricorrere in cassazione avverso tutti i provvedimenti sulla libertà personale. Tale tesi sarebbe avvalorata dal rinvio operato dall'articolo 14 c. 2 Cost. alle garanzie prescritte per la tutela della libertà personale, tra le quali andrebbe ricompreso il controllo di legalità dei provvedimenti restrittivi di cui all'art. 111 c. 7 Cost., e avrebbe consentito, quindi, un'interpretazione conforme alla CEDU, a legislazione invariata.

Non sono mancati, comunque, rilievi critici da parte di chi ha affermato che il ricorso per cassazione, non avendo funzione inibitoria, non varrebbe ad eliminare l'accaduto e non consentirebbe di elidere il nocumento personale subito ⁽¹¹⁾.

In tema di possibili rimedi effettivi, la Corte EDU nella sentenza Brazzi non ha indicato quale ricorso possa costituire un *redressement approprié*, anche se le indicazioni di carattere generale fornite della pronuncia sono state nel senso di un rimedio di natura processuale, che consenta al soggetto destinatario di un atto invasivo della propria sfera personale di presentare le proprie doglianze dinanzi ad una giurisdizione terza rispetto a quella che ha disposto la misura.

La possibilità di ottenere tale scrutinio è apparsa dunque poter rappresentare, di per sé, un rimedio effettivo nel senso richiesto dall'articolo 8 CEDU e idoneo ad elidere le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla illegittima ingerenza nella sfera privata del soggetto.

Questa è stata, in effetti, la strada perseguita dal nostro legislatore che, con la legge 27 settembre 2021 n. 134 (recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari), come ricordato nella Relazione della Commissione Lattanzi, ha inteso « colmare un vuoto di tutela dell'ordinamento processuale penale italiano messo in luce dalla Corte di Strasburgo » nella sentenza Brazzi c. Italia.

È stato quindi introdotto uno specifico rimedio, la cui operatività è stata circoscritta alla sola ipotesi interessata dalla pronuncia della Corte EDU,

⁽¹⁰⁾ R. MALVASI, *sub* art. 247 c.p.p. in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso - G. Illuminati, Milano, 2015, 967.

⁽¹¹⁾ P. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012.

posto che, nei casi nei quali alla perquisizione segua un sequestro, è già disponibile il ricorso per riesame.

Al criterio di delega è stata, quindi, data attuazione intervenendo con tre distinte disposizioni modificative del codice di procedura penale.

Il rimedio avverso il decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero è stato inserito in un nuovo articolo 252-*bis* c.p.p., intitolato “Opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero”.

La clausola di riserva che apre la disposizione («Fuori dei casi di cui all’articolo 252»), circoscrive l’operatività del rimedio ai soli casi in cui alla perquisizione non sia conseguito un sequestro.

Conformemente al criterio di delega, i soggetti legittimati alla proposizione del rimedio sono stati individuati nella persona sottoposta a indagini e in quella nei cui confronti la perquisizione sia stata disposta o eseguita.

Quanto ai motivi per i quali l’opposizione può essere proposta, è stato precisato che — coerentemente con la *ratio* della sua introduzione — i vizi deducibili sono esclusivamente quelli che attengono ai presupposti sostanziali previsti dalla legge per l’effettuazione della perquisizione, solo in assenza dei quali l’ingerenza nelle libertà del singolo può definirsi “arbitraria”.

A tal fine, al comma 3 della nuova norma si è previsto che il giudice debba «accoglie[re] l’opposizione quando accert[i] che la perquisizione è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge».

Con il comma 2 della norma, infine, l’esperibilità del rimedio è stata subordinata al rispetto di un termine di dieci giorni, mutuato dalle disposizioni in tema di riesame reale (art. 324), cui si è fatto riferimento anche per il *dies a quo* di decorrenza, che è stato individuato nel momento dell’esecuzione del provvedimento, ovvero nella diversa e successiva data in cui l’interessato abbia avuto conoscenza dell’avvenuta perquisizione.

Per i residui profili procedurali, è stata testualmente riprodotta la formula impiegata nell’articolo 263, co. 5, del codice («possono proporre opposizione, sulla quale il giudice provvede a norma dell’articolo 127»), espressamente richiamato nella Relazione della Commissione Lattanzi.

L’inserimento di tale nuovo ricorso nel nostro sistema processuale fornisce un rimedio a colui che, nell’espletamento di indagini preliminari e nell’acquisizione degli elementi probatori, ha subito una perquisizione alla quale non è seguito un sequestro, conformemente al contenuto della sentenza della Corte EDU. L’interessato ha la possibilità di impugnare il decreto di perquisizione o di convalida della perquisizione, quando tali operazioni non siano seguite da un provvedimento di sequestro, e sia l’organo inquirente che il G.i.p. saranno chiamati a tutelare le garanzie difensive del prevenuto nella fase delle indagini preliminari anche sotto questo aspetto. In particolare, il G.i.p., chiamato a pronunciarsi, accoglierà l’opposizione nel caso in cui riscontri che la perquisizione è stata disposta al di fuori dei casi previsti dalla legge.

III.

IL DIRITTO AD UN RICORSO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO NEI CONFRONTI DELLE MISURE PRIVATIVE DELLA LIBERTÀ

(*RIZZOTTO C. ITALIA*)

di Daniela Cardamone (*)

SOMMARIO: 1. Principi generali della giurisprudenza della Corte EDU sul diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo in tema di libertà personale. — 2. Il caso *Rizzotto c. Italia* (n. 2): motivi di ricorso e decisione della Corte EDU. — 3. Il principio di unicità del diritto all'impugnazione in materia cautelare e il suo superamento. — 4. Il sistema interno dei rimedi *de libertate* alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

1. Principi generali della giurisprudenza della Corte EDU sul diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo in tema di libertà personale

Il diritto di ogni persona privata della libertà ad un ricorso giurisdizionale effettivo è sancito dall'art. 5, par. 4 CEDU che stabilisce che: « *Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima* ».

La Corte europea dei diritti dell'uomo, mediante la sua costante elaborazione giurisprudenziale, ha fissato dei principi generali in tema di art. 5, par. 4, della CEDU:

(a) Tale disposizione richiede, in primo luogo, che le persone private della libertà personale abbiano il diritto ad un controllo sulla sussistenza dei requisiti sostanziali e procedurali della legalità di tale detenzione, ai sensi dell'art. 5, par. 1, della CEDU (Corte EDU, *Brogan e altri c. Regno Unito*, 29 novembre 1988, nn. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, par. 65), controllo che deve essere effettuato mediante una decisione giudiziaria in tempi brevi (Corte EDU, *Baranowski c. Polonia*, 28 marzo 2000, n. 28358/95, par. 68);

(*) Magistrata presso il Tribunale di Milano.

(b) La giurisprudenza di Strasburgo richiede, inoltre, che, come per qualsiasi altra disposizione della CEDU, l'art. 5, par. 4 sia interpretato in modo tale che i diritti previsti non siano « teorici e illusori », ma « concreti ed efficaci » (Corte EDU, Artico c. Italia, 13 maggio 1980, n. 6694/74, par. 33; Corte EDU, Schöps c. Germania, 13 febbraio 2011, n. 25116/94, par. 47);

(c) L'art. 5, par. 4, CEDU, richiede, quindi, che il rimedio azionabile per valutare la legalità della detenzione sia accessibile ed efficace (Corte EDU, E. c. Norvegia, 29 agosto 1990, n. 11701/85, par. 60; Corte EDU, Sakik e altri c. Turchia, 26 novembre 1997, nn. 23878/94, 23879/94, 23880/94 e altri, par. 53);

(d) L'art. 5, par. 4, poi, non impone agli Stati contraenti di stabilire un doppio grado di giudizio per l'esame delle istanze *de libertate*. Tuttavia, uno Stato che adotta un tale sistema deve, in linea di principio, garantire in appello le stesse garanzie che sussistono in prima istanza (Corte EDU, Toth c. Austria, 12 dicembre 1991, n. 11894/85, par. 84; Corte EDU, Rutten c. Paesi Bassi, 24 luglio 2001, n. 32605/96, par. 53; Corte EDU, Lanz c. Austria, 31 gennaio 2002, n. 24430/94, par. 42);

(e) Per quanto riguarda, in particolare, le garanzie procedurali richieste, i procedimenti di cui all'art. 5, par. 4 non devono sempre essere accompagnati dalle stesse garanzie di cui all'art. 6, CEDU avendo le due disposizioni scopi diversi (Corte EDU, Reinprecht c. Germania, 15 novembre 2005, n. 67175/01, par. 39).

Tuttavia, il rimedio deve sempre essere di natura giurisdizionale e fornire all'interessato garanzie adeguate alla natura della privazione della libertà di cui si lamenta (Corte EDU, G.C., DN c. Svizzera, 29 marzo 2001, n. 27154/95, par. 41).

In ogni caso, questa procedura deve rispettare, per quanto possibile, i requisiti fondamentali di un procedimento equo (Corte EDU, Lietzow c. Germania, 13 febbraio 2001, n. 24479/94, par. 44; Schöps, cit., par. 44);

(f) La prima garanzia fondamentale richiesta dall'art. 5, par. 4 della Convenzione europea è il diritto di essere ascoltato dal giudice chiamato a decidere un ricorso in materia di privazione della libertà personale (Corte EDU, Svipta c. Lettonia, 9 marzo 2006, n. 66820/01, par. 128; Corte EDU, Knebl c. Repubblica Ceca, 28 ottobre 2010, n. 20157/05, par. 81). Per le persone detenute alle condizioni di cui all'art. 5, par. 1, lett. c) CEDU, l'art. 5, par. 4 richiede lo svolgimento di un'udienza (Corte EDU, Kampanis c. Grecia, 13 luglio 1995, n. 17977/91, par. 47; Corte EDU, Włoch c. Polonia, 19 ottobre 2000, n. 27785/95, par. 126). In particolare, questa udienza deve avere natura contraddittoria e, dunque, richiede la rappresentanza di un avvocato e la possibilità, se del caso, di convocare e interrogare testimoni.

Nel nostro sistema di ricorsi in materia di libertà personale, soddisfa, in linea di principio, tutti questi requisiti unicamente il ricorso al tribunale del riesame, sempreché il ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del medesimo tribunale e l'eventuale giudizio di rinvio si svolgano anch'essi in un breve termine, come richiesto dall'art. 5, par. 4, della CEDU (Corte EDU, Francesco Quattrone c. Italia, 26 novembre 2013, n. 13431/07, parr. 73-78; Corte EDU, G.C., N.C. c. Italia, 18 dicembre 2002, n. 24952/94, parr. 49-50; Corte EDU, Hussain c. Regno Unito, 21 febbraio 1996, n. 21928/93, par. 60; Corte EDU, Singh c. Regno Unito, 21 febbraio 1996, n. 23389/94, par. 68; Corte EDU, Rizzotto c. Italia, 24 aprile 2008, n. 15349/06).

Con l'introduzione della specifica previsione del diritto del prevenuto, che ne abbia fatto richiesta, di comparire personalmente all'udienza, prevista dal nuovo comma 8-bis dell'art. 309 c.p.p., la procedura di riesame si è allineata ancora meglio ai canoni dettati dalla giurisprudenza europea ⁽¹⁾.

2. Il caso *Rizzotto c. Italia* (n. 2): motivi di ricorso e decisione della Corte EDU

La sentenza Rizzotto c. Italia del 5 settembre 2019 affronta la questione del ricorso al tribunale del riesame proposto ai sensi dell'art. 309, comma 2, c.p.p. da un difensore d'ufficio nell'interesse di un soggetto latitante, con la conseguente consumazione del diritto all'impugnazione.

Il ricorrente ha adito la Corte EDU invocando la violazione di diversi articoli della Convenzione europea e sollevando diverse doglianze che la Corte decideva di trattare unitariamente alla luce del solo articolo 5, par. 4, della CEDU.

In particolare, il ricorrente ha affermato che il diritto interno offre un solo rimedio effettivo per ottenere il riesame della legittimità di un provvedimento coercitivo, che è il ricorso al tribunale del riesame ai sensi dell'art. 309 c.p.p. Tale rimedio, però, a causa della applicazione restrittiva del principio della unicità del diritto all'impugnazione da parte dei giudici interni, nel suo caso, non era stato effettivo.

Ulteriori doglianze hanno investito il rimedio di cui all'art. 299 c.p.p. e quello di cui all'art. 175 c.p.p., consentendo quindi alla Corte EDU di pronunciarsi anche su tali due ricorsi e di fornire utili spunti di riflessione alle autorità giudiziarie nazionali.

Nel caso di specie, per quanto riguarda il ricorso al tribunale del riesame di cui all'art. 309 c.p.p. — che in linea di principio soddisfa i criteri di cui

⁽¹⁾ La novità è stata introdotta con L. 16 aprile 2015 n. 47.

all'art. 5 par. 4 della CEDU — la Corte EDU afferma che le garanzie richieste dalla Convenzione europea, nel caso concreto del ricorrente Rizzotto, non sono state rispettate; in particolare, è stata violata la prima garanzia fondamentale che scaturisce dall'art. 5, par. 4, della CEDU, che è il diritto di essere ascoltato dal giudice chiamato a decidere su un ricorso in materia di libertà personale.

Infatti, il ricorso al tribunale del riesame presentato dal difensore di fiducia del ricorrente era stato dichiarato inammissibile in quanto il mezzo di impugnazione era stato già esperito in precedenza dal difensore di ufficio, quando quest'ultimo era latitante. Inoltre, in occasione del primo ricorso al tribunale del riesame, il ricorrente, che all'epoca era latitante, non aveva avuto l'opportunità di comunicare con il difensore di ufficio che gli era stato assegnato e di far presente i propri argomenti a sostegno della domanda di riesame. Infine, il ricorrente non era mai stato sentito dal tribunale del riesame che si era pronunciato sulla legittimità della sua detenzione e non era, quindi, stato messo nelle condizioni di sostenere personalmente la sua difesa.

La Corte EDU richiama poi la sua giurisprudenza in tema di latitanti, dalla quale si desume il principio fondamentale che la rinuncia a difendersi non può essere dedotta dal semplice *status* di latitante (Corte EDU, Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985, n. 9024/80, par. 28; Corte EDU, G.C., Sejdovic c. Italia, 1° marzo 2006, n. 56581/00, par. 87). Inoltre, non è il ricorrente a dover dimostrare di non aver voluto sottrarsi alla giustizia o che la sua assenza è dovuta ad una forza maggiore (Corte EDU, Sejdovic, cit., par. 88).

Nel caso di specie, la Corte EDU rileva che non emerge dagli atti alcuna prova che il ricorrente abbia voluto sottrarsi al procedimento o che abbia rinunciato in modo inequivocabile al suo diritto di difesa.

Alla luce di quanto precede, la Corte di Strasburgo afferma che il rimedio previsto dall'articolo 309 c.p.p. non ha fornito al ricorrente garanzie adeguate.

La Corte EDU conclude, quindi, che vi è stata violazione dell'articolo 5, par. 4 della Convenzione a causa dell'impossibilità, nella quale si è trovato il ricorrente, di essere effettivamente sentito dai giudici competenti per controllare la legittimità della sua detenzione.

3. Il principio di unicità del diritto all'impugnazione in materia cautelare e il suo superamento

La questione principale affrontata nella sentenza Rizzotto c. Italia (n° 2) è quella del ricorso al tribunale del riesame proposto ai sensi dell'art. 309, comma 2, c.p.p. da un difensore d'ufficio nell'interesse di un soggetto latitante, con la conseguente consumazione del diritto all'impugnazione.

Come noto, nel nostro sistema processuale vige il principio costituzionale dell'immediata impugnabilità dei provvedimenti restrittivi della libertà personale — anche se questi non siano stati eseguiti — in base all'art. 111 della Costituzione.

Su tale principio di rilevanza costituzionale si fonda la previsione dell'art. 309, comma 2, c.p.p. che, per il latitante, fa decorrere il termine per presentare impugnazione al tribunale del riesame dalla data della notifica dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva a norma dell'art. 165 c.p.p.; è poi previsto che, in caso di sopravvenuta esecuzione della misura cautelare, il termine decorre, invece, dalla data di esecuzione della stessa, se l'indagato dimostra di non aver avuto tempestiva conoscenza del provvedimento. Per il latitante l'art. 309, comma 2, c.p.p. prevede, quindi, unicamente un diverso *dies a quo* per la decorrenza del termine di impugnazione.

Nella vicenda oggetto della sentenza della Corte EDU Rizzotto c. Italia viene in rilievo, in particolare, l'autonomo potere di impugnazione del difensore. Il difensore, nel nostro sistema processuale, è autonomamente legittimato alla proposizione dell'impugnazione ma non nel senso che l'impugnazione da quest'ultimo proposta sia del tutto indipendente rispetto a quella presentata dall'indagato o imputato.

Invero, nella giurisprudenza di legittimità, fino a tempi recenti prevalente, era stata affermata l'applicabilità, anche in materia di procedimenti *de libertate*, del principio della unicità del diritto all'impugnazione per cui l'esaurimento del mezzo di ricorso per primo scelto dalla parte o dal suo difensore esaurisce il diritto all'impugnazione anche nei confronti dell'altro soggetto legittimato.

Di conseguenza, si riteneva non ammissibile il gravame proposto dalla parte con proprio autonomo atto di appello dopo che il difensore aveva esercitato, esaurendolo, il diritto all'impugnazione (2).

Va chiarito che l'esaurimento del diritto all'impugnazione non discende dalla mera proposizione del ricorso ma consegue unicamente ad una decisione nel merito da parte dell'organo competente, decisione non limitata ai profili di ammissibilità e di forma dello strumento processuale azionato; infatti, solo in questi casi si ammetterebbe una duplicazione della stessa impugnazione con conseguenti rischi di contraddittorietà di decisioni e inevitabili diseconomie processuali.

Quindi la giurisprudenza ha chiarito che l'intervenuta proposizione della richiesta di riesame da parte di uno dei due soggetti legittimati (imputato/indagato o difensore) non preclude la proposizione di analoga richiesta da

(2) Cass. pen., 19 aprile 2006, n. 19835; Cass. pen., 16 settembre 2008, n. 36745; Cass. S.U., 31 gennaio 2008, n. 6026; Cass. pen., 9 gennaio 2019 n. 11600.

parte dell'altro soggetto sempre che il termine non sia decorso o il tribunale non si sia già pronunciato. In tal caso, qualora sia possibile, si procede alla riunione dei procedimenti incidentali, nel senso che l'impugnazione proposta per ultima viene riunita a quella presentata per prima; riunione che deve intendersi quale semplice allegazione della impugnazione più recente a quella meno recente, secondo i criteri di massima elasticità ed economia processuale che caratterizzano i procedimenti in camera di consiglio.

L'effetto principale della sentenza Rizzotto c. Italia è quello di aver messo in luce i possibili *deficit* di tutela secondo i parametri convenzionali del rimedio del ricorso al tribunale del riesame presentato prima dell'esecuzione della misura cautelare dal difensore del latitante. Trattasi di un rimedio non richiesto dalla CEDU che, peraltro, nel caso di specie, ha anche costituito l'origine della violazione dei diritti fondamentali del ricorrente, stante la consumazione del potere di impugnazione.

Nella sentenza Rizzotto, la Corte EDU rievoca, a questo proposito, l'evoluzione giurisprudenziale che si è avuta in tema di processo *in absentia* e le modifiche normative che ne sono scaturite.

Il processo contumaciale, come noto, è stato oggetto di plurime condanne nei confronti dell'Italia⁽³⁾ che sono state alla base di successive modifiche normative con le quali il nostro sistema processuale ha inteso adeguarsi agli standard europei⁽⁴⁾. Significativa, sotto questo profilo, è stata la decisione di irricevibilità della Corte EDU del 25 novembre 2008, Cat Berro c. Italia, nella quale si afferma che il legislatore italiano, mediante le modifiche dell'articolo 175 c.p.p. del 2005⁽⁵⁾, ha sopperito ad alcune delle criticità in passato censurate e che sarebbe stato necessario attendere l'interpretazione giurisprudenziale della norma così come modificata.

Dunque, il sistema dei rimedi interni per il condannato in contumacia ha continuato ad essere oggetto di valutazione da parte della Corte di Strasburgo, anche dopo le modifiche normative del 2005. E ciò anche alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2008 (ric. Huzuneanu) che aveva dato prevalenza al principio di unicità del diritto all'impugnazione, considerando esaurita la facoltà di impugnare del contumace, qualora il difensore avesse già fatto uso della scelta ai sensi dell'art. 571, comma 3 c.p.p.⁽⁶⁾; principio censurato dalla Corte di Strasburgo proprio a seguito del

(3) Si vedano ad esempio: Corte EDU, G.C., *Sejdovic*, cit.; Corte EDU, *Colozza*, cit.; Corte EDU, *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004, n. 67972/01.

(4) Decreto-legge 21 febbraio 2005 no. 17, conv. in legge 22 aprile 2005 n. 60; L. 28 aprile 2014 n. 67; L. 27 settembre 2021 n. 134.

(5) L. n. 60/2005 di conv. del D.L. n. 17/2005 cit.

(6) Cass. S.U., 31 gennaio 2008, n. 6026.

ricorso introdotto dal medesimo ricorrente Huzuneanu (Corte EDU, Huzuneanu c. Italia, 1° settembre 2016, n. 36043/08).

Nella sentenza Huzuneanu c. Italia, la Corte EDU ha rilevato, in primo luogo, che la Corte costituzionale, con sentenza n. 317 del 2009, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 175 co. 2 c.p.p. nella parte in cui non consente la restituzione nel termine dell'imputato che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento, al fine di proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato (7). Ha, quindi, affermato che un sistema che permette di privare un imputato della possibilità di interporre appello avverso la propria condanna solo perché l'avvocato nominato d'ufficio abbia esperito i ricorsi disponibili — all'insaputa dello stesso imputato — solleva dei problemi di compatibilità con la Convenzione; nel caso di specie, quindi, la Corte EDU ha affermato che vi è stata la violazione dei diritti di difesa del ricorrente il quale, condannato in contumacia, sebbene la sua assenza al processo non gli fosse imputabile, non ha potuto ottenere la rimessione dei termini per proporre appello. La Corte EDU ha sostenuto che i diritti della difesa di un imputato non possono essere sacrificati al fine di garantire altri diritti fondamentali del processo, come il diritto al « *termine ragionevole* » o al « *ne bis in idem* », o, *a fortiori*, per preoccupazioni legate al carico di lavoro dei tribunali.

In una sentenza successiva, Baratta c. Italia, la Corte EDU ha conseguentemente ritenuto che il ricorrente non fosse più vittima, in quanto aveva potuto ottenere la rimessione nel termine per fare appello e la celebrazione di un nuovo processo, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009 (Corte EDU, Baratta c. Italia, 13 ottobre 2016, n. 28263/09, parr. 93-94).

Nella sentenza Rizzotto si intravede, quindi, un'indicazione da parte della Corte di Strasburgo nel senso di individuare quale possibile strada di adeguamento del sistema interno ai parametri convenzionali quella, già percorsa in tema di processo *in absentia*, del superamento della rigida applicazione del principio di unicità del diritto all'impugnazione anche in materia di misure cautelari.

Tale indicazione corrisponde alla più recente giurisprudenza di legittimità che, a partire dalla sentenza n. 20539/2019, ha ritenuto che « le affermazioni della sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale non possono che integrare una prospettiva dalle ricadute generali, al di là del tema specifico deciso e riferito al processo in contumacia ed al diritto

(7) Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317.

all'impugnazione della sentenza contumaciale; esse riverberano i loro effetti sul sistema processuale complessivamente considerato e, per questo, anche sul procedimento cautelare e sull'impugnazione dei provvedimenti in questa fase ».

Di conseguenza è stato affermato che non è possibile « dichiarare l'inammissibilità dell'istanza di riesame proposta personalmente dall'indagato solo perché successiva a quella già depositata dal suo difensore, in ragione sia del disposto di cui all'art. 309 cod. proc. pen., che conferisce ad entrambi la facoltà di adire il tribunale della libertà, prevedendo una differenziata decorrenza dei termini per impugnare, sia del tendenziale superamento del principio di unicità dell'impugnazione » (8).

Attualmente, il principio di unicità del diritto all'impugnazione in materia cautelare è stato, dunque, superato attraverso l'estensione al procedimento cautelare e alla impugnazione dei provvedimenti in questa fase dei principi espressi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009 in tema di processo contumaciale e questo dovrebbe consentire alle autorità giudiziarie di evitare di incorrere in violazioni della CEDU in futuro.

4. Il sistema interno dei rimedi *de libertate* alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La sentenza Rizzotto c. Italia (n° 2) si segnala altresì perché l'analisi del ricorso costituisce occasione per la Corte europea dei diritti dell'uomo di analizzare anche altri rimedi di diritto interno e di verificare, sia pure *incidenter tantum*, se essi abbiano rispettato, nel caso concreto, i requisiti richiesti dall'art. 5, par. 4, CEDU in termini di effettività.

La Corte di Strasburgo analizza, ad esempio, il rimedio di cui all'art. 299 c.p.p., del quale il ricorrente si era avvalso chiedendo la revoca della misura cautelare al giudice per le indagini preliminari. In proposito, la Corte EDU stigmatizza il fatto che quest'ultimo aveva rigettato la richiesta senza ascoltare il ricorrente: l'art. 299 c.p.p. non prevede, infatti, lo svolgimento di un'udienza e il giudice è tenuto a interrogare l'imputato solo se l'istanza di revoca o sostituzione della misura è basata su fatti nuovi e l'indagato abbia chiesto di essere interrogato.

Poiché, inoltre, il diritto del detenuto di essere ascoltato deriva direttamente dall'articolo 5, par. 4, CEDU, in quanto è una delle garanzie procedurali fondamentali in materia di privazione della libertà, tale garanzia non può essere subordinata ad una richiesta specifica dell'interessato (Corte EDU, Veccek c. Repubblica Ceca, 21 febbraio 2013, n. 3252/09, par. 78).

(8) Cass. pen., 22 gennaio 2019, n. 20539; Cass. pen., 1° luglio 2021, n. 31655.

Nel caso di specie, inoltre, afferma la Corte EDU, poiché, attraverso il suo ricorso, il ricorrente chiedeva, per la prima volta, un riesame della legittimità della sua detenzione e nessun fatto nuovo veniva sottoposto all'esame del giudice per le indagini preliminari, una richiesta di interrogatorio non sarebbe stata mai accolta.

Ne consegue che, secondo la Corte EDU, la richiesta di revoca della misura cautelare prevista dall'articolo 299 c.p.p. non è stata, nelle circostanze del caso concreto, un rimedio valido ai sensi dell'art. 5, par. 4, della Convenzione europea.

La giurisprudenza della Corte EDU fornisce, quindi, alcune indicazioni precise in merito ai ricorsi in materia di libertà personale e, nella sentenza Rizzotto, indica tra le garanzie insopprimibili della persona privata della libertà personale quella di essere ascoltata da un giudice.

Per quanto riguarda la richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare di cui all'art. 299 c.p.p., l'attuale formulazione della norma prevede un obbligo del giudice di assumere l'interrogatorio dell'imputato che ne ha fatto richiesta; in generale, la norma prevede (comma 3-ter) che il giudice, valutati gli elementi addotti per la revoca o la sostituzione delle misure, prima di provvedere, possa assumere l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini.

Un'interpretazione della norma conforme alla giurisprudenza della Corte EDU imporrebbe di assumere l'interrogatorio quantomeno nei casi in cui l'indagato fondi la richiesta di revoca o di sostituzione della misura cautelare su fatti riguardanti il merito delle accuse, quindi sulla sussistenza del requisito dei gravi indizi di colpevolezza.

La Corte EDU, infine, ha analizzato anche il rimedio di carattere generale della restituzione nel termine di cui all'art. 175 c.p.p. con il quale, eventualmente, il ricorrente avrebbe potuto dimostrare che non si era sottratto volontariamente alla esecuzione della misura cautelare e ottenere la riapertura del termine per presentare la richiesta di riesame. In proposito, la sentenza Rizzotto afferma che la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione, che è stata applicata nel caso di specie, in base al principio di unicità del diritto di impugnazione, avrebbe impedito la riapertura del termine per la presentazione di un ricorso contro la misura cautelare avendo, appunto, il difensore di ufficio già utilizzato il rimedio previsto dall'art. 309 c.p.p. Su questo specifico aspetto si deve rilevare che l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di legittimità sopra richiamata, sul superamento del principio di unicità del diritto all'impugnazione nei procedimenti cautelari, dovrebbe consentire di non incorrere in nuove violazioni della CEDU.

IV.
**DIRITTO DELLA PERSONA OFFESA ALLA RAGIONEVOLE
DURATA DEL PROCESSO PENALE**
di *Chiara Buffon* (*)

SOMMARIO: 1. Equità della “controversia di carattere civile” nel procedimento penale. — 2. Decorrenza dei diritti civili e “formalità” italiane. — 3. Ripercussioni interne, contrasti ed effetti collaterali.

1. Equità della “controversia di carattere civile” nel procedimento penale

Le prerogative dell’equo processo sancite dall’art. 6 § 1 della Convenzione spettano sia al destinatario dell’accusa penale che al titolare di diritti e doveri di carattere civile.

Quali siano tali “diritti e doveri di carattere civile” è interrogativo non scontato ed essenziale per stabilire se la “componente civile” dell’equo processo sia applicabile al caso concreto, dunque se il ricorso dinanzi alla Corte EDU sia ricevibile (un profilo d’ammissibilità il cui difetto è rilevabile d’ufficio, senza apposita eccezione governativa). La pertinente nozione è autonoma da definizioni nazionali (di diritto civile, commerciale o amministrativo), qualità delle parti in causa, qualifica delle norme afferenti alla controversia e natura dell’autorità competente a decidere ⁽¹⁾: si tratta, in senso generalissimo, di una posizione giuridica soggettiva sostanziale e/o procedurale, riconosciuta, a qualsiasi titolo, dal diritto interno, ancorché non espressamente dalla Convenzione ⁽²⁾, suscettibile di azionabilità giudiziaria (non mera aspettativa di fatto) ⁽³⁾.

(*) Esperta CEDU a supporto dell’Agente del Governo dello Stato italiano presso la Corte EDU.

⁽¹⁾ Corte EDU, G.C., *Bochan c. Ucraina* (n. 2), 5 febbraio 2015, n. 22251/08, par. 43; Corte EDU, G.C., *Nait-Liman c. Svizzera*, 15 marzo 2018, n. 51357/07, par. 106.

⁽²⁾ Corte EDU, G.C., *Regner c. Repubblica ceca*, 19 settembre 2017, n. 35289/11, par. 99; Corte EDU, G.C., *Denisov c. Ucraina*, 25 settembre 2018, n. 76639/11, par. 44.

⁽³⁾ Non rileva la speranza di ottenere un diritto in Corte EDU, G.C., *Regner v. Repubblica Ceca*, cit., parr. 101-104. Ad ogni modo, la possibilità che una persona sia titolare

Il “diritto” deve essere “controverso”, quanto a esistenza, campo di applicazione o modalità di esercizio (4). Anche la nozione di “controversia” è sostanziale, non formale, e autonoma: la Corte EDU vi riconduce la procedura tendenzialmente contenziosa (5), “reale e seria”, che tale si presume fino a quando non emergano chiare indicazioni di segno contrario, di pretese frivole, vessatorie o altrimenti prive di fondamento (6), ove il rigetto della domanda sia prevedibile e il ricorrente non abbia mai vantato prospettive di accoglimento (7).

di una pretesa rivendicabile in giudizio può dipendere non soltanto dal contenuto vero e proprio del relativo diritto, secondo la sua definizione nazionale, ma anche dall'esistenza di ostacoli procedurali che impediscono o limitano le possibilità di esercitare in giudizio potenziali azioni. La Corte EDU pone particolare attenzione alla differenza tra restrizioni sostanziali o procedurali poiché solo le prime denotano l'assenza del requisito della base giuridica nazionale, necessaria per l'operatività dell'art. 6 § 1 della Convenzione (esemplificativamente, sull'immunità quale ostacolo procedurale, cfr. Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, 21 novembre 2001, n. 35763/97, par. 46-49).

(4) Sull'accezione di controversia, Corte EDU, *Le Compte, Van Leuven e de Meyere c. Belgio*, 23 giugno 1981, nn. 6878/75 e 7238/75, par. 45; Corte EDU, *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, 23 ottobre 1990, n. 11296/84, par. 66. Per una controversia relativa, non all'esistenza del diritto, ma alle sue modalità di esercizio, Corte EDU, G.C., *Nait-Liman c. Svizzera*, cit., par. 107, ove lo Stato convenuto non contestava realmente l'esistenza di un diritto delle vittime di tortura di ottenere un risarcimento, piuttosto la sua applicazione extraterritoriale.

(5) Così, non sussiste una “controversia” ai fini dell'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 6 della Convenzione, nel procedimento “speciale” predisposto dall'ordinamento armeno per l'accertamento della paternità, in quanto non contenzioso, unilaterale, che non coinvolge parti contrapposte, applicabile solo su diritti incontrovertibili v. Corte EDU, *Alaverdyan c. Armenia*, 24 agosto 2010, n. 4523/04, par. 35-37. Nei confronti dell'Italia, la Corte ha fatto applicazione concreta dei suddetti principi in relazione alla procedura di liquidazione amministrativa: in un primo momento, la Commissione aveva escluso l'operatività dell'art. 6 della Convenzione, facendo leva sulla natura amministrativa, piuttosto che giudiziaria, della liquidazione, a differenza della procedura fallimentare (Corte EDU, *F.L. c. Italia*, 12 aprile 1996, n. 25639/94); in seguito, la Corte è tornata sull'argomento, affermando che nella liquidazione, al pari del fallimento, il creditore basa la prospettiva di realizzazione del proprio credito sull'attività di un terzo neutrale che verifica l'esistenza dei crediti e poi procede alla loro liquidazione (Corte EDU, *Cipolletta c. Italia*, 11 gennaio 2018, n. 38259/09, par. 23 ss.).

(6) Non era “reale e seria” la richiesta risarcitoria presentata da un detenuto avverso l'autorità penitenziaria, per i danni legati alla presunta presenza di detenuti affetti da HIV nello stesso carcere, mancando accuse specifiche di pregiudizio personale, cfr. Corte EDU, *Skorobogatykh c. Russia*, 8 giugno 2006, n. 37966/02.

(7) Sussiste inammissibilità *ratione materiae* se i ricorrenti adiscono un tribunale incompetente (Corte EDU, *Arvanitakis e Altri c. Grecia*, 26 agosto 2014, n. 21898/10, par. 11-13), ovvero se avviano il procedimento molti anni dopo il consolidamento della situazione lamentata (Corte EDU, *Astikos Oikodomikos Synetairismos Nea Konstantinoupolis c. Grecia*, 20 gennaio 2005, n. 37806/02).

Il “carattere civile” del diritto si manifesta sia nei procedimenti tra privati ⁽⁸⁾ che di diritto pubblico ⁽⁹⁾. La portata civile non è infatti limitata all’oggetto immediato della controversia, purché quest’ultima abbia ripercussioni dirette e significative sul diritto del privato, patrimoniale o non. In altre parole, l’esito della controversia deve risultare determinante per il diritto: l’esistenza di un nesso debole o conseguenze remote preclude l’ammissibilità del ricorso ⁽¹⁰⁾.

Siffatto approccio consente all’equo processo civile di raggiungere varie tipologie di controversie che gli Stati definirebbero pubbliche ⁽¹¹⁾, in particolare, tramite la costituzione di parte civile, il procedimento penale ⁽¹²⁾. A tal fine, è necessario che l’azione privata sia esercitata per ottenere la riparazione del danno derivante dal reato, ancorché simbolica, ad esempio per riabilitare la reputazione dell’offeso ⁽¹³⁾. Viceversa, l’art. 6 § 1 non è applicabile qualora l’azione miri alla vendetta o abbia fini punitivi: nella

⁽⁸⁾ Ad esempio, cause di separazione giudiziale, Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, n. 6289/73.

⁽⁹⁾ Tali procedimenti possono riguardare l’autorizzazione a vendere un fondo (Corte EDU, *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971, n. 2614/65, par. 94), la gestione di una clinica privata (Corte EDU, *König c. Germania*, 28 giugno 1978, n. 6232/73, parr. 94-95), un permesso di costruire (Corte EDU, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, n. 7151/75 e 7152/75, par. 79).

⁽¹⁰⁾ In Corte EDU, G.C., *Athanassoglou e Altri c. Svizzera*, 6 aprile 2000, n. 27644/95, parr. 46-55, la Corte ha ritenuto che l’art. 6 § 1 non fosse applicabile al procedimento avviato contro la legittimità della proroga di una licenza di gestione di una centrale nucleare, poiché il nesso tra la decisione di proroga e i diritti alla vita e alla proprietà era “troppo tenue e remoto”, non avendo i ricorrenti dimostrato di essere personalmente esposti a un pericolo specifico e imminente.

⁽¹¹⁾ Procedimenti disciplinari dinanzi a organi professionali di categoria qualora incidenti sul diritto di esercitare una professione (Corte EDU, *Reczkowicz c. Polonia*, 22 luglio 2021, n. 43447/19, parr. 183 ss.); procedimenti disciplinari nei confronti di dipendenti pubblici (Corte EDU, *Vilho Eskelinen e Altri c. Finlandia*, 14 aprile 2007, n. 63235/00); controversie concernenti questioni sociali quali la concessione di prestazioni previdenziali anche in assenza di prelievo contributivo (Corte EDU, *Salesi c. Italia*, 26 febbraio 1993, n. 13023/83).

⁽¹²⁾ Corte EDU, G.C., *Perez c. Francia*, 12 febbraio 2004, n. 47287/99, parr. 70-71. La componente civile dell’art. 6 della Convenzione può rilevare in sede penale anche a prescindere dalla costituzione di parte civile, a favore, non dell’offeso dal reato, ma del suo autore, nelle cause riguardanti limitazioni ai diritti dei detenuti (ad esempio l’applicazione del regime di massima sicurezza, Corte EDU, G.C., *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009, n. 74912/01, parr. 97-107) ovvero misure di sicurezza quali la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, con annesso prescrizioni (Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, n. 43395/09, parr. 147-50).

⁽¹³⁾ Sulla riparazione simbolica, Corte EDU, G.C., *Gorou c. Grecia* (n. 2), 20 marzo 2009, n. 12686/03, par. 24.

Convenzione non trova spazio il diritto di far perseguire o condannare penalmente terzi ⁽¹⁴⁾.

Assodato, quindi, che l'aspetto penale dell'art. 6 non esclude la contestuale operatività dell'aspetto civile, nel medesimo procedimento, dinanzi ai medesimi giudici, i diritti di vittime o parti civili non coincidono né con quelli delle persone accusate del reato, che godono evidentemente di maggiore tutela ⁽¹⁵⁾, né con quelli del pubblico ministero ⁽¹⁶⁾.

Nello specifico, se sussiste una "controversia" concernente "diritti e doveri di carattere civile", nel significato tracciato dalle suddette coordinate, l'art. 6 § 1 garantisce il diritto di accesso a un tribunale ⁽¹⁷⁾, purché avente giurisdizione piena ⁽¹⁸⁾, costituito in conformità alla legge ⁽¹⁹⁾, indipendente e imparziale ⁽²⁰⁾; il diritto, a determinate condizioni, al gratuito patrocinio ⁽²¹⁾; il diritto al rispetto di requisiti procedurali quali il contraddittorio ⁽²²⁾, la parità delle armi ⁽²³⁾, la motivazione delle decisioni giudiziarie ⁽²⁴⁾, la pubblicità dell'udienza ⁽²⁵⁾, nonché la ragionevole durata ⁽²⁶⁾.

Rilevano qui i diritti di accesso e celere definizione del procedimento. Quanto al primo, il carattere concreto ed effettivo del diritto può essere compromesso da costi proibitivi ovvero da questioni concernenti la scadenza dei termini, nello specifico dal tempo impiegato per la pronuncia, da quello fissato per l'impugnazione, ovvero dal termine di prescrizione del reato. La

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, G.C., *Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turchia*, 14 aprile 2015, n. 24014/05, par. 218; Corte EDU, *Sigalas c. Grecia*, 22 settembre 2005, n. 19754/02, par. 29; Corte EDU, *Mihova c. Italia* (dec.), 30 marzo 2010, n. 25000/07.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, G.C., *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), 11 luglio 2017, n. 19867/12, par. 67.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, G.C., *Andrejeva c. Lituania*, 18 febbraio 2009, n. 55707/00, parr. 100 ss.

⁽¹⁷⁾ Definito in Corte EDU, *Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, n. 4451/70, parr. 28-36.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Beaumartin c. Francia*, 24 novembre 1994, n. 15287/89, par. 38.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, G.C., *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, 1 dicembre 2020, n. 26374/18, par. 223.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, G.C., *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, 6 novembre 2018, nn. 55391/13, 57728/13 e 4041/13, parr. 150 e 152.

⁽²¹⁾ Corte EDU, *Steel e Morris c. Regno Unito*, 15 febbraio 2005, n. 68416/01, par. 62; in tempi recenti, Corte EDU, *Feilazoo c. Malta*, 11 marzo 2021, n. 6865/19, parr. 125-131.

⁽²²⁾ Corte EDU, G.C., *Kress c. Francia*, 7 giugno 2001, n. 39594/98, par. 74.

⁽²³⁾ Corte EDU, *Guigüe e SGEN-CFDT c. Francia* (dec.), 6 gennaio 2004, n. 59821/00.

⁽²⁴⁾ Corte EDU, *Magnin c. Francia* (dec.), 10 maggio 2012, n. 26219/08, par. 29.

⁽²⁵⁾ Corte EDU, G.C., *Malhous c. Repubblica Ceca*, 12 luglio 2001, n. 33071/96, parr. 55-56.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, G.C., *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, 19 aprile 2007, n. 63235/00, par. 65.

Corte EDU ne ha riscontrato la violazione nell'ipotesi di archiviazione penale a causa della prescrizione, il cui decorso fosse dipeso dall'inerzia o negligenza dell'autorità nazionale, determinando il mancato esame della domanda civile ⁽²⁷⁾; in alcuni casi, ha però fatto salva la disponibilità di altri rimedi egualmente accessibili ed effettivi ⁽²⁸⁾. In un caso contro l'ordinamento italiano, la violazione è stata ricondotta all'eccessiva durata delle indagini preliminari, attribuibile all'autorità, avendo impedito al ricorrente di costituirsi parte civile ⁽²⁹⁾. Quanto alla durata ragionevole, il *dies a quo* per la sua determinazione inizia normalmente a decorrere con l'esercizio dell'azione dinanzi al tribunale competente; anche prima, quando gli atti preliminari rappresentano "preambolo necessario" per perseguire l'interesse civile ⁽³⁰⁾; così è stato ritenuto con riguardo alla fase antecedente alla costituzione di parte civile nel procedimento penale italiano.

2. Decorrenza dei diritti civili e "formalità" italiane

La tutela del diritto civile può essere attivata nel procedimento penale e ivi attrarre le garanzie dell'equo processo nel suo aspetto civile. Ai fini della Convenzione, tale tutela prescinde dalle qualifiche formali di parte e guarda alla sostanza dell'interesse e della condotta posta in essere dal ricorrente.

Tuttavia, scegliere la sede penale per esercitare il proprio diritto civile significa avere la consapevolezza che, in quella sede, l'addebito di responsabilità è frutto di principi e regole che favoriscono la posizione dell'imputato. Correlativamente, laddove il legislatore dia spazio alla pretesa civile, si deve presumere che abbia escluso i rischi di compromettere l'equilibrio con le garanzie dell'equo processo penale ⁽³¹⁾.

Questa premessa appare sottotesto necessario per studiare il quesito relativo alla decorrenza del diritto della persona offesa alla ragionevole durata del procedimento penale italiano.

La Corte EDU vi si fronteggia in due casi, sollevati, in ordine, dai ricorrenti Arnoldi e Petrella e conferma il seguente principio di diritto: il periodo da considerare, nell'ambito di un procedimento penale, per stabilire la durata ragionevole, inizia, per la persona che sostiene di essere stata lesa da

⁽²⁷⁾ Corte EDU, *Atanasova c. Bulgaria*, 2 ottobre 2018, n. 72001/01, parr. 35-47.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, G.C., *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, 25 giugno 2019, n. 41720/13, par. 198.

⁽²⁹⁾ Corte EDU, *Petrella c. Italia*, 18 marzo 2021, n. 24340/07, parr. 51-53.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, *Blake c. Regno Unito*, 26 settembre 2006, n. 68890/01, par. 40.

⁽³¹⁾ L'equilibrio tratteggiato dal nuovo codice di rito tra posizione dell'imputato, della persona offesa e parte civile è ben descritto da A. PENNISI, voce *Parte civile*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 783 ss.; Id., voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 790 ss.

un reato, già prima della costituzione di parte civile, ossia nel momento in cui la stessa esercita uno dei diritti e delle facoltà che le sono espressamente riconosciuti dalla legge, dimostrando così il proprio interesse alla riparazione pecuniaria del danno o alla tutela del suo diritto di carattere civile.

In questo modo, i giudici europei combinano due filoni della giurisprudenza convenzionale: il primo concerne l'irrilevanza dello status formale di parte nel corso delle indagini preliminari, al fine di esercitare taluni dei diritti di cui all'art. 6, rispetto alla posizione dell'indagato; il secondo ha ad oggetto il riconoscimento dei danni civili nel procedimento penale ed è stato sviluppato con riguardo a sistemi giuridici sul punto profondamente diversi da quello italiano ⁽³²⁾.

Quanto alla posizione della vittima nel procedimento penale, la Corte utilizza un test in due fasi per stabilire l'applicabilità dell'art. 6 § 1 (civile): nella prima fase, verifica se nel procedimento penale entra in gioco un diritto civile; nella seconda, se lo sviluppo del procedimento risulta determinante per il diritto fatto valere.

Nel caso *Arnoldi* ⁽³³⁾, la persona offesa aveva presentato una denuncia per falso, ma non aveva potuto costituirsi nel procedimento penale, chiusosi per prescrizione prima dell'udienza preliminare. Non aveva potuto, dunque, esercitare l'azione civile, o meglio formalizzare l'interesse a chiedere in sede penale il riconoscimento del diritto civile derivante dal reato. Per individuare il suddetto diritto civile (e di conseguenza applicare l'art. 6 § 1), la Corte procede per esclusione, tramite due premesse: da una parte, la mancanza dello status formale di "parte" non è per ciò sola ostativa; dall'altra, il diritto di far perseguire o condannare terze persone non è di per sé sufficiente, dovendo andare di pari passo con l'esercizio dell'azione civile. Ciò implica che « si debba esaminare, caso per caso, se il sistema giuridico interno riconosca alla persona che presenta la denuncia un interesse di natura civile da far valere nell'ambito del processo penale. Di conseguenza, nel caso in cui la persona presenti la denuncia con finalità puramente repressive, l'art. 6 non trova applicazione » (§ 32). Ne discende che il diritto civile entra in gioco in due casi, tra loro alternativi: quando viene presentata una richiesta di risarcimento ovvero quando viene chiesta la tutela di un diritto di carattere civile. In concreto, la denuncia di falso implicava di per sé la volontà di tutelare il diritto di proprietà (che le dichiarazioni false altrui avevano compromesso); inoltre, tramite la denuncia, la vittima aveva già manifestato l'interesse a chiedere, al momento opportuno, la riparazione.

⁽³²⁾ In particolare, gli ordinamenti francese, portoghese e bulgaro.

⁽³³⁾ Corte EDU, *Arnoldi c. Italia*, 7 dicembre 2017, n. 35637/04, commento di G. DE MARZO, *La tutela della parte offesa non costituita parte civile*, in *Questione giustizia*, 2019, 343 ss.

Nel successivo caso *Petrella* ⁽³⁴⁾, la Corte estende il principio formulato nel caso *Arnoldi* (con riguardo al diritto di celere definizione del processo) anche al diritto di accesso a un tribunale. La decisione non è però unanime. Il giudice Wojtyczek rileva, in primo luogo, che quando la Corte dichiara l'art. 6 applicabile a richieste civili in procedimenti penali, l'accesso ai tribunali civili risulta *de jure e/o de facto* precluso durante il procedimento penale, ragion per cui il ritardo penale non può che ripercuotersi sulla decisione sostanziale della questione civile; invece, secondo la legge italiana, l'accesso al processo civile è aperto durante il procedimento penale (salvo coordinarsi con la costituzione di parte civile). Inoltre, non vi sarebbe alcun giustificato motivo per non pretendere dal ricorrente, anche dopo il proscioglimento, l'esercizio dell'azione dinanzi ai giudici civili: l'argomento relativo alla difficoltà di raccogliere le prove in sede civile (a differenza dell'agevolazione penale del poter contare sull'attività inquisitoria del pubblico ministero) dimentica che la difficoltà in parola è connessa alla funzione propria del giudizio civile di ripartire ricchezze e rischi di azione. Secondo il giudice Sabato, la maggioranza del caso *Petrella* si sarebbe spinta troppo oltre nell'equiparare la denuncia penale al diritto di intentare un'azione civile, posto che, nell'ordinamento italiano, l'equiparazione, non solo formale ma sostanziale, agli occhi del giudice e delle altre parti, interviene solo con la costituzione di parte civile (solo allora, infatti, il giudice verifica l'ammissibilità della richiesta civile) ⁽³⁵⁾. Non sarebbe stata, pertanto, applicata

⁽³⁴⁾ Corte EDU, *Petrella c. Italia*, cit.; i primi commenti di A. CENTONZE, *La Corte EDU interviene sul diritto della persona offesa a un equo processo nelle ipotesi di irragionevole durata delle indagini preliminari* (Corte EDU, *Petrella c. Italia*), in *Giustizia insieme*, 7 aprile 2021; E. GRISONICH, *Il dirompente incedere delle garanzie processuali della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento, diritto di accesso al giudice e rimedio effettivo*, in *Sistema penale*, 7 aprile 2021; A. MARANDOLA, *Persona offesa e durata irragionevole delle indagini tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Penale. Diritto e procedura*, 13 aprile 2021.

⁽³⁵⁾ L'opinione parzialmente dissenziente del giudice Sabato ricostruisce la storia del diritto di accesso e l'approccio metodologico che dovrebbe ispirare la Corte EDU nel valutare l'operato dei giudici nazionali, specie con riguardo all'iniquinà del processo, tramite un « esercizio di analisi comparativa delle citazioni » (« non citazioni » comprese): indaga a fondo la catena di precedenti richiamati nel caso *Petrella*, contestandone l'utilizzo fatto dalla maggioranza. Tra i più importanti, Corte EDU, *Mihail Mihăilescu c. Romania*, 12 gennaio 2021, n. 3795/15; Corte EDU, *Association of the Romanian Jews Victims of the Holocaust (AERVH) c. Romania*, 29 agosto 2019, n. 44103/16; Corte EDU, *Borobar e Altri c. Romania*, 29 gennaio 2013, n. 5663/04; Corte EDU, *Tonchev c. Bulgaria*, 19 novembre 2009, n. 18527/02; Corte EDU, *Gorou c. Grecia*, 20 marzo 2009, n. 12686/03; Corte EDU, *Atanasova c. Bulgaria*, 2 ottobre 2008, n. 72001/01; Corte EDU, *Dinchev c. Bulgaria*, 16 dicembre 2008, n. 23057/03; Corte EDU, *Feliciano Bichão c. Portogallo*, 20 novembre 2007, n. 40225/04; Corte EDU, *Moldovan e Altri c. Romania*, 15 luglio 2003, nn. 41138/98 e 64320/01; Corte

correttamente quantomeno la prima fase del test per stabilire l'applicabilità dell'art. 6 § 1 nei confronti della vittima, ossia verificare se nel procedimento penale entra in gioco un diritto civile. Inoltre, con riguardo al diritto di accesso, la maggioranza si sarebbe allontanata dal metodo accolto dalla Grande Camera (c.d. *two avenue test*) secondo cui è necessario guardare *ex ante* all'esistenza e disponibilità di rimedi interni (*ad abundantiam*, può valutarsi anche la permanenza del rimedio alternativo, nonostante l'interruzione del procedimento avviato col rimedio già esperito) ⁽³⁶⁾.

3. Ripercussioni interne, contrasti ed effetti collaterali

Quanto alle ripercussioni interne delle decisioni *Arnoldi* e *Petrella*, queste non creano problemi solo in relazione alla legge Pinto, secondo cui (art. 2, comma 2-*bis*, l. n. 89/01) il termine per valutare la durata ragionevole decorre dal momento in cui la vittima presenta l'atto di costituzione come parte civile nel procedimento penale ovvero promuove l'azione dinanzi ai tribunali civili; bensì, rischiano di compromettere il complessivo equilibrio tra sistema di giustizia penale e civile.

Tali timori emergono già nella sentenza costituzionale n. 249/2020, la quale rigetta la questione di legittimità dell'art. 2, comma 2-*bis*, cit. in relazione all'art. 117 Cost., alla luce dell'interpretazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione contenuta nella sentenza *Arnoldi*. La Corte di Strasburgo, però, non sembra essersi cimentata nella lettura della sentenza costituzionale, benché precedente alla deliberazione del caso *Petrella*.

Da Palazzo della Consulta arriva il secondo rigetto della questione di legittimità della legge Pinto, sollevata, questa volta, alla luce della condanna *Petrella* ⁽³⁷⁾. Sebbene la norma censurata e il motivo d'incostituzionalità siano stati affrontati, negli stessi termini, neanche un anno prima, dunque giustificchino un "rapido" provvedimento d'inammissibilità, la Corte costituzionale sviluppa ulteriormente le ragioni che non consentono il recepimento dell'impostazione convenzionale. In sintesi, vengono valorizzati i seguenti elementi: il codice di procedura penale del 1988 s'ispira all'idea di separazione tra giudizio penale e civile; il procedimento civile rappresenta la sede

EDU, *Potier c. Francia*, 8 novembre 2005, n. 42272/98; Corte EDU, G.C., *Perez c. Francia*, 12 febbraio 2004, n. 47287/99; Corte EDU, *Ernst e Altri c. Belgio*, 15 luglio 2003, n. 33400/96; Corte EDU, *Anagnostopoulos c. Grecia*, 3 aprile 2003, n. 54589/00; Corte EDU, *Assenov e Altri c. Bulgaria*, 28 ottobre 1998, n. 24760/94; Corte EDU, *Matos e Silva, Lda., e Altri c. Portogallo*, 16 settembre 1996, n. 15777/89; Corte EDU, *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, 23 ottobre 1990, n. 11296/84; Corte EDU, *Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, n. 4451/70.

⁽³⁶⁾ Corte EDU, G.C., *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, cit.

⁽³⁷⁾ Corte cost. 23 settembre 2021, n. 203.

naturale della valutazione del diritto civile derivante dal reato; fino alla costituzione di parte civile, facoltà e diritti spettanti alla vittima sono attribuiti solo per coadiuvare il pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e nella punizione del colpevole; poiché il giudice penale non prende in considerazione il diritto civile della vittima prima della costituzione di parte civile, tale adempimento dà luogo, non tanto a una formalità, ma all'effettivo ingresso del diritto civile nel procedimento penale.

Il contrasto non sussiste solo tra Corte costituzionale e Corte EDU ma all'interno di quest'ultima. Alle solide opinioni dissenzienti della sentenza Petrella, si aggiungono quelle sollevate nella condanna pronunciata, per analoghe violazioni, nel caso *Fabbri e Altri c. San Marino* ⁽³⁸⁾. Il Governo sammarinese cerca di escludere l'operatività della componente civile dell'art. 6 facendo leva sulle differenze tra il proprio ordinamento e quello italiano: la persona offesa può costituirsi parte civile anche in sede di indagini; se in concreto non lo fa — come nel caso di specie — allora non può dirsi che abbia esercitato il diritto civile. D'altronde, secondo la maggioranza del collegio, è sufficiente aver posto in essere attività/istanze che denotino l'intenzione di esercitare il diritto civile, quali la richiesta di essere avvisati della fine delle indagini o la sollecitazione di misure cautelari (solo uno dei ricorsi, il primo, è inammissibile, non essendo sufficiente presentare la denuncia e nominare un avvocato). Il parere parzialmente dissenziente del giudice Koskelo stima fallace la seconda fase del test sopra richiamato, ossia verificare se lo sviluppo del procedimento risulti determinante per il diritto fatto valere: se il procedimento penale si chiude in fase d'indagini manca un accertamento di fatto o diritto suscettibile di incidere sulla prerogativa civile. Infine, il parere dissenziente comune dei giudici Kjølbros, Ranzoni e Koskelo si dissocia dalle conclusioni della maggioranza ritenendo che il precedente *Petrella*, da una parte, induca le persone offese a prediligere lo strumento penale, contraddicendo quella giurisprudenza convenzionale favorevole al ridimensionamento di quest'ultimo (soprattutto in tema di libertà di espressione *ex art. 10* della Convenzione, dunque in procedure per accertare la diffamazione); dall'altra, che lo stesso si allontani dalla giurisprudenza convenzionale consolidatasi in tema di diritto di accesso, come approfonditamente spiegato dal giudice Sabato.

La giurisprudenza della Corte EDU sulla ragionevole durata conduce all'inevitabile potenziamento della posizione complessiva della "parte" civile già in sede di indagini preliminari. Un pieno adeguamento contrasterebbe, non solo coi principi invocati dalla Corte costituzionale, ma con la chiara

⁽³⁸⁾ Corte EDU, *Fabbri e Altri c. San Marino*, 18 ottobre 2022, nn. 6319/21, 345/21 e 6321/21.

scelta del codice del 1988 di posticipare le considerazioni civili in un momento in cui l'azione penale sia già esercitata, in modo da non complicare lo svolgimento delle indagini (sotto il codice di rito previgente, invece, mancava un *dies a quo* per la costituzione di parte civile) ⁽³⁹⁾.

Ad ogni modo, se questa si rivelasse l'unica strada, il legislatore si troverebbe a dover rimeditare riforme più recenti che, nel "delegare" ai giudici civili la decisione sui diritti risarcitori, finiscono per vanificare, agli occhi della (attuale) Corte EDU, l'impegno profuso dalla vittima in sede penale: basti pensare alla nuova improcedibilità di cui all'art. 344-*bis* c.p.p. ⁽⁴⁰⁾, su cui la Corte sembra aver già espresso un'opinione negativa, in un caso di impunità dell'autore di talune violenze domestiche ⁽⁴¹⁾. Sussiste allora una potenziale frizione anche rispetto al filone della giurisprudenza convenzionale sulle statuizioni civili in seguito al proscioglimento penale (principalmente per prescrizione del reato), nell'ottica del principio di presunzione d'innocenza.

Vademecum

Concetti chiave	<ul style="list-style-type: none"> • La tutela del diritto civile può essere attivata nel procedimento penale e ivi attrarre le garanzie dell'equo processo nel suo aspetto civile. • Ai fini della Convenzione, tale tutela prescinde dalle qualifiche formali di parte e guarda alla sostanza dell'interesse e della condotta posta in essere dal ricorrente: rileva l'esercizio di diritti o facoltà che la legge attribuisce alla vittima (oltre alla presentazione della denuncia e alla nomina di un difensore, il deposito di memorie, le richieste al pubblico ministero, le attività pertinenti alla fase d'opposizione alla richiesta di archiviazione).
------------------------	--

⁽³⁹⁾ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre, n. 93, supp. ord. n. 2, 37; altresì, G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale, dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989.

⁽⁴⁰⁾ Sulla nuova improcedibilità M. DANIELE, *Improcedibilità dell'impugnazione penale e reazioni applicative*, in *Riv. dir. proc.*, III, 2022, 858 ss.

⁽⁴¹⁾ In Corte EDU, *M.S. c. Italia*, 7 luglio 2022, n. 32715/19, la Corte accerta la violazione degli obblighi procedurali derivanti dall'art. 3 della Convenzione, stante il decorso della prescrizione. L'aspetto più interessante della sentenza risiede nei sospetti di inadeguatezza delle norme sull'estinzione del reato. Ciò sembra emergere in due occasioni: quando la Corte menziona l'avvicendamento delle riforme del 2019 e 2021; quando sottolinea che l'inerzia dei giudici (già di per sé sufficiente per ritenere la violazione) è incompatibile con la disciplina interna sulla prescrizione.

III.
I DIRITTI DEI DETENUTI

I.
IL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO
di Carmelo Sgroi (*)

SOMMARIO: 1. Il divieto di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti nella CEDU, nella Carta dei diritti dell'Unione e nelle fonti di diritto internazionale. Le nozioni (autonome) di "tortura", "trattamento inumano" e "trattamento degradante". Il carattere assoluto del divieto. Obblighi negativi e obblighi positivi dello Stato. Principi generali. — 2. Il contesto carcerario nel quadro dell'art. 3 CEDU. L'inevitabile afflittività della detenzione e i suoi limiti. Il problema del sovraffollamento e lo "spazio vitale". Le regole di *soft law*. — 3. L'attenzione della Corte EDU sulla situazione relativa all'Italia. L'emersione del problema del sovraffollamento. La sentenza *Sulejmanovic c/Italia* del 2009. — 4. Il sovraffollamento come fenomeno strutturale-sistemico e la sentenza "pilota" *Torreggiani c/Italia* del 2012. — 5. Il seguito interno della sentenza-pilota. Il quadro delle misure legislative del 2013-2014 per la riduzione del sovraffollamento. In particolare: rimedi preventivi e rimedi compensativi; gli artt. 35-*bis* e 35-*ter* dell'Ordinamento penitenziario. — 6. La (positiva) valutazione dei rimedi da parte della Corte EDU: le pronunce di irricevibilità *Stella e Rexhepi c/Italia* del 2014. La sorte dei ricorsi precedenti: necessità di esaurire i rimedi interni, anche se sopravvenuti. — 7. Il punto di arrivo: la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, *Mursič c/Croazia* del 2016. La riconsiderazione dei criteri di accertamento del trattamento inumano e degradante, tra presunzioni di violazione dell'art. 3 CEDU e rilievo di fattori "compensativi". Gli ergastolani e gli internati.

1. Il divieto di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti nella CEDU, nella Carta dei diritti dell'Unione e nelle fonti di diritto internazionale. Le nozioni (autonome) di "tortura", "trattamento inumano" e "trattamento degradante". Il carattere assoluto del divieto. Obblighi negativi e obblighi positivi dello Stato. Principi generali

"Nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti". Questo divieto, così previsto sul piano sovranazionale dall'art. 3 CEDU e, con il medesimo testo, dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 ed entrata in vigore nell'ambito dell'Unione, con effetti giuridici

(*) Già Avvocato generale presso la Corte di cassazione.

vincolanti, con il Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), trova a sua volta eco, con formule pressoché equivalenti, in diversi atti di diritto internazionale, come: la Dichiarazione universale dei diritti umani approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, che all'art. 5 enuncia analogo divieto (con l'aggiunta dell'aggettivo [*trattamenti o punizioni*] “crudeli”); il Patto internazionale dei diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 (art. 7); la Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, adottata sempre in ambito ONU il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia con la legge 3 novembre 1988, n. 489 ⁽¹⁾.

Il divieto posto dall'art. 3 CEDU — e dall'art. 4 CDFUE, oltre che dalle citate fonti convenzionali — rappresenta un enunciato espressivo di un diritto fondamentale della persona, risultante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri in ambito europeo (*ex art. 6 TUE*) e posto a livello di principio generale nel medesimo ambito. La formula dell'art. 27 Cost., secondo cui “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità” esprime, sia pure con lessico diverso, un medesimo principio, anche secondo la Corte EDU (Grande Camera, 28 febbraio 2008, Saadi c/Italia).

Il testo della CEDU non fornisce una definizione normativa delle condotte — tortura, pena o trattamento inumano, pena o trattamento degradante — oggetto di divieto, indicate dall'art. 3 con formule volutamente ampie al duplice fine (a) di evitare una formulazione descrittiva specifica, suscettibile di determinare lacune di tutela per ciò che non è descritto, e (b) di lasciare al giudice sovranazionale la possibilità di inquadrare nell'una o nell'altra categoria i singoli casi portati alla sua valutazione, e ciò conformemente al carattere dinamico della Convenzione e alla sua capacità di adattare l'interpretazione ai mutamenti sociali nel corso del

⁽¹⁾ Questo ultimo atto di diritto convenzionale, in particolare, offre una definizione di “tortura” nel suo art. 1, nei seguenti termini: “Il termine ‘tortura’ indica qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate.”. L'art. 16 della stessa Convenzione del 1984 estende il divieto, nonché gli obblighi e i diritti correlati al divieto, agli “altri atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura come definiti all'articolo 1”.

tempo: emblematica del dinamismo interpretativo in questo senso è Corte EDU, 28 luglio 1999, *Selmouni c/Francia*, che afferma che certi casi già classificati come trattamento inumano o degradante possono essere successivamente qualificati come tortura, giacché “lo *standard* sempre più elevato richiesto nell’ambito della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali richiede corrispondentemente e inevitabilmente una maggiore fermezza nel valutare le violazioni dei valori fondamentali delle società democratiche” (par. 101 della sentenza).

L’analisi delle pronunce della Corte permette nondimeno di enucleare alcuni criteri generali di definizione, oltre che di annotare la già accennata evoluzione che ha portato man mano ad adottare indirizzi più stringenti in chiave di tutela e altresì a includere nel campo di applicazione dell’art. 3 vicende anche non direttamente riferibili al rapporto di soggezione fisica proprio della condizione restrittiva della libertà, appunto in virtù del già citato carattere dinamico ed evolutivo di un testo aperto ai mutamenti.

Nella giurisprudenza della Corte EDU è possibile ravvisare una gradazione crescente di afflittività e di gravità, tra il trattamento (o la pena) degradante, quello inumano e la tortura. Quest’ultima è contrassegnata da una particolare onta verso comportamenti marcatamente volontari e violenti da parte delle autorità, che causano una sofferenza grave (Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Irlanda c/UK*); essa può dirsi in generale ravvisabile quando i maltrattamenti e gli atti di violenza subiti dalla persona siano inflitti intenzionalmente, con premeditazione e in maniera del tutto gratuita e ingiustificata, ovvero siano frutto di un uso eccessivo, indiscriminato e sproporzionato della forza da parte dell’autorità, senza alcuna giustificazione obiettiva né correlazione con atti di resistenza fisica o tentativi di fuga di chi vi è soggetto ⁽²⁾; in altri termini, i maltrattamenti, che come tali sono idonei a provocare “gravi e crudeli sofferenze”, sono qualificabili come tortura specificamente quando vi sia proprio l’elemento intenzionale di torturare (Corte EDU, 26 ottobre 2017, *Cirino c/Italia*, relativa ad abusi di agenti di custodia), cui si associa a volte — ma senza che ne sia indefettibile requisito

⁽²⁾ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c/Italia*, 26 ottobre 2016, *Azzolina c/Italia*, e 22 giugno 2017, *Bartesaghi Gallo c/Italia*, relative ai fatti commessi nelle scuole Diaz e nella caserma di Bolzaneto al termine del G8 di Genova, luglio 2001; sul punto, per la disamina della garanzia ex art. 3 CEDU con riguardo ai comportamenti delle forze dell’ordine, si rinvia al relativo paragrafo. È da notare che nelle pronunce menzionate la Corte europea fa riferimento specifico alle condanne pronunciate dai giudici italiani in quelle occasioni, con sentenze le quali a loro volta — pur in assenza, al tempo, di una fattispecie incriminatrice della tortura come tale, introdotta successivamente, con l’art. 613-*bis* c.p., nel 2017 — avevano fatto ampio richiamo alle definizioni convenzionali elaborate dal giudice europeo, in una sorta di dialogo circolare e di corrispondenza di interpretazione tra quest’ultimo e il giudice comune.

costitutivo, valendo piuttosto quale elemento di differenziazione rispetto ai trattamenti inumani o degradanti — l’obiettivo di ottenere un determinato risultato (una confessione, una dichiarazione; sul punto, in linea con la nozione della Convenzione ONU del 1984) (Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksoy c/Turchia*). Quindi, il grado estremo di sofferenza di chi vi è soggetto, il connotato di atto deliberato nell’autore — sia fine a sé stesso o sia anche finalizzato all’intimidazione o a estorcere informazioni — e la mancanza di qualsiasi giustificazione sono le condizioni costitutive della qualificazione della condotta come “tortura”.

Meno netta è, nell’esperienza applicativa, la distinzione tra il trattamento inumano e quello degradante, giacché in diversi casi le pronunce della Corte accomunano entrambe le nozioni nell’accertare una violazione dell’art. 3, in differenziazione comune rispetto al concetto di tortura (cfr. Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Irlanda c/UK*). Ad ogni modo, si può dire in sintesi che è inumano il trattamento, ingiustificato in relazione alle circostanze concrete, tale da raggiungere un certo grado di gravità e da provocare lesioni fisiche o intense sofferenze mentali, senza tuttavia raggiungere il livello della tortura; è degradante quello che comporta umiliazioni, denigrazione e disprezzo della dignità individuale eccedenti rispetto a ciò che è insito nella privazione della libertà, determinando umiliazione sproporzionata, angoscia e timore in chi vi è sottoposto (Corte EDU, 10 ottobre 2001, *Price c/UK*); naturalmente, le due evenienze possono anche concorrere. In entrambi i casi, non è strettamente necessario che si tratti di comportamenti intenzionali specificamente mirati a un obiettivo da parte dell’autorità di volta in volta implicata, in relazione al contesto (forze dell’ordine, guardie carcerarie, centri immigrazione, strutture psichiatriche), come invece accade generalmente nelle ipotesi di tortura.

Per rientrare nel campo di applicazione dell’articolo 3, un maltrattamento deve comunque raggiungere di per sé un minimo di gravità (così già il *leading case* di Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Irlanda c/UK* cit.; Corte EDU, 28 maggio 2013, *Eremia c/Moldova*). L’apprezzamento di questo minimo è necessariamente relativo, poiché esso dipende dall’insieme degli elementi portati nel caso concreto al giudizio della Corte e, in particolare, dalla durata del maltrattamento, dalle conseguenze fisiche e mentali dello stesso nonché, talvolta, dal sesso, dall’età — minore o avanzata — e dallo stato di salute della vittima (Corte EDU, 5 aprile 2011, *Sarigiannis c/Italia*; 31 gennaio 2019, *Rooman c. Belgio*; 24 ottobre 2017, *Devyatkin c/Russia*) ⁽³⁾.

⁽³⁾ Cfr. anche Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer c/UK*, relativa a un caso di punizione corporale in ambito scolastico; Corte EDU, 28 settembre 2015, *Bouyid c/Belgio*, relativa a uno schiaffo a un detenuto.

Poste queste premesse sulla nozione sottesa dall'art. 3 CEDU, e prima di analizzare l'ambito che concerne il sovraffollamento carcerario, è opportuno esporre in estrema sintesi le coordinate generali di principio che riguardano la previsione della Convenzione.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, è ferma la classificazione dell'art. 3 come espressione di un valore fondante delle società democratiche, un principio di carattere assoluto: "La Corte rammenta che l'articolo 3 sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Anche nei contesti più difficili, quali la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti. L'articolo 3 non prevede restrizioni, differenziandosi in ciò dalla maggioranza delle clausole normative della Convenzione e dei Protocolli nn. 1 e 4, e, ai sensi dell'articolo 15 § 2, non ammette deroghe, neanche in caso di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione". Questa affermazione, presente nella sentenza Corte EDU 28 luglio 1999, Selmouni c/Francia, sulla scia del precedente 7 luglio 1996, Chahal c/UK, e ribadita in Corte EDU, 6 aprile 2000, Labita c/Italia, sintetizza i caratteri del divieto, assoluto e non derogabile in alcun caso, che integra una norma di *ius cogens* internazionale (Corte EDU, 21 novembre 2001, Al-Adsani c/UK), insuscettibile pertanto di eccezioni anche in situazioni di guerra o di altro pericolo generale per la stessa integrità del Paese e valevole senza che abbia rilievo la gravità del reato commesso dal singolo (Corte EDU, 6 aprile 2000, Labita c/Italia cit.). Da tale carattere discende la ripetuta affermazione per cui le finalità di volta in volta sottese al comportamento integrante tortura o trattamento inumano/degradante non possono operare, in linea di principio, come elementi di giustificazione, per esempio per prevenire gravi reati, o salvare la vita di altri cittadini, o garantire la sicurezza interna dello Stato ⁽⁴⁾.

Al divieto in sé di realizzare condotte di tortura o di trattamento inumano o degradante si associa, quale necessario elemento integrativo della tutela complessiva apprestata dall'art. 3 CEDU, la previsione di obblighi positivi da adempiere da parte degli Stati, di ordine sia sostanziale che procedurale, in modo da apprestare un quadro giuridico idoneo a prevenire e a reprimere tali condotte in maniera concreta ed efficace, per evitare che il diritto riconosciuto dalla Convenzione risulti puramente teorico o illusorio. Ciò consente alla Corte di apprezzare che detti obblighi siano realmente e adeguatamente adempiuti.

Quanto all'aspetto sostanziale, detti obblighi impongono l'adozione di

⁽⁴⁾ In questi termini, ad es., Corte EDU, 28 febbraio 2008, *Saadi c/Italia*; 13 dicembre 2012, *El Masri c/Macedonia*. Peraltro, le obiettive difficoltà di gestione di una emergenza sono prese in considerazione dalla Corte, nell'affermare o escludere la responsabilità dello Stato.

disposizioni sanzionatorie adeguate ed effettive per punire le violazioni del divieto ⁽⁵⁾, e ciò in particolar modo quando le condotte lesive siano in danno di soggetti particolarmente deboli (minori, persone vulnerabili, persone malate) ⁽⁶⁾.

Quanto al profilo procedurale, si tratta dell'obbligo di prevedere un quadro appropriato per perseguire i responsabili della tortura o del trattamento inumano, attraverso indagini tempestive ed efficaci e con procedure solerti e tali da garantire una reale identificazione dei responsabili e l'applicazione agli stessi di sanzioni adeguate alla gravità della violazione, nonché prevenendo misure di carattere riparatorio in favore delle vittime; spettando ad ogni modo allo Stato di definire nel dettaglio tali misure, salvo il controllo di adeguatezza pratica da parte della Corte (Corte EDU, 12 giugno 2014, *Jelič c/Croazia*; Corte EDU, 1° luglio 2014, *Saba c/Italia*; 9 novembre 2017, *Henschel c/RFT*; Corte EDU, 21 gennaio 2021, *Lutsenko c/Ucraina*).

La correlazione del divieto di cui all'art. 3 con l'art. 1 della CEDU, che impegna ogni Stato, nell'ambito della propria giurisdizione, ad assicurare i diritti e le libertà enumerati nella Convenzione, consente inoltre di dare all'art. 3 una applicazione non limitata ai rapporti tra autorità pubbliche e individuo, ma anche di tipo "orizzontale" cioè tale da includere condotte di tortura o maltrattamento commesse da privati contro altri privati: tale dimensione della garanzia attiene soprattutto a comportamenti in danno di donne o di minori e alla presenza, o meno, di appropriati strumenti giuridici e di misure di protezione rispetto a tali evenienze. Questo indirizzo espansivo trova principalmente applicazione, con la constatazione di violazioni dell'art. 3 specie sotto il profilo degli obblighi procedurali, nei settori del contrasto alla violenza domestica o di genere (Corte EDU, 7 luglio 2022, *S. c/Italia*) e in quello del disagio psichico, con riguardo all'"abbandono terapeutico" nella condizione carceraria anziché in struttura assistita/curativa (Corte EDU, 22 gennaio 2022, *SY c/Italia*; 6 settembre 2016, *W.D. c/Belgio*), in particolare in casi di detenuti con tendenze suicidarie (Corte EDU, 31 marzo 2020, *Jeanty c/Belgio*).

⁽⁵⁾ V. per l'Italia l'introduzione del reato di tortura, art. 613-*bis* c.p., susseguente alle vicende considerate nei casi ricordati nella nota 2). Sul punto, anche per la disamina della insufficienza di tale previsione incriminatrice rispetto al quadro convenzionale, si rinvia al relativo paragrafo. In dette decisioni si sottolinea l'esigenza che le punizioni per i responsabili di fatti di tortura non siano vanificate da istituti estintivi (prescrizione) o di clemenza (amnistia, indulto).

⁽⁶⁾ V., variamente su questi casi, relativi alla protezione di donne e di minori, Corte EDU, 13 aprile 2021, *E.G. c/Moldova*; 28 gennaio 2014, *T.M. c/Moldova*; 9 giugno 2009, *Opuz c/Turchia*; 23 settembre 1998, *A. c/UK*. Per la tutela di persone malate, Corte EDU, 15 gennaio 2004, *Matencio c/Francia*. Sui minori accompagnati presso centri migranti (detenzione "amministrativa"), Corte EDU, 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c/Italia*.

Infine, il quadro generale della tutela si completa sul piano della regola di riparto dell'onere probatorio nel giudizio convenzionale, con la frequente affermazione secondo cui spetta allo Stato, chiamato a rispondere della violazione, il compito di allegare e provare gli elementi idonei a sottrarlo da tale addebito di responsabilità. Questa regola, tratta dall'interpretazione evolutiva degli artt. 34 e 35 della Convenzione, che esigono collaborazione processuale da parte dello Stato, costituisce una deroga al rigore del principio che assegna normalmente all'attore in giudizio l'onere di dare prova delle censure proposte, e origina dall'esigenza di assicurare una applicazione pratica ed effettiva, non "illusoria", dei diritti garantiti dalla Convenzione. Ciò, in particolare, nei casi in cui sia constatato dalla Corte un *deficit* di repressione dei fatti presso le autorità competenti (giurisprudenza consolidata, a partire da Corte EDU, 27 agosto 1992, Tomasi c/Francia; 28 luglio 1999, Selmouni c/Francia), o quando vi siano eventi lesivi dell'integrità personale del detenuto (Corte EDU, 13 febbraio 2018, P.J. c/Spagna) e in quelli in cui, per le circostanze del caso esaminato e in base a un criterio di prossimità della prova, è solo il governo dello Stato convenuto che può avere accesso alle informazioni pertinenti alla ricostruzione della vicenda (Corte EDU, 10 gennaio 2012, Ananyev c/Russia; 27 maggio 2010, Ogiță c/Romania).

I suddetti principi, proprio per il connotato di assolutezza che qualifica il diritto *ex art. 3 CEDU*, hanno rilevanza globale: essi valgono non solo in un contesto di fatti tutti "interni" al singolo Stato ma anche quando i trattamenti lesivi dell'art. 3 CEDU siano, o possano essere, l'effetto di procedure e di provvedimenti di assoggettamento fattuale del detenuto ad altre giurisdizioni, anche di Stati-terzi non firmatari della CEDU, come avviene nelle procedure di estradizione, o in quelle di espulsione o respingimento alla frontiera. L'obbligo di protezione da condotte di tortura o di trattamento inumano opera, in questi casi, nei confronti dello Stato cui è imputabile la violazione, in quanto attraverso quelle procedure e quei provvedimenti adottati nell'ambito delle proprie attribuzioni esso non garantisce il diritto inviolabile dell'individuo (7).

(7) In questo senso, tra altre, Corte EDU, 23 febbraio 2016, *Nasr c/Italia*.

Corte EDU, 6 ottobre 2022, *Liu c/Polonia* ha ritenuto la violazione in un caso di procedura di estradizione verso la Repubblica popolare cinese, sia per l'assenza di qualsiasi cooperazione di detto Stato con gli organismi dell'ONU e con il Comitato contro la tortura, sia perché l'estradizione avrebbe sottoposto l'estradando a un serio pericolo di essere sottoposto a trattamenti inumani, stante la "situazione generale di violenza" esistente presso gli istituti penitenziari di quel Paese.

2. Il contesto carcerario nel quadro dell'art. 3 CEDU. L'inevitabile afflittività della detenzione e i suoi limiti. Il problema del sovraffollamento e lo "spazio vitale". Le regole di *soft law*

Nel contesto di principi sopra descritto in estrema sintesi ⁽⁸⁾, è frequente oggetto di scrutinio, nell'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU, il trattamento oggettivo delle persone che si trovano in condizioni di restrizione della libertà, indipendentemente quindi da una condotta intenzionale mirata a un trattamento peggiore o a una tortura, nei sensi detti. Il tema si definisce propriamente nel delimitare la soglia di tolleranza rispetto a limitazioni della libertà "legali" ma eccedenti, secondo l'art. 3, la "fisiologica" e inevitabile afflittività della pena che, come tale, comporta necessariamente alcune restrizioni nell'esercizio di diritti individuali ma che non può comprimere, oltre ciò che è necessario e proporzionato, un nucleo irriducibile di diritti fondamentali, ed anzi esige in alcuni casi una tutela rafforzata in quanto la persona ristretta si trova sotto la totale responsabilità dello Stato (Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c/Italia*, su cui *infra*).

Questo ambito può avere rilievo da diverse angolature: sia avendo di vista la pena in sé (pena perpetua ⁽⁹⁾); sia in relazione alle discipline normative che definiscono il modo dell'esecuzione penale, come nei casi dei regimi speciali di detenzione (art. 41-*bis* dell'Ordinamento penitenziario), con le connesse restrizioni ai diritti di visita, alla corrispondenza etc., o per il regime di isolamento, ovvero con riguardo a regole legislative che comportano preclusioni o limitazioni all'accesso a benefici penitenziari (cd. ergastolo ostativo). Tali aspetti formano oggetto di separata trattazione e si rinvia ai relativi paragrafi per la disamina della giurisprudenza pertinente.

L'attenzione è qui focalizzata sul diverso aspetto, di carattere materiale e non normativo, della esigenza di garantire uno "spazio vitale" minimo per ciascuna persona detenuta in carcere — sia essa in stato di custodia cautelare sia in espiazione di una pena — e dunque di definire il limite oltre il quale la condizione detentiva si può tradurre *ex se* in una situazione lesiva dell'art. 3 CEDU, in quanto trattamento inumano e degradante. Un aspetto, questo, che si correla con evidenza al fenomeno del sovraffollamento carcerario, alle relative cause di ordine strutturale e ai rimedi che da tale condizione devono derivare, quali obblighi per gli Stati.

⁽⁸⁾ Per la disamina analitica si rinvia alla pertinente Parte generale.

⁽⁹⁾ Su cui Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vinter c/UK*, per una enunciazione di necessario equilibrio tra retribuzione e rieducazione, che impegna a lasciare aperta una speranza di possibile liberazione alla fine del percorso. In tema di estradizione, v. Corte EDU, 21 settembre 2022, *McCallum c/Italia*.

L'attenzione sistematica e crescente della Corte EDU al tema del sovraffollamento carcerario, riflesso della esigenza di garantire in modo sempre più intenso i diritti umani fondamentali, si manifesta in maniera consistente all'inizio di questo secolo, con l'affermazione man mano più approfondita dell'obbligo di ciascuno Stato di garantire condizioni di detenzione compatibili con l'art. 3 CEDU, sotto il profilo dei diritti inalienabili e della tutela della dignità personale: la carcerazione non può oltrepassare il grado di sofferenza insito nella sua natura ⁽¹⁰⁾. Il percorso giurisprudenziale si incrementa, storicamente, sul piano quantitativo, in ragione della espansione a Est degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa tra gli anni '90 e i primi del nuovo millennio: l'adesione alla CEDU e la sottoposizione alla giurisdizione della Corte europea porta tramite il ricorso dei singoli all'emersione di generali condizioni carcerarie precarie e spesso lesive della dignità ⁽¹¹⁾.

Viene così in particolare rilievo l'aspetto dello spazio disponibile e con esso quello del sovraffollamento degli istituti di detenzione, considerato sia da solo sia in concomitanza con altri fattori e analizzato ora come vicenda individuale puntuale, ora come problema "di struttura" nel contesto di sistemi di alcuni Paesi, tra essi l'Italia.

In particolare, nell'indirizzo evolutivo della Corte europea, si considera che quando il sovraffollamento carcerario raggiunge un determinato livello ("flagrante"), la mancanza di spazio individuale disponibile può rappresentare l'elemento esclusivo per stabilire che vi sia trattamento inumano o degradante, in violazione dell'art. 3; altrimenti, dove lo spazio sia in astratto non tale da porre da solo un problema (sempre ai fini della norma della Convenzione), entrano in gioco diversi fattori concomitanti, di natura oggettiva — come la mancanza di ventilazione e di luce, l'esistenza o meno di acqua calda, l'entità temporale dell'accesso a spazi aperti e ad attività esterne rispetto alla cella, il livello di intimità o di promiscuità nell'ambiente specie in ordine alla possibilità di uso dei servizi igienici in maniera riservata — e talvolta anche di carattere soggettivo, come le condizioni mentali e fisiche dei detenuti ⁽¹²⁾. In entrambi i casi, riveste un ruolo importante anche il fattore tempo, ossia la durata delle condizioni privative connotate da questi aspetti ⁽¹³⁾.

Si delinea in tal modo la centralità, nella applicazione dell'art. 3 CEDU, della determinazione del criterio spaziale che risulti tale da integrare quella

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, 26 ottobre 2000, *Kudla c/Polonia*.

⁽¹¹⁾ Il *leading case* è Corte EDU, 15 luglio 2002, *Kalashnikov c/Russia*.

⁽¹²⁾ Per questi enunciati, v. già, variamente, tra moltissime altre, Corte EDU, 7 aprile 2005, *Karalevicius c/Lituania*; 29 marzo 2007, *Frolov c/Russia*; 9 ottobre 2008, *Moisseiev c/Russia*; 1° marzo 2007, *Belevitskiy c/Russia*; 2 giugno 2005, *Novoselov c/Russia*.

⁽¹³⁾ Corte EDU, 8 novembre 2005, *Alver c/Estonia*.

violazione “flagrante”, unitamente alla opportunità di selezionare diversi gradi di intensità della lesione alla stessa norma; nella consapevolezza che il sovraffollamento — definito “flagello” — è correlato a gravi fenomeni sociali, sia sui singoli detenuti — fino all’autolesionismo e al suicidio — sia sulla società nel complesso, in termini di reinserimento effettivo del detenuto condannato e di rispetto della finalità rieducativa, innalzando il rischio del fallimento strutturale di quest’ultima.

In detta prospettiva, dopo una serie di decisioni ⁽¹⁴⁾ imperniate su una valutazione multifattoriale dei vari elementi che, oltre lo spazio disponibile, concorrono a delineare una condizione inumana o degradante (aria e luce, igiene, intimità, attività all’aperto, servizi sanitari), la prima pronuncia che individua in maniera puntuale il principale di tali criteri, cioè lo spazio individuale a disposizione, è 12 marzo 2009, *Makarov c/Russia*, in cui si enunciano tre elementi di valutazione, la mancanza anche di uno solo dei quali comporta una presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU; si tratta: della disponibilità di un letto individuale; della possibilità di muoversi liberamente tra gli arredi; dell’esistenza di uno spazio utile di almeno 3 metri quadri per ciascun detenuto. Quest’ultimo criterio spaziale diviene in seguito quello cardine, nella elaborazione della Corte e nelle giurisdizioni interne chiamate al rispetto dei parametri indicati dalla Corte stessa.

Per stabilire il criterio dello “spazio vitale” (in senso ampio), nelle pronunce della Corte EDU, in particolare a partire dal 2009 ⁽¹⁵⁾ diviene man mano più frequente l’utilizzo di parametri concreti tratti da regole di *soft law*, non cogenti ma orientative, quali termini di raffronto nell’accertamento di una situazione di sovraffollamento tale da integrare un trattamento lesivo dell’art. 3.

Si tratta, in particolare:

(a) delle valutazioni contenute nei Rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), organismo indipendente istituito nell’ambito del Consiglio d’Europa con la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata il 26 novembre 1987 ed entrata in vigore il 1° febbraio 1989, aperta all’adesione anche di Stati non membri del Consiglio d’Europa. Il Comitato svolge una funzione di controllo, verifica e prevenzione del fenomeno attraverso un sistema di visite e sopralluoghi nei

⁽¹⁴⁾ Tra varie altre, Corte EDU, 9 ottobre 2008, *Moisseiev c/Russia*; 19 luglio 2007, *Trepachkine c/Russia*; 1° giugno 2006, *Mamedova c/Russia*.

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, 22 ottobre 2009, *Orchowsky c/Polonia*; cui fanno seguito numerose decisioni relative, oltre che alla Polonia, alla Russia, al Belgio, alla Bulgaria, all’Italia, all’Ungheria, alla Lituania.

vari contesti detentivi dei Paesi membri, cui fanno seguito Rapporti rivolti agli Stati di volta in volta interessati, contenenti raccomandazioni e indicazioni, senza tuttavia interferire sulle interpretazioni strettamente giuridiche; si tratta quindi di un sistema che affianca, nel comune obiettivo del rispetto dei principi di cui all'art. 3 della Convenzione EDU, quello dei ricorsi individuali alla Corte EDU ⁽¹⁶⁾. Nell'esercizio di tale attività ⁽¹⁷⁾, il Comitato elabora altresì dei Rapporti generali, recanti linee-guida e *standard* puntuali di trattamento sotto i diversi aspetti (spazio, luce, igiene, temperatura, assistenza medica, attività praticabili), a loro volta distinti in relazione alla tipologia dell'ambiente e alla condizione individuale o collettiva della condizione detentiva;

(b) delle cd. Regole penitenziarie europee, già elaborate nel 1973 e aggiornate nel 1987, oggetto della Raccomandazione del Comitato dei ministri agli Stati membri R (2006)2 sulle Regole penitenziarie europee, adottata l'11 gennaio 2006; si tratta di indicazioni rivolte a stimolare gli Stati per l'attuazione sul piano interno degli *standard* contenuti in dette Regole;

(c) del Libro bianco del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sul sovraffollamento carcerario, del 23 agosto 2016;

(d) delle raccomandazioni elaborate, su scala internazionale più ampia, dal Comitato internazionale della Croce Rossa (CICR), come quelle adottate nella Guida del 2012.

Ai suddetti parametri — spesso convergenti ma non tutti coincidenti tra loro — la Corte EDU ha fatto più volte riferimento, specialmente quali fonti cognitive qualificate circa le condizioni di fatto dei vari Paesi, attestate nei Rapporti; senza considerarne, quanto alla valutazione giuridica, una efficacia cogente ma nondimeno dando atto di una portata orientativa ed indicativa di opzioni tendenzialmente uniformi ⁽¹⁸⁾, anche se da adattare sempre alla specificità di ciascun caso sottoposto al suo vaglio.

⁽¹⁶⁾ Il rapporto esplicativo alla Convenzione del 1987 indica espressamente che l'attività del Comitato non deve “cercare di interferire nell'interpretazione e nell'applicazione dell'art. 3”.

⁽¹⁷⁾ Documentata ampiamente in *www.cpt.coe.int*.

⁽¹⁸⁾ È frequente l'affermazione secondo cui la Corte attribuisce una “importanza considerevole” o “un grande peso” agli atti indicati nel testo, escludendone la “forza di legge” ma al contempo qualificandole come regole capaci di “permettere di definire una norma comune europea” nella materia (Corte EDU, 9 febbraio 2016, *Meier c/Svizzera*).

3. L'attenzione della Corte EDU sulla situazione relativa all'Italia. L'emersione del problema del sovraffollamento. La sentenza *Sulejmanovic c/Italia* del 2009

Nella pronuncia della Corte EDU 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c/Italia*, il giudice di Strasburgo si occupa per la prima volta in maniera specifica del contesto del sovraffollamento detentivo in Italia. Nel definire il ricorso di un detenuto che era stato ristretto in esecuzione di pena in una cella condivisa con altri, così da fruire per un determinato tempo (oltre due mesi) di uno spazio individuale inferiore a 3 m², afferma che tale circostanza costituisce una “flagrante” mancanza di spazio e che ciò integra “di per sé” un trattamento inumano o degradante, in violazione dell’art. 3 CEDU. La Corte esclude invece che vi sia stato il raggiungimento della soglia minima di gravità per un diverso periodo, nel quale il detenuto aveva fruito variamente di uno spazio individuale superiore a quel limite, fino a circa 5,5 m²; con riguardo a tale secondo periodo, nel giudizio finale hanno assunto incidenza considerazioni relative a ulteriori e diversi fattori, quali l’accesso all’aria e alla luce naturale, servizi igienici adeguati e la possibilità di momenti di svago e socialità con detenuti diversi da quelli della medesima cella, escludendo in ogni caso che potesse valere in senso contrario la mancata ammissione ad attività di lavoro in carcere.

Sul piano del metodo, la pronuncia richiama bensì i parametri elaborati dal CPT nel secondo Rapporto generale - CPT/inf (92)3, allegati a sostegno del ricorso, secondo i quali la superficie minima “auspicabile” per una cella detentiva dovrebbe essere di 7 m² per persona, ma osserva che “la Corte non può quantificare, in modo preciso e *definitivo*, lo spazio personale che deve essere concesso ad ogni detenuto ai sensi della Convenzione. Esso può infatti dipendere da numerosi fattori, quali la durata della privazione della libertà, le possibilità di accesso alla passeggiata all’aria aperta o le condizioni mentali e fisiche del detenuto”; è dunque la soglia inferiore dei 3 metri quadrati a costituire il discrimine tra trattamento inumano e ambito di valutazione più aperto, alla luce di numerosi precedenti analoghi resi tra il 2005 e il 2007 e relativi alle carceri in Russia (v. § 41) ⁽¹⁹⁾.

Inoltre, nel contesto della decisione, la Corte EDU annota come, nel periodo interessato dalla stessa (2002-2003), sussistesse “probabilmente” un problema generale di sovrappopolazione, nell’istituto penitenziario in que-

⁽¹⁹⁾ Da segnalare sul punto l’opinione dissenziente di due giudici, che sottolineano come le indicazioni del CPT circa le soglie “auspicabili” (7 m², con 2 metri almeno tra le pareti e 2,5 metri di altezza fino al soffitto) fossero riferite, nel Rapporto, allo spazio raccomandato per le celle individuali di polizia e non per le celle, normalmente collettive, degli istituti di esecuzione della pena.

sione, stante il superamento della capacità massima di accoglienza, quale stabilita dall'autorità interna, in una percentuale variabile tra circa il 15% e il 30%; una situazione che la Corte definisce "incresciosa" ma non tale da raggiungere proporzioni drammatiche ⁽²⁰⁾.

La condanna dello Stato e soprattutto la relativa fase di esecuzione, che impone l'obbligo di far cessare la violazione constatata dalla Corte EDU — attraverso misure che lo stesso Stato può definire nel suo margine di apprezzamento, trattandosi di un obbligo di risultato — segna il momento di avvio di un confronto tra le Autorità dello Stato italiano preposte alla funzione in discorso e il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, il quale svolge un compito di monitoraggio e di verifica dell'adempimento della condanna. Da questo confronto origina, in un contesto obiettivamente caratterizzato dallo sbilanciamento tra capienza complessiva del circuito penitenziario e numero di detenuti, per misura cautelare o in espiazione, il percorso che conduce all'emersione del problema presso la Corte, con il passaggio dalla dimensione individuale a quella strutturale.

L'iniziativa delle Autorità italiane, a fronte di un fenomeno di sovraffollamento nelle carceri che raggiunge il suo picco in concomitanza con la condanna definitiva nel caso Sulejmanovic, si traduce nell'adozione del cd. Piano carceri, con il D.P.C.M. 13 gennaio 2010 (dichiarativo dello stato di emergenza nazionale in questo ambito), imperniato essenzialmente sull'incremento delle risorse umane e di edilizia carceraria, oltre che nell'approvazione, da parte del legislatore, di alcune misure deflattive (detenzione domiciliare per le pene detentive brevi, *ex* legge 26 novembre 2010, n. 199). Un ulteriore intervento è quello adottato con il decreto-legge cd. "svuota-carceri", 22 dicembre 2011, n. 211, conv. dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, che prevede un ampliamento dell'accesso alle misure alternative (detenzione domiciliare) e a istituti processuali rivolti a prevenire la custodia cautelare per i casi di transito detentivo estremamente breve (convalida dell'arresto). Tali misure tuttavia non riescono a dare adeguata soluzione al problema: in larga parte, l'attuazione ad ampio raggio della sentenza Sulejmanovic finisce per essere in concreto demandata ai giudici, chiamati a definire una ondata crescente di reclami individuali proposti sulla scia della sentenza della Corte EDU, e a misurarsi con il tema della efficacia della norma della Convenzione e della pertinente giurisprudenza (secondo l'impostazione fornita sul tema dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 della Corte costituzionale), con esiti contrastanti e in mancanza di un indirizzo interpretativo stabile. Anche nei

⁽²⁰⁾ Il Rapporto del CPT dell'anno precedente, all'esito di visite sul posto, segnalava l'insufficienza di politiche imperniate sull'aumento della capienza, ponendo invece l'accento su esigenze di deflazione penale e sul ricorso a misure alternative alla detenzione.

casi in cui la magistratura di sorveglianza accerta, nel singolo caso, una violazione del divieto di trattamento degradante, in applicazione dell'art. 35 dell'Ordinamento penitenziario nel testo allora vigente, resta irrisolto l'aspetto della possibilità di dare effettiva attuazione a tali provvedimenti.

Il problema, dunque, persiste e tale situazione, unitamente al parallelo incremento esponenziale dei ricorsi proposti dinanzi alla Corte EDU ⁽²¹⁾, condurrà circa quattro anni dopo alla pronuncia “pilota” Torreggiani.

4. Il sovraffollamento come fenomeno strutturale-sistemico e la sentenza “pilota” Torreggiani c/Italia del 2012

Constatando l'inadeguatezza, ai fini del rispetto dell'art. 3 CEDU in ambito carcerario, del meccanismo di reclamo ex art. 35 Ord. pen. di cui si è detto e, nello stesso tempo, appurando l'esistenza di una moltitudine di ricorsi proposti da detenuti ristretti nelle carceri italiane sulla scia della citata pronuncia Sulejmanovic, la Corte EDU muta impostazione, nella prospettiva della effettività del rispetto del diritto garantito dalla Convenzione, con la pronuncia 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c/Italia.

La decisione compendia i diversi aspetti che entrano in gioco nell'accertamento della violazione dell'art. 3, costituendo il punto di arrivo di un approdo di più ampio respiro al problema e costituendo al contempo un punto di riferimento sia per la successiva giurisprudenza sia per l'azione governativa e del legislatore che ne seguirà. Questi, indicati di seguito, sono i passaggi centrali della decisione.

La Corte accerta innanzitutto la persistente situazione materiale di sovraffollamento nelle carceri italiane: il tasso di eccedenza su scala nazionale rispetto alla capienza massima complessiva negli istituti permane sostanzialmente invariato, tra il 2010 — l'anno iniziale della dichiarazione dello stato di emergenza, prorogata — e il 2012 (rispettivamente, 151% e 148%) e tutto ciò nonostante l'adozione delle misure interne indicate nel par. 3.

Quindi, la Corte richiama in maniera più estesa, rispetto al precedente Sulejmanovic, le fonti extralegislative di regolazione, vale a dire i testi internazionali di *soft law* e segnatamente: il secondo e il settimo Rapporto generale del Comitato per la prevenzione della tortura e le Raccomandazioni del Comitato dei ministri sul sovraffollamento del 1999 e del 2006 (v. sopra, par. 2), in merito (a) alle condizioni puntuali della detenzione (spazio, aria, movimento servizi) e al sovraffollamento come evenienza che degrada la

⁽²¹⁾ Per effetto della attribuzione alla Corte, con il Protocollo n. 11, di competenze già proprie della Commissione e soprattutto dell'ampliamento dei Paesi membri del Consiglio d'Europa.

qualità della vita in un istituto e che può raggiungere di per sé sola il livello di gravità del trattamento inumano o degradante, (b) alle direttrici che le autorità competenti dei singoli Stati devono seguire, in sede di revisione legislativa e di applicazione pratica, tra cui la sanzione penale come *extrema ratio*, in un quadro adeguato lontano dall'ipertrofia penale, politiche di depenalizzazione, la riduzione del ricorso alla custodia cautelare⁽²²⁾, una appropriata delimitazione della detenzione in fase esecutiva, con ricorso a misure alternative.

Nel merito, la Corte richiama principi già enunciati, come quello del dovere rafforzato di tutela dei detenuti proprio perché assoggettati totalmente alla responsabilità dell'autorità pubblica e, secondo il criterio di prossimità della prova (sopra, par. 1), dà per accertate le condizioni di detenzione allegate dai ricorrenti, concludendo per la violazione dell'art. 3 CEDU: alla luce di criteri già applicati in altri precedenti pronunce, essa considera che, sebbene il suggerimento del CPT per le celle collettive sia di 4 m² *pro capite*, in detti precedenti essa ha già considerato come la disponibilità di uno spazio inferiore ai tre metri fosse di per sé sufficiente a dire integrata la violazione, mentre, nei casi in cui il sovraffollamento non risultava intrinsecamente intollerabile, oltre la soglia anzidetta occorre prendere in considerazione anche ulteriori aspetti delle condizioni detentive. Su questa base, appurato che ciascun ricorrente aveva fruito per un tempo considerevole (da oltre un anno a oltre quattro anni) di uno spazio al disotto della soglia dei 3 m², la Corte, indipendentemente dall'assenza di un qualsiasi intento di umiliazione o di denigrazione dei singoli da parte dell'autorità, afferma che tale contesto integra "di per sé" un trattamento contrario alla Convenzione, aggravato da fattori di disagio concomitanti, come la mancanza di acqua calda e ventilazione e illuminazione insufficienti⁽²³⁾.

Poste queste premesse, la sentenza — una volta affermata la legittimazione dei ricorrenti⁽²⁴⁾ indipendentemente dal loro sopravvenuto trasferimento in altri istituti — si sofferma, per negarla, sulla idoneità delle misure adottate e del rimedio interno, rappresentato dal reclamo *ex artt.* 35 e 69 Ord. pen. all'epoca vigente, a costituire uno strumento efficace e generalizzato di protezione del diritto garantito dall'art. 3 Cedu. La Corte osserva al riguardo che il reclamo previsto dall'art. 35 non costituiva un rimedio effettivo,

(22) Nella sentenza Torreggiani si dà atto della percentuale di detenuti in stato di custodia cautelare, pari a circa il 40% del totale di perone ristrette.

(23) È interessante notare che la Corte puntualizza che tali fattori ulteriori non possono di per sé soli costituire un trattamento inumano e degradante, par. 77 della sentenza.

(24) I ricorrenti erano sette detenuti nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza che lamentavano di avere avuto a disposizione spazi pari o inferiori a 3 m², oltre a disagi ulteriori.

perché inadeguato a fornire una tutela “diretta ed appropriata” del diritto, non avendo effetto preventivo ossia tale da impedire il protrarsi della condizione degradante attraverso condizioni migliori: nell’impostazione dell’art. 3 CEDU su questo terreno, rimedi “preventivi” e rimedi “compensativi”/indennitari — afferma la Corte — debbono coesistere. Per questo, una volta constatata la pratica ineffettività delle decisioni favorevoli dei magistrati di sorveglianza, per mancanza di un reale vincolo nei riguardi dell’autorità amministrativa (par. 52-53), la mancata attivazione del reclamo in discorso non poteva comunque essere considerata quale condizione di ricevibilità del ricorso alla Corte EDU, secondo la logica del principio di sussidiarietà.

In particolare, nella pronuncia si osserva che il malfunzionamento dei rimedi interni di carattere preventivo, una volta accertata una condizione obiettiva di sovraffollamento, dipende essenzialmente dalla natura “strutturale” del fenomeno, non limitato ai casi individuali dei ricorrenti, come attestato proprio dai termini della dichiarazione governativa dello stato di emergenza e dai dati statistici acquisiti in giudizio, indicativi di una situazione sostanzialmente immutata rispetto al tempo della pronuncia Sulejmanovic; ciò dà conto della specifica tipologia di decisione che la Corte ha adottato nel caso Torreggiani, vale a dire una procedura di sentenza cd. pilota, che, nel mettere in luce l’esistenza di un problema di carattere sistemico, allarga lo sguardo rispetto al singolo ricorso individuale e stabilisce, oltre alla condanna in favore dei singoli ricorrenti, prescrizioni verso lo Stato destinatario, accordando allo stesso un termine (nella specie, di un anno) per apprestare gli strumenti generali di tutela idonei a prevenire la ripetizione del fenomeno censurato e a offrire una riparazione adeguata in ogni caso di sovraffollamento carcerario, “congelando”, per lo stesso tempo — anche a salvaguardia del funzionamento della Corte stessa — la trattazione dei numerosi analoghi ricorsi individuali pendenti presso la Corte, riferibili allo stesso Paese e al medesimo problema. Mediante l’adozione della pronuncia-pilota, la Corte mette così in grado il Paese interessato di reperire la soluzione del problema strutturale, attraverso l’adozione di politiche penali, di misure legislative e di prassi applicative che non spetta alla Corte di indicare nei minimi dettagli, giacché rientrano nel margine di apprezzamento del singolo Stato, ma di cui è indicata la natura e la finalità e la cui adeguatezza rispetto alla eliminazione del problema la Corte si riserva di verificare in seguito, alla scadenza del termine accordato, in una logica di adempimento di obblighi di risultato ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ La procedura della sentenza-pilota, basata sull’art. 46, par. 1, della CEDU e già adottata in via giurisprudenziale dalla Corte in talune occasioni nelle quali si poneva una questione di sistema, emergente anche dalla ripetitività dei ricorsi presentati (per esempio, in Corte EDU, 22 giugno 2004, *Broniowski c/Polonia* e in Corte EDU, 10 novembre 2004,

5. Il seguito interno della sentenza-pilota. Il quadro delle misure legislative del 2013-2014 per la riduzione del sovraffollamento. In particolare: rimedi preventivi e rimedi compensativi; gli artt. 35-bis e 35-ter dell'Ordinamento penitenziario

Chiamato a dare attuazione alla pronuncia Torreggiani entro il termine di un anno, decorrente dalla definitività della sentenza (27 maggio 2013), lo Stato italiano è dunque impegnato ad adottare tutte le misure necessarie per interrompere la condizione strutturale di violazione dell'art. 3 CEDU constatata dalla Corte di Strasburgo ⁽²⁶⁾. Questo obbligo trova sviluppo secondo diverse linee, operanti su piani normativi diversi e finalizzate al risultato comune di eliminazione della detenzione inumana e degradante.

Un primo ambito di intervento è quello relativo alle riforme mirate a contenere l'ingresso di ulteriore popolazione carceraria e a incrementare, di contro, l'uscita di quote di detta popolazione dal circuito penitenziario. Si tratta, in estrema sintesi: della restrizione dei presupposti dell'applicazione delle misure cautelari; dell'aumento della possibilità di disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione in caso di condanne a pene detentive contenute (inferiori a tre anni) e di applicare l'istituto della liberazione anticipata; del maggiore ricorso alla sostituzione della pena detentiva breve (un anno) con il lavoro di pubblica utilità per i reati commessi in condizione di tossicodipendenza; della riduzione dei casi di revoca della detenzione domiciliare per determinate categorie di soggetti; misure queste regolate con il decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 94. Con il di poco successivo decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, il legislatore italiano appresta ulteriori strumenti deflattivi della (sovra)popolazione carceraria, come talune modifiche delle sanzioni in materia di stupefacenti e in materia di immigra-

Sejdovic c/Italia), ha formato oggetto di regolazione espressa con la introduzione dell'art. 61 del Regolamento di procedura della Corte EDU, nel febbraio 2011 (per una disamina specifica dell'istituto, si rinvia al relativo paragrafo).

Un caso parallelo, per tema e per tipologia decisoria, alla sentenza Torreggiani era stato, circa un anno prima, quello definito con la pronuncia del 10 gennaio 2012, *Ananyev c/Russia*. Anche in quel caso, in presenza di una moltitudine di ricorsi individuali ripetitivi di detenuti nelle carceri russe, indicativi di un problema strutturale, la Corte ha pronunciato una sentenza pilota nella quale ha anche ripreso il *test* di accertamento della violazione dell'art. 3 basato sul triplice criterio — un posto letto singolo, lo spazio di almeno 3 m² per ciascuno e la possibilità di movimento tra gli arredi — già enucleato nella decisione *Makarov c/Russia* (v. *supra*, par. 2). Tuttavia, con la non secondaria differenza, rispetto alla pronuncia Torreggiani, di non avere in quel caso “congelato” espressamente la trattazione degli altri ricorsi pendenti.

⁽²⁶⁾ E ciò attraverso l'adozione di piani d'azione del governo, sotto il monitoraggio e controllo “rafforzato”, in fase attuativa, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

zione, un ampliamento del ricorso all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare (con il ricorso al cd. braccialetto elettronico) e l'introduzione dell'istituto della liberazione anticipata speciale, con un aumento dei giorni utili allo scomputo rispetto al semestre della pena espiata, ed infine con l'eliminazione del limite temporale di applicabilità della misura dell'esecuzione domiciliare già introdotta con la più sopra citata legge n. 199/2010. Inoltre, si potenzia il sistema complessivo di tutela attraverso la costituzione dell'organismo del Garante nazionale dei diritti dei detenuti. Ancora, la legge 28 aprile 2014, n. 67, regola la sospensione del processo con messa alla prova per fasce di reati punibili fino a quattro anni di reclusione e la legge 16 maggio 2014, n. 79, ripristina la distinzione tra reati correlati alle droghe pesanti o alle droghe leggere, con riduzioni di trattamento punitivo quanto ai secondi e con derivata incidenza sul sovraffollamento dei detenuti, di cui una componente percentuale significativa è appunto quella dei condannati per tali tipologie di reato.

Ma l'innovazione di maggiore peso, nell'ottica dell'adempimento della sentenza pilota, è quella costituita dalla modifica del rimedio "preventivo" che, come si è detto, risulta cruciale nella valutazione da parte del giudice europeo circa la garanzia effettiva del rispetto dell'art. 3 CEDU. Il citato d.l. n. 146/2013 introduce, con l'art. 35-*bis* Ord. pen., il nuovo istituto del "reclamo giurisdizionale", che attribuisce a ciascun detenuto la possibilità di adire il magistrato di sorveglianza per lamentare l'inosservanza, da parte dell'amministrazione penitenziaria, delle disposizioni di ordinamento penitenziario rivolte a garantire i diritti del detenuto. La disciplina del reclamo, pienamente giurisdizionalizzato e soggetto alle impugnazioni anche in sede di legittimità, prevede in particolare che la decisione del magistrato abbia contenuto di prescrizione cogente nei riguardi dell'amministrazione, per porre rimedio alla violazione accertata entro un termine fissato, e che in caso di mancata esecuzione possa farsi ricorso, presso il medesimo magistrato di sorveglianza, a una procedura di ottemperanza, anche con nomina di un commissario *ad acta*.

Il quadro normativo descritto ⁽²⁷⁾ si completa infine con l'adozione del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, che introduce l'art. 35-*ter* dell'Ord. pen., recante ora un meccanismo "compensativo", parimenti necessario, come si è detto, nell'ottica del rispetto dell'art. 3 CEDU. L'istituto prevede un rimedio risarcitorio *ad hoc* per le condizioni di detenzione — superiori al minimo di 15 giorni — tali da

(27) Che orienta il Comitato dei ministri alla concessione di un ulteriore termine di un anno, per dare piena esecuzione alle indicazioni della sentenza pilota del 2013.

integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, "come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo", articolato secondo due possibilità: (a) una riduzione della pena da spiare, nella misura di un giorno ogni dieci trascorsi dal detenuto in condizione di pregiudizio; (b) quando tale scomputo non è possibile, perché il periodo residuo non consente la detrazione integrale suddetta, oppure si tratta di periodi di custodia cautelare non computabili nella pena o infine per i casi di espiazione già conclusa, il rimedio previsto è di carattere patrimoniale, con una erogazione forfettaria di 8 euro per ogni giorno di accertata sottoposizione a una condizione detentiva lesiva dell'art. 3 CEDU.

6. La (positiva) valutazione dei rimedi da parte della Corte EDU: le pronunce di irricevibilità *Stella e Rexhepi c/Italia* del 2014. La sorte dei ricorsi precedenti: necessità di esaurire i rimedi interni, anche se sopravvenuti

Il contesto ora descritto apre a una rinnovata valutazione della situazione del sovraffollamento, specificamente per quanto concerne l'Italia, da parte della Corte EDU. Non è mancata peraltro, nel frattempo, una più generale riconferma in merito ai criteri da applicare per stabilire la violazione dell'art. 3, di cui è esempio la pronuncia 5 marzo 2013, *Tellissi c/Italia*, in cui la Corte sembra tuttavia adottare un punto di vista più restrittivo, con riguardo all'aspetto delle condizioni di salute del detenuto e delle relative limitazioni di movimento. Ribadendo l'affermazione di principio secondo cui, quando il sovraffollamento raggiunge un livello elevato, la mancanza di spazio può costituire *ex se* l'elemento centrale per l'affermazione della violazione dell'art. 3, la Corte dà atto della fruizione di uno spazio di circa 3,6 m² in una cella condivisa e per questo esclude la sufficienza del dato di superficie, mentre, con riguardo alla necessità del detenuto di muoversi con ausili (stampelle), nega che questa circostanza sia di per sé rilevante, al pari di altre condizioni, allegate dal ricorrente — carente riscaldamento, acqua fredda — ma, afferma la Corte, non tali da comportare violazione della norma della Convenzione.

Chiamata, poi, a riconsiderare il quadro della situazione e con esso l'adempimento degli obblighi predicati nella decisione pilota del 2013, la Corte ne offre una valutazione complessivamente favorevole, riconoscendo l'adeguamento dell'ordinamento italiano in rapporto alla necessità di apprestare rimedi strutturali ed effettivi rispetto al sovraffollamento.

Con la sentenza del 16 settembre 2014, *Stella e altri c/Italia* (e con la coeva *Rexhepi e altri c/Italia*), la Corte EDU esamina il complesso delle misure legislative approntate a seguito della sentenza *Torreggiani* in attua-

zione del Piano d'azione del governo e tra esse, in particolare, i due rimedi, preventivo e risarcitorio, di cui si è detto, dando atto delle considerazioni svolte dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa circa i significativi risultati ottenuti nel biennio 2013-2014 grazie alle misure di sistema, ricordando altresì le indicazioni puntuali contenute nella sentenza pilota Torreggiani, in merito al malfunzionamento cronico del sistema penitenziario, all'inidoneità del reclamo dinanzi al Tribunale di sorveglianza *ex art. 35 Ord. pen. previgente* e alla necessità di introdurre appropriati meccanismi effettivi di tutela, sia preventivi che riparatori. All'esito del (favorevole) raffronto tra le prescrizioni della sentenza e le misure adottate, la Corte perviene a una pronuncia di irricevibilità dei ricorsi — con decisione quindi estensibile a tutti gli altri ricorsi pendenti che erano stati “congelati” con la decisione Torreggiani — in quanto, con una applicazione estesa del criterio di sussidiarietà, considera non esaurite le vie di ricorso interne e cioè l'utilizzo del reclamo giurisdizionale e dell'istanza risarcitoria di cui ai nuovi artt. 35-*bis* e 35-*ter* Ord. pen. A tale riguardo, la sentenza Stella *c/Italia* precisa che non spetta alla Corte operare in sostituzione degli Stati contraenti, ai quali è riservata in prima battuta la messa in opera di tutti gli strumenti e delle prassi idonei a evitare ogni possibile violazione dell'art. 3 CEDU, secondo il generale canone della sussidiarietà, giacché compete in primo luogo ai giudici nazionali l'accertamento dei fatti e l'applicazione delle conseguenze riparatorie, ed annota — con un passaggio di specifico interesse — che se pure è vero, in generale, che il filtro del previo esaurimento delle vie di ricorso interne *ex art. 35 CEDU* (che costituisce il mezzo procedurale rivolto alla verifica della sussidiarietà) si determina alla data di presentazione del ricorso alla Corte EDU, tale regola è soggetta ad eccezioni e, tra queste, vi è proprio il caso della sentenza-pilota, in cui l'aver constatato una violazione sistemica della Convenzione non può che condurre, una volta che lo Stato abbia adottato determinate misure, alla necessaria verifica della adeguatezza di esse presso i giudici interni (par. 40).

Nel giungere a questo esito di ordine processuale, la Corte, nel merito, mostra di considerare positivamente il quadro normativo e fattuale sopravvenuto alla sentenza Torreggiani e, prima, alla pronuncia Sulejmanovic.

Da un lato, le misure legislative approvate nel biennio 2013-2014 si indirizzano come tali verso una comune finalità di riduzione del ricorso alla detenzione, assunta come *extrema ratio* così in fase cautelare come in sede esecutiva; dall'altro, l'effetto utile di queste diverse misure ha condotto a un rilevante recupero fisiologico del rapporto tra capienza degli istituti (circa 50.000 posti rispetto ai 45.000 del 2010) e numero dei detenuti, diminuito dai circa 68.000 del 2010 ai 54.000 del 2014; in terzo luogo, il reclamo e la previsione risarcitoria di cui si è detto corrispondono a strumenti che in linea

di principio si allineano alle esigenze di tutela indicate nella pronuncia Torreggiani. Un quadro che si compendia nel dare atto che, al momento della sentenza, nessun detenuto si trova in situazione di restrizione in ambiente inferiore ai 3 metri quadrati (par. 23).

Da qui la valutazione di un sostanziale adempimento da parte dello Stato italiano con riguardo ai principi espressi nella giurisprudenza della Corte e alle constatazioni della sentenza pilota Torreggiani, che conduce alla pronuncia di irricevibilità, da applicarsi — precisa la sentenza — a tutti i circa 3.500 analoghi ricorsi pendenti presso la Corte EDU.

Nella sentenza in esame, inoltre, la Corte si sofferma analiticamente sui due nuovi istituti *ex art. 35-bis e 35-ter* Ord. pen., considerandoli in linea con le esigenze, preventive e riparatorie, indicate nei propri precedenti; in particolare quanto al rimedio riparatorio, nelle sue due modalità, essa richiama proprie decisioni con le quali è stata considerata adeguata la previsione di una riduzione di pena come rimedio compensativo⁽²⁸⁾, mentre, quanto al ristoro monetario, ne attesta la misura non irragionevole anche se non identica a quella normalmente fissata dalla Corte nella constatazione della violazione dell'art. 3 e nella relativa condanna.

In questo modo, la Corte EDU rimette ai giudici nazionali, nel mutato contesto normativo, l'accertamento della sussistenza, caso per caso, di eventuali violazioni dell'art. 3 CEDU, che la Corte europea si riserva tuttavia di riesaminare appunto una volta esperiti i rimedi interni. La verifica di compatibilità tra condizioni detentive specifiche e principio di cui all'art. 3 CEDU è così restituita in larga misura alla cognizione della giurisdizione interna, anche per la serie di ricorsi nel frattempo sospesi presso la Corte europea, e ciò darà luogo a una serie di questioni interpretative e di contrasti di indirizzo, sia presso i giudici di merito e sia in sede di legittimità, in particolare — quanto all'Italia — con riguardo al contenuto da assegnare all'espreso rinvio mobile dell'art. 35-ter alla norma della Convenzione come interpretata dalla Corte EDU e dunque alla necessità di individuare parametri e *criteri* univoci di verifica della esistenza di una condizione inumana e degradante della detenzione; si apre una stagione che, in ambito interno, è caratterizzata da diverse incertezze applicative⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ V. il paragrafo 58, sul rimedio compensativo riferito a lesioni di altre norme della CEDU.

⁽²⁹⁾ Per una compiuta disamina degli indirizzi di giurisprudenza, prima e dopo le sentenze Torreggiani e Stella, non può che rinviarsi alla esposizione contenuta nel relativo paragrafo.

I temi variamente affrontati e non uniformemente risolti presso i giudici italiani in questa fase riguardano principalmente (a) la modalità di calcolo dello spazio di 3 metri quadri, se cioè inteso come spazio lordo della cella o come spazio utile per il movimento, e in tale caso se al netto degli arredi tendenzialmente fissi (letti, armadi) ovvero anche degli ingombri facilmente amovibili, oltre che dei servizi igienici, e (b) la natura del ristoro monetario per equivalente, se di carattere risarcitorio o indennitario, con derivate implicazioni in ordine al regime della prescrizione, alla applicazione retroattiva della previsione e alla disciplina della decadenza dell'istanza ⁽³⁰⁾. Gioca, nel determinare le suddette oscillazioni di indirizzo, la circostanza per cui l'art. 35-ter Ord. pen. contiene un duplice rinvio: dapprima con riguardo all'effetto indicato dall'art. 69, comma 6, lettera *b*) della stessa legge di ordinamento, richiedendo quindi un pregiudizio attuale e grave all'esercizio dei diritti del detenuto derivante dalla inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni della legge e del regolamento sull'ordinamento penitenziario, ciò che pone il problema della necessaria attualità del pregiudizio al momento dell'istanza e/o della decisione del magistrato di sorveglianza; poi, e soprattutto, perché la fattispecie pone un vincolo legale, per il giudice interno, alla lettura ed elaborazione che dell'art. 3 della Convenzione è data dalla Corte di Strasburgo, ciò che apre alla possibilità di determinazioni diversificate che riflettono corrispondenti varianti di orientamento registrate proprio presso la stessa Corte EDU, che, nelle proprie sentenze sui singoli casi rese successivamente alla pronuncia Sulejmanovic del 2009, talvolta non prende in considerazione l'aspetto del criterio di calcolo dello spazio ⁽³¹⁾, altre volte considera lo spazio realmente fruibile in rapporto alla facoltà di movimento ⁽³²⁾, altre volte ancora detrae la superficie dei letti ma non quella dei mobili ⁽³³⁾. Una varietà di indirizzi ulteriormente accresciuta, sul piano interno, dalla problematica questione se il menzionato rinvio mobile al diritto elaborato presso la Corte EDU ammetta l'adozione, a livello interno, di criteri complessivamente più favorevoli, nell'ottica della maggiore tutela del diritto garantito dalla Convenzione ⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Aspetti questi ultimi che saranno definiti poi da Cass. civ., S.U., n. 11018/2018.

⁽³¹⁾ Corte EDU, 22 aprile 2014, *G.C. c/Italia*.

⁽³²⁾ Corte EDU, 10 marzo 2015, *Varga c/Ungheria*.

⁽³³⁾ Corte EDU, 1° aprile 2014, *Enache c/Romania*.

⁽³⁴⁾ Possibilità che sarà esclusa successivamente da Cass., S.U., 19 febbraio 2021, n. 6551.

7. Il punto di arrivo: la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, *Mursič c/Croazia* del 2016. La riconsiderazione dei criteri di accertamento del trattamento inumano e degradante, tra presunzioni di violazione dell'art. 3 CEDU e rilievo di fattori "compensativi". Gli ergastolani e gli internati

Le citate sentenze *Stella e Rexhepi c/Italia* del 2014, dunque, se da un lato attestano l'impegno dello Stato italiano nel superamento della condizione sistemica di sovraffollamento carcerario — tanto che in ulteriori pronunce-pilota pronunciate, sempre sul tema del sovraffollamento, nei riguardi di altri Paesi nei quali si registra analoga problematica di inadeguatezza cronica del sistema carcerario, l'iniziativa complessiva dell'Italia nel superamento della pregressa insostenibile condizione strutturale viene indicata quale esempio positivo ed efficace di adempimento delle indicazioni della pronuncia pilota (si vedano le sentenze, anch'esse "pilota" verso i rispettivi Paesi, della Corte EDU, 10 marzo 2015, *Varga c/Ungheria*, e 27 gennaio 2015, *Neshkov c/Bulgaria*) — dall'altro non offrono, in ragione del contenuto delle decisioni — di irricevibilità dei ricorsi — soluzioni univoche e consolidate per la scelta dei criteri uniformi da applicare in funzione della verifica di sussistenza di un trattamento inumano o degradante secondo l'art. 3 CEDU; anche il criterio "minimo" dello spazio vitale e di movimento inferiore a 3 m² espresso nel precedente *Sulejmanovic* e in altre pronunce si presta, come si è detto, a incertezze in ordine al modo con il quale pervenire in concreto a quella misura.

In tale quadro sopraggiunge la pronuncia della Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Mursič c/Croazia*, che definisce un quadro in parte diverso rispetto ai menzionati precedenti e che fissa le coordinate del successivo orientamento del giudice sovranazionale, che — come visto — inevitabilmente si riflette anche sul piano interno, in virtù della clausola di rinvio mobile presente nell'art. 35-ter Ord. pen., che impegna i giudici nazionali ad accertare il pregiudizio sofferto secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza della Corte europea.

Con la sentenza in discorso la Grande Camera, modificando in parte la decisione della Sezione, ha svolto una ricapitolazione complessiva degli indirizzi — fino ad allora non uniformi su vari punti — seguiti nella propria giurisprudenza e, attraverso la prospettiva della loro ricomposizione e della riduzione degli stessi ad unità, ha fornito un compendio dei criteri atti a valere per il futuro. La pronuncia presenta diversi aspetti di interesse, specialmente nell'ottica della sua "utilizzazione" in ambito interno secondo il canone — doveroso, *ex art. 35-ter* Ord. pen. — dell'interpretazione convenzionalmente conforme da parte del giudice nazionale; se ne sintetizzano di seguito i contenuti.

Anche in questa occasione, la Corte EDU non manca di menzionare le fonti di *soft law* e in particolare i diversi rapporti redatti dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, le Regole penitenziarie europee e le Raccomandazioni del Comitato dei ministri sul sovraffollamento carcerario (v. *supra* par. 2); con una specifica menzione del documento intitolato “Principi del CPT”⁽³⁵⁾, nel quale il Comitato, in coerenza con i propri fini di (sola) prevenzione del fenomeno del trattamento lesivo dell’art. 3 in ambito carcerario, ha enucleato le condizioni di detenzione che sono richieste dalla norma di Convenzione e di converso quelle che con detta norma sono in conflitto: sovraffollamento, programmi di attività socializzanti (lavoro, istruzione, sport), esercizio all’aria aperta, accesso ai servizi igienici; tra tali condizioni, un posto centrale è quello dello “spazio vitale per detenuto negli istituti penitenziari”, oggetto del documento così intitolato, adottato nel 2015⁽³⁶⁾, nel quale, premesso che l’attenzione è rivolta alle celle degli istituti di esecuzione della pena o quelle di isolamento ma non gli ambienti di restrizione breve (celle di polizia, strutture psichiatriche), il CPT espone il proprio criterio generale per stabilire quello spazio vitale *minimo*, pari a 4 m² per ciascun detenuto in una cella collettiva, al netto dei sanitari. Accanto a tale dato, il Comitato — in un analitico Allegato al documento — ha individuato, in maniera non esaustiva, le ulteriori numerose componenti da apprezzare per stabilire se le condizioni di detenzione siano tali da costituire tortura o trattamento inumano, come il numero di letti insufficiente, la mancanza di aerazione, le infestazioni, l’insufficienza del riscaldamento o della illuminazione, l’esistenza di sanitari atti a tutelare la *privacy*, lo stato di manutenzione, la pulizia.

Nonostante tale ampio richiamo, la Corte, nella sentenza Mursič, ribadisce di non essere vincolata a quei criteri. La ragione sta nella diversa prospettiva del Comitato, che opera “a monte”, in vista della prevenzione del fenomeno, attività per sua natura rivolta a un livello di protezione più alto e a una elaborazione di carattere generalizzante, laddove la Corte EDU svolge una funzione giudiziaria ed è tenuta a considerare di volta in volta tutte le circostanze variabili della causa. Per questo, essa “rimane attenta” ai criteri del CPT ma è allo stesso tempo “riluttante” a farne applicazione diretta e uniforme⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ CPT/Inf/E (2002) 1 — Rev. 2015.

⁽³⁶⁾ CPT/Inf (2015) del 15 dicembre 2015.

⁽³⁷⁾ È da menzionare l’articolata e complessa opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, imperniata invece sulla diversa valorizzazione del *soft law* quale fattore di arricchimento del diritto positivo, in un quadro ordinamentale e giuridico “deformalizzato” e imperniato sul consenso europeo. Tale opinione — che non è qui possibile sintetizzare —

Quindi, la Corte — esponendo in rassegna i diversi percorsi della propria giurisprudenza — “ricapitola” (punto 2, par. 96 segg.) le coordinate dei principi rilevanti in materia, ovvero: l’esigenza che vi sia un grado minimo di gravità, oltre ciò che è inevitabilmente connaturato alla restrizione, a sua volta correlata a una serie di variabili del caso riguardanti il soggetto (età, sesso, salute) e la durata del trattamento; la non necessità di effetti pregiudizievoli di tipo strettamente fisico, poiché per definire un trattamento come inumano o degradante basta che sia tale da umiliare e degradare la dignità della persona; l’ininfluenza della volontà dell’autorità di umiliare o degradare il detenuto ovvero della esistenza di ragioni materiali e logistiche, giacché l’art. 3 impegna lo Stato come tale al rispetto della dignità del detenuto, indipendentemente dalle difficoltà di carattere economico; la necessità di apprezzare gli effetti cumulativi delle condizioni di detenzione. Su queste premesse, essa offre — con la forza orientativa anche in ambito interno che deriva dall’adozione della decisione in composizione estesa — le risposte ai tre quesiti che rappresentano gli snodi del tema del sovraffollamento carcerario, vale a dire: 1) quale sia lo spazio personale minimo, 2) se la disponibilità di uno spazio inferiore a detto minimo integri come tale una violazione o invece comporti una presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU, 3) se la mancanza di uno spazio adeguato possa essere “compensata” da altri fattori, e in caso affermativo da quali e in che modo.

La sentenza risponde partitamente sulle tre questioni, offrendo le indicazioni interpretative pertinenti per pervenire a criteri di valutazione stabili, valevoli sia per la detenzione cautelare sia per quella in espiazione di pena, indifferentemente.

La Corte osserva che, sebbene non si possa determinare una volta per tutte un limite di superficie — appunto per la necessità di considerare anche altri elementi — tuttavia il criterio dei 3 m² per persona in una cella collettiva ha trovato ampia applicazione quale limite minimo in generale; allo stesso modo, è stata generalmente considerata autonomamente la condizione detentiva svolta in uno spazio compreso tra 3 e 4 m² (parametro quest’ultimo indicato dal CPT), di volta in volta ritenuta misura sufficiente o insufficiente in base alla considerazione di altri parametri concorrenti. Muovendo da tale indirizzo, la sentenza, esplicitando l’esigenza di non discostarsi dai propri precedenti a garanzia della prevedibilità e certezza del diritto, e al contempo sottolineando di non essere vincolata dalle indicazioni del CPT (v. *supra*) né dalla regolazione delle varie norme nazionali, perviene — riprendendo spunti

conduce il giudice a criticare l’impostazione della sentenza Mursič, che ad avviso dello stesso conduce a una applicazione casistica della Convenzione e rischia di portare a una regressione del livello di garanzia dei diritti in ambito europeo.

già dati con le sentenze pilota *Ananyev c/Russia*, *Varga c/Ungheria* e *Neshkov c/Bulgaria* — ad enucleare un punto di armonizzazione dei diversi approcci, costituito dalla sussistenza di una “forte presunzione” (*strong presumption*) di violazione dell’art. 3 CEDU quando lo spazio sia inferiore ai 3 m². Tale presunzione non è però assoluta, perché a determinate condizioni essa può essere superata per la considerazione di altri aspetti della detenzione, che spetta al Governo convenuto allegare e dimostrare, secondo il criterio dell’inversione dell’onere derivante dalla disponibilità e prossimità della prova; tali ulteriori aspetti (“fattori compensativi”), idonei a convincere la Corte del superamento della presunzione, consistono (a) nella durata temporale estremamente breve della detenzione in quella condizione di spazio, (b) nella possibilità di fruire di una sufficiente libertà di movimento fuori della cella, in attività all’aperto di almeno un’ora al giorno e con una quota ragionevole della giornata trascorsa in attività motivanti di lavoro, formazione, ricreazione. Tali fattori “compensativi” debbono ricorrere cumulativamente, per poter vincere la presunzione (par. 132) e il tutto deve inquadarsi in una condizione generalmente dignitosa dell’ambiente carcerario ed in assenza di elementi aggravanti. Quando si tratti della condizione detentiva in una cella con spazio tra 3 e 4 m², poi, e dunque senza la base di giudizio della forte presunzione di cui si è detto, il fattore spaziale resta un elemento di rilievo ma, per condurre alla constatazione di un trattamento lesivo dell’art. 3 CEDU, ad esso debbono associarsi altre, negative, condizioni materiali di natura oggettiva, quali più volte indicate nella giurisprudenza della stessa Corte: carenza di aria e di luce naturale, di riscaldamento, temperature troppo elevate, impossibilità di utilizzo dei servizi igienici in privato, carenze igienico-sanitarie essenziali. Infine, quando lo spazio individuale disponibile sia superiore a 4 m², il relativo fattore-superficie non entrerà come tale in gioco e perciò per valutare l’esistenza di un trattamento contrario all’art. 3 CEDU occorrerà apprezzare le altre condizioni materiali della detenzione, come quelle analizzate nei documenti del CPT e nelle Raccomandazioni più volte menzionate ⁽³⁸⁾, alle quali la Corte EDU, nel valutare i singoli casi sottoposti, “presta attenzione” ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Il richiamo espresso a tali documenti di *soft law*, desumibile con chiarezza dal par. 140 della sentenza *Mursić*, non contraddice l’enunciato generale sottolineato nel testo, dell’assenza di vincolo giudiziale rispetto a quelle indicazioni, poiché i contenuti ai quali si fa rinvio in questo caso sono una rassegna di condizioni generali della detenzione, prive di caratteri quantitativi/numerici come è invece l’aspetto spaziale.

⁽³⁹⁾ Applicando i criteri così espressi, la Corte, nel caso specifico, accerta, secondo la presunzione, la violazione dell’art. 3 CEDU per il periodo di detenzione di circa un mese trascorso in uno spazio inferiore a 3 metri quadri ed esclude la violazione per gli altri periodi

È di particolare importanza, nella enucleazione dei criteri ora detti, una duplice precisazione contenuta nella sentenza, che concerne il *come* del calcolo della superficie minima. Da un lato, la Corte afferma che la superficie totale della cella non deve comprendere quella dei sanitari ma, di contro, il calcolo della superficie deve includere lo spazio occupato dai mobili; dall'altro, in una prospettiva meno statica, la Corte sottolinea che "l'importante è determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente nella cella", così fornendo all'interprete interno una indicazione non solo superficiale ma anche funzionale. E come si vedrà proprio intorno a questi temi — l'inclusione o l'esclusione degli elementi dell'arredo, con riguardo a quelli facilmente amovibili ovvero fissi o tendenzialmente fissi (letti individuali, letti a castello) — si formerà un contrasto di indirizzi nella giurisprudenza interna, alfine risolto da Cass., S.U., 19 febbraio 2021, n. 6551, che, muovendo proprio dai principi espressi nella sentenza Mursič e in particolare dalla specificazione sulla centralità del movimento, ha chiarito che la regola enunciata dalla Corte EDU deve intendersi nel senso che lo spazio occupato dai "mobili" sottende la loro amovibilità agevole e che pertanto nella misura dello spazio minimo non possono essere inclusi gli arredi fissi o difficilmente spostabili (come i letti a castello) ⁽⁴⁰⁾ (per l'analitica esposizione dei molti profili affrontati in detta sentenza, tra cui anche quelli concernenti i fattori "compensativi", si rinvia al relativo paragrafo).

La rilevanza *pro futuro* della pronuncia della Corte EDU è attestata dal fatto che essa si pone come dato di diritto, che può definirsi — secondo una nozione che è stata utilizzata in ambito interno dalla Corte cost. nella pronuncia 26 marzo 2015, n. 49 — come diritto cd. "consolidato", agli effetti dell'interpretazione del giudice italiano chiamato a fare applicazione del rimedio di cui all'art. 35-ter Ord. pen., giacché da quella interpretazione il giudice interno non potrebbe discostarsi, pena la violazione del vincolo giuridico posto dalla medesima norma di riferimento interna che assume la "giurisprudenza della Corte EDU" come fonte di integrazione necessaria della fattispecie stabilita dalla disciplina nazionale ⁽⁴¹⁾.

nella medesima condizione, perché di breve durata e nei quali il ricorrente ha fruito dei fattori compensativi detti nel testo. Per l'ulteriore periodo trascorso in cella tra 3 e 4 m² esclude parimenti la violazione in considerazione dei medesimi fattori allevianti di segno positivo.

⁽⁴⁰⁾ Superando l'opposto criterio indicato in una Circolare dell'amministrazione penitenziaria del 18 aprile 2014.

⁽⁴¹⁾ È noto che, nel rapporto dialettico tra la Corte EDU e la Corte costituzionale, il concetto di diritto "consolidato" enucleato dalla citata Corte cost. n. 49/2015 non trova eco nella giurisprudenza della Corte EDU, che non ha mancato di sottoporre a critica i *criteri* che la Corte italiana ha enumerato per assegnare detto carattere di *well-established case law* a una pronuncia della Corte europea (ossia: adozione da parte della Grande Camera; assenza di

Si tratta invero di pronuncia, resa dalla Grande Camera, che porta a sintesi indirizzi preesistenti del giudice europeo e che per questo si qualifica, nei sensi anzidetti ⁽⁴²⁾, quale fonte di integrazione della fattispecie posta dalla disciplina interna, come è del resto dimostrato dalla conferma dei medesimi principi in successive decisioni proprio del giudice europeo: Corte EDU, 25 aprile 2017, *Rezmives c/Romania*; Corte EDU, 16 maggio 2017, *Sylla e altri c/Belgio*; Corte EDU, 30 gennaio 2020, *J.M.B. c/Francia*.

Se questo descritto è lo stato della giurisprudenza in tema di sovraffollamento, merita segnalare in conclusione che nel più recente Rapporto generale di attività per l'anno 2021 del CPT si sottolinea la necessità che ogni Stato proceda a fissare una soglia massima al numero di detenuti di ogni istituto penitenziario e che tale obiettivo sia perseguito principalmente attraverso politiche di deflazione penale, l'uso più selettivo della custodia cautelare, un maggiore ricorso a misure alternative alla detenzione e a sistemi di monitoraggio elettronico, ribadendo infine ancora una volta l'indicazione della necessità di almeno 4 m² di spazio individuale nelle celle collettive (e di 6 m² in quelle singole).

Le considerazioni fin qui svolte e gli strumenti di tutela richiamati, segnatamente quelli di carattere risarcitorio di diritto interno (art. 35-ter Ord. pen.), valgono, allo stesso modo:

(a) per i condannati alla pena dell'ergastolo; Corte cost., 21 luglio 2016, n. 2014, ha dichiarato non fondata la relativa questione incidentale di costituzionalità sull'art. 35-ter Ord. pen., offrendo una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della disposizione. Anche in detta ipotesi va affermata quindi la competenza del magistrato di sorveglianza ad adottare il provvedimento di ristoro economico per il periodo di detenzione trascorso in condizioni disumane o degradanti, pur se non vi sia la possibilità di collegarlo con una riduzione del periodo detentivo secondo il rapporto di "scomputo" previsto nella norma, appunto trattandosi di pena

creatività rispetto a indirizzi preesistenti; assenza di contrasti di giurisprudenza; assenza di opinioni dissenzienti plausibili e argomentate; propensione a valere per tutti i Paesi membri e non come decisione riferibile peculiarmente alle condizioni di un singolo Stato), avendo quest'ultima contrapposto la pari efficacia di ogni decisione adottata (v. ad esempio Corte EDU, Grande camera, 28 giugno 2018, *Giem c/Italia*). Tuttavia, ai fini della presente trattazione, la controvertibilità della nozione di diritto "consolidato" non sembra avere rilievo, per le ragioni dette nel testo e per la natura della decisione, che certamente opera come pronuncia persuasiva dichiaratamente rivolta a orientare i futuri giudizi, della Corte stessa e dunque mediatamente dei giudici nazionali.

⁽⁴²⁾ Indipendentemente dalla esistenza di opinioni dissenzienti, che non ne intaccano il valore giuridico descritto (così annota Cass., S.U. n. 6551/2021 cit. appunto nell'assegnare il valore in discorso alla sentenza Mursiç).

perpetua. La Corte ha sottolineato la piena autonomia del ristoro pecuniario, a prescindere da una riduzione della pena da espiare, ricavabile anche dal secondo comma della norma, che riconosce la competenza del magistrato di sorveglianza ad adottare il provvedimento economico di risarcimento del danno in forma pecuniaria anche in altre ipotesi in cui difetta qualsiasi collegamento con un'effettiva riduzione del periodo detentivo;

(b) per gli “internati”, ossia i soggetti a una misura di sicurezza di carattere detentivo, non essendovi ragione di differenziazione tra gli stessi e i “detenuti”; così Corte cost., 13 aprile 2017, n. 83, con cui è stata dichiarata non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 35-ter citato, secondo argomentazioni che da un lato fanno leva su elementi testuali in tal senso (la rubrica dell'articolo 35-ter e il contenuto dell'art. 69 Ord. pen. cui il primo rinvia, nonché la previsione transitoria dell'art. 2, comma 2, del d.l. n. 92/2014), dall'altro riprendono le *rationes* della sentenza citata sopra. In questo caso, la durata massima della misura di sicurezza — desumibile dalla novella posta dal d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. dalla l. 30 maggio 2014, n. 125, avente portata generale — potrebbe consentire di operare lo scomputo e, in ogni caso, quand'anche ciò non fosse possibile in ragione del carattere indeterminato della durata della misura perché soggetta a rivalutazione secondo il riesame della pericolosità, la lettura convenzionalmente e costituzionalmente orientata conduce pianamente a riconoscere il diritto al ristoro di tipo economico.

Dalle pronunce citate si ricava pertanto il principio secondo cui là dove non sia fruibile il risarcimento in forma specifica (lo scomputo di giorni di detenzione o internamento) spetta, in ogni caso, il risarcimento per equivalente.

II.

ERGASTOLO OSTATIVO E TUTELA DELLA DIGNITÀ UMANA

di Francesco Mazzacava (*)

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. — 2. L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo: la svolta nella sentenza *Vinter*. — 3. L'applicazione dei principi affermati nella sentenza *Vinter* nella giurisprudenza successiva. — 4. L'ergastolo ostativo di fronte alla Corte europea, le ricadute nella giurisprudenza costituzionale e la recente riforma.

1. Rilievi introduttivi

Mentre l'abolizione della pena di morte è stata espressamente stabilita con l'adozione dei Protocolli addizionali alla Convenzione nn. 6 e 13, il problema della legittimità della pena perpetua nel sistema di tutela dei diritti dell'uomo è stato sempre tematizzato sul piano dell'interpretazione dell'art. 3 della Convenzione europea che, come noto, sancisce il divieto di ricorso alla *tortura* ed a *pene o trattamenti inumani e degradanti*, annoverandosi peraltro tra le norme inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita delle nazioni (art. 15 Cedu). Ciò è avvenuto nell'ambito di un più ampio processo di *interpretazione evolutiva* di tali concetti che ha preso forma nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e che, in fondo, era stato in qualche modo contemplato già al momento della stesura della Convenzione, quando si era rinunciato ad una compiuta definizione dei medesimi ⁽¹⁾.

Fin dalle prime pronunce in materia, in particolare, è stato precisato che la soglia di gravità delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 3 Cedu non può essere definita in assoluto, ma deve essere apprezzata alla luce delle circostanze del caso concreto ⁽²⁾, cosicché i confini tra le predette nozioni presentano tuttora diverse zone grigie. Tenendo a mente tale aspetto, con

(*) Professore Associato di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Parma.

(1) Cfr. P. PUSTORINO, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, a cura di, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 67 s..

(2) V. quanto già affermato, a seguito di un noto ricorso interstatuale, nella sentenza Corte EDU, 18.1.1978, *Irlanda c. Regno unito*, § 162.

una certa semplificazione, si può quindi rilevare che oggi la nozione di tortura ricomprende forme particolarmente gravi di trattamento finalizzato a ottenere informazioni, estorcere una confessione o infliggere una punizione, quella di trattamento inumano abbraccia le condotte che implicano l'inflizione di una sofferenza fisica o psicologica di particolare intensità mentre quella di trattamenti degradanti rinvia soprattutto ad elementi di natura emotiva, con particolare riguardo allo stato di umiliazione della vittima ⁽³⁾. Come detto, quindi, vista l'assenza di previsioni esplicite nella Convenzione, così come di riferimenti alla finalità rieducativa della pena, proprio nell'ambito dell'interpretazione di questi ultimi concetti è stato inquadrato il tema della legittimità della pena perpetua.

2. L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo: la svolta nella sentenza *Vinter*

Il momento cruciale nell'evoluzione recente della giurisprudenza di Strasburgo viene comunemente individuato nel mutamento di indirizzo che ha preso forma nel *leading case* della Grande Camera *Vinter e altri c. Regno Unito* del 9 luglio 2013.

In precedenza, d'altra parte, nelle pronunce della Corte europea si era già fatto largo l'argomento secondo cui l'ergastolo sarebbe compatibile con l'art. 3 Cedu a condizione che la durata della pena sia riducibile (*compressible de iure e de facto*) e che, quindi, siano previsti nella legislazione nazionale strumenti che consentano possibilità di liberazione anticipata del condannato ⁽⁴⁾. L'affermazione di principio era certamente rilevante poiché, in effetti, anch'essa frutto di una lettura evolutiva dell'art. 3 Cedu che, infatti, non menziona l'ergastolo e, quindi, in una prospettiva strettamente originallistico-letterale, si potrebbe ritenere incondizionatamente compatibile con la Convenzione (anche considerato che, come accennato nelle premesse, l'art. 2 consentiva persino l'applicazione della pena di morte), senza contare che il

⁽³⁾ CASSIBBA-COLELLA, *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in G. Ubertis-F. Viganò, a cura di, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, 2° ed., Torino, 2022, 79 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. ad esempio Corte EDU, 3.7.2001, *Nivette c. Francia*; Corte EDU, 16.10.2001, *Einborn c. Francia*; Corte EDU, 12.12.2002, *Stanford c. Regno Unito*; Corte EDU, 22.5.2003, *Wynne c. Regno Unito*; Corte EDU, 11.4.2006, *Léger c. Francia*, §§ 89 ss.; Corte EDU, Grande Camera, 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, §§ 77 ss.; Corte EDU, 2.9.2010, *Iorgov c. Bulgaria (n. 2)*, §§ 43 ss..

requisito della *riducibilità* parrebbe addirittura logicamente inconciliabile con il carattere *perpetuo* di tale tipologia di pena ⁽⁵⁾.

D'altra parte, si deve anche considerare che, per ritenere tale condizione soddisfatta, venivano considerati sufficienti istituti — come i provvedimenti di clemenza — volti a consentire la liberazione del condannato essenzialmente per ragioni umanitarie e sulla base di una decisione rimessa alla discrezione di un organo politico e, quindi, non necessariamente collegati alla valutazione del percorso rieducativo del condannato da parte di un giudice. Così, ad esempio, nella sentenza *Kafkaris c. Cipro* del 12 febbraio 2008, la Grande Camera riteneva che una concreta prospettiva di rilascio potesse essere individuata nel potere accordato dalla Costituzione al Presidente della Repubblica, su proposta o con il parere favorevole del Procuratore generale, di estinguere o commutare le pene, oltretutto di concedere la liberazione condizionale, anche considerata l'assenza di previsioni sulla durata minima di pena detentiva da scontare prima di poter accedere a tali benefici. Si osservava che, in effetti, sulla base di tale disciplina, nove condannati all'ergastolo erano stati liberati nel 1993, uno nel 1997 e uno nel 2005, cosicché tale pena si poteva considerare effettivamente riducibile *de iure e de facto* ⁽⁶⁾. Ad analoga conclusione, peraltro, giungeva la Corte anche nella successiva sentenza *Iorgov c. Bulgaria* del 2 settembre 2010, confermando che provvedimenti clemenziali adottabili dal Presidente della Repubblica, ancorché discrezionali, potessero soddisfare il requisito della riducibilità della pena ⁽⁷⁾.

Come si è accennato, invece, un'autentica svolta ha preso forma nella sentenza della Grande Camera *Vinter e a. c. Regno Unito* del 9 luglio 2013. In particolare, la Corte si trovava a confrontarsi con la disciplina inglese che prevede la possibilità per il giudice, al momento della condanna all'ergastolo per reati di omicidio doloso particolarmente gravi, di stabilire che il condannato non potrà godere di benefici, tra cui in particolare la liberazione condizionale (*parole*), dovendo pertanto trascorrere effettivamente l'intera vita in carcere (*whole life order*), residuando esclusivamente la possibilità di un provvedimento di clemenza per ragioni umanitarie da parte di un organo politico, ossia il Segretario di Stato. Nella sentenza *Bieber* del 23 luglio 2008, la *Court of Appeal* inglese aveva ritenuto tale disciplina di per sé non incompatibile con gli standard derivabili dall'art. 3 Cedu, riservandosi di

⁽⁵⁾ Parla di “tesi incredibile” A. PUGIOTTO, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1520, e di ossimoro L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1245.

⁽⁶⁾ Corte EDU, Grande Camera, 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, §§ 102-103.

⁽⁷⁾ Corte EDU, 2.9.2010, *Iorgov c. Bulgaria*, §§ 50 ss.

sindacare ipotesi concrete in cui lo stato detentivo si fosse protratto nonostante la sussistenza di condizioni che avrebbero imposto la liberazione del condannato. Anche la Quarta sezione della Corte europea, con sentenza del 17 gennaio 2012, aveva giudicato (con una stretta maggioranza di quattro giudici contro tre) tale assetto normativo compatibile con l'art. 3 Cedu, ritenendo che esso assicurerebbe quella riducibilità *de iure* e *de facto* richiesta dall'orientamento tradizionale (sebbene dal 2000 nessun condannato ad un *whole life order* fosse stato liberato) ed escludendo, quindi, la sussistenza di una pena gravemente o manifestamente sproporzionata (*grossly or clearly disproportionate*)⁽⁸⁾.

Investita in sede di rinvio, tuttavia, la Grande Camera ribaltava l'esito del giudizio inaugurando, come detto, una decisa evoluzione dell'orientamento della Corte — se non un vero e proprio *revirement* — che, come spesso avviene nella giurisprudenza di Strasburgo, veniva giustificata sulla scorta di un'analisi comparatistica nella quale, accanto alle fonti di *soft law* del Consiglio d'Europa⁽⁹⁾, erano considerati i principi sull'ergastolo stabiliti nel diritto penale internazionale⁽¹⁰⁾ e nel diritto dell'Unione europea⁽¹¹⁾, così come diverse soluzioni adottate negli Stati contraenti, con particolare rilievo accordato alla giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca⁽¹²⁾, ed in altri

(8) Corte EDU, 9.7.2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, su cui v. le considerazioni critiche di F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2012.

(9) Si fa riferimento, in particolare, alla Risoluzione del Comitato dei Ministri 76(2) del 17 febbraio 1976, alla Raccomandazione 2003(23) sulla gestione dei detenuti a vita o a lungo termine adottata dal Comitato dei Ministri il 9 ottobre 2003, alla Raccomandazione 2003(22) sulla liberazione condizionale adottata dal Comitato dei Ministri il 24 settembre 2003 e al report sull'ergastolo preparato da un membro del CPT il 27 giugno 2007.

(10) Cfr. artt. 77 e 110, paragrafo 3, dello Statuto della Corte penale internazionale, oltreché le regole 223 e 224 del Regolamento di procedura e di prova della Corte medesima.

(11) Cfr. articolo 5, paragrafo 2, della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo del 13 giugno 2002, che stabilisce che se il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso è punibile con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà a vita, l'esecuzione di tale mandato può essere subordinata alla condizione che lo Stato membro emittente preveda nel suo ordinamento giuridico una revisione della pena comminata — su richiesta o al più tardi dopo 20 anni — oppure l'applicazione di misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi dello Stato membro di emissione, affinché la pena o la misura in questione non siano eseguite.

(12) Vengono citate, in particolare, le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* 45 BVerfGE 187 del 21 giugno 1977, 72 BVerfGE 105 del 24 aprile 1986, 2 BvR 2299/09 del 16 gennaio 2010, e quelle della Corte costituzionale nn. 204 del 1974, 264 del 1974, 274 del 1983 e 161 del 1997.

ordinamenti stranieri ⁽¹³⁾. Alla luce di questa rassegna, la Corte riconosceva l'emergenza di un « chiaro sostegno nel diritto europeo e internazionale al principio secondo cui a tutti i detenuti, compresi quelli che scontano l'ergastolo, deve essere offerta la possibilità di riabilitazione e la prospettiva di essere rilasciati se tale riabilitazione viene raggiunta » (§ 114) concludendo che « l'articolo 3 deve essere interpretato nel senso di richiedere la riducibilità della pena, ossia di un riesame che consenta alle autorità nazionali di valutare se i cambiamenti nella vita del detenuto siano così significativi e se siano stati compiuti progressi verso la rieducazione nel corso della pena, da far sì che il mantenimento della detenzione non possa più essere giustificato da legittime ragioni penologiche (*legitimate penological grounds*) », precisando altresì che tale possibilità deve essere garantita al più tardi dopo venticinque anni di pena espiata, con periodici riesami successivi (§§ 119-120). La disciplina inglese veniva quindi ritenuta contrastante con queste premesse poiché, sebbene come affermato nella sentenza *Bieber* il potere del Segretario di Stato potesse essere utilizzato anche in maniera conforme all'art. 3 Cedu, esso era comunque stato impiegato in maniera estremamente restrittiva e, comunque, sulla base di presupposti vaghi e scollegati da una valutazione dello stato di rieducazione dei detenuti, così da non consentire a questi ultimi di orientare la loro esperienza intramuraria ad un percorso di risocializzazione (§§ 127 ss.).

Come si vede, nella centralità accordata alle “ragioni penologiche”, ossia al percorso rieducativo del condannato, emergeva un rilevante dato di novità, tale da rendere non più sufficienti possibilità di rilascio anticipato dettate da ragioni umanitarie o comunque fondate su valutazioni discrezionali. In questo modo, l'approccio della Corte europea si allineava a principi come quelli delineati fin dagli anni '70 nella giurisprudenza costituzionale italiana — per questo puntualmente citata ⁽¹⁴⁾ — pur operando in un contesto normativo in cui non figura una predilezione per la funzione rieducativa della pena che, come si è visto, la Corte ha dovuto ricostruire in via interpretativa ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Si considerano, in particolare, gli ordinamenti di Canada, Hong Kong, Mauritius, Namibia, Nuova Zelanda, Sudafrica e Stati Uniti d'America.

⁽¹⁴⁾ Nota M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1361, come l'argomento della Corte europea sia del tutto analogo a quello emerso nella giurisprudenza della Corte costituzionale, sulla cui evoluzione, tra i tanti, cfr. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, 14 ss..

⁽¹⁵⁾ Sul punto, cfr. A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2019, 3773, che osserva come la Corte, da un lato, ammette

3. L'applicazione dei principi affermati nella sentenza *Vinter* nella giurisprudenza successiva

Per quanto i principi elaborati nella sentenza *Vinter* siano stati costantemente ribaditi, tanto da essere oramai richiamati *per relationem* in quanto diritto consolidato⁽¹⁶⁾, la loro applicazione in concreto nella recente giurisprudenza della Corte europea non è apparsa sempre lineare.

Il nuovo corso, in particolare, veniva significativamente confermato nella sentenza *Ocalan c. Turchia* (n. 2) del 18 marzo 2014, in cui la Corte riscontrava una violazione dell'art. 3 Cedu in ragione dell'assenza nella legislazione turca di qualsiasi meccanismo di riesame della pena all'ergastolo in grado di consentire una valutazione circa la sussistenza di validi motivi a fondamento del prolungamento dello stato di detenzione⁽¹⁷⁾. Nella sentenza *Trabelsi c. Belgio* del 4 settembre 2014, ancora, veniva dichiarata una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione all'avvenuta estradizione del ricorrente verso gli Stati Uniti nonostante il rischio concreto di sottoposizione ad ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (peraltro disposta contravvenendo una misura interinale adottata dalla Corte); in particolare, superando alcuni precedenti proprio alla luce del nuovo orientamento inaugurato nella sentenza *Vinter*, la Corte giudicava insufficiente l'eventualità di liberazione anticipata garantita dal potere di clemenza del Presidente degli Stati Uniti, trattandosi di possibilità generica e non in grado di permettere al condannato di conoscere anticipatamente tempi e modalità della concessione del beneficio⁽¹⁸⁾. Peraltro, nella sentenza *Kaytan c. Turchia* del 15 settembre 2015, la Corte precisava che in questi casi la violazione dell'art. 3 Cedu può essere riscontrata fin dall'inizio dell'esecuzione della pena, senza che il condannato debba scontare una parte della stessa prima di poter ricorrere a

diverse finalità della pena (afflittiva, deterrente, riabilitativa, di protezione dei consociati dai reati violenti) ma, dall'altro, riconosce l'"enfasi" che gli Stati firmatari, il Consiglio d'Europa e il diritto internazionale accordano allo scopo di risocializzazione del reo (v. già la ricostruzione contenuta nella sentenza Corte Edu, Grande Camera, 4.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*, §§ 28 ss.).

⁽¹⁶⁾ Come osserva A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce*, cit., 3773, nella giurisprudenza attuale la ricostruzione dei principi applicabili si esaurisce nella tecnica del rinvio *per relationem* poiché la Corte pare inferire, nemmeno troppo implicitamente, che si tratta oramai di approdi interpretativi tanto chiari e consolidati da non aver bisogno di essere nuovamente esternati.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, 18.3.2014, *Ocalan c. Turchia* (n. 2), §§ 97 ss..

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, 4.9.2014, *Trabelsi c. Belgio*, così superando Corte EDU, 10.4.2012, *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, e Corte EDU, 17.1.2012, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*.

Strasburgo ⁽¹⁹⁾. Prendeva così forma un vero e proprio *diritto alla speranza* per i condannati all'ergastolo, ossia una tutela dell'affidamento dei medesimi nelle regole che governano l'esecuzione penale da garantire fin dal primo giorno di detenzione, in quanto presupposto fondamentale per l'adesione ad un percorso rieducativo.

La massima valorizzazione di questo approccio, in effetti, si è registrata nella sentenza della Grande Camera *Murray c. Paesi Bassi* del 26 aprile 2016, nella cui motivazione si assisteva ad un'ulteriore affermazione dell'importanza della finalità rieducativa della pena, anche in questo caso sulla base di un'analisi comparatistica svolta nelle premesse. La Corte, in particolare, osservava che « nonostante la Convenzione non garantisca, in quanto tale, un diritto alla rieducazione, la giurisprudenza della Corte presuppone che i condannati, compresi gli ergastolani, debbano avere la possibilità di riabilitarsi », dal che consegue che « un ergastolano deve essere realisticamente messo in condizione, per quanto possibile nei limiti del contesto carcerario, di compiere progressi tali verso la riabilitazione da offrirgli la speranza di essere un giorno idoneo alla liberazione condizionale » ⁽²⁰⁾. Fatte queste premesse, la Corte riscontrava una violazione dell'art. 3 Cedu dato che il ricorrente si era trovato in una situazione in cui non era stato ritenuto idoneo alla liberazione condizionale a causa del rischio di recidiva, ma la persistenza di tale rischio era dovuta al fatto che non era stata effettuata alcuna valutazione delle necessità e delle possibilità di cura dei suoi problemi mentali e non erano state individuate forme di trattamento finalizzate alla sua riabilitazione.

Pochi mesi dopo, tuttavia, la stessa Grande Camera, con la sentenza *Hutchinson c. Regno Unito* del 17 gennaio 2017 — confermando la sentenza della Quarta Sezione del 3 febbraio 2015 — segnava una rilevante battuta d'arresto nella giurisprudenza di Strasburgo in tema di ergastolo. Ancora una volta era la disciplina inglese ad essere sottoposta all'esame della Corte europea ma in questo caso, anziché riscontrare una violazione dell'art. 3 Cedu analogamente a quanto avvenuto nella sentenza *Vinter*, la Corte rigettava il ricorso ritenendo non decisiva la circostanza che il potere di liberazione spetti ad un organo politico ed evidenziando che, ad ogni modo, in Inghilterra tale decisione non sarebbe del tutto discrezionale in quanto soggetta a controllo giurisdizionale, malgrado il Governo non abbia saputo indicare precedenti in cui ciò abbia determinato l'annullamento del provvedimento amministrativo (§§ 46 ss.). Soprattutto, la Corte prendeva atto che nella decisione *McLoughlin* del 18 febbraio 2018, la *Court of Appeal*, pur

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, 15.9.2015, *Kaytan c. Turchia*, §§ 63 ss.

⁽²⁰⁾ Corte EDU, Grande Camera, *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016, § 103.

richiamando i principi menzionati nel precedente *Bieber*, aveva tentato di offrire un'interpretazione più estensiva del c.d. *Lifer Manual* (ossia il protocollo recante le linee guida del Segretario di Stato nell'utilizzo del suo potere di grazia), con particolare riferimento ai presupposti "umanitari", riconoscendo così la possibilità di una sua futura applicazione in maniera conforme alla giurisprudenza di Strasburgo (§§ 54-70). In definitiva, nella sentenza *Hutchinson* la Corte ha tentato una difficile "mediazione" con le Corti inglesi, sforzandosi di intravedere — ed incoraggiare — un'evoluzione del controllo giurisdizionale sui provvedimenti del Segretario di Stato e finanche una revisione del *Lifer Manual*. Si avverte, in effetti, l'eco delle forti polemiche che la sentenza *Vinter* aveva sollevato nel Regno Unito, come evidenziato nella ficcante opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, il quale critica lo « sforzo ingegnoso della maggioranza di riconciliare il testo e lo spirito della sentenza *Vinter* con la sentenza *McLoughlin* », che di fatto tradirebbe un'indebita retromarcia nella giurisprudenza in tema di ergastolo, figlia del « clima politico attuale, che mostra una crescente ostilità nei confronti della Corte europea »⁽²¹⁾.

D'altra parte, quando non si è trattato di esaminare l'ordinamento inglese, la Corte ha avuto meno difficoltà nell'applicare i principi espressi nelle sentenze *Vinter* e *Murray*⁽²²⁾, come nelle pronunce *Matiošaitis e altri c. Lituania* del 23 maggio 2017 e *Petukhov c. Ucraina (n. 2)* del 12 marzo 2019. In particolare, nella prima è stata censurata la legislazione lituana per l'assenza di una disciplina della liberazione condizionale, mai portata all'attenzione della Corte costituzionale nonostante le numerose questioni sollevate nel tempo da condannati all'ergastolo, e per l'insufficienza dell'istituto del *Presidential pardon*, in quanto avente natura clemenziale ed applicato in maniera del tutto discrezionale, pertanto non idoneo ad assicurare un vero diritto alla speranza fondato sulla possibilità di conoscere fin dall'inizio dell'esecuzione come comportarsi per poter aspirare alla liberazione. Nella seconda sentenza, oltre a confermare l'inadeguatezza della grazia presidenziale, la Corte ha altresì evidenziato che il sistema penitenziario ucraino non consente una vera possibilità di riabilitazione agli ergastolani, i quali sono

(21) Continuava lo stesso giudice osservando che: « la *Court of Appeal* ha stabilito che aveva ragione in *Bieber* e che la Corte europea ha sbagliato in *Vinter*. Ora, la Grande Camera sta facendo una retromarcia da *Vinter* e ammettendo che la *Court of Appeal* aveva ragione e il diritto inglese già aveva, almeno dalla sentenza *Bieber*, un meccanismo di liberazione condizionale compatibile con la Convenzione ».

(22) Invero, in entrambe le pronunce, nel momento in cui si richiamano *per relationem* i principi generali della giurisprudenza di Strasburgo sull'ergastolo, si fa riferimento anche alla sentenza *Hutchinson* che, però, come si è detto, poi li ha applicati in concreto in maniera piuttosto riduttiva.

isolati dagli altri detenuti e rinchiusi nelle celle per ventitre ore al giorno (da segnalare, anche in questo caso, l'opinione in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, volta più che altro a evidenziare il “doppio standard” utilizzato rispetto alla sentenza *Hutchinson*).

Si deve però anche segnalare che, proprio negli ultimi mesi, sono emerse ulteriori incertezze della Corte europea, con particolare riferimento alla casistica concernente l'estradizione verso gli Stati Uniti. Ribaltando dichiaratamente le conclusioni della già citata sentenza *Trabelsi*, infatti, nella recente sentenza della Grande Camera *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito* del 3 novembre 2022, la Corte ha precisato che i principi esposti nella sentenza *Vinter* devono essere “adattati” alle ipotesi di estradizione nelle quali, in particolare, mentre gli obblighi sostanziali — ossia la verifica dell'esistenza di un sistema di liberazione fondato su ragioni penologiche — rimangono validi, quelli “procedurali” — in base ai quali andrebbe assicurata l'effettiva possibilità di accesso a programmi rieducativi e la valutazione periodica dei relativi esiti, se non altro dopo un periodo di venticinque anni — non possono essere addossati allo Stato estradante poiché ciò determinerebbe una sovraestensione della sua responsabilità. Inoltre, la Corte ha affermato che, ancor prima di verificare il rispetto di tali obblighi, il ricorrente deve dimostrare la *concreta* possibilità di essere sottoposto a una pena dell'ergastolo senza liberazione, il che non era stato precisato nella sentenza *Trabelsi*, e ritenendo tale rischio minimo nel caso di specie, alla luce di statistiche relative alle condanne per reati simili, ha conseguentemente escluso una violazione dell'art. 3 Cedu ⁽²³⁾.

In definitiva, a fronte di una costante dichiarazione di fedeltà ai principi espressi nella sentenza *Vinter*, la giurisprudenza di Strasburgo non appare sempre del tutto coerente e lineare nella valutazione circa l'effettiva garanzia di un diritto alla speranza, con i suoi importanti corollari sulle modalità di esecuzione della pena e sulla valutazione del percorso carcerario da parte delle giurisdizioni, nelle circostanze concrete.

⁽²³⁾ Corte EDU, Grande Camera, 3.11.2022, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*, §§ 91 ss., con argomenti richiamati (essendo stata la motivazione pubblicata proprio il 3.11.2022) nella decisione Corte EDU, Grande Camera, 21.9.2022, *McCallum c. Italia*, in cui una violazione dell'art. 3 CEDU è stata esclusa sempre per la mancanza di prova del rischio concreto di applicazione dell'ergastolo senza *parole*, nonché escludendo un ruolo decisivo del Governatore del Michigan nella procedura di concessione di tale beneficio.

4. L'ergastolo ostativo di fronte alla Corte europea, le ricadute nella giurisprudenza costituzionale e la recente riforma

Nell'ambito della descritta evoluzione della propria giurisprudenza, con la nota sentenza *Marcello Viola c. Italia* del 13 giugno 2019⁽²⁴⁾ la Corte europea si è confrontata con il problema della legittimità del c.d. “ergastolo ostativo”, espressione con cui si fa riferimento alla durata effettivamente perpetua della pena conseguente alle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari previste dall'art. 4-*bis* ord. pen.⁽²⁵⁾. In particolare, tale disposizione — dal momento in cui è stata riformata dal d.l. n. 306/1992, convertito dalla legge n. 356/1992, fino alla recentissima riforma (su cui si tornerà nelle battute conclusive) — subordinava la concessione dell'assegnazione al lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative ai condannati per determinati delitti alla *collaborazione con la giustizia* ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. pen., con soluzione estesa altresì alla liberazione condizionale dall'art. 2 del d.l. n. 152/1991, convertito dalla legge n. 203/1991. Sebbene la Corte costituzionale avesse escluso l'operatività di tale preclu-

⁽²⁴⁾ Cfr. Corte EDU, 13.6.2019, *Viola c. Italia*, su cui cfr. A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce*, cit., 3759 ss.

⁽²⁵⁾ Con riguardo alla letteratura sull'ergastolo ostativo, nella quale con tale espressione si finisce per evocare persino una tipologia di pena autonoma e distinta dall'ergastolo comune, sia sufficiente il rinvio all'ampio dibattito che si è sviluppate nelle pagine della Rivista italiana di diritto e procedura penale: cfr. G.L. GATTA, *Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1495 ss.; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.; G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizione e acrobazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1505 ss.; G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1509 ss.; M. CHIAVARIO, *Un'esigenza di civiltà... senza dimenticare le vittime*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1512 ss.; L. EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1515 ss.; A. PUGIOTTO, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, cit., 1518 ss.; D. GALLIANI, *Una cinquina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1522 ss.; M. BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1527 ss.; D. GALLIANI, *Ponti, non muri. Qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1158 ss.; M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni*, cit., 1359 ss. Inoltre, cfr. M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 2015; C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo — Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016; T. PADOVANI, *Ergastolo in luogo della pena di morte: una eredità giacente*, in Aa. Vv., a cura di, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione - Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 30; E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2018, 10 ss.; F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in Aa. Vv., a cura di, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione - Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 535 ss..

sione in caso di collaborazione “impossibile”, così estendendo la clausola di “oggettiva irrilevanza” che era già prevista dalla legge ⁽²⁶⁾, la mancata collaborazione nelle ipotesi in cui questa poteva essere “possibile” e “utile” finiva per configurare una presunzione assoluta di non rieducazione del condannato tale da rendere irrilevante qualsiasi altra valutazione sul suo percorso intramurario e determinare, in definitiva, l’irriducibilità della pena perpetua.

Gli effetti di questa disciplina si potevano apprezzare proprio nel caso che ha originato l’intervento della Corte europea, visto che alla luce della mancata collaborazione con la giustizia — in una situazione in cui questa non era stata ritenuta né impossibile, né irrilevante — le richieste di permesso premio e di liberazione condizionale avanzate dal ricorrente erano state infatti sempre rigettate ancorché, già dopo i primi cinque anni di esecuzione della pena detentiva, il magistrato di sorveglianza, nell’annullare la proroga ministeriale del regime di c.d. “carcere duro”, avesse evidenziato i suoi progressi nel percorso di rieducazione intramurario e l’assenza di prove circa la capacità del medesimo di mantenere contatti con la consorterìa criminale. Pertanto, il ricorrente lamentava una violazione dell’art. 3 Cedu, con argomentazioni supportate anche da diverse parti terze intervenute nel giudizio (accademici ed esperti riuniti sotto il coordinamento dell’Università di Milano, il centro di documentazione “L’altro diritto onlus” dell’Università di Firenze e la rete europea per la ricerca e l’azione nel contenzioso penitenziario) ⁽²⁷⁾.

Dopo aver richiamato i principi generali descritti nei paragrafi precedenti, la Corte europea si confrontava con la tesi del Governo secondo cui l’articolo 4-*bis* ord. pen. avrebbe « lo scopo di chiedere ai condannati la dimostrazione tangibile della loro “dissociazione” dall’ambiente criminale e dell’esito positivo del percorso di risocializzazione, attraverso una collaborazione utile con la giustizia volta alla “disintegrazione” dell’associazione mafiosa e al ripristino della legalità ». Con riguardo a quest’ultima osservazione, anzitutto, la Corte evidenziava che « se la repressione rimane una delle

⁽²⁶⁾ Cfr. quanto stabilito nelle sentenze Corte cost. nn. 306 del 1993, 357 del 1994 e 68 del 1995 (in quest’ultima, in particolare, si afferma che « collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile, dunque, finiscono per saldarsi all’interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile, che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma proprio perché privato, in simili casi, della funzione stessa che il legislatore ha inteso imprimergli »). Con la legge n. 279/2002, peraltro, l’eccezione per le ipotesi di collaborazione impossibile veniva recepita nel testo della norma.

⁽²⁷⁾ Con particolare riferimento alle osservazioni presentate dall’Associazione “L’Altro diritto” onlus, cfr. F. FIORENTIN, *L’ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/2018, 5 ss..

finalità della reclusione, le politiche in materia di pena in Europa pongono ormai l'accento sull'obiettivo di reinserimento che persegue la detenzione, anche nel caso di detenuti condannati all'ergastolo, e in particolare verso la fine di una pena detentiva di lunga durata », chiedendosi pertanto « se l'equilibrio tra le finalità di politica criminale e la funzione di risocializzazione della pena non finisca, nella sua applicazione pratica, per limitare eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità per quest'ultimo di chiedere il riesame della sua pena » (§§ 108-110). Soprattutto, la Corte si soffermava sull'effettiva possibilità di assumere la mancata collaborazione come indice rivelatore decisivo della non rieducazione del condannato, evidenziando in proposito che tale circostanza « non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza », anche considerando che, delle attività di osservazione sui condannati all'ergastolo svolta dalla terza parte "L'altro diritto onlus", emerge che il motivo principale del rifiuto di collaborare con la giustizia risiederebbe nel timore per i detenuti condannati per reati di tipo mafioso di mettere in pericolo la loro vita o quella dei loro familiari (§ 117-118).

Sulla scorta di tali rilievi, quindi, la Corte osservava che « l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente », non potendosi escludere che la dissociazione dall'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia, dato che il sistema penitenziario italiano offre una serie di occasioni progressive di contatto con la società — dal lavoro all'esterno alla liberazione condizionale, passando attraverso i permessi premio e la semilibertà, finalizzati a favorire il processo di risocializzazione del detenuto — di cui il ricorrente non aveva potuto beneficiare (§ 120-122). A sostegno della ritenuta violazione dell'art. 3 Cedu, si osservava ancora che « la presunzione inconfutabile impedisce *de facto* al giudice competente di esaminare la domanda di liberazione condizionale e di verificare se, durante l'esecuzione della sua condanna, il ricorrente si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi nel cammino della correzione per cui il mantenimento della detenzione non è più giustificato per motivi inerenti alla pena » cosicché l'intervento del giudice è limitato alla constatazione del mancato rispetto della condizione di collaborazione, senza poter effettuare una valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione sulla strada della risocializzazione (§ 129). Infine, riconoscendo la gravità dei reati per i quali il ricorrente era stato condannato, la Corte precisava che anche la lotta contro il flagello del fenomeno mafioso non può giustificare deroghe alle

disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti (§ 130).

La sviluppo argomentativo della pronuncia appare ineccepibile, soprattutto laddove rinnega il legame indissolubile tra mancata collaborazione e non rieducazione evidenziando, anche sulla scorta di rilevazioni empiriche, come tale scelta possa essere semplicemente dovuta a timore per l'incolumità propria o dei familiari. Si tratta di un rilievo puntuale poiché, anche laddove si volesse sostenere che tale timore appare ingiustificato in considerazione dei programmi di protezione assicurati ai collaboratori di giustizia, non si potrebbe certamente ammettere un inquadramento della pena perpetua come sorta di sanzione impropria per l'irragionevolezza di tale stato d'animo. La sentenza, in effetti, dimostra l'importanza di un sindacato "esterno" sulla protezione dei diritti fondamentali considerato che, nonostante le critiche mosse in maniera pressoché unanime della dottrina ⁽²⁸⁾, la Consulta aveva per lungo tempo ritenuto tale soluzione normativa legittima persino in un assetto costituzionale che, a differenza dell'ordinamento convenzionale, valorizza espressamente la funzione rieducativa della pena ⁽²⁹⁾.

È vero, d'altra parte, che già prima della sentenza *Marcello Viola* qualcosa si stava muovendo nella stessa giurisprudenza costituzionale: in particolare, nella sentenza n. 149 del 2018, la Consulta aveva dichiarato illegittimo il termine minimo di ventisei anni di detenzione per l'accesso a qualsiasi misura alternativa previsto dall'art. 58-*quater*, comma 4, ord. pen. in relazione ad alcune ipotesi di sequestro di persona punite con la pena dell'ergastolo, ritenendo la rigidità di tale preclusione contrastante con la centralità della progressività trattamentale e della flessibilità della pena nella fase esecutiva, entrambi corollari del principio rieducativo ⁽³⁰⁾. All'indomani

⁽²⁸⁾ Cfr., con varietà di accenti, i contributi citati alla nota 25, nonché i commenti alla recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale citati alla nota 32.

⁽²⁹⁾ Nella già citata sentenza n. 306 del 1993, infatti, pur osservando che « inibire l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per determinati gravi reati, i quali non collaborino con la giustizia, comporta una 'rilevante compressione' della finalità rieducativa della pena », la Corte non giudicava costituzionalmente illegittima tale disciplina (seppur evidenziando anche alcuni limiti di *petitum* delle ordinanze di remissione). Nella successiva sentenza n. 135 del 2003, invece, essendo fatte salve le ipotesi di collaborazione impossibile o oggettivamente irrilevante, la Corte appariva più decisa (seppur con motivazione molto sintetica) nell'affermare la legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. pen., concludendo che la norma « subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia, che è rimessa alla scelta del condannato, non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio, e non si pone, quindi, in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27, terzo comma, Cost. ».

⁽³⁰⁾ Corte cost. n. 149 del 2018, in cui peraltro venivano richiamati proprio gli argomenti della sentenza *Vinter* della Corte europea, ritenendo l'affermazione di incostitu-

di tale pronuncia, in effetti, molti commentatori ritenevano che il destino dell'ergastolo ostativo fosse in qualche modo segnato ⁽³¹⁾. Non sorprende, allora, che proprio su questo terreno si sia manifestato un proficuo dialogo tra le Corti, dal momento che il *dictum* di Strasburgo è stato prontamente recepito dalla Consulta nella sentenza n. 253 del 2019, in cui la preclusione stabilita dall'art. 4-*bis* ord. pen. è stata ritenuta contraria agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. nella parte in cui non ammette la concessione di permessi premio ai condannati che non collaborano con la giustizia allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti ⁽³²⁾.

zionalità delle previsioni che precludano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso, l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati coerente « con l'assunto – sotteso allo stesso art. 27, terzo comma, Cost. — secondo cui la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa — assieme — la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore — e la concreta concessione da parte del giudice — di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società ». Sulla pronuncia, cfr. le considerazioni adesive di M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni*, cit., 1359 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8, 2018, 145 ss., e A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Giur. cost.*, 2018, 1646 ss.

⁽³¹⁾ M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni*, cit., 1369 ss., evidenzia il mutamento di linguaggio e di sensibilità culturale nella giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di ergastolo, evidenziando come la sentenza sia un "sasso lanciato nello stagno", facendo riferimento alle ricadute proprio in relazione alle preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., in quanto fondate su presunzioni la cui assolutezza contrasta con il nuovo trend della Consulta. Nello stesso senso, cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, cit., 1654 ss.; E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 20.

⁽³²⁾ Cfr. Corte cost., sentenza n. 253 del 2019, in cui si afferma che la preclusione « opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto », impedendo una verifica del percorso rieducativo sulla base di criteri individualizzanti sulla base di un'inammissibile generalizzazione a fronte del « ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere » (§ 8). Sulla pronuncia, tra i tanti commenti, cfr. M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Legis. pen.*, 30 marzo 2020, 1 ss.; A. SANTANGELO, *Nuovi profili di*

D'altra parte, gli argomenti posti a sostegno di tale decisione, in gran parte sovrapponibili a quelli della Corte europea, non potevano che riguardare anche la preclusione relativa alla concessione della liberazione condizionale, ossia l'istituto che rende effettivamente "riducibile" la pena ergastolo, tanto che a distanza di poco tempo veniva sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale proprio in relazione a tale aspetto⁽³³⁾. In questo caso, tuttavia, la Consulta ha preferito adottare una sentenza di illegittimità "accertata ma non dichiarata", ossia una decisione in cui, ripercorrendo le ragioni che rendono incostituzionale la norma impugnata, ritenendo che un accoglimento immediato delle questioni proposte avrebbe comportato effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame, ha assegnato un termine al legislatore per intervenire riformandola (inizialmente coincidente con il 10 maggio 2022 e poi prorogato all'8 novembre 2022)⁽³⁴⁾.

Proprio a pochi giorni dalla scadenza del predetto termine, quindi, è stato emanato il d.l. n. 162/2022, poi convertito dalla legge n. 199/2022, con il quale

illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso o il permesso di sperare?, in *Cass. pen.*, 2020, 2777 ss.; R. DE VITO, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 349 ss.; G. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 259 ss.; F. FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, in *Cass. pen.*, 2020, 1019 ss.; D. GALLIANI-R. MAGI, *Permesso premio e regime ostativo. La Corte costituzionale si è espressa, ora la parola passa ai giudici*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2020, 134; A. MENGHINI, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4 bis 1° comma ord. pen.*, in *Giur. it.*, 2020, 410 ss..

⁽³³⁾ Nuova questione di legittimità che appariva necessaria dato che nella sentenza n. 243 del 2019 la Consulta aveva più volte precisato che la portata della pronuncia fosse limitata ai permessi premio: cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

⁽³⁴⁾ Corte cost., ordinanza n. 97 del 2021, in cui la Consulta sottolinea come il giudizio attenga ad «aspetti centrali e, per così dire, "apicali" della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali: sia quanto alle fattispecie di reato (delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste), sia con riferimento all'entità della pena inflitta (l'ergastolo), sia in relazione al beneficio avuto di mira, la liberazione condizionale, che dischiude l'accesso alla definitiva estinzione della pena », cosicché « un intervento meramente "demolitorio" di questa Corte potrebbe mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa ». Si tratta di una decisione che, peraltro, non ha mancato di sollevare alcune perplessità, dato che nella sentenza n. 253/2019 la Consulta aveva già individuato il rimedio "naturale" al *vulnus* costituzionale, ossia la trasformazione della presunzione da assoluta a relativa mediante sentenza additiva, il quale avrebbe potuto essere riproposto anche con riguardo alla liberazione condizionale (in questo senso, cfr. le considerazioni di E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021).

sono stati riformulati i commi 1-*bis* e ss. dell'art. 4-*bis* ord. pen., i quali ora prevedono presupposti alternativi alla mancata collaborazione con la giustizia che, per i delitti rilevanti in materia di ergastolo (comma 1-*bis*) consistono nell'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna (o nell'assoluta impossibilità di tale adempimento) e nell'allegazione di « elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile ». Malgrado nei primi commenti dottrinali siano già emerse molte perplessità circa la compatibilità di tali presupposti con gli standard convenzionali ed i principi costituzionali ⁽³⁵⁾, dopo che la Consulta ha restituito gli atti al giudice remittente per valutazione dello *ius novum* ⁽³⁶⁾, la Corte di cassazione nella camera di consiglio dell'8 marzo 2023 ha deciso di non sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale, bensì ha rinviato al magistrato di sorveglianza ai fini di una verifica dell'incidenza della riforma sulla sussistenza dei requisiti per l'accesso alla liberazione condizionale nel caso concreto ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Per uno sguardo critico sulla riforma, anche con riguardo all'insussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, cfr. le considerazioni di E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *Sist. pen.*, 7 novembre 2022, e quelle espresse nel comunicato del Presidente e del Direttivo dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, in *Sist. pen.*, 5 novembre 2022, ed in quello del Consiglio direttivo dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale "G.D. Pisapia", in *Discrimen*, 7 novembre 2022, nonché, sugli organi di stampa, quelle di A. MORRONE, *La Consulta può evitare lo scontro sul decreto truffa sull'ergastolo ostativo*, in *Domani*, 7 novembre 2022, e di A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta)*, in *Il Riformista*, 8 novembre 2022.

⁽³⁶⁾ Corte cost., ordinanza n. 227 del 2022.

⁽³⁷⁾ Cass., sez. I, 8 marzo 2023, dep. 11 aprile 2023, n. 15197, che, accogliendo le conclusioni della Procura generale, pubblicate in *Sist. pen.*, 9 marzo 2023, ha così disposto riconoscendo che il quadro normativo è significativamente mutato e le condizioni ora richieste dalla legge per l'ammissione alla liberazione condizionale (ad eccezione del computo del periodo di pena espiata) richiedono l'esercizio di poteri di merito, di cui il giudice di legittimità non dispone.

III.

IL REGIME DETENTIVO DIFFERENZIATO

di Chiara Buffon (*)

SOMMARIO: 1. Ragioni di sicurezza *interna* ed *esterna* al carcere dietro l'utilizzo di regimi detentivi differenziati. — 2. Configurabilità di trattamenti inumani o degradanti contrari all'art. 3 della Convenzione. — 2.1. Rilevanza dello stato di salute del ricorrente. — 3. Condizioni di legittimità del regime quale ingerenza nell'esercizio di altri diritti dell'uomo.

1. Ragioni di sicurezza *interna* ed *esterna* al carcere dietro l'utilizzo di regimi detentivi differenziati

Il carcere duro nasce come strumento per ripristinare l'ordine e la sicurezza all'*interno* degli istituti di pena: l'art. 90 della legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario (di seguito o.p.), rubricato "Esigenze di sicurezza", attribuisce al Ministro della giustizia la facoltà di sospendere le normali regole di trattamento di detenuti e internati per la durata strettamente necessaria al raggiungimento della suddetta finalità.

La legge 10 ottobre 1986, n. 663 (Gozzini) abroga l'art. 90 o.p. ma ne ripropone il contenuto nel nuovo art. 41-*bis* o.p., specificando il contesto "eccezionale" della "rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza". Introduce, altresì, uno strumento di competenza diretta dell'amministrazione penitenziaria, la quale, ai sensi dell'art. 14-*bis* o.p., può applicare, sentita l'autorità giudiziaria procedente, una "sorveglianza particolare" sul singolo detenuto che minacci l'attività o l'incolumità della restante comunità carceraria.

La fisionomia dell'istituto muta dopo la strage di Capaci, col d.l. 8 giugno 1992, n. 306 che focalizza e distingue rispetto al regime differenziato previgente, finalizzato ad assicurare la sicurezza *interna* alle strutture penitenziarie, un regime teso a prevenire situazioni di grave allarme sociale, *esterne* al carcere. L'inserimento del comma 2 nell'art. 41-*bis* o.p. dà luogo a

(*) Esperta CEDU a supporto dell'Agente del Governo dello Stato italiano presso la Corte EDU.

un regime, si eccezionale, ma “di categoria” poiché applicabile a detenuti o internati per taluno dei reati indicati nell’art. 4-*bis*, comma 1, o.p. (introdotto dall’art. 1, comma 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 e riformato, nel 1992, secondo l’esigenza di “arruolare” collaboratori di giustizia). L’iniziativa legislativa muove dall’assunto per cui gli esponenti di un’organizzazione criminale riescono rimanervi collegati, nonostante la detenzione, sfruttando le occasioni di contatto e gli strumenti di reinserimento che il regime ordinario offre, così da impartire direttive agli affiliati ancora in libertà e mantenere il controllo sulle attività delittuose dell’organizzazione stessa ⁽¹⁾.

L’attuale formulazione è la risultante di plurimi correttivi del legislatore e della Corte costituzionale: dacché temporaneo, con termine di efficacia di tre anni dall’entrata in vigore della legge di conversione del decreto, la vigenza del comma 2 è stata, prima prorogata, poi stabilizzata con legge 23 dicembre 2002, n. 279; si segnala, infine, il ridimensionamento del parallelismo con l’art. 4-*bis* o.p. e il riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso « qualora vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un’associazione criminale, terroristica o eversiva ».

Sotto il profilo contenutistico, l’art. 41-*bis* o.p. determina le seguenti restrizioni:

— l’assegnazione o il trasferimento in struttura dedicata esclusivamente alla gestione di detenuti sottoposti al carcere duro, collocata preferibilmente in aree insulari, ovvero all’interno di sezioni speciali logisticamente separate dal resto dello stesso o di altro carcere;

— l’occupazione di una cella singola;

— la limitazione dei colloqui visivi con familiari o conviventi per massimo uno al mese, della durata di un’ora, (per i detenuti comuni sono previsti sei colloqui al mese); il divieto di colloqui con terzi; la fruizione dei colloqui in locali muniti di vetro divisorio a tutta altezza, audio e video registrati; la limitazione non opera con riguardo ai contatti col difensore;

— il divieto di utilizzare il telefono, a eccezione di una chiamata al mese coi familiari — da registrare — della durata massima di dieci minuti e solo se il richiedente non ha avuto il colloquio visivo (i detenuti comuni possono fruire di una telefonata a settimana della durata massima di dieci minuti); il divieto non opera con riguardo ai contatti col difensore;

— il visto di censura sulla corrispondenza, salvo quella intercorrente con membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia;

⁽¹⁾ *Ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenze 17 giugno 2013, n. 143 e 1° ottobre 1997 — 26 novembre 1997, n. 376; ordinanze 13 dicembre 2004, n. 417 e 20 maggio 1998, n. 192.

— la limitazione dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno, nonché il divieto di ricevere o inviare all'esterno somme di denaro superiori a un determinato importo, a eccezione del pagamento delle spese di difesa e delle multe;

— il divieto di organizzare attività culturali, ricreative e sportive;

— il divieto di eleggere ed essere eletti come membri di rappresentanza dei detenuti;

— il divieto di svolgere attività artigianali che richiedano l'uso di strumenti pericolosi;

— il divieto di trascorrere più di due ore giornaliere all'aperto, in gruppi di socialità non superiori a quattro persone (discusso l'accorpamento dell'ora d'aria all'ora di socialità ⁽²⁾).

Resta fermo, in ogni caso, il monito della Corte costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo anche nei confronti dei detenuti sottoposti a regimi differenziati ⁽³⁾.

La competenza ad adottare il provvedimento sospensivo spetta al Ministro della giustizia, con decreto motivato, acquisito il parere del pubblico ministero incaricato delle indagini o istituito presso il giudice procedente, nonché ogni altra informazione proveniente dalla DNA, dalla DIA o dagli altri organismi centrali di polizia. La durata della sospensione è di quattro anni, prorogabile di biennio in biennio nelle stesse forme. Il decreto può essere impugnato entro venti giorni mediante reclamo al Tribunale di sorveglianza di Roma, a prescindere dal *locus custodiae*, che decide, in camera di consiglio, entro dieci giorni. Avverso la decisione è proponibile ricorso per cassazione, privo di effetti sospensivi, entro dieci giorni dalla comunicazione della prima.

2. Configurabilità di trattamenti inumani o degradanti contrari all'art. 3 della Convenzione

La compatibilità dell'art. 41-*bis*, comma 2, o.p. col divieto di trattamenti inumani o degradanti è stata messa in discussione sotto molteplici profili: il contenuto intrinseco, integrante una forma di tortura psicologica; l'applicazione prolungata, in quanto surrettizia "normalizzazione" di un regime eccezionale; l'incompatibilità con lo stato di salute del ricorrente.

L'approccio sovranazionale è generalmente volto a coniugare le peculiarità del caso concreto e l'assolvimento dell'onere di valutazione e motivazione sulle medesime da parte delle autorità nazionali coinvolte.

⁽²⁾ Trib. sorv. Torino, ord. 11 dicembre 2003; Mag. sorv. Spoleto, ord. 27 marzo 2018; Mag. sorv. Sassari, ord. 25 gennaio 2019.

⁽³⁾ Corte cost. 24 giugno 1993, n. 349 e 5 novembre 1993, n. 410.

In primo luogo, la Corte di Strasburgo riconosce l'astratta conformità del regime detentivo differenziato rispetto all'art. 3 della Convenzione: il suo contenuto, il complesso di restrizioni di cui si compone, di per sé, non rappresenta una forma di maltrattamento.

Di norma, ai fini dell'applicabilità dell'art. 3, dunque dell'ammissibilità *ratione materiae* del pertinente motivo di ricorso, il trattamento di cui il ricorrente si lamenta deve raggiungere un "livello minimo di gravità". La valutazione di questo livello minimo è, per sua natura, relativa: dipende da tutte le circostanze del caso, dalla natura e dal contesto del trattamento, dalla sua durata, dagli effetti fisici e mentali che produce sul destinatario, dall'età e dallo stato di salute di quest'ultimo ⁽⁴⁾. Non è sufficiente, allora, che alcuni aspetti di un determinato trattamento siano sgradevoli ⁽⁵⁾. L'imposizione di un isolamento sensoriale, applicato contestualmente all'isolamento sociale, solo se "totale" può "distruggere" la personalità individuale e integrare una forma di trattamento inumano, non giustificabile in forza di ragione alcuna; viceversa, l'imposizione del divieto di contatti con altri detenuti o la limitazione dei contatti coi familiari, per motivi di sicurezza, disciplinari o di protezione, non appare inumano. Con riguardo, nello specifico, al regime imposto dall'art. 41-*bis* o.p., la Corte esclude di trovarsi dinanzi a un isolamento sensoriale o sociale totale, piuttosto relativo.

In *Ganci c. Italia* ⁽⁶⁾, il ricorrente, condannato a due ergastoli per reati quali il concorso nell'omicidio di Falcone e della sua scorta, si doleva dell'applicazione del regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p., ravvisandovi una tortura psicologica contraria all'art. 3 della Convenzione, anche perché finalizzato a incoraggiare imputati e condannati a diventare collaboratori di giustizia. Secondo la Corte, una limitazione delle opportunità di contatto, di socialità, non consente di parlare di vero e proprio isolamento o trattamento inumano; conclusione analoga, nel caso *Indelicato c. Italia* ⁽⁷⁾.

In *Messina c. Italia* ⁽⁸⁾, i giudici europei confermano la propria posizione anche alla luce delle perplessità sollevate dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT) circa le restrizioni delle attività culturali, ricreative, sportive o alla sospensione del lavoro, stante la difficoltà pratica di organizzare attività separate per una sola categoria di detenuti in carcere, la

⁽⁴⁾ Corte EDU, *Ireland v. the United Kingdom* del 18 gennaio 1978, Serie A n. 25, 65, § 162, e la sentenza *Tyrer v. the United Kingdom* del 25 aprile 1978, Serie A n. 26, 14-15, §§ 29-30.

⁽⁵⁾ Corte EDU, *Guzzardi c. Italia* del 6 novembre 1980, Serie A n. 39, 40, § 107.

⁽⁶⁾ Corte EDU, *Ganci c. Italia* (dec.), 20 settembre 2001, n. 41576/98.

⁽⁷⁾ Corte EDU, *Indelicato c. Italia* (dec.), 6 luglio 2000, n. 31143/96.

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Messina c. Italia* (dec.), 8 giugno 1999, n. 25498/94.

natura parziale delle restrizioni, la gravità dei reati oggetto di condanna e la pervasività del fenomeno mafioso.

Le raccomandazioni del Comitato permangono e, nell'ultimo report riguardante l'Italia, depositato il 24 marzo 2023, riguardano: l'estensione delle ore d'aria da due a quattro; l'incremento dei colloqui visivi mensili, con possibilità di cumularli in ipotesi di mancato utilizzo; la fruibilità di una telefonata al mese a prescindere dai colloqui visivi; l'attribuzione del potere di impugnare l'assegnazione all'area riservata (ci si riferisce alla prassi di collocare i "vertici" delle associazioni criminali, già soggetti al regime detentivo speciale, in un'area riservata che ricomprende una sola altra persona, di norma, un affiliato senza posizione di vertice). L'attenzione volge anche all'istituto dell'isolamento diurno di cui all'art. 72 c.p., legittimato dalla Corte di Strasburgo, definito problematico e anacronistico dal Comitato.

Un parametro ulteriore per valutare l'esistenza di un maltrattamento vietato è la durata del regime differenziato, motivo di doglianza sia prima che dopo la riforma del 2002 (esemplificativamente, nei casi *Gallico c. Italia* ⁽⁹⁾ e *Argenti c. Italia* ⁽¹⁰⁾). Dovendo prescindere dalla natura del reato contestato ai ricorrenti (stante il principio per cui "il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti è assoluto e non dipende dalla condotta della vittima" ⁽¹¹⁾), la Corte ammette che l'applicazione prolungata di restrizioni ai detenuti può costituire un maltrattamento, se raggiunto un livello minimo di gravità; a tal fine, il metodo di giudizio più ragionevole non è fissare una durata precisa e far scattare la violazione dal suo superamento, piuttosto verificare se la proroga delle restrizioni possa dirsi giustificata o meno. Sul punto, rileva dunque la motivazione resa dal Ministro della Giustizia e dal Tribunale di Sorveglianza, in termini di attualità e proporzione.

2.1. *Rilevanza dello stato di salute del ricorrente*

In tutti i casi sopra richiamati, nell'escludere il raggiungimento del livello minimo di gravità del maltrattamento, sotto entrambi i profili del contenuto e della durata, la Corte pone una sorta di clausola di salvezza: "in considerazione dell'età e dello stato di salute del ricorrente, che non afferma di aver subito effetti fisici o psicologici dannosi". Ne discenderebbe la possibilità di ritenere una violazione allegando danni fisici o psichici concreti derivanti dalle restrizioni ovvero patologie di per sé incompatibili con le esigenze di

⁽⁹⁾ Corte EDU, *Gallico c. Italia*, 25 giugno 2005, n. 53723/00.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *Argenti c. Italia*, 10 novembre 2005, n. 56317/00.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Labita c. Italia*, G.C., 6 aprile 2000, n. 26772/95, par. 119.

sicurezza che presiedono il regime in esame. La questione è affrontata nelle sentenze *Enea c. Italia* ⁽¹²⁾ e *Provenzano c. Italia* ⁽¹³⁾.

In *Enea c. Italia*, il ricorrente, detenuto in regime differenziato, affetto da più patologie e costretto a spostarsi sulla sedia a rotelle, lamenta la violazione dell'art. 3 della Convenzione in forza dell'incompatibilità del suo stato di salute con la detenzione *tout court*, tanto più con l'applicazione di un regime securitario. In generale, per verificare l'adeguatezza dell'assistenza medica offerta ai detenuti, la Corte richiede che: l'interessato sia visitato più volte da un medico, gli sia prescritta una cura, i controlli siano regolari e sistematici, sia prevista una strategia terapeutica globale, finalizzata a curare adeguatamente i problemi di salute dei detenuti o a prevenire il loro aggravamento, piuttosto che ad affrontarli su base sintomatica ⁽¹⁴⁾. In concreto, la Corte rileva quanto segue (parr. 60-62): la salute del ricorrente era peggiorata nel corso del tempo ma il Tribunale di sorveglianza aveva inizialmente rigettato l'istanza di differimento della pena, ritenendo adeguate le cure apprestate dal sistema penitenziario; il ricorrente era stato sottoposto a una serie di visite mediche, test ed esami specifici, e aveva subito due seri interventi chirurgici (ossia l'asportazione di un rene e di un meningioma) presso un ospedale civile; dopo l'asportazione del meningioma, il Tribunale aveva ordinato il differimento della pena. Le autorità nazionali avevano, dunque, adempiuto al loro obbligo di tutelare l'integrità fisica del ricorrente, seguendo attentamente l'evolversi del suo stato di salute, valutando la gravità delle patologie e l'adeguatezza delle cure mediche; inoltre, quando l'aggravamento dello stato di salute lo ha richiesto, le autorità hanno disposto il ricovero in un ospedale civile per ben due volte. In ordine all'applicazione prolungata del regime differenziato (parr. 63-67), la Corte sottolinea che le restrizioni risultavano necessarie per impedire all'interessato, socialmente pericoloso, di mantenere contatti con l'organizzazione criminale d'appartenenza e che il ricorrente non aveva fornito elementi per ritenere la proroga delle restrizioni manifestamente ingiustificata; i magistrati di sorveglianza avevano inoltre annullato o mitigato alcune restrizioni (ad esempio, il ricorrente era stato trasferito nella struttura sanitaria del carcere per beneficiare di cure adeguate e, quando necessario, era stato ricoverato in ospedali civili).

Anche in *Provenzano c. Italia*, la Corte valuta la compatibilità della detenzione con l'art. 3, considerate le condizioni di salute del ricorrente, l'adeguatezza dell'assistenza medica offerta dal sistema penitenziario e l'applicazione prolungata dell'art. 41-*bis*, comma 2, o.p. (in particolare, il

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Enea c. Italia*, 17 settembre 2009, n. 74912/01.

⁽¹³⁾ Corte EDU, *Provenzano c. Italia*, 25 ottobre 2018, n. 55080/13.

⁽¹⁴⁾ Corte EDU, *Blokhin c. Russia*, G.C., 23 marzo 2016, n. 47152/06, par. 137.

provvedimento di proroga del 2014, confermato dal Tribunale di sorveglianza, e l'ultimo decreto ministeriale del 2016).

Bernardo Provenzano era detenuto dal 2006 e, a partire dal 2012, le sue condizioni di salute erano progressivamente peggiorate, fino a condurre alla morte nel 2016: allettato a causa della grave compromissione delle sue abilità motorie; dal 2013, alimentato artificialmente mediante un sondino; affetto da patologie croniche, tra cui il morbo di Parkinson, l'encefalopatia vascolare, l'epatopatia HCV correlata e l'ipertensione arteriosa, nonché un grave e progressivo decadimento delle funzioni cognitive.

La Corte ritiene l'adeguatezza delle cure apprestate dall'autorità nazionali: il ricorrente era detenuto in una struttura dotata di centro clinico penitenziario; il diario clinico attestava il monitoraggio regolare delle sue condizioni e l'esistenza di una strategia terapeutica complessiva; il ricorrente aveva beneficiato di un gran numero di consultazioni specialistiche e, quando necessario, era stato trasferito in ospedali civili; infine, gli era stata più volte garantita la possibilità di adire i tribunali interni per il differimento della pena.

In relazione al mantenimento del regime differenziato, la Corte ravvisa, invece, una violazione della Convenzione. A differenza delle patologie fisiche in senso stretto, l'esistenza di una patologia cognitiva sembra determinare una presunzione di irragionevolezza del regime differenziato, presunzione che, ad ogni modo, ben può essere motivatamente superata dall'autorità giudiziaria. Nel caso di specie, la Corte ritiene legittima la proroga del 2014 in quanto, pur mancando nel decreto ministeriale l'analisi delle condizioni di salute del ricorrente, le medesime erano state approfonditamente considerate dal Tribunale di sorveglianza pronunciandosi sulla legittimità del decreto; viceversa, stigmatizza il provvedimento di proroga del 2016, fondato solo sul ruolo di spicco che il ricorrente aveva avuto nella mafia, senza alcuna menzione dello stato cognitivo, nonostante i medici del carcere e periti del tribunale ne avessero ribadito il deterioramento e, da ultimo, l'incapacità di relazionarsi col mondo esterno.

Benché appaiano fondati i dubbi della Corte sulla legittimità di un regime securitario applicato nei confronti di un soggetto potenzialmente incapace di essere pericoloso, la pronuncia lascia qualche perplessità nella parte in cui "salva" il decreto del 2014, confermato dal Tribunale di sorveglianza, e censura il decreto del 2016, rispetto al quale il Tribunale di sorveglianza non aveva avuto modo e motivo di pronunciarsi, essendo nelle more intervenuta la morte del detenuto.

In base al diritto interno, la valutazione delle condizioni di salute è operazione che non spetta al Ministro della giustizia ma al Tribunale di sorveglianza. Nel giudizio di pericolosità del detenuto, la competenza mini-

steriale è circoscritta all'esame delle esigenze di sicurezza; al Tribunale di Sorveglianza spetta invece il contemperamento di tali esigenze con le condizioni di salute. Non a caso, i pareri acquisiti nella fase di istruttoria della pratica amministrativa relativa all'art. 41-*bis* o.p. sono quelli della DDA, DNA, di altri organismi centrali di polizia, limitatamente agli aspetti investigativi da cui possa evincersi il perdurare della situazione di pericolosità sociale. Secondo la Corte di cassazione, non si tratta solo di competenze diverse, ma di poteri di diversa natura: da una parte, il potere amministrativo discrezionale del Ministro della giustizia, nel disporre l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis*; dall'altra, il potere giurisdizionale di sindacato da parte del Tribunale di sorveglianza, in sede di impugnazione del provvedimento amministrativo, per asserita lesione dei diritti fondamentali del detenuto, primo fra tutti, ovviamente, quello alla salute ⁽¹⁵⁾.

Il "differimento" di tale verifica è questione pendente dinanzi alla Corte europea ⁽¹⁶⁾.

3. Condizioni di legittimità del regime quale ingerenza nell'esercizio di altri diritti dell'uomo

Le restrizioni imposte mediante l'art. 41-*bis*, comma 2, o.p. danno singolarmente luogo a ingerenze nell'esercizio di altri diritti dell'uomo. Uno dei motivi di ricorso più frequenti è l'asserita violazione dell'art. 8 della Convenzione, con riguardo alla limitazione dei colloqui visivi coi familiari e alla censura della corrispondenza.

Quanto al rispetto della vita familiare, la Corte generalmente esclude l'esistenza di un'ingerenza illegittima ⁽¹⁷⁾. È pacifico che ogni detenzione compatibile con l'art. 5 della Convenzione possa comportare per sua natura limitazioni della vita privata e familiare; ciononostante l'amministrazione penitenziaria deve aiutare il detenuto a mantenere i contatti coi familiari più

⁽¹⁵⁾ In tempi recenti, Cass. pen., 4 dicembre 2020, n. 10348 (dep. il 17 marzo 2021) «Deve, invero, ribadirsi il principio secondo cui il provvedimento di assegnazione del detenuto al circuito di elevato indice di vigilanza è espressione di un potere discrezionale riservato all'Amministrazione penitenziaria di organizzare e regolare la vita all'interno degli istituti, tenuto conto della pericolosità dei detenuti e della necessità di assicurare l'ordinato svolgimento della vita intramuraria, di talché la verifica da parte del Magistrato di sorveglianza a seguito di reclamo avverso tale provvedimento è limitata all'accertamento o meno di una lesione dei diritti del detenuto in conseguenza della sua assegnazione all'area riservata della struttura carceraria (Sez. 1, n. 6737 del 30/01/2014, Pangallo, Rv. 259175)».

⁽¹⁶⁾ Caso comunicato *Morabito c. Italia*, n. 4953/22.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, *Messina c. Italia*, 28 settembre 2000, n. 25498/94.

stretti ⁽¹⁸⁾. Ciò posto, la soggezione a un regime differenziato, con restrizioni sul numero e sulle modalità delle visite più gravose rispetto quelle ordinarie, rappresenta un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare ed è legittima se "conforme a legge", se persegue uno o più degli scopi contemplati dall'art. 8 § 2 della Convenzione, se misura "necessaria in una società democratica". Sia la base legale, ossia l'art. 41-*bis* o.p., che la finalità del regime differenziato risultano conformi a legge. Per quanto riguarda il parametro della "necessità", l'ingerenza deve corrispondere a una pressante esigenza sociale e, in particolare, deve rimanere proporzionata allo scopo legittimo perseguito. Sul punto, la Corte osserva che l'art. 41-*bis*, comma 2, o.p. è volto a recidere i legami tra le persone interessate e il loro ambiente criminale originario, al fine di ridurre al minimo il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture criminali. Come indicato dal Governo italiano, prima del 1992, i membri della mafia riuscivano a mantenere anche dal carcere la loro posizione all'interno dell'associazione d'appartenenza, a scambiare informazioni con altri detenuti e con il mondo esterno, a organizzare e compiere crimini all'interno e all'esterno degli istituti penitenziari. In questo contesto, la Corte tiene conto, da una parte, della specificità del fenomeno della criminalità organizzata, in particolare di quella mafiosa, in cui le relazioni familiari giocano un ruolo fondamentale; dall'altra, dell'esistenza, in molti Stati firmatari della Convenzione, di regimi di sicurezza rafforzati per i detenuti pericolosi, basati sull'isolamento dalla comunità carceraria e sull'applicazione di controlli più severi. In concreto, la Corte valorizza il riferimento, in ogni decreto ministeriale di applicazione o proroga dell'art. 41-*bis* o.p., alle circostanze personali del ricorrente e alla loro attualità per giustificare il mantenimento delle restrizioni ⁽¹⁹⁾.

Quanto alla censura della corrispondenza, ingerenza da sottoporre al test in tre fasi sopra richiamato, la Corte ne esclude la legittimità in punto di adeguatezza della base legale, riferendosi alla versione dell'art. 18 o.p. previgente alla riforma del 2004 ⁽²⁰⁾. In *Calogero Diana c. Italia* ⁽²¹⁾, afferma che l'art. 18 o.p. lascia alle autorità un margine di manovra eccessivo: si limita a individuare la categoria di persone la cui corrispondenza può essere censurata e il tribunale competente, senza dire nulla sulla durata della misura o sui motivi che possono giustificarla.

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Ouinas c. Francia* (dec.), 12 marzo 1990, n. 13756/88.

⁽¹⁹⁾ Corte EDU, *Gallico c. Italia*, cit., par. 27-28.

⁽²⁰⁾ Legge 8 aprile 2004, n. 95.

⁽²¹⁾ Corte EDU, *Calogero Diana c. Italia*, 21 ottobre 1996, n. 15211/89.

Vademecum

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • Alla luce delle circostanze specifiche del caso, l'applicazione prolungata del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-<i>bis</i> o.p. costituisce un trattamento vietato dall'art. 3 della Convenzione? • Tenuto conto delle condizioni di salute/del deterioramento cognitivo del ricorrente, la proroga del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-<i>bis</i> o.p. può dirsi giustificata?
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • Motivare in modo approfondito la compatibilità tra le restrizioni del regime detentivo, le ragioni della sua applicazione, la persistenza di tali ragioni e gli effetti fisici e psichici sul ricorrente; • in ipotesi di declino cognitivo del ricorrente, verificare se le ragioni di pericolosità e sicurezza permangono nonostante il medesimo; • avvalersi, laddove possibile, di un perito "indipendente", da nominare <i>ad hoc</i>, per valutare le condizioni di salute, fisiche e mentali, del ricorrente (secondo l'attuale giurisprudenza sovranazionale, tale non sarebbe il medico del carcere); • vagliare la possibilità di apportare deroghe all'applicazione del regime differenziato, alla luce delle circostanze del caso concreto (ad esempio, mediante concessioni straordinarie).

IV.
**LE RESIDENZE PER L'ESECUZIONE
DELLE MISURE DI SICUREZZA (REMS)**
di *Massimo Di Benedetto* (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Profili di criticità dal punto di vista della compatibilità convenzionale. — 3. La possibile violazione dell'art. 3 della Convenzione. — 4. La possibile violazione dell'art. 5 § 1 della Convenzione. — 5. La possibile violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione. — 6. Il monito della Corte costituzionale al legislatore: “*una legge per superare le criticità*”. La sentenza 27 gennaio 2022, n. 22.

1. Introduzione

Le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (di qui in poi, per brevità, “REMS”) sono strutture introdotte nel nostro ordinamento con la commendevole intenzione di superare le criticità degli ospedali psichiatrici giudiziari, che avevano dimostrato di non essere sufficientemente sensibili alla tutela della salute dell'internato ⁽¹⁾.

In ragione della prospettiva del presente scritto, si eviterà di qui analizzare *funditus* l'istituto, per converso limitando il perimetro della trattazione alle conseguenze applicative delle seguenti premesse:

a) presso le REMS sono eseguite le misure di sicurezza personali detentive ordinate nei confronti dei soggetti infermi e seminfermi;

b) proprio una delle caratteristiche prerogative delle REMS, ovvero sia la loro tensione a ospitare un numero limitato di persone (così da poter concentrare le risorse mediche disponibili nella struttura su un numero contenuto di *pazienti*, i quali sarebbero adeguatamente seguiti, anche in un'ottica di personalizzazione del trattamento), ha innescato la criticità che ha portato le REMS all'attenzione della Corte EDU.

(*) Avvocato dello Stato.

⁽¹⁾ Cfr. articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, in materia di interventi per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento carcerario.

2. Profili di criticità dal punto di vista della compatibilità convenzionale

L'istituto delle REMS si è intrecciato con il sistema convenzionale essenzialmente in considerazione di una specifica ipotesi fattuale, in diverse occasioni sottoposta all'attenzione della Corte EDU.

Non si tratta della questione dell'effettiva idoneità di tali strutture a dare piena ed effettiva attuazione al diritto di salute del singolo, profilo che non parrebbe essere in discussione (e, comunque, su cui né la CEDU né altro organo giudiziario hanno statuito in senso opposto).

Per converso, si tratta della situazione che si verifica allorché, a fronte dell'ordine della competente magistratura di collocare un soggetto presso una REMS, lo stesso, stante la mancanza di posti disponibili nelle indicate strutture, venga, alternativamente:

- a) *semplicemente* rilasciato; oppure
- b) mantenuto ⁽²⁾ in reclusione presso una struttura carceraria (come se continuasse ad essere soggetto a custodia cautelare in carcere oppure alla pena della reclusione).

La seconda soluzione porge il fianco a criticità in punto di diritto convenzionale, che il Giudice europeo non ha mancato di rilevare.

In via segnata, tre appaiono le possibili violazioni suscettive di derivare da una situazione quale quella delineata, che di seguito si compendiano in via di prima approssimazione:

- a) la violazione dell'art. 3 della Convenzione: il collocamento in REMS avrebbe comportato l'erogazione di assistenza medica che la struttura carceraria, fisiologicamente, difficilmente può eguagliare;
- b) la violazione dell'art. 5 § 1: il mantenimento in una struttura carceraria allorché il magistrato abbia ordinato lo spostamento in REMS potrebbe risolversi in una forma di detenzione *sine titulo*;
- c) la violazione dell'art. 6 § 1: una decisione della magistratura (il rilascio dalla struttura carceraria con contestuale collocamento in REMS) non viene eseguita, a danno del ricorrente.

Su ciascuno dei tre profili vale singolarmente intrattenersi.

⁽²⁾ Si parla di *rilascio* e di *mantenimento* in carcere perché, nei casi sottoposti alla CEDU a riguardo, in linea di principio l'assegnazione ad una REMS (vuoi a titolo di applicazione provvisoria di misura di sicurezza, vuoi come misura di sicurezza applicata con la pronuncia che definisce il giudizio) segue la precedente applicazione di cautela coercitiva, oppure la condanna alla reclusione in precedente grado. Residuale, pertanto, il caso di un soggetto non già *in vinculis* cui venga prescritta la permanenza in REMS.

3. La possibile violazione dell'art. 3 della Convenzione

La giurisprudenza della Corte EDU riconduce al divieto di trattamenti inumani e degradanti la situazione in cui lo Stato non fornisce ad un soggetto detenuto l'assistenza medica di cui questi abbia necessità.

Cristallina e lineare sul punto appare la sentenza resa dalla Grande Camera nel noto caso *Rooman c. Belgio*, che vale qui ricordare:

"... Come la Corte ha più volte sancito, l'Art. 3 ... proibisce in termini assoluti i trattamenti inumani o degradanti ... Al fine di stabilire se un trattamento rientri nell'ambito applicativo della disposizione, esso deve avere un livello minimo di severità. La valutazione di tale minimo è relativa; dipende da tutte le circostanze del caso, quali la durata del trattamento, i suoi effetti fisici e mentali e, in taluni casi, il sesso, l'età, lo stato di salute della vittima ...

143. *Tanto premesso, l'Articolo 3 richiede che lo Stato assicuri a tutti i detenuti condizioni compatibili col rispetto della loro dignità umana; che assicuri che le modalità detentive non implicino angoscia e disagio in misura che eccede il livello che inevitabilmente e fisiologicamente è causato dalla condizione stessa di detenzione; che assicuri che ... la loro salute e il loro benessere siano adeguatamente assicurati, tra l'altro, fornendo loro la richiesta assistenza medica ... La Corte ribadisce che le persone in stato di detenzione sono in una posizione di vulnerabilità, e che le autorità hanno l'obbligo di proteggerle.*

144. *... Non può certo escludersi che la detenzione di una persona malata possa sollevare problemi di compatibilità con l'Articolo 3 ... In particolare, la Corte ha sancito che le sofferenze che derivano fisiologicamente dalla malattia, fisica o mentale che sia, possano di per sé rientrare nell'Articolo 3, allorché esse siano esacerbate, o comunque rischino di esserlo, dalle condizioni di detenzione ... Ne deriva che la detenzione di persona malata in condizioni fisiche e mediche inappropriate ben può rilevare come trattamento contrario all'Articolo 3 ...*

145. *Nel determinare se la detenzione di una persona malata è compatibile con l'Articolo 3, la Corte prende in considerazione la salute del singolo e l'effetto e le modalità della sua detenzione. La Corte ha altresì sancito che le condizioni detentive non debbono in alcun caso causare nel singolo sentimenti di paura, angoscia e inferiorità capaci di umiliarlo e, in tesi, rompere il suo equilibrio fisico o psicologico. In questa prospettiva, la Corte ha sancito che i detenuti con disturbi psichiatrici sono più vulnerabili degli ordinari detenuti, e che taluni profili della vita carceraria concretano un grande rischio che la loro salute ne risenta ...*

146. *la Corte considera altresì l'adeguatezza dell'assistenza medica e delle cure fornite durante la detenzione ... Una mancanza di cure mediche adeguate a favore dei detenuti può implicare la responsabilità dello Stato per violazione dell'Articolo 3 ... In aggiunta, non è sufficiente che i detenuti siano*

visitati e che sia loro fatta una diagnosi; invece, è essenziale che sia loro fornito, da personale qualificato, un trattamento medico congruo in relazione al problema loro diagnosticato ...

147. In questa prospettiva, la “adeguatezza” dell’assistenza medica rimane l’elemento più difficile da accertare. *La Corte ribadisce che la mera circostanza che il detenuto sia stato visitato e abbia ricevuto una prescrizione medica non può automaticamente bastare per escludere la violazione. Le autorità debbono altresì assicurare che sia tenuto un registro medico concernente lo stato di salute del singolo durante il periodo di carcerazione; e che le cure siano tempestive ed effettive ... In aggiunta, le cure fornire alla popolazione carceraria non debbono essere inferiori a quelle fornite al resto della popolazione dello Stato. Purtroppo, questo non implica certo che ogni detenuto abbia diritto allo stesso livello di cure mediche disponibile nelle migliori strutture mediche esterne alla prigione ...”* ⁽³⁾.

Da quanto riportato emerge, dunque, che:

⁽³⁾ V. Corte EDU, *Rooman c. Belgio*: “...141. As the Court has repeatedly stated, Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic society (see *Bouyid v. Belgium* [GC], no. 23380/09, § 81, ECHR 2015). It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim’s behaviour. In order for treatment to fall within the scope of that provision it must attain a minimum level of severity. The assessment of this minimum is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. Treatment is considered to be “degrading” when it arouses in the victim feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking his or her moral and physical resistance, or when it is such as to drive the victim to act against his or her will or conscience. Although the question whether the purpose of the treatment is to humiliate or debase the victim is a factor to be taken into account, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3 (see *Stanev v. Bulgaria* [GC], no. 36760/06, §§ 201-03, ECHR 2012, with further references).

142. Measures depriving persons of their liberty inevitably involve an element of suffering and humiliation.

143. That being stated, Article 3 requires the State to ensure that all prisoners are detained in conditions which are compatible with respect for their human dignity, that the manner of their detention does not subject them to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in such a measure and that, given the practical demands of imprisonment, their health and well-being are adequately secured by, among other things, providing them with the requisite medical assistance (see *Stanev*, cited above, § 204). The Court has emphasised that persons in custody are in a vulnerable position and that the authorities are under a duty to protect them (see *Enache v. Romania*, no. 10662/06, § 49, 1 April 2014; *M.C. v. Poland*, no. 23692/09, § 88, 3 March 2015; and *A.Ş. v. Turkey*, no. 58271/10, § 66, 13 September 2016).

144. The Convention does not contain any provision relating specifically to the situation of persons deprived of their liberty, let alone where they are ill, but it cannot be ruled out that the detention of a person who is ill may raise issues under Article 3 (see *Matencio v. France*, no. 58749/00, § 76, 15 January 2004). In particular, the Court has held that the suffering

a) l'assistenza medica del detenuto deve essere garantita dallo Stato, pena la violazione dell'Articolo 3 della Convenzione;

which flows from naturally occurring illness, whether physical or mental, may in itself be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by conditions of detention for which the authorities can be held responsible (see, in particular, *Hüseyin Yıldırım v. Turkey*, no. 2778/02, § 73, 3 May 2007, and *Gülay Çetin v. Turkey*, no. 44084/10, § 101, 5 March 2013). Hence, the detention of a person who is ill in inappropriate physical and medical conditions may in principle amount to treatment contrary to Article 3 (see *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 94, ECHR 2000-XI; *Rivière v. France*, no. 33834/03, § 74, 11 July 2006; and *Claes*, cited above, §§ 94-97).

145. In determining whether the detention of an ill person is compatible with Article 3 of the Convention, the Court takes into consideration the individual's health and the effect of the manner of execution of his or her detention on it (see, among other authorities, *Matencio*, cited above, §§ 76-77, and *Gülay Çetin*, cited above, §§ 102 and 105). It has held that the conditions of detention must under no circumstances arouse in the person deprived of his liberty feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him and possibly breaking his physical and moral resistance (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 99, ECHR 1999-V). On this point, it has recognised that detainees with mental disorders are more vulnerable than ordinary detainees, and that certain requirements of prison life pose a greater risk that their health will suffer, exacerbating the risk that they suffer from a feeling of inferiority, and are necessarily a source of stress and anxiety. It considers that such a situation calls for an increased vigilance in reviewing whether the Convention has been complied with (see *Sławomir Musiał v. Poland*, no. 28300/06, § 96, 20 January 2009; see also *Claes*, cited above, § 101). In addition to their vulnerability, the assessment of the situation of these particular individuals has to take into consideration, in certain cases, the vulnerability of those persons and, in some cases, their inability to complain coherently or at all about how they are being affected by any particular treatment (see, for example, *Herczegfalvy v. Austria*, 24 September 1992, § 82, Series A no. 244; *Aerts v. Belgium*, 30 July 1998, § 66, Reports of Judgments and Decisions 1998-V; and *Murray v. the Netherlands* [GC], no. 10511/10, § 106, 26 April 2016).

146. The Court also takes account of the adequacy of the medical assistance and care provided in detention (see *Stanev*, cited above, § 204; *Rivière*, cited above, § 63; and *Sławomir Musiał*, cited above, §§ 85-88). A lack of appropriate medical care for persons in custody is therefore capable of engaging a State's responsibility under Article 3 (see *Naoumenko v. Ukraine*, no. 42023/98, § 112, 10 February 2004, and *Murray*, cited above, § 105). In addition, it is not enough for such detainees to be examined and a diagnosis made; instead, it is essential that proper treatment for the problem diagnosed should also be provided (see *Claes*, cited above, §§ 94-97, and *Murray*, cited above, § 106), by qualified staff (see *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, §§ 115-16, ECHR 2001-III, and *Gülay Çetin*, cited above, § 112).

147. In this connection, the "adequacy" of medical assistance remains the most difficult element to determine. The Court reiterates that the mere fact that a detainee has been seen by a doctor and prescribed a certain form of treatment cannot automatically lead to the conclusion that the medical assistance was adequate. The authorities must also ensure that a comprehensive record is kept concerning the detainee's state of health and his or her treatment while in detention, that diagnosis and care are prompt and accurate, and that where necessitated by the nature of a medical condition supervision is regular and systematic and involves a comprehensive therapeutic strategy aimed at adequately treating the detainee's health problems or preventing their aggravation, rather than addressing them on a sympto-

b) detta assistenza include anche quella relativa alla salute mentale, e anzi i detenuti in condizioni di disagio psichico sono considerati in stato di maggiore vulnerabilità;

c) l'assistenza medica garantita deve essere effettiva e congrua; di qui, il problema di accertare, *case by case*, se la tutela della salute offerta nella struttura carceraria soddisfi lo standard di adeguatezza ed effettività richiesto dalla Corte EDU.

La pronuncia poc'anzi cennata, nel solco di un'esegesi giurisprudenziale improntata all'approccio casistico, non si limita a consegnare agli interpreti i principi generali della materia in esame (vds., nel caso di interesse, la necessità che siano garantite cure in modo effettivo e adeguato rispetto alle condizioni del singolo) ma, talune volte, scende in declinazioni specifiche (ad esempio allorché richiede la tenuta di un registro medico per il detenuto). D'altra parte, non regola, e del resto, non s'intende come potrebbe, ogni specifico scenario che veda coinvolto un detenuto con problemi di salute, fisica o mentale.

Di bel nuovo, pertanto, occorre apprezzare le specificità del caso concreto, accertando se, viste le peculiarità della situazione medica del singolo, i trattamenti messi a disposizione dalla struttura carceraria possano considerarsi, nel senso della richiamata giurisprudenza *Rooman*, come "effettivi e adeguati".

Tanto dovutamente premesso, allorché la persona sia mantenuta in carcere nell'attesa che si renda materialmente possibile la sua allocazione in una REMS, non soltanto la violazione dell'art. 3 non è automatica, ma neppure essa può legittimamente *presumersi* ⁽⁴⁾.

In particolare, occorre:

a) in primo luogo, accertare se, *in astratto*, lo stato di salute mentale del singolo possa essere gestito in carcere, e comunque se tale stato sia compatibile con la reclusione in carcere;

b) accertare *in concreto*, una volta risolto in senso positivo il primo interrogativo, se i trattamenti e le cure effettivamente offerti al detenuto

matic basis. The authorities must also show that the necessary conditions were created for the prescribed treatment to be actually followed through. Furthermore, medical treatment provided within prison facilities must be appropriate, that is, at a level comparable to that which the State authorities have committed themselves to provide to the population as a whole. Nevertheless, this does not mean that every detainee must be guaranteed the same level of medical treatment that is available in the best health establishments outside prison facilities (see *Blokhin v. Russia* [GC], no. 47152/06, § 137, 23 March 2016, with further references).

148. Where the treatment cannot be provided in the place of detention, it must be possible to transfer the detainee to hospital or to a specialised unit (see *Raffray Taddei v. France*, no. 36435/07, §§ 58-59, 21 December 2010; see also, conversely, *Kudła*, cited above, §§ 82-100, and *Cocaign v. France*, no. 32010/07, 3 November 2011)...".

⁽⁴⁾ Verbo che si spende, pare chiaro, in senso atecnico.

soddisfino quelle esigenze di tutela del diritto alla salute di cui (tra le altre) alla citata sentenza *Rooman c. Belgio*; occorre accertare, cioè, se la reclusione s'accompagni a cure effettive e adeguate alle condizioni di salute del singolo, ciò che nel dettaglio implica l'apprezzamento delle specificità delle singole ipotesi.

Tale accertamento condotto *in concreto*, in via meramente esemplificativa e senza pretesa di esaustività e completezza alcuna, può passare attraverso la considerazione dei seguenti elementi:

- se, che tipo e in che misura il ricorrente goda di supporto psicologico;
- se, che tipo e in che misura il ricorrente goda di assistenza psichiatrica;
- se gli è stata prescritta una dedicata terapia e, nell'affermativa, in cosa essa consista, e se stia producendo risultati;
- nell'ipotesi di rischio di comportamenti eterolesivi o autolesionistici, quali concrete misure siano state adottate per sterilizzare il detto rischio.

La dialettica processuale tra ricorrente e Governo, in giudizi convenzionali (come quelli di cui trattasi) in cui la decisione dipende in larga parte dalla risoluzione di questioni *di mero fatto*, diviene in quest'ottica di estrema importanza.

Ad esempio, la specifica allegazione da parte del ricorrente, eventualmente supportata da dedicata documentazione proveniente dagli esperti psichiatrici di fiducia, circa l'incompletezza e la non adeguatezza delle cure fornite in carcere (rispetto a quelle erogabili in REMS) sposta, nella sostanza, sul Governo l'onere di superare (o confutandola frontalmente, o ridimensionandola nella sua portata) la deduzione avversa circa l'inidoneità delle predette cure. In effetti, qualora risultasse processualmente incontestato e, comunque, accertato che i trattamenti forniti in carcere difettino di uno specifico profilo che sarebbe invece erogabile nel contesto di una REMS e che pure costituisce parte indispensabile del processo terapeutico del ricorrente, pare difficile escludere la violazione convenzionale; si pensi, una per tutte, al caso in cui il disturbo psichiatrico del ricorrente renda pacificamente necessario un costante supporto psicologico, che l'Amministrazione penitenziaria però non fornisce.

Ciò posto, nel caso in cui i quesiti sopra compendati vengano risolti nell'affermativa, dovrà invece escludersi la violazione dell'art. 3. In altre parole, allorché si accerti che anche in carcere il detenuto sia medicalmente assistito in modo proprio e adeguato alle sue necessità, il mero rilievo che il giudice aveva ordinato il trasferimento in una REMS (se può, forse, comunque giustificare l'accertamento di differenti violazioni convenzionali, tuttavia) non può bastare a ritenere violato il prefato articolo 3.

In chiusura sul punto, si osserva che la violazione in esame è stata alle volte sottoposta all'attenzione della Corte EDU a mezzo di ricorsi d'urgenza

ai sensi dell'art. 39 del Regolamento, con cui si chiede alla stessa Corte l'adozione di una misura (sostanzialmente emergenziale e cautelare) *ad interim*.

Al riguardo, vale segnalare che il Giudice europeo, anche nei casi in cui ha ritenuto che, in effetti, le condizioni di salute di taluni ricorrenti non erano adeguatamente trattate nei carceri di rispettiva collocazione, ha concesso le cautele invocate dai privati con una formulazione volutamente ampia e largheggiante, non ordinando al Governo di trasferire immediatamente il ricorrente in una REMS (quand'anche ciò fosse già stato ordinato da un giudice domestico), ma più generalmente il trasferimento "*in una REMS o altro luogo in cui le condizioni mediche del ricorrente possano essere adeguatamente trattate*".

4. La possibile violazione dell'art. 5 § 1 della Convenzione

Profili di maggiore problematicità assume la trattazione della tematica rubricata. All'uopo, vale anzitutto tracciare un'opportuna distinzione tra:

a) casi in cui il giudice che ordina l'applicazione della misura di sicurezza da eseguirsi in REMS si limiti a tanto fare (nulla sancendo sul *dies a quo* della misura, e quindi dovendosi intendere che il trasferimento dal carcere alla REMS debba avvenire immediatamente, come anzi spesso si legge nei dispositivi assolutori);

b) le diverse ipotesi in cui il ridetto giudice precisi nel proprio provvedimento che il trasferimento in REMS debba avvenire soltanto allorquando vi sia disponibilità di un posto nella dedicata struttura.

Lo scenario *sub b)* pone la questione della legittimità del provvedimento del magistrato; la questione, cioè, della possibilità giuridica per il magistrato di posporre la scarcerazione e l'ingresso in REMS ad un momento successivo a quello della sua decisione, *id est* al momento in cui ciò sia materialmente possibile.

La questione è complessa e delicata e non si pretende di qui poter fornire ad essa una risposta. E tuttavia, per quanto di esatto rilievo nella prospettiva interessata da questo breve scritto, deve osservarsi che, ove la previsione di scarcerazione subordinata alla disponibilità di un posto in REMS sia contenuta in un provvedimento del giudice (impugnabile ma) non impugnato dal singolo, pare difficile ritenere che la relativa censura in sede convenzionale possa essere (non tanto fondata, ma) ammissibile, a ciò ostando la regola del previo esaurimento dei rimedi domestici.

Per converso, quanto all'ipotesi in cui il giudice si limiti a stabilire la scarcerazione del singolo e il suo collocamento presso una REMS, lo scenario dev'essere inquadrato in termini ovviamente differenti.

Quanto al profilo dell'ammissibilità, la Corte EDU ⁽⁵⁾, stimolata sul punto da dedicata eccezione di inammissibilità sollevata dal Governo italiano (che aveva opposto al ricorrente di non avere tentato la strada dell'incidente di esecuzione *ex art. 666 e 670 c.p.p.*, così violando la regola del previo esaurimento dei rimedi interni), ha sostenuto che, allorché già sussista un provvedimento giudiziario che ordini la liberazione del detenuto, non può pretendersi che il privato, al fine di evitare l'inammissibilità del ricorso convenzionale, attivi un'ulteriore procedura domestica per ottenere l'esecuzione del provvedimento di liberazione. Ai fini della citata pronuncia convenzionale, quindi, l'incidente di esecuzione ai sensi del combinato disposto del sostrato normativo sopra individuato non può considerarsi rimedio domestico non esperito che giustifichi la declaratoria di inammissibilità del ricorso in Corte EDU.

Superato il vaglio di ammissibilità, pare complicato escludere, nel merito, la violazione dell'art. 5 § 1 nel caso in esame; ciò che si considera non tanto nella prospettiva del mancato collocamento in REMS, quanto piuttosto nella diversa angolazione della prosecuzione di una reclusione carceraria di cui un giudice domestico abbia ordinato la cessazione.

Sempre nel merito, il Giudice europeo non ha neppure ritenuto dirimente, ai fini del rigetto della censura formulata dal privato, l'eccezione del Governo tesa a valorizzare il carattere detentivo della misura di sicurezza eseguita in REMS; questa, infatti, non è comunque una detenzione assimilabile alla pena della reclusione.

In conclusione sul punto, allorché risulti che la detenzione in struttura carceraria si sia prolungata oltre la decisione del giudice che ha ordinato la scarcerazione immediata del singolo (e il suo contestuale collocamento in REMS, non eseguito per mancanza di disponibilità di posti presso le

⁽⁵⁾ Cfr. Corte EDU, Cfr. Corte EDU, *Sy c. Italia*, “ ... SUR LA RECEVABILITÉ - Non-épuisement des voies de recours internes

59. Le Gouvernement excipe d'un non-épuisement des voies de recours internes au motif que le requérant a omis de contester, devant le juge de l'exécution, sur le fondement des articles 670 et 666 du code de procédure pénale, la légalité de son maintien en détention nonobstant la décision de la cour d'appel du 20 mai 2019 ordonnant sa remise en liberté ...

61. La Cour a déjà considéré, au titre de divers articles de la Convention, que, dès lors qu'un requérant a obtenu une décision judiciaire contre l'État, il n'a pas à entamer ultérieurement une procédure pour en obtenir l'exécution.

62. En particulier, sous l'angle de l'article 5 de la Convention, la Cour a fait observer qu'il est inconcevable que dans un État de droit un individu demeure privé de sa liberté malgré l'existence d'une décision de justice ordonnant sa libération (*Assanidzé c. Géorgie [GC]*, no 71503/01, § 173, CEDH 2004-II). En effet, il appartient aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs services d'application des lois puissent satisfaire à l'obligation d'éviter toute privation de liberté injustifiée (*Ruslan Yakovenko c. Ukraine*, no 5425/11, § 68, CEDH 2015)...

strutture citate), le pur comprensibili ragioni di ordine pubblico e di difesa sociale sottese alla scelta di talune autorità di non eseguire solo parzialmente il *dictum* giudiziale (ciò che farebbero scarcerando il soggetto socialmente pericoloso, senza però contestualmente trasferirlo in una REMS) non sembrano poter escludere la violazione dell'art. 5 § 1. In disparte le ragioni che ne sono alla base, infatti, il precipitato applicativo concreto di tale scelta è che si mantiene la reclusione in carcere senza un provvedimento della magistratura che tanto preveda.

5. La possibile violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione

In linea di principio, l'accertata violazione dell'art. 5 § 1 nei termini sopra delineati trascina seco anche la violazione dell'art. 6 § 1, per avere lo Stato omesso di dare esecuzione ad una decisione della magistratura domestica (*id est* per avere omesso di immediatamente scarcerare la persona e trasferirla in una REMS).

In effetti, in questo caso il perimetro concettuale delle due violazioni tende a insistere sul medesimo presupposto fattuale (appunto la prosecuzione della detenzione in carcere anche a fronte del provvedimento della magistratura, declinato nei termini appena esposti).

6. Il monito della Corte costituzionale al legislatore: “una legge per superare le criticità” ⁽⁶⁾. La sentenza 27 gennaio 2022, n. 22

È recente il monito rivolto dal Giudice delle leggi al Legislatore in relazione al perdurare di talune criticità, pure richiamate *supra*, connesse alla strutturazione ed esecuzione della misura del ricovero nelle REMS, tali da rendere evidente “*l'urgente necessità di una complessiva riforma del sistema*” ⁽⁷⁾.

Si tratta, in via segnata, della pronuncia originata dalla rimessione alla Corte della questione di legittimità degli artt. 206 e 222 del codice penale e dell'art. 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 (*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*), convertito in legge 17 febbraio 2012, n. 9, da ultimo modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52 (*Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*), convertito in legge 30 maggio 2014 n. 81.

Simili disposizioni avrebbero, a dire del giudice *a quo*, cagionato la violazione tanto degli artt. 27 e 110 Cost., “*nella parte in cui, attribuendo*

⁽⁶⁾ Il riferimento è al comunicato stampa diffuso dalla Corte costituzionale il 27 gennaio 2022.

⁽⁷⁾ Corte cost., sent. n. 22 del 2022, *Considerato in diritto* – pt. 6.

l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) alle Regioni ed agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati, escludono la competenza del Ministro della Giustizia in relazione all'esecuzione della detta misura di sicurezza detentiva provvisoria, quanto degli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost., *“nella parte in cui consentono l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza in violazione della riserva di legge in materia”*.

L'occasione si è rivelata allora particolarmente favorevole, per il Giudice delle leggi, per tornare a ricostruire la natura del ricovero presso le REMS, misura di sicurezza dalla natura *incipite*, connotata da un contenuto anche spiccatamente terapeutico, non limitato al contenimento della pericolosità sociale dell'infermo (8). In tal senso, infatti: *“le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali si muovono inevitabilmente fra queste due polarità, e in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 della Costituzione), in quanto rispondano contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili (cfr. sentenza n. 139 del 1982), di cura e tutela dell'infermo e di contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo “pericoloso”), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile» (sentenza n. 253 del 2003)”* (9).

Considerazione, questa, da cui discende l'inevitabile esigenza di compatibilità della predetta disciplina, tanto con i principi costituzionali dettati in materia di *misure di sicurezza*, quanto con quelli che regolano i *trattamenti sanitari obbligatori*.

Nonostante la valenza di simili premesse, l'analisi condotta dalla Corte restituisce all'interprete un quadro applicativo recante taluni *profili di frizione* con il delineato assetto di legittimità costituzionale: se da un lato, infatti, la vigente disciplina di assegnazione alle Residenze si fonda prevalen-

(8) Si legga, infatti, al pt. 5.2. del *Considerato in diritto*: “In quanto misura di sicurezza, l'assegnazione alla REMS non può che trovare la propria peculiare ragion d'essere — a fronte della generalità dei trattamenti sanitari per le malattie mentali — in una specifica funzione di contenimento della pericolosità sociale di chi abbia già commesso un reato, o sia gravemente indiziato di averlo commesso, in una condizione di vizio totale o parziale di mente.

Questa funzione, d'altronde, non è incompatibile con la finalità di cura della malattia mentale: anzi, proprio in tale concorrente finalità — essa stessa espressiva del dovere primario dell'ordinamento di cura della salute di ogni individuo, sancito dall'art. 32 Cost. — si realizza, rispetto a questa specifica categoria di autori di reato, la vocazione naturale di ogni misura di sicurezza al loro recupero sociale che accomuna, nel vigente quadro costituzionale, pene e misure di sicurezza (sentenze n. 197 del 2021, punto 4 del *Considerato in diritto*, e n. 73 del 2020, punto 4.4. del *Considerato in diritto*)”.

(9) *Ibidem*.

temente su atti distinti dalla legge ⁽¹⁰⁾, dall'altro appare pure irragionevole l'estromissione del Ministro della giustizia da ogni competenza in materia di esecuzione di una misura che rientra ad ogni effetto tra “*i servizi relativi alla giustizia*”, per come richiamati dall'art. 110 della Carta fondamentale ⁽¹¹⁾.

Il tutto, in uno scenario di “*grave malfunzionamento strutturale*” del sistema di applicazione della misura di assegnazione, reso ancor più evidente dall'esistenza di lunghe liste d'attesa nell'esecuzione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria, pronunciati sul presupposto di una pericolosità scioiale dei soggetti che ne sono destinatari ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Così si esprime la Corte: “l'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011, come convertito, in questa sede censurato, rappresenta la sola disposizione contenuta in un atto avente forza di legge su cui si fonda, oggi, l'intera disciplina dell'assegnazione a una REMS. Conseguentemente, la gran parte della disciplina vigente delle REMS si fonda oggi su atti distinti dalla legge: sul decreto ministeriale del 1° ottobre 2012 (supra, punto 4.3.), sull'accordo adottato in Conferenza unificata il 26 febbraio 2015 (supra, punto 4.4.) e, a cascata, su tutti gli atti conseguenti adottati a livello delle singole Regioni e Province autonome.

Il risultato è che, se oggi la fonte primaria — e in particolare le norme del codice penale, in combinato disposto con l'art. 3-ter, comma 4, del d.l. n. 211 del 2011, come convertito — indica in quali « casi » può trovare applicazione la nuova misura di sicurezza (in pratica: tutti quelli in cui, in passato, poteva essere applicato il ricovero in OPG o l'assegnazione a casa di cura o di custodia, risultando inadatta ogni possibile alternativa non custodiale), i « modi » di esecuzione della misura, e dunque della privazione di libertà che ne è connessa, restano invece pressoché esclusivamente affidati a fonti subordinate e accordi tra il Governo e le autonomie territoriali”.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*: “Dal momento che la misura in parola è fortemente caratterizzata in senso terapeutico, non contrasta invero con la Costituzione, ed anzi appare naturale, che il legislatore — nonché gli atti di normazione secondaria e gli accordi tra Stato e autonomie territoriali che ne hanno gradatamente precisato i contorni — ne abbia affidato la gestione ai sistemi sanitari regionali, anche allo scopo di assicurarne il necessario raccordo con i dipartimenti per la salute mentale territorialmente competenti; dipartimenti che sono chiamati a prendere in carico i pazienti non appena ne sia possibile la dimissione dalla REMS, e sono sollecitati ancor prima ad offrire alternative terapeutiche che, assicurando esse stesse un'adeguata tutela della collettività contro il pericolo di commissione di nuovi reati da parte dell'interessato, rendano non necessaria la sua assegnazione a una REMS. E tuttavia, non può ritenersi conforme all'art. 110 Cost. una disciplina che, come quella vigente, non attribuisca alcun ruolo in materia al Ministro della giustizia, lasciando così le singole autorità giudiziarie — magistrati di sorveglianza, ma anche giudici penali e pubblici ministeri durante la fase delle indagini preliminari e del processo — a interagire direttamente con le strutture amministrative delle singole REMS e i vari dipartimenti regionali per la salute mentale, ciascuno operante — per di più — con logiche differenti e sulla base di realtà organizzative tra loro assai eterogenee”.

⁽¹²⁾ Si confrontino, sul punto, i risultati dell'istruttoria condotta dal Giudice delle leggi: “l'istruttoria esperita da questa Corte ha largamente confermato, e consentito di meglio precisare, un numero di persone almeno pari a quelle ospitate nelle 36 REMS allo stato attive — più in particolare un numero compreso tra le circa 670 (secondo i calcoli del Ministero della salute e della

I pur fondati rilievi all'esame del Giudice costituzionale non hanno, tuttavia, consentito l'accoglimento delle censure mosse dal rimettente di prime cure: le questioni sollevate sugli artt. 206 e 222 cod. pen. sono state considerate inammissibili per *aberratio ictus* ⁽¹³⁾; del pari, la questione relativa all'estromissione del Ministro della giustizia non è sembrata affrontabile a mezzo di una declaratoria di illegittimità.

D'altronde, una declaratoria di incostituzionalità della disciplina per violazione delle riserve di legge di cui agli artt. 25, co. 3, e 32 Cost. determinerebbe l'integrale caducazione del sistema delle REMS, in netto pregiudizio alle istanze di riforma che hanno gradualmente consentito il superamento, in Italia, del previgente sistema degli OPG e con risultati, dunque, diametralmente opposti rispetto a quelli perseguiti.

Ciò non toglie, d'altronde, la già richiamata esigenza di riforma dell'intero sistema delle REMS, che la Corte auspica e che appare ancor più stringente alla luce della recente (e di poco precedente) decisione della Corte EDU, datata 24 gennaio 2022, pronunciata nel noto caso *Sy contro Italia* ⁽¹⁴⁾.

Lo stesso Giudice costituzionale, per vero, ha proceduto a perimetrare gli ambiti dell'esigenza, evidenziando la necessità:

a) di una base legislativa alla nuova misura che risulti “*adeguata*” ai principi costituzionali dettati sia in materia di misure di sicurezza sia di trattamenti sanitari obbligatori;

b) della realizzazione e del buon funzionamento, su tutto il territorio

Conferenza delle Regioni e della Province autonome) e le 750 persone (secondo i calcoli del Ministero della giustizia) — è, oggi, in attesa di trovare una collocazione in una REMS, nella propria regione o altrove (Ritenuto in fatto, punto 5.3.). La permanenza media in una lista d'attesa è pari a circa dieci mesi; ma in alcune Regioni i tempi per l'inserimento in una REMS possono essere assai più lunghi (ancora Ritenuto in fatto, punto 5.3.). Le persone che si trovano in lista d'attesa sono spesso accusate, o risultano ormai in via definitiva essere autrici, di reati assai gravi — tra gli altri, maltrattamenti in famiglia, atti persecutori, violenza sessuale, rapina, estorsione, lesioni personali e persino omicidi, tentati e consumati (Ritenuto in fatto, punto 5.4.)”.

⁽¹³⁾ Cfr., infatti, *ivi*, *Considerato in diritto* - pt. 2.1.

⁽¹⁴⁾ CEDU, Sez. I, 24 gennaio 2022 - Ric. n. 11791/20 - *Causa SY c. Italia*. Introduzione: “il ricorso riguarda il mantenimento del ricorrente in regime carcerario ordinario, nonostante le decisioni dei giudici che ordinano, in particolare, il suo ricovero in una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza («REMS»). Il ricorrente contesta il suo mantenimento in regime carcerario ordinario, che ritiene illegale; le sue condizioni di detenzione, che ritiene inadeguate in mancanza di un trattamento specifico per i suoi disturbi psichiatrici; l'assenza di ricorsi interni; la mancata esecuzione della sentenza del 20 maggio 2019 con la quale la corte d'appello aveva ordinato la sua rimessione in libertà e un ritardo nell'esecuzione della misura indicata dalla Corte ai sensi dell'articolo 39 del suo regolamento. Il ricorrente fa riferimento agli articoli 3, 5 § 1, 5 § 5, 6, 13 e 34 della Convenzione”.

Nel contesto di detta pronuncia, la Corte EDU ha ritenuto violati, con conseguente condanna dell'Italia al risarcimento dei danni prodotti, gli artt. 3, 5 § 1, 5 § 5, 6 § 1 e 34 della Convenzione.

nazionale, di un numero di Residenze che sia sufficiente a fronteggiare i reali fabbisogni, unitamente al potenziamento delle strutture già esistenti sul territorio, si da garantire interventi alternativi adeguati non solo alle necessità di cura dei singoli ma anche alle esigenze di tutela della collettività (“*e dunque dei diritti fondamentali delle potenziali vittime dei fatti di reato che potrebbero essere commessi dai destinatari della misura*”);

c) di forme di coinvolgimento del Ministero della giustizia nelle attività di coordinamento e monitoraggio del sistema delle REMS esistenti (e degli altri strumenti di tutela della salute mentale attivabili nell’ambito della diversa misura della libertà vigilata), nonché nella programmazione del relativo fabbisogno finanziario, anche in vista dell’eventuale “*potenziamento quantitativo*” delle strutture che già esistono (e degli strumenti alternativi).

A voler tirare le fila di quanto sinora rilevato, si tratta di una materia ancora lungi dal rinvenire una compiuta disciplina e che, certamente, attirerà ancora l’interesse dell’interprete.

Vademecum

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • C’è stata violazione dei diritti del ricorrente alla luce dell’Articolo 3? In particolare: <i>a)</i> il ricorrente ha ricevuto un trattamento medico adeguato durante il suo periodo di detenzione in carcere? <i>b)</i> le condizioni di detenzione del ricorrente era compatibili con il suo stato di salute? • C’è stata violazione dell’Articolo 5 § 1? In particolare, la prosecuzione della detenzione del ricorrente è avvenuta “nei casi previsti dalla legge”, ai sensi dell’Articolo 5 § 1? • C’è stata violazione dell’Articolo 6 § 1 quanto all’omessa esecuzione della decisione della magistratura che ordinava il collocamento in REMS del ricorrente?
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • Nell’individuazione della misura di sicurezza, rispettare il principio che vuole il collocamento in REMS come <i>extrema ratio</i>, e prediligere, quando possibile, misure meno afflittive (ad esempio libertà vigilata con prescrizioni che consentano comunque un percorso terapeutico del singolo, come la prescrizione di una residenza temporanea in comunità terapeutica — fermo il carattere non detentivo di tale misura). • Garantire cure mediche effettive e adeguate alle esigenze del singolo, anche mantenendo un registro/diario medico per il detenuto.

IV.

LA GIURISPRUDENZA CEDU E LA NOZIONE
AUTONOMA DI “MATERIA PENALE”

I.
**MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE
E LIBERTÀ DI MOVIMENTO**

di *Giuseppe Riccardi* (*)

SOMMARIO: 1. Misure di prevenzione e « materia penale » nella giurisprudenza europea. — 2. Le misure di prevenzione personale e la libertà di circolazione. — 2.1. La sentenza della Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, del 2017: il deficit di legalità convenzionale. — 3. Gli effetti interpretativi ed applicativi della sentenza *De Tommaso*. — 3.1. La genericità del ‘contenuto’ delle prescrizioni e l’art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011. — 3.1.1. Le Sezioni Unite ‘*Paternò*’ e l’interpretazione ‘tassativizzante’ del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione. — 3.1.2. La Corte costituzionale n. 25 del 2019 e l’illegittimità costituzionale del delitto di violazione delle prescrizioni ‘generiche’. — 3.2. La genericità delle categorie di destinatari delle misure di prevenzione personali e la sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale. — 4. Le misure di prevenzione personale tra tutela convenzionale e tutela costituzionale.

1. Misure di prevenzione e « materia penale » nella giurisprudenza europea

Le misure di prevenzione previste dall’ordinamento italiano, che costituiscono pressoché un *unicum* nel panorama europeo degli Stati del Consiglio d’Europa ⁽¹⁾, sono state oggetto di numerose decisioni della Corte di Strasburgo, che hanno costantemente escluso la loro appartenenza alla « materia penale ».

Come è noto, la Corte EDU ha elaborato una nozione autonoma di *matière pénale* che comprende tutte le infrazioni e le sanzioni che, al di là della formale etichetta statale (illecito disciplinare, amministrativo, ecc.), sono caratterizzate da una natura o un contenuto ritenuto *sostanzialmente*

(*) Sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

(1) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, §§ 69-71, rammenta che su 34 Stati membri del Consiglio d’Europa, la grande maggioranza di essi — ben 29 — non possiedono misure paragonabili alle misure di prevenzione previste dalla legislazione italiana; soltanto in 5 Stati sono previste misure paragonabili, adottate per affrontare il fenomeno della violenza negli stadi (Austria, Francia e Svizzera), per la prevenzione del terrorismo (Regno Unito), e per la prevenzione di gravi reati (Russia).

equiparabile ad un reato o ad una pena, al fine di riconoscere le garanzie ‘penalistiche’ previste dagli artt. 6 e 7 CEDU senza che ciò dipenda dalla nomenclatura formale del singolo Stato membro ⁽²⁾.

Infatti, se la classificazione *formale* di un illecito (o di una sanzione) come disciplinare, o amministrativo, o penale, è rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, tuttavia l’ambito di operatività delle fondamentali garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU non può essere rimessa alla volontà sovrana dei legislatori nazionali, perché sarebbe facilmente eludibile mediante operazioni normative (o interpretative) di c.d. *truffa delle etichette*; per tale ragione, quella di garantire in maniera uniforme i diritti umani, la Corte EDU ha affermato la propria competenza a verificare autonomamente se una misura formalmente qualificata come disciplinare o amministrativa non sia invece *sostanzialmente* penale, sulla base di tre criteri autonomi di valutazione, alternativi e non cumulativi:

- 1) la *qualificazione* del fatto o della sanzione nel diritto interno;
- 2) la *natura* dell’infrazione o dell’illecito;
- 3) la *natura* e la *gravità* della sanzione.

L’elaborazione dei criteri per il riconoscimento delle garanzie previste per la *materia penale* risale alla celebre decisione *Engel c. Paesi Bassi* del 8 giugno 1976 ⁽³⁾, concernente l’applicazione di sanzioni disciplinari incidenti sulla libertà personale, e, sia pur con una serie di precisazioni nello sviluppo interpretativo della Corte, tali indici sono stati costantemente richiamati nella verifica sulla natura sostanziale degli illeciti e delle sanzioni.

Ebbene, sulla base dei criteri *Engel* la Corte EDU ha costantemente negato alle misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali (previste dalle leggi n. 1423 del 1956 e n. 575 del 1965, ed ora dal d.lgs. 159 del 2011), la *natura* di sanzione penale.

In particolare, la Corte di Strasburgo ha affermato ripetutamente che le misure di prevenzione hanno una funzione ed una natura diversa dalle sanzioni penali, in quanto non implicano l’accertamento di un reato e la colpevolezza dell’imputato, ma sono dirette a *prevenire* la commissione di gravi delitti da parte di soggetti ritenuti pericolosi per la società, e perciò non possono essere paragonati ad una “pena” ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ In tema, ampiamente, di recente, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

⁽³⁾ Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976.

⁽⁴⁾ In tal senso, Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980, § 108; Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994; con riferimento alle misure di prevenzione patrimoniale, Corte EDU, *Prisco c. Italia*, 15 giugno 1999; Corte EDU, *Arcuri c. Italia*, 5 luglio 2001; Corte EDU, *Riela c. Italia*, 4 settembre 2001; di recente, Corte EDU, *Paleari c. Italia*, 26 luglio 2011.

La mancata ricomprensione nell'ambito della "materia penale" comporta, dunque, che le garanzie di cui agli artt. 6 — ad eccezione della mancanza di pubblicità ⁽⁵⁾ — e 7 CEDU non si applichino alle misure di prevenzione.

La natura *non penale* delle misure di prevenzione è stata, da ultimo, ribadita dalla Grande Camera, nella sentenza *De Tommaso c. Italia* del 2017 ⁽⁶⁾: come più ampiamente si illustrerà, dopo aver ritenuto le misure di prevenzione personali limitative, non già della libertà personale, bensì della libertà di circolazione, valutando le censure concernenti l'art. 6 CEDU la Corte, sulla premessa che la misura della sorveglianza speciale non appartenga alla materia penale, ha affermato che "l'aspetto penale dell'articolo 6 § 1 della Convenzione non è applicabile, in quanto la sorveglianza speciale non è paragonabile a una sanzione penale, dato che il procedimento concernente il ricorrente non riguardava la determinazione di una "accusa penale" ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione"; in altri termini, l'art. 6 CEDU viene in rilievo, nel caso delle misure di prevenzione, non già nel suo *volet pénal*, bensì nel *volet civil*, in relazione alle garanzie previste ogniqualvolta si disputi di un "diritto"; e, nella specie, venendo in rilievo una restrizione ai diritti alla circolazione della persona, la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 6 CEDU in relazione alla mancanza di pubblicità dell'udienza.

Va, nondimeno, rammentato che, tra le numerose opinioni concorrenti e dissenzienti che hanno arricchito la struttura argomentativa e la dialettica della sentenza *De Tommaso* ⁽⁷⁾, spicca, anche per la struttura e l'informata consapevolezza della giurisprudenza e della dottrina italiana in materia, l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, che ha invece ritenuto le misure di prevenzione personali "pene di seconda classe", non limitative della libertà di circolazione, bensì della libertà personale, e perciò da attrarre nella nozione autonoma di *materia penale*.

Ciò non soltanto per sottolineare la natura controversa e dibattuta delle misure *ante delictum* anche in sede europea, ma altresì per rammentare come,

⁽⁵⁾ Corte EDU, *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, che ha censurato la mancanza di pubblicità dell'udienza per l'applicazione delle misure di prevenzione.

⁽⁶⁾ Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 143.

⁽⁷⁾ La sentenza *De Tommaso* è stata oggetto di grande attenzione in dottrina, di cui non è possibile dar conto in questa sede; per tutti, sia sufficiente rinviare ai contributi, attenti anche alle opinioni concordanti e dissenzienti, di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir.pen.contemp.*, 3 marzo 2017; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 marzo 2017; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 8, 1039.

sovente, nelle opinioni dissenzienti si annidi lo sviluppo del diritto europeo del futuro.

2. Le misure di prevenzione personale e la libertà di circolazione

Escluse dalla “materia penale”, dunque, le misure di prevenzione personali sono state tradizionalmente qualificate, dalla giurisprudenza europea, quali misure di *limitazione della libertà di circolazione*, tutelata dall’art. 2 Protocollo 4 CEDU ⁽⁸⁾.

Soltanto nel caso *Guzzardi c. Italia* ⁽⁹⁾ la peculiarità della misura di prevenzione applicata — la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nell’isola dell’Asinara — e la mancata adesione, all’epoca, dello Stato italiano al Protocollo 4, hanno fondato una decisione della Corte di Strasburgo con cui è stata ravvisata la violazione del diritto alla libertà garantito dall’art. 5 CEDU ⁽¹⁰⁾.

2.1. *La sentenza della Grande Camera, De Tommaso c. Italia, del 2017: il deficit di legalità convenzionale*

È in tale solco che si inserisce la sentenza *De Tommaso* della Grande Camera: a fronte della censura con la quale si lamentava la violazione dell’art. 5 CEDU, la Corte EDU ha infatti ribadito il proprio costante orientamento, secondo cui, « nel proclamare il “diritto alla libertà”, il paragrafo 1 dell’articolo 5 contempla la *libertà fisica* di una persona. Conseguentemente, *non riguarda mere restrizioni della libertà di circolazione*, che sono disciplinate dall’articolo 2 del Protocollo n. 4 »; e, del resto, « per determinare se una persona è stata “privata della libertà” ai sensi dell’articolo 5, il punto di partenza deve essere la specifica situazione della stessa e si deve tener conto di una serie di fattori quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione »; pertanto, secondo la Corte EDU, « la differenza tra la privazione della libertà e la restrizione della libertà riguarda il *grado o l’intensità*, e non il carattere o la sostanza » ⁽¹¹⁾; e la necessità di tener conto del “tipo” e “delle modalità di attuazione” della misura consente

⁽⁸⁾ Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994; Corte EDU, *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, § 193.

⁽⁹⁾ Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, 6 novembre 1980.

⁽¹⁰⁾ Lo riconosce anche Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 83, evidenziando che, nel caso *Guzzardi*, oltre all’obbligo di vivere su un’isola, la misura era connotata da una serie di ulteriori prescrizioni restrittive della libertà del ricorrente.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 80.

alla Corte di « tener conto dello *specifico contesto* delle circostanze che accompagnano tipi di restrizione diversi dal paradigma della reclusione in una cella » (12).

Tanto premesso, la Grande Camera, sulla base di una valutazione in concreto delle prescrizioni connesse alla misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, ha ritenuto che « gli obblighi imposti al ricorrente non costituissero una privazione della libertà ai sensi dell'articolo 5 § 1 della Convenzione, ma meramente *restrizioni della libertà di circolazione* ».

Esclusa, dunque, una violazione della libertà di cui all'art. 5 CEDU, la Grande Camera ha esaminato la questione sotto il profilo della violazione della libertà di circolazione, garantita dall'art. 2, Protocollo 4, CEDU.

Trattandosi non già di un « diritto assoluto » — formulato in modo da impedire agli Stati di restringerlo, e dunque sottratto alle operazioni di bilanciamento e all'applicazione del margine di apprezzamento —, bensì di un « diritto soggetto a limitazioni » (13) — del quale gli Stati possono definirne e restringerne l'esercizio in base a considerazioni di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di protezione della salute o di morale pubblica, e con riferimento ai quali viene in rilievo il perimetro del « margine di apprezzamento » —, le limitazioni alla libertà di circolazione sono condizionate ad un triplice *test*, di legalità, di legittimità e di necessità/proporzione: « qualsiasi misura restrittiva del diritto alla libertà di circolazione deve essere *prevista dalla legge*, perseguire uno dei *fini legittimi* di cui al terzo comma dell'articolo 2 del Protocollo n. 4 e trovare un *giusto equilibrio* tra l'interesse pubblico e i diritti della persona » (14).

Tuttavia, è proprio declinando il *test* di legalità della misura restrittiva della libertà di circolazione che la sentenza *De Tommaso* ravvisa una violazione convenzionale: invero, richiamando l'ormai consolidata giurisprudenza con la quale, per valutare la legalità di una interferenza, si considera non soltanto l'esistenza di una '*base legale*' — nella fattispecie non contestata, e ravvisata nella l. 1423/1956, applicata *ratione temporis* —, ma altresì la '*qualità della legge*', sotto il profilo della *accessibilità* ai destinatari e della *prevedibilità* degli effetti, la Grande Camera ha affermato che, pur soddisfacendo il requisito dell'accessibilità, la legge nazionale sulle misure di preven-

(12) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 81.

(13) In tema, *amplius*, I.A. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'incontro di studio fra giovani cultori delle materie internazionali* (Torino, 9-10 ottobre 2009), Napoli, ESI, 2010, 11.

(14) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 104.

zione non assolvesse all'obbligo di precisione e determinatezza, sotto il profilo della prevedibilità degli effetti ⁽¹⁵⁾.

Richiamando la sentenza n. 177 del 1980 con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale con riferimento alla categoria dei "proclivi a delinquere", la Grande Camera ha in primo luogo espresso perplessità sulla indeterminatezza delle 'fattispecie di pericolosità' che fondano l'applicazione delle misure di prevenzione personale: « nonostante il fatto che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l'applicazione di tali misure resta legata a un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le "prove fattuali" o le *specifiche tipologie di comportamento* di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione », con la conseguenza che la legge in questione non contiene « disposizioni sufficientemente dettagliate sui *tipi di comportamento* che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società » ⁽¹⁶⁾.

Oltre alla indeterminatezza delle categorie soggettive di pericolosità c.d. 'generica', la Grande Camera ha censurato altresì la vaghezza e l'imprecisione del *contenuto delle prescrizioni* di "vivere onestamente e rispettare la legge" e, nella versione della l. 1423/1956, di "non dare ragione alcuna ai sospetti" ⁽¹⁷⁾: nonostante gli interventi della Corte costituzionale, da ultimo con la sentenza 232 del 2010 che aveva escluso una violazione del principio di determinatezza, la Corte EDU non ritiene che gli obblighi di "vivere onestamente e rispettare le leggi" e di "non dare ragione alcuna ai sospetti" siano stati delimitati in modo sufficiente dall'interpretazione della Corte costituzionale: « in primo luogo, il "dovere dell'interessato di adattare la propria condotta a uno stile di vita che osservi tutti i summenzionati obblighi" è altrettanto indeterminato dell'"obbligo di vivere onestamente e rispettare le leggi", in quanto la Corte costituzionale rinvia semplicemente all'articolo 5 stesso. Secondo la Corte tale interpretazione non fornisce indicazioni sufficienti per le persone interessate. In secondo luogo il "dovere della persona interessata di rispettare tutte le regole prescrittive che le chiedono di comportarsi, o di non comportarsi, in un particolare modo; non

⁽¹⁵⁾ Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 113.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 117.

⁽¹⁷⁾ Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 119, secondo cui tali misure "erano formulate in termini molto generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato; ciò vale in particolare per le disposizioni relative agli obblighi di "vivere onestamente e rispettare la legge" e di "non dare ragione alcuna ai sospetti".

solo le leggi penali, quindi, ma le disposizioni la cui inosservanza sarebbe un ulteriore indizio del pericolo per la società che è già stato accertato” è un riferimento a tempo indeterminato per l'intero ordinamento giuridico italiano, e non fornisce ulteriori chiarimenti sulle specifiche norme la cui inosservanza rappresenterebbe un ulteriore indizio del pericolo rappresentato dalla persona per la società» (18).

«La Corte ritiene pertanto che questa parte della Legge non sia stata formulata *in modo sufficientemente dettagliato* e non definisca con *sufficiente chiarezza* il contenuto delle misure di prevenzione che potrebbero essere applicate a una persona, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale» (19), e che «la legge abbia lasciato ai giudici un'ampia *discrezionalità* senza indicare con sufficiente chiarezza la portata di tale discrezionalità e le modalità per esercitarla» (20).

Alla luce di tali argomentazioni, la Corte EDU conclude pertanto che «la Legge n. 1423/1956 era redatta *in termini vaghi ed eccessivamente ampi*. Né le *persone* cui erano applicabili le misure di prevenzione (articolo 1 della Legge del 1956) né il *contenuto* di alcune di queste misure (articoli 3 e 5 della Legge del 1956) erano definiti dalla legge con *sufficiente precisione e chiarezza*. Ne consegue che la Legge non soddisfaceva i requisiti di *prevedibilità* stabiliti dalla giurisprudenza della Corte» (21).

Sicché l'ingerenza nella libertà di circolazione del ricorrente non è stata basata su disposizioni di legge che soddisfano i requisiti di legittimità previsti dalla Convenzione, essendovi stata violazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 4 a causa dell'imprevedibilità della legge (22).

Ciò che, dunque, viene censurato dalla sentenza *De Tommaso* è la stessa legislazione italiana sulle misure di prevenzione personale, con riferimento sia alle categorie di pericolosità sia al contenuto delle prescrizioni, in quanto inficiate da imprecisione, genericità e indeterminatezza tali da compromettere la soglia minima della *legalità convenzionale* (23).

(18) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 122.

(19) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 122; “la Corte è anche preoccupata del fatto che le misure previste dalla legge e applicate al ricorrente comprendono l'assoluto divieto di partecipare a riunioni pubbliche. La legge non specifica alcun limite temporale o spaziale di questa libertà fondamentale, la cui restrizione è lasciata interamente alla discrezione del giudice” (§ 123).

(20) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 124.

(21) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 125.

(22) Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 126.

(23) In una ormai vastissima letteratura, per tutti, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011; V.

3. Gli effetti interpretativi ed applicativi della sentenza *De Tommaso*

La rilevanza dei *deficit* di determinatezza della legislazione italiana sulle misure di prevenzione personali ravvisata dalla Corte di Strasburgo è stata prontamente ‘presa sul serio’ dalla giurisprudenza italiana, dapprima con riferimento al *contenuto* delle prescrizioni e poi con riferimento alle *categorie di destinatari* delle misure.

3.1. *La genericità del ‘contenuto’ delle prescrizioni e l’art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011*

Il duplice profilo di censura sottolineato dalla sentenza *De Tommaso* è stato dunque affrontato dalla giurisprudenza interna, in primo luogo con riferimento al *contenuto* delle prescrizioni delle misure di prevenzione, con una interpretazione ‘tassativizzante’ e, poi, con una declaratoria di illegittimità costituzionale.

3.1.1. *Le Sezioni Unite ‘Paternò’ e l’interpretazione ‘tassativizzante’ del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione*

Il primo, quasi immediato, riflesso interpretativo della sentenza *De Tommaso* si è materializzato con la sentenza ‘Paternò’ delle Sezioni Unite della Cassazione⁽²⁴⁾: riconosciuta la vincolatività della sentenza *De Tommaso*, la Corte di cassazione ha proceduto ad una « lettura “tassativizzante” e tipizzante della fattispecie » di cui all’art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011, in grado di « rendere coerenza costituzionale e convenzionale alla norma incriminatrice », e, condividendo le censure europee, ha dubitato della stessa natura di “prescrizioni” degli obblighi di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, dal momento che « non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento “morale” »⁽²⁵⁾.

Evidenziando il nesso inscindibile tra sufficiente determinatezza della fattispecie penale, separazione dei poteri, riserva di legge e conoscibilità del

MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

⁽²⁴⁾ Cass., Sez. U, n. 40076 del 27/04/2017, Paternò, Rv. 270496, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir.pen.contemp.*, 2017, n. 9, 146 ss.; V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziali e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 6, 777 ss.

⁽²⁵⁾ Cass., Sez. U, n. 40076 del 27/04/2017, Paternò, § 9.

precetto, le Sezioni Unite hanno concluso affermando 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*; l'inosservanza delle prescrizioni generiche può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione.

Anziché percorrere la strada della proposizione di una questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 117 Cost., le Sezioni Unite hanno dunque deciso di intraprendere la via dell'*interpretazione conforme*, sottraendo in via ermeneutica dall'area della fattispecie incriminatrice due ipotesi ricomprese nella disposizione di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011 ⁽²⁶⁾, mediante una ri-definizione interpretativa del tipo legale, così facendosi carico di “governare le ricadute interne di una decisione dirompente” ⁽²⁷⁾.

Una scelta, quella dell'interpretazione (parzialmente) ‘abrogatrice’, criticata non soltanto perché integra una “manovra che trascende le prerogative insite nello svolgimento fisiologico dell'*ars interpretandi*” ⁽²⁸⁾, estendendo l'ambito del sindacato di legittimità di competenza del giudice ordinario con corrispondente erosione del controllo accentrato di costituzionalità, ma anche perché è priva di effetti *erga omnes* e nei confronti dei giudicati di condanna, insuscettibili di revoca *ex art. 673 cod. proc. pen.* ⁽²⁹⁾.

3.1.2. *La Corte costituzionale n. 25 del 2019 e l'illegittimità costituzionale del delitto di violazione delle prescrizioni 'generiche'*

Proprio a tali ultime riserve sembra rispondere la Corte costituzionale, con una delle due fondamentali decisioni che, in sequenza, hanno scandito l'adeguamento dell'ordinamento interno alle violazioni della legalità ‘convenzionale’ ravvisate dalla Corte di Strasburgo.

Con la sentenza n. 25 del 2019, infatti, la Consulta, richiamando altresì la celebre sentenza n. 230 del 2012, ribadisce innanzitutto che l'*abolitio criminis* è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, che ha contenuto

⁽²⁶⁾ F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso*, cit., 149.

⁽²⁷⁾ V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi*, cit., 778.

⁽²⁸⁾ V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi*, cit., 781.

⁽²⁹⁾ V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi*, cit., 782; perplessità sulla scelta di percorrere la strada dell'interpretazione conforme, anziché quella della questione di costituzionalità, esprime altresì F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite*, cit., 149 ss.

dichiarativo, e non è invocabile per chiedere la revoca della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen.: « L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo »⁽³⁰⁾.

Tanto premesso, la Corte costituzionale, prendendo atto della delimitazione interpretativa operata dalle Sezioni Unite 'Paternò', enuclea un profilo di rilevanza della questione di legittimità, evidenziando che « sussiste non di meno una limitata area in cui occorre ancora domandarsi se la fattispecie penale suddetta, schermata solo dall'interpretazione giurisprudenziale, sia conforme, o no, al principio di legalità in materia penale, vuoi costituzionale che convenzionale. Area questa costituita (...) sia dall'esecuzione del giudicato penale di condanna, sia dalla rilevabilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. in caso di ricorso per cassazione recante solo censure manifestamente infondate e quindi inammissibili ».

Pertanto, precisato che « l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, orientata alla conformità alla CEDU (...) non implica anche necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio o di una previsione della CEDU, quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. », escludendo « alcun automatismo », per il « predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU »⁽³¹⁾, la Consulta condivide le censure di indeterminatezza della Corte di Strasburgo, affermando che « la norma censurata viola il canone di *prevedibilità* della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. »⁽³²⁾.

Una decisione che, sebbene calibrata sul difetto di determinatezza e di *prevedibilità*, sembra in concreto declinata, argomentativamente, anche sul profilo della *necessità* e della *proporzione* della risposta sanzionatoria, laddove evidenzia che « la previsione come reato della violazione, da parte del sorvegliato speciale, dell'obbligo « di vivere onestamente » e « di rispettare le leggi » ha, da una parte, l'*effetto abnorme* di sanzionare come reato qualsivoglia violazione amministrativa e, dall'altra parte, comporta, ove la violazione dell'obbligo costituisca di per sé reato, di *aggravare indistintamente la*

⁽³⁰⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25, § 5.

⁽³¹⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25, § 13.

⁽³²⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25, § 14.2.

pena, laddove l'art. 71 cod. antimafia già prevede come aggravante, per una serie di delitti, la circostanza che il fatto sia stato commesso da persona sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione della misura »⁽³³⁾.

3.2. *La genericità delle categorie di destinatari delle misure di prevenzione personali e la sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale*

Il difetto di precisione ravvisato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *De Tommaso* concernente le *categorie di destinatari* delle misure di prevenzione personali è stato, invece, affrontato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019.

I dubbi di legittimità costituzionale erano stati sollevati con riferimento a due delle tre categorie di pericolosità 'generica': coloro che sono "abituamente dediti a traffici delittuosi" (art. 1 n. 1 l. 1423/1956, ora art. 1, lett. a), d.lgs. 159/2011) e coloro che "vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" (art. 1 n. 2 l. 1423/1956, ora art. 1, lett. b), d.lgs. 159/2011).

La questione, concernendo i presupposti applicativi anche delle misure di prevenzione patrimoniali, rivestiva un rilievo 'sistematico' particolarmente significativo.

Ebbene, delimitate le questioni rilevanti, la Corte costituzionale, nell'individuare lo statuto costituzionale applicabile, ha innanzitutto chiarito che le misure di prevenzione non appartengono alla « materia penale »: « la circostanza che, ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione personale, sono comunque necessari elementi che facciano ritenere pregresse attività criminose da parte del soggetto, *non* comporta che le misure in questione abbiano nella sostanza *carattere sanzionatorio-punitivo*, sì da chiamare in causa necessariamente le garanzie che la CEDU, e la stessa Costituzione, sanciscono per la *materia penale*. Imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara *finalità preventiva anziché punitiva*, mirando a limitare la *libertà di movimento* del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L'indubbia *dimensione afflittiva* delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una *conseguenza collaterale* di misure il cui scopo essenziale

⁽³³⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25, § 14.2.

è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato »⁽³⁴⁾.

Tuttavia, a differenza della Corte di Strasburgo, che ritiene le misure di prevenzione limitative della libertà di circolazione, la Consulta ritiene che le misure personali incidano, non già sulla libertà di circolazione garantita dall'art. 16 Cost., bensì sulla ben più pregnante *libertà personale* garantita dall'art. 13 Cost.; e, nell'ambito della tutela multilivello dei diritti, la Corte costituzionale sostiene di riconoscere « *un livello di tutela ai diritti fondamentali dei destinatari della misura della sorveglianza speciale (...) che è superiore a quello assicurato in sede europea* »: infatti, sostiene la sentenza n. 24/2019, « la riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta (...) che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) *a*) di una idonea base legale delle misure in questione e *b*) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia *c*) della *riserva di giurisdizione*, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU »⁽³⁵⁾.

Ribadita la finalità meramente ripristinatoria, e non punitiva, della confisca di prevenzione⁽³⁶⁾, il giudice delle leggi, pur constatando lo sforzo della giurisprudenza di legittimità successiva alla *De Tommaso* di conferire, in via ermeneutica, maggiore precisione alle due fattispecie di pericolosità 'generica', ritiene che mentre la categoria di coloro che "vivono abitualmente" con i proventi di attività delittuose sia suscettibile di essere interpretata in termini 'tassativizzanti', la categoria degli "abitualmente dediti ai traffici delittuosi" sia invece affetta da « radicale imprecisione »⁽³⁷⁾, e violi,

⁽³⁴⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, § 9.7.1.

⁽³⁵⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, § 9.7.3.

⁽³⁶⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, § 10.4.1.

⁽³⁷⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, § 12.3, secondo cui « Simili genericissime (e tra loro tutt'altro che congruenti) definizioni di un termine geneticamente vago come quello di « traffici delittuosi », non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura: esigenza, questa, sul cui rispetto ha richiamato non solo la Corte EDU nella sentenza *De Tommaso*, ma anche — e assai prima — questa stessa Corte nella sentenza n. 177 del 1980. Né siffatte nozioni di « traffici delittuosi », dichiaratamente non circoscritte a delitti produttivi di profitto, potrebbero mai legittimare dal punto di vista costi-

dunque, l'art. 13 Cost. e l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 2 Prot. 4 CEDU per quanto riguarda le misure personali, e gli artt. 42 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 Prot. 1 CEDU, per quanto riguarda le misure patrimoniali.

Dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che individuano, tra i destinatari delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, coloro che sono “*abitualmente dediti ai traffici delittuosi*”, va invece sottolineata l'argomentazione con cui la Consulta ha ‘preservato’ la categoria di coloro che “*vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose*”: invero, pur ribadendo che la ‘legalità costituzionale’ non consente al diritto giurisprudenziale di colmare i *deficit* di determinatezza in materia penale, richiamando espressamente le importanti affermazioni rese dalla sentenza n. 115 del 2018 (all'esito della c.d. ‘saga *Taricco*’) ⁽³⁸⁾, la Corte opera un distinguo, affermando che « allorché si versi — come nelle questioni ora all'esame — al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta *anche sulla base dell'interpretazione*, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione ».

Non appartenendo le misure di prevenzione alla materia penale, lo statuto costituzionale non viene individuato nell'art. 25 Cost., bensì nell'art. 13 Cost., che, pur prevedendo una doppia riserva, di legge e di giurisdizione, consente una sorta di ‘legalità attenuata’, alla cui stregua i caratteri di precisione e determinatezza delle norme siano integrabili mediante l'ausilio dell'interpretazione giurisprudenziale, purché prevedibile e costante ⁽³⁹⁾.

Ed è sulla scorta dell'interpretazione ‘tassativizzante’ della giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza *De Tommaso* che la Corte costituzionale ritiene la fattispecie di pericolosità di “coloro che vivono

tuzionale misure ablativo di beni posseduti dal soggetto che risulti avere commesso in passato tali delitti, difettando in tal caso il fondamento stesso di quella presunzione di ragionevole origine criminosa dei beni, che si è visto costituire la ratio di tali misure ».

⁽³⁸⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, § 12.1: « è indispensabile l'esistenza di un « diritto scritto di produzione legislativa » rispetto al quale « l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo » (sentenza n. 115 del 2018) ».

⁽³⁹⁾ La sentenza è stata oggetto di grande attenzione in dottrina, di cui non è possibile dar conto in questa sede; per tutti, sia sufficiente rinviare a V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, n. 1, 332 ss.; N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità “generica”, tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. Cost.*, 2019, n. 1, 322 ss.

abituamente con i proventi di attività delittuose” dai contorni sufficientemente precisi, per il riferimento alla c.d. criminalità da profitto ⁽⁴⁰⁾.

4. Le misure di prevenzione personale tra tutela convenzionale e tutela costituzionale

Resta, dunque, incerto, nel bivio tra Roma e Strasburgo, lo statuto di garanzia delle misure di prevenzione personale: la Corte EDU, anche nella composizione più autorevole della Grande Camera, ha ribadito trattarsi di misure meramente limitative della *libertà di circolazione*, garantita dall’art. 2, Prot. 4, CEDU, non appartenenti alla « materia penale »; la Corte costituzionale, pur concordando sulla natura non penale, ha rinvenuto nell’art. 13 Cost. lo statuto costituzionale delle misure di prevenzione personali, in quanto limitative della *libertà personale*, e non nell’art. 16 Cost. sulla libertà di circolazione ⁽⁴¹⁾.

Un duplice livello di tutela — convenzionale e costituzionale — che resta tuttavia asimmetrico, se è vero che mentre l’art. 13 Cost. prevede, oltre alla riserva di legge, anche la riserva di giurisdizione (non richiesta in sede europea), la giurisprudenza europea appare maggiormente ‘severa’ nel vaglio concernente la ‘prevedibilità’ delle limitazioni.

Oltre a dubitare della correttezza dell’attrazione delle misure *ante delictum* al perimetro dell’art. 13 Cost., per la dilazione della nozione costituzionale di libertà personale, si è, infatti, sottolineata, in dottrina, “l’antinomia (...) tra la pretesa legittimità di clausole generali e disposizioni carenti di precisione e riserva di legge *assoluta* e *rinforzata* nella descrizione dei casi ai quali riferire l’intervento *ante delictum*”, poiché “l’inquadramento della prevenzione personale nello statuto dell’art. 13 Cost. comporta che la sola legge possa svolgere una funzione denotativa nella disciplina dei relativi presupposti” ⁽⁴²⁾; con il “curioso paradosso” della “asimmetria tra garanzie *dichiarate* e garanzie *agite*: mentre in *De Tommaso* l’estraneità della sorveglianza speciale alla materia penale — ed allo statuto della libertà personale — non ha niente affatto impedito ai giudici di Strasburgo di stabilirne la sottoposizione ai medesimi *requisiti di qualità* prescritti per le leggi penali; nella sentenza annotata, per contro, la ribadita appartenenza della misura al regime della riserva di legge *assoluta* e *rinforzata* non è stata di ostacolo a decretarne l’aggiramento!” ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, § 12.2.

⁽⁴¹⁾ Coglie tale profilo anche V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, cit., 337.

⁽⁴²⁾ V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, cit., 337.

⁽⁴³⁾ V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, cit., 338.

II.

LE CONFISCHE

di Giuseppe Riccardi (*)

SOMMARIO: 1. La nozione autonoma di « materia penale » e le confische. — 2. La confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano. — 3. La confisca urbanistica nel dialogo tra le Corti. — 3.1. Il caso *Sud Fondi c. Italia*: la natura penale della confisca urbanistica e la necessità di un “legame di natura intellettuale”. — 3.2. Il caso *Varvara c. Italia* e la necessità di una condanna in senso formale. — 3.3. La Corte costituzionale n. 49 del 2015: la condanna in senso sostanziale ed il “predominio assiologico della Costituzione”. — 3.4. La sentenza *G.I.E.M. e altri c. Italia* della Grande Camera: la confisca senza condanna e la proporzionalità della misura. — 3.5. La confisca senza condanna e il nuovo art. 578-bis cod. proc. pen.

1. La nozione autonoma di « materia penale » e le confische

Uno dei settori nei quali l'elaborazione di una nozione autonoma di « materia penale » da parte della giurisprudenza europea ha avuto maggiore influenza è quello delle sanzioni patrimoniali.

Come è noto, la Corte EDU ha elaborato una nozione autonoma di *matière pénale* che comprende tutte le infrazioni e le sanzioni che, al di là della formale etichetta statale (illecito disciplinare, amministrativo, ecc.), sono caratterizzate da una natura o un contenuto ritenuto *sostanzialmente* equiparabile ad un reato o ad una pena, al fine di riconoscere le garanzie ‘penalistiche’ previste dagli artt. 6 e 7 CEDU senza che ciò dipenda dalla nomenclatura formale del singolo Stato membro ⁽¹⁾.

Infatti, se la classificazione *formale* di un illecito (o di una sanzione) come disciplinare, o amministrativo, o penale, è rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, tuttavia l'ambito di operatività delle fondamentali garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU non può essere rimessa alla volontà sovrana dei legislatori nazionali, perché sarebbe facilmente eludibile me-

(*) Sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

(1) In tema, ampiamente, di recente, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

dianche operazioni normative (o interpretative) di c.d. *truffa delle etichette*; per tale ragione, quella di garantire in maniera uniforme i diritti umani, la Corte EDU ha affermato la propria competenza a verificare autonomamente se una misura formalmente qualificata come disciplinare o amministrativa non sia invece *sostanzialmente* penale, sulla base di tre criteri autonomi di valutazione, alternativi e non cumulativi:

- 1) la *qualificazione* del fatto o della sanzione nel diritto interno;
- 2) la *natura* dell'infrazione o dell'illecito;
- 3) la *natura* e la *gravità* della sanzione.

L'elaborazione dei criteri per il riconoscimento delle garanzie previste per la *materia penale* risale alla celebre decisione *Engel c. Paesi Bassi* del 8 giugno 1976 ⁽²⁾, concernente l'applicazione di sanzioni disciplinari incidenti sulla libertà personale, e, sia pur con una serie di precisazioni nello sviluppo interpretativo della Corte, tali indici sono stati costantemente richiamati nella verifica sulla natura sostanziale degli illeciti e delle sanzioni.

Sia pur nell'ambito di una giurisprudenza casistica e frammentaria, il *leading case* in materia di confisca è rappresentato dalla decisione *Welch c. Regno Unito* del 9 febbraio 1995 ⁽³⁾, concernente la confisca di beni di presunta origine illecita — analoga alla confisca c.d. allargata di cui all'attuale art. 240-*bis* cod. pen. —, la cui applicazione retroattiva è stata ritenuta inosservante dell'art. 7 CEDU proprio in ragione della natura penale della misura, affermata sulla base della finalità, non soltanto di *prevenzione*, ma altresì di *punizione* del reo, desunta dalle presunzioni probatorie e dal *quantum* dell'ablazione, non limitato ai proventi del traffico di stupefacenti.

In tale solco si è dunque sviluppata la giurisprudenza europea sulla confisca dei beni di presunta origine illecita, sulla confisca dei beni non denunciati alla frontiera, e sulla confisca dei beni appartenenti a persone estranee al reato ⁽⁴⁾.

2. La confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano

Sulla base di criteri *Engel* la Corte EDU ha costantemente negato alla confisca di prevenzione — ed in generale alle misure di prevenzione, sia personale che patrimoniale, previste dalle leggi n. 1423 del 1956 e n. 575 del 1965, ed ora dal d.lgs. 159 del 2011 — la *natura* di sanzione penale.

⁽²⁾ Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976.

⁽³⁾ Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995.

⁽⁴⁾ Per un aggiornato riepilogo della giurisprudenza europea in materia, di recente, T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, 335-355.

In particolare, la Corte di Strasburgo ha affermato ripetutamente che le misure di prevenzione patrimoniale hanno una funzione ed una natura diversa dalle sanzioni penali, in quanto non implicano l'accertamento di un reato e la colpevolezza dell'imputato, ma sono dirette a *prevenire* la commissione di gravi delitti da parte di soggetti ritenuti pericolosi per la società, e perciò non possono essere paragonati ad una "pena" (5).

La mancata ricomprensione della confisca di prevenzione nell'ambito della "materia penale" comporta, dunque, che le garanzie di cui agli artt. 6 — ad eccezione della mancanza di pubblicità (6) — e 7 CEDU non si applichino alla misura ablativa originariamente introdotta in relazione agli accumuli di ricchezza illecita della criminalità organizzata, e successivamente estesa a categorie più ampie di fenomeni delittuosi; sicché anche l'applicazione *retroattiva* riconosciuta dalla giurisprudenza italiana — e ribadita dalle Sezioni Unite 'Spinelli' nel 2014/15 (7) — risulta conforme alle garanzie della Convenzione.

Inoltre, la confisca di prevenzione è stata oggetto di verifica europea anche sotto il profilo della tutela del diritto di proprietà, sancito dall'art. 1 del Protocollo 1 CEDU: la Corte EDU ha escluso una violazione convenzionale, declinando in termini positivi il triplice *test* di legalità — l'interferenza è prevista da una *legge* —, di legittimità — l'interferenza ha lo scopo di prevenire i reati ed è disposta "per causa di pubblica utilità" —, e di necessità.

Quanto al requisito della necessità, il ragionamento della Corte di Strasburgo rivela la reale cifra della scelta interpretativa di non ricomprendere la confisca di prevenzione — e le misure di prevenzione in generale — nell'ambito della *materia penale*: oltre alla funzione *preventiva* della sanzione, che, alla stregua del terzo criterio *Engel*, esclude la natura penale della misura, la giurisprudenza europea è costante nel ribadire la proporzionalità dell'ingerenza nel diritto di proprietà rispetto allo scopo perseguito, di contrasto ai fenomeni mafiosi; la confisca di prevenzione si inserisce, infatti,

(5) In tal senso, Corte EDU, *Prisco c. Italia*, 15 giugno 1999; Corte EDU, *Arcuri c. Italia*, 5 luglio 2001; Corte EDU, *Riela c. Italia*, 4 settembre 2001; di recente, Corte EDU, *Paleari c. Italia*, 26 luglio 2011.

(6) Corte EDU, *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, che ha censurato la mancanza di pubblicità dell'udienza per l'applicazione delle misure di prevenzione.

(7) Cass., Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 02/02/2015, Rv. 262602, che hanno affermato che le modifiche introdotte dalle leggi n. 125 del 2008 e n. 94 del 2009, non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, sicché rimane tuttora valida l'assimilazione dell'istituto alle misure di sicurezza e, dunque, l'applicabilità, in caso di successioni di leggi nel tempo, della previsione di cui all'art. 200 cod. pen.

nell'ambito di una politica di prevenzione criminale, rispetto alla quale lo Stato italiano gode di un ampio margine di apprezzamento ⁽⁸⁾.

3. La confisca urbanistica nel dialogo tra le Corti

Oggetto di importanti pronunce della Corte europea è stata invece la confisca urbanistica, prevista dall'art. 44 d.P.R. 380 del 2001, che, al 2° comma, prevede: “La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite”.

La misura ablativa era considerata, dalla giurisprudenza di legittimità, una “sanzione amministrativa accessoria” ⁽⁹⁾, che poteva dunque essere disposta anche in caso di assoluzione per difetto dell'elemento soggettivo o di proscioglimento per estinzione del reato per prescrizione, nonché nei confronti del terzo in buona fede.

3.1. *Il caso Sud Fondi c. Italia: la natura penale della confisca urbanistica e la necessità di un “legame di natura intellettuale”*

Tale qualificazione giuridica è stata messa in discussione dalla Corte di Strasburgo, con le tre decisioni nel caso *Sud Fondi c. Italia* del 2007 (sull'ammissibilità) ⁽¹⁰⁾, del 2009 (sul merito) ⁽¹¹⁾ e del 2012 (sull'equa soddisfazione) ⁽¹²⁾, concernenti il celebre caso dell'“ecomostro” di Punta Perotti, all'esito del quale gli imputati, pur essendo stati assolti dal reato urbanistico “perché il fatto non costituisce reato”, riconoscendo l'*error iuris*, erano comunque stati destinatari della confisca dei beni.

Con le prime due sentenze, in particolare, la Corte EDU ha riconosciuto

⁽⁸⁾ T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., 357 ss., esprime perplessità sulle argomentazioni della Corte di Strasburgo, in seguito all'estensione delle misure patrimoniali di prevenzione anche a persone estranee ad associazioni criminali, e portatori di pericolosità c.d. ‘generica’.

⁽⁹⁾ *Ex multis*, Cass., Sez. 3, n. 38728 del 07/07/2004, Lazzara, Rv. 229609, secondo cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, prevista dall'art. 44, comma secondo, del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 non ha natura di misura di sicurezza patrimoniale, ma configura una sanzione amministrativa applicata dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune.

⁽¹⁰⁾ Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 30 agosto 2007.

⁽¹¹⁾ Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009.

⁽¹²⁾ Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 10 maggio 2012, che ha affermato non essere sufficiente, ai fini della riparazione del danno, la semplice revoca della confisca, condannando lo Stato italiano al versamento di 49 milioni di euro a titolo di equa soddisfazione.

la natura di sanzione sostanzialmente penale della confisca urbanistica, a dispetto dell'etichetta di sanzione amministrativa.

Declinando i criteri *Engel*, il carattere punitivo è stato desunto da una serie di indici: “perché consegue a un *fatto che costituisce reato* ed è *applicata dal giudice penale* all’esito di un *processo finalizzato all’accertamento di reati*, ma soprattutto perché ha un’evidente *finalità punitiva* in quanto colpisce, oltre ai manufatti edificati abusivamente, anche i terreni non ancora edificati” (13).

Ebbene, l’attrazione della confisca urbanistica nel perimetro della nozione autonoma di *materia penale* comporta dunque il riconoscimento delle garanzie di cui all’art. 7 CEDU, e la necessità di un legame di natura intellettuale tra autore e fatto-reato.

Come chiarito dalla Corte EDU, mentre “a livello interno la definizione di « amministrativa » (...) data alla confisca controversa permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale”, “per quanto riguarda la Convenzione, l’articolo 7 non menziona espressamente il legame morale esistente tra l’elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata l’autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione, così come la nozione di « *guilty* » (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di « persona colpevole » (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, un *legame di natura intellettuale* (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall’altra, permettere che si consideri una persona come « colpevole » e « punirla » quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che ne è vittima. Sotto il profilo dell’articolo 7, per i motivi sopra trattati, un quadro legislativo che non permette ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale è lacunoso non solo rispetto alle condizioni generali di « qualità » della « legge » ma anche rispetto alle esigenze specifiche della legalità penale. Per tutti questi motivi, di conseguenza, la confisca in questione non era prevista dalla legge ai sensi dell’articolo 7 della Convenzione. Essa si traduce perciò in una sanzione arbitraria. Pertanto, vi è stata violazione dell’articolo 7 della Convenzione” (14).

(13) Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 30 agosto 2007.

(14) Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009, §§ 115-118. Alla violazione dell’art. 7 CEDU è conseguita, peraltro, la violazione dell’art. 1 Prot. 1 CEDU, nella misura in cui l’ingerenza nel diritto di proprietà era stata arbitraria.

3.2. *Il caso Varvara c. Italia e la necessità di una condanna in senso formale*

Successivamente alle pronunce della Corte di Strasburgo concernenti il caso *Sud Fondi* la giurisprudenza interna, pur adeguandosi ai principi affermati in sede europea, astenendosi dall'applicare la confisca nei confronti dei terzi in buona fede o in assenza dell'accertamento di tutti gli elementi, oggettivo e soggettivo, del reato di lottizzazione abusiva, aveva continuato a disporre la misura anche in assenza di una formale sentenza di condanna, in caso di proscioglimento per prescrizione ⁽¹⁵⁾.

La questione della confisca disposta in assenza di *formale condanna* dell'imputato fu pertanto proposta alla Corte di Strasburgo, che, con la sentenza *Varvara c. Italia* del 2013 ⁽¹⁶⁾, affermò la necessità di una formale sentenza di condanna per disporre la confisca urbanistica.

Nel caso *Varvara*, infatti, gli imputati erano stati prosciolti per intervenuta prescrizione del reato, e, nondimeno, era stata disposta la confisca dei beni ⁽¹⁷⁾.

Con riferimento a tale statuizione, dunque, la Corte EDU, premessa la "difficoltà a capire come la punizione di un imputato il cui processo non si è concluso con una condanna possa conciliarsi con l'articolo 7 della Convenzione, norma che esplicita il principio di legalità nel diritto penale" ⁽¹⁸⁾, ha affermato che "non si può neppure concepire un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena. Si tratta di una terza conseguenza del principio di legalità nel diritto penale: il

⁽¹⁵⁾ *Ex multis*, Cass., Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta, Rv. 243630, secondo cui la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, in quanto ai fini della sua adozione è sufficiente l'accertamento giudiziale del reato di lottizzazione abusiva sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, non essendo invece necessaria una pronuncia di condanna.

⁽¹⁶⁾ Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013.

⁽¹⁷⁾ Osserva Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, §§ 58-59 "che nella causa *Sud Fondi* (...), aveva concluso che l'applicazione della confisca malgrado la decisione di assolvere i ricorrenti non aveva una base legale, era arbitraria e violava l'articolo 7 della Convenzione. Era stata pronunciata l'assoluzione in quanto i ricorrenti avevano commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretare la legge. Nel caso di specie, il ricorrente ha beneficiato di un non luogo a procedere in quanto il reato di lottizzazione abusiva era estinto per prescrizione ed era stato oggetto di una sanzione, ossia la confisca delle opere costruite e dei terreni interessati dal progetto di lottizzazione controverso. La Corte ha il compito di esaminare se l'applicazione di questa sanzione è compatibile con l'articolo 7 della Convenzione".

⁽¹⁸⁾ Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, § 61.

divieto di comminare una pena senza accertamento di responsabilità, che deriva anch'esso dall'articolo 7 della Convenzione" (19). Invero, "l'accostamento dell'articolo 5 § 1 a) agli articoli 6 § 2 e 7 § 1 mostra che ai fini della Convenzione non si può avere « condanna » senza che sia legalmente accertato un illecito — penale o, eventualmente, disciplinare (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976 [...]), così come non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale" (20).

Tanto premesso, pur facendo salva la discrezionalità dei singoli Stati membri di prevedere forme di responsabilità oggettiva (21), la Corte EDU affermò che "la logica della « pena » e della « punizione », e la nozione di « *guilty* » (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di « persona colpevole » (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che *esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali*, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso (Sud Fondi e altri, sopra citata, § 116). Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata. Nella presente causa, la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria" (22).

Con la sentenza *Varvara*, dunque, la Corte di Strasburgo afferma che l'applicazione della confisca in caso di proscioglimento per estinzione del reato costituisce una violazione del principio di legalità penale (art. 7 CEDU) e del diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU), essendo *necessaria una condanna in senso formale*, e non un mero accertamento degli elementi, oggettivo e soggettivo, del reato.

(19) Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, § 67.

(20) Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, § 69.

(21) Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, § 70: "L'articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un « nesso psicologico » o « intellettuale » o « morale » tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l'autore".

(22) Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, § 71-72. Alla violazione dell'art. 7, peraltro, consegue che l'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni del ricorrente era contraria al principio di legalità ed era arbitraria e che vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 (§ 85).

3.3. *La Corte costituzionale n. 49 del 2015: la condanna in senso sostanziale ed il “predominio assiologico della Costituzione”*

La profonda discussione innescata, in dottrina e in giurisprudenza, dalla sentenza *Varvara* sfociò in una questione di legittimità costituzionale con la quale si denunciava il contrasto della norma di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. 380/2001, come interpretato dalla Corte EDU nel senso che la confisca non potesse applicarsi nel caso di declaratoria di prescrizione del reato urbanistico, con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 Cost.

La Corte Costituzionale, con la celebre sentenza n. 49 del 2015 ⁽²³⁾, pur dichiarando l'inammissibilità delle questioni, in quanto sollevate nei confronti della norma di cui all'art. 44 cit., e non nei confronti della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione EDU, nella misura in cui consente l'ingresso, nell'ordinamento italiano, del *dictum Varvara*, con una articolata motivazione, ha innanzitutto chiarito che “il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU (...) è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il *predominio assiologico* della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)”.

Tanto premesso quanto all'implicita evocazione di *controlimiti*, la Corte Costituzionale, ritenendo che la sentenza *Varvara* non esprimesse il “diritto consolidato” della Corte di Strasburgo, ha affermato che il principio ricavabile dalla giurisprudenza europea, con cui si afferma la necessità di un pieno accertamento per l'applicazione della confisca, non implica che esso debba necessariamente essere contenuto in una sentenza formale di condanna: “l'accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque *adeguatamente motivato* in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo di mala fede acquirente del bene”.

Infatti, precisa la Consulta, “nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato *non* denuncia alcuna *incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità*. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbani-

⁽²³⁾ La sentenza n. 49 del 2015 è stata oggetto di profonde riflessioni nella dottrina, non solo penalistica, ma anche costituzionalistica e internazionalistica, di cui non è possibile dare conto in questa sede; sia sufficiente richiamare V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 2195 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir.pen.contemp.-Riv.trim.*, 2015, n. 2, 333 ss.

stica. Decidere se l'accertamento vi sia stato, oppure no, è questione di fatto, dalla cui risoluzione dipende la conformità della confisca rispetto alla CEDU (oltre che al diritto nazionale). Ed è appunto questo compito, che istituzionalmente le spetta in ultima istanza, che la Corte di Strasburgo ha assolto nel caso di specie, concludendo per la violazione del diritto, dato che era mancato un congruo accertamento di responsabilità”.

Ne consegue che il pieno accertamento sulla responsabilità dell'imputato o del terzo colpito da confisca può essere contenuto anche in una sentenza di proscioglimento per prescrizione, allorquando si accompagni “alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato”.

3.4. *La sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia della Grande Camera: la confisca senza condanna e la proporzionalità della misura*

Il contrasto tra la posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Varvara* e la Corte Costituzionale a proposito della necessità o meno di una condanna in senso formale ai fini dell'applicazione della confisca è sfociato in una ulteriore pronuncia della Corte EDU, nella composizione più autorevole della Grande Camera.

I ricorsi, proposti da quattro società e da una persona fisica, lamentavano la violazione della legalità penale, del diritto di proprietà e della presunzione di innocenza in conseguenza della confisca disposta in assenza di un provvedimento formale di condanna.

La Grande Camera, con una decisione densa e molto articolata ⁽²⁴⁾, ha ripercorso alcuni passaggi argomentativi già consolidati, ribadendo la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica sulla base dei criteri *Engel*:

— il diretto collegamento tra la confisca e la commissione di un fatto-reato;

— la collocazione sistematica della norma, inserita all'interno di un capo rubricato “sanzioni penali”;

— la finalità punitiva della misura, derivante dalla sua natura obbligatoria e dalla sua spiccata gravità e pervasività, concernendo non solo le opere abusive, ma anche l'intera area oggetto di lottizzazione, sebbene ineditata;

⁽²⁴⁾ La sentenza è stata oggetto di grande attenzione in dottrina, di cui non è possibile dar conto in questa sede; per tutti, sia sufficiente rinviare a A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, n. 7, 221 ss.; A. GALLUCCIO, *Giurisprudenza europea e confisca senza condanna*, in *Libro dell'anno del diritto — 2019*, Roma, Treccani, 2019; G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. pen. online*, 2018, n. 3.

— la pronuncia da parte del giudice penale.

La natura penale della misura determina, dunque, il riconoscimento delle garanzie penalistiche di cui agli artt. 6 e 7 CEDU, e la necessità — già affermata nella sentenza *Sud Fondi* — di un “legame di natura intellettuale” tra autore e fatto-reato.

L’elemento di maggiore rilevanza della sentenza *G.I.E.M.*, tuttavia, riguarda la questione della c.d. *confisca senza condanna*: discostandosi dal rigido *dictum Varvara*, infatti, la Grande Camera ha affermato la possibilità che la confisca urbanistica venga disposta a seguito di un accertamento che, pur non avendo le caratteristiche formali della sentenza di condanna, ne presenta i caratteri sostanziali, sotto il profilo della compiuta verifica degli elementi, oggettivo e soggettivo, del reato.

In una sorta di ‘dialogo’ con la Corte Costituzionale n. 49 del 2015 — rispetto alla quale ha rivendicato la “natura vincolante” di tutte le sentenze della Corte EDU ⁽²⁵⁾ —, la Grande Camera ha affermato come sia “necessario impegnarsi, al di là delle apparenze e del vocabolario utilizzato, ad individuare la realtà di una situazione”, e come sia dunque possibile “andare oltre al *dispositivo* di una decisione interna e tener conto della sua *sostanza*, in quanto la *motivazione* costituisce parte integrante della decisione” ⁽²⁶⁾; e ciò al fine di garantire lo Stato di diritto e “la lotta contro l’impunità”, pregiudicati da termini di prescrizione brevi in relazione a reati oggetto di accertamento complesso ⁽²⁷⁾.

Per questo motivo, la Corte ritiene che, “qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell’articolo 7, che in questo caso non è violato” ⁽²⁸⁾.

La confisca urbanistica può dunque essere disposta anche con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato, allor-

⁽²⁵⁾ Corte EDU, Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 252.

⁽²⁶⁾ Corte EDU, Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 259.

⁽²⁷⁾ Corte EDU, Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 260: “si deve tener conto, da una parte, dell’importanza che ha, in una società democratica, il fatto di garantire lo Stato di diritto e la fiducia nella giustizia delle persone sottoposte a giudizio, e, dall’altra, dell’oggetto e dello scopo del regime applicato dai tribunali italiani. A questo proposito, sembra che l’obiettivo di questo regime sia la lotta contro l’impunità che deriva dal fatto che, per l’effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di questi reati sfuggirebbero sistematicamente all’azione penale e, soprattutto, alle conseguenze dei loro misfatti (...)”.

⁽²⁸⁾ Corte EDU, Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 261.

quando gli elementi costitutivi della lottizzazione abusiva siano stati “sostanzialmente” accertati dal giudice penale ⁽²⁹⁾.

Oltre ad affermare il divieto di disporre la confisca nei confronti della persona giuridica che non abbia rivestito il ruolo di parte nel procedimento penale ⁽³⁰⁾ — non rientrando i reati urbanistici nel novero dei reati presupposto di cui al d.lgs. 231 del 2001 —, nonché nei confronti della persona fisica assolta in appello con formula piena, con un accertamento incidentale della Corte di Cassazione, la Grande Camera ha altresì introdotto un profilo di estrema rilevanza nel vaglio di legittimità ‘convenzionale’ della confisca urbanistica: trattandosi di una interferenza, legale e legittima, nel diritto di proprietà, la misura va nondimeno valutata sotto il profilo della necessità, nella declinazione della *proporzionalità* rispetto agli scopi legittimi perseguiti.

In tal senso, la natura obbligatoria della confisca urbanistica, che non consente al giudice penale di modularla in maniera proporzionata alle finalità di tutela dell’assetto urbanistico, colpendo indiscriminatamente l’intero bene lottizzato, comprese le aree non edificate, integra una violazione dell’art. 1, Prot. 1, CEDU, per la mancanza di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito ⁽³¹⁾.

E, precisa la Corte, “al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l’annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a

⁽²⁹⁾ Naturalmente è questo il profilo maggiormente discusso della sentenza – la possibilità di una “confisca senza condanna” –, oggetto non soltanto di opinioni parzialmente dissenzienti di alcuni componenti della Grande Camera, ma altresì di severe critiche della dottrina, per la frizione con il principio della presunzione di innocenza; non potendosi dar conto del denso dibattito, sviluppatosi a partire dalla sentenza *Varvara*, ed arricchito anche dalla sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, sia sufficiente, in questa sede, richiamare gli spunti critici sviluppati in G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara?*, cit., 11 ss.

⁽³⁰⁾ Corte EDU, Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 274.

⁽³¹⁾ Corte EDU, Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 303: “L’applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista — salvo che per i terzi in buona fede — dalla legge italiana è in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione. Inoltre, non essendo state parti nei procedimenti contestati, le società ricorrenti non hanno beneficiato di alcuna delle garanzie procedurali (...)”.

terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione”⁽³²⁾.

3.5. *La confisca senza condanna e il nuovo art. 578-bis cod. proc. pen.*

Al formante giurisprudenziale, costituzionale ed europeo, si è affiancato il formante normativo, che, introducendo l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. (con il d.lgs. n. 21 del 2018), ha disciplinato la possibilità per i giudici delle impugnazioni (compresa la Corte di Cassazione) di decidere, nonostante l'estinzione del reato per prescrizione, “ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato”.

Al riguardo, le Sezioni Unite hanno chiarito l'applicabilità del nuovo art. 578-*bis* cod. proc. pen. anche alla confisca urbanistica, statuendo che “in caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per intervenuta prescrizione, il giudice d'appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001”, e precisando che al richiamo contenuto nella norma citata alla confisca “prevista da altre disposizioni di legge”, formulato senza ulteriori specificazioni, deve riconoscersi una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Corte EDU, Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 301.

⁽³³⁾ Cass., Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870 - 02.

III.

NE BIS IN IDEM E CONTROVERSA NATURA DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE NEL DIALOGO TRA LE CORTI

di Massimo Di Benedetto (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Della natura sostanziale o procedurale della garanzia. — 3. Il presupposto, per l'operatività della garanzia, della medesimezza "del reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato". — 4. Sul concetto di reato. — 5. Il requisito della previa sentenza definitiva sulla prima imputazione.

1. Introduzione

Il principio del *ne bis in idem*, a livello convenzionale, trova il suo sostrato normativo di riferimento nell'articolo 4 del Protocollo 7 ⁽¹⁾, a tenore del quale:

"1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione".

Numerose le questioni e i profili di interesse da attenzionare.

(*) Avvocato dello Stato.

(1) La scelta topografica non è neutrale. Trattandosi, infatti, di una disposizione prevista da un protocollo, e non dalla Convenzione, essa si applica soltanto agli Stati che abbiano ratificato anche lo specifico protocollo (cfr., inter alia, Corte EDU, *H.P. Blokker c. Paesi Bassi*).

2. Della natura sostanziale o procedurale della garanzia

Similmente a quanto ritenuto circa l'art. 649 del codice del rito penale, trattasi di una garanzia procedurale, e non sostanziale. La specifica tutela di cui all'art. 4 Prot. 7, infatti, è concessa non tanto e non solo nella prospettiva di evitare una seconda condanna, oppure di evitare che la legge domestica preveda più sanzioni a fronte di un unico fatto, quanto piuttosto mira a garantire che non vi sarà un ulteriore procedimento dopo quello già irrevocabilmente definitosi (2).

Peraltro, mercé una (difficilmente evitabile) interpretazione letterale dell'inciso "dalla giurisdizione dello stesso Stato", la garanzia è ritenuta inoperante allorché i due procedimenti il cui concerto è suppostamente violatore dell'art. 4 cit. siano stati celebrati da diversi Stati, quand'anche entrambi aderenti al sistema convenzionale, incluso il Protocollo 7 (3).

3. Il presupposto, per l'operatività della garanzia, della medesimezza "del reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato"

Logicamente pregiudiziale all'esame degli altri elementi delineati dall'art. 4 cit. è la risoluzione della questione del cosa esattamente debba intendersi per "medesimo reato per il quale (il singolo) è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato".

L'ermeneusi della Corte convenzionale è ormai consolidata nel ritenere che occorra accertare l'esistenza o meno dell'*idem factum*; per converso, la mancanza di un *idem legale* tra i due procedimenti non è, di per sé, elemento che permette di ritenere insussistente la violazione.

In via segnata, nella nota pronuncia *Zolotukhin c. Russia*, il Giudice convenzionale ha sancito che l'art. 4 cit. deve essere interpretato nel senso che esso proibisce il secondo procedimento allorché questo scaturisca dalle medesime circostanze di fatto o, comunque, da circostanze di fatto che, nella sostanza, tendono a coincidere (4).

Nella successiva e parimenti nota sentenza resa sul caso *Grande Stevens c. Italia*, la CEDU ha ribadito che "l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere

(2) Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, *Zolotukhin c. Russia*, § 83, secondo cui "... Article 4 of Protocol No. 7 contains a safeguard against being tried or being liable to be tried again in new proceedings rather than a prohibition on a second conviction or acquittal ...".

(3) Cfr., *ex multis*, Corte EDU, *Trabelsi c. Belgio*, § 146.

(4) Cfr. Corte EDU, *Zolotukhin c. Russia*, § 82.

inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo illecito nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi" (5).

Pertanto, sebbene la *littera legis* parrebbe evocare un concetto giuridico, e non fattuale ("... per un reato..."), la giurisprudenza convenzionale, sintonica con la sua tradizionale ermeneusi che vuole l'interpretazione delle disposizioni ispirata, tra l'altro, al principio di effettività, nonché tesa alla valorizzazione in concreto delle garanzie riconosciute ai privati (6), si è assestata nel senso di cui sopra (7).

Non è quindi dirimente la medesimezza o meno della qualificazione giuridica del fatto, che potrebbe ben divergere nei due procedimenti senza che ciò osti a che la Corte EDU riconosca sussistente una violazione della disposizione in esame.

4. Sul concetto di reato

Per quanto la disposizione in esame faccia menzione del *reato*, quella specifica e più grave tipologia di illecito che è l'illecito *penale*, la giurisprudenza convenzionale applica anche all'art. 4 cit. la nota concezionista autonomista, secondo cui *reato* (e, di riflesso, *procedimento penale* e *sanzione penale*), nella prospettiva delle garanzie enucleate dalla Convenzione EDU, sono non soltanto quelli formalmente riconosciuti e qualificati come tali dagli ordinamenti domestici, ma altresì quelli che, *nella sostanza*, del reato e della pena abbiano l'*ubi consistam*.

In via segnata, con la nota sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* la Corte EDU precisava che, ai fini dell'applicazione delle garanzie riconosciute in materia *penale*, occorre guardare alla *sostanza* degli istituti domestici, perché anche illeciti e sanzioni formalmente non qualificati come *penali* da un ordinamento interno possono, nell'ottica della CEDU, per converso esserlo.

La valutazione del Giudice convenzionale è operata prendendo senz'altro le mosse dalla *qualificazione giuridica* operata dal Legislatore domestico,

(5) V. Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, § 119.

(6) Cfr., *inter alia*, Corte EDU, *Mamatkulov and Askarov c. Turchia*, § 123; ma v. anche Corte EDU, *Zolotukhin c. Russia*, § 80.

(7) Trattasi, pertanto, di un percorso argomentativo *uguale e contrario* rispetto a quello tradizionalmente coltivato dalla giurisprudenza domestica in relazione all'art. 649 c.p.p. Questo, infatti, ha un dato letterale che spinge già *ictu oculi* verso la tesi dell'*idem factum*. Questa, per, è stata recepita dall'interpretazione pretoria interna soltanto in tempi recenti, proprio sulla spinta della giurisprudenza convenzionale; per converso, in passato dominava in giurisprudenza la tesi per la quale potesse darsi soddisfazione alla garanzia di cui all'art. 649 c.p.p. anche semplicemente rispettando il divieto di *bis* nella prospettiva dell'*idem legale*.

che è importante punto di partenza; ma non è decisivo, in quanto altri criteri da considerare sono la *natura* della misura e il *grado di afflittività e severità* della sanzione ⁽⁸⁾.

In successive sentenze, nel confermare la sua (ormai pluridecennale) giurisprudenza, la Corte EDU ha precisato che altro elemento utile per indagare la natura *sostanziale* di un istituto è la sua finalità; se riparatoria e non sanzionatoria, si ha senz'altro un elemento che spinge nella direzione della natura non penale, neppure dal punto di vista convenzionale; e tuttavia, ben può accadere che la finalità punitiva e quella riparatoria coesistano, e ciò non preclude la possibilità che l'istituto venga considerato *penale*, "in senso Engel" ⁽⁹⁾.

Conseguentemente, il divieto di *bis in idem* di cui all'art. 4 cit. è stato ritenuto operante anche in casi in cui i due procedimenti relativi allo stesso "reato" non fossero due procedimenti penali; il già citato caso *Grande Stevens c. Italia*, del resto, va incluso proprio in questo perimetro concettuale, in quel caso uno dei due procedimenti essendo quello amministrativo innanzi alla CONSOB, cui s'è successivamente affiancato anche un giudizio penale.

5. Il requisito della previa sentenza definitiva sulla prima imputazione

La lettura della norma indurrebbe l'interprete a ritenere che la garanzia scatti, sempre ma unicamente, allorché la prima imputazione sia decisa con sentenza *definitiva* (concetto che non va inteso nel senso processualcivilistico del termine, ma più semplicemente come sinonimo di *passata in giudicato* e comunque *irrevocabile*).

S'impongono, tuttavia, talune precisazioni.

Innanzitutto, il principio del *ne bis in idem* di cui alla disposizione in esame non osta a che i due procedimenti pendano parallelamente; e tuttavia, allorché uno dei due sia *definito*, s'impone l'interruzione dell'altro.

Conseguentemente, criticità a livello di compatibilità convenzionale potrebbero emergere non nel caso in cui il medesimo *reato* (per il cui concetto valga quanto sopra scritto) sia oggetto, al contempo, di due differenti giudizi, ma soltanto quando, definito uno dei due predetti giudizi, il secondo non s'interrompa per l'effetto dell'avvenuta definizione del primo, e pretenda invece di continuare; tanto ha sancito la Corte EDU nella pronuncia resa in riferimento al caso *Nykänen c. Finlandia* ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 82.

⁽⁹⁾ V. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, §§ 29-30.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, §§48-49, "... The Court notes that Article 4 of Protocol No. 7 clearly prohibits consecutive proceedings if the first set of proceedings has

Tuttavia, successivamente al citato caso *Nykänen c. Finlandia*, la giurisprudenza della Corte EDU ha continuato la sua *actio finium regundorum* del perimetro applicativo del principio del *ne bis in idem*, ammettendo che, ricorrendo talune condizioni, la definizione nel merito (anche) del secondo procedimento possa non risolversi in violazione convenzionale.

In particolare, nella sentenza resa in relazione al caso *A e B c. Norvegia* ⁽¹¹⁾, il Giudice convenzionale ha precisato che l'art. 4 cit. può non esser violato allorché lo stesso *reato* (sempre nel senso suddetto) sia oggetto di due

already become final at the moment when the second set of proceedings is initiated (see for example *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], cited above).

49. As concerns parallel proceedings, Article 4 of Protocol No. 7 does not prohibit several concurrent sets of proceedings. In such a situation it cannot be said that an applicant is prosecuted several times “for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted” (see *Garaudy v. France* (dec.), no. 65831/01, ECHR 2003-IX (extracts)). There is no problem from the Convention point of view either when, in a situation of two parallel sets of proceedings, the second set of proceedings is discontinued after the first set of proceedings has become final (see *Zigarella v. Italy* (dec.), no. 48154/99, ECHR 2002-IX (extracts)). However, when no such discontinuation occurs, the Court has found a violation (see *Tomasović v. Croatia*, cited above, § 31; and *Muslija v. Bosnia and Herzegovina*, no. 32042/11, § 37, 14 January 2014)...

⁽¹¹⁾ *A e B c. Norvegia* “ ... Article 4 of Protocol No. 7 does not exclude the conduct of dual sets of proceedings, even to their term, provided that certain conditions are fulfilled. In particular, for the Court to be satisfied that there is no duplication (“bis”) of trial or punishment as proscribed by Article 4 of Protocol No. 7, the respondent State must demonstrate convincingly that the dual sets of proceedings in question have been *sufficiently closely connected in substance and in time*.

In other words, it must be shown that they have been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole. This implies not only that the purposes pursued and the means used to achieve them should in essence be complementary and linked in time, but also that the possible consequences of organising the legal treatment of the conduct concerned in such a manner should be proportionate and foreseeable for the persons affected.

131. As regards the conditions to be satisfied in order for dual sets of criminal and administrative proceedings to be regarded as sufficiently connected in substance and in time and thus compatible with the “bis” criterion in Article 4 of Protocol No. 7, the relevant considerations deriving from the Court’s case-law, as discussed above, may be summarised as follows.

132. Material factors for determining whether there is a sufficiently close connection in substance include:

- whether the different proceedings pursue complementary purposes and thus address, not only in abstracto but also in concreto, different aspects of the social misconduct involved;
- whether the duality of proceedings concerned is a foreseeable consequence, both in law and in practice, of the same impugned conduct (“in idem”);
- whether the relevant sets of proceedings are conducted in such a manner as to avoid as far as possible any duplication in the collection and in the assessment of the evidence, notably through adequate interaction between the various competent authorities to ensure that the establishment of the facts in one set of proceedings is replicated in the other;

differenti procedimenti, purché questi siano “strettamente connessi a livello sostanziale e cronologico” (12).

Perché si rimanga nel perimetro del convenzionalmente lecito, pertanto, occorre che i due procedimenti si intreccino o, comunque, che si prendano in reciproca considerazione, evitando così vere e proprie sovrapposizioni.

La Corte EDU non consegna agli interpreti una rigida casistica di situazioni convenzionalmente lecite contrapposta ad una di situazioni convenzionalmente illecite, per converso limitandosi a delineare taluni elementi da prendere in considerazione per accertare o meno la sussistenza della “stretta connessione a livello sostanziale” (e, per estensione, la sussistenza di un’ipotesi di compatibilità con l’art. 4 cit.).

Innanzitutto, un elemento a favore della ridetta “stretta connessione” è la differenza tra le finalità che animano i due procedimenti (uno, in tesi, sanzionatorio, e l’altro risarcitorio); questo, infatti, è indice che i due giudizi, più che sovrapporsi, son complementari.

Di rilievo è, poi, la possibilità per il procedimento che si definisce per secondo di tenere in considerazione, specie in punto di vista di *quantum* in caso di sanzioni pecuniarie, il provvedimento definitorio del primo procedimento.

Ancora, indice di compatibilità convenzionale è la circostanza che i due procedimenti valorizzino diversi profili della condotta dell’agente, come pure la tendenziale non duplicazione degli elementi istruttori acquisiti e valutati nei due procedimenti.

— and, above all, whether the sanction imposed in the proceedings which become final first is taken into account in those which become final last, so as to prevent the situation where the individual concerned is in the end made to bear an excessive burden, this latter risk being least likely to be present where there is in place an offsetting mechanism designed to ensure that the overall quantum of any penalties *imposed is proportionate ...*”.

(12) Con la sentenza *Jöbansson e altri c. Islanda*, la Corte EDU ha chiarito che la stretta connessione deve essere sia a livello sostanziale che a livello cronologico; con la conseguenza che, anche ammettendo la sussistenza di una connessione a livello sostanziale, l’eventuale mancanza della stretta connessione *in time* è elemento bastevole per ritenere sussistente la violazione convenzionale.

IV.
LA PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA
di Massimo Di Benedetto (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'aspetto strettamente procedurale della garanzia sancita dall'art. 6 § 2. — 3. Il *second aspect* di cui all'art. 6 § 2; il profilo *lato sensu* reputazionale del principio di presunzione di innocenza. — 4. L'approccio casistico della giurisprudenza convenzionale sul principio di presunzione di innocenza e l'importanza del linguaggio ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno di talune violazioni. Il caso del giudizio civile per il risarcimento dei danni intentato nei confronti dell'autore di un fatto illecito dopo che il danneggiante, in sede penale, è stato già prosciolto per quello stesso fatto. — 5. (*Segue*) altre applicazioni del versante reputazione del principio di presunzione d'innocenza. — 6. (*Segue*) brevi cenni sulla riforma Cartabia.

1. Introduzione

Il principio di presunzione di innocenza ⁽¹⁾ è consegnato agli interpreti dall'art. 6 § 2 della Convenzione, a tenore del quale “*Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata*”.

Si tratta di una garanzia variamente declinabile, in quanto essa ha senz'altro un profilo contenutistico squisitamente procedurale, ma va ben oltre. La stessa Corte EDU è di tanto consapevole, e fa riferimento a differenti “*aspects of the protection afforded by Article 6 § 2*” ⁽²⁾; i quali *aspects*, in verità, non sono una volta e per tutte esattamente individuati nei loro *ubi consistam* dalle pronunce della CEDU, foriera di una giurisprudenza dal noto approccio c.d. casistico.

Tanto premesso, volendo sforzarsi di operare una classificazione tipologica delle varie *sfumature garantistiche* riconducibili al principio convenzionale di presunzione di innocenza, può distinguersi tra:

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Non si ritiene utile lungamente intrattenersi, in questa sede, sulla scelta linguistica del Legislatore convenzionale, che opta per la terminologia presunzione *di innocenza* in luogo di quella, fatta propria dalla nostra Carta fondamentale, di presunzione *di non colpevolezza*.

(2) Una per tutte, v. Corte EDU *Allen c. Regno Unito*.

- l'aspetto strettamente procedurale;
- l'aspetto (*lato sensu* inteso) *reputazionale*.

Fermo restando, tuttavia, che l'operata distinzione tende spesso a sfumare, nei termini e per le ragioni che seguiranno.

2. L'aspetto strettamente procedurale della garanzia sancita dall'art. 6 § 2

L'operatività del principio di presunzione di innocenza come garanzia procedurale presuppone (logicamente, prima ancora che giuridicamente) l'esistenza di una *accusa penale* ⁽³⁾.

Plurime le proiezioni applicative della ridetta garanzia; in linea di principio, esse si inseriscono nel contesto del procedimento che veicola l'accusa nei confronti del singolo che invoca la presunzione. Tale precisazione è necessaria per concettualmente definire con maggior dettaglio i confini tra i due *aspects* del principio di presunzione d'innocenza.

In primo luogo, per quanto di rilievo pratico forse marginale, il "contenuto minimo" della garanzia procedurale in esame si risolve nel divieto per il giudice penale di far conseguire effetti giuridici sfavorevoli nei confronti dell'imputato in ragione di fatti di reato per i quali egli non viene condannato. Così, ad esempio, nel caso *Bikas c. Germania* ⁽⁴⁾ il ricorrente sosteneva di esser vittima di violazione convenzionale in quanto il giudice penale, all'atto della pronuncia della sua condanna per vari delitti sessuali, aveva motivato, in punto di dosimetria della pena, l'innalzamento della sanzione in ragione della convinzione che ai fatti per i quali irrogava condanna andavano sommati anche ulteriori atti criminosi di simile estrazione, per i quali tuttavia non provvedeva a pronunciare condanna, essendo già maturata la prescrizione.

Poi, la Corte EDU ⁽⁵⁾ considera come declinazioni della citata presunzione, nella sua veste procedurale:

⁽³⁾ Almeno nella sostanza; si dà qui per nota la giurisprudenza convenzionale sui "criteri Engel".

⁽⁴⁾ In cui il Giudice europeo esclude la violazione convenzionale apprezzate le specificità del caso concreto, ma certo non nega che, in linea di principio, può risultare in contrasto con l'art 6 § 2 l'aggravamento della condanna per un reato in ragione di precedenti reati, per i quali non s'è condannato, ma prosciolti per prescrizione.

⁽⁵⁾ Cfr. Corte EDU, *Barberà e altri c. Spagna*: "... 77. Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that ... the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him ..."; *ma v. anche Corte EDU, Telfner c. Austria*: "... 15 ... the presumption of innocence will be infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence ...".

- la regola condensabile nel noto brocardo *in dubio pro reo*;
- il principio che vuole l'onere della prova addossato all'accusa, e non all'accusato;
- l'obbligo per la pubblica accusa di informare dell'imputazione l'accusato, perché questi possa predisporre la sua difesa.

Sempre sul versante procedurale dell'art. 6 § 2, si collocano il dovere per il giudice di approcciarsi al caso in modo non prevenuto, “senza alcun preconetto circa il fatto che l'accusato abbia in effetti commesso l'illecito” (6), nonché il privilegio contro l'autoincriminazione (7).

Un ultimo contenuto della garanzia procedurale in esame si risolve nel dovere per il giudice di evitare “*espressioni premature di colpevolezza dell'imputato da parte del giudice*” (8). Questa declinazione del principio di presunzione d'innocenza nella sua veste procedurale funge da anello di congiunzione con l'altro aspetto della garanzia di cui all'art. 6 § 2, quello *lato sensu* reputazionale.

3. Il *second aspect* di cui all'art. 6 § 2; il profilo *lato sensu* reputazionale del principio di presunzione di innocenza

Nella sentenza resa nel caso *Allen c. Regno Unito*, la Grande Camera della Corte EDU, dopo aver ripercorso il contenuto della presunzione di innocenza come garanzia procedurale, aggiunge (§94): “*E tuttavia, in linea con l'esigenza di assicurare che il diritto garantito dall'articolo 6 § 2 sia concreto ed effettivo, la presunzione di innocenza ha anche un altro aspetto.*

Il suo obiettivo generale, sotto questo secondo aspetto, è tutelare le persone che sono state assolte da un'accusa penale, o nei confronti delle quali il procedimento penale è stato interrotto, dall'essere trattati da pubblici ufficiali e da autorità come se fossero invece colpevoli dell'imputazione mossa nei loro confronti.

In questi casi, la presunzione di non colpevolezza ha già operato, attraverso l'applicazione in sede processuale dei vari requisiti procedurali che essa offre, per evitare che venga inflitta una condanna penale ingiusta.

Senza una tutela che garantisca il rispetto della assoluzione o della decisione di archiviazione in qualsiasi altro procedimento, le garanzie del giusto processo dell'articolo 6 garanzie dell'articolo 6 § 2 rischiano di diventare teoriche e illusorie.

(6) Cfr. Corte EDU, *Bikas c. Germania* “...42. When carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged...”.

(7) V. Corte EDU, *Saunders c. Francia*, § 28.

(8) Cfr. Corte EDU, *Nešták c. Slovacchia*, § 88.

In gioco, una volta concluso il procedimento penale, c'è anche la reputazione di una persona e il modo in cui questa viene percepita dal pubblico.

In una certa misura, la protezione offerta dall'articolo 6 § 2 a questo riguardo può sovrapporsi alla protezione offerta dall'articolo 8".

In sintesi: al contenuto procedurale della presunzione d'innocenza si affianca un contenuto reputazionale, *id est* il diritto del singolo a non vedersi addossata una responsabilità penale dalle autorità pubbliche (magistratura in senso ad altri giudizi, ma non solamente) in nessuna sede (quindi non soltanto nel processo dedicato all'accertamento della penale responsabilità in relazione al fatto materiale cui si riferisce la presunzione d'innocenza); se, ovviamente, non sussiste una condanna penale irrevocabile.

Nel passaggio trascritto della sentenza *Allen c. Regno Unito*, la Corte EDU fa riferimento ai casi in cui il procedimento penale c'è stato e si è chiuso in senso (più o meno) favorevole all'imputato, ossia con assoluzione nel merito o anche soltanto con un più generico proscioglimento (da ricondursi al concetto di *discontinuation*/"interruzione del processo", ad esempio per prescrizione del reato), che non accerta la mancanza di penale responsabilità, ma neppure accerta la sua sussistenza.

E tuttavia, in diverse pronunce il Giudice convenzionale ha reso chiaro che questo aspetto della garanzia in esame opera anche in casi in cui:

- il processo penale sia ancora pendente;
- il processo penale non sia neppure iniziato ⁽⁹⁾.

Conseguentemente, volendo sforzarsi di enucleare un principio di diritto convenzionale in relazione al *second aspect* dell'art. 6 § 2, potrebbe concludersi che la presunzione di innocenza osta a che il singolo non irrevocabilmente condannato in sede penale si veda addossata un'affermazione di penale responsabilità. E ciò:

- tanto nel caso in cui la forma di tale affermazione di responsabilità sia esplicita, quanto nel caso in cui sia implicita ⁽¹⁰⁾;
- sia che tale affermazione provenga dalla magistratura, in senso ad un procedimento parallelo o successivo rispetto a quello penale, sia che provenga da un'altra pubblica autorità ⁽¹¹⁾;

⁽⁹⁾ Cfr. Corte EDU, *Alenet De Ribemont c. Francia*, §§ 37 e 39-41.

⁽¹⁰⁾ V. Corte EDU, *Ringvold c. Norvegia*, § 38.

⁽¹¹⁾ Com'era, ad esempio, nel citato caso *Alenet De Ribemont*, ove la violazione, tra l'altro, si è concretata nelle dichiarazioni rese alla stampa da cariche apicali della polizia francese, alla presenza di un membro del Governo.

— sia che un processo penale avente ad oggetto il fatto storico preso in considerazione esista, sia che esso neppure esista ⁽¹²⁾; e, nel primo caso, sia che tale processo si sia definito ⁽¹³⁾ sia che ancora penda.

Come correttamente evidenziato dalla stessa Corte EDU nel trascritto passaggio, è innegabile la sovrapposizione, almeno parziale, di questa sfumatura della garanzia in esame col perimetro concettuale del diritto alla reputazione del singolo.

Addirittura, la Corte EDU ⁽¹⁴⁾ ha precisato che l'art. 6 § 2 opera altresì nei confronti della stessa sentenza che assolve l'imputato dall'imputazione

⁽¹²⁾ Di bel nuovo, com'era nel caso *Allenet De Ribemont*, ove, al momento delle dichiarazioni alla stampa, il ricorrente era stato da poco arrestato, e non c'era ancora neppure una imputazione nei suoi confronti.

⁽¹³⁾ Chiaramente in senso favorevole al singolo, o non vi sarebbe problema alcuno. Ciò posto, la Corte EDU ha comunque precisato che è possibile distinguere tra sentenze penali che affermano l'innocenza nel merito dell'incolpato, e sentenze di proscioglimento per prescrizione o comunque che interrompono in rito il giudizio, senza però affermare l'innocenza nel merito dell'imputato. Mentre nel primo caso la presunzione d'innocenza impedisce anche soltanto che successivi atti e pronunce mettano in dubbio l'innocenza dell'assolto, nel secondo lo standard garantistico è più basso, ed è sufficiente che i successivi atti e pronunce non riflettano l'idea della sua colpevolezza (che è qualcosa in meno rispetto al "non mettere in dubbio la sua innocenza"). Si veda, tra le altre, Corte EDU *Marziano c. Italia*, secondo cui "...31. Or une distinction doit être faite entre les décisions qui reflètent le sentiment que la personne concernée est coupable et celles qui se bornent à décrire un état de suspicion. Les premières violent la présomption d'innocence, tandis que les deuxièmes ont été à plusieurs reprises considérées comme conformes à l'esprit de l'article 6 de la Convention (voir les arrêts Leutscher c. Pays-Bas du 26 mars 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, p. 436, § 31 et Lutz c. Allemagne du 25 août 1987, série A no 123, pp. 25-26, § 62, ainsi que les arrêts Englert c. Allemagne du 25 août 1987, série A no 123, p. 55, § 39, et Nölkenbockhoff c. Allemagne du 25 août 1987, série A no 123, pp. 80-81, § 39)...".

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte EDU, *Cleve c. Germania*: "41. In contrast, the present case concerns the alleged breach of the presumption of innocence by a domestic court at the time when, having closed the hearing, it was called upon to make, and give reasons for, its decision on the applicant's guilt or innocence by assessing all the evidence before it. It emerges from the Court's case-law (see paragraph 36 above) that, at that stage of the proceedings, the trial court is not precluded by the presumption of innocence to voice remaining suspicions against the accused when acquitting him of the charges on account of insufficiency of proof. This can be deducted from the prohibition on voicing any suspicions of guilt, including those expressed in the reasons for the acquittal (emphasis added), once an acquittal has become final (ibid.). However, under the Court's case-law, the protection afforded by the presumption of innocence ceases only once an accused has properly been proved guilty of the offence charged with (see paragraph 37 above), which is never the case if he is acquitted. Consequently, the presumption of innocence applies to the reasons given in a judgment acquitting the accused in its operative provisions, from which the reasoning cannot be dissociated (see, in particular, *T.H. v. Sweden*, cited above; and compare *Adolf*, cited above, §§ 38-39, both referred to in paragraph 34 above). It may be breached if the reasoning reflects an opinion that the accused is in fact guilty (see paragraph 32 above)".

interessata dalla presunzione di innocenza, allorché questa, in disparte il dispositivo liberatorio, rifletta per converso l'idea della penale responsabilità dell'imputato.

Quest'ultima declinazione del principio in esame si colloca trasversalmente tra i due profili dell'art. 6 § 2: essendo relativa ad un atto del processo penale che ha ad oggetto il fatto cui si riferisce la presunzione d'innocenza, potrebbe ben sussumersi nel perimetro concettuale dell'aspetto procedurale della garanzia. E tuttavia, il suo *ubi consistam* la avvicina al secondo profilo attenzionato: infatti, allorché il singolo venga assolto dall'accusa penale con sentenza della dedicata magistratura, il pregiudizio che detta sentenza può arrecargli si limita, con ogni evidenza, al profilo *lato sensu* reputazionale dello stesso (appunto nel caso di una sentenza che, pur liberatoria nel dispositivo, tuttavia in parte motiva affermi, se anche solo in modo implicito, la colpevolezza del prosciolto).

4. L'approccio casistico della giurisprudenza convenzionale sul principio di presunzione di innocenza e l'importanza del linguaggio ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno di talune violazioni. Il caso del giudizio civile per il risarcimento dei danni intentato nei confronti dell'autore di un fatto illecito dopo che il danneggiante, in sede penale, è stato già prosciolto per quello stesso fatto

Da quanto in precedenza scritto si ricava che, come standard, il versante reputazionale del principio di presunzione di innocenza è interpretato, in sintonia con quel peculiare canone ermeneutico che è il principio di effettività⁽¹⁵⁾, in termini ampi: nessun soggetto, in nessuna occasione, con nessuna modalità può affermare la penale responsabilità di chi non sia già stato, per quel fatto, irrevocabilmente condannato in sede penale.

Questa la premessa, la giurisprudenza convenzionale in punto di presunzione d'innocenza è modello archetipico del c.d. approccio casistico della Corte EDU: questa, infatti, prendendo le mosse dalla regola generale appena compendiata, che parrebbe *ictu oculi* non lasciare margini alcuni per la compressione del diritto di cui all'art. 6 § 2, ha invece modulato con differente intensità tali margini, permettendo in taluni casi non certo l'annullamento, ma una qualche compressione della pluricitata presunzione, e comunque un ammorbidimento dei parametri alla cui stregua esaminare i casi sottoposti alla sua attenzione. Ciò che ha fatto (è evidente agli occhi degli

⁽¹⁵⁾ Cfr., *inter alia*, Corte EDU, *Mamatkulov and Askarov c. Turchia*, § 123; ma v. anche Corte EDU, *Zolotukhin c. Russia*, § 80

interpreti, pur nell'assenza di una esplicita generale spiegazione da parte del Giudice europeo, mancanza ben sintonica col modello casistico già cennato) allorché la condotta implicate detta compressione fosse giustificata dall'esigenza di tutelare altri e diversi diritti convenzionali, specie se in seno a procedimenti che, per natura e struttura, e quindi fisiologicamente, tendono ad avere punti di contatto con la questione della sussistenza o meno del reato ⁽¹⁶⁾.

Il caso di maggiore interesse pratico (tra i vari comunque di rilievo) è quello in cui uno stesso fatto materiale (si pensi alla condotta che cagiona lesioni personali) per un verso sia stato oggetto di un processo penale definitosi in senso favorevole all'imputato, e per l'altro verso abbia portato ad una causa civile di danni. In una situazione di tal fatta il giudice civile ritualmente adito dalla vittima danneggiata non soltanto *potrà*, ma anzi *dovrà* esaminare l'esistenza di tale fatto (in quanto, nel nostro esempio, suppostamente integrante la materialità dell'illecito civile su cui deve pronunciarsi); la Corte EDU, infatti, non ha mai sancito che il proscioglimento in sede penale osti, di per sé, ad un successivo giudizio civile per danni, anche nel caso in cui questi siano causalmente ricondotti alla stessa condotta materiale presa in considerazione in sede penale ⁽¹⁷⁾.

In un caso del genere, in cui l'ipotizzato illecito civile tende a coincidere, negli elementi costitutivi, con l'illecito penale per il quale non c'è stata condanna, è fisiologico che la sentenza sul risarcimento prenda posizione sull'esistenza del fatto, come anche sulla sua riferibilità soggettiva al singolo già prosciolto in sede penale, e financo sul coefficiente psicologico del danneggiante/convenuto, già imputato prosciolto.

In ipotesi di tal fatta è possibile che talune statuizioni del giudice civile rischino di esser lette come affermazioni di responsabilità (anche) penale; del resto, il giudice civile deve esaminare la domanda di danni (e gli elementi costitutivi dell'illecito civile, s'insiste, posso coincidere, anche ampiamente,

⁽¹⁶⁾ Cfr. *Vella c. Malta* "57. ... However, when regard is had to the nature and context of the particular proceedings, even the use of some unfortunate language may not be decisive. The Court's case-law provides some examples of instances where no violation of Article 6 § 2 has been found, even though the language used by the domestic authorities and courts was criticized".

⁽¹⁷⁾ Ciò che non toglie — si precisa per completezza senza però intrattenersi sul punto, siccome fuori fuoco rispetto all'oggetto della trattazione — che limiti possano invece derivare dalla legislazione domestica; è il caso, ad esempio, della vittima danneggiata che ha scelto di costituirsi parte civile in sede penale e che, se il dibattimento si chiude con pronuncia di assoluzione, non può poi tentare *anche* la strada del separato giudizio civile.

con quelli dell'illecito penale), e deve altresì motivare circa il suo accoglimento o la sua reiezione ⁽¹⁸⁾.

Orbene, la Corte EDU, chiamata a pronunciare sull'esistenza di violazione convenzionale suppostamente perpetrata dal giudicante civile per inosservanza della presunzione di innocenza, ha in più occasioni valorizzato l'importanza del linguaggio e della terminologia utilizzata dal giudice civile.

Così, una sentenza civile che non usi termini squisitamente penalistici, che non sancisca espressamente né implichi univocamente la sussistenza della responsabilità (anche) penale, che precisi che il suo oggetto è limitato ai fini civilistici non implica una violazione. In questa prospettiva, le eventuali "cautionary statements" (ad es. esplicitazione che non si sta accertando alcuna responsabilità penale; che non è interesse del giudicante civile accertare l'esistenza del reato in quanto tale; che si tratta del reato unicamente se e nella misura in cui lo richieda l'esame della domanda civile di danni) che dovessero arricchire la decisione civile sarebbero ulteriori elementi nel senso dell'insussistenza della violazione.

La difficoltà (al solito, connaturata all'approccio casistico del Giudice convenzionale) dimora nel rilievo che, nel caso concreto, taluni elementi potrebbero spingere nel senso della sussistenza della violazione, e talaltri nel senso opposto; è il caso, in tesi, di una sentenza civile (per restare all'esempio di cui sopra) che, da una parte, precisi espressamente che oggetto del suo *decisum* è l'accertamento della responsabilità solo civile, e non anche penale, del convenuto; dall'altra, però, si esprima in termini sostanzialmente implicando la responsabilità non soltanto civile, ma anche penale.

In casi come questi, inevitabilmente la Corte EDU ⁽¹⁹⁾ ha sancito la necessità di non soffermarsi atomisticamente sulle singole frasi, per converso

⁽¹⁸⁾ La sentenza priva di motivazione, del resto, non è solo distonica con l'art. 111 della nostra Carta fondamentale, ma anche col sistema convenzionale (cfr. Corte EDU, *Taxquet v. Belgium*, § 91).

⁽¹⁹⁾ V. *Fleischner c. Germania*: "64. ... Even the use of expressions from the sphere of criminal law, such as "deprivation of liberty" and "coercion" in the present case, has not led the Court to find a violation of that provision where, *read in the context of the judgment as a whole* the use of the said expressions could not reasonably have been understood as an affirmation imputing criminal liability (see, *mutatis mutandis*, *N.A. v. Norway*, no. 27473/11, § 48, 18 December 2014). 65. In cases of unfortunate language the Court has considered it necessary to look at the context of the proceedings as a whole and their special features (see *N.A. v. Norway*, cited above, §§ 41, 42 and 49; *Reeves v. Norway* (dec.), no. 4248/02, 8 July 2004; and *Ringvold v. Norway*, no. 34964/97, § 38, ECHR 2003 II). These features became decisive factors in the assessment of whether that statement gave rise to a violation of Article 6 § 2 of the Convention. The Court considers that these features are also applicable where the language of a judgment might be misunderstood but can, on the basis of a correct assessment of the domestic law context, not be qualified as a statement of criminal guilt ...".

occorrendo considerare la sentenza nella sua interezza. In questo modo, si potrà meglio apprezzare se in effetti il giudice civile ha inteso sancire una responsabilità (anche) penale del convenuto danneggiante, così perpetrando la violazione convenzionale; o se, per converso, le “frasi incriminate” possano essere liquidate come “*the use of some unfortunate language*”, tuttavia da ridimensionare se collocate nel contesto di un’intera pronuncia che, globalmente, non soltanto non sancisce espressamente la sussistenza di una responsabilità penale, ma neppure la lasci intendere nella sostanza (perché, ad esempio, le citate “frasi incriminate” sono bilanciate dal fraseggio “di segno opposto” e sintonico con la presunzione d’innocenza nei termini suddetti).

5. (Segue) altre applicazioni del versante reputazione del principio di presunzione d’innocenza

I principi generali delineati nel paragrafo 3, s’è visto nel paragrafo immediatamente precedente al presente, trovano una specificazione nella giurisprudenza convenzionale relativa al rapporto tra presunzione d’innocenza e giudizio civile per il risarcimento che segue quello penale definitosi in senso favorevole all’imputato, poi convenuto in sede civile.

Per quanto tale ipotesi sia forse quella di maggiore rilievo dal punto di vista pratico, svariate altre sono le situazioni prese in considerazione, negli anni, dal Giudice europeo.

In verità, la sostanza del ragionamento, almeno nei suoi termini concettuali, non cambia rispetto a quello sopra sviluppato. A tutte le dette situazioni, infatti, si applica, *mutatis mutandis*, la regola generale per cui leggeri temperamenti ⁽²⁰⁾ al rigido standard per cui, senza una condanna penale irrevocabile, nessuno può vedersi accollata una penale responsabilità o anche solo il suo sospetto possono aversi soltanto allorquando ciò si renda necessario per la fisiologia e per la natura di un differente procedimento. Per dirla con la CEDU ⁽²¹⁾, “*non c’è un unico approccio per stabilire le circostanze in cui l’Articolo viene violato nel contesto di procedimenti che seguono il processo penale ... molto dipenderà dalla natura e dal contesto dei giudizi in cui è stata pronunciata la decisione che si contesta*”.

⁽²⁰⁾ *Temperamenti*, vale precisare, non nel senso che permettono l’affermazione di penale responsabilità di chi era stato prosciolto in sede penale, ma nel senso che il giudizio della Corte EDU circa la sussistenza della violazione può essere effettuato con minor rigidità (ad esempio considerando con maggiore tolleranza l’uso dell’*unfortunate language* di cui s’è sopra scritto).

⁽²¹⁾ Corte EDU, *Allen c. Regno Unito*; “...there is no single approach to ascertaining the circumstances in which that Article will be violated in the context of proceedings which follow the conclusion of criminal proceedings ... much will depend on the nature and context of the proceedings in which the impugned decision was adopted ...”.

Prendendo le mosse dalle rassegnate direttrici ermeneutiche, la Corte EDU ha quindi affrontato, tra gli altri, i seguenti casi:

— giudizio di rimborso di spese sostenute nel precedente processo penale da chi è stato poi prosciolto ⁽²²⁾;

— contemporanea pendenza del giudizio penale a carico del ricorrente e di un secondo processo penale, a carico dei soggetti suppostamente concorrenti con il ricorrente ⁽²³⁾;

— confisca (sostanzialmente penale) di un terreno appartenente a ricorrente il cui processo penale si era definito con proscioglimento per intervenuta prescrizione ⁽²⁴⁾;

— giudizio disciplinare che segue processo penale definitosi in senso favorevole all'incolpato in sede disciplinare ⁽²⁵⁾;

⁽²²⁾ Cfr. Corte EDU, *Englert c. Germania*.

⁽²³⁾ V. Corte EDU, *Karaman c. Germania*, in cui la CEDU ha escluso la violazione ai danni del ricorrente, processato separatamente, sebbene in parte motiva della sentenza pronunciata nei confronti dei suoi concorrenti fosse chiaramente indicata la seria possibilità del suo coinvolgimento nel crimine; ciò che ha fatto conformandosi ai principi esposti in precedenza, e quindi considerando la natura del giudizio, il contesto, l'effettiva possibilità del giudice suppostamente autore della violazione di agire diversamente; "... The Court accepts that in this context *it was unavoidable for the court to mention the concrete role played* and even the intentions held by all the persons behind the scenes in Turkey, including the applicant...

67. The Court will further examine if *the criminal court has made it sufficiently clear that it did not implicitly also decide on the applicant's guilt. [...]*

69. It is more important to note that, by referring to the applicant as "separately prosecuted" throughout the judgment, the court underlined the fact that it was not called upon to determine the applicant's guilt but, in line with the provisions of domestic law on criminal procedure, was only concerned with assessing the criminal responsibility of those accused within the scope of the proceedings at issue. The legal assessment in part III of the judgment alludes to the "persons behind the scenes" and does not contain any statement that might be understood as an assessment of the applicant's guilt.

70. The Court finally observes that in the introductory remarks to the judgment's internet publication as well as in the Federal Constitutional Court's decision of 3 September 2009 dismissing the applicant's constitutional complaint, it was emphasised that it would be contrary to the presumption of innocence to attribute any guilt to the applicant and that an assessment of his possible involvement in the crime had to be left to the main proceedings to be conducted against him. The Court is thus satisfied that the courts avoided, as far as possible in the context of a judgment involving several co-suspects of which not all were present, to give the impression of prejudging the applicant's guilt. There is nothing in the judgment of the Frankfurt am Main Regional Court that makes it impossible for the applicant to have a fair trial in the cases in which he is involved ...".

⁽²⁴⁾ V. Corte EDU, *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*.

⁽²⁵⁾ Cfr. Corte EDU, *Teodor c. Romani*, §§ 42-44.

— pubbliche dichiarazioni delle autorità, violatrici della presunzione di innocenza di un soggetto perché ascrivono a questi il compimento di un fatto di reato per il quale non è neppure stato ancora imputato ⁽²⁶⁾.

6. (Segue) brevi cenni sulla Riforma Cartabia

Appena il caso di segnalare, seppure sia questione non strettamente inerente al profilo in trattazione, il recente intervento legislativo in chiave rafforzativa del principio di presunzione d'innocenza. Si fa riferimento al decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188 ⁽²⁷⁾, recante le disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza.

Segnatamente, nel breve testo di sei articoli, il Legislatore:

- ha disciplinato la materia delle dichiarazioni delle autorità pubbliche sulla colpevolezza delle persone fisiche sottoposte a procedimento penale;
- ha riordinato l'ambito dei rapporti dell'ufficio del pubblico ministero con gli organi di informazioni;
- ha previsto una modifica al codice del rito penale a mezzo dell'introduzione di un nuovo articolo 115-*bis*, rubricato “*garanzia della presunzione d'innocenza*”.

L'articolo 115-*bis*, in via segnata, appronta, tra l'altro, un sistema di tutele a fronte della ritenuta violazione di una garanzia costituzionalmente prevista, qual è quella per cui *l'imputato non è considerato colpevole fino alla sentenza definitiva di condanna*. È previsto, infatti, che, nel caso in cui siano violate le disposizioni di cui al comma 1, all'interessato è concesso richiedere la correzione del provvedimento, ove ciò si renda necessario al fine di salvaguardarne la presunzione d'innocenza nel processo ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Cfr. Corte EDU, *Alenet de Ribemont c. Francia*.

⁽²⁷⁾ Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

⁽²⁸⁾ Sull'istanza di correzione è il giudice che procede a provvedere, con decreto motivato, entro 48 ore. Si tratta, peraltro, di decreto opponibile al presidente del Tribunale o della Corte (il quale decide con decreto senza formalità di procedura) nei dieci giorni successivi alla notifica all'interessato e alle altre parti, o alla comunicazione al pubblico ministero.

Vademecum

Quesiti Corte EDU	<ul style="list-style-type: none"> • La presunta dichiarazione di colpevolezza del ricorrente compiuta nel procedimento civile di risarcimento danni ha violato il principio della presunzione di innocenza, garantito dall'art. 6 § 2 della Convenzione? • Il rigetto della domanda di risarcimento danni proposta dal ricorrente in sede civile ha violato il principio della presunzione di innocenza, garantito dall'art. 6 § 2 della Convenzione? • La presunzione di innocenza è stata in questo caso garantita, considerate le affermazioni contenute nella sentenza contestata?
Indicazioni operative	<ul style="list-style-type: none"> • Nel giudizio penale nei confronti del singolo, accertare il rispetto di tutti i corollari che la Corte EDU lega al profilo procedurale della presunzione d'innocenza, tra i quali: <ul style="list-style-type: none"> — la corretta distribuzione dell'onere della prova; — il diritto a non autoincriminarsi; — la necessità che il giudice si astenga da atti e dichiarazioni che indichino che egli ha già un giudizio (quindi, in senso ontologico, un <i>pregiudizio</i>, siccome precede la sentenza di merito) circa la penale responsabilità dell'imputato. • In qualsiasi altro procedimento e processo diverso e ulteriore rispetto a quello penale dedicato ad un possibile fatto di reato, non ancora irrevocabilmente accertato con sentenza di condanna: <ul style="list-style-type: none"> — prestare massima attenzione al linguaggio e alla terminologia utilizzati, evitando non soltanto di affermare <i>espressamente</i> la penale responsabilità del soggetto (altrove processato), ma anche evitando di <i>implicitamente</i> lasciare intendere una sua responsabilità penale; — allorché sia inevitabile trattare anche di elementi costitutivi del reato (perché, in tesi, coincidenti in parte con il <i>thema decidendum</i> di questo nuovo giudizio), precisare qual è l'oggetto del giudizio, e che esso non è comunque l'accertamento di responsabilità penali; — l'utilizzo di cautionary statements (ad es. "fermo che in questa sede non è in discussione l'esistenza di una responsabilità penale del convenuto, responsabilità accertata già altrove da competente magistratura") può, in caso di contestazioni, rilevare in senso favorevole al Governo per l'esclusione della violazione; — evitare l'utilizzo di terminologia e lessico propri del diritto penale, qualora possibile.

