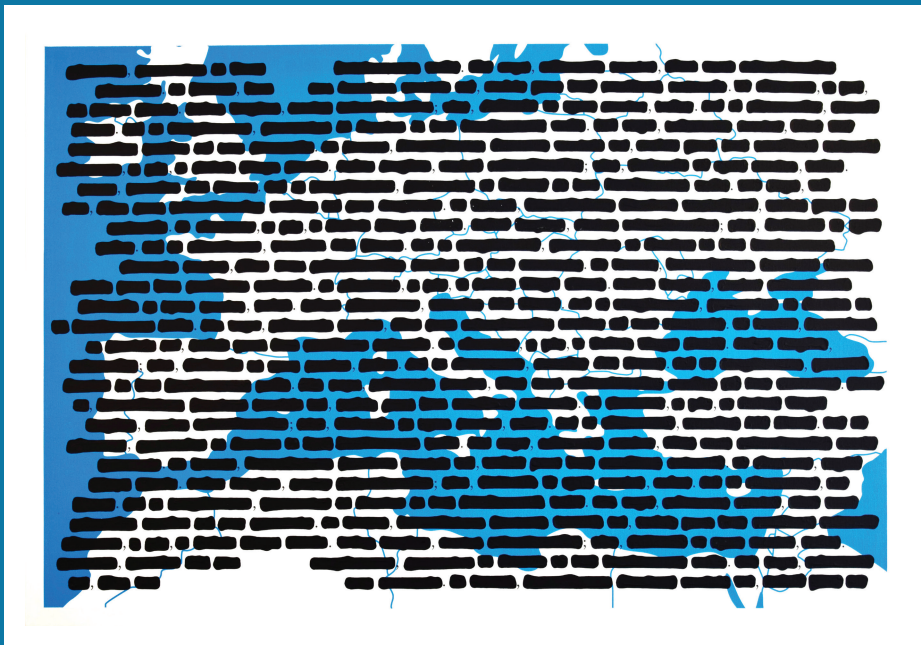


# IL DIRITTO EUROPEO E IL GIUDICE NAZIONALE

## II.II

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

*L'interpretazione e l'applicazione della CEDU  
nella giurisprudenza della Corte di cassazione*









# IL DIRITTO EUROPEO E IL GIUDICE NAZIONALE

## II.II

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

*L'interpretazione e l'applicazione della CEDU  
nella giurisprudenza della Corte di cassazione*

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](http://www.giuffrefrancislefebvre.it)

---

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

# INDICE SOMMARIO

## Parte II

### L'INTERPRETAZIONE E L'APPLICAZIONE DELLA CEDU NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

#### Sezione I CIVILE

##### I.

##### INQUADRAMENTO GENERALE

##### I.

#### L'INCIDENZA DELLA CEDU SULL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di *Roberto Giovanni Conti*

1.	Ruolo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. . . . .	7
2.	La Corte di cassazione ed il suo cammino verso e per i diritti dell'uomo. . . . .	12
3.	Chi sono dunque i protagonisti del viaggio verso i diritti della persona? Il giudice nazionale. . . . .	13
4.	I rinvii pregiudiziali come circolo virtuoso fra le giurisdizioni nazionali e sovranazionali . . . . .	14
5.	La mancata ratifica del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU da parte dell'Italia. La necessità di un dialogo diretto fra giudice nazionale e Corte EDU "prima" del verdetto finale. . . . .	16
6.	Qual è dunque la posta in gioco? . . . . .	19
7.	I protocolli d'intesa fra le Corti nazionali e la Corte EDU e la fiducia come colla fra le giurisdizioni . . . . .	23
8.	Il ruolo del giudice comune, di merito e di legittimità nell'interpretazione. . . . .	24
9.	Qual è il ruolo dell'Avvocato rispetto ai diritti umani e alla CEDU? . . . . .	25
10.	La logica della fiducia e la revocazione/revisione delle sentenze del giudice italiano contrarie alla CEDU . . . . .	28
11.	La formazione ed il ruolo del giudice comune e dell'avvocato . . . . .	31
12.	Conclusioni. Verso un diritto più giusto e vero non può tralasciare la CEDU. . .	33

II.

DIRITTI CIVILI

I.

**ADOZIONE DI PERSONE MINORI D'ETÀ**

di *Grazia Ofelia Cesaro*

1. Premessa . . . . .	41
2. La rescissione del legame familiare quale <i>extrema ratio</i> : le interazioni della giurisprudenza di legittimità con le indicazioni della Corte EDU . . . . .	42
3. Le garanzie procedurali nei procedimenti per la declaratoria dello stato di adottabilità e l'obbligo di motivazione rafforzata . . . . .	45
4. La valutazione sull'adeguatezza delle figure vicarianti e i contatti con i genitori .	50
5. L'adozione c.d. "mite" e l'adozione "aperta" quali ipotesi di applicazione dell'obbligo positivo di cui all'art. 8 Convenzione EDU . . . . .	51

II.

**MODELLI FAMILIARI ED EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA**

di *Salvatore Patti*

1. Il progressivo avvicinamento dei modelli familiari in Europa . . . . .	57
2. Le affinità: verso un linguaggio giuridico condiviso delle relazioni familiari . . .	58
3. L'evoluzione del matrimonio . . . . .	60
4. Dalla famiglia "isola" all'arcipelago . . . . .	61
5. Modelli di regime patrimoniale e di scioglimento del matrimonio . . . . .	61
6. Nuovi modelli di famiglia . . . . .	65
7. Modelli di convivenza . . . . .	67
8. Modelli di disciplina del rapporto tra genitori e figli . . . . .	69
9. Modelli genitoriali e maternità surrogata . . . . .	70

III.

**FILIAZIONE E PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA**

di *Laura Tomasi*

1. La filiazione tra giurisprudenza della Corte EDU e giurisprudenza di legittimità.	75
2. Filiazione e identità personale: il diritto a conoscere le proprie origini . . . . .	76
3. Filiazione e cognome familiare . . . . .	80
4. Filiazione e azioni di stato. . . . .	85
5. I diritti del figlio nella crisi familiare. . . . .	91
5.1. Affidamento e diritto di visita del genitore non convivente . . . . .	91
5.2. Diritto di visita e allegazioni di violenza domestica . . . . .	96
5.3. Sottrazione internazionale . . . . .	97
5.4. Tutela dei rapporti tra il minore e i nonni . . . . .	101
6. Situazione di abbandono del minore, adottabilità, adozione mite . . . . .	102
7. Filiazione e nuove modalità procreative: la PMA... . . . . .	106

8.	... e la GPA . . . . .	111
9.	Considerazioni conclusive . . . . .	118

IV.

**LA FAMIGLIA MIGRANTE**

di *Martina Flamini*

1.	Premessa . . . . .	121
2.	Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo . . . . .	123
2.1.	Il diritto al ricongiungimento familiare . . . . .	124
2.2.	La rilevanza dei legami familiari come limite all'espulsione . . . . .	129
2.2.1.	In particolare, il giudizio di bilanciamento con la pericolosità sociale. . . . .	135
2.3.	L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero (art. 31, comma 3, del D. lgs. n. 286 del 1998). . . . .	138
3.	Il diritto all'unità familiare del cittadino dell'Unione europea ed italiano in relazione al familiare di Paese terzo . . . . .	140
3.1.	Le categorie di persone comprese nella nozione di "familiare" . . . . .	141
3.1.1.	I matrimoni e le unioni registrate contratte tra persone dello stesso sesso. . . . .	141
3.1.2.	I discendenti non compresi nella nozione di "familiare" . . . . .	143
3.1.3.	La nozione di familiare "a carico" . . . . .	145
3.2.	La categoria degli "altri familiari" . . . . .	146

V.

**IL DIRITTO DI ASILO E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. UNA RICOGNIZIONE GENERALE**

di *Maria Acierno*

1.	Asilo: non un'unica nozione. . . . .	149
2.	La protezione umanitaria . . . . .	151
3.	La protezione internazionale: una risposta parziale. . . . .	154
4.	L'orientamento sessuale e le discriminazioni di genere . . . . .	155
5.	Conclusioni . . . . .	157

VI.

**DIRITTI E LIBERTÀ FONDAMENTALI**

di *Roberto Giovanni Conti*

1.	Premesse . . . . .	159
2.	La dimensione costituzionale-nazionale del diritto alla protezione umanitaria: tra comparazione "attenuata" e valorizzazione del diritto alla vita privata e/o familiare . . . . .	160
3.	Diritto al riconoscimento dei legami familiari nell'ordine pubblico internazionale: tra libertà di autodeterminazione della donna e (superiore) interesse del minore. . . . .	163
4.	Diritto alla vita (privata) e libertà di autodeterminazione terapeutica . . . . .	169
5.	Diritto all'oblio <i>versus</i> diritto alla conoscenza delle proprie origini . . . . .	170



6.	Diritto all'oblio <i>versus</i> diritto alla conoscenza . . . . .	173
7.	Il tramonto del diritto alla pubblicità dell'udienza . . . . .	175
8.	Il <i>ragionevole</i> riconoscimento del diritto alla <i>ragionevole</i> durata del processo . . . . .	176
9.	Accesso al giudizio di legittimità <i>versus</i> accesso degli stranieri nel territorio dello Stato. La procura speciale nei giudizi di legittimità . . . . .	179
10.	Il diritto al rispetto dei propri beni e la qualità della legge rispetto al canone generale della legalità. . . . .	181
11.	Il ragionevole accomodamento e bilanciamento tra diritto di libertà religiosa — positiva e negativa — . . . . .	185
12.	Per tirare le fila del discorso. Il ruolo degli operatori . . . . .	186

VII.

**LIBERTÀ FONDAMENTALI: RELIGIONE E OBIEZIONE DI COSCIENZA**

di *Carmelo Sgroi*

1.	La libertà di religione nella dimensione costituzionale. Il principio supremo di laicità dello Stato e il suo contenuto . . . . .	191
2.	Le applicazioni del principio di laicità: la materia penale . . . . .	196
3.	( <i>Segue</i> ) la materia civile. Le relazioni familiari e l'educazione religiosa dei figli. Lesione della libertà religiosa e risarcibilità del danno non patrimoniale . . . . .	198
4.	La dimensione collettiva della libertà religiosa. Rapporti tra Stato e confessioni. L'accesso alle intese <i>ex art. 8 Cost.</i> . . . . .	204
5.	I segni e i simboli religiosi. La questione del Crocifisso . . . . .	208
6.	L'obiezione di coscienza. Il giuramento religioso. . . . .	212
7.	Altri aspetti dell'obiezione di coscienza: al servizio militare, all'interruzione di gravidanza, ai trattamenti sanitari (cenni) . . . . .	213
8.	Propaganda e ateismo . . . . .	216
9.	Il multiculturalismo. Migranti e religione . . . . .	218

VIII.

**I DIRITTI ALL'ASSISTENZA E ALLA PREVIDENZA SOCIALE  
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE NEL DIALOGO CON LA CEDU**

di *Laura Mancini*

1.	I diritti all'assistenza e alla previdenza sociale nell'ordinamento multilivello . . . . .	221
2.	I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo . . . . .	227
3.	Il dialogo della Corte di cassazione con la Corte EDU sul tema delle prestazioni assistenziali . . . . .	238
4.	L'influenza della giurisprudenza convenzionale sull'interpretazione di legittimità in materia previdenziale . . . . .	238

IX.

**I DIRITTI DEI LAVORATORI**

di *Giovanni Arnone*

1.	Introduzione. . . . .	243
2.	Il divieto di schiavitù e lavoro forzato . . . . .	244

3.	Equo processo e diritti dei lavoratori . . . . .	247
4.	La tutela contro i licenziamenti discriminatori o illegittimi: profili generali. . . . .	250
4.1.	<i>Privacy</i> e lavoro . . . . .	251
4.2.	Licenziamento e libertà di pensiero . . . . .	254
4.3.	Licenziamento e libertà di espressione. In particolare, la protezione dei <i>whistleblower</i> . . . . .	255
4.4.	Licenziamento economico ingiustificato e tutela multilivello . . . . .	259
5.	<i>Ne bis in idem</i> e sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori . . . . .	262
6.	La libertà sindacale. . . . .	264
7.	Il diritto al rispetto dei beni dei lavoratori . . . . .	266

III.

IL GIUSTO PROCESSO CIVILE

I.

**LA CASSAZIONE E I PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO CIVILE  
ELABORATI DALLA CORTE EDU, CON PARTICOLARE  
RIGUARDO AL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ**

di *Franco De Stefano*

1.	L'effettività della tutela. . . . .	273
1.1.	Imparzialità del giudice . . . . .	274
1.2.	Necessaria effettività anche in sede esecutiva . . . . .	275
1.3.	Legittimità delle sanzioni all'abuso del processo . . . . .	276
1.4.	Ragionevole durata ed ineffettività del rimedio. . . . .	276
1.5.	Illegittimo diniego di risarcimento effettivo . . . . .	277
2.	La parità delle armi. . . . .	278
2.1.	Parità delle armi in istruttoria. . . . .	278
2.2.	Presenza del Pubblico Ministero nel processo civile. . . . .	279
2.3.	Parità delle armi nella fase decisionale. . . . .	280
3.	Le preclusioni. . . . .	281
3.1.	Preclusioni all'accesso . . . . .	281
3.2.	Preclusioni alle impugnazioni, in generale. . . . .	282
3.3.	Preclusioni in sede di legittimità, in particolare. . . . .	282
4.	La pubblicità della trattazione . . . . .	285
5.	La motivazione . . . . .	289
6.	Un dialogo a tre voci fra le Corti. . . . .	292

II.

**L'EQUA RIPARAZIONE PER IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO**

di *Antonio Scarpa*

1.	Il diritto fondamentale al termine ragionevole del processo equo . . . . .	295
2.	L'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU sul « termine ragionevole » . . . . .	297
3.	Il diritto all'equa riparazione . . . . .	299
4.	I rimedi preventivi . . . . .	301

5.	Natura e consistenza dell'equa riparazione . . . . .	302
----	--	-----

Sezione II  
PENALE

I.

IL GIUSTO PROCESSO PENALE

I.

**LA PUBBLICITÀ DELLE UDIENZE**

di *Ambra Giovene*

1.	Una premessa . . . . .	311
2.	L'udienza è pubblica a pena di nullità . . . . .	313
3.	Sul diritto al processo pubblico. I principi . . . . .	315
4.	La natura altamente tecnica delle questioni da esaminare . . . . .	318
4.1.	Le misure di prevenzione personali e patrimoniali . . . . .	319
4.2.	Il procedimento di esecuzione . . . . .	324
4.3.	Il rito abbreviato . . . . .	326
4.4.	La procedura di riparazione per ingiusta detenzione . . . . .	330
4.5.	Il contraddittorio cartolare in Cassazione . . . . .	333
4.6.	La normativa emergenziale . . . . .	336
4.7.	La "Riforma Cartabia" . . . . .	338

II.

**IL GIUDIZIO IN ASSENZA DELL'IMPUTATO**

di *Debora Tripicciono*

1.	Il diritto di essere presente in udienza nella giurisprudenza della Corte EDU . . . . .	341
2.	La Direttiva 2016/343/UE alla luce di una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea . . . . .	343
3.	Le condizioni per procedere in assenza nella giurisprudenza di legittimità . . . . .	345
4.	La riforma del processo penale ed il rafforzamento delle garanzie di equità del processo <i>in absentia</i> . . . . .	353

III.

**LA PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE IN MATERIA PENALE  
NEI CASI DI CONFLITTI DI GIURISPRUDENZA**

di *Ambra Giovene*

1.	Premessa . . . . .	361
2.	L'oggetto della prevedibilità. La norma nella interpretazione giudiziale e il "diritto vivente" . . . . .	362

3.	La prevedibilità dell'incriminazione . . . . .	365
4.	La prevedibilità e la successione delle leggi penali nel tempo. Il divieto di irretroattività delle leggi penali meno favorevoli e la retroattività delle leggi penali più favorevoli . . . . .	375
5.	La prevedibilità e l' <i>overruling</i> giurisprudenziale sfavorevole e favorevole in materia penale e processuale . . . . .	379

IV.

**LA TUTELA DELLE VITTIME DI VIOLENZA DI GENERE  
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU**

di *Sergio Beltrani*

1.	La giurisprudenza della Corte EDU: cenni . . . . .	385
1.1.	Il caso <i>J.L. c. Italia</i> . . . . .	385
1.2.	Il caso <i>M.S. c. Italia</i> . . . . .	387
1.3.	Il caso <i>I.M. c. Italia</i> . . . . .	388
2.	Il diritto interno . . . . .	389
2.1.	Il quadro normativo nazionale in materia di violenza nei confronti delle donne. . . . .	389
2.2.	Prescrizione del reato ed improcedibilità delle impugnazioni. . . . .	389
3.	La giurisprudenza. . . . .	390
3.1.	La tutela della vittima di violenze di genere nel subprocedimento cautelare. . . . .	390
3.2.	La tutela della vittima di violenze di genere nel dibattimento . . . . .	391
3.3.	La tutela della vittima di violenze di genere dal processo . . . . .	392
4.	Le recenti modifiche introdotte dalla c.d. "Riforma Cartabia" . . . . .	393

V.

**IL CONTRADDITTORIO SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO**

di *Alessandro Centonze*

1.	Il primo intervento della Corte EDU nel caso "Drassich contro Italia" e la vicenda giudiziaria che dava origine alla pronuncia della Corte sovranazionale . . . . .	395
2.	Le conseguenze sistematiche del primo intervento della Corte EDU nel caso "Drassich contro Italia" e il contesto normativo nel quale si inseriva la pronuncia sovranazionale. . . . .	399
3.	Il secondo intervento della Corte EDU nel caso "Drassich contro Italia" e il principio di equità del processo penale di cui all'art. 6, par. 1 e 3, CEDU. . . . .	402
4.	La giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito delle decisioni della Corte EDU nel caso "Drassich contro Italia" . . . . .	403
5.	Le prospettive ermeneutiche prefigurate della Corte EDU nel caso "Drassich contro Italia" . . . . .	406

VI.

**LA TUTELA DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO DI APPELLO**

di *Alessandro Centonze*

1.	La tutela del principio del contraddittorio nel processo di appello e la sentenza della Corte EDU nel caso "Dan contro Moldavia". . . . .	409
----	---	-----

2.	Il consolidamento dei principi affermati nella sentenza “Dan contro Moldavia” e la decisione delle Sezioni Unite nel caso “Dasgupta” . . . . .	413
3.	Il recepimento dei principi affermati nella sentenza “Dan contro Moldavia” nell’art. 601, comma 3- <i>bis</i> , c.p.p. e la decisione delle Sezioni Unite nel caso “Troise” . . . . .	416
4.	La tutela del principio del contraddittorio nel processo di appello e la sentenza della Corte EDU nel caso “Maestri contro Italia” . . . . .	417
5.	L’ordinanza del Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione nel caso “Mannucci” . . . . .	421

VII.

**L’OBBLIGO DI MOTIVAZIONE QUALE GARANZIA DI EQUITÀ DEL PROCESSO**

di *Ambra Giovene*

1.	Parametri costituzionali e convenzionali . . . . .	425
2.	L’obbligo di motivazione delle sentenze . . . . .	427
3.	Ambito cautelare <i>de libertate</i> e motivazione <i>per relationem</i> . . . . .	431
4.	Il sindacato di legittimità sulla motivazione . . . . .	435

VIII.

**TRADUZIONE DEGLI ATTI**

di *Ambra Giovene*

1.	Introduzione. . . . .	439
2.	Ambito soggettivo di applicazione del decreto legislativo del 4 marzo 2014, n. 32.	440
	2.1. La persona sottoposta alle indagini preliminari. . . . .	440
	2.2. Il condannato . . . . .	441
3.	L’accertamento in ordine alla conoscenza della lingua italiana . . . . .	443
4.	Il ruolo del traduttore . . . . .	444
5.	Gli atti da tradurre. La necessaria funzionalità all’esercizio del diritto di difesa .	445
6.	Le conseguenze dell’omessa traduzione . . . . .	447

II.

DIRITTI FONDAMENTALI NELLA FASE DELLE INDAGINI

I.

**INTERCETTAZIONI**

di *Sergio Beltrani*

1.	La giurisprudenza della Corte EDU: cenni . . . . .	451
	1.1. I casi <i>Capriotti c. Italia</i> , <i>Cariello c. Italia</i> e <i>D’Auria e Balsamo c. Italia</i> . . .	452
	1.2. Il caso <i>Craxi c. Italia</i> (n. 2) . . . . .	454
2.	Le ricadute delle applicazioni convenzionali nell’ordinamento interno . . . . .	455
	2.1. Le intercettazioni ambientali tramite captatore informatico. . . . .	455
	2.2. L’intercettazione di comunicazioni telefoniche tra utenze estere, il cui flusso comunicativo transiti in territorio italiano . . . . .	457

2.3.	Il c.d. “agente segreto attrezzato per il suono” . . . . .	458
2.4.	Lo stralcio delle conversazioni prive di interesse investigativo . . . . .	461

II.

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

di *Sergio Beltrani*

1.	I comportamenti delle forze dell'ordine italiane contrari al divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti . . . . .	463
1.1.	Il caso <i>Bartesaghi Gallo, Azzolina, Blair c. Italia</i> . . . . .	463
1.2.	Il caso <i>Pennino c. Italia</i> . . . . .	464
1.3.	Il caso <i>Cirino e Renne c. Italia</i> . . . . .	464
1.4.	Il caso <i>Knox c. Italia</i> . . . . .	465
2.	Le ricadute nell'ordinamento interno: l'introduzione del reato di tortura. . . . .	465
2.1.	Le prime applicazioni giurisprudenziali . . . . .	467

III.

**IL DIRITTO AL RISPETTO DEL DOMICILIO IN CASO DI PERQUISIZIONI**

di *Sergio Beltrani*

1.	La giurisprudenza della Corte EDU: cenni . . . . .	471
1.1.	Il caso <i>Brazzi c. Italia</i> . . . . .	473
2.	L'ordinamento interno prima della c.d. “Riforma Cartabia” . . . . .	473
3.	Le questioni di costituzionalità dell'ordinamento interno . . . . .	474
4.	La giurisprudenza costituzionale d'interesse: cenni. . . . .	475
5.	La giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza <i>Brazzi</i> . . . . .	477
5.1.	La possibilità di far valere le proprie ragioni in sede di cognizione . . . . .	477
5.2.	L'adeguatezza della possibilità di ricorrere in caso di abnormità dell'atto di perquisizione domiciliare . . . . .	477
5.3.	Illegittimità della perquisizione domiciliare ed illegittimità del successivo sequestro. . . . .	480
6.	La dottrina. . . . .	481
7.	Alcune riflessioni . . . . .	482
8.	La sopravvenuta risoluzione del problema: la modifica introdotta dalla c.d. “Riforma Cartabia” . . . . .	483

IV.

**IL DIRITTO AD UN RICORSO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO NEI CONFRONTI DELLE MISURE PRIVATIVE DELLA LIBERTÀ**

di *Sergio Beltrani*

1.	Il diritto alla libertà ed alla sicurezza nella Convenzione EDU . . . . .	487
1.1.	Il primo caso <i>Rizzotto c. Italia</i> . . . . .	489
1.2.	Il caso <i>Rizzotto c. Italia</i> (n. 2). . . . .	490
2.	Le ricadute dei casi <i>Rizzotto c. Italia</i> nella giurisprudenza di legittimità. . . . .	492
2.1.	Il primo caso <i>Rizzotto c. Italia</i> . . . . .	492

2.2. Il caso <i>Rizzotto c. Italia</i> (n. 2) . . . . .	492
---	-----

V.

**IL DIRITTO DELLA PERSONA OFFESA ALLA RAGIONEVOLE DURATA  
DEL PROCEDIMENTO PENALE**

di *Sergio Beltrani*

1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni . . . . .	495
2. La durata ragionevole del processo penale nella giurisprudenza costituzionale: generalità. . . . .	496
3. La c.d. “legge Pinto” . . . . .	497
4. Il caso <i>Arnoldi c. Italia</i> . . . . .	498
4.1. Il caso <i>Petrella c. Italia</i> . . . . .	499
5. Le ricadute delle predette sentenze della Corte EDU nella giurisprudenza costituzionale . . . . .	501
5.1. Le ricadute delle predette sentenze della Corte EDU nella giurisprudenza (civile) di legittimità . . . . .	503
6. Le misure acceleratorie introdotte dalla c.d. “Riforma Cartabia”: la revisione dei termini per la chiusura delle indagini preliminari . . . . .	503

III.

I DIRITTI DEI DETENUTI

I.

**LA TUTELA INTEGRATA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI DETENUTI**

di *Alessandro Centonze*

1. La rilevanza per l’ordinamento interno delle decisioni della Corte EDU in materia di diritto penitenziario . . . . .	507
2. La tutela integrata dei diritti fondamentali dei detenuti e la sentenza della Corte EDU nel caso “Scoppola contro Italia” . . . . .	510
3. La tutela integrata dei diritti fondamentali dei detenuti e la decisione della Corte EDU nel caso “Torreggiani contro Italia” . . . . .	513
4. L’applicazione nel nostro ordinamento della decisione dell’ <i>affaire</i> “Torreggiani contro Italia” e l’intervento delle Sezioni Unite nel caso “Commisso” . . . . .	517

II.

**LA TUTELA INTEGRATA DELLA DIGNITÀ UMANA DEI DETENUTI:  
L’ERGASTOLO OSTATIVO**

di *Alessandro Centonze*

1. L’ergastolo ostativo e la sentenza della Corte EDU nel caso “Viola contro Italia”. . . . .	523
2. La decisione della Corte EDU nell’ <i>affaire</i> “Viola contro Italia” e la tutela della dignità umana dei detenuti <i>ex art. 3 CEDU</i> . . . . .	525
3. La piattaforma ermeneutica nazionale su cui interveniva la decisione della Corte EDU nell’ <i>affaire</i> “Viola contro Italia” . . . . .	528

4.	La sentenza della Corte costituzionale 22 ottobre 2019, n. 253 e il richiamo della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi con la decisione del caso “Viola contro Italia” . . . . .	531
5.	La tutela integrata della dignità umana dei detenuti, i richiami della Corte costituzionale e l’approvazione del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 . . . .	534

IV.

I RIFLESSI APPLICATIVI DELLA GIURISPRUDENZA CEDU IN TEMA DI NOZIONE AUTONOMA DI “MATERIA PENALE”

I.

**MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE E LIBERTÀ DI MOVIMENTO**

di *Debora Tripiccione*

1.	La conformità convenzionale delle misure di prevenzione personale e l’ <i>overruling</i> della sentenza <i>De Tommaso c. Italia</i> . . . . .	541
2.	Le sue ricadute nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite e il difetto di precisione delle prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi . . . .	544
2.1.	Gli effetti sul giudicato . . . . .	545
2.2.	La successiva perimetrazione del divieto di non partecipare a pubbliche riunioni. . . . .	546
3.	L’illegittimità costituzionale della fattispecie di pericolosità generica dei soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi. . . . .	549
4.	La fattispecie di pericolosità generica di coloro che vivono abitualmente di traffici delittuosi. . . . .	550
4.1.	( <i>Segue</i> ) la natura e l’incidenza del rigetto della questione di legittimità costituzionale relativa alla categoria di cui all’art. 1, lett. <i>b</i> ), d.lgs. n. 159 del 2011 . . . . .	552
5.	La categoria dell’indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa . . . . .	554

II.

**LA CONFISCA URBANISTICA NEL DIALOGO FRA LE CORTI**

di *Debora Tripiccione*

1.	Il rapporto tra la confisca urbanistica e la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva nella giurisprudenza della Corte EDU . . . . .	559
2.	Le successive ricadute nella giurisprudenza di legittimità: la conformazione della natura amministrativa della confisca alle garanzie della CEDU . . . . .	562
2.1.	( <i>Segue</i> ) il perimetro dell’accertamento di responsabilità . . . . .	564
2.2.	( <i>Segue</i> ) il principio di proporzionalità . . . . .	567
2.3.	( <i>Segue</i> ) la tutela dei terzi. . . . .	569



III.

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

di *Debora Tripiccion*e

1. Il doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU . . . . . 573
2. (*Segue*) e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. . . . . 577
3. Le sue ricadute nella giurisprudenza di legittimità . . . . . 580

**PARTE II**  
**L'INTERPRETAZIONE E L'APPLICAZIONE**  
**DELLA CEDU NELLA GIURISPRUDENZA**  
**DELLA CORTE DI CASSAZIONE**



**Sezione I**  
**CIVILE**



I.  
INQUADRAMENTO GENERALE



## I.

# L'INCIDENZA DELLA CEDU SULL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

di *Roberto Giovanni Conti* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Ruolo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. — 2. La Corte di cassazione ed il suo cammino verso e per i diritti dell'uomo. — 3. Chi sono dunque i protagonisti del viaggio verso i diritti della persona? Il giudice nazionale. — 4. I rinvii pregiudiziali come circolo virtuoso fra le giurisdizioni nazionali e sovranazionali. — 5. La mancata ratifica del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU da parte dell'Italia. La necessità di un dialogo diretto fra giudice nazionale e Corte EDU “prima” del verdetto finale. — 6. Qual è dunque la posta in gioco? — 7. I protocolli d'intesa fra le Corti nazionali e la Corte EDU e la fiducia come colla fra le giurisdizioni. — 8. Il ruolo del giudice comune, di merito e di legittimità nell'interpretazione. — 9. Qual è il ruolo dell'Avvocato rispetto ai diritti umani e alla CEDU? — 10. La logica della fiducia e la revocazione/revisione delle sentenze del giudice italiano contrarie alla CEDU. — 11. La formazione ed il ruolo del giudice comune e dell'avvocato. — 12. Conclusioni. Verso un diritto più giusto e vero non può tralasciare la CEDU.

### 1. Ruolo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali

Il contributo intende fare memoria, in termini generali, sul cammino della CEDU nell'ordinamento interno come strumento operativo nelle mani del giudice nazionale teso a garantire, in modo integrato, piena ed effettiva tutela ai diritti fondamentali delle persone <sup>(1)</sup>.

Una indagine al tempo stesso ricostruttiva e propositiva, rivolta a dare conto del mutato atteggiamento dell'interprete — *recte*, degli interpreti —

---

(\*) Consigliere presso la Corte di cassazione.

(1) Per chi scrive si tratta, in realtà di un ritorno alla riflessione sui temi legati alla CEDU, iniziato nei primi anni di esperienza giudiziaria presso il Tribunale di Palermo, quale giudice della prima sezione civile, tabellarmente competente per i procedimenti espropriativi e proseguito con R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011 e con R.G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Questionegiustizia*.



riscontrato nel corso degli anni, sulla reale funzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Un atteggiamento che è andato progressivamente mutando se ci si pone nella prospettiva tanto del giudice sovranazionale che di quella seguita dal giudice domestico e dei giuristi in generale.

Da tutte le prospettive così sinteticamente individuate si intravede un percorso parallelo che è stato alimentato reciprocamente e vicendevolmente attraverso il piano delle decisioni, per l'un verso e, per altro verso, attraverso quello culturale, arricchito dagli studi dottrinali, dallo scambio di conoscenze, dall'incremento dei rapporti fra le Corti. Ma, anche, è bene sottolinearlo, dall'invasiva crescita di un consenso sociale sempre più attento alla tutela della persona e di quello che essa reca con sé. Per modo che, da atteggiamenti di "incoscienza" o "indifferenza" rispetto ad aspetti considerati marginali della persona umana si è passati, e senza che il processo possa dirsi concluso, ad una sempre maggiore attenzione, da parte della coscienza sociale, verso ambiti considerati vitali ed essenziali per l'esistenza delle persone e che sembrano creare un mosaico nel quale i piccoli frammenti vitrei tendono a salvaguardare il benessere della persona. Un benessere che non è visto e tutelato solo per la sua più immediata e percepibile dimensione individuale e individualista, ma sempre più da perseguire per il bene della società e che diventa, così, *guideline* per le generazioni presenti e soprattutto future.

Due piani distinti ma, al tempo stesso connessi, interdipendenti che hanno prodotto una sorta di *mutazione genetica* per così dire *bidirezionale*, per come si avrà modo di spiegare nel prosieguo, dei rapporti e delle relazioni fra i sistemi di protezione dei diritti fondamentali che il giudice nazionale ha il compito di armonizzare quando "decide".

Rapporti caratterizzati, inizialmente, da una reciproca convinzione da parte dei plessi giurisdizionali e di quello sovranazionale della Corte EDU — spesso non dichiarata ma percepibile dalle pronunzie — di possedere l'ultima parola sulle vicende da ciascun plesso esaminate e, quindi, di potere esercitare le proprie funzioni mettendo al primo posto il sistema ordinamentale nel quale ciascun organo giurisdizionale è inserito ed auto considerandosi dunque, ciascuno sistema primario, unico, assoluto, esclusivo, *superiorem non recognoscens*. Convinzioni non dichiarate, sia chiaro, ma convintamente radicate nelle giurisdizioni coinvolte ove il progressivo sdoganamento della CEDU anche nella cultura giuridica di paesi del Consiglio d'Europa con una potente tradizione giuridica alle spalle ha lentamente consentito di aprire le porte ad una prospettiva più "mite", più dialogante, in definitiva ispirata da un senso di sempre crescente "fiducia reciproca" dei due plessi e dei sistemi di protezione dei diritti fondamentali.

Una fiducia capace non già di eliminare i contrasti, a volte fisiologici, fra i risultati finali delle decisioni assunte dagli organi giurisprudenziali espressivi dell'ordine interno e di quello convenzionale ma semmai di favorire la piena consapevolezza, reciproca, delle ragioni poste a base delle decisioni.

Il che ha consentito di marginalizzare convincimenti che accarezzavano prospettive belligeranti fondate sulla ricerca del contrasto, delle frizioni per dimostrare la poca avvedutezza delle soluzioni offerte dall'uno piuttosto che dall'altro centro decisionale ed invece di valorizzare il potente strumento del dialogo fra le Corti.

Uno strumento che intende radicalmente marginalizzare la prospettiva dello scontro e che, invece, tende a favorire lo scambio, il confronto, il riconoscimento del ruolo svolto dall'altro dialogante in una prospettiva che tende all'unità pur senza celare le diversità di orientamenti e di prospettive che necessariamente caratterizzano il modo di giudicare e di essere dell'un sistema rispetto all'altro.

Ma è la prospettiva (o la legge) della fiducia (T. GRECO, *La legge della fiducia*), su cui si tornerà a dire in seguito, ad apparire vincente, una prospettiva nella quale le diversità costituiscono comunque nodi che si intrecciano in una rete comune di protezione dei diritti fondamentali, che si tengono l'un l'altro senza soluzione di continuità anche quando la rete si ingarbuglia, si attorciglia e sembra non essere capace di svolgere il proprio ruolo e di non poter garantire una pesca feconda nell'oggi, invece proiettandosi ad un domani sempre più solido.

Sono appunto gli interpreti, con la loro paziente opera di tessitura, di cucitura di quella rete a garantire tendenziale armonia, comunanza di obiettivi ed efficacia delle risposte offerte.

Un'armonia che si costruisce, tassello dopo tassello e che si alimenta del riconoscimento della centralità degli organi nazionali come garanti primi della CEDU e della non minore importanza del ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ecco che espressioni come quelle di monopolio interpretativo, primazia, superiorità che pure hanno costituito le fondamenta dell'edificio costruito attorno alla CEDU facendo dei sistemi nazionali un "*quid minus*" quanto alle categorie, alle linee fondamentali ed ai tratti distintivi delle singole realtà statuali — e per ciò stesso "costringendo" a traumatici cambi di direzione la giurisprudenza nazionale e, a ruota, la stessa legislazione — lasciano naturalmente il passo ad altre prospettive. Prospettive queste ultime più invertebrate di fiducia reciproca, per mezzo delle quali ciascun dialogante è titolare di un potere interpretativo che ammette incursioni nei sistemi di riferimento (interni e convenzionali) purché esse siano animate da un'esigenza comune, da uno spirito comune, costruttivo e non distruttivo, dialogante e non

sprezzante, culturalmente arricchente e per ciò stesso rivolto a marginalizzare i giudizi di pancia che poco o nulla hanno di culturale.

Ed ecco, ancora, che l'idea di riconoscere in via esclusiva alla Corte EDU il monopolio dell'interpretazione della CEDU, pur tuttora valido e addirittura confezionato dalla Corte costituzionale nazionale a partire dalle sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 tende a lasciare il posto ad un'idea che ammette e riconosce al giudice nazionale il potere di interpretare la CEDU, lui prim'ancora che la Corte EDU, proprio per alimentare il ruolo della Corte di Strasburgo e non già per depotenziarlo.

Analogamente, la prospettiva che *militarmente* contesta il ruolo di quarto grado di giudizio della Corte EDU e che si fonda sul monopolio del giudice nazionale sull'interpretazione del diritto nazionale, scomodando, a torto o a ragione, il vessillo della sovranità nazionale, ancora una volta in astratto non negoziabile perché supremo ed inderogabile, tende ad alleggerirsi per lasciare il posto ad interventi di ciascun plesso giurisdizionale che vanno in concreto valutati, ponderati e compresi al fine di verificarne la tenuta o meno sul piano convenzionale.

Questa mitezza è, pare, frutto di conoscenza, di piena consapevolezza di essere parte di un sistema di protezione che non vede nemici e combattenti, ma persone responsabili che animano ciascun plesso decisionale.

Tutto questo trova evidenti conferme nelle decisioni delle Corti nazionali che investono nel dialogo e nel confronto piuttosto che su prospettive pugnaci e belligeranti.

Il che non vuol dire affatto offrire una prospettiva buonista ed “al ribasso” dei rapporti fra le Corti, né tanto meno dipingere il quadro dei rapporti fra le Corti in termini idilliaci, esso piuttosto facendosi e disfacciandosi continuamente in modo quasi necessariamente frastagliato e complesso quanto lo sono le controversie, i fatti e la loro collocazione in un “tempo” che vede svilupparsi continuamente e vorticosamente nuovi sentire, nuove sollecitazioni, nuove emergenze, come si è visto di recente.

Anzi, al contrario in ciò trova conforto la convinzione che questi rapporti fra le Corti, in tanto si tengono, in quanto e fino a quando si avverte che il dialogo sia percepito come fruttuoso e fecondo da coloro che ne sono parte.

Il che val quanto dire che ove l'un dialogante dovesse dimostrare cedimenti rispetto alle prospettive comuni di innalzamento della soglia di protezione dei diritti fondamentali, l'altro si farà — *recte*, si “deve” fare — carico di proseguire il cammino e di spostarlo dal binario morto nel quale potrebbe andare a posizionarsi verso l'unica prospettiva rappresentata dalla tutela piena della persona. E senza che ciò voglia rappresentare una rivalse dell'uno sull'altro, una prevalenza dell'una Corte sull'altra, una rivincita dello sconfitto di ieri rispetto a posizioni di retroguardia.

In altri termini, il piano della fiducia e del dialogo in tanto può continuare ad alimentare reciprocamente i diritti viventi delle Corti, in quanto sia improntato ad un'idea di effettiva e piena tutela dei diritti fondamentali che si costruiscono grazie ad un complesso di attori, ciascuno dei quali protagonista consapevole di un sistema complesso.

La maturità reciproca acquisita dai sistemi di protezione dei diritti fondamentali e la fiducia reciproca consentirà dunque a ciascun dialogante di percepire se nell'uno o nell'altro verso emergano forze conservative e/o conservatrici di retroguardia che possano costituire l'anticamera di un fallimento del progetto di progressivo e continuo accrescimento dei livelli di tutela dei diritti fondamentali, dando spazio alla leva di protezione che più consenta di garantire standard di tutela adeguati alla centralità dei diritti della persona. Il che varrà indiscutibilmente e sempre anche quando sarà la Corte EDU ad accendere i riflettori sull'ordinamento interno, sulle modalità con le quali esso si è fatto partecipe di questa esigenza di proteggere e tutelare la persona ed i suoi valori.

Vista dal piano interno, la ormai acquisita consapevolezza che il giudice nazionale svolga un controllo di garanzia sul piano della legalità interna anche per il tramite delle Carte dei diritti fondamentali è probabilmente la chiave che consente al decisore di turno di essere al tempo stesso custode ed artefice della protezione dei diritti fondamentali, senza che ciò possa o debba rappresentare un esondare nel campo della legislazione ma, tutto al contrario, un modo di essere, speculare a quello del legislatore, realmente e fino in fondo fedele alla Carta costituzionale, alle Carte internazionali dei diritti ed ai loro valori.

Il rapporto fra ordinamento interno e CEDU è dunque essenziale per sperimentare quotidianamente il grado di fiducia reciproca che deve alimentare gli attori della giustizia.

Un rapporto arioso e ricco, carico di fiducia ma al contempo di coraggio e responsabilità, nel quale i confini fra tutele ed ordinamenti sembrano progressivamente lasciare il passo ad un'idea di confronto e di ragionevole accomodamento, purché tali prospettive non nascondano obiettivi più o meno dichiarati di depotenziamento e di soluzioni al ribasso in tema di protezione dei diritti umani.

Prospettive, queste ultime, inammissibili e inaccettabili, sempre e comunque purché si faccia adeguato e ponderato uso di "categorie" nuove, non sempre ben conosciute e per questo particolarmente pericolose, quali quelle del bilanciamento — cfr. Cass. S.U. nn. 24822/2015, 33208/2018, 15750/2019, 19888/2019, 20404/2019, Cass. nn. 18279/2019, 3831/2018, 19618/2020, 29469/2020, 28887/2020, 9147/2020, 4791/2020, 8325/2020 — e della proporzionalità. "Categorie" a volte esaltate, altre immiserite al punto da

risultare mero *flatus vocis*, come si è detto, a proposito della proporzionalità, visto come “arnese buono a quasi tutti gli impieghi e quindi a nessuno in particolare” — v., a tal proposito Cass., n. 28143/2022 —. Ma ancora una volta, la più parte del vero sta al centro, emarginando le posizioni radicali che tendono a preferire il monocolo al binocolo ed invece preferendo la visione che più è capace di cogliere nel nuovo la prosecuzione dinamica e senza soluzione di continuità di ciò che è stato. E per questo capace di mettere insieme i punti cardinali di un cerchio che deve essere armonico, circolare e non segmentato, anelastico, rigido.

Il sistema di protezione dei diritti fondamentali di matrice convenzionale in Italia è debitore a grandi magistrati che hanno fatto la storia delle tutele dei diritti in chiave convenzionale sul piano interno e che hanno lasciato segni tangibili di presenza nella Corte europea dei diritti dell'uomo, fondando prospettive di accrescimento delle tutele attraverso il dialogo continuo e franco.

Compito di chi viene *dopo di loro* e, dunque, di tutta la magistratura nazionale e dei giudici della Corte EDU sembra dunque essere quello di non tradire quelle prospettive costruite pionieristicamente con abnegazione, di non lasciarle lentamente inaridire ed incanalare su alvei essiccati.

Il che finirebbe per bruciare, sbandierando il vessillo del nazionalismo di facciata oggi sempre più in voga, quelle prospettive e, soprattutto, per offrire un servizio non adeguato e non all'altezza della persona e della dimensione valoriale che essa reca con sé.

Dunque, il nuovo alfabeto del giurista del terzo millennio dovrà affrontare le sfide che ha davanti annodando mitezza, fiducia insieme a coraggio, responsabilità ed etica della responsabilità.

Compiti non facili, anzi complessi, difficili, nei quali lo scambio, il dialogo, il confronto sono ciò su cui vale la pena di investire, abbandonando prospettive suprematiste, nel rispetto delle diversità quanto della necessità di attraversarle e convogliarle su binari ariosi.

## **2. La Corte di cassazione ed il suo cammino verso e per i diritti dell'uomo**

I protocolli di scambio fra le Corti — sui quali si avrà modo specificamente di tornare nel par. 7 — hanno rappresentato un potente mezzo di comunicazione e di condivisione, nato dal nulla, come *soft law* ma anche come pietra miliare sulla quale edificare qualcosa di stabile, dando naturalmente il là a strumenti istituzionali di confronto fra le giurisdizioni nazionali

e sovranazionali che hanno finito col cambiare il dna dei dialoganti incidendo, quanto alla Corte di cassazione, sulla stessa idea di nomofilachia (2).

Ed è qui che bisogna orientare gli sforzi per valorizzare i ruoli dei dialoganti e le specificità del loro essere parte di questo dialogo.

Una posizione, quella dei giudici di ultima istanza, che pone il decisore nazionale su una corda tesa fra due estremi, all'inizio del percorso, *vestito* di tutto ciò che l'ordinamento interno ed i suoi organi gli hanno offerto prima e invece proiettato su quella corda verso orizzonti nuovi che non possono raggiungersi buttando giù ciò che è stato prima, ciò che la lite ha maturato sul piano interno e sulla base delle regole interne, ma anzi *vestendo* il prima con il "tessuto" della CEDU.

È dunque questa tensione verso l'altra punta della corda che emerge spesso dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e che è obiettivo — rischioso ed appassionante, allo stesso tempo — da raggiungere, che occorre gestire con professionalità e tenacia, aggrappandosi insieme al piano del prima ed a quello della Corte EDU che è davanti, non più solo avvertito come terminale del percorso, ma come costruttore di verità insieme a ciò che è *dopo di lei*.

Un divenire, insomma, un costruire, un edificare che lascia ampi margini operativi e che ridisegna i ruoli, le prospettive, gli orizzonti.

Chi è parte di tutto questo è davvero un frammento di sale nel mare nel quale immergersi con *fiducia* senza dissolversi del tutto con il dovere, tuttavia, di svolgere con *fedeltà* il proprio ruolo in modo da potere fare memoria e, al contempo, lasciare memoria di sé per chi verrà dopo.

### 3. Chi sono dunque i protagonisti del viaggio verso i diritti della persona? Il giudice nazionale

Ma chi è, si diceva, il protagonista di questo viaggio?

La prospettiva che occorre assolutamente scegliere è quella di considerare il giudice nazionale il "governatore" vero dei diritti fondamentali.

Non può che essere lui a mettere ordine fra i diversi cataloghi normativi, le diverse categorie, i diversi (quando sono tali) diritti viventi. Ed è il messaggio che fuoriesce, in modo più o meno chiaro, dalla stessa giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo.

È dunque il giudice nazionale, nell'attività di trasformazione della disposizione in norma che quotidianamente realizza per effetto dei "fatti" che sono posti al suo cospetto.

---

(2) R. CONTI, *La Corte di cassazione e la sua funzione*, in *Giustiziainsieme*, 17 novembre 2018.

Di questa idea si è fatta interprete, di recente, la stessa Corte costituzionale, allorché ha dichiarato che “In un quadro che vede interagire molteplici fonti, è affidato a questa Corte il compito di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie.” — cfr. C. Cost. n. 54/2022, p. 10 cons. in diritto e, in precedenza, C. Cost. nn. 46/2021, 182/2020, 227/2014, 223/2014, 85/2013, 264/2012 —.

La prospettiva che agita il giudice costituzionale nella pronuncia appena ricordata sembra, per l'un verso ed in prima battuta, quella di smarcarsi dall'obbligo di recepimento automatico delle pronunzie di Strasburgo e, per altro verso, di affidare a sé stesso una sorta di “primato” rispetto a qualunque altra giurisdizione, nazionale e non, circa il massimo grado di tutela dei diritti fondamentali.

La capacità sartoriale della Consulta raggiungerebbe, a seguire questa prospettiva, il punto più elevato quando essa, appunto, venga chiamata ad eliminare dal mondo giuridico una norma contrastante con il quadro dei valori fondamentali che la stessa Corte individua secondo il canone della massima espansione delle garanzie.

#### **4. I rinvii pregiudiziali come circolo virtuoso fra le giurisdizioni nazionali e sovranazionali**

Ma quella appena esposta rappresenta solo in parte la verità, nel senso che emerge solo se e quando la Corte costituzionale venga investita dal giudice comune del sindacato in ordine alla legittimità costituzionale o convenzionale di una disposizione normativa.

Quel che va infatti considerato e ponderato è, per l'appunto, il compito del giudice comune nella sua opera di concretizzazione delle tutele dei diritti fondamentali, di coordinazione e comparazione delle fonti che regolano i valori della persona, di bilanciamento fra i diversi diritti fondamentali fin quando tutto ciò sia possibile senza giungere ad un risultato che possa dirsi *contra legem*.

Un giudice, quello comune, che può e deve essere abile manovratore degli scambi in modo da indirizzare i vagoni in direzione di arrivo, seguendo percorsi quanto più sicuri e lineari, ancorché magari impegnativi, difficoltosi e pur sempre alimentati dai canoni della effettività.

Le strade che il giudice comune ha di fronte a sé, oggi, sono diverse e variegate e, occorre aggiungere, tutte cariche di complessità.

Basti pensare ai meccanismi di dialogo che ormai stabilmente collegano tutte le Corti nazionali alla Corte di Giustizia UE in tema di protezione dei



diritti fondamentali che hanno genesi “anche” nella Carta UE dei diritti fondamentali ed in questa prospettiva muovere dalla centralità dell’istituto del rinvio pregiudiziale che il giudice nazionale può o deve promuovere innanzi alla Corte di Lussemburgo.

Dialogare ed interagire presuppongono conoscenza, consapevolezza del valore e della portata dei materiali normativi sui quali si vuole intrecciare il dialogo, conoscenza delle ricadute che la possibile risposta può determinare nell’ordinamento nazionale che, spesso, il dialogante sovranazionale non ha, non possiede con la stessa profondità del suo omologo domestico.

Il rinvio pregiudiziale di cui si discute qui non è, dunque, solo una domanda, una richiesta di un chiarimento ma, ancora prima e a monte, fonte di conoscenza ineludibile per il giudice sovranazionale, dalla quale il secondo dovrà trarre elementi utili per la sua decisione.

È dunque esso stesso biunivocamente *risposta* che anticipa la *risposta* sul quesito pregiudiziale, rendendola ancora più forte, incisiva, autorevole e persuasiva.

Ma se si esce dal piano dei rapporti interni al sistema diritto interno-diritto UE e si trasla il ragionamento sottostante ai rapporti fra giudici nazionali — di merito e di legittimità — e fra giudice nazionale e Corte EDU, come si avrà modo di fare nel prosieguo, la prospettiva rimane la stessa. Insomma, nel rinvio pregiudiziale alla Corte UE e nelle forme di dialogo che investono su una giustizia condivisa fra chi domanda e chi risponde — neoistituito rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione — si tende a realizzare un meccanismo giudiziario del tutto nuovo nel quale chi ne è artefice sente di avere vicendevolmente bisogno dell’apporto dell’altro.

Una giustizia che non si conclude con un *dictum* coperto dal giudicato, ma che è rappresentazione massima dell’opposto, della antitesi del comando, malgrado la portata vincolante della quale è intrisa la risposta.

La vincolatività di colui che risponde non è quella che decide le sorti del giudizio, della causa, della controversia, rappresentandone soltanto un tassello, particolarmente rilevante, ancora una volta nelle mani del giudice nazionale.

Ci si è qui inizialmente intrattenuti sul tema del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’UE che è, all’apparenza, estraneo all’analisi del tema che ruota attorno alla CEDU.

All’apparenza, si diceva, perché quello del rinvio pregiudiziale è divenuto, per effetto dell’entrata in vigore della riforma c.d. Cartabia in tema di rito civile, una possibilità concreta per dialogare fra giudice di merito e di legittimità.

Ora, la filosofia sottostante a tale strumento può, astrattamente, prestarsi a letture suprematiste e gerarchiche che guardano alle relazioni fra merito e



legittimità in termini di sovraordinazione e di omologazione della seconda alla prima e che, dunque, prospettano le preoccupazioni in ordine alla salvaguardia del canone della soggezione soltanto alla legge di qualsiasi giudice che non potrebbe comunque privare il giudice di merito della prerogativa di dissentire dall'interpretazione offerta dal giudice di legittimità, a pena di porre in discussione la compatibilità dello strumento introdotto con la Costituzione.

Pare invece a chi scrive che, se si inquadra il rinvio pregiudiziale — tanto quello interno che quello alla Corte di Giustizia dell'UE — come forma di cooperazione e dialogo, i tratti che prevalgono siano quelli della condivisione e della cooperazione circolare, rispetto alla quale non è profilabile un ragionamento in termini gerarchici, quanto una piena consapevolezza dell'essere i dialoganti parte integrante di un sistema unico nel quale emerge un modo di giudicare profondamente diverso da quello con il quale gli operatori erano stati abituati a confrontarsi.

Un sistema nel quale, si diceva, il giudicato e cioè la *fine del processo* e l'affermazione della “legge del caso concreto” che il giudicato incarna si arricchisce di nuove forme di espressione del potere giurisdizionale che provengono da diversi plessi, interni o esterni alla giurisdizione e che, tutti insieme, fanno sistema, cooperano per un servizio-giustizia al tempo stesso più efficiente, più efficace e, in definitiva più *giusto*, nel quale la centralità dei diritti fondamentali non può essere messa in discussione né dalle parti né da chi è chiamato a dirigere il processo e per questo diventa stella polare, obiettivo prioritario da perseguire e raggiungere nel pieno rispetto della legge.

La centralità del ruolo della CEDU, se si segue questa prospettiva, è la centralità stessa del giudice — nazionale e sovranazionale — al quale spetta di garantire il corso del processo in modo che questo non inciampi su possibili violazioni dei diritti fondamentali.

## **5. La mancata ratifica del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU da parte dell'Italia. La necessità di un dialogo diretto fra giudice nazionale e Corte EDU “prima” del verdetto finale**

Ed è per queste ragioni che la ratifica del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU sulla quale l'Italia non ha ancora provveduto risulterebbe lineare con lo sviluppo dei rapporti fra giurisdizioni interne e sovranazionali già succintamente esaminati con riguardo al rinvio pregiudiziale.

La richiesta di parere preventivo da parte delle Alte Corti nazionali alla Grande Camera della Corte EDU che il Prot. n. 16 ha introdotto costituisce, infatti, la conferma ulteriore di quanto i sistemi continentali tendano a

centralizzare il sistema della tutela dei diritti fondamentali, investendo sul loro carattere universale. Una protezione dei diritti fondamentali che ormai non può più essere presa in considerazione guardandola con il cannocchiale orientato unicamente su una delle fonti dei diritti fondamentali, pur se centrale e sovraordinata qual è la Costituzione, occorrendo invece focalizzare la lente sul concentrico e coordinato sistema di tutela dei diritti fondamentali emergente dalle Carte — nazionali e sovranazionali — dei diritti.

Se si accede a questa prospettiva, non può che convenirsi sulla centralità della richiesta di parere preventivo alla Corte EDU, non già e soltanto come strumento che “serve” alle Corti supreme per dialogare con la Corte di Strasburgo, quanto come strumento che “serve alla giustizia” nel suo complesso e che, dunque, non potrà che giovare a tutta la catena di giudici — tanto di legittimità che di merito — che contribuiscono alla definizione di un giudizio, sempre più orientato ai canoni di giustizia. Prospettiva, quest’ultima, capace di arginare e dissipare, se messa in relazione agli altri strumenti di cooperazione fra giudici di cui si è detto, l’accusa di assertività e soggettivismo spesso rivolta alla giurisdizione ed al diritto vivente da qualificati settori della dottrina.

Basti solo considerare che la catena dei rinvii pregiudiziali che possono riguardare il giudice di merito che si rivolge a quello di legittimità, quello di merito che, se lo ritenga necessario, si rivolge alla Corte di Giustizia dell’Unione europea e quello di ultima istanza che obbligatoriamente dialoga con il giudice di Lussemburgo, creano una fitta rete di collegamenti che potrebbero soltanto essere arricchiti dalla ratifica del Protocollo n. 16, chiudendo il cerchio sulle grandi potenzialità dei meccanismi, pur tra loro distinti e diversi, che stanno alla base delle interlocuzioni fra i giudici nazionali ed europei.

Del tutto irrazionale risulta, dunque, la preoccupazione che la richiesta di parere preventivo alla Corte EDU possa determinare un attentato alla sovranità nazionale ed alle prerogative riservate alla giurisdizione nazionale.

Più volte, in passato ci è capitato di sottolineare come lo scopo del Protocollo n. 16 fosse non già quello di sottrarre nicchie di sovranità e di potere giurisdizionale agli organi interni, quanto di favorire l’introduzione di uno strumento destinato a far recuperare segmenti di certezza e prevedibilità al sistema di tutela dei diritti fondamentali, addirittura accentuando il ruolo di autonomia ed indipendenza delle giurisdizioni superiori nazionali, in un clima di cooperazione nella reciproca autonomia ed indipendenza delle Corti coinvolte.

La discrezionalità nel chiedere il parere e la piena autonomia nel disattenderne i contenuti ci erano parsi talmente evidenti e marcati da denotare in maniera inequivocabile i tratti caratterizzanti del meccanismo

dialogico che sta alla base del *Protocollo del dialogo*, come ebbe a definirlo il Presidente della Corte EDU, Spielmann, nel 2013 — Discorso del Presidente della Corte EDU Dean Spielmann alla 123<sup>a</sup> Sessione del Comitato dei Ministri, 16 maggio 2013, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) —, tanto nella *fase ascendente* — al momento della richiesta, non obbligatoria, proveniente dal giudice nazionale — che in quella *discendente* — all'esito del parere eventualmente espresso dalla grande Camera della Corte EDU — offrendo alle Alte Corti nazionali la possibilità di sfruttare a fondo il loro ruolo di protagonisti del sistema di garanzia a presidio dei diritti imposto dalla Costituzione. Né il giudice nazionale può ritenersi impedito, dopo il parere reso dalla Grande Camera, dal rivolgersi alla Corte costituzionale, ove non sia convinto della conformità del suo contenuto all'assetto costituzionale dei valori.

Le considerazioni appena espresse si accentuano in modo particolare se si pensa al ruolo della Corte di cassazione nel sistema di protezione dei diritti fondamentali e alla sua centralità nell'applicazione uniforme del diritto.

Prospettiva questa fissata dal tuttora vigente art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario che, riletto ed attualizzato alla luce dell'entrata in vigore della Costituzione e della sua apertura alle fonti sovranazionali, agli obblighi internazionali ed alle limitazioni di sovranità finalizzate alla garanzia di pace e sicurezza — artt. 2, 10, 11, 117 1° c. Cost. — delinea in modo marcato la funzione di *nomofilachia europea* che la Corte di Cassazione anche per effetto del controllo alla stessa affidato, per il tramite delle Sezioni Unite civili, al tema del riparto delle giurisdizioni (art. 117, c. 8 Cost.), è andata assumendo e che proprio grazie agli strumenti cooperativi sempre più utilizzati nell'adire la Corte costituzionale e la Corte dei Giustizia U.E. consente al giudice di legittimità di essere rappresentato ed avvertito anche all'esterno come organo centrale nel sistema di protezione dei diritti (G. CANZIO, F. FIECCONI, *Giustizia*, cit., 63, 168 e 171).

Con ciò non si intende in alcun modo rivendicare posizioni di primazia o di egemonia nei confronti di altre giurisdizioni interne o della Corte costituzionale né di quelle sovranazionali da parte della Corte di cassazione.

È infatti difficile comprendere come la vocazione universale del discorso sui diritti dell'uomo (e, dunque, la sua naturale inclinazione al dialogo comparatistico) possa costringersi entro i ristretti confini di una singola dimensione politica nazionale.

Ed allora, sono proprio le forme di dialogo con le istituzioni giudiziarie sovranazionali a rendere non solo più piana la strada di una cooperazione equiordinata fra le giurisdizioni nazionali e sovranazionali, ma anche ad implementare la centralità delle istituzioni giudiziarie nazionali medesime, senza in alcun modo impoverirle e/o eroderne l'autorevolezza, delineando un sempre crescente ruolo della sussidiarietà nei rapporti fra le Corti nazionali e la Corte EDU.

## 6. Qual è dunque la posta in gioco?

Il vero bersaglio delle posizioni di chiusura al Protocollo n. 16 non sembra essere tanto la Corte EDU, quanto chi in essa intravede un organo giurisdizionale pienamente legittimato a svolgere un ruolo centrale nella protezione dei diritti fondamentali la cui matrice plurale, quanto a fonti e a giurisdizioni, ha finito col porre la Corte EDU non già in posizione di supremazia, quanto in un recinto nel quale è chiamata continuamente a convivere e a confrontarsi con gli altri plessi giurisdizionali, nazionali e sovranazionali.

Le accuse di lesione alla sovranità che sono autorevolmente piovute sul Protocollo n. 16 attengono, se colte nella loro intrinseca essenza e nemmeno tanto celata prospettiva, al *modo* con il quale le Corti nazionali hanno favorito l'ingresso della giurisprudenza convenzionale, vissuto come una forte contrazione del diritto interno e del giudice naturalmente chiamato ad applicarlo, finendo con l'indirizzarsi contro l'architettura sulla quale si fondano i rapporti fra ordinamento interno e CEDU.

Un uso affatto "alternativo" della CEDU che deve al contrario essere non solo vigorosamente protetto ma anzi suggerito, praticato, arricchito ed inverato dall'attività di tutti i giudici nazionali, senza distinzione alcuna fra merito e legittimità, purché tutto ciò sia ispirato da criteri di rigore e competenza responsabile.

Si tratta, a ben considerare, di una prospettiva necessitata dal fatto che il diritto è sempre più affidato ai principi costituzionali interni, dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, dunque, collegato a tecniche di argomentazione giuridica che proprio attraverso il dialogo si costruiscono continuamente e progressivamente. Tutto ciò in un ordine giuridico nuovo che non è più *dato* e fissamente orientato su base piramidale ma si compone, seppur con accenti di complessità sicuramente elevati, anche grazie all'opera dei giudici interni — *recte*, da tutti i giudici interni, tanto di merito, quanto di ultima istanza che costituzionali — e di quelli sovranazionali, tutti quanti parte attiva di un processo materialmente costituzionale nel quale il ruolo svolto quali garanti della legalità è espressione democratica dello Stato costituzionale.

Privare le Corti italiane di ultima istanza dell'opportunità di giocare un ruolo attivo nella formazione della giurisprudenza europea e di dover eventualmente *accettare* il parere reso dalla Corte EDU su istanza delle Corti dei Paesi che lo hanno ratificato senza potere direttamente interloquire finisce col manifestare il reale intento sotteso alla mancata ratifica, appunto rivolto alla riacquisizione di un "primato" del diritto interno e dei suoi interpreti che si rafforza impedendo le contaminazioni, arginandone le

possibilità di contatto, erigendo i muri, invece che costruendo *ponti e porti* capaci di accogliere i diversi naviganti.

Non tanto all'orizzonte si profila, così, il rischio di isolamento dell'ordinamento italiano e delle sue Alte Corti dal circuito di dialogo con la Corte EDU che è già palpabile nella mancata ratifica del Protocollo, una volta che si è già da subito riconosciuta piena valenza ai pareri resi dalla Corte EDU, anche da parte della Corte costituzionale (sent. n. 230/2020, par. 6) e dalla stessa prima sezione civile della Corte di cassazione — cfr. ordinanza n. 8325/2020 cui è seguita Corte cost. n. 33/2021 —.

Alle preoccupazioni ed alle critiche che si prospettano contro la ratifica del Protocollo n. 16 può forse risponderci con le parole di Guido Calabresi che, nel manifestare il suo rammarico circa il fatto che negli Stati Uniti la cultura del dialogo fra le Corti non sia decollata, si esprime così: “...*Ora, in questo stato di cose, che cosa tiene legati i giudici al rispetto dei limiti? Che cosa impedisce loro di arrogarsi un potere eccessivo? Che cosa li aiuta a conservare qualcosa della metodicità e cautela dei loro omologhi del passato in un mondo tanto accelerato e proteiforme? Il metodo dialogico è la soluzione moderna affinché il giudice sia inserito in un contesto di costante confronto, conforto, ispirazione, influenza, scambio e limite con altre Corti, altre giurisdizioni, altri Stati, altri interlocutori istituzionali. Il dialogo attenua la ferocia repentina e drastica con cui il giudice assolverebbe il suo ruolo nel contesto giuridico moderno, riaccostandolo alla prudenza mite, incessante ma graduale, che apparteneva ai suoi predecessori della common law al fine di aggiornare e migliorare il diritto*”<sup>(3)</sup>.

In queste parole ed in altre che lo stesso Calabresi usa non vi è affatto la sopravvalutazione del dialogo fra le Corti, anzi.

È lo stesso Calabresi che muove peraltro da un'esperienza giuridica di tipo anglosassone non pienamente sovrapponibile a quella dei paesi europei, a non nascondersi che quello europeo è un sistema “pieno di imperfezioni e incertezze”, tuttavia evidenziando che la “rete dialogica tra le varie Corti costituzionali, tra le Corti di cassazione, tra le Corti in generale e la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia” dovrebbe essere “importata dagli Stati Uniti” che resta, a dire del giurista italo-americano, un paese molto provinciale.

Ora, quella rete virtuosa di confronto alla pari si comprende non essere, oggi, tanto più di moda, in un periodo storico nel quale si assiste a processi di rinazionalizzazione dei diritti fondamentali in aperto contrasto con l'ispi-

<sup>(3)</sup> G. CALABRESI, “*Il mestiere del giudice*”. *Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, 80.

razione universalistica che invece li contraddistingue <sup>(4)</sup> e, per altro verso di “riaccentramento” del sindacato della Corte costituzionale <sup>(5)</sup> ai quali fanno da *pendant* istanze populiste e sovraniste che, indubbiamente, legittimano pienamente le scelte di non ratificare il Protocollo da un significativo numero di Paesi aderenti al Consiglio d’Europa e non creano un terreno fertile rispetto all’idea di base sottesa al Protocollo n. 16.

Un processo, d’altra parte, che non pare essere in via esclusiva interno ma che sembra aleggiare anche all’interno della Corte EDU.

Una spia di quanto si va qui dicendo la si può cogliere in alcune opinioni dissidenti che compaiono nella giurisprudenza della Corte EDU, l’ultima delle quali, a margine del caso esaminato dalla Grande Camera della Corte EDU — *G.C. Fedotova e a. c. Russia* — con il quale la Corte EDU ha dato atto, plasticamente, dell’evoluzione giurisprudenziale in tema di diritti delle coppie dello stesso sesso e per far ciò è tornata a dare conto della natura “vivente” della CEDU e della sua stessa giurisprudenza <sup>(6)</sup>.

Ma sono le opinioni dissidenti dei Giudici a dare il senso di una tangibile diversità di intenti che comincia vigorosamente a prendere piede all’interno della Corte e che costituisce l’altra faccia di problematiche che investono, in definitiva, allo stesso modo, *mutatis mutandis*, il ruolo delle Corti nazionali.

Se, in altri termini, vi è chi all’interno della Corte ritiene che una decisione dello stesso organo in materia sensibile possa rappresentare un attacco al “rule of law” <sup>(7)</sup> mettendo così in discussione la legittimazione

<sup>(4)</sup> È l’idea di fondo espressa, di recente, da L. FERRAIUOLI, *Per una costituzione della terra. L’umanità al bivio*, Bologna, 2022. V. anche G. CANZIO e F. FIECCONI, *Giustizia*, Milano, 2021, 36.

<sup>(5)</sup> D. TEGA, *La Corte nel contesto, Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.

<sup>(6)</sup> Corte EDU, 17.1.2023, *G.C. Fedotova e a. c. Russia*: “The Court reiterates that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today .... Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved.... As is apparent from the case-law cited above, a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement”.

<sup>(7)</sup> Corte EDU, 17.1.2023, *G.C. Fedotova e a. c. Russia*, Op. diss., Giudice Wojtyczek: “In conclusion, I would like to note the following quote which summarises the problems which also arise in the instant case: “It is in no way remarkable, and in no way a vindication of textual evolutionism, that taking power from the people and placing it instead with a judicial aristocracy can produce some creditable results that democracy might not achieve. The same can be said of monarchy and totalitarianism. But once a nation has decided that democracy, with all its warts, is the best system of government, the crucial question becomes which theory of textual interpretation is compatible with democracy. Originalism unquestionably

stessa dell'Istituzione che sarebbe andata con le sue pronunzie progressivamente stravolgendo il sistema dell'interpretazione della CEDU <sup>(8)</sup> ed usurpando la sovranità degli Stati, ci si rende conto di quanto sia necessario, oggi, prendere sul serio questi temi, adottando prospettive che, appunto, si maturano in un periodo storico diverso da quello in cui si sono prodotti gran parte dei *grand arret* della Corte EDU, all'insegna del canone della massimizzazione delle tutel, autentica *Grundnorm* del sistema — come già ci è capitato di osservare in R.G. Conti, *Nomofiliachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di cassazione a confronto*, in *Giustiziainsieme*, 4 marzo 2021, spec. Par. 3 e indicazioni dottrinali ivi esposte

Allora di tutto questo i giudici nazionali devono essere consci, devono essere parte del dialogo in modo consapevole ed attivo, con l'ulteriore più gravosa responsabilità nascente dal fatto di essere, appunto, loro i primi artefici e difensori dei diritti di matrice convenzionale.

---

nably is. Nonoriginalism, by contrast, imposes on society statutory prescriptions that were never democratically adopted.” (A. SCALIA, B.A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Minn., 2012, 88). Despite all the obvious differences between a national Constitution and an international treaty, as well as between constitutional interpretation and treaty interpretation, the gist of the problem remains the same. Once the Court has established that democracy is the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with it ... the crucial question becomes which theory of Convention interpretation is compatible with democracy. The problem with the approach chosen in this respect by the majority is that it imposes upon the High Contracting Parties new international engagements that were never undertaken, let alone through democratic procedures. As a result, it erodes the rule of law.”

<sup>(8)</sup> Corte EDU, 17.1.2023, G.C. *Fedotova e a. c. Russia*, Op. dissenziente giudice Poláčková, 18: “When they discussed the longer-term future of the Convention system, the forty-seven States Parties rightly concluded that “[t]he authority of the Court is vital for its effectiveness and for the viability of the Convention system as a whole” and that “[t]hese are contingent on the quality, cogency and consistency of the Court’s judgments, and the ensuing acceptance thereof by all actors of the Convention system, including governments, parliaments, domestic courts, applicants and the general public as a whole ” (emphasis added). 19. It must be acknowledged that the present judgment is not inspired by such wisdom. As a result, it is bound to cause huge problems in terms of legitimacy and acceptance, and to undermine even further the authority of the Court and its case-law. Its harmful effects will especially resonate beyond the respondent State, as the latter is no longer a party to the Convention. In more general terms, it was inappropriate for the Court to raise the Convention standard to such an extent as to require legal recognition of same-sex couples notwithstanding the significant objective social circumstances facing many States Parties in this area. Instead of seeking to achieve “a greater unity” on the basis of truly common and shared values in accordance with the Statute of the Council of Europe, the judgment is more likely to deepen the division and heighten the clash resulting from divergent societal visions in Europe.”



## 7. I protocolli d'intesa fra le Corti nazionali e la Corte EDU e la fiducia come colla fra le giurisdizioni

La progressiva assimilazione del corretto ruolo della CEDU nel sistema interno e dei suoi rapporti con la Costituzione, dispiegatosi anche attraverso l'intervento della Corte costituzionale, a partire dalle sentenze gemelle del 2007 e poi via via con i vari *seguiti*, ha consentito di comprenderne appieno le finalità e potenzialità, anche grazie all'opera di conoscenza svolta dai protocolli informali conclusi fra le Corti nazionali e la Corte EDU, anch'essi ispirati al "dialogo" fra i diversi plessi giurisdizionali.

E non può essere senza significato, per i giudici italiani, che sia stata la Corte di cassazione a concludere, seconda in Europa fra le Alte Corti, un protocollo d'intesa con la Corte EDU nel dicembre del 2015, al quale hanno fatto seguito le altre Corti apicali italiane e la stessa Corte costituzionale nel gennaio 2019 <sup>(9)</sup>.

Un'esperienza, quella maturata attorno a un documento di *soft law*, che ha contribuito a radicare nella giurisdizione di ultima istanza un sentire comune arioso ed aperto.

Si assiste, in altri termini, ad un fiorire di iniziative, in parte orientate dal legislatore interno, in parte provenienti dal piano sovranazionale, in parte ancora collegate all'intensificazione degli scambi "culturali" fra le Corti — interne ed esterne ai confini statuali — che sembrano tutte collegate da un unico filo conduttore, attorno al quale il "fare giustizia" assume progressivamente connotati e fisionomie diverse da quelle tradizionali, per le quali il *giudicare* era prevalentemente ed essenzialmente collegato all'adozione di un provvedimento destinato a diventare *giudicato*. Un comando, dunque, equiparato alla forza della legge.

Emerge, infatti, nitidamente, un'idea decisamente nuova del giudicare, tutta *incordata* di dialogo, di cooperazione, di confronto fra chi per mestiere fa il giudice e che, prima di arrivare alla conclusione del suo percorso destinato alla "decisione" del processo, ha l'opportunità di arricchire la sua decisione, di ragionare sulla stessa prima che sia data insieme ad altri giudici che, occupando una peculiare posizione nel sistema di protezione dei diritti, partecipano a questa riflessione pur se posti in ambiti che tradizionalmente non consentirebbero alcuna cooperazione, ponendosi anzi come sostitutivi di quelli che, prima di loro, hanno giudicato.

---

<sup>(9)</sup> R. CONTI, *Protocolli d'intesa tra la Corte di Cassazione e la Corte dei diritti dell'uomo. Introduzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2016, 103; *id.*, *Il protocollo di dialogo fra le Alte corti italiane, Csm e Corte EDU a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla CEDU. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questione Giustizia*, 29 gennaio 2019.



Un sistema nuovo, dunque, nel quale alla radice della cooperazione fra diversi organi giurisdizionali vi è un modo totalmente diverso di intendere il ruolo del giudicare, ancora una volta inverato e alimentato dalla sottostante idea di *fiducia* che i dialoganti godono l'uno dell'altro.

Per modo che i rinvii pregiudiziali, interni e ai giudici sovranazionali — quelli già efficaci e quelli che, si spera, spesso vedranno protagonisti anche le Corti italiane di ultimo grado — creano un mosaico tutt'affatto diverso da quello che si mostra all'interprete se egli guarda ai testi di legge interne in posizione statica, disvelando invece un'immagine in continuo e progressivo movimento circolare fra giurisdizioni e giudici che hanno tutte a cuore un unico comune obiettivo. Quello della protezione dei diritti delle persone e, dunque, l'uomo, nella multiforme proiezione.

## **8. Il ruolo del giudice comune, di merito e di legittimità nell'interpretazione**

Le considerazioni sopra espresse devono trovare sintesi sul modo di interpretare la Convenzione e sul modo con il quale i giudici nazionali devono ad essa approcciarsi. Un approccio sul quale ci è capitato già di esprimerci in tempi recenti e sul quale occorre insistere rivisitando alcune certezze che una lettura frazionata ed epidermica della giurisprudenza potrebbe favorire.

Il primo postulato sembra essere quello che l'interpretazione della CEDU spetta senza dubbio alla Corte europea dei diritti dell'uomo quando essa è chiamata a pronunciarsi sul suo significato. In questa direzione è, del resto, il chiaro tenore letterale dell'art. 34 della CEDU.

Ma questo non vuol dire affatto che la Corte EDU abbia il monopolio dell'interpretazione della Convenzione, dovendosi integrare la prima proposizione con alcuni necessari corollari che possono così sintetizzarsi. Se è infatti corretto ritenere che la Convenzione vive attraverso la giurisprudenza della Corte EDU, è proprio il significato che essa assume ad essere condizionato da fattori ad essa estranei che contribuiscono a renderne concreto il senso, fra i quali vi sono anche gli interpreti nazionali, come abbiamo in altra sede argomentato <sup>(10)</sup>.

Il che accade, primariamente, quando la Corte EDU abbia sì interpretato il parametro convenzionale senza tuttavia occuparsi nel caso che sul piano

---

<sup>(10)</sup> R. CONTI, *Cedu e interpretazione del Giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *federalismi.it*, 24 marzo 2010; R. CONTI, *Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 4 ottobre 2019, ora pubblicato in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2022, vol. II, 1193.

interno ne richiede l'applicazione. È in questo momento che il giudice nazionale diventa lui stesso, prima della Corte EDU, il vero interprete della CEDU, essendo chiamato a garantire che il risultato interpretativo del diritto interno sia informato al rispetto delle garanzie convenzionali.

La partita si gioca dunque, soprattutto sul piano interno e impone al giudicante domestico conoscenza della giurisprudenza sovranazionale, delle tecniche di tutela proprie della Convenzione, dei principi generali che la animano.

## 9. Qual è il ruolo dell'Avvocato rispetto ai diritti umani e alla CEDU?

Le considerazioni fin qui espresse potrebbero apparire alimentate da un'ipertrofica considerazione del ruolo del giudice e chi le scrive ha ben chiaro quanto esse possano prestarsi a critiche, non potendosi tralasciare come il discorso che qui si è svolto prevede ineludibilmente un'altra figura centrale per la difesa dei diritti dell'uomo che è appunto l'avvocato.

Come abbiamo in altra sede dibattuto con alcuni massimi esponenti dell'Avvocatura <sup>(11)</sup>, i principi che le Carte dei diritti contengono vivono nell'interpretazione che di essi danno i giudici che li applicano nel caso, essendo il caso a consentire il passaggio dalla indeterminatezza e potenzialità di senso del principio al contenuto preciso che il principio stesso assume nella vicenda regolata. Caso e giurisdizione sono, dunque, i due "momenti" fondamentali che oggi caratterizzano ogni questione in cui entra in gioco un diritto fondamentale. E proprio rispetto ai casi molteplici ed infiniti che si verificano e danno luogo a dissidi, contrasti e liti prim'ancora dei giudici, l'anello di congiunzione tra vita e diritto è rappresentato dall'Avvocatura, chiamata a dare voce alla domanda di giustizia delle persone a volte ricercando risposte nelle pieghe del sistema multilivello.

La lezione senza tempo di Piero Calamandrei a proposito del ruolo del difensore oggi assume particolare valore ai nostri tempi, nei quali la "lotta" del cittadino contro il potere quando esso si veste di arroganza ed ingiustizia non può che considerare l'avvocato il vero motore delle tutele dell'uomo. La figura che porta davanti al giudice l'ingiustizia, la protervia anche quando assume le vesti dello Stato che, per principio, è il garante della giustizia. Un'affezione alla CEDU che deve avvenire, parafrasando Calamandrei, "in quell'unico modo in cui gli avvocati possono affezionarsi alle leggi, cioè discutendole, criticandole, tormentandole, facendole vivere con l'interrogarle e con l'interpretarle: in tutti i modi, fuor che con l'ignorarle".

---

<sup>(11)</sup> R. CONTI, *CEDU e cultura giuridica italiana 2) La parola agli Avvocati civilisti sul ruolo della CEDU*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 21 novembre 2019.

In questa prospettiva, si coglie, come ci è capitato di osservare già in passato, immediatamente il ruolo della difesa e la prospettiva che pone l'avvocato come "difensore" degli interessi immediati — economici e non — del cliente che stanno a valle, ma anche di quegli inderogabili ed indeclinabili diritti che stanno "a monte", senza i quali la tutela immediata reclamata rimane monca, acefala e, dunque non completa, non appagante e, in definitiva, ingiusta. Ritorna prepotentemente, anche in questo contesto, il tema della "legge della fiducia" tratto da Tommaso Greco, questa volta declinato nel rapporto assai peculiare che sorge fra giudice e avvocato, al cui interno la diversità di ruoli e funzioni non è ostativa ma al contrario educa in modo imprescindibile il canone fiduciario, per nulla impedito dalle finalità diverse che essi perseguono, in modo da orientare la giustizia verso risposte quanto più appaganti.

Prospettiva che pone il difensore come artefice, o protagonista dei diritti, il tecnicismo dei quali, reso imponente dalla proliferazione delle fonti — scritte e non — e dalla dimensione multiculturale che la società va sempre più assumendo, non solo impedisce al cittadino di far da sé, ma impone al tecnico del diritto una visione complessiva delle vicende, un loro dimensionamento in un contesto nel quale l'affermazione dei diritti passa, ormai spesso, attraverso una verifica di compatibilità del sistema di regolazione adottato ai valori fondamentali, come detto di matrice interna e sovranazionale.

Ma questa prospettiva del ruolo defensionale non è l'unica, pur risultando certamente vera, affascinante, avvincente e pienamente condivisibile se si pensa che essa non può realizzare, da sola, il fine che pure intende realizzare, appunto costituito dalla realizzazione piena ed indifferenziata dei diritti.

Alla dimensione etica dell'Avvocatura che promuove il ruolo propulsivo dei diritti ad opera dell'Avvocato, spesso di frontiera, capace di mordere l'apparato giudiziario per cercare di smuoverlo va, a me pare, affiancata una dimensione più pragmatica, ma non meno rilevante, dalla quale il "difensore" non può prescindere.

Non solo, infatti, l'esistenza, già attuale all'interno di studi professionali di media-grande dimensione, di specializzazioni che guardano alla prospettiva appena tracciata ma, soprattutto, la circostanza che la formazione universitaria e post universitaria delle nuove generazioni ha ormai tracciato una figura "europea" del giurista resa evidente dal fiorire di "nuovi giuristi" che, acquisita dimestichezza e pratica sicuramente maggiore di quei professionisti tradizionali i quali, non per loro colpa, di questa offerta formativa non hanno potuto godere per ragioni anagrafiche, saranno in grado di condizionare le sorti dei casi e delle cause molto più di quanto oggi il

professionista attrezzato dotato di una preparazione “classica” riesca a fare. Condizionamenti che, si badi, potrebbero anche essere di segno negativo quante volte l’uso non adeguato, non proporzionato o anche solo inappropriato delle fonti sovranazionali venga realizzato al solo fine della “difesa” del cliente e risulti, poi, idoneo a condizionare le sorti del giudizio, magari a causa di un ruolo inadeguato svolto da chi è chiamato a decidere e giudicare.

Significative sono sul punto le considerazioni conclusive di Cass. S.U. n. 36057/2022 in tema di validità della procura speciale alle liti per il giudizio di legittimità, in cui “con grande forza, queste Sezioni Unite intendono ribadire che l’avvocato che propone un ricorso per cassazione, il quale deve essere iscritto, tra l’altro, all’apposito albo speciale, è investito di una funzione di grande rilievo sociale, che esige da lui la massima professionalità. L’esercizio della giurisdizione non può avere luogo senza la reciproca e continua collaborazione tra avvocati e magistrati, che si deve fondare sul principio di lealtà; per cui, ove il professionista tradisca questa fiducia, potrà certamente essere chiamato a rispondere, in altra sede, del suo operato infedele; ma non si deve trarre dall’esistenza di possibili abusi, che pure talvolta si verificano, una regola di giudizio che abbia come presupposto una generale e immotivata sfiducia nell’operato della classe forense”.

È allora un’idea di protezione della persona umana non di classe ed elitaria ad imporre che questa ansia di tutela diventi patrimonio comune e generale dell’Avvocatura prima ancora che della magistratura. Se è l’avvocato a dare voce ai diritti, è e non può essere l’avvocato a potere e dovere cogliere la dimensione universale dei diritti ed a riversarla nel processo o nelle forme di tutela dei diritti che l’ordinamento appresta, anche a livello stragiudiziale, per i diritti dell’uomo. Una protezione convenzionale che, come abbiamo evidenziato in altra sede <sup>(12)</sup>, non dovrebbe essere in definitiva appannaggio dei “soliti pochi” — e magari facoltosi — che possono permettersi il lusso di attivare gli strumenti di protezione dei diritti di matrice convenzionale fino a Strasburgo. Insomma, l’idea della CEDU e del suo giudice come giurisdizione dei ricchi, assecondata a volte da una parte una parte della magistratura va decisamente sfatata.

La CEDU, in realtà, è destinata a svolgere il suo ruolo non tanto a Strasburgo, all’esito dei ricorsi interni infruttuosamente precorsi, ma soprattutto sul piano interno innanzi al giudice nazionale — soprattutto a quello di merito — ove al quale sono appunto i difensori tenuti per primi a dovere prospettare l’applicazione della CEDU orientando i processi ermeneutici che

---

<sup>(12)</sup> R. CONTI, *CEDU e cultura giuridica italiana*. 1) *La parola agli Avvocati penalisti sul ruolo della CEDU*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 7 novembre 2019.

riguardano il quadro interno per renderlo coerente e “convenzionalmente orientato”.

Parlare di CEDU, oggi, non vuol dire riferirsi all’ultima sentenza che ha affermato una violazione, ma impone un approccio pragmatico-culturale che stride con l’atteggiamento epidermico e superficiale che traspare dall’uso della Convenzione europea fatto in alcuni circuiti mediatici ma, a volte, purtroppo, anche da finissimi giuristi.

Ed allora, anche per arginare un’applicazione patologica del diritto europeo, appare ineludibile un dovere di attrezzarsi da parte di tutto il ceto professionale e dunque anche di chi, non per sua colpa, non ha avuto analoga fortuna rispetto ai “nuovi professionisti” che hanno avuto opportunità formative diverse.

Si tratta, a ben considerare, di una prospettiva capace di coniugare la dimensione etica della professione a quella che non perde di vista l’esigenza, altrettanto rilevante per ogni professionista, di affermarsi in un sistema delle professioni sempre più marcato da logiche competitive e concorrenziali, attraverso profili di preparazione e specializzazione sempre più complessi, ai quali corrispondono obblighi e responsabilità parimenti incisivi.

Ma se si riflette su quanto appena detto ci si accorge, ancora una volta, come la prospettiva “fiduciaria” possa e debba essere parimenti e ancora una volta sperimentata quanto al ruolo dell’avvocatura nella piena attuazione dei diritti umani. Di guisa che non potrà esservi decisore capace di svolgere il proprio ruolo rispetto alla persona ed all’esigenza di piena tutela dei suoi valori senza un valido difensore di quei diritti, capace di disvelarli, concretizzarli e materializzarli nel processo. Giudici e avvocatura, dunque, inestricabilmente uniti attorno al ceppo dei diritti della persona, al punto da affermare che fra questi vale la regola *simul stabunt simul cadent*.

In questo contesto il ceto avvocatizio non esce affatto sminuito o “decentrato” ma, semmai profondamento arricchito, apparendo evidente che rispetto al crescente ruolo del giudice non può non affiancarsi quello dell’avvocato che sia in grado di verificare la correttezza e coerenza dell’operato del giudicante, ove questi indossi il cappello, come a me piace dire, di giudice eurounitario o di giudice della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

## **10. La logica della fiducia e la revocazione/revisione delle sentenze del giudice italiano contrarie alla CEDU**

I nuovi strumenti della revocazione delle sentenze civili per le quali la Corte dei diritti dell’uomo abbia accertato la violazione della CEDU in materia di “diritto di stato della persona” (art. 391-*quater* c.p.c.) e della

revisione delle sentenze e decreti penali di condanna per riaprire il procedimento o eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte EDU (art. 628-*bis* c.p.p.) rappresentano una tappa epocale per la piena attuazione dei diritti umani.

Non è questa la sede per approfondirne i tratti distintivi, più o meno comuni fra loro, invece sembrando utile, ancora una volta, ribadire come la *ratio* sottesa a tali istituti di nuovo conio metta in luce un'esigenza che è ancora una volta di piena cooperazione fra le giurisdizioni nazionali e sovranazionali, abbandonando la prospettiva sanzionatoria che per anni, come si è detto, ha imperato quando si discuteva di "condanne" della Corte EDU nei confronti degli Stati e, in definitiva, dei giudici nazionali che non erano riusciti ad offrire tutela adeguata ai diritti di matrice convenzionale.

La predisposizione di strumenti specifici capaci di offrire al danneggiato non una tutela di "carta", ma una protezione effettiva dei diritti lesi, pur con le rime che ciascun istituto ha inteso precisare, è riaffermazione ulteriore dell'esigenza di una svolta radicale nei rapporti fra le giurisdizioni, improntata a quel senso di fiducia e di dialogo del quale si è già qui detto. La riapertura del processo e la revocazione della sentenza resa dal giudice nazionale affidata alla Corte di cassazione, che secondo l'art. 375 c.p.c. come novellato dalla riforma Cartabia imporrà l'udienza pubblica tanto alle sezioni semplici quanto alle Sezioni Unite — ove la questione riguardi questioni di massima di particolare importanza o che hanno dato luogo a contrasti giurisprudenziali interni, non può che fare riflettere sul circuito di legalità che si è inteso realizzare attorno ai diritti dell'uomo.

Una cintura, quella che ritorna al giudice domestico dopo le sentenze che abbiano accertato la violazione convenzionale, tutta improntata a quel canone di sussidiarietà che governa i rapporti fra il sistema interno e quello convenzionale e che (ri)dà, ancora una volta, la palla al giudice di prossimità che è a contatto con la carnalità delle vicende processuali nelle quali sono entrati in gioco i diritti della persona. Una centralità che, ancora, fa riflettere se si considera il ruolo centrale assegnato alla Corte di cassazione sul tema della revocazione/revisione.

Certo, se si inforca la lente tradizionale, si potrà gridare al pericolo di centralizzazione e di supremazia che starebbero dietro alla scelta del legislatore, non attento a salvaguardare il canone costituzionale dell'eguaglianza fra tutti gli appartenenti all'ordine giudiziario, messo a rischio da interventi "suprematisti" della Cassazione in pregiudizio del giudice di merito, quando in discussione fossero dei giudicati formati in quell'ambito e non per effetto dell'intervento finale della Corte di legittimità. Ma a questa visione forse miope se ne dovrebbe contrapporre un'altra che, invece, vede nella Corte di cassazione il giudice al quale viene attribuito il delicato compito di riportare

le rime interne sui binari della legalità convenzionale, senza spirito vendicativo nei confronti di alcuno. Che sia questa la chiave da usare per “leggere” i nuovi istituti è confermato, appunto, dalla circostanza che debba comunque gravare sul giudice di legittimità la rivisitazione di quei giudicati interni che fossero, al contrario, frutto di “inconvenzionalità” direttamente ascrivibile al giudice di legittimità, come tante volte è accaduto.

La prospettiva rimediale prescelta abbandona, così, definitivamente quella che invece caratterizzò gli “anni delle condanne”, preferendo la strada del dialogo e della cooperazione, in nome della migliore e più efficace protezione dei valori in gioco.

Il che passa, indubitabilmente, per un rimettersi profondamente in discussione da parte di tutti gli attori protagonisti del sistema di tutela dei diritti, ripensando anche a categorie che hanno accompagnato la formazione della maggior parte dei giuristi e che meritano non già di essere abbattute o non considerate, ma soltanto adeguate e rimodulate in modo da adeguarle all'accresciuta sensibilità verso il tema dei diritti<sup>(13)</sup>. Tutto questo nella piena consapevolezza che la persona è ontologicamente vulnerabile e merita per ciò

---

<sup>(13)</sup> Il pensiero corre, a titolo meramente esemplificativo, al tema del giudicato, da sempre baluardo della statualità ed all'idea che esso vada preservato e tutelato all'interno di un circuito di legalità e giustizia che ne sappia al contempo proteggere il senso senza tuttavia indietreggiare di fronte a lesioni palesi e gravi dei diritti umani che in esso possano eventualmente annidarsi — v. ad es. Cass. pen., S.U. n. 38809/2022, *Miraglia*, 7.2: “Nel ribadire la necessità di rimodulare *in executivis* la pena illegale, non interamente eseguita, a seguito di dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, Sez. U Gatto hanno, in particolare, osservato che « la conformità della pena a legalità in fase esecutiva deve ritenersi costantemente sub iudice [...] non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale. Nel bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, va data prevalenza a quest'ultimo, giacché il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale è esso stesso un principio di rango sovraordinato — sotto il profilo della gerarchia delle fonti — rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato ».”; *id.*, 7.5: “Sez. U Mraidi, all'esito di una compiuta ricostruzione della giurisprudenza delle Sezioni Unite, hanno concluso che « la tutela dei diritti costituzionalmente e convenzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale alla libertà personale e il principio di legalità, deve infatti prevalere sull'intangibilità del giudicato, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 210 del 2013 e dalle Sezioni Unite a partire dalle sentenze Ercolano e Gatto, non potendo accettarsi « l'applicazione di una pena avulsa dal sistema » (Sez. U, Basile cit.) come quella inflitta con una sentenza di condanna pronunciata per un fatto che, al momento della sua commissione, non aveva rilievo penale e per questo era da ritenersi illegale ab origine ». Nella sostanza, in tal modo Sez. U Mraidi equiparano illegalità sopravvenuta (art. 2, secondo comma, cod. pen.) e illegalità originaria (art. 2, primo comma, cod. pen.), fermo il limite rappresentato dalla eventuale statuizione sul punto del giudice della cognizione”.



stesso adeguata protezione contro le aggressioni da chiunque poste contro il ceppo dei diritti che alla stessa fanno capo.

In definitiva, la valorizzazione del giudice nazionale sembra ancora una volta emergere come tratto comune dei giudici “garanti dei diritti umani”, ormai pienamente consapevoli che l’effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte non può che essere dispensata, al meglio, dal giudice di prossimità, la stessa dovendo atteggiarsi in maniera chiara, celere e precisa.

Da qui si comprende come il perno dei rapporti fra giudice costituzionale e giudice comune tendano ad omogeneizzarsi con quelli che riguardano i giudizi nazionali rispetto alla Corte dei diritti umani. In entrambe le occasioni la sussidiarietà dell’agire delle Corti dei diritti rende residuale il compito del giudice dotato, in tesi, di maggior prestigio e forza operativa e persuasiva.

Ecco che, ancora una volta, alla radice di tale operare che attribuisce al giudice nazionale prerogative nuove rivolte a dare piena efficacia alle decisioni della Corte EDU emerge la forte convinzione che i diritti fondamentali vadano tutelati al meglio dal loro giudice naturale, appunto rappresentato dal giudice nazionale.

## **11. La formazione ed il ruolo del giudice comune e dell’avvocato**

La circolarità che si è cercato di tratteggiare nei paragrafi precedenti a proposito del ruolo dei giudici nazionali e sovranazionali nella realizzazione di un sistema di protezione dei diritti fondamentali realmente integrato fra le fonti e i diritti viventi non può che passare attraverso un modo nuovo di intendere la formazione professionale degli operatori di giustizia.

La straordinaria opportunità offerta dall’esistenza di una scuola dedicata alle esigenze della formazione iniziale e permanente dei magistrati italiani richiede nuovi impulsi volti a favorire una cultura della giurisdizione sempre di più improntata ai canoni di fiducia anche sul piano formativo.

In questa prospettiva sembrano essere due le linee portanti per rendere efficace ed effettiva la protezione dei diritti fondamentali da parte di ogni magistrato italiano. Per un verso sembra davvero necessario dedicare sforzi ed energie sempre maggiori alla creazione di momenti formativi comuni fra giudici di merito e di legittimità, sfruttando a tal fine proprio le strutture territoriali della scuola radicate in ciascun distretto, in modo che esse possano più stabilmente dialogare con la Corte di cassazione e con la struttura formativa ivi collocata.

Ancora una volta, l’idea di veicolare un modo di formazione che risulti realmente sganciato dal ruolo svolto — giudice di merito, di legittimità,



avvocato — ed invece orientato a cogliere le necessità ed i bisogni dei soggetti che partecipano alla giurisdizione nel senso che si è appena esposto *supra* impone un cambio di passo radicale, orientato a favorire tavoli di dialogo e di discussione, nell'ambito dei quali le questioni controverse riescano ad essere esaminate cogliendo dai diversi osservatori i punti critici e ciò che si ritiene necessario per realizzare al meglio una giustizia giusta.

Il confronto realizzato all'interno del circuito della formazione comune non può infatti che favorire quel clima di fiducia che deve governare, prim'ancora che sul terreno delle impugnazioni, le relazioni fra merito e legittimità. Torna, ancora una volta, la centralità del tema della fiducia sul quale qui si è già detto, occorrendo dunque una riflessione nuova sul tema della formazione comune, come ha sollecitato Sibilla Ottoni in un suo recente intervento S. OTTONI, *La selezione di avvocati e magistrati. Divergenze, formazione e cultura comune*, in *Giustiziainsieme*, 3 luglio 2023.

La recente pandemia ha peraltro avvicinato una platea di possibili fruitori della offerta formativa per effetto della c.d. formazione a distanza, che del resto viene incontro alla stessa natura “pendolare” di buona parte dei consiglieri della Corte

Ma sul versante della partecipazione attiva occorre probabilmente investire nuove risorse e nuovi obiettivi, nella consapevolezza che l'ampiezza di tematiche nuove destinate, non come accade in generale ad avere impatti ritardati e differiti sulla vita della Corte di cassazione, bensì a spiegare immediati effetti sul modo di essere della Corte di cassazione, non può essere lasciata in via esclusiva alla solerzia e capacità di aggiornamento individuale dei magistrati, ma richiede un approccio condiviso che possa così costituire uno strumento di ausilio tanto complementare al bagaglio del consigliere, quanto indispensabile.

D'altra parte, sul fronte formativo, d'altra parte, si gioca una buona dose della credibilità e autorevolezza della Corte di cassazione, tanto nei confronti dell'Accademia che del foro nonché, soprattutto, dei colleghi che operano nel merito.

Occorre infatti sforzarsi di veicolare un'immagine della Cassazione come giudice che “insieme” a quello di merito partecipa in maniera equiordinata al “servizio giustizia”, svolgendo un ruolo che per funzione chiama a sindacare l'operato del giudice di merito senza per questo rivendicare posizioni di supremazia istituzionale, culturale o anche solo di posizione verso la giurisdizione di merito. Obiettivo che non può non realizzarsi favorendo la realizzazione di momenti di confronto comune nel quale merito e legittimità riescano finalmente a parlarsi e confrontarsi fuori dal recinto nel quale il sistema costringe e isola per ovvie ragioni i relativi rapporti.

Il malumore che a volte serpeggia nei giudici di merito in ordine a soluzioni della Cassazione avvertite come lontane da chi si “sporca le mani”

quotidianamente, affrontando le liti e guardando negli occhi le parti, i loro comportamenti e le prove che vengono offerte dai difensori o, altre volte, come approssimative e poco appaganti rispetto alla complessità della vicenda esaminata in sede di legittimità, non può che fare della formazione il luogo ideale di un confronto franco, a viso aperto, lontano dalle singole vicende processuali che rischiano di scadere in assolutamente comprensibili personalismi dell'uno o dell'altro giudice che vede scorrere innanzi a sé la vicenda processuale o di apparire condizionate dall'idea di un'impossibilità reale di dialogo fra soggetti che si intenderebbe considerare posti in una scala gerarchica, invero inesistente, se solo si guardi all'impianto costituzionale della giurisdizione che pone qualunque giudice, di merito e di legittimità, sotto l'unico comune paradigma della soggezione soltanto alla legge. Luogo nel quale, dunque, le frizioni possono trovare composizione in termini di sistema, di sviluppo delle riflessioni nascenti dal singolo caso per un più alto risultato finale.

Un luogo, quella della formazione, nel quale *ius constitutionis*, *ius litigatoris* e *ius ordinationis* non potranno che trovare la loro sintesi rispetto al ruolo di garanzia del « nucleo essenziale del “giusto processo regolato dalla legge” » riconosciuto alla Corte di cassazione (Corte cost. sentenza n. 207 del 2009) e dei diversi protagonisti, alla ricerca di un composito bilanciamento fra le diverse anime ed i diversi volti della Cassazione.

Un luogo, come osservato già in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022 dal Primo Presidente della Corte di cassazione che, destinato ad essere sempre di più “agorà, aperta a raccogliere gli impulsi interni ed esterni finisce, in tal modo, per rappresentare uno dei punti di forza dell'intera giurisdizione, dalla quale pretendere un prodotto non solo quantitativamente tarato sui tempi limitati di chi opera nel sistema giustizia ma prima ancora qualitativamente capace di rappresentare un punto di riferimento costante, destinato a rimanere oltre il tempo nel quale si è realizzato”.

## **12. Conclusioni. Verso un diritto più giusto e vero non può tralasciare la CEDU**

Il ragionamento che si è qui provato ad esporre, tutto inscindibilmente collegato al ruolo delle fonti, della giurisprudenza e degli interpreti non può che ruotare attorno alla persona ed ai suoi valori universali che, si è visto, condizionano sempre di più il mondo delle relazioni sociali e, quindi, quello del diritto che ne è specchio, al contempo fedele e infedele quando non riesce a realizzare l'obiettivo comune che quell'esigenza di fiducia sulla quale qui si è tanto ritornato, richiede.

Un obiettivo di “verità” che deve alimenta la legge, il giudice, il giudicato e così un'esigenza che tenda in maniera sempre crescente a vedere nella

decisione giudiziale la corretta applicazione ed interpretazione delle norme — a loro volta 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 <sup>(14)</sup> sempre più orientato a perseguire la giustizia <sup>(15)</sup>, intesa come “finalità fondamentale di qualunque processo che possa definirsi come giusto” in quanto “fondato sulla veridicità dell'accertamento dei fatti” <sup>(16)</sup>.

Legge e giudicato, abbandonato il mito assoluto della certezza <sup>(17)</sup>, finiscono così per essere anelli di una catena <sup>(18)</sup> nella quale i giudici, gli Avvocati e l'Accademia risultano accomunati dal bisogno di *ricercare ed affermare* la verità, a sua volta proiettata verso il “diritto alla verità” ed al *dovere* di verità — del giudice come del giurista e dell'accademico — <sup>(19)</sup>.

Una prospettiva tutta aggrappata all'idea che vi sia un “principio di verità” come condizione essenziale per l'effettività dell'ordinamento giuridico <sup>(20)</sup> nella sua dimensione naturalmente complessa.

Se, dunque, all'interno dei plessi (legge, giustizia, verità) si muovono sicuramente istanze e prospettive diverse, anzi profondamente diverse, le stesse sembrano tuttavia (*recte*, dovrebbero) essere animate da un'idea di soddisfazione di un valore (*recte*, di una pluralità di valori) che guarda

<sup>(14)</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 166.

<sup>(15)</sup> 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 *Giustiziansieme*, 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 *Giustiziansieme*, 4 marzo 2021.

<sup>(16)</sup> M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 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”.

<sup>(17)</sup> N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. inter. fil. dir.*, 1951, 151. G. VETTORI, *Effettività*, cit., 161.

<sup>(18)</sup> V., volendo, R. CONTI, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in <http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2015n15-1/0000DQsommario.pdf>.

<sup>(19)</sup> 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.”

<sup>(20)</sup> M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, cit., 169.

comunque alla tutela piena ed effettiva della persona e della sua dignità all'interno della Stato-comunità, e che perciò stesso ha a che fare con la verità, continuamente ricercata dai suoi diversi protagonisti — legislatori, giudici, società civile — ma attraverso una pluralità di nodi.

Nodi che si riavvolgono attraverso leggi che hanno presente il ruolo della persona e le esigenze di tutela ad essa ineludibilmente collegate, sentenze che ricercano la verità processuale attraverso regole anch'esse improntate alle garanzie dei diritti fondamentali e all'esame dei fatti e la loro sussunzione nelle norme applicabili.

Tanto la legge quanto il giudicato, invernati nel senso esposto — e dunque chi ne è artefice —, tendono dunque 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.

Ecco che la necessità che le leggi si conformino, in un processo di continuo ed incessante rinnovamento, ai principi costituzionali e convenzionali espressivi della persona come perno attorno al quale ruota il sistema tende ad affermare un'idea di diritto e di legge capaci di offrire ai consociati verità adeguate, ragionevoli ed effettive, nonché di essere accettate, comprese anche quando non sono coerenti con le aspettative individuali <sup>(21)</sup>.

Il che non può che valere anche per 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, riconsiderato, reinventato proprio attraverso ulteriori rimedi previsti dalla legge ed attuati dal giudice (costituzionale e non).

Processo che vede dunque nello *stato di diritto* “il ponte più solido verso l'eterno processo di ricerca della verità” <sup>(22)</sup>. Ciò che sembra appunto coincidere con quello che oggi viene a più riprese descritto riconoscendo che “l'idea di giustizia [...] esige una proiezione del *rule of law* a livello transnazionale ed internazionale, a vantaggio soprattutto del ruolo dei giuristi e dei giudici. Il diritto non è fatto solo di regole, ma anche di dottrina, di giurisprudenza e di principi pratici” <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari Roma, 2022, 101, nel ricordare il saggio di N. BOBBIO, *Sul principio di legittimità* (1964): “quanto più l'ordinamento è accettato dai suoi cittadini, tanto più esso otterrà dei comportamenti conformi; e se esso ottiene dei comportamenti conformi significa che esso è in gran parte accettato”.

<sup>(22)</sup> P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000, 99.

<sup>(23)</sup> F. VIOLA, *Il Rule of Law come idea di società*, in *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. ACOCELLA, Giappichelli, Torino 2020, 39. La prospettiva esposta nel testo consente così di superare l'affermazione che la verità sia tutta e solo nel diritto vivente — così,

Ed in questo senso plurale il “diritto”, continuamente inverato dai diritti fondamentali protetti dai *bill of rights* e perciò stesso continuamente ricercato, sagomato <sup>(24)</sup> e *costruito* attraverso la sua interpretazione ed applicazione attorno ai “fatti” si affianca al giudicato — che della legge fa applicazione anche se, a volte, come si è detto, è esso stesso ripetutamente *attaccato* da continue ingerenze di fonti e giurisprudenze sovranazionali tutte le volte che vengano in evidenza i diritti dell'uomo <sup>(25)</sup> — ha in sé un'idea di complessità, di ricerca continua <sup>(26)</sup>, di movimento ben descritta da Häberle quando riconosce che “[l]’immagine dell'uomo dello stato costituzionale sottintende un cittadino che necessita di verità e che è in possesso degli strumenti per ricercarla e « conquistarla » <sup>(27)</sup>.” Quanto qui si è dunque detto tutto sembra avere fuorché tratti erculei in capo ai vari protagonisti di questo movimento. Una prospettiva antitetica, dunque, a quella del Primo

---

invece, la prospettiva critica espressa da M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Modena, 2022, 11 e 28 — e prima ancora che la giurisprudenza sa in modo abbastanza chiaro quel che fa — dubbio prospettato dallo stesso M. Barcellona, *op. ult. cit.*, 68 - senza usurpare funzioni altrui, ma unendosi armonicamente ad esse attraverso decisioni agganciate ad un apparato motivazionale che, ovviamente, può essere continuamente messo in discussione allorché entra nel circuito della comunità interpretativa, per dirla con Lipari- v., volendo, R. CONTI, *Leggendo l'ultimo Lipari*, in *Questione-giustizia*, 11 novembre 2017.

<sup>(24)</sup> E. RESTA, *La verità e il processo*, in *Pol. dir.*, 3/2004, 406: “D’altro canto è proprio della forma giuridica della democrazia (e del suo rapporto col « segreto ») costruire antidoti al dispotismo della legge e decomporre il principio del *quod principi placuit legis habet vigorem*: Ciò che in questo caso è da tener distinto è il rapporto tra fatto e validità normativa in cui la verità del fatto non può essere trascinata via dalla invalidità di una legge.”

<sup>(25)</sup> Tra le più recenti può richiamarsi il poker di sentenze della Grande Sezione della Corte di giustizia sul tema della rilevanza *ex officio* della nullità derivante da una clausola abusiva in pregiudizio del contribuente anche in epoca successiva alla formazione del giudicato interno che, solo implicitamente e senza una preciso esame da parte del giudice nazionale, si sia formato sul decreto ingiuntivo relativo a contratto senza prendere in considerazione l’abusività del patto. Questione oggetto di un incontro di studio organizzato dalla struttura di formazione della Corte di cassazione, reperibile sul sito istituzionale della Corte e che è stata decisa all’udienza del 7 febbraio 2023 dalle Sezioni Unite civili con sentenza n. 9479 del 6 aprile 2023. Decisione sulla quale non si può qui riflettere in modo approfondito, dovendosi soltanto evidenziare l’esigenza manifestata dalle S.U. di offrire ai giudici di merito un florilegio di soluzioni ai possibili scenari che per effetto delle pronunzie della Corte di giustizia possono presentarsi al giudice (in fase monitoria o esecutiva) rispetto all’abusività di una clausola negoziale non espressamente vagliata in sede di emissione del decreto ingiuntivo.

<sup>(26)</sup> Questa idea di fondo ha animato l’iniziativa di somministrare ad autorevoli personalità del mondo accademico, giudiziario e dell’Avvocatura alcune interviste sul ruolo della CEDU nella cultura giuridica italiana, ora raccolte nel primo volume online dedicato al tema *CEDU e cultura giuridica italiana. Il primo libro virtuale di Giustizia insieme*, a cura di R. Conti, in *Giustizainsieme*, 21 maggio 2022.

<sup>(27)</sup> P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, cit., 110.

Presidente della Corte di cassazione tratteggiata da Leonardo Sciascia ne *Il contesto* quando concludeva che “l’errore giudiziario non esiste”.

Un’idea, in definitiva, che lascia da parte le piramidi <sup>(28)</sup> ed i suprematismi quanto i portatori di verità assolute e che tende, invece, a fare rete fra i tanti *costruttori di verità* <sup>(29)</sup> che animano il corpo sociale ed a coglierne la reciproca indispensabilità, in un clima che deve essere, come ha osservato Tommaso Greco, improntato alla fiducia ed al dialogo <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., 176.

<sup>(29)</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 151 riportando letteralmente il pensiero di A. Schiavello, “*La grida canta chiaro*” ... o forse no, *Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica*, in *Lo Stato*, 2, 384: “*Il diritto contemporaneo «imponere a tutti – legislatori, giudici e individui soggetti al diritto – di assumersi le proprie responsabilità e i rischi che ne conseguono»*”.

<sup>(30)</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 150.



II.  
DIRITTI CIVILI





**I.**  
**ADOZIONE DI PERSONE MINORI D'ETÀ**  
di *Grazia Ofelia Cesaro* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Premessa. — 2. La rescissione del legame familiare quale *extrema ratio*: le interazioni della giurisprudenza di legittimità con le indicazioni della Corte EDU. — 3. Le garanzie procedurali nei procedimenti per la declaratoria dello stato di adottabilità e l'obbligo di motivazione rafforzata. — 4. La valutazione sull'adeguatezza delle figure vicarianti e i contatti con i genitori. — 5. L'adozione c.d. "mite" e l'adozione "aperta" quali ipotesi di applicazione dell'obbligo positivo di cui all'art. 8 Convenzione EDU.

**1. Premessa**

L'art. 8 della Legge 184/1983 stabilisce, come è noto, che “sono dichiarati in stato di adottabilità (...) i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio”; per i minori per i quali sia diventata definitiva la dichiarazione di adottabilità la predetta legge prevede in via ordinaria che gli stessi siano adottati da coppie di coniugi ritenuti idonei all'adozione dal Tribunale per i Minorenni e che per effetto di tale adozione, definita “ piena” o, prima delle riforme del 2012 e 2013 <sup>(1)</sup>, “legittimante”, il minore adottato, secondo le disposizioni dell'art. 27, stessa legge, “acquista lo stato di figlio nato nel matrimonio degli adottanti. (...) Con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali”.

Nel corso dell'ultimo decennio, anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, che in varie occasioni è intervenuta, con esiti non favorevoli, sulle sentenze di adottabilità dei giudici di merito italiani, di cui si dirà in prosieguo, si è consolidato presso la Corte di cassazione un orientamento molto rigoroso con riguardo ai presupposti

---

(\*) Avvocata del Foro di Milano, Cassazionista, Presidente Unione Nazionale Camere Minorili.

<sup>(1)</sup> Cfr. L. 10 dicembre 2012 n. 219 e D.Lgs. 28 dicembre 2013 n. 154.

richiesti dalla legge italiana e dai principi contenuti nell'art. 8 della CEDU e nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989 <sup>(2)</sup>, perché una persona minore di età possa essere definitivamente allontanata dalla sua famiglia, anche allargata, possa essere dichiarata adottabile e quindi adottata con cessazione dei rapporti verso la famiglia di origine, come stabilito nell'art. 27 della legge del 1983, così come modificata dalla legge 149 del 1981.

## **2. La rescissione del legame familiare quale *extrema ratio*: le interazioni della giurisprudenza di legittimità con le indicazioni della Corte EDU**

Per la Cassazione, come sottolineato anche nella recentissima ordinanza della Prima Sezione Civile, n. 20948/2022, “la dichiarazione di adottabilità costituisce un’*extrema ratio* che si fonda sull’accertamento dell’irreversibile non recuperabilità della capacità genitoriale, da compiersi tenendo conto che il legislatore, all’art. 1 L. 184/1983, ha stabilito il prioritario diritto del minore a rimanere nel nucleo familiare (anche allargato) di origine, quale tessuto connettivo della sua identità. La natura non assoluta, ma bilanciabile, di questo diritto impone un esame approfondito, completo e attuale delle condizioni di criticità dei genitori e dei familiari entro il quarto grado disponibili a prendersi cura del minore e della loro capacità di recupero e cambiamento, ove sostenute da interventi di supporto adeguati anche al contesto socio culturale di riferimento. (...) La dichiarazione di adottabilità di un minore, inoltre deve fondarsi su fatti gravi, indicativi in modo certo dello stato di abbandono, morale e materiale (...) che devono essere dimostrati in concreto, senza dare ingresso a giudizi sommari di incapacità genitoriale non basati su precisi elementi di fatto (...) l’art. 1 L. 184/1983 tutela il diritto del minore di crescere nell’ambito della propria famiglia di origine, considerata l’ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico. (...) E perché a questo diritto venga assegnata una tutela effettiva il giudice di merito deve, in via prioritaria, tentare un intervento di sostegno diretto a rimuovere situazioni di difficoltà o disagio familiare; di conseguenza la dichiarazione

---

<sup>(2)</sup> Cfr. art. 21 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989: “Gli Stati parti che ammettono e/o autorizzano l’adozione, si accertano che l’interesse superiore del fanciullo sia la considerazione fondamentale in materia, e: a) vigilano affinché l’adozione di un fanciullo sia autorizzata solo dalle Autorità competente con le quali verificano, in conformità con la legge e con le procedure applicabili ed in base a tutte le informazioni affidabili relative al caso in esame, che l’adozione può essere effettuata in considerazione della situazione del bambino in rapporto al padre ed alla madre, genitori e rappresentanti legali e che, ove fosse necessario, le persone interessate hanno dato il loro consenso all’adozione in cognizione di causa, dopo aver acquisito i pareri necessari (...)”.

dello stato di adottabilità è legittima solo quando, a seguito del fallimento di un simile tentativo, risulti impossibile prevedere il recupero delle capacità genitoriali entro tempi compatibili con la necessità del minore di vivere in uno stabile contesto familiare”.

Nell’ordinanza sono richiamate numerose pronunce precedenti, a partire dal 2011, con cui la Cassazione si è attenuta ai medesimi principi <sup>(3)</sup>, ragion per cui si ritiene che il riferimento a tale pronuncia costituisca, allo stato, un’importante *summa* dell’evoluzione giurisprudenziale della Suprema Corte in materia.

Con l’ordinanza n. 23797/2021, sempre la prima sezione della Corte, oltre a ribadire quanto sopra, ha affermato che “L’adozione di un minore, alla quale la dichiarazione dello stato di abbandono è prodromica, recidendo ogni legame con la famiglia di origine, costituisce (...) una misura eccezionale cui è possibile ricorrere, non già per consentirgli di essere accolto in un contesto più favorevole, così sottraendolo alle cure dei suoi genitori biologici (e della sua famiglia di origine), ma solo quando si siano dimostrate impraticabili le altre misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, ivi compreso l’affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del

---

<sup>(3)</sup> Si riportano i principali riferimenti giurisprudenziali che sono citati in Cass., Sez. I Civ., ord. 30 giugno 2022, n. 20948; Cass., 24717/2021, sulla natura non assoluta ma bilanciabile del diritto del minore a rimanere nel nucleo familiare (anche allargato) di origine che dunque impone un esame approfondito, concreto ed attuale delle condizioni di criticità dei genitori e dei familiari entro il quarto grado disponibili a prendersi cura del minore con valutazione delle loro capacità di recupero anche tenuto conto del contesto socio-culturale di riferimento; Cass., Sez. Un., 35110/2021, sulla necessità che la dichiarazione di adottabilità si fondi su fatti gravi, indicativi in modo certo dello stato di abbandono morale e materiale, senza che venga dato ingresso in giudizio a valutazione sommarie non basate su precisi elementi di fatto; Cass., 7115/2011 e in senso *conf.*, oltre alle già richiamate Cass., Sez. Un., 35110/2021 e Cass. 24717/2021, anche Cass., 6135/2017, in merito all’affermazione del principio per cui l’art. 1 l. ad. tutela, primariamente, il diritto del minore a crescere nella propria famiglia, considerata quale l’ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, con la conseguenza — come precisa Cass., 22589/2017, pure citata nella pronuncia del 2022 — che l’effettiva tutela di tale diritto si declina per l’obbligo, in capo al Giudice di merito, di tentare un intervento diretto alla rimozione delle situazioni di difficoltà o disagio familiare, sicché la declaratoria dello stato di adottabilità è legittima solo quando, a seguito del fallimento di tale tentativo, risulti impossibile prevedere il recupero delle capacità genitoriali entro tempi compatibili con la necessità del minore di vivere in uno stabile contesto familiare. Ancora, Cass. 20948/2022 richiama, quale precedente rilevante, Cass., 3643/2020, affermando il principio per cui l’adozione legittimante deve intendersi quale *extrema ratio* a cui si perviene ove non si ravvisi alcun interesse per il minore di conservare una relazione con i genitori biologici, sicché se il preminente interesse del minore lo richiede occorrerà invece pur sempre verificare la possibilità e la concreta percorribilità di un modello di adozione compatibile con la conservazione dei legami con il genitore biologico.

superiore interesse del figlio”; anche in questa ordinanza, numerosi sono i richiami ai precedenti della Corte.

Come sopra si è anticipato, molte sono ormai pronunce della Corte Europea, soprattutto negli ultimi venti anni, che si sono occupate della valutazione della compatibilità di provvedimenti emessi da giudici degli Stati aderenti alla Convenzione EDU, in materia di rescissione definitiva di ogni rapporto tra persone minori di età e le loro famiglie di origine, con i principi stabiliti nell’art. 8 della predetta Convenzione, che garantisce a ogni persona il diritto al rispetto della sua vita familiare; secondo la giurisprudenza costante della Corte EDU (che ormai esplicitamente, nelle proprie sentenze, riporta principi generali cui si attiene nelle singole valutazioni), per un genitore e il figlio stare insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare e le misure interne (quelle degli Stati aderenti) che lo impediscono costituiscono una ingerenza nel diritto tutelato dalla predetta disposizione, incompatibile con l’art. 8, salvo che sia prevista dalla legge, persegua uno o più scopi legittimi con riguardo al comma secondo del predetto articolo e possa essere ritenuta necessaria in una società democratica; la nozione di necessità implica che l’ingerenza si basi su un bisogno sociale imperioso e che sia proporzionata al legittimo scopo perseguito.

In tutte le sentenze della Corte EDU, cui la giurisprudenza di legittimità italiana fa costantemente riferimento, viene ribadito che l’art. 8 pone a carico dello Stato degli obblighi positivi inerenti il rispetto effettivo della vita familiare, per cui, laddove è accertata l’esistenza di un legame familiare, ogni Stato aderente deve in linea di principio agire in modo tale da permettere a tale legame di svilupparsi e qualsiasi autorità pubblica che ordini una presa in carico avente l’effetto di limitare la vita della famiglia ha l’obbligo positivo di adottare delle misure volte ad agevolare il ricongiungimento della famiglia non appena ciò sia realmente possibile, sin dall’inizio della presa in carico e con forza sempre maggiore; è fondamentale però che tale obbligo sia sempre bilanciato con il dovere di considerare l’interesse superiore del minore; le più recenti pronunce della Corte EDU richiamano a tal proposito, l’art. 21 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 (Convenzione di New York), in cui si stabilisce che gli Stati che ammettono e/o autorizzano l’adozione devono accertarsi che l’interesse superiore del fanciullo non sia solo una considerazione preminente, ma la considerazione preminente, che può prevalere su quello del genitore o del parente.

La Corte EDU è ferma nel ribadire che i legami familiari e le possibilità di ricongiungimento con esito positivo sono necessariamente indeboliti se si pongono degli ostacoli che impediscono incontri facili e regolari tra gli interessati; solo circostanze del tutto eccezionali possono portare a una rottura del legame familiare, nei casi in cui i genitori si siano dimostrati

particolarmente indegni o quando sia giustificata da un'esigenza primaria che riguarda l'interesse superiore del minore. Gli Stati aderenti hanno margini di apprezzamento che possono variare in base alla natura delle questioni dibattute e alla gravità degli interessi in gioco e la Corte riconosce che le autorità nazionali godono di un ampio margine di manovra per valutare la necessità di prendere in carico un minore; deve però esservi un controllo più rigoroso sulle restrizioni supplementari, come quelle applicate dalle autorità al diritto di visita dei genitori e sulle garanzie destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare. L'art. 8 implica il diritto per un genitore di ottenere misure idonee a riunirlo al figlio e l'obbligo per le autorità nazionali di adottarle; l'adeguatezza di una misura va valutata anche in base alla rapidità della sua attuazione, dato che lo scorrere del tempo può avere conseguenze irrimediabili sui rapporti tra il minore e il genitore che non vive con lui (Corte EDU, Barnea e Caldararu c. Italia, sent. 22 giugno 2017, ric. n. 37931/2015).

Spesso nelle sue sentenze la Corte EDU ha sottolineato che nel caso di genitori particolarmente vulnerabili, le Autorità degli Stati devono dare prova di un'attenzione particolare e devono assicurare loro una maggiore tutela (Corte EDU, Akinnibosum c. Italia, sent. 16 luglio 2015, ric. n. 9056/2014; Corte EDU, A.I. c. Italia, sent. 1° aprile 2021, ric. n. 70896/2017).

Vengono qui segnalate in proposito alcune sentenze che riguardano ricorsi contro dichiarazioni di adottabilità assunte dai giudici italiani, con le quali la Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 della Convenzione: Corte EDU, Todorova c. Italia, sent. 3 gennaio 2019, ric. n. 33932/2006; Corte EDU, Zhou c. Italia, sent. 21 gennaio 2014, ric. n. 33773/11; Corte EDU, Barnea e Calderaru c. Italia, sent. 22 giugno 2017, ric. n. 37931/2015.

I principi generali della Corte EDU enunciati trovano ampia esposizione, oltre che nelle sentenze sopra indicate, anche in: Corte EDU, Grande Camera, Strand Lobben *et al.* c. Norvegia, sent. 10 settembre 2019, ric. n. 37283/2013; Corte EDU, S.H. c. Italia, sent. 13 ottobre 2015, ric. n. 52557/2014; Corte EDU, D.M. e N. c. Italia, sent. 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/2019.

### **3. Le garanzie procedurali nei procedimenti per la declaratoria dello stato di adottabilità e l'obbligo di motivazione rafforzata**

Connessa alla necessità di considerare la rescissione del legame familiare quale *extrema ratio* risulta quindi — coerentemente — l'importante architettura giurisprudenziale, tanto della Corte EDU quanto della Corte di

cassazione, volta a definire, e rafforzare, le garanzie procedurali da osservarsi nello svolgimento dell'*iter* processuali nelle procedure di adottabilità che, logicamente, si traducono altresì in obblighi stringenti di motivazione dei provvedimenti assunti.

E così, ad esempio, si è ritenuto — quanto agli obblighi motivazionali — che sulle Autorità giurisdizionali nazionali incomba un preciso obbligo di dimostrazione *convincente* <sup>(4)</sup>, in presenza di possibili soluzioni conservative del legame familiare tra minore e famiglia d'origine, che la pronuncia dell'adottabilità sia invece maggiormente conforme alla necessità di realizzare il superiore interesse del minore coinvolto (Corte EDU, D.M. e N. c. Italia, Prima Sezione, sent. 20 gennaio 2022, ric. n. 60083/2019 <sup>(5)</sup>). In ambito nazionale, analoghi principi appaiono pienamente affermati allorché viene ritenuto che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità di un figlio minore, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 15, è consentito solo in presenza di fatti gravi, indicativi, in modo certo, dello stato di abbandono, morale e materiale, a norma dell'art. 8 della stessa legge, che devono essere specificatamente dimostrati in concreto, e dei quali il giudice di merito deve dare conto nella decisione, senza possibilità di dare ingresso a giudizi sommari di incapacità genitoriale, seppure formulati da esperti in materia, non basati su 'precisi elementi fattuali' (Cass., Sez. Un., sent. 17 novembre 2021, n. 35110).

Il testé citato precedente giurisprudenziale della Corte EDU, nonché il richiamato precedente della Corte di cassazione mostrano, come si è riferito, la stretta correlazione che deve sussistere tra l'esigenza di prevedere garanzie procedurali e l'esigenza di motivare — in maniera "rafforzata" — il procedimento ablativo del legame familiare; ed infatti la Corte di Strasburgo non solo ritiene che nell'ambito dei procedimenti di adottabilità è necessario, quanto alle fasi procedurali, che siano previste adeguate protezioni a tutela dei diritti di tutte le parti coinvolte, ad esempio sotto forma della possibilità almeno astratta di accedere alla C.T.U. quale strumento valutativo delle capacità genitoriali, ma altresì che la mancata valutazione di forme di definizione del procedimento (alternative alla rescissione del legame familiare), di cui non sia dato atto nell'impianto motivazionale della sentenza, costituisca una violazione dell'art. 8 Conv. EDU.

---

<sup>(4)</sup> Corte EDU, D.M. e N. c. Italia, sent. 20 gennaio 2022, § 91 "(...) *Les autorités internes n'ont pas démontré de manière convaincante que, malgré l'existence de solutions moins radicales, la mesure contestée constituait l'option la plus appropriée correspondant à l'intérêt supérieur de l'enfant*".

<sup>(5)</sup> Nel caso di specie la ricorrente ha lamentato che l'Autorità Giudiziaria ha pronunciato lo stato di adottabilità della figlia minore senza tener conto della richiesta di espletare un approfondimento peritale sulle capacità genitoriali materne, pur avanzata dalla madre della minore.

La centralità dello strumento dell'indagine peritale, quale adeguata garanzia procedurale, e la necessità che il Giudice nazionale si conformi alle risultanze della Consulenza ovvero, discostandosene (anche interinalmente, nel senso di una rescissione o di un allentamento del legame genitore-figlio anche in corso di giudizio), motivi in maniera adeguata e convincente la scelta di incidere in tal senso sul legame familiare, risulta principio acquisito nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU (Corte EDU, A.I. c. Italia, sent. 1° aprile 2021, ric. n. 70896/2017 <sup>(6)</sup>). Una ricognizione della giurisprudenza nazionale di legittimità consente di affermare che la centralità dello strumento della C.T.U. nell'ambito delle procedure di adottabilità è assurta a principio consolidato nel nostro ordinamento; e così, merita senz'altro di essere citato il precedente per cui in tali procedimenti, ove i genitori facciano richiesta di una consulenza tecnica relativa alla valutazione della loro personalità e capacità educativa nei confronti del minore per contestare elementi, dati e valutazioni dei servizi sociali — ossia organi dell'Amministrazione che hanno avuto contatti sia con il bambino che con i suoi genitori — il Giudice che non intenda disporre tale consulenza deve fornire una specifica motivazione che dia conto delle ragioni che la facciano ritenere superflua, in considerazione dei diritti personalissimi coinvolti nei procedimenti in materia di filiazione (Cass., Sez. I Civ., ord. 26 giugno 2019, n. 17165 <sup>(7)</sup>; e successivamente, *conf.*, Cass., Sez. I Civ., ord. 14 febbraio 2022, n. 4746, sempre in tema di garanzie processuali e di obbligo motivazionale rafforzato con riferimento alla rilevanza della Consulenza Tecnica d'Ufficio nei procedimenti in questione).

Anche la volontà del minore, nel caso di *grands enfants* coinvolti in una procedura di adottabilità, espressa in sede di audizione, costituisce un parametro che l'Autorità Giudiziaria nazionale è obbligata a tenere in considerazione, dando motivazione della propria decisione — conforme oppure contraria ai *desiderata* del minore — avuto riguardo anche a tale espressione di volizione (Corte EDU, E.C. c. Italia, sent. 30 giugno 2020, ric.

---

<sup>(6)</sup> La fattispecie concreta è relativa al caso di una donna nigeriana giunta in Italia, vittima di tratta, con due bambine, in seguito dichiarate adottabili in seguito a C.T.U. disposta sulla sua capacità genitoriale; nel giudizio di adottabilità era stata tuttavia la stessa Consulenza Tecnica a raccomandare — nel suggerire di farsi luogo all'adottabilità — il mantenimento dei legami tra la madre e le figlie. Nonostante ciò, il Giudice di merito si era discostato da tale raccomandazione, senza dar conto in sentenza delle ragioni per cui si era ritenuto di prescindere dalle indicazioni del C.T.U. favorevoli al mantenimento del rapporto madre-figlie.

<sup>(7)</sup> La quale per l'appunto richiama specificamente la giurisprudenza della Corte EDU che accorda centralità allo strumento della C.T.U. nell'ambito delle procedure per la dichiarazione dello stato di adottabilità.



n. 82314/2017 <sup>(8)</sup>). Sul punto, la giurisprudenza della Corte di cassazione precisa che nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità non è richiesto, a differenza di quanto previsto nel procedimento di adozione, che il minore ultraquattordicenne presti il proprio consenso, essendo invece previsto dall'art. 15 della l. n. 184 del 1983 che lo stesso, se abbia compiuto gli anni dodici, e se di età inferiore, ove capace di discernimento, sia ascoltato nel corso del procedimento (Cass., Sez. VI-1 Civ., ord. 13 dicembre 2020, n. 30062).

In ogni caso, secondo la Corte EDU, sebbene l'art. 8 della Convenzione non contenga esplicite garanzie procedurali, affinché le esigenze di tutela imposte dalla norma in esame siano rispettate occorre che il processo decisionale nazionale sia strutturato, concretamente, in modo tale che tutti i soggetti coinvolti (minori, genitori, parenti) siano adeguatamente associati all'*iter* procedimentale, e dunque siano effettivamente posti nella posizione di poter rappresentare i propri interessi e le proprie istanze; correlativamente, dunque, sussiste in capo al Giudice nazionale l'obbligo di procedere ad un esame completo e complessivo dell'intera situazione familiare rappresentata nella causa, sempre avendo quale metro di valutazione, di giudizio, di riferimento e di bilanciamento il *best interest of the child* (Corte EDU, Petrov e X. c. Russia, sent. 23 ottobre 2018, ric. n. 23608/2016). La declinazione "procedurale" dell'art. 8 Conv. EDU, dunque, assume rilievo specifico nelle procedure di adottabilità laddove essa deve tradursi nell'applicazione e nella predisposizione di garanzie processuali che rendano la partecipazione delle parti coinvolte effettiva e significativa, anche perché solo da tale partecipazione al procedimento possono trarsi elementi indispensabili di approfondimento della situazione familiare dei minori coinvolti.

Con riferimento alla giurisprudenza interna, assume senz'altro indubbio rilievo la decisione — conforme alle indicazioni della Corte EDU testé richiamate — dei Giudici di legittimità laddove si è ritenuto, nell'ambito di un procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, che in tema di C.T.U. le attività dell'ausiliario devono essere espletate con la partecipazione di tutte le parti del processo, tenuto conto della necessità di rispettare il principio del contraddittorio nell'intero svolgimento delle operazioni peritali, con la conseguenza che, ove una delle parti sia stata privata della

---

<sup>(8)</sup> Il caso all'attenzione della Corte EDU era relativo al collocamento di un minore sedicenne presso una famiglia affidataria, in seguito alla denuncia di abusi sessuali sporta dalla sorella già maggiorenne nei confronti dello zio; il minore era stato sentito nell'ambito del procedimento, e la Corte EDU ha precisato che, anche rispetto all'eventuale discostamento della decisione rispetto alle opinioni ed alla volontà espresse dal minore, sussiste un obbligo di motivazione rafforzato da parte del Giudice che emette il provvedimento.

possibilità di parteciparvi, la consulenza deve ritenersi nulla, non potendo la lesione del diritto di difesa determinarsi durante le operazioni compiute dal consulente essere colmata con il successivo ascolto di una mera registrazione audio delle stesse (Cass., Sez. I Civ., ord. 22 settembre 2022, n. 27773).

Ed ancora, sempre in tema di effettiva partecipazione delle parti al procedimento di adottabilità, si è ritenuto che l'esclusione immotivata della nonna paterna nel procedimento di adottabilità configura violazione del litisconsorzio necessario processuale, in quanto la presenza di più parti nel giudizio di primo grado deve necessariamente persistere in sede di impugnazione, al fine di evitare possibili contrasti di giudicati sulla stessa materia contro le medesime parti, a pena di nullità dell'intero procedimento e della sentenza che lo ha concluso, rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità (Cass., Sez. I Civ., ord. 25 giugno 2021, n. 18282).

Ancora, con riferimento alla necessità di un'effettiva partecipazione di tutte le parti al procedimento, si è statuito che in tema di dichiarazione di adottabilità del minore, poiché ciascun genitore è parte necessaria del relativo procedimento, la nullità della relativa costituzione comporta la nullità del giudizio nel quale il vizio si è verificato; tuttavia, se tale vizio riguarda il giudizio di primo grado, il giudice del gravame, una volta accertata la nullità, non può rimettere la causa al primo giudice ma deve invece provvedere alla rinnovazione degli atti nulli, essendo le ipotesi previste dall'art. 354 c.p.c. tassative e quindi non estensibili per via analogica (Cass., Sez. I Civ., ord. 5 marzo 2021, n. 6247 <sup>(9)</sup>; in senso *conf.* Cass., 7 maggio 2019, n. 12020 <sup>(10)</sup>).

---

<sup>(9)</sup> La pronuncia citata risulta interessante anche per l'affermazione del principio per cui nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità di un minore, i genitori sono parti necessarie obbligatoriamente assistite da un difensore, ma la posizione processuale di ciascuno di essi è, in se stessa, potenzialmente diversa da quella dell'altro, in ragione del diverso ruolo parentale rivestito e delle dinamiche relazionali tra loro esistenti, sicché il giudice, chiamato a designare il difensore d'ufficio in mancanza della nomina di quello di fiducia, non può scegliere un unico avvocato per entrambi, ma ne deve indicare uno per ciascuno, determinandosi altrimenti una situazione di conflitto di interessi virtuale (valutabile cioè in astratto ed "ex ante"), che è causa della nullità di tutte le attività processuali svolte in contraddittorio.

<sup>(10)</sup> Sia pure riferita ad un'ipotesi non strettamente sovrapponibile, e cioè quella di omessa nomina del difensore del minore (rappresentato in quel caso dal tutore); in ogni caso, il riferimento a tale ultima pronuncia è espressamente contenuto in Cass. 6247/2021, per la parte in cui viene evocato un principio — ricondotto a Cass., Sez. Un., 3 ottobre 1995, n. 10389 — per cui la nullità in esame non fa conseguire la rimessione degli atti di causa al tribunale, a fronte della tassatività e non estensibilità delle ipotesi previste dal codice di rito; e, aggiunge Cass., 12020/2019, richiamata da Cass. 6247/2021, in ogni caso, tale soluzione pare d'altronde conforme con le esigenze di celerità e speditezza del procedimento che vede

#### 4. La valutazione sull'adeguatezza delle figure vicarianti e i contatti con i genitori

Coerentemente con l'impostazione — condivisa sia dalla Corte EDU che dalla Corte di cassazione — per cui l'adottabilità con rescissione del legame familiare deve considerarsi *extrema ratio*, si colloca nel contesto della tematica in esame il filone giurisprudenziale per cui il Giudice chiamato a decidere sulla declaratoria di adottabilità deve, tra l'altro, verificare se sia possibile evitare tale esito in presenza di familiari, nel nucleo d'origine del minore, che assurgano al ruolo di figure adeguatamente vicarianti dei genitori.

Le indicazioni della Corte EDU in tal senso sono consolidate, e note: si pensi, ad esempio, alle indicazioni secondo cui le Autorità nazionali sono chiamate — in attuazione degli obblighi positivi *ex art. 8 Conv. EDU* incombenti su di loro — ad assicurare che ogni sforzo (compatibile con le esigenze e le tempistiche valutate sulla base del *best interest of the child*) sia effettuato perché il minore possa conservare il legame con i genitori o quantomeno con la famiglia d'origine (Corte EDU, Clemeno *et al.* c. Italia, sent. 21 ottobre 2008, ric. n. 19537/2003).

E così, quindi, si legge, conformemente ai principi esposti, che in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ove i genitori siano considerati privi della capacità genitoriale, la natura personalissima dei diritti coinvolti e il principio secondo cui l'adozione ultrafamiliare costituisce una *extrema ratio*, impongono di valutare anche le figure vicariali dei parenti più stretti, che abbiano rapporti significativi con il bambino e si siano resi disponibili alla sua cura ed educazione; tale valutazione richiede che un giudizio negativo su di essi possa essere formulato solo attraverso la considerazione di dati oggettivi, quali le osservazioni dei servizi sociali che hanno monitorato l'ambito familiare o eventualmente il parere di un consulente tecnico (Cass., Sez. I Civ., sent. 16 febbraio 2018, n. 3915; *conf.*, Cass., Sez. I Civ., ord. 28 febbraio 2022, n. 6536).

Ancora, sempre secondo l'insegnamento della Suprema Corte, la dichiarazione di adottabilità del minore deve intendersi quale ultima delle possibili opzioni astrattamente disponibili, e non può che fondarsi solo sull'accertamento dell'irreversibile non recuperabilità della capacità genitoriale, da compiersi tenendo conto che il Legislatore, all'art. 1 l. n. 184 del 1983, ha stabilito il prioritario diritto del minore di rimanere nel nucleo familiare anche allargato di origine, quale tessuto connettivo della sua identità; la

---

nel minore il soggetto centrale. In senso diverso con riferimento all'art. 354 c.p.c. e omessa nomina del curatore del minore si veda ordinanza Cass. 12802/2022.

natura non assoluta, ma bilanciabile, di tale diritto impone un esame approfondito, completo e attuale delle condizioni di criticità dei genitori e dei familiari entro il quarto grado disponibili a prendersi cura del minore e delle loro capacità di recupero e cambiamento, ove sostenute da interventi di supporto adeguati anche al contesto socioculturale di riferimento (Cass., Sez. I Civ., ord. 14 settembre 2021, n. 24717).

Con riferimento, infine, al delicato tema della necessità di prevedere — almeno in potenza, se si ritiene astrattamente recuperabile la capacità genitoriale oggetto di valutazione — un percorso di riavvicinamento tra il minore allontanato ed il genitore, sicché le misure da assumersi dovranno essere adeguate, efficaci e correttamente eseguite, vale l'insegnamento della Corte EDU laddove è affermato il principio per cui l'articolo 8 Conv. EDU esige che le decisioni dei Tribunali finalizzate, in linea di principio, ad agevolare gli incontri tra i genitori e i loro figli, in modo che possano ristabilire i rapporti in vista del ricongiungimento familiare, siano eseguite in maniera efficace e coerente. Non avrebbe alcuna finalità logica decidere che possono avere luogo degli incontri se le modalità di esecuzione della decisione comportano che di fatto il minore sia separato irreversibilmente dal genitore naturale (Corte EDU, Grande Camera, Scozzari e Giunta c. Italia, sent. 13 luglio 2000, ric. nn. 39221/1998 e 41963/1998), peraltro tenendo presente che — essendo la declaratoria di adottabilità un provvedimento di *extrema ratio* — l'allontanamento del minore dal suo ambito familiare è una misura estrema alla quale si dovrebbe fare ricorso solo in ultimissima istanza, al fine di proteggere un minore quando lo stesso è sottoposto a un pericolo immediato (Corte EDU, Grande Camera, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, sent. 6 luglio 2010, ric. n. 41615/2007).

Ovviamente, precisa la stessa Corte di Strasburgo, tali principi non possono valere nelle ipotesi in cui siano state riscontrate situazioni di violenza o di maltrattamento nei confronti dei minori (Corte EDU, *Dewinne c. Belgio*, sent. 10 marzo 2005, ric. n. 56024/2000).

## **5. L'adozione c.d. “mite” e l'adozione “aperta” quali ipotesi di applicazione dell'obbligo positivo di cui all'art. 8 Convenzione EDU**

Come anticipato, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, sussiste per gli Stati membri e per le autorità di detti Stati un obbligo specifico di normazione e di individuazione in concreto di strumenti adeguati a salvaguardare la relazione tra una persona minore di età e i suoi familiari, laddove il preminente interesse del minore lo richieda, anche in situazioni di grave compromissione della capacità genitoriale dei familiari tenuti a provvedere alla cura e al benessere psicofisico dello stesso.

Detto principio trova particolare espressione nella citata sentenza della Corte EDU, *Zhou c. Italia*, del 21 gennaio 2014 <sup>(11)</sup>, in cui viene affermata la violazione dell'art. 8 Conv. nella situazione in esame, in quanto l'autorità giudiziaria italiana aveva deciso di sopprimere il legame di filiazione materna tra la ricorrente il figlio, senza prendere in considerazione la possibilità di pronunciare un'adozione semplice diversa da quella "piena" o legittimante senza la rescissione delle relazioni con la famiglia d'origine, prevista dall'art. 27 stessa legge esclusivamente nei casi di adozione piena.

La legge italiana in materia di adozione invero conosce, oltre l'adozione piena di cui si è detto nel paragrafo 1, anche l'adozione di minori di età in casi particolari, elencati nell'art. 44; tale forma di adozione risulta possibile anche per minori che non siano stati dichiarati adottabili *ex artt. 7 e ss. l. ad.*, e quindi che non si trovino in situazioni di totale abbandono; alla lettera *d*) del predetto articolo è esplicitamente prevista l'adozione semplice di minori d'età "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo"; si tratta dell'adozione che è stata definita "mite", perché non lesiva del diritto dei minori in situazioni di c.d. "semiabbandono" a mantenere rapporti con i genitori o con la famiglia d'origine.

Seguendo l'interpretazione della Corte costituzionale di detta norma (C.

---

<sup>(11)</sup> In esito alla pronuncia *Zhou c. Italia cit.*, la ricorrente aveva promosso un giudizio per la revocazione del giudicato civile avanti alla Corte d'Appello di Venezia, Sezione Minorenni, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 395 e 396 c.p.c., in relazione all'art. 117 co. 1° Cost., nella parte in cui le citate disposizioni del codice di rito non prevedono la possibilità di revocare il giudicato civile per contrasto con una pronuncia della Corte EDU. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 93 del 2018, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni in esame, così come prospettata, ritenendo da un lato che la materia avrebbe dovuto costituire oggetto di intervento legislativo e dall'altro, entrando maggiormente nel merito della questione, e richiamando precedenti specifici della Corte di Strasburgo (*Moreira Ferreira c. Portogallo*, Grande Camera, sentenza 11 luglio 2017), facendo presente come l'art. 46 § 1 Conv. EDU, per come letto dalla giurisprudenza della Corte EDU, non impone necessariamente la riapertura del giudizio civile e/o amministrativo definito con sentenza passata in giudicato ancorché vi sia un contrasto con la successiva pronuncia della Corte EDU. Peraltro, e sempre riferendosi ai precedenti specifici della Corte EDU (*Moreira Ferreira c. Portogallo, cit.*), la Consulta ha avuto modo di chiarire come sia fondamentale, in ogni caso, prendere in considerazione la posizione dei terzi e l'esigenza di tutelare la loro posizione. L'art. 391-*quater* c.p.c., introdotto nel codice di rito con la c.d. "Riforma Cartabia", introduce ora la possibilità — entro le condizioni dettate dalla disposizione in esame — di promuovere il giudizio di revocazione del giudicato civile per contrasto con le decisioni della Corte EDU, ancorché, nel caso specifico dei procedimenti di adottabilità e di adozione di minorenni, i dubbi circa l'effettiva applicabilità della disposizione con riguardo alla necessità di tutela dei diritti relazionali dei terzi permangono e si segnala quindi la necessità di verificare quale sarà l'applicazione che la giurisprudenza riterrà di operare rispetto a tale disposizione.

Cost., 383/1999), l'adozione *ex art. 44 lettera d)* è applicabile anche a minori non dichiarati adottabili, privi però di genitori in grado di occuparsi di loro, trattandosi di norma di chiusura del sistema diretta a “favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui”.

Anche la Corte di cassazione ha aderito alla predetta interpretazione della norma (già adottata in precedenza da numerosi Tribunali per i Minorenni), in particolare con le sentenze Cass., Sez. I Civ., 12962/2016 e Cass., Sez. Un., 12193/2019, i cui principi sono stati successivamente ribaditi in tutti successivi provvedimenti della Suprema Corte; in particolare, in Cass., ord. n. 3643/2020 esplicitamente si legge che “in conclusione nel nostro ordinamento convivono modelli di adozione fondati sulla radicale recisione del rapporto con i genitori biologici con altri che escludono la ricorrenza di tale requisito. La pluralità di forme di genitorialità adottiva volute dal legislatore e l'intervento interpretativo compiuto dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (...) sulla ipotesi normativa contenuta nella lettera *d)* dell'art. 44 l. 184 del 1983 in modo da valorizzarne la natura di ipotesi residuale e aperta, consentono di adeguare il nostro sistema legislativo della filiazione adottiva con le rilevanti indicazioni provenienti dalla giurisprudenza EDU” (e, in senso *conf.*, le successive Cass., 1476/2021; Cass., 24717/2021; Cass., 35840/2021; Cass., 40308/2021; Cass., 4746/2022; Cass., 20322/2022; Cass., 21024/2022; Cass., 20948/2022).

Si tenga comunque presente quanto recentemente affermato dalla Suprema Corte, la quale richiama la diversità — si potrebbe dire, “ontologica” — tra adozione legittimante ed adozione “mite”, ed in particolare l'autonomia e la differenza che intercorre tra i due giudizi: mentre il giudizio sull'adozione legittimante (il giudizio di adottabilità), infatti, si concentra sull'accertamento dello stato di abbandono ed è preordinato alla successiva declaratoria dell'adozione piena e rescissione dei legami tra il minore e la famiglia d'origine, il giudizio che conduce alla pronuncia dell'adozione c.d. “mite”, invece, crea un vincolo di filiazione che coesiste con quello “biologico”, perché non estingue i rapporti tra il minore e la famiglia d'origine (Cass., Sez. I Civ., ord. 1° luglio 2022, n. 21024). E così, sulla scorta di tale richiamato principio giurisprudenziale, di recente affermato da Cass. 21024/2022, la Corte d'Appello di Milano (App. Milano, 12 settembre 2022) ha affermato che in ragione della ontologica autonomia e non sovrapponibilità del giudizio di accertamento dello stato di adottabilità e di quello volto a disporre una adozione c.d. “mite”, andasse respinta la richiesta, avanzata in via subordinata dalla madre, che non venissero interrotti i rapporti del minore con la medesima e la sua famiglia: il Collegio meneghino, riportandosi alla giurisprudenza di legittimità citata, ha ricordato



infatti che la diversità dei procedimenti e delle statuizioni adottate all'esito degli stessi impedisce che nell'ambito del giudizio di accertamento dello stato di adottabilità potesse assumersi alcuna statuizione che facesse applicazione dell'art. 44 l. ad.

La salvaguardia delle relazioni di fatto tra il minore dichiarato adottabile, quindi destinato ad una adozione "piena" — in situazioni in cui sia accertato che il preminente interesse del minore in stato di abbandono, per irreversibile incapacità dei genitori o dei parenti a crescerlo adeguatamente, impedisca comunque la rescissione dei rapporti affettivi con uno o più appartenenti alla sua famiglia d'origine — ha trovato ampio spazio nella giurisprudenza del Tribunale per i Minorenni e delle Corti di Appello italiane, con pronunce risalenti già alla fine degli anni 90; con tali sentenze i giudici di merito hanno pronunciato adozioni piene, ma "aperte", secondo un'interpretazione evolutiva dell'art. 27, ultimo comma della L. 184/1983, in base alla quale l'inciso "con l'adozione cessano i rapporti dell'adottato verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali" riguarderebbe esclusivamente i rapporti giuridici e non impedirebbe, laddove vi sia un concreto e accertato interesse del minore adottabile, la cessazione delle relazioni di fatto e affettive con i componenti della sua famiglia d'origine, ritenute prive di rilevanza giuridica (si v., App. Roma 28 maggio 1998; Trib. Min. Roma 16 gennaio 1999; Trib. Min. Bologna, 9 settembre 2000; Trib. Min. Milano 15 novembre 2004; Trib. Min. Torino 12 marzo 2008; Trib. Min. Milano, 27 marzo 2018; App. Milano 8 gennaio 2021 e la recentissima Trib. Min. Sassari 2 febbraio 2023).

In proposito è intervenuta però recentemente la Corte di cassazione, con l'ordinanza interlocutoria n. 230/2023, depositata il 5 gennaio 2023 ed emessa su ricorso della Procura Generale della Repubblica di Milano avverso una sentenza della Corte d'Appello di Milano depositata l'8 gennaio 2021, con cui la Corte ha pronunciato l'adottabilità di due minori orfani di ambedue i genitori e ha ritenuto nel prevalente interesse dei due bambini conservare le relazioni con la nonna materna e gli zii paterni; la Suprema Corte, dopo aver confermato la dichiarazioni di adottabilità, dei due minori, ha invece ritenuto che il modello attuale, prefigurato dal legislatore e mai modificato, di adozione legitimante o piena, con la previsione dell'art. 27 della legge del 1983, non "lascia spazio interpretativo ad un'applicazione che possa conformarsi all'effettivo interesse del minore. La previsione della rescissione dei legami con la famiglia d'origine ha carattere assoluto nell'adozione legitimante in quanto il legislatore, ancorché con valutazione predefinita, generale ed astratta, ha ritenuto che solo la cancellazione della famiglia di origine possa garantire la realizzazione della piena tutela e del pieno interesse del Minore, senza lasciare spazio ad una valutazione in concreto".

La Cassazione, con l'ordinanza suindicata, ritenuta impossibile un'interpretazione costituzionale della norma di cui all'art. 27, nel senso esplicitato dalla Corte d'Appello di Milano, ha quindi considerato rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata dalla Procura Generale della Cassazione, in relazione agli artt. 2, 3, 30 e all'art. 117 Cost., con riferimento all'art. 8 CEDU, agli artt. 3 e 21 della Convenzione ONU di New York del 20 novembre 1989 e all'art. 24 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, riguardante l'art. 27, comma 3°, nella parte in cui stabilisce che con l'adozione legittimante derivante dall'accertamento dello stato di abbandono e dalla dichiarazione di adottabilità cessano irreversibilmente i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine estesa ai parenti fino al quarto grado; pertanto, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale, della cui decisione, al momento della stesura del presente scritto, si è in attesa.





## II.

### MODELLI FAMILIARI ED EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

di *Salvatore Patti* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il progressivo avvicinamento dei modelli familiari in Europa. — 2. Le affinità: verso un linguaggio giuridico condiviso delle relazioni familiari. — 3. L'evoluzione del matrimonio. — 4. Dalla famiglia « isola » all'arcipelago. — 5. Modelli di regime patrimoniale e di scioglimento del matrimonio. — 6. Nuovi modelli di famiglia. — 7. Modelli di convivenza. — 8. Modelli di disciplina del rapporto tra genitori e figli. — 9. Modelli genitoriali e maternità surrogata.

#### 1. Il progressivo avvicinamento dei modelli familiari in Europa

L'analisi dei modelli familiari deve muovere dalla considerazione dell'« alternativa tra modelli sociali e modelli legali »<sup>(1)</sup>, tenendo conto che, ponendosi nell'ottica del diritto come scienza pratica, « il modello sociale entra direttamente nell'analisi del giurista »<sup>(2)</sup>.

La riflessione deve inoltre prendere atto del sostanziale superamento della diffusa concezione secondo cui la disciplina dei rapporti familiari risulta fortemente influenzata dalle tradizioni e dai costumi locali.

La suddetta concezione ha ostacolato a lungo il processo di armonizzazione del diritto della famiglia in Europa, spesso obsoleto rispetto alla nuova realtà: basti pensare, ad esempio, al programma Erasmus e alla mobilità giovanile nel mercato del lavoro che hanno contribuito ad innovare la tramandata visione della famiglia.

Peraltro, la dottrina più attenta già da tempo avvertiva l'esigenza di armonizzazione. Nel 1973 Pietro Rescigno, in un convegno napoletano sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, guardava all'Inghilterra, alla Francia e alla Germania, mettendo in luce le affinità e le divergenze che

---

(\*) Professore Emerito di Diritto privato nell'Università Sapienza di Roma.

(1) Cfr. N. LIPARI, *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in *Enc. dir., I tematici*, IV-2022, 417.

(2) Così LIPARI, *op. loc. cit.*

caratterizzavano tali modelli, al fine di valutare la possibilità di una armonizzazione.

In ambito europeo sono significative le esperienze di alcune Università, in particolare quella di Regensburg — grazie al notevole contributo di Dieter Henrich e di Dieter Schwab — e quella di Utrecht, che ha ospitato i lavori della *Commission on European Family Law*. La Commissione — di cui, per i primi dieci anni, ho avuto l'onore di essere membro — verificando in primo luogo l'esistenza di una regola « comune » e, in mancanza, elaborando la regola « migliore », ha messo in luce una rilevante convergenza di regolamentazioni, in particolare per quanto attiene alle problematiche più recenti.

Infatti, gli ordinamenti giuridici europei hanno mostrato un'analogia sensibile di fronte ai mutamenti della realtà sociale e al possibile accoglimento di nuovi principi e di nuove regole, tanto da indurre a ritenere che le resistenze locali rispetto ad un diritto europeo della famiglia siano superabili.

Pertanto, non bisogna neanche sopravvalutare le differenze, pur se certamente esistenti. L'evoluzione dell'istituto del matrimonio negli ultimi cinquanta anni e la sua perdita di rilevanza sociale testimoniano, ad esempio, che in tutti i paesi è stato seguito lo stesso percorso e un'analogia considerazione può svolgersi con riguardo ad altri istituti del diritto della famiglia. Parimenti, nuovi modelli di famiglia, fondati su coppie non coniugate o dello stesso sesso, travolgono antichi pregiudizi e trovano riconoscimento.

Il proliferare di nuovi mezzi di comunicazione, l'omogeneità dei modelli sociali o culturali e soprattutto l'accresciuta mobilità impongono il superamento della catalogazione dei rapporti familiari come relazioni fortemente ancorate ad un certo ambiente e ad un determinato territorio; come pure di estendere lo spettro d'indagine, che non può più limitarsi alle esperienze giuridiche più prossime ma deve riguardare anche modelli distanti, quali quelli dei paesi nordici.

## **2. Le affinità: verso un linguaggio giuridico condiviso delle relazioni familiari**

Significativi mutamenti possono anzitutto riscontrarsi nel lessico delle relazioni familiari. Con il superamento del modello unico della famiglia <sup>(3)</sup>, basato sulla gerarchia e sul patriarcato, e con l'affermazione del principio di eguaglianza, sono scomparse le parole che facevano riferimento a posizioni di supremazia, di comando, di « potestà »; sostituite da altre che esprimono una

---

<sup>(3)</sup> La prima metà del Novecento ed il primo dopoguerra mostrano un quadro, all'interno dei paesi europei, piuttosto omogeneo. Il fenomeno, brillantemente analizzato da Francesco Busnelli, del c.d. « arcipelago » di famiglie, era sconosciuto e impensabile.

diversa visione dei rapporti familiari. Nuovi termini, come ad esempio « responsabilità », sono entrati nel linguaggio del legislatore e delle corti.

Alcune espressioni rinvenibili nei codici e nelle sentenze di molti paesi, come, ad esempio, « solidarietà post coniugale », acquistano un significato più ristretto e cedono il passo ad altre, come « auto-responsabilità », al fine di indicare la regola fondamentale secondo cui ciascun *ex* coniuge, dopo lo scioglimento del matrimonio, deve provvedere alle proprie esigenze.

Altri termini sono caduti in disuso, come conseguenza di importanti riforme: nessuno adopererebbe oggi il termine « bastardo », che trova precisi equivalenti in diverse lingue ed era diffuso in Europa, per indicare il bambino nato fuori dal matrimonio. Allo stesso modo, in quasi tutti i paesi europei si tende ad eliminare la parola « concubinato » e si preferiscono altre espressioni — in primo luogo « convivenza » — che non contengono il giudizio morale negativo collegato all'antico termine. Analogamente, si evita l'espressione « figli illegittimi » e, ad esempio, nel codice civile tedesco, con una frase piuttosto complessa, si parla di figlio i cui genitori non sono coniugati tra di loro <sup>(4)</sup>.

Un contributo importante per l'armonizzazione del linguaggio del diritto della famiglia è stato offerto dalla già ricordata *Commission on European Family Law*, che ha redatto i *Principles* in inglese, francese e tedesco attribuendo molta attenzione ai termini prescelti, nella consapevolezza che il linguaggio costituisce il principale strumento di cui dispone il giurista e che la corrispondenza delle regole nelle diverse lingue rappresenta un presupposto essenziale per l'armonizzazione.

Dietro la scelta di un termine, soprattutto da parte del legislatore, si nasconde un'idea, un modo di concepire i rapporti giuridici da analizzare o disciplinare. La recente legge italiana sulle unioni civili, che evita di adoperare il termine famiglia offre al riguardo un esempio significativo, pur se non condivisibile, posto che — come è accaduto in altre esperienze giuridiche — si rischia di predisporre un « diritto della famiglia senza famiglia ».

Ciò posto, la famiglia nei diversi paesi europei appare fondata sugli stessi pilastri, i principi che la governano sono simili, come pure le problematiche da affrontare. Lo Stato cede parte degli ambiti da disciplinare all'autonomia privata; le tutele di stampo assistenziale tendono a scomparire; i fenomeni di maggiore diffusione, come quello delle convivenze, sono di frequente regolati, ma solo per certi aspetti, tralasciando ad esempio quelli fiscali legati alla successione del convivente; l'orizzontalità dei rapporti cede il passo alla verticalità. Ridotta la rilevanza attribuita al matrimonio, primeggia la disci-

(4) Cfr. *Untertitel 2* (§ 1615 e segg.) e § 1786 BGB.

plina della filiazione; problemi nuovi trovano soluzione mediante strumenti analoghi nelle diverse esperienze giuridiche. Si pensi alla fecondazione medicalmente assistita: la barriera dell'ordine pubblico — ad esempio in materia di « maternità surrogata », si erode in quasi tutti i paesi europei, soprattutto a seguito del noto intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo (ECHR, *Mennesson vs France*, 26 giugno 2014, C-65192/11).

In definitiva, pur senza voler sottovalutare i tratti distintivi — esistenti e rilevanti — può dirsi che guardare ad una futura, ancor più intensa, armonizzazione al giorno d'oggi non è affatto utopia.

### 3. L'evoluzione del matrimonio

Per quanto concerne l'evoluzione dell'istituto del matrimonio, nei secoli considerato l'asse portante della famiglia, le essenziali modifiche che hanno riguardato la sua disciplina e il suo ruolo nella società si sono realizzate in modo equivalente in tutti i paesi europei. Si è passati, infatti, più o meno a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, da una visione autoritaria dei rapporti all'interno della famiglia all'affermazione del principio di eguaglianza. L'articolo del *Code Napoléon* secondo cui « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* », appare da tempo un relitto normativo che determina il sorriso incredulo delle generazioni più giovani.

Il tramonto dell'autorità del « capo » della famiglia è stato accompagnato dal superamento dei ruoli tradizionali che vedevano nel marito il produttore di reddito e destinavano la moglie alla cura della casa familiare e all'educazione dei figli. L'eguaglianza, imposta dalle leggi di riforma, ha trovato resistenze nel costume e nelle tradizioni di molti paesi europei, ma alla fine è divenuta realtà.

Le stesse considerazioni possono svolgersi con riferimento ai modelli educativi e allo scioglimento del matrimonio. Per quanto riguarda i primi, in tutti i paesi europei si abbandona quello — più o meno autoritario — legato alla « potestà » per favorire l'idea di una responsabilità dei genitori nei confronti dei figli, trattati come soggetti « eguali », da assistere e curare fino al raggiungimento della maturità e dell'indipendenza economica. Anche sotto questo profilo, tradizione e costumi, invero simili sotto le diverse latitudini, non oppongono resistenza al nuovo dettato della legge e si modificano in modo uniforme in tutto il continente europeo.

Anche di fronte alle nuove concezioni in materia di scioglimento del matrimonio, usi e abitudini non rappresentano un ostacolo insuperabile. La rilevanza della colpa è in genere divenuta un ricordo e ovunque si afferma il principio secondo cui la volontà di uno dei coniugi è sufficiente per condurre allo scioglimento del matrimonio. Scioglimento che sempre più spesso non

viene pronunciato ad opera di un giudice ma vede come protagonisti gli stessi interessati, eventualmente assistiti da avvocati, in procedimenti semplici e snelli. Anche sotto questo profilo i percorsi e le tendenze nei diversi paesi europei appaiono simili.

#### **4. Dalla famiglia “isola” all’arcipelago**

La felice espressione di Francesco Busnelli, studioso attento a cogliere i grandi mutamenti del diritto della famiglia, ha segnalato il passaggio da una famiglia « isola », secondo l’immagine di Arturo Carlo Jemolo, ad un « arcipelago » di famiglie. Alla famiglia, rispettosa dell’immagine offerta dalla Costituzione, « fondata » sul matrimonio, si sono aggiunte altre famiglie, che appare superfluo elencare, ed il fenomeno — ovviamente — non riguarda soltanto il nostro paese ma l’Europa.

Come è noto, il codice civile non contiene una definizione di famiglia e, in diverse norme, disciplina realtà familiari più o meno « ristrette » o « allargate ». Oggi la complessità dei modelli familiari è notevolmente maggiore e, come è stato messo in rilievo, anche per questo motivo il diritto della famiglia tende a diventare — in primo luogo — il diritto della filiazione, collante comune di diverse comunioni di affetti.

Peraltro, la celebre espressione di Jemolo non deve essere corretta soltanto per il passaggio dall’isola all’arcipelago, ma soprattutto perché ormai il mare del diritto non lambisce la terraferma ma la invade. In altri termini, Jemolo faceva certamente riferimento ad un’unica famiglia, ma la sua immagine poneva in verità l’accento sulla « resistenza » di quella isola ad accogliere la regola giuridica. Il cambiamento riguarda allora non soltanto il numero delle isole ma il ruolo delle norme giuridiche che oggi disciplinano dettagliatamente — si pensi ai rapporti tra genitori e figli, alle unioni civili, alle convivenze — rapporti familiari una volta considerati (almeno in parte) estranei alla regola giuridica e ad essa sottratti.

Un capitolo a parte, in questo contesto, meriterebbe il tema del superamento della « immunità », che per secoli in tutti i paesi europei — sia pure con diverse motivazioni — ha visto erigere mura non valicabili dalle norme sulla responsabilità civile. Ciò nonostante, anche in questo settore si è comunque passati, in modo piuttosto uniforme in Europa, da una situazione al suo opposto: oggi ben pochi negano che il familiare autore di un illecito nei confronti di un altro familiare possa essere convenuto in giudizio per rispondere dei danni.

#### **5. Modelli di regime patrimoniale e di scioglimento del matrimonio**

Nonostante i dubbi e le resistenze, legati soprattutto all’antica concezione di un diritto della famiglia fortemente influenzato dal costume e dalla

tradizione, aumenta la consapevolezza che l'Unione Europea, anche in questo settore dei rapporti privatistici, necessita di un corpo di norme unitario o almeno di una armonizzazione delle legislazioni nazionali.

In effetti, il processo di armonizzazione è già iniziato e in alcuni settori sono intervenuti regolamenti europei che hanno semplificato la cooperazione giudiziaria civile nella materia matrimoniale ed in quella della responsabilità genitoriale.

Ma, soprattutto, dal quasi totale disinteresse degli studiosi del diritto della famiglia e del diritto comparato si è passati nel giro di pochi anni ad una grande attenzione per le esperienze degli altri paesi: saggi, monografie e convegni di studio sono stati dedicati alle esigenze di armonizzazione e — come detto — una Commissione europea ha elaborato *Principi* di diritto europeo della famiglia.

Il nuovo metodo si è affermato da oltre un decennio e sembra possibile tracciare un primo bilancio, che deve necessariamente distinguere gli aspetti personali da quelli patrimoniali del matrimonio e della famiglia. Per quanto concerne i primi, è infatti diffusa la consapevolezza che le concezioni del rapporto coniugale sono ormai molto simili nel nord e nel sud dell'Europa ed in ogni caso le differenze appaiono meno rilevanti di quelle che nelle singole regioni europee esistevano al momento delle codificazioni ottocentesche. Queste ultime, infatti, hanno imposto un diritto di famiglia nazionale, superando discipline locali di fonte consuetudinaria che prevedevano regolamentazioni molto più variegate di quelle oggi riscontrabili nei codici civili. Lo stesso può dirsi per quanto concerne i rapporti tra genitori e figli e in generale per i rapporti personali della famiglia.

Maggiori divergenze, nonostante la somiglianza dei motivi ispiratori e dei fini perseguiti dalle leggi di riforma della seconda parte del secolo scorso, si riscontrano nella disciplina dei rapporti patrimoniali. In questa materia, pertanto, tenendo anche conto della esigenza di trovare un generale consenso su norme dirette a disciplinare conflitti di interesse di ordine economico, risulta più complessa la ricerca di soluzioni comuni.

Al riguardo, particolarmente significativa appare anzitutto una peculiarità del regime patrimoniale dei beni previsto dal codice civile italiano che, anche alla luce delle diverse soluzioni riscontrabili in altri ordinamenti europei, rende auspicabile una modifica legislativa. Come è noto, il regime legale della comunione dei beni, unanimemente ritenuto troppo rigido e non adeguato alle esigenze della circolazione dei beni, ha provocato una « fuga » verso il regime di separazione dei beni. Quest'ultimo regime, tuttavia, priva di protezione il coniuge debole che, proprio attraverso il (nuovo) regime legale di comunione, il legislatore della riforma del diritto di famiglia aveva inteso tutelare.

La mancanza di protezione del coniuge debole, il quale ha acconsentito ad adottare il regime di separazione dei beni, determina perplessità nella migliore dottrina, che ritiene ingiusta una completa esclusione dagli incrementi patrimoniali conseguiti dall'altro coniuge, soprattutto nel caso in cui il divorzio conclude un rapporto matrimoniale di lunga durata.

Correttivi alla situazione sopra descritta sono stati apportati in molti ordinamenti europei. Nei paesi scandinavi, ad esempio, in caso di divorzio, il giudice può mitigare le conseguenze sfavorevoli derivanti dal regime di separazione attribuendo al coniuge debole una somma di denaro. In Spagna e in Francia la giurisprudenza fa spesso ricorso alla configurazione di una società di fatto tra i coniugi o all'istituto dell'ingiustificato arricchimento per riequilibrare la posizione economica del coniuge che ha prestato la propria attività unicamente all'interno delle mura domestiche. Rimedi analoghi sono previsti dal diritto della Catalogna e dal diritto greco: in quest'ultimo ordinamento, si può scegliere tra un regime di comunione dei beni e un regime di separazione con compensazione del maggiore incremento eventualmente ottenuto dal patrimonio di uno dei coniugi.

Un'efficace tutela del coniuge debole in caso di divorzio, sia pure in mancanza di un sistema di regime patrimoniale paragonabile a quelli utilizzati negli ordinamenti continentali, viene realizzata dal giudice inglese. Quest'ultimo, infatti, come dimostra soprattutto il noto caso *White v White* del 2001, ha il potere di « riallocare » il patrimonio dei coniugi, cioè di attribuire la proprietà di una parte dei beni — spesso la metà — al coniuge (non proprietario), in genere la moglie, che ad esempio ha abbandonato la propria professione per occuparsi esclusivamente della famiglia. I contratti prematrimoniali, d'altra parte, possono servire ad evitare le conseguenze sopra descritte soltanto se garantiscono al coniuge debole almeno un mantenimento adeguato. E — si noti — lo studioso inglese del diritto di famiglia equipara per molti aspetti il regime di separazione dei beni del codice civile italiano ad un patto prematrimoniale.

In termini generali, l'armonizzazione risulta possibile se si constatano analoghe linee di tendenza. In tutti i paesi europei la disciplina del matrimonio e dei rapporti tra coniugi è cambiata, soprattutto perché sono stati privilegiati modelli egalitari e accolte istanze di attenuazione del vincolo. Peraltro, nonostante il fatto che i desiderati mutamenti siano stati per lo più realizzati, diminuisce costantemente il numero dei matrimoni e aumenta quello delle convivenze. Cresce inoltre l'età media degli sposi nonché la percentuale dei divorzi.

In molti ordinamenti il matrimonio può essere sciolto sulla base della semplice richiesta di uno dei coniugi, eventualmente lo stesso che ha causato la crisi del rapporto. Perfino la diffusione della regola secondo cui dopo la



separazione o il divorzio i figli restano affidati ad entrambi i genitori conferma che le vicende relative al matrimonio e le cause della fine del rapporto coniugale hanno perduto la loro originaria rilevanza.

La decisione del singolo di porre fine al rapporto è stata oggettivamente facilitata dalla tendenza, riscontrabile soprattutto nei paesi nordici, ma anche in Svizzera e nella Repubblica federale di Germania, a ridurre ad un periodo di tempo minimo la durata degli eventuali obblighi di mantenimento. Pertanto, può osservarsi che, mentre in molti settori del diritto privato si è affermata l'esigenza di proteggere il soggetto debole, in Europa si fa strada il principio secondo cui in seguito al divorzio — al più tardi dopo un breve periodo di tempo — ciascuno degli ex coniugi deve far fronte da solo ai propri bisogni. Per altri versi la tutela del soggetto debole — secondo il modello affermato in materia contrattuale — ha trovato spazio nella giurisprudenza tedesca del *Bundesgerichtshof* con riferimento alla donna incinta che, pur di contrarre matrimonio, accetta le clausole vessatorie di un accordo prematrimoniale avente ad oggetto le conseguenze patrimoniali dell'eventuale divorzio.

La facilità con cui si può sciogliere il matrimonio sembra la diretta conseguenza della attuale concezione dell'istituto. Se, infatti, nel contesto europeo, il matrimonio viene inteso, almeno prevalentemente, come accordo concluso da due persone che disciplinano nel modo che preferiscono il loro rapporto, risulta coerente affidare alla loro decisione (o alla decisione di uno di loro), come nella materia contrattuale, lo scioglimento del vincolo. In definitiva, viene condivisa l'idea secondo cui nessuno può essere costretto a continuare a vivere un rapporto matrimoniale se non lo desidera. Ed al riguardo appaiono anacronistiche le norme, come ad esempio quella del diritto tedesco risalente alla riforma del 1976, che per salvare la regola del presupposto oggettivo del fallimento del rapporto, in mancanza di prove fornite da una delle parti, presume il « disfaccimento » del matrimonio, senza possibilità di prova contraria, sulla base della separazione personale di un anno se i coniugi chiedono congiuntamente il divorzio o se la parte che non ha presentato la domanda dà la sua approvazione; oppure se i coniugi vivono separati da tre anni (§ 1566 BGB).

Si spiega pertanto che la *Commission on European Family Law* abbia potuto elaborare piuttosto rapidamente e senza significativi contrasti i principi relativi allo scioglimento del matrimonio, privilegiando un modello molto semplice, basato esclusivamente sulla scelta congiunta dei coniugi — o sulla decisione di uno di essi — in caso di assenza di figli minorenni nati dal matrimonio, ed un procedimento che prevede le necessarie cautele ma attribuisce comunque rilevanza alla volontà dei coniugi (o del singolo coniuge) nel caso in cui si debba tenere conto degli interessi dei minori.

## 6. Nuovi modelli di famiglia

Da quanto esposto si evince che nel secolo scorso il diritto della famiglia ha conosciuto nei paesi europei una evoluzione abbastanza uniforme. I tratti più rilevanti di questa evoluzione possono sintetizzarsi nel modo seguente:

*i)* è stata abbandonata la concezione del matrimonio come accordo di due gruppi familiari, avente in primo luogo rilevanza patrimoniale, e si è diffusa quella che pone al primo posto la scelta e i sentimenti dei coniugi;

*ii)* è stata altresì superata la visione della famiglia quale cellula economica della società. Dalla famiglia di tipo patriarcale si è passati alla famiglia « nucleare », cioè, composta unicamente dai genitori e dai figli;

*iii)* è tramontato il principio dell'autorità all'interno della famiglia e, grazie anche all'influenza esercitata dai testi costituzionali, si è affermato il principio dell'eguaglianza;

*iv)* di conseguenza non è stata più tollerata la violenza all'interno della famiglia e si considera anacronistico il principio dell'immunità (del marito e del padre) perfino nei paesi di *common law* che con maggiore decisione l'avevano applicato e giustificato;

*v)* in quasi tutti i paesi europei si riscontra una tendenza verso forme di scioglimento del matrimonio di tipo consensuale, sempre più « semplificate », o basate sulla decisione del singolo coniuge.

L'evoluzione sopra indicata ha riguardato — e a volte profondamente modificato — la famiglia intesa in senso tradizionale. Ma a tale concetto di famiglia si sono aggiunti e sempre più di frequente hanno attirato l'attenzione dei legislatori europei altri modelli di gestione in comune della vita. Il primo concerne la convivenza di persone di sesso diverso; il secondo la convivenza di persone dello stesso sesso <sup>(5)</sup>. In entrambe le ipotesi si è parlato di famiglia di fatto, al fine di mettere in evidenza la mancanza di un atto giuridico in grado di costituire il fondamento della suddetta convivenza e, a partire dal Codice napoleonico, il più diffuso atteggiamento degli ordinamenti giuridici europei è stato quello del disinteresse.

Con il trascorrere del tempo, peraltro, non solo tale atteggiamento è radicalmente mutato ma i suddetti fenomeni, inizialmente accomunati dalla loro « irrilevanza » per il diritto, hanno seguito itinerari diversi poiché addirittura di segno opposto sono le aspirazioni (finali) dei soggetti interessati: il riconoscimento della rilevanza della convivenza e la regolamentazione di alcuni aspetti del rapporto (soprattutto) per le coppie di sesso diverso; la

(5) V. ECHR, *Schalk e Kopf vs Austria*, 29 giugno 2010, C-30141/04.

possibilità di accedere al matrimonio per le coppie dello stesso sesso <sup>(6)</sup>. In definitiva, la strada è stata unica soltanto fino al momento in cui anche le coppie di conviventi dello stesso sesso hanno richiesto una disciplina che riconoscesse la loro esistenza « di fatto », mentre i percorsi sono divenuti autonomi quando, soprattutto in alcuni paesi, è emersa la loro pretesa di fondo — giustificata anche con riferimento al principio di eguaglianza — e cioè la possibilità di utilizzare quell'istituto, il matrimonio, spesso rifiutato dalle coppie di conviventi di sesso diverso.

Quanto brevemente esposto spiega perché in alcuni ordinamenti giuridici (ad es. Repubblica federale di Germania) la scelta — almeno in un primo momento — sia stata quella di prevedere una disciplina delle convivenze rivolta esclusivamente alle coppie di persone dello stesso sesso, al fine di offrire, soltanto ad esse, un istituto alternativo al matrimonio. Mentre, la disciplina della convivenza delle persone dello stesso sesso, disciplinata in Italia dalla legge nr. 76 del 2016, è stata abrogata in alcuni paesi (ad es. Repubblica federale di Germania) che di recente hanno ammesso la possibilità del matrimonio.

La c.d. famiglia di fatto rappresenta ormai un fenomeno molto diffuso in tutti i paesi europei ed occorre interrogarsi, anzitutto, sulle ragioni che negli ultimi decenni hanno determinato un crescente interesse per la (mera) convivenza, non vincolante e risolubile in ogni momento.

Tra le ragioni più spesso indicate possono ricordarsi il timore per gli obblighi che nascono dal matrimonio e per le « perdite » economiche spesso collegate al suo scioglimento; il desiderio delle giovani coppie di una « prova » della vita matrimoniale o semplicemente il rifiuto dell'istituto del matrimonio. Dato il costante aumento del numero dei divorzi non può dirsi, d'altra parte, che il periodo di convivenza prematrimoniale serva a rendere più probabile una lunga vita coniugale, mentre sicura rilevanza deve attribuirsi al superamento delle ultime discriminazioni nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, che ha fatto venire meno uno dei motivi che in passato spingevano al matrimonio.

Tuttavia, la famosa frase, attribuita a Napoleone, secondo cui visto che i concubini si disinteressano del diritto, il diritto può disinteressarsi di loro, ha perduto gran parte del suo significato, poiché l'esperienza europea dimostra che molti ordinamenti giuridici hanno emanato leggi sulla convivenza o almeno hanno preso in considerazione la convivenza in occasione della disciplina di nuove fattispecie e hanno tutelato il convivente a livello

---

<sup>(6)</sup> Cfr. ECHR, *Oliari e altri vs Italia*, 21 luglio 2015, C-18766/11 e C-36030/11; ECHR, *Orlandi e altri vs Italia*, 14 dicembre 2017, C-26431/12; C-26742/12; C-44057/12; C-60088/12.

giurisprudenziale. Con riguardo al nostro ordinamento deve segnalarsi la già ricordata legge nr. 76 del 2016, che ha introdotto la disciplina sulle « unioni civili », ampiamente coincidente con quella del matrimonio, e quella sulla convivenza, rivolta sia alle persone eterosessuali che a quelle dello stesso sesso.

L'esistenza delle suddette normative dimostra che erano eccessivi i timori di coloro che intendevano scongiurare la regolamentazione di un matrimonio « di serie b » e che in realtà si sono imposti diversi modelli di famiglia e addirittura di matrimonio, come si evince dalla recente promulgazione di leggi che perfino in paesi di tradizione cattolica come la Spagna estendono l'antico istituto a persone dello stesso sesso. D'altra parte, la caratteristica principale della convivenza, cioè la possibilità di porre fine in ogni momento al rapporto sulla base della semplice decisione di uno dei conviventi, si differenzia sempre meno dalla disciplina del matrimonio, che in Europa da tempo non è indissolubile, tanto più se si considera che — come detto — in alcuni paesi si sono affermate forme di divorzio « consensuale » e « semplificato » o basato sulla decisione di uno soltanto dei coniugi.

La possibilità di uno scioglimento del matrimonio « su richiesta », anche di uno dei coniugi, rende problematico ritenere contrari alla legge o all'ordine pubblico eventuali patti prematrimoniali o accordi dei conviventi su una determinata durata del loro rapporto e, in termini più generali, sembra che la materia si sposti dal piano dell'istituto matrimoniale a quello dei contratti e delle obbligazioni che è lecito assumere senza violare norme e principi in tema di libertà personale e di tutela della personalità.

## 7. Modelli di convivenza

Maggiore libertà, ovviamente, esiste per la regolamentazione contrattuale dei rapporti patrimoniali dei conviventi e in molti paesi europei — tra i quali l'Italia — possono essere stipulati « contratti di convivenza ». In mancanza di tali contratti, si pone spesso il problema di tutelare sul piano economico il convivente che, per un periodo di tempo più o meno lungo, ha determinato vantaggi patrimoniali (ad esempio, con il suo lavoro domestico) a favore dell'altro convivente. Soluzioni adeguate, soprattutto facendo ricorso all'istituto dell'ingiustificato arricchimento, sono state trovate in alcuni paesi europei, mentre in altri si continua a favorire la configurazione di prestazioni di lavoro a titolo gratuito, giustificate dall'*affectio*. Adeguate al riguardo — ma migliorabili — appaiono le norme dell'art. 1, commi 36 ss., della citata legge nr. 76 del 2016.

In molti ordinamenti europei sono diffusi, in particolare, accordi sugli obblighi di mantenimento durante il periodo della convivenza, mentre alcuni

dubbi sussistono sulla validità degli accordi aventi ad oggetto il periodo successivo al cessare del rapporto. La tendenza è comunque in senso favorevole alla loro ammissibilità, e tra gli argomenti utilizzati è frequente quello che richiama la (liceità della) donazione, pur se nella prassi di alcuni paesi si pongono i connessi problemi di forma. Si esclude, viceversa, la possibilità di prevedere legislativamente un obbligo di mantenimento secondo il modello di quello postconiugale, e soltanto una parte della dottrina ipotizza la configurabilità di una responsabilità per l'affidamento causato da uno dei conviventi.

Gli accordi tra conviventi non sono comunque molto frequenti nell'esperienza di quasi tutti i paesi europei, tra cui l'Italia, poiché il rifiuto dell'istituto del matrimonio e la preferenza per una scelta spontanea e non formale di convivenza determinano altresì una scarsa attenzione — se non un vero e proprio rifiuto — per ogni forma di accordo avente rilevanza giuridica.

Quest'ultimo dato conferma l'esigenza di un intervento legislativo nei paesi europei che finora si sono mostrati contrari a disciplinare il fenomeno. Non sempre, infatti, il ricorso agli istituti del diritto dei contratti e delle obbligazioni consente alla giurisprudenza di individuare adeguati strumenti di tutela per il convivente « debole ».

La legislazione in materia non presenta in Europa caratteristiche uniformi e le leggi entrate in vigore negli ultimi anni possono essere suddivise in diversi gruppi:

- i)* leggi applicabili soltanto ai conviventi di sesso diverso;
- ii)* leggi applicabili a tutte le convivenze, sia di persone di sesso diverso che dello stesso sesso (ad esempio, Francia, Italia);
- iii)* leggi applicabili soltanto alle convivenze delle persone dello stesso sesso. In questo caso l'intento del legislatore è stato a volte quello di porre fine ad una discriminazione, posto che a persone dello stesso sesso — in alcuni Paesi — non è consentito unirsi in matrimonio;
- iv)* leggi che ammettono il matrimonio di persone dello stesso sesso.

Negli ordinamenti che hanno emanato leggi rivolte esclusivamente alle persone dello stesso sesso (o hanno consentito ad esse il matrimonio) rimane aperto il problema della « tradizionale » famiglia di fatto, a volte affidata alla disciplina degli istituti generali del diritto civile e agli eventuali accordi contrattuali dei conviventi (così nella Repubblica federale di Germania).

Con riferimento all'ordinamento giuridico italiano in un primo momento alcune leggi dettate per materie specifiche hanno attribuito rilevanza alla convivenza, a volte qualificata come « stabile » o caratterizzata da una durata minima. Così, ad esempio, nelle norme in tema di fecondazione medicalmente assistita, di affidamento condiviso dei figli, di abusi familiari. In altri settori la soluzione è stata affidata alla giurisprudenza, che, tra l'altro, si è

interrogata sulla applicabilità ai conviventi di alcune norme dettate per tutelare soggetti deboli, come ad esempio l'art. 230-*bis* c.c., in materia di impresa familiare, mentre la dottrina ha segnalato l'esigenza di un intervento legislativo di carattere generale, esigenza infine soddisfatta nel 2016 con la legge n. 76, che — tra l'altro — ha introdotto nel codice civile l'art. 230-*ter* al fine di risolvere il problema sopra indicato.

## 8. Modelli di disciplina del rapporto tra genitori e figli

Negli ultimi decenni del secolo scorso e all'inizio del nuovo non è mutato soltanto il modo in cui i conviventi (uniti in matrimonio o meno) vivono il rapporto ma altresì il tipo di relazioni tra genitori e figli.

Il tramonto dell'autorità all'interno della famiglia e il riconoscimento della personalità e dei diritti del minore hanno condotto ad una maggiore attenzione per i suoi bisogni e per le sue aspirazioni. Di conseguenza sono cambiati i contenuti dell'antica potestà, con una accentuazione dei doveri rispetto ai diritti dei genitori che ha determinato nel contesto internazionale perfino un diffuso superamento della tradizionale terminologia in favore dell'espressione *parental responsibility* oppure *parental responsibilities*. In definitiva, può dirsi che i diritti dei genitori per quanto concerne i figli minori si limitano quasi esclusivamente alla titolarità del rapporto, e quindi al potere di escludere i terzi dall'educazione e in generale dal contatto con essi, mentre è scomparsa o si è attenuata ogni forma di pretesa dei genitori nei confronti dei figli, sopravvivendo soltanto quella al rispetto e all'osservanza delle regole di convivenza del gruppo familiare.

Scarsa incidenza, del resto, già negli anni immediatamente successivi alle leggi di riforma del secolo scorso, hanno avuto le norme che prevedono un obbligo di contribuzione dei figli — e quindi un corrispondente diritto dei genitori — per far fronte ai bisogni della famiglia (ad es., art. 315 c.c.), mentre risulta ormai estranea alla cultura dei paesi europei la configurazione di un diritto del genitore ai servizi del figlio minore. Da tempo superata appare altresì, persino nei paesi di lingua inglese che più a lungo la hanno giustificata, la concezione favorevole alla comminazione di pene corporali per correggere condotte del figlio ritenute gravemente contrarie ai suoi doveri.

Sia nelle famiglie fondate sul matrimonio che nelle altre, il rapporto tra genitori e figli è caratterizzato dal definitivo tramonto del principio di autorità e dalla completa affermazione del principio di eguaglianza. In entrambe le ipotesi il minore può realizzare la propria personalità all'interno della formazione sociale senza risentire del tipo di legame che riguarda i suoi genitori.

## 9. Modelli genitoriali e maternità surrogata

La riflessione sui modelli familiari non può prescindere dall'esame di una delle problematiche più complesse del nostro tempo, sia sul piano dei principi e dei valori dell'ordinamento giuridico, sia su quello della tutela della persona. Mi riferisco alla c.d. maternità surrogata, problematica che è stata affrontata dalla Corte EDU in un importante parere che, tra l'altro, ha determinato un mutamento di indirizzo della giurisprudenza francese (7).

Come le altre Corti supreme di diversi paesi europei e la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche la Corte costituzionale e la Corte di cassazione italiana hanno dovuto affrontare il problema del riconoscimento di sentenze straniere che attribuiscono la genitorialità a cittadini italiani, i quali si sono recati all'estero per avere un bambino nato a seguito di « gestazione per conto altrui », di cui (almeno) uno risulta « genitore intenzionale ».

A rendere più complicata la fattispecie concorre spesso la circostanza che i genitori intenzionali sono persone dello stesso sesso. Così, nel 2016, la 1° sezione della Corte di cassazione ha affrontato la questione concernente due genitori di sesso femminile (8); nel 2019, si è occupata del caso riguardante due genitori intenzionali di sesso maschile e — in quanto ritenuta questione di particolare importanza — sono state investite le Sezioni Unite (9).

Prima di analizzare brevemente l'*iter* argomentativo della suddetta decisione e la successiva evoluzione della giurisprudenza, è opportuno segnalare che la gestazione per conto d'altri non rappresenta un fenomeno uniforme nei vari paesi. Anzitutto, si rinvencono diverse basi negoziali. In alcuni ordinamenti si stipula un vero e proprio contratto tra i genitori intenzionali e la donna che mette a disposizione il proprio utero o una clinica che la rappresenta e l'assiste. Il contratto disciplina in maniera minuziosa tutte le fasi della vicenda, da un lato per evitare che sorgano contrasti nel momento in cui la donna che ha partorito deve lasciare il neonato ai genitori intenzionali, dall'altro per costituire una serie di garanzie nell'interesse del nascituro e dei genitori d'intenzione — riguardanti il divieto di fumare, l'alimentazione, i controlli medici, etc. Altrove, invece, tali regolamentazioni non esistono e non può nascondersi che le tutele, giuridiche quanto mediche, sono strettamente collegate al costo dell'operazione. Il fenomeno, se si guarda al panorama globale, risulta molto variegato: in alcuni Stati la gestazione per conto d'altri è consentita soltanto a titolo gratuito (ad es. in

(7) ECHR, Great Chamber, 10 aprile 2019, Parere n. P16-2018-001.

(8) Cass., 22 giugno 2016, n. 12962.

(9) Cass., Sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193.



Canada), in altri è previsto un corrispettivo (ad es. in California), ed in altri ancora è ammesso un rimborso spese più o meno significativo. Infine, in paesi poveri, come l'Ucraina o l'India, queste pratiche non solo avvengono in genere dietro corrispettivo ma spesso sono accompagnate da insufficienti tutele per la gestante.

Tornando al citato intervento delle Sezioni unite, la questione traeva origine dal riconoscimento di una sentenza canadese che attribuiva la genitorialità al coniuge dell'uomo che aveva fornito il materiale genetico, il quale risultava già padre. La prima sezione rimetteva gli atti al Primo Presidente affinché il caso venisse assegnato alle Sezioni unite, per (l'eventuale) eccesso di giurisdizione causato dall'invasione della sfera di attribuzione del legislatore, nonché per la complessità e rilevanza della questione <sup>(10)</sup>. Queste ultime, quantunque la sentenza risulti molto elegante e ricca di argomentazioni, pervengono ad un risultato non del tutto condivisibile. La problematica si pone in primo luogo sotto il profilo del significato da attribuire oggi all'« ordine pubblico internazionale ». Non v'è dubbio che, negli ultimi anni, si sia verificata una evoluzione del concetto di ordine pubblico internazionale e mi sembra che si tratti di un processo inevitabile soprattutto alla luce dell'abbattimento di molte barriere e in generale della globalizzazione. La violazione dell'ordine pubblico internazionale, dunque, non può essere collegata all'eventuale contrasto con una o più norme imperative, ma si configura soltanto nel caso di contrasto con i principi della Costituzione o con principi e valori di egual rango, cioè quei principi che il legislatore ordinario non potrebbe disattendere. Se fosse sufficiente il contrasto con una norma imperativa, diverrebbe inutile il sistema del diritto internazionale privato, giacché il rinvio ad una norma di altro ordinamento, differente da quella italiana, determinerebbe sempre il contrasto — e quindi l'inutilità — del rinvio alla norma straniera.

Si avverte una certa discrepanza tra la struttura argomentativa delle Sezioni unite e le conclusioni, perché — a mio avviso — sarebbe stata opportuna una disamina più approfondita sotto il profilo del bilanciamento, oggi richiesto dalla corte EDU e da molte Corti supreme di altri paesi europei, tra l'eventuale violazione di principî e valori dell'ordinamento statale e l'interesse del minore. Non può tacersi che il riconoscimento o il mancato riconoscimento non devono rappresentare premio o sanzione per i genitori intenzionali, trattandosi piuttosto di accertare se l'acquisizione di uno *status* o il mantenimento di uno *status* già acquisito dal minore debba essere sacrificato perché la sua nascita è dipesa da una pratica di feconda-

---

<sup>(10)</sup> Cass., 21 gennaio 2022, n. 1842.



zione vietata dal nostro ordinamento. Tale bilanciamento — che avrebbe potuto eventualmente condurre ad un esito negativo — non emerge in modo adeguato da un'analisi della sentenza di cui si discorre.

Del tema si era occupata anche la Corte costituzionale, una prima volta nel 2017 (sentenza n. 272), affermando che nell'ordinamento giuridico italiano sono presenti strumenti giuridici che consentono la creazione di un legame giuridico con il nato, precisamente l'« adozione in casi particolari », senza necessità quindi di ricorrere al riconoscimento della sentenza straniera. In quella occasione la Corte aveva sottolineato l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita fattispecie di reato, ma aveva suscitato alcune perplessità poiché non era stata tenuta in considerazione l'esigenza di non trasformare la decisione relativa allo *status* del figlio in una sorta di sanzione della coppia che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata.

Con una più recente decisione (sentenza n. 221 del 2019) la Corte costituzionale ha ribadito che la libertà dell'atto che consente di diventare genitori non può esplicarsi senza limiti, dovendo essere bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti; ciò soprattutto quando — come nel caso della gestazione per conto di altri — si alterino le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui.

In particolare, con riguardo « alla sorte delle coppie omosessuali maschili » la Corte aveva osservato che la « omologazione alle femminili — in punto di diritto alla genitorialità — richiederebbe... che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata ».

A seguito della suddetta sentenza della Corte costituzionale, la 1° sezione della Corte di cassazione ha ritenuto necessario un nuovo intervento della Sezioni Unite, al fine — in primo luogo — di verificare l'adeguatezza (alla luce dei principi CEDU) della adozione in casi particolari per la tutela del minore nonché la possibilità di valutare « caso per caso » l'eventuale contrasto con l'ordine pubblico, escludendolo nelle ipotesi di maternità surrogata a titolo gratuito.

Il nuovo intervento delle Sezioni Unite ha condotto alla sentenza n. 38162/2022, che va anzitutto apprezzata perché da essa traspaiono una profonda conoscenza della materia, una riflessione adeguata e, soprattutto, una grande capacità del relatore estensore di tenere conto di tutti i dati normativi. Conviene ricordare che lo stesso Cons. Giusti aveva redatto un'altra sentenza esemplare, quella sul caso Englaro.

A questo riguardo, può comunque osservarsi che, nella sentenza più risalente si scorgeva una maggiore presa di coscienza della funzione di supplenza della Corte rispetto all'inattività del legislatore; mentre nella pronuncia in questione si sottolinea che il giudice non crea la norma giuridica

e che, anche nell'ipotesi di vuoto normativo, nulla può fare. Pertanto, comparando le due sentenze, si nota nel primo caso una maggiore disponibilità ad individuare (se non “creare”) la norma nel sistema giuridico, mentre, nella sentenza n. 38162/2022 si fa (inevitabilmente) un « passo indietro », sottolineando il rinvio al legislatore operato dalla Corte costituzionale. Tuttavia, su questo punto, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite precisava che, nonostante il rinvio al legislatore, le Corti supreme non possono restare inerti; anche perché il legislatore non solo ritarda, ma a volte non interviene e una soluzione deve comunque essere trovata.

Occorre altresì sottolineare che le Sezioni Unite citano la diversa soluzione accolta in Germania, dove viene consentita la trascrizione dell'atto di nascita o dei provvedimenti stranieri affermando la mancanza di contrasto con l'ordine pubblico non solo nel caso di maternità surrogata in forma gratuita, ma addirittura nell'ipotesi di maternità surrogata a titolo oneroso, quando non si ravvisa una situazione di bisogno della donna. In altri termini, l'ordinamento tedesco — tenendo conto del parere CEDU — distingue, in caso di maternità surrogata a pagamento, l'ipotesi in cui la donna versi in uno stato economico di necessità (ad esempio, la donna ucraina che, in virtù delle vicissitudini dell'attuale momento storico, si trova in una situazione di disagio economico e, quindi, è « costretta » ad accettare una pratica che altrimenti rifiuterebbe), da quella in cui la donna sia benestante e decida comunque di affrontare tale esperienza a pagamento. La Corte suprema tedesca mette in luce altresì l'esigenza di estendere la soluzione positiva al riconoscimento perfino nel caso di maternità a pagamento di donna « costretta » dalla indigenza economica, poiché il diniego del riconoscimento sanziona in definitiva il nato, al quale nessuna responsabilità può attribuirsi.

Pertanto, non siamo ormai chiamati a confrontarci soltanto con paesi, come la California o il Canada, dove il fenomeno è regolamentato da anni, ma anche con un contesto europeo che sta iniziando ad allentare le barriere nei confronti della maternità surrogata.

In definitiva, nel caso del ricorso alla maternità surrogata, l'interesse preminente è quello del nato. Una volta che il bambino è venuto al mondo non lo si può (sia pure indirettamente) sanzionare perché si è verificato l'« aggiramento » di una legge da parte di altri. Il migliore interesse del minore impone di porlo in una situazione identica a quella degli altri soggetti <sup>(11)</sup>. Questo, a mio avviso, rappresenta un aspetto che deve essere

---

<sup>(11)</sup> Cfr. ECHR, *Menesson vs Francia*, cit.; ECHR, Great Chamber, 10 aprile 2019, cit.; ECHR, *D. vs Francia*, 16 luglio 2020, C-11288/18; ECHR, *Fjølvisdottir e altri vs Islanda*, 18 maggio 2021, C-71552/17; ECHR, *C.E. e altri vs Francia*, 24 marzo 2022, C-29775/18 e C-29693/19.

valutato almeno fin quando l'adozione — a seguito di ulteriori modifiche — non realizzerà pienamente l'interesse del minore, come avviene nel caso del riconoscimento della sentenza straniera.

L'insufficienza dell'adozione, è evidente nel caso del decesso del genitore intenzionale o nell'ipotesi in cui quest'ultimo cambi idea e non intenda adottare. Il bambino deve essere tutelato anche contro la diversa volontà del genitore intenzionale e, sotto questo profilo, l'unica via per realizzare siffatto interesse e dare certezza alla situazione giuridica è il riconoscimento della sentenza straniera, laddove riconoscere la sentenza non significa approvare la pratica della maternità surrogata, bensì tenere conto di un fatto che ormai si è verificato e della necessità di tutelare nel migliore modo possibile un essere umano.

In conclusione, da un lato può condividersi la prudenza delle Sezioni Unite, perché ammettere il riconoscimento delle sentenze straniere nel caso di maternità surrogata a titolo gratuito comporterebbe un aumento dei casi, motivo per cui la Corte si esprime nei termini di una « deriva che non si può prendere », d'altra parte, neanche la difficoltà pratica di distinguere tra le due fattispecie può prevalere sui principi e sulla esigenza di proteggere il minore.

### III.

## FILIAZIONE E PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

di *Laura Tomasi* (\*)

**SOMMARIO:** 1. La filiazione tra giurisprudenza della Corte EDU e giurisprudenza di legittimità. — 2. Filiazione e identità personale: il diritto a conoscere le proprie origini. — 3. Filiazione e cognome familiare. — 4. Filiazione e azioni di stato. — 5. I diritti del figlio nella crisi familiare. — 5.1. Affidamento e diritto di visita del genitore non convivente. — 5.2. Diritto di visita e allegazioni di violenza domestica. — 5.3. Sottrazione internazionale. — 5.4. Tutela dei rapporti tra il minore e i nonni. — 6. Situazione di abbandono del minore, adottabilità, adozione mite. — 7. Filiazione e nuove modalità procreative: la PMA... — 8. ... e la GPA. — 9. Considerazioni conclusive.

#### 1. La filiazione tra giurisprudenza della Corte EDU e giurisprudenza di legittimità

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i diritti dei minori godono di una considerazione centrale, in ossequio al principio dei *best interests of the child*, non espressamente menzionato dall'art. 8 CEDU che tutela il rispetto della vita privata e familiare, ma ricondotto dalla Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) nell'alveo della disposizione, attraverso il richiamo alla Convenzione ONU del 1989 su diritti del fanciullo <sup>(1)</sup>.

Leggendo la materia del diritto di famiglia nel prisma dell'art. 8, la Corte EDU ha sviluppato un imponente *corpus* giurisprudenziale in tema di filiazione, che spazia dai profili legati all'identità personale quali il diritto a conoscere le proprie origini e il cognome familiare, alla questione dell'uguaglianza tra filiazione costituita nell'ambito o fuori dal matrimonio e al correlato problema della ricerca della paternità, per soffermarsi poi sul diritto del minore al mantenimento di una relazione significativa con entrambi i genitori e con gli altri membri della famiglia in caso di crisi della coppia; e giungere infine ai complessi temi dell'adozione e delle nuove tecniche procreative.

---

(\*) Magistrata, Assistente di studio presso la Corte costituzionale.

(1) V. Corte EDU, 22 aprile 1992, *Rieme c. Svezia*; 23 settembre 1994, *Hokkanen c. Finlandia*; 7 agosto 1996, *Jobansen c. Norvegia*.

La penetrazione nel formante giurisprudenziale interno della giurisprudenza convenzionale, incentrata sulla prospettiva di tutela dei diritti fondamentali del singolo e necessariamente casuistica, non è semplice né immediata, come dimostrano le frequenti condanne dell'Italia a Strasburgo.

Scopo del presente contributo è operare una verifica sul grado di convergenza tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella di legittimità in relazione alle tematiche appena citate, onde saggiare il grado di conformità dell'ordinamento agli obblighi discendenti dalla Convenzione europea.

## **2. Filiazione e identità personale: il diritto a conoscere le proprie origini**

Su questo tema, la giurisprudenza di legittimità, seguendo le indicazioni rivinenti dalla giurisprudenza convenzionale e costituzionale, ha registrato un percorso nel segno dell'affermazione del diritto a conoscere le proprie origini quale parte integrante dell'identità personale.

Il dato normativo di riferimento si rinviene nell'art. 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), che attribuisce in linea generale al figlio adottivo di almeno venticinque anni di età il diritto potestativo — funzionale alla costruzione della propria identità: Cass. civ., Sez. U, sentenza n. 1946 del 25/01/2017 — di accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei suoi genitori biologici <sup>(2)</sup>; ma che, al comma 7, precludeva tale accesso nei confronti della madre che avesse dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396.

L'art. 28, comma 7, combinandosi con l'art. 93 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) — che preclude, per cento anni, l'accesso al certificato di assistenza al parto o alla cartella clinica contenenti le informazioni identificative della madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata — produceva l'effetto di rendere irreversibile la scelta della madre circa l'anonimato, proiettandola su un arco temporale eccedente la durata normale della vita umana.

La disciplina dell'art. 28, comma 7 — che nella sua assolutezza escludeva la possibilità di verifica giudiziale della persistenza della volontà della madre biologica di non essere nominata — aveva in un primo tempo superato il vaglio di legittimità costituzionale (sentenza n. 425 del 2005, secondo cui il diritto all'anonimato era « espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda », essendo funzionale

---

<sup>(2)</sup> L'esercizio di tale diritto è consentito, anche prima dei venticinque anni, al figlio che abbia raggiunto la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica.

ad assicurare che il parto avvenga « in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio » e a « distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi »).

Successivamente era però intervenuta la sentenza 25 settembre 2012, Godelli c. Italia della Corte EDU, che aveva ravvisato la contrarietà all'art. 8 CEDU del meccanismo delineato dall'art. 28, comma 7. Evidenziando come il diritto a conoscere l'identità dei propri genitori costituisca un rilevante aspetto dell'identità personale, la Corte EDU aveva ritenuto che la normativa italiana non garantisse alcun bilanciamento tra il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e il diritto della madre a mantenere l'anonimato, accordando invece una preferenza incondizionata al secondo, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento francese, dove è previsto che, su impulso del figlio dato in adozione, sia possibile chiedere alla madre biologica se intenda derogare all'anonimato oppure mantenerlo.

Alla luce della pronuncia Godelli, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2013, ha ribaltato la precedente decisione e dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui non prevedeva — « attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza » — la possibilità per il giudice di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

La Corte, pur riaffermando il fondamento costituzionale del diritto all'anonimato della madre, ha riconosciuto che « anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini — e ad accedere alla propria storia parentale — costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona », e che « il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale ».

Così inquadrati i valori costituzionali in gioco, la Corte ha ritenuto che l'art. 28, comma 7 si ponesse in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., per l'eccessiva rigidità del meccanismo ivi previsto, che cristallizzava in modo irreversibile nel tempo l'opzione, espressa dalla madre biologica al momento del parto, di mantenere l'anonimato. La Corte ha quindi demandato al legislatore di introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato.

A tale monito, tuttavia, il legislatore non ha dato seguito, sicché è toccato alla giurisprudenza farsi carico dell'individuazione delle modalità per garantire un'effettiva tutela al diritto di conoscere le proprie origini, enunciato nella sentenza n. 378 del 2013. Tale tutela si è realizzata nel senso del

superamento del principio di irreversibilità della scelta espressa dalla madre biologica al momento della nascita.

Occupandosi dapprima di fattispecie in cui la genitrice biologica era deceduta, la Sezione prima civile della Corte di cassazione ha affermato, nelle sentenze n. 15024 del 21/07/2016 e n. 22838 del 9/11/2016, che, in questa situazione, va riconosciuto il diritto del figlio di accedere alle informazioni relative all'identità personale della madre, non potendosi considerare operativo, oltre il limite della vita di quest'ultima, il termine di cento anni dalla formazione del documento, per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre (art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003). Ciò determinerebbe infatti la cristallizzazione della scelta di anonimato della madre anche dopo la sua morte e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio, in evidente contrasto con la necessaria reversibilità del segreto — principio ritraibile dalla sentenza n. 278 del 2013 — e l'affievolimento, se non la scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela <sup>(3)</sup>.

In relazione all'ipotesi in cui la madre che abbia scelto l'anonimato sia ancora in vita al momento della richiesta del soggetto adottato di accedere alle informazioni concernenti le sue origini, nella già citata sentenza n. 1946 del 2017 le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ritenuto che, per effetto della sentenza n. 278 del 2013 della Corte costituzionale, la norma dell'art. 28, comma 7 l. n. 184 del 1983, nella parte in cui escludeva l'interpello della madre ai fini dell'eventuale revoca della decisione di non essere nominata, sia stata rimossa dall'ordinamento; sicché il giudice comune non può negare *tout court* al figlio l'accesso alle informazioni sulle origini in ragione della scelta materna di anonimato, dovendo egli invece fare riferimento al principio somministrato dalla sentenza n. 278 per individuare la regola applicabile nel caso concreto, anche in difetto dell'auspicato intervento del legislatore.

In questo quadro, la Corte di cassazione ha ritenuto che il procedimento utilizzabile al fine di rendere la sentenza n. 278 del 2013 suscettibile di séguito giurisdizionale conforme sia quello previsto dai commi 5 e 6 dell'art. 28 l. n. 184 del 1983, da leggersi anche alla luce dell'art. 93 d.lgs. n. 396 del

---

<sup>(3)</sup> Coerentemente, nella sentenza n. 19824 del 22/09/2020, la Corte ha ritenuto ammissibile, dopo la morte della madre che abbia scelto l'anonimato, la proposizione da parte del figlio biologico dell'azione volta all'accertamento dello *status*, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 269 cod. civ., risultando recessiva la tutela degli eredi in particolare ove la madre abbia dimostrato nei fatti di aver superato l'originaria scelta dell'anonimato, trattando il figlio come uno dei suoi.

2003. Quest'ultima disposizione — consentendo la comunicabilità delle informazioni “non identificative” ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica ma ancorandola all'osservanza di opportune cautele per la tutela della riservatezza della madre — detta un criterio utile per il giudice che, nel procedere all'interpello della madre, dovrà seguire modalità idonee a preservare la massima riservatezza e segretezza nel contattarla per verificare se intenda mantenere ferma la dichiarazione di anonimato o revocarla. Viene altresì in rilievo il principio desumibile dal comma 6 del citato art. 28, il quale prevede che l'accesso per l'adottato alle notizie sulla sua origine e l'identità dei genitori biologici avvenga con modalità tali da evitare «turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente». Tale indicazione normativa — ha affermato la Corte — necessariamente vale per tutte le posizioni coinvolte nella vicenda, tra cui quella della madre: il che impone che la ricerca e il contatto ai fini dell'interpello riservato siano gestiti con la massima prudenza ed il massimo rispetto, oltre che della libertà di autodeterminazione, della dignità della donna, tenendo conto della sua età, del suo stato di salute e della sua condizione personale e familiare. Il tutto fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in séguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

In successive pronunce, la Corte di cassazione ha precisato contorni e limiti del diritto di conoscere le proprie origini.

In particolare, nelle ordinanze n. 22497 del 09/08/2021 e n. 7093 del 03/03/2022, essa ha posto l'accento sulla necessità di bilanciare tale diritto con l'esigenza di tutelare l'equilibrio psico-fisico della genitrice, traendone che 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 <sup>(4)</sup>.

Sempre nell'ordinanza n. 22497 del 2021, la S.C. ha chiarito che, anche ove il figlio non possa ottenere accesso alle informazioni riguardanti l'identità della madre biologica — per avere quest'ultima confermato la scelta dell'anonimato, o per impossibilità di esperire l'interpello a causa della condizione di incapacità dell'interessata — sussiste comunque il diritto di ottenere le informazioni sanitarie sulla salute della madre, riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, con particolare riferimento all'eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili. Tale facoltà è ulteriore e distinta

---

<sup>(4)</sup> Nel caso di specie, la S.C. ha ritenuto che l'interpello della madre, affetta da oligofrenia grave, avesse avuto esito negativo, atteso che la donna aveva dimostrato una grave compromissione delle facoltà cognitive e volitive, non era stata in grado di esprimere la propria volontà e di ricordare la nascita del figlio.



rispetto a quella di puro accesso alle origini, avendo come finalità la tutela della vita o della salute del figlio adottato o di un suo discendente. L'esercizio del diritto ai dati sanitari deve essere garantito con modalità tali da tutelare l'anonimato della donna *erga omnes*, anche verso il figlio, e la richiesta, meramente cartolare, di consultazione dei dati, quali ricavabili dal certificato di assistenza al parto o dalla cartella clinica della partoriente, potrà comportare, non potendosi consentire un accesso indiscriminato al documento sanitario in oggetto, un diritto di accesso sulla base di un quesito specifico, non esplorativo, relativo a determinati dati sanitari, con l'osservanza di tutte le cautele necessarie a garantire la massima riservatezza, e quindi la non identificabilità, della madre biologica.

Interpretando disgiuntivamente la formula contenuta nell'art. 28, comma 5, l. n. 184 del 1983, secondo cui « l'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici », alla luce della « funzione di primario rilievo nella costruzione dell'identità personale » che riveste la scoperta della personale genealogia biologico-genetica, la Corte di cassazione ha infine riconosciuto il diritto dell'adottato di accedere 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 (Sez. 1, sentenza n. 6963 del 20/03/2018).

### 3. Filiazione e cognome familiare

Anche in materia di cognome del figlio l'evoluzione normativa e giurisprudenziale registratasi risente del decisivo apporto della giurisprudenza della Corte EDU.

Come noto, l'ordinamento italiano ha, fino a tempi recentissimi, applicato la regola della prevalenza del patronimico nell'attribuzione del cognome, sia ai figli nati nel matrimonio (ciò in forza di una norma non espressa ma desumibile dagli artt. 262, primo comma <sup>(5)</sup>, e 299, terzo comma <sup>(6)</sup>, cod.

<sup>(5)</sup> Che nel regolare l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori del matrimonio, prevede che « [s]e il riconoscimento è effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre ».

<sup>(6)</sup> Disposizione relativa all'adozione da parte dei coniugi del maggiore d'età, secondo cui « l'adottato assume il cognome del marito ».

civ., 27, comma 1, l. n. 184 del 1983 (7) e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000 (8)), sia ai figli nati fuori dal matrimonio, secondo il disposto dell'art 262, primo comma, cod. civ., per cui se il riconoscimento del figlio è effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, questi assume il cognome del padre (9).

La Corte costituzionale, chiamata scrutinare la legittimità costituzionale di tali norme, ancora nei primi anni Duemila, pur riconoscendo che l'attribuzione del patronimico « è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, [...] non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna » (sentenza n. 61 del 2006, ordinanza n. 145 del 2007), aveva ritenuto precluso un proprio intervento, per deferenza verso la discrezionalità del legislatore (10).

È poi però intervenuta la sentenza 7 gennaio 2014, Cusan Fazzo c. Italia,

---

(7) Il quale stabilisce che l'adottato assume e trasmette il cognome degli adottanti. Tale cognome, in conformità allo stato di figlio nato nel matrimonio dei coniugi adottanti, viene univocamente riferito a quello del marito, tant'è che il comma 2 della medesima disposizione prevede che, solo se l'adozione è disposta nei confronti della moglie separata, « l'adottato assume il cognome della famiglia di lei ».

(8) Che vieta di assegnare al bambino lo stesso nome del padre o del fratello o della sorella viventi (ma non della madre), presupponendo dunque che il cognome dell'interessato – che combinandosi al nome determinerebbe l'omonimia – sia quello del padre.

(9) Regole in parte derogatorie si rinvenivano nei commi secondo e terzo dell'art. 262 (tuttora vigenti), che regolano l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio, in caso di riconoscimento non simultaneo da parte dei genitori. Interpretando queste previsioni, la giurisprudenza di legittimità aveva affermato che ove la filiazione nei confronti del padre sia stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, 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'uguaglianza 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 allorché 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 (Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 12641 del 26/05/2006; si vedano altresì Sez. 1, sentenza n. 16989 del 01/08/2007; Sez. 1, sentenza n. 12670 del 29/05/2009; Sez. 1, sentenza n. 12983 del 05/06/2009; Sez. 1, sentenza n. 23635 del 06/11/2009; Sez. 1, sentenza n. 2644 del 03/02/2011; Sez. 1, sentenza n. 12640 del 18/06/2015; Sez. 1, ordinanza n. 18161 del 05/07/2019; Sez. 6 - 1, ordinanza n. 772 del 16/01/2020).

(10) V. anche ordinanza n. 176 del 1988, nonché Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 16093 del 14/07/2006, secondo cui pur essendo l'attribuzione automatica del cognome paterno retaggio di una concezione patriarcale della famiglia non in sintonia con le fonti sopranazionali, spetta comunque al legislatore ridisegnare in senso costituzionalmente adeguato l'istituto, sicché non

in cui la Corte di Strasburgo ha affermato che l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU, e deriva da una lacuna del sistema giuridico italiano, per superare la quale « dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nelle prassi italiane ». La Corte EDU ha, altresì, ritenuto che tale impossibilità non sia compensata dalla successiva autorizzazione amministrativa a cambiare il cognome dei figli minorenni aggiungendo a quello paterno il cognome della madre. Ciò in quanto la piena ed effettiva realizzazione del diritto all'identità personale, che nel nome trova il suo primo ed immediato riscontro, unitamente al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità personale, impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori. Viceversa, la previsione dell'inderogabile prevalenza del cognome paterno sacrifica il diritto all'identità del minore, negandogli la possibilità di essere identificato, sin dalla nascita, anche con il cognome materno.

A questo punto, nella sentenza n. 286 del 2016, la Corte costituzionale, richiamando la pronuncia Cusan e Fazzo e preso atto dell'inerzia del legislatore nell'introdurre criteri di determinazione del cognome più rispettosi dell'autonomia dei coniugi, ha dichiarato l'illegittimità delle norme relative all'attribuzione del cognome rispettivamente ai figli nati nel matrimonio (artt. 237, 262 e 299 cod. civ., art. 72, primo comma, R.D. 9 luglio 1939, n. 1238, recante Ordinamento dello stato civile, e artt. 33 e 34 d.P.R. n. 396 del 2000), ai figli nati fuori dal matrimonio (art. 262, primo comma, cod. civ.) e agli adottati maggiorenni (art. 299, terzo comma, cod. civ.), nella parte in cui non consentivano (ai coniugi, ai genitori e agli adottanti), di comune accordo, di trasmettere anche il cognome materno.

In tempi recentissimi, la Corte ha esaminato una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, cod. civ., stavolta censurato nella parte in cui non consentiva di attribuire, con l'accordo fra i genitori, il solo cognome della madre; e ha ritenuto di autorizzarsi, in via pregiudiziale, un'ulteriore questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone

---

può trovare accoglimento la domanda dei genitori di attribuzione al figlio del cognome materno.

l'attribuzione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi (ordinanza n. 18 del 2021) <sup>(11)</sup>.

Nella successiva decisione di merito (sentenza n. 131 del 2022), la Corte ha accolto la questione oggetto di autorimessione, osservando che il nome è segno distintivo della identità personale nonché tratto essenziale della personalità, riconosciuto come diritto fondamentale della persona umana (art. 2 Cost.) Nella disciplina del cognome — ha proseguito la Corte — si realizza l'intreccio fra il diritto all'identità personale del figlio e l'eguaglianza tra i genitori. Atteso dunque che il cognome, quale fulcro dell'identità giuridica e sociale, collega l'individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo *status filiationis*, le modalità con cui il cognome testimonia l'identità familiare del figlio debbono rispecchiare e rispettare l'eguaglianza e la pari dignità dei genitori.

La Corte ha ritenuto che la regola costituzionalmente imposta per garantire il diritto all'identità nel segno dell'eguaglianza tra i genitori consista nella previsione che il figlio assuma i cognomi di entrambi, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto. La Corte ha precisato che, in caso di mancato accordo tra i genitori circa l'*ordine* dei cognomi, non può farsi ricorso alla meccanica anteposizione del cognome paterno, o di quello materno, che perpetuerebbe la medesima logica discriminatoria censurata nella sentenza; e che, in attesa di un intervento del legislatore, il contrasto fra i genitori potrà essere composto secondo il modulo procedimentale dell'intervento del giudice, previsto, in forme semplificate, dall'art. 316, commi secondo e terzo, cod. civ., nonché — con riferimento alle situazioni di crisi

---

<sup>(11)</sup> Ivi la Corte ha osservato che, anche qualora, in accoglimento della questione sollevata dal Tribunale di Bolzano « fosse riconosciuta la facoltà ai genitori di scegliere, di comune accordo, la trasmissione del solo cognome materno, la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso ». D'altro canto, neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla disciplina generale che prevede l'attribuzione del cognome del padre, « potrebbe ritenersi espressione di un'effettiva parità tra le parti, posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome ». La Corte ha dunque ritenuto che, « alla luce del rapporto di presupposizione e di contenenza » tra la questione introdotta dall'ordinanza iscritta al n. 78 del reg. ord. 2020 e i dubbi di legittimità costituzionale esplicitati nell'ordinanza di autorimessione, « la risoluzione della questione avente ad oggetto l'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui impone l'acquisizione del solo cognome paterno, si configura come logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice *a quo* ».

della coppia — dagli artt. 337-*ter*, terzo comma, 337-*quater*, terzo comma, e 337-*octies* cod. civ. <sup>(12)</sup>.

Su questi presupposti, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, l'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui prevedeva, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio nato fuori del matrimonio assumesse il cognome del padre, anziché prevedere che 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; e analoghe statuizioni sono state adottate con riferimento alla norma "di sistema" regolante l'attribuzione del cognome ai figli nati nel matrimonio <sup>(13)</sup>; nonché all'art. 27, comma 1, della legge n. 184 del 1983 che disciplinava in termini analoghi l'attribuzione del cognome all'adottato minorenni, <sup>(14)</sup> e all'art. 299, terzo comma, cod. civ, che concerneva l'adottato maggiorenne <sup>(15)</sup>.

Restano da disciplinare da parte del legislatore diversi aspetti cruciali, tra cui, in primo luogo, l'introduzione di un meccanismo volto a impedire la moltiplicazione dei cognomi — che la stessa Corte giudica lesiva della funzione identitaria del cognome — da calibrare in base all'indicazione riviniente sempre dalla sentenza n. 131, circa l'opportunità di una scelta, da parte del genitore, di quale dei due cognomi di cui sarà titolare intende trasmettere (sempre che i genitori non optino per l'attribuzione del doppio

<sup>(12)</sup> Sul punto si veda la sentenza della Corte EDU 26 ottobre 2021, *León Madrid c. Spagna*, ove si è ritenuta contraria all'art. 8 CEDU la disciplina spagnola che prevedeva che, in caso di disaccordo tra i genitori, automaticamente il cognome paterno fosse anteposto a quello materno.

<sup>(13)</sup> La Corte ha dunque dichiarato, in via consequenziale ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, costituzionalmente illegittima la norma desumibile dagli artt. 262, primo comma, e 299, terzo comma, cod. civ., 27, comma 1, della legge n. 184 del 1983, e 34 del d.P.R. n. 396 del 2000, nella parte in cui prevedeva che il figlio nato nel matrimonio assumesse il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, alla nascita, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

<sup>(14)</sup> È stato così colpito l'art. 27, comma 1, nella parte in cui prevedeva che l'adottato assumesse il cognome degli adottanti, anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

<sup>(15)</sup> È stato dunque dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 299, terzo comma, cod. civ., nella parte in cui prevedeva che « l'adottato assume il cognome del marito », anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto.

cognome di uno di loro soltanto). In secondo luogo, rileva la regolamentazione del cognome in caso di pluralità di figli, rispetto alla quale la Corte ha valorizzato l'interesse del figlio a non vedersi attribuito un cognome diverso rispetto a quello di fratelli e sorelle; obiettivo da conseguirsi riservando le scelte relative all'attribuzione del cognome al momento del riconoscimento contemporaneo del primo figlio della coppia (o al momento della sua nascita nel matrimonio o della sua adozione), onde renderle poi vincolanti rispetto ai successivi figli riconosciuti contemporaneamente dagli stessi genitori (o nati nel matrimonio o adottati dalla medesima coppia).

#### 4. Filiazione e azioni di stato

La Corte EDU si è fatta promotrice dell'eguaglianza tra i rapporti di filiazione costituiti nell'ambito o al di fuori del matrimonio <sup>(16)</sup>, ascrivendo alla nozione di « vita familiare » tanto il rapporto tra genitori e figli concepiti nell'ambito di un'unione coniugale non fittizia <sup>(17)</sup>, quanto la relazione tra il figlio e ciascun genitore biologico, anche in assenza di convivenza tra i genitori <sup>(18)</sup>. Sono state così censurate, in quanto discriminatorie, la non automatica costituzione della filiazione alla nascita ove sussista la volontà materna di riconoscere detto legame <sup>(19)</sup>, la mancata costituzione della parentela tra il figlio riconosciuto dai genitori biologici e i membri della famiglia diversi da questi ultimi <sup>(20)</sup>, la limitazione dei diritti successori e della capacità di ricevere liberalità dei figli nati fuori dal matrimonio <sup>(21)</sup>, la

<sup>(16)</sup> La nozione di « vita familiare » include peraltro anche rapporti ulteriori rispetto a quelli costitutivi della famiglia nucleare, quali la parentela tra nonni e nipoti (Corte Edu 9 giugno 1998, *Bronda c. Italia*; 13 luglio 2004, *Pla et Puncernau c. Andorra*) e tra fratelli (13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta*), sotto condizione di una prova più rigorosa dell'esistenza di legami personali effettivi (ad esempio, la coabitazione).

<sup>(17)</sup> A prescindere dalla circostanza che, al momento della nascita o successivamente, i coniugi abbiano cessato di convivere: Corte Edu 21 giugno 1988, *Berrehab c. Paesi Bassi*.

<sup>(18)</sup> Sentenza 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*.

<sup>(19)</sup> Sentenza 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ove la Corte ha ritenuto contraria agli art. 8 e 14 CEDU la legislazione belga che non consentiva la costituzione della filiazione naturale tramite dichiarazione della madre nell'atto di nascita del figlio, costringendo la madre a formare una dichiarazione di riconoscimento posteriore o a esperire un'azione giudiziaria.

<sup>(20)</sup> Corte Edu, sentenza *Marckx c. Belgio*, cit., relativa alla legislazione belga che, all'epoca dei fatti di causa, obbligava la madre ad adottare i figli naturali per garantire loro gli stessi diritti successori dei figli legittimi, dal momento che, nell'ordinamento belga, il figlio naturale non era erede e poteva ricevere l'intero asse ereditario solo se la madre non avesse altri successibili.

<sup>(21)</sup> Corte Edu 1 febbraio 2000, *Mazurek c. Francia*, relativa alle disposizioni del codice civile francese che attribuivano ai figli « adulterini » il diritto alla metà della quota ereditaria

mancata equiparazione del figlio adottivo al figlio biologico a fini successori<sup>(22)</sup>.

Per quanto riguarda, in particolare, il tema del disconoscimento della paternità, la Corte ha ritenuto contraria all'art. 8 CEDU la decorrenza del termine di decadenza per il disconoscimento della paternità dalla nascita dal figlio, anziché dal momento in cui il richiedente abbia maturato la consapevolezza della sua possibile non paternità (sentenza 5 aprile 2018, Doktorov c. Bulgaria).

Specularmente, sono state censurate le previsioni di limitazioni eccessivamente rigide alla ricerca della paternità<sup>(23)</sup>, quali, tra l'altro, l'impossibilità, per colui che affermi di essere il padre biologico del minore, di contestare il riconoscimento della paternità effettuato dal marito della madre (sentenza 13 ottobre 2020, Koychev c. Bulgaria); e la preclusione per il figlio a ottenere — sulla base del test del DNA — la riapertura del procedimento di disconoscimento di paternità, esperito con successo dal presunto padre negli anni Settanta, quando tali tecniche di accertamento della paternità non erano ancora disponibili (sentenza 16 giugno 2020, Boljević c. Serbia)<sup>(24)</sup>.

Tre sono le peculiari questioni recentemente postesi nel nostro ordinamento, in relazione allo stato della giurisprudenza della Corte EDU.

Una prima linea giurisprudenziale riguarda il rapporto tra *favor veritatis* e *favor minoris* nell'esperimento delle azioni volte alla contestazione della paternità (disconoscimento, impugnazione del riconoscimento) e mostra una tendenza in atto verso la riduzione del peso del primo interesse, e la necessità di bilanciamento con il secondo, in un'ottica di preservazione dei legami affettivi e personali del minore.

Con riferimento all'azione di disconoscimento di paternità, la S.C. ha affermato che il quadro normativo (artt. 30 Cost., 24, comma 2, della Carta

---

spettante ai figli legittimi, ove la Corte ha constatato una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU (diritto al rispetto dei beni) in combinato disposto con l'art. 14 CEDU; 22 dicembre 2004, *Merger e Cros c. Francia* (violazione degli artt. 8 e 14 CEDU), relativa alle disposizioni in materia di incapacità del figlio adulterino di ricevere liberalità dal padre che fosse sposato con altra persona al momento del concepimento e alle disposizioni che sancivano la nullità delle liberalità fatte dal padre alla madre naturale, in quanto donazioni per interposta persona.

<sup>(22)</sup> Sentenza *Pla e Puncernau c. Andorra*, cit.

<sup>(23)</sup> Corte Edu, 27 ottobre 1994, *Kroon c. Paesi Bassi*; 7 febbraio 2002, *Mikulic c. Croazia*, §§ 48-73; 20 dicembre 2007, *Phinikaridou c. Cipro*, §§ 47-67; 2 giugno 2015, *Canonne c. Francia* (dec.); 8 dicembre 2016, *L.D. e P.K. c. Bulgaria*, §§ 53-76.

<sup>(24)</sup> La Corte EDU ha anche ritenuto che non violi l'art. 8 CEDU la legge di uno Stato che obblighi il presunto padre a fornire un campione di DNA alle autorità nazionali per l'accertamento della paternità, quando siano assicurate adeguate garanzie procedurali innanzi all'autorità giurisdizionale: sentenza 29 gennaio 2019, *Mifsud c. Malta*.



dei diritti fondamentali della UE, e 244 cod. civ.) e giurisprudenziale attuale non comporta un'incondizionata 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 sviluppatisi 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 (Sez. 1, sentenza n. 26767 del 22/12/2016 <sup>(25)</sup>; Sez. 1, ordinanza n. 27140 del 06/10/2021 <sup>(26)</sup>).

Tale orientamento è stato ripreso dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 127 del 2020, con riferimento all'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio, per affermare la non fondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ., censurato nella parte in cui non esclude la legittimazione ad impugnare il riconoscimento del figlio da parte di chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità (c.d. riconoscimento per compiacenza). La Corte ha tra l'altro escluso l'irragionevolezza della disposizione denunciata, ritenendo ad essa immanente la necessità di una valutazione comparativa dell'interesse del figlio, atteso che il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata e non può implicare *ex se* il sacrificio dell'uno in nome dell'altro, imponendo invece al giudice di tenere

---

<sup>(25)</sup> Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che, nell'accogliere l'azione di disconoscimento di paternità proposta dal curatore speciale di un minore di quattordici anni, aveva ritenuto l'irrelevanza dell'accertamento in concreto del superiore interesse di quest'ultimo, nonostante fossero stati accertati i rischi derivanti dallo sradicamento affettivo conseguente al disconoscimento e l'infermità psichica della madre da tempo trasferitasi in Nigeria, con conseguente necessità di dichiarare il minore adottabile.

<sup>(26)</sup> Qui 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.



conto di tutte le variabili del caso concreto, tra cui il diritto all'identità personale, 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 e all'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore.

Una seconda linea giurisprudenziale, che risente della giurisprudenza della Corte EDU, è quella relativa alla decorrenza dei termini per l'impugnazione del riconoscimento del figlio. In particolare, con la sentenza n. 133 del 2021, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 263, terzo comma, cod. civ., nella parte in cui non prevedeva che, per l'autore del riconoscimento, il termine annuale per proporre l'azione di impugnazione decorra dal giorno in cui ha avuto conoscenza della non paternità. Secondo la Corte, mentre può ritenersi non irragionevole che il termine annuale decorra dall'annotazione del riconoscimento per chi abbia posto in essere l'atto nella consapevolezza della non paternità biologica, per converso vi è una palese irragionevolezza nel far decorrere il medesimo termine dall'annotazione del riconoscimento per chi ignorasse il difetto di veridicità, limitando la possibilità di far valere la decorrenza del termine dalla scoperta della non paternità alla sola ipotesi dell'impotenza. La Corte — nel ribadire che l'art. 263 richiede al giudice di non procedere ad un mero accertamento della verità biologica, ma di operare un bilanciamento in concreto tra gli interessi coinvolti — ha ritenuto che la disposizione censurata realizzasse una irragionevole disparità di trattamento fra autori del riconoscimento, che possano provare l'impotenza, e autori del riconoscimento non affetti da tale patologia, che siano parimenti venuti a conoscenza della non veridicità della paternità biologica, quando oramai sia decorso il termine annuale conteggiato a partire dall'annotazione del riconoscimento. La Corte ha altresì ravvisato una irragionevole disparità di trattamento nel confronto tra le regole dettate per il padre che intenda far valere la verità biologica, impugnando il riconoscimento, e quelle previste per il padre che agisca per il disconoscimento di paternità. Mentre il primo può dimostrare solo l'impotenza, il secondo può, invece, avvalersi anche di altre prove, tra cui quella dell'adulterio, onde sottrarsi al *dies a quo* che altrimenti decorre dalla nascita. La disciplina censurata finiva così per rendere più stabile lo *status filiationis* sorto al di fuori del matrimonio rispetto a quello del figlio concepito o nato durante il matrimonio. Di contro, nella medesima sentenza la Corte ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, dell'art. 263, terzo comma, cod. civ., nella parte in cui prevede che « l'azione non può essere comunque proposta oltre cinque anni dall'annotazione del riconoscimento », dunque inibendo l'azione, a

prescindere dalla circostanza che il richiedente fosse consapevole della sua possibile non paternità. La Corte, confrontandosi con la sentenza Doktorov c. Bulgaria si cui si è detto poc' anzi, ha ritenuto che la norma censurata non si ponesse in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU, che riguardava termini di decadenza (semestrali o annuali) decisamente più brevi. Ad avviso della Corte costituzionale, un così lungo decorso del tempo (cinque anni dal riconoscimento) radica il legame familiare e sposta il peso assiologico, nel bilanciamento attuato dalla norma, sul consolidamento dello *status filiationis*, in una maniera tale da giustificare che la prevalenza di tale interesse sia risolta in via automatica dalla fattispecie normativa; senza dimenticare che l'interesse a far valere la verità biologica non risulta in assoluto estromesso dal giudizio, in quanto esso può essere fatto valere dallo stesso figlio, per il quale l'azione di impugnazione del riconoscimento risulta imprescrittibile.

Una terza linea giurisprudenziale di interesse è costituita dal tema della non esperibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (art. 269 cod. civ.) in contrasto con lo *status* di figlio in cui la persona si trovi.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità (Sez. 6-1, ordinanza n. 17392 del 03/07/2018) tra l'azione di disconoscimento della paternità e quella di dichiarazione giudiziale di altra paternità, sussiste un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico con la conseguenza che la pendenza del primo giudizio, pur non ostativa alla proposizione della seconda domanda, renderebbe necessaria una sospensione del secondo giudizio in attesa dell'esito di quello pregiudiziale, ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ.

Con la sentenza n. 177 del 2022, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili alcune questioni di legittimità costituzionale — sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 29, 30, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU, agli artt. 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, nonché all'art. 24, comma 2, CDFUE — dell'art. 269, primo comma, cod. civ., censurato nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità in contrasto con lo *status* di figlio in cui la persona si trova e, in subordine, nella parte in cui esclude la possibilità di ottenere una pronuncia condizionata al successivo esercizio dell'azione di disconoscimento.

La Corte costituzionale ha rammentato che presupposto dell'accertamento giudiziale della filiazione fuori del matrimonio, così come del riconoscimento negoziale, è la demolizione dello stato di figlio preesistente. E poiché quest'ultimo è comprovato da un titolo, dotato di funzione certativa *erga omnes*, il sistema vigente richiede il passaggio in giudicato della sentenza che conclude il giudizio demolitivo dello *status* (in tal senso, Corte di

cassazione, sezione seconda civile, sentenza 25 giugno 2013, n. 15990): a seconda dei casi, può trattarsi del giudicato sul disconoscimento di paternità (art. 243-*bis* cod. civ. e seguenti) o sulla contestazione dello stato di figlio (art. 240 cod. civ.) o sull'impugnazione del riconoscimento (artt. 263 cod. civ. e seguenti) <sup>(27)</sup>.

La Corte ha rilevato che la necessità di un giudizio articolato in più gradi, che si concluda con una sentenza passata in giudicato demolitiva del precedente *status*, costituisce, in effetti, un onere gravoso a carico del figlio che intenda far accertare la propria identità biologica, e rischia di risolversi, oltre che in una violazione del principio di ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), in un ostacolo « all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost., e ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali, attinenti allo *status* ed alla identità biologica » (sentenza n. 50 del 2006). Inoltre, l'onere di un duplice processo comporta il rischio per il figlio di rimanere privo di *status*: quello oramai demolito e quello che potrebbe non palesarsi all'esito del successivo giudizio; rischio particolarmente grave quando riguardasse un minore, il cui interesse ai legami familiari merita particolare tutela.

Pur a fronte di tali criticità, la Corte ha ritenuto che le questioni si risolvessero nella richiesta di una pronuncia additiva di carattere eccessivamente manipolativo, poiché miravano da un lato alla rimozione della condizione del giudizio demolitivo del precedente *status*, per la quale sarebbe necessaria una riforma di sistema idonea a farsi carico di molteplici profili; dall'altro all'inversione dell'ordine di proposizione delle azioni fissato dal codice e all'introduzione nella materia processuale di un istituto che non trova una esplicita base normativa, quale la sentenza condizionata. Spetta, dunque, al legislatore — ha concluso la Corte — valutare, alla luce dell'evoluzione delle tecniche di accertamento della filiazione, come un intervento di sistema possa tenere conto di tutti gli interessi coinvolti, senza comprimere in maniera sproporzionata diritti di rango costituzionale e assicurando una complessiva coerenza alla disciplina delle azioni di stato.

---

<sup>(27)</sup> Nello stesso ordine di idee, si veda Cass. civ., Sez. 1, ordinanza n. 27560 del 11/10/2021, secondo cui chi affermi di essere il padre biologico di un figlio nato in costanza di matrimonio non può agire per l'accertamento della propria paternità se prima non viene rimosso lo *status* di figlio matrimoniale con una statuizione che abbia efficacia *erga omnes*, non essendo consentito un accertamento in via incidentale su una questione di stato della persona. La S.C. ha ritenuto che colui che si affermi padre biologico, pur non essendo legittimato a proporre l'azione di disconoscimento di paternità, né potendo intervenire in tale giudizio o promuovere l'opposizione di terzo contro la decisione ivi assunta — in qualità di « altro genitore » può comunque chiedere, ai sensi dell'art. 244, comma 6, cod. civ., la nomina di un curatore speciale, che eserciti la relativa azione, nell'interesse del presunto figlio infraquattordicenne.

Tale sentenza è stata richiamata dalla Corte EDU nella recentissima pronuncia 6 dicembre 2022, S. c. Italia, che ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, in un caso in cui la ricorrente si era vista dichiarare inammissibile un'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, a motivo della pendenza, da ben dodici anni, del giudizio pregiudiziale di disconoscimento della paternità.

La Corte EDU ha ritenuto che un sistema che attribuisca carattere pregiudiziale all'azione di disconoscimento rispetto alla dichiarazione giudiziale della genitorialità non sia in linea di principio contrario all'art. 8 CEDU, a patto però che vengano tutelati gli interessi della persona che voglia determinare la propria filiazione; il che non è, ove il primo procedimento si prolunghi per anni e impedisca l'instaurazione del secondo. La Corte EDU ha altresì censurato l'impossibilità di iniziare l'azione per la dichiarazione giudiziale di genitorialità dopo la sentenza nel giudizio di disconoscimento, senza attenderne la definitività, e la circostanza che, in specie, la domanda della ricorrente fosse stata dichiarata inammissibile senza ulteriore esame. In questo contesto, la Corte di Strasburgo ha richiamato la sentenza n. 177 del 2022 della Corte costituzionale e il monito ivi contenuto affinché il legislatore intervenga a regolamentare le azioni di stato in maniera da assicurare un più adeguato bilanciamento degli interessi in gioco, concludendo per la violazione dell'art. 8 CEDU, in ragione dello stato di incertezza prolungata che la ricorrente ha sofferto quanto alla determinazione della propria identità personale. A valle di tali pronunce, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 8268 del 22/03/2023, hanno confermato come il rapporto tra disconoscimento di paternità e accertamento di altra paternità si configuri in termini di pregiudizialità e non di inammissibilità della prima azione.

## **5. I diritti del figlio nella crisi familiare**

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte EDU, in caso di crisi della coppia l'art. 8 della Convenzione tutela sia il diritto del genitore affidatario al rispetto delle responsabilità genitoriali attribuitegli ai sensi del diritto nazionale, sia il diritto del genitore non affidatario a mantenere adeguati contatti con il minore; diritti da esercitarsi alla luce dell'interesse di quest'ultimo.

### *5.1. Affidamento e diritto di visita del genitore non convivente*

La giurisprudenza convenzionale ha affermato la sussistenza dell'obbligo positivo a carico delle autorità nazionali di supportare con misure adeguate

il contatto del genitore non affidatario con la prole <sup>(28)</sup>, pur precisando che il diritto di visita non dovrebbe essere attuato contro la volontà dei minori interessati <sup>(29)</sup>.

Più volte la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU, in fattispecie ove le autorità nazionali (intese nel loro complesso: autorità giudiziarie, servizi sociali, operatori sanitari, forze dell'ordine) non erano state in grado di tutelare i rapporti tra figli minori e genitore non convivente, ostacolati dal genitore affidatario e/o collocatario. La Corte ha sottolineato l'insufficienza di misure « automatiche e stereotipate » a evitare il consolidamento di condizioni di separazione di fatto tra genitore non convivente e minore, evidenziando come l'inutile decorso del tempo possa avere conseguenze irrimediabili sulla relazione, dando luogo a situazioni di rifiuto che divengono irreparabili (*ex multis*, sentenze 2 novembre 2010, *Piazzini c. Italia*; 29 gennaio 2013, *Lombardo c. Italia*; 17 dicembre 2013, *Santilli c. Italia*; 17 novembre 2015, *Bondavalli c. Italia*; 23 giugno 2016, *Strumia c. Italia*; 15 settembre 2016, *Giorgioni c. Italia*; 4 maggio 2017, *Improta c. Italia*; 23 marzo 2017, *Endrizzi c. Italia*; 5 dicembre 2019, *Luzi c. Italia*; 10 dicembre 2020, *A.V. c. Italia*; 22 aprile 2021, *R.B. e M. c. Italia*; 24 giugno 2021, *A.T. c. Italia*; 7 ottobre 2021, *T.M. c. Italia*). Da notare che nelle sentenze *R.B. e M.* e *A.T.* la Corte, nel ricostruire il quadro normativo pertinente, ha menzionato tra gli strumenti a disposizione delle autorità giudiziarie interne le misure adottabili ai sensi dell'art. 709-ter cod. proc. civ. a fronte di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento <sup>(30)</sup> e le *astreintes* di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ.; e che nella sentenza *A.T.* essa ha ritenuto che la mancata nomina di un curatore speciale avesse leso i diritti del minore ad essere rappresentato in maniera terza e imparziale nel procedimento.

A tali orientamenti fa eco la giurisprudenza di legittimità, sotto vari profili.

Sul piano sostanziale, si è affermato (Sez. 1, ordinanza n. 9764 del 08/04/2019) che, pur dovendosi riconoscere all'autorità giudiziaria ampia

<sup>(28)</sup> Corte Edu 19 settembre 2000, *Glaser c. Regno Unito*.

<sup>(29)</sup> Corte Edu 8 luglio 2003, *Sabin c. Germania* [GC]; 8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania* [GC].

<sup>(30)</sup> Ossia l'ammonimento al genitore inadempiente; il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro, con possibile individuazione della somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza dei provvedimenti assunti dal giudice; la condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

libertà in materia di diritto di affidamento di un figlio di età minore, è comunque necessario un rigoroso controllo sulle “restrizioni supplementari”, ovvero quelle apportate dalle autorità al diritto di visita dei genitori, e sulle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare, di cui all’art. 8 CEDU, onde scongiurare il rischio di troncamento delle relazioni familiari tra un figlio in tenera età ed uno dei genitori (Corte EDU 9.2.2017, Solarino c. Italia). Nell’interesse superiore del minore, infatti, deve essere sempre assicurato il rispetto del principio della bigenitorialità, inteso quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell’assistenza, educazione ed istruzione della prole.

Si è peraltro precisato (Sez. 1, ordinanza n. 4790 del 14/02/2022) che, in tema di affidamento condiviso, la frequentazione, del tutto paritaria, tra genitore e figlio che si accompagna a tale regime, nella tutela dell’interesse morale e materiale del secondo, ha natura tendenziale, ben potendo il giudice di merito individuare, nell’interesse del minore, senza che possa predicarsi alcuna lesione del diritto alla bigenitorialità, un assetto che se ne discosti, al fine di assicurare al minore stesso la situazione più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena (v. anche Sez. 1, ordinanza n. 19323 del 17/09/2020; Sez. 1, ordinanza n. 3652 del 13/02/2020, secondo cui la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente non può avvenire sulla base di una simmetrica e paritaria ripartizione dei tempi di permanenza con entrambi i genitori, ma deve essere il risultato di una valutazione ponderata del giudice del merito che, partendo dall’esigenza di garantire al minore la situazione più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena, tenga anche conto del suo diritto a una significativa e piena relazione con entrambi i genitori e del diritto di questi ultimi a una piena realizzazione della loro relazione con i figli e all’esplicazione del loro ruolo educativo).

Va poi rilevata un’ampia interpretazione dell’ambito applicativo delle misure sanzionatorie *ex art. 709-ter* cod. proc. civ. Secondo la S.C., infatti, tali misure — e, in particolare, la condanna al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria — sono applicabili a fronte di gravi inadempienze e di atti « che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento » e non presuppongono l’accertamento in concreto del pregiudizio, poiché l’uso della congiunzione disgiuntiva « od » evidenzia che l’aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l’irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata (Sez. 1, ordinanza n. 16980 del 27/06/2018).

Tali misure possono essere applicate a tutela del *diritto* di visita del genitore non collocatario del minore, nei confronti dell'altro genitore che renda più difficoltoso o impedisca l'esercizio di tale diritto (Sez. 1, ordinanza n. 6471 del 06/03/2020).

Di contro, si è finora escluso che le *astreintes ex art. 614-bis* possano essere utilizzate come strumento di coercizione indiretta del *dovere* di visita del genitore non collocatario, ritenendosi che tale dovere sia fondato sulla autonoma e spontanea osservanza dell'interessato e non sia esigibile in via coattiva dall'altro genitore, in proprio o quale rappresentante legale del minore; ciò pur affermandosi che la violazione di detto dovere può dare luogo all'eccezionale applicazione dell'affidamento esclusivo in capo all'altro genitore (art. 316 cod. civ., comma 1); alla decadenza della responsabilità genitoriale e all'adozione di provvedimenti limitativi della responsabilità per condotta pregiudizievole ai figli (artt. 330 e 333 cod. civ.); alla responsabilità penale per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 cod. pen.) (ordin. n. 6471 del 2020). Specularmente, si è affermato il diritto del figlio minore di frequentare il genitore quale esito di una sua scelta, libera ed autodeterminata, per caratteri tanto più obiettivamente inderogabili quanto più vicina sia la maggiore età e che, in quanto tali, possono spingersi fino al rifiuto stesso (Cass. 13/08/2019 n. 21341 non massimata; ordinanza n. 6471 del 2020, cit.); richiamandosi in proposito la giurisprudenza convenzionale sul carattere non assoluto dell'obbligo delle autorità nazionali di adottare misure idonee a riavvicinare il genitore ed il figlio non conviventi, nella valorizzazione della comprensione e collaborazione di tutte le persone coinvolte, in una materia il cui delicato rilievo chiama innanzitutto le autorità nazionali ad un'opera di « grande prudenza ».

Sul piano processuale, a un primo orientamento che nega l'ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione *ex art. 111*, settimo comma, Cost. avverso i provvedimenti adottati in punto di collocamento e visita del minore e, ancora, di scelte di indirizzo che coinvolgono la vita del minore (Cass. n. 33609 del 11/11/2021; Cass. n. 33612 del 11/11/2021; Cass. n. 614 del 11/01/2022 <sup>(31)</sup>), se ne contrappone un secondo che, invece, considera i

---

<sup>(31)</sup> Secondo questo orientamento, tali provvedimenti non sarebbero ricorribili per cassazione, in quanto adottati nel quadro di procedimento camerale, inteso quale espressione di volontaria giurisdizione (art. 737 e ss. cod. civ.), e privi di natura decisoria e definitiva, poiché sempre revocabili e rivedibili dal giudice di merito, « in ogni tempo » e quindi, anche, per rivalutazione dei medesimi fatti *ex art. 337-quinquies* cod. civ. Si tratterebbe dunque di una fattispecie diversa rispetto a quella oggetto della sentenza delle Sezioni Unite civili n. 32359 del 13/12/2018, che, con riferimento ai provvedimenti *de potestate* emessi ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ., che ne ha riconosciuto l'attitudine al giudicato *rebus sic stantibus* (in



provvedimenti in parola ricorribili per cassazione, proprio richiamando la giurisprudenza della Corte EDU.

In particolare, si è affermato (Sez. 1, ordinanza n. 4796 del 14/02/2022) che « forte è l'esigenza di evitare il diniego della tutela giurisdizionale del diritto fondamentale alla vita familiare che, sancito dall'art. 8 CEDU (Corte EDU 09/02/2017, Solarino c. Italia), è lesa da quelle disposizioni che, in concreto adottate in materia di frequentazione e visita del minore da parte del genitore non collocatario, risultino a tal punto limitative ed in contrasto con il tipo di affidamento da violare il diritto alla bigenitorialità, inteso quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione della prole il cui rispetto deve essere sempre assicurato nell'interesse superiore del minore (Cass. 08/04/2019, n. 9764). Il tutto per un ammesso sindacato di legittimità sulle scelte operate dal giudice del merito in tema di collocamento e sostenute dal rispetto dell'esclusivo interesse morale e materiale dei minori (cfr. Cass. 17/09/2020, n. 19323; Cass. 13/02/2020, n. 3652; Cass. 23/09/2015, n. 18817). Ferma la ricorribilità dei provvedimenti sulla richiesta di modifica dell'affidamento dei figli ed il rapporto con i loro genitori (cfr. Cass. 12/11/2018, n. 28998; Cass. 07/05/2019, n. 12018), il concreto atteggiarsi delle modalità di frequentazione e visita del minore, adottate nei giudizi separativi o comunque nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, integra la misura della censurabilità in cassazione dei provvedimenti in materia, con superamento del filtro dell'inammissibilità per difetto di decisorietà, nel rilievo assunto dall'errore di diritto per violazione del principio della bigenitorialità che nell'art. 337-ter cod. civ. e, ancora, nell'art. 8 CEDU, insieme al diritto alla vita familiare del genitore e del minore, riceve tutela ».

E ancora, è stata riconosciuta (Sez. 1, ordinanza n. 21553 del 27/07/2021) la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti *de potestate* adottati ai sensi dell'art. 709-ter cod. proc. civ. dalla corte d'appello in sede di reclamo, al fine di risolvere l'intervenuto contrasto genitoriale, sul rilievo che essi hanno natura stabile e carattere decisorio, anche se siano destinati ad avere

---

quanto non revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi), così ritenendo impugnabile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. il decreto della corte di appello che, in sede di reclamo, conferma, revoca o modifica i predetti provvedimenti.



un'efficacia circoscritta nel tempo, come ad esempio in riferimento alla scelta della scuola presso cui iscrivere il figlio per un anno scolastico <sup>(32)</sup>.

### 5.2. *Diritto di visita e allegazioni di violenza domestica*

Se la Corte EDU accorda fondamentale importanza all'effettiva tutela del diritto di visita del genitore non affidatario o non collocatario del minore, è pur vero che l'attuazione delle prerogative di tale soggetto non può realizzarsi a scapito dell'interesse del minore; ciò che avviene ove il genitore in questione sia autore di violenza domestica. Nella sentenza 22 novembre 2022, I.M. c. Italia, la Corte EDU ha infatti ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, nella condotta delle autorità giudiziarie italiane che avevano mantenuto inalterati gli incontri settimanali tra un padre e i figli minori, nonostante questi fosse tossicodipendente e alcolizzato, nonché accusato di violenza domestica nei confronti della madre dei bambini e di maltrattamenti e comportamenti minacciosi durante gli stessi incontri programmati; per giunta sospendendo la responsabilità genitoriale della madre, in quanto ritenuta genitore "non collaborativo". Secondo la Corte, l'interesse dei figli minori risultava quindi violato, non potendo questo corrispondere all'obbligo di continuare ad incontrare il padre violento.

Tale pronuncia ha peraltro significativamente richiamato in motivazione l'ordinanza della prima sezione civile n. 9691 del 24/03/2022, che ha cassato la decisione con cui erano stati disposti la decadenza di una madre dall'esercizio della responsabilità genitoriale sul figlio minore, l'immediato allontanamento del minore dal contesto familiare ed il suo collocamento in casa famiglia, con temporanea sospensione di ogni rapporto tra la madre ed il minore, a motivo della condotta ostacolante della madre rispetto all'instaurazione di rapporti genitoriali tra il figlio minore ed il padre.

Qui la Corte di cassazione ha affermato che la violazione del diritto alla bigenitorialità da parte del genitore che ostacoli i rapporti del figlio con l'altro genitore e la conseguente necessità di garantire l'attuazione di tale diritto, non impongono necessariamente la pronuncia di decadenza del genitore ostacolante dalla responsabilità genitoriale e l'allontanamento del

---

<sup>(32)</sup> *Contra*, Cass. civ., Sez. 1, ordinanza n. 1568 del 19/01/2022, Rv. 663624 – 01: in tema di ricorso *ex art. 709-ter c.p.c.* (inserito dall'art. 2 della l. n. 54 del 2006), i provvedimenti del giudice di merito volti alla mera conformazione delle modalità concrete di esercizio della responsabilità genitoriale e di affidamento della prole, in quanto privi del carattere di definitività e di contenuto decisorio, non sono ricorribili per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da uno dei genitori avverso la decisione del giudice di merito che aveva autorizzato l'altro genitore ad iscrivere il minore presso una scuola nordamericana, con connesso trasferimento della residenza).

minore dalla sua residenza, quali misure estreme che recidono ineluttabilmente ogni rapporto, giuridico, morale ed affettivo con il figlio, essendo necessaria la verifica, in applicazione del principio del superiore interesse del minore, della possibilità che tale rimedio incontri, nel caso concreto, un limite nell'esigenza di evitare un trauma, anche irreparabile, allo sviluppo fisico-cognitivo del figlio, in conseguenza del brusco e definitivo abbandono del genitore con il quale aveva sempre vissuto e della correlata lacerazione di ogni consuetudine di vita. La S.C. ha inoltre rigettato il fondamento scientifico della sindrome d'alienazione parentale, giudicandola un costrutto indeterminato e vago, e di incerta pregnanza scientifica, che non può essere posto a fondamento di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori, quali la decadenza dalla responsabilità genitoriale di uno dei genitori. La Corte ha aggiunto che l'uso della forza fisica diretta a sottrarre il minore dal luogo ove risiede con uno dei genitori, per collocarlo in una casa-famiglia non appare misura conforme ai principi dello Stato di diritto, in quanto potrebbe cagionare rilevanti e imprevedibili traumi per le modalità autoritative che il minore non può non introiettare, ponendo seri problemi anche in ordine alla sua compatibilità con la tutela della dignità della persona, sebbene ispirata dalla finalità di cura dello stesso minore. Piuttosto, tra le misure che le autorità debbono considerare — come richiesto dai principi Cedu in ordine all'effettività del principio di bigenitorialità — potrebbe semmai essere efficace l'utilizzo delle sanzioni economiche *ex* articolo 709-ter cod. civ. nei confronti di quel coniuge, il quale dolosamente o colposamente si sottragga alle prescrizioni impartite dal giudice <sup>(33)</sup>.

### 5.3. *Sottrazione internazionale*

La Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'art. 8 CEDU, letto alla luce Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, imponga agli Stati l'obbligo positivo di adottare ed eseguire, con la massima celerità <sup>(34)</sup>, decisioni che tendano ad assicurare il ritorno del minore sottratto presso l'affidatario <sup>(35)</sup> (art. 12 della Conven-

<sup>(33)</sup> Nella stessa sentenza è stato precisato che, in tema di affidamento dei figli minori, l'ascolto del minore infradodicesimo capace di discernimento costituisce adempimento previsto a pena di nullità, a tutela dei principi del contraddittorio e del giusto processo, finalizzato a raccogliere le sue opinioni ed a valutare i suoi bisogni, dovendosi ritenere del tutto irrilevante che il minore sia stato sentito in altri precedenti procedimenti pur riguardanti l'affidamento.

<sup>(34)</sup> Corte Edu, 17 luglio 2008, *Leschiutta e Fraccaro c. Belgio*.

<sup>(35)</sup> La Corte ha precisato che occorre che il genitore sia affidatario del minore ai sensi del diritto interno: 2 settembre 2003, *Guichard c. Francia* (dec.).

zione dell’Aja), salvo che vi si opponga l’interesse superiore del minore (art. 13 della citata Convenzione) <sup>(36)</sup>.

In una prima fase, la Corte EDU ha adottato un orientamento restrittivo rispetto ai ricorsi presentati dai genitori autori di sottrazione internazionale, ritenendo che le decisioni di ritorno dei minori presso i genitori affidatari, nello Stato di residenza abituale, perseguissero la finalità legittima — e basata sulla Convenzione dell’Aja — di ripristinare lo *status quo ante*, evitando il consolidamento di situazioni illecite <sup>(37)</sup>.

Successivamente, la Corte ha accolto diversi ricorsi di genitori autori della sottrazione, affermando che 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 (artt. 12, 13 e 20), in base a considerazioni che riguardano la 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 (sentenza Neulinger e Shuruk c. Svizzera).

La Corte ha così, in diverse occasioni, ritenuto che violasse l’art. 8 CEDU la decisione di ritorno del minore, valorizzando elementi quali la progressiva integrazione dello stesso nello Stato nel quale era stato condotto, il disinteresse del genitore affidatario, il rischio che la madre, ritornando con il figlio nello Stato di precedente residenza, fosse incarcerata, con conseguente impossibilità di occuparsi del minore (sentenza 6 luglio 2010, Neulinger e Shuruk c. Svizzera [GC]); oppure l’adozione della decisione di ritorno in assenza di adeguati approfondimenti istruttori circa il grave rischio di esporre il minore a un danno psicologico o fisico (sentenze 12 luglio 2011, Šneerson e Kampanella c. Italia; 26 novembre 2013, X c. Lettonia [GC]; si vedano successivamente le sentenze 1 febbraio 2018, M.K. c. Grecia; 21 maggio 2019, O.C.I. e a. c. Romania; 18 giugno 2019, Ushakov Vladimir c. Russia). La Corte ha peraltro puntualizzato che il grave rischio di cui all’art. 13, lettera *b*) della Convenzione dell’Aja è integrato solo da quelle situazioni che oltrepassino la normale tollerabilità per un minore (sentenza Vladimir Ushakov c. Russia, § 103). È stata infine rimarcata la necessità di partecipa-

<sup>(36)</sup> Corte Edu 25 gennaio 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Romania*; 29 marzo 2003, *Iglesias Gil e A.U.I. c. Spagna*; 23 aprile 2003, *Sylvester c. Austria*; 26 giugno 2003, *Maire c. Portogallo*; 5 aprile 2005, *Monory c. Romania e Ungheria*; 22 giugno 2006, *Bianchi c. Svizzera*; 6 novembre 2008, *Carlson c. Svizzera*.

<sup>(37)</sup> Corte Edu 6 dicembre 2005, *Eskinazi e Chelouche c. Turchia* (dec.); 27 aprile 2000, *Tiemann c. Francia et Germania* (dec.); 15 maggio 2003, *Paradis c. Germania*, (dec.); 11 dicembre 2006, *Mattenklott c. Germania* (dec.); 6 dicembre 2007, *Maumousseau e Washington c. Francia*.

zione dei genitori ai procedimenti in materia di ritorno del minore (3 giugno 2014, López Guió c. Slovacchia).

A tali orientamenti pare conforme la giurisprudenza di legittimità: fin dalla sentenza n. 9501 del 23/09/1998, la S.C. ha chiarito che tema di illecita sottrazione internazionale di minori, l'art. 13, lett. *b*), della Convenzione dell'Aja non consente al giudice cui sia richiesto di emettere provvedimento di rientro nello Stato di residenza del minore illecitamente trattenuto da un genitore, di valutare inconvenienti connessi al prospettato rientro, che non raggiungano il grado del pericolo fisico o psichico o della effettiva intollerabilità da parte del minore, essendo questi, e solo questi, gli elementi considerati dalla predetta Convenzione rilevanti ed ostativi al rientro (nello stesso senso, Sez. 1, sentenza n. 2474 del 10/02/2004; Sez. 1, sentenza n. 14792 del 30/06/2014; Sez. 1, Sentenza n. 2417 del 08/02/2016) <sup>(38)</sup>.

Anche di recente, la S.C. ha affermato (Sez. 1, ordinanza n. 4222 del 17/02/2021) che nei casi di sottrazione internazionale, le uniche condizioni ostative al rientro nel luogo di residenza abituale del minore, ai sensi dell'art.

---

<sup>(38)</sup> Si è anche precisato (Sez. 1, ordinanza n. 23315 del 23/08/2021) che la Convenzione di L'Aja del 25 ottobre 1980 distingue nettamente, all'art. 5, il diritto di affidamento del minore dal diritto di visita dello stesso e prevede, per le due situazioni, una tutela differenziata. In particolare, all'art. 12, sancisce l'immediato ritorno del minore nello Stato di residenza abituale esclusivamente per l'ipotesi di illecito trasferimento o trattenimento, che ricorre in caso di violazione del diritto di affidamento o custodia. Qualora, invece, il trasferimento impedisca soltanto l'esercizio del diritto di visita, l'art. 21 consente all'altro genitore soltanto di sollecitare l'Autorità centrale a compiere tutti i passi necessari per rimuovere ogni ostacolo all'esercizio del predetto diritto, ciò anche quando sia reso particolarmente difficile dal trasferimento nell'altro Stato, poiché l'emissione dell'ordine di rientro imporrebbe il rimpatrio anche al genitore affidatario, incidendo illegittimamente sulla sua libertà di stabilire la propria residenza nella località che ritenga più conveniente. Quanto alla nozione di residenza abituale del minore Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 32194 del 02/11/2022 (Rv. 666123 - 01) ha affermato che in materia di sottrazione internazionale di minore che, al momento della proposizione della domanda abbia pochi mesi di vita e che sia effettivamente custodito dalla madre in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede abitualmente il padre e dal quale la madre si è allontanata con il bambino, ai fini dell'individuazione della sua "dimora abituale" occorre verificare – tenuto conto della totale dipendenza del minore dalla madre – delle ragioni, della durata e dell'effettivo radicamento di quest'ultima nel territorio del primo Stato, in particolare verificando se tale soggiorno denoti un'apprezzabile integrazione nell'ambiente sociale della madre, della quale partecipa anche il minore, pur non potendosi trascurare l'altro genitore con il quale il minore mantenga contatti regolari. (Nella specie, la S.C. ha cassato la pronuncia del tribunale per i minorenni che, senza tenere in considerazione gli elementi indicati in massima, aveva ritenuto integrata la fattispecie sottrattiva per un minore che la giovane madre italiana aveva avuto da un uomo spagnolo, conosciuto durante la permanenza per ragioni di studio in Spagna ed ove, dopo la nascita del figlio, aveva convissuto per un solo mese in casa della madre di lui, per poi andare a vivere in un appartamento da sola con il bambino, fino alla decisione di far rientro in Italia con il figlio di otto mesi).

13, comma 1, lett. *b*), della Convenzione dell'Aja del 1980, sono il fondato rischio del minore di essere sottoposto a pericoli fisici o psichici, oppure di trovarsi in una situazione comunque intollerabile; e che l'accertamento circa la ricorrenza di tali condizioni costituisce indagine di fatto sottratta al controllo di legittimità <sup>(39)</sup>.

In tema di sottrazione internazionale di minori, il giudice è peraltro tenuto ad accertare puntualmente e in concreto che, al momento del trasferimento del minore, il genitore richiedente il rimpatrio eserciti effettivamente, e in modo non episodico, il diritto di affidamento, non essendo sufficiente una valutazione solo in astratto, sulla base del regime legale di esercizio della responsabilità genitoriale (Sez. 1, ordinanza n. 3250 del 02/02/2022 <sup>(40)</sup>).

Sul piano procedurale, la S.C. ha evidenziato (Sez. 1, ordinanza n. 23631 del 28/07/2022) che nel procedimento di volontaria giurisdizione, previsto dalla l. n. 64 del 1994 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 in tema di sottrazione internazionale di minori) — inquadrabile nello schema generale dei procedimenti speciali in materia di famiglia e di stato delle persone, e quindi soggetto, per quanto in esso non previsto, alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, e nel contempo caratterizzato dall'estrema urgenza di provvedere nell'interesse del minore — al fine dell'osservanza del principio del contraddittorio occorre che sia fissata udienza in camera di consiglio e che la persona presso la quale si trova il minore e quella che ha presentato la richiesta siano informate dell'udienza e siano poste in grado di parteciparvi.

E altresì necessario (Sez. 1, ordinanza n. 21055 del 01/07/2022) in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja interpretato alla luce dell'art. 8 CEDU, esaminare in maniera dettagliata e analitica le dichiarazioni rese, in sede di ascolto, dal minore dotato di capacità di discernimento, sicché, in caso di opposizione di quest'ultimo al rientro, è obbligatoria la considerazione di tale volontà ed anche la verifica di tutte le circostanze fattuali capaci di confortarla, impedendo al giudicante di intraprendere una via alternativa, ritenuta

---

<sup>(39)</sup> Nella specie la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva respinto il ricorso del padre, contro la decisione della madre che aveva condotto in Italia la figlia, di età inferiore ai quattro anni, motivando di non disporre nel luogo di sua residenza abituale, in Spagna, di un lavoro e neppure di un'abitazione.

<sup>(40)</sup> Nella specie, la S.C. ha respinto l'impugnazione del decreto che non ha accolto la richiesta di rimpatrio del padre del minore, dando rilievo ad elementi che dimostravano l'assenza di un effettivo e continuo esercizio del diritto di affidamento da parte di quest'ultimo, anche se la madre aveva trattenuto il figlio in Italia in violazione degli accordi con lui intercorsi.

dal legislatore sovranazionale idonea a cagionare un pregiudizio evidente allo sviluppo del minore <sup>(41)</sup>.

Tuttavia, in mancanza di una norma che preveda l'intervento del minore quale parte del processo, va esclusa la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di quest'ultimo previa nomina di un curatore speciale, sia in quanto dalla capacità di discernimento del minore e dalla previsione del diritto di essere ascoltato non deriva il diritto di essere parte in causa, sia in quanto la mancata previsione della sua partecipazione al menzionato giudizio, quale parte, è giustificata dalla incompatibilità con i caratteri d'urgenza e provvisorietà che connotano il relativo provvedimento (Sez. 1, ordinanza n. 39766 del 13/12/2021).

#### 5.4. *Tutela dei rapporti tra il minore e i nonni*

Per la Corte EDU anche la relazione stabile tra nonni e nipoti è tutelata dall'art. 8 CEDU, sicché gli Stati contraenti hanno l'obbligo "negativo" di non interrompere tale relazione se non in circostanze eccezionali, e l'obbligo positivo di assumere provvedimenti per consentirne il ripristino — ad esempio ove si sia interrotta a causa della crisi dei *partner* della coppia — adottando nel minor tempo possibile ogni misura necessaria e ragionevolmente esigibile (*ex multis*, sentenze 20 gennaio 2015, Manuello e Nevi c. Italia; 9 febbraio 2017, Solarino c. Italia; 14 gennaio 2021, Terna c. Italia; 15 aprile 2021, Calisti Bruni e D'Angelantonio c. Italia (dec.)).

Indubbiamente sensibile a tali orientamenti è la giurisprudenza della Corte di cassazione più recente, che riconosce un vero e proprio il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, fondato sull'art. 317-*bis* cod. civ., pur affermando che tale diritto non ha un carattere incondizionato, essendo il suo esercizio subordinato ad una valutazione del giudice avente di mira l'esclusivo interesse del minore, ovvero sia la realizzazione di un progetto educativo e formativo, volto ad assicurare un sano ed equilibrato sviluppo della personalità del minore, nell'ambito del quale possa trovare spazio anche un'attiva partecipazione degli ascendenti, quale espressione del loro coinvolgimento nella sfera relazionale ed affettiva del nipote (Sez. 1, ordinanza 11/7/2022, n. 21895; Sez. 6-1, ordinanza n. 15238 del 12/06/2018).

---

<sup>(41)</sup> In applicazione del principio enunciato, la S.C. ha cassato con rinvio il decreto del tribunale per i minorenni, che, dopo aver accertato la capacità di discernimento dei minori, aveva disposto il loro rientro nello Stato che era divenuto il luogo della loro residenza abituale, a seguito di trasferimento dall'Italia insieme alla madre, nonostante questi ultimi avessero manifestato una incondizionata opposizione, senza neppure operare approfondimenti istruttori in ordine alle difficoltà di ambientamento scolastico e sociale dagli stessi manifestate.

Sul versante processuale, poi, si è precisato che i provvedimenti che incidono sul diritto degli ascendenti ad instaurare ed a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, ai sensi dell'art. 317-*bis* cod. civ., hanno attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*, in quanto non revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi, definendo essi procedimenti che dirimono comunque conflitti tra posizioni soggettive diverse e nei quali il minore è “parte”; pertanto, seppure adottati in via provvisoria e urgente, incidendo su diritti personalissimi e di rango costituzionale, hanno carattere decisorio e sono reclamabili dinanzi la Corte di appello (Sez. 1, ordinanza n. 82 del 04/01/2022) nonché, se adottati in sede di reclamo, ricorribili in cassazione con ricorso straordinario *ex* art. 111, settimo comma, Cost. (Sez. 1, ordinanza n. 19780 del 25/07/2018; Sez. 1, ordinanza n. 82 del 04/01/2022) <sup>(42)</sup>.

## 6. Situazione di abbandono del minore, adottabilità, adozione mite

Su questo terreno l'ordinamento ha conosciuto un progressivo e non sempre facile adattamento alla giurisprudenza della Corte EDU.

In un nutrito filone giurisprudenziale riguardante l'Italia, la Corte di Strasburgo ha scrutinato la conformità all'art. 8 CEDU di procedimenti di affidamento extrafamiliare e adozione, muovendo dal presupposto che la rottura definitiva del rapporto giuridico e di fatto tra il minore e la famiglia di origine costituisca una soluzione residuale, giustificabile solo al metro di un *test* di stretta necessità e proporzionalità. La Corte di Strasburgo ha evidenziato che l'art. 8 CEDU pone a carico dello Stato obblighi positivi inerenti al rispetto effettivo della vita familiare, per cui, laddove è provato che esiste un legame familiare, lo Stato deve in linea di principio agire in modo tale — munendosi dell'apparato giuridico necessario — da consentire a questo legame di svilupparsi, adottando le misure appropriate per riunire il genitore e il figlio interessati (Corte EDU, 12 febbraio 2019, Minervino e Trausi c. Italia; 13 ottobre 2015, S. H. c. Italia). L'adeguatezza delle misure assunte per riunire genitori e figli deve essere valutata anche in base alla

---

<sup>(42)</sup> V. anche Sez. 1, ordinanza n. 18607 del 30/06/2021: l'adozione, nel corso dei procedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale, di provvedimenti che incidano, in concreto, su situazioni giuridiche degli ascendenti — ai quali l'art. 317-*bis* cod. civ. riconosce il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni — legittima il loro intervento nel processo, cui consegue il potere di impugnare le statuizioni ad essi pregiudizievoli. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto ammissibile il reclamo degli ascendenti contro il provvedimento che, ai sensi dell'art. 336 cod. civ., aveva sospeso la responsabilità genitoriale e vietato l'avvicinamento al minore anche ai nonni).



rapidità di attuazione, in quanto lo scorrere del tempo può avere conseguenze irrimediabili sui rapporti tra il minore e il genitore che non vive con lui (Corte EDU, 22 giugno 2017, Barnea e Caldararu c. Italia). Qualsiasi autorità pubblica che ordini un affidamento extrafamiliare ha l'obbligo positivo di adottare le misure necessarie per riunire il minore alla famiglia d'origine non appena ciò sia possibile, atteso che i legami tra i familiari e le *chance* di ricongiungimento con esito positivo « saranno per forza di cose indeboliti, se si pongono degli ostacoli che impediscono incontri facili e regolari tra gli interessati » (Corte EDU, 12 agosto 2020, E.C. c. Italia; 10 settembre 2019, Strand Lobben e altri c. Norvegia).

In alcuni casi riguardanti l'Italia, in cui erano stati dichiarati adottabili dei minori in presenza di situazioni di fragilità familiare, ma nell'opposizione delle madri biologiche, la Corte di Strasburgo ha affermato la sussistenza dell'obbligo, in capo alle autorità italiane, prima di dichiarare lo stato di adottabilità — che prelude alla rottura del legame familiare — di adoperarsi in maniera adeguata per fare rispettare il diritto del genitore biologico di vivere con il figlio, al fine di evitare di incorrere nella violazione del diritto al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 8 CEDU (sentenze 21 gennaio 2014, Zhou c. Italia; 13 ottobre 2015, S. H. c. Italia; 18 luglio 2019, R.V. e altri c. Italia; 1 aprile 2021, A.I c. Italia; 28 aprile 2022, Fiagbe c. Italia). In particolare, nella sentenza Zhou c. Italia, la Corte EDU ha posto in rilievo la prassi di alcuni tribunali minorili di disporre un'adozione “non legittimante” ai sensi dell'art. 44, primo comma, lett. d), l. n. 184 del 1983 che regola l'adozione in casi particolari, ed è sembrata così suggerire la possibilità di utilizzare tale strumento in situazioni di “semi-abbandono” del minore.

Tali orientamenti sono stati recepiti dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha in primo luogo affermato che il diritto fondamentale del figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i suoi genitori e di essere allevato nell'ambito della propria famiglia, sancito dall'art. 1 l. n. 184 del 1983, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, ai fini del perseguimento del suo superiore interesse, potendo quel diritto essere limitato solo ove si configuri un endemico e radicale stato di abbandono, la cui dichiarazione va reputata come *extrema ratio* a causa dell'irreversibile incapacità dei genitori di allevarlo e curarlo per loro totale inadeguatezza (sentenze n. 13435 del 30/06/2016; n. 23979 del 24/11/2015; n. 11758 del 26/05/2014) <sup>(43)</sup>. L'adozione del minore — cui la dichiarazione dello stato di

---

<sup>(43)</sup> Si veda anche Cass. civ., sentenza n. 6138 del 26/03/2015, massima: in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ove i genitori facciano richiesta di una consulenza tecnica relativa alla valutazione della loro personalità e capacità educativa nei confronti del minore per contestare elementi, dati e valutazioni dei servizi sociali — ossia



adottabilità è prodromica — recidendo ogni legame con la famiglia di origine, costituisce, dunque, una misura eccezionale cui è possibile ricorrere, non già per consentirgli di essere accolto in un contesto più favorevole, così sottraendolo alle cure dei suoi genitori biologici, ma solo quando si siano dimostrate impraticabili le altre misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, ivi compreso l'affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del superiore interesse del figlio (sentenza n. 7391 del 14/04/2016).

La Corte di cassazione ha riconosciuto la sussistenza nell'ordinamento di una forma di adozione "mite", che trova il proprio referente normativo nell'art. 44, primo comma, lettera *d*), l. n. 184 del 1983 e che si affianca all'adozione legittimante, non comportando però — a differenza di quest'ultima — l'esclusione dei rapporti tra l'adottato e la famiglia d'origine. Secondo la S.C., in applicazione degli artt. 8 CEDU e 30 Cost., 1 l. n. 184 del 1983, e 315-*bis*, secondo comma, cod. civ., il giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve valutare la sussistenza dell'interesse del medesimo a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, costituendo l'adozione legittimante una *extrema ratio*, cui può pervenirsi nel solo caso in cui non si ravvisi tale interesse. Il modello di adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, primo comma, lettera *d*) l. n. 184 del 1983, può, nei singoli casi concreti e previo compimento delle opportune indagini istruttorie, costituire un idoneo strumento giuridico per il ricorso alla cd. "adozione mite", al fine di non recidere del tutto, nell'accertato interesse del minore, il rapporto tra quest'ultimo e la famiglia di origine (Sez. 1, ordinanza n. 1476 del 25/01/2021).

Secondo la S.C. (Sez. 1, ordinanza n. 35840 del 22/11/2021), l'adozione mite è la soluzione idonea a garantire la cura degli interessi del minore nei casi di abbandono semipermanente o ciclico, in cui alla sussistenza di una pur grave fragilità genitoriale si associa, tuttavia, la permanenza di un rapporto affettivo significativo, tale da consentire la non interruzione dei

---

organi dell'Amministrazione che hanno avuto contatti sia con il bambino che con i suoi genitori — il giudice che non intenda disporre tale consulenza deve fornire una specifica motivazione che dia conto delle ragioni che la facciano ritenere superflua, in considerazione dei diritti personalissimi coinvolti nei procedimenti in materia di filiazione e della rilevanza accordata in questi giudizi, anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alle risultanze di perizie e consulenze. Nella motivazione della sentenza si precisa che il giudice di merito là dove omette di provvedere sulla richiesta di una c.t.u. senza spiegarne le ragioni fa « assumere alla mancanza di motivazione anche la natura della violazione di legge » e « particolarmente, dei principi contenuti nelle carte internazionali ed in quelli comunitari »; in termini Cass. n. 17165 del 26/06/2019; Cass. n. 4746 del 14/02/2022.

rapporti giuridici e di fatto con la famiglia di origine. L'adozione c.d. legittimante costituisce, invece, l'*extrema ratio*, cui può pervenirsi soltanto nel caso in cui la conservazione dei rapporti con la famiglia di origine si ponga in contrasto con l'interesse del minore, che si trova in una condizione di endemico e radicale abbandono, determinato da un'incapacità del genitore di allevarlo e di curarlo, non recuperabile in tempi compatibili con l'esigenza del figlio di conseguire un'equilibrata crescita psicofisica (Sez. 1, ordinanza n. 20322 del 23/06/2022).

La Corte di cassazione ha però precisato che (Sez. 1, ordinanza n. 21024 del 01/07/2022) il giudizio di accertamento dello stato di adottabilità di un minore, ai sensi degli artt. 8 e ss. l. n. 184 del 1983, e il giudizio volto a disporre un'adozione "mite", ex art. 44, lett. d) della medesima legge, costituiscono due procedimenti autonomi, di natura differente e non sovrapponibili fra loro, poiché il primo è funzionale alla successiva dichiarazione di adozione "piena" (o legittimante), costitutiva di un rapporto sostitutivo di quello con i genitori biologici, che determina l'inserimento del minore in una nuova famiglia, mentre il secondo crea un vincolo di filiazione giuridica, che non estingue i rapporti del minore con la famiglia di origine, pur attribuendo l'esercizio della responsabilità genitoriale all'adottante. Ne consegue che nell'ambito del processo per l'accertamento dello stato di adottabilità non può essere assunta alcuna decisione che faccia applicazione dell'art. 44, lett. d), l. cit. (44).

Sempre in riferimento alla dichiarazione di adottabilità, la Corte EDU ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU in un caso in cui l'adozione era stata dichiarata disattendendo la richiesta della madre biologica di disporre una c.t.u. psicologica e sulle proprie capacità genitoriali (20 gennaio 2022, D.M. e N. c. Italia). Coerentemente con questo orientamento, la S.C. afferma che, in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ove i genitori facciano richiesta di una consulenza tecnica relativa alla valutazione della loro personalità e capacità educativa nei confronti del minore per contestare elementi, dati e valutazioni dei servizi sociali — ossia organi dell'Amministrazione che hanno avuto contatti sia con il bambino che con i suoi genitori — il giudice che non intenda disporre tale consulenza deve fornire una specifica motivazione che dia conto delle ragioni che la facciano

---

(44) Nella specie, la S.C. ha cassato la statuizione della corte territoriale che aveva dichiarato lo stato di adottabilità e, nel contempo, aveva disposto che si procedesse all'adozione "mite". V. peraltro Cass. civ., Sez. 1, ordinanza n. 230 del 5/1/2023, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, terzo comma, l. n. 184 del 1983, nella parte in cui stabilisce che con l'adozione legittimante cessino irreversibilmente i rapporti dell'adottato con la famiglia d'origine, escludendo la valutazione del preminente interesse del minore a non reciderli, secondo le modalità stabilite in via giudiziale.

ritenere superflua, in considerazione dei diritti personalissimi coinvolti nei procedimenti in materia di filiazione e della rilevanza accordata in questi giudizi, anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alle risultanze di perizie e consulenze; l'omessa motivazione sul punto configura il vizio di violazione di legge e, particolarmente, dei principi contenuti nelle carte internazionali ed in quelli comunitari, con riferimento ai diritti umani delle persone coinvolte nel relativo giudizio riguardante l'apertura dello stato di adottabilità di un minore (Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 6138 del 26/03/2015; Sez. 1, sentenza n. 12013 del 07/05/2019; Sez. 1, ordinanza n. 17165 del 26/06/2019; Sez. 1, ordinanza n. 4746 del 14/02/2022).

## 7. Filiazione e nuove modalità procreative: la PMA...

L'apporto della giurisprudenza della Corte EDU è stato decisivo in relazione alla tutela del minore nato da procreazione medicalmente assistita.

Nel nostro ordinamento possono intraprendere un percorso di procreazione medicalmente assistita (PMA) le sole coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi (art. 5 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante Norme in materia di procreazione medicalmente assistita). Le coppie eterosessuali possono accedere sia alla fecondazione omologa, sia — per effetto della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale — alla fecondazione eterologa, *in vivo* o *in vitro*, con gameti maschili di un donatore; il tutto in presenza di patologie che determinino una sterilità o una infertilità assolute e irreversibili. Da questa delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della l. n. 40 del 2004, nonché dalla previsione di sanzioni amministrative a carico di chi applica tecniche di PMA a coppie « composte da soggetti dello stesso sesso » (art. 12, comma 2), si ricava che tale modalità procreativa non è aperta alle coppie omoaffettive.

Nella sentenza n. 221 del 2019, la Corte costituzionale ha escluso che tale limitazione vulnerasse gli artt. 2, 3, 31, secondo comma, e 32, primo comma, Cost., e 8 e 14 CEDU <sup>(45)</sup>. Pur affermando che non sussiste un divieto

---

<sup>(45)</sup> La Corte ha così dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Pordenone in riferimento agli artt. 2, 3, 31, secondo comma, 32, primo comma, Cost., e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU — degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge n. 40 del 2004, nonché degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, della stessa legge, che, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie di sesso diverso e sanzionano, di riflesso, chiunque applichi tali tecniche a coppie composte da soggetti dello stesso sesso. Sono

costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, e che non esistono certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore, la Corte ha ritenuto che spetti alla discrezionalità del legislatore la disciplina dell'accesso di tali coppie alla PMA <sup>(46)</sup>.

Poiché però è possibile per le coppie omoaffettive (in particolare formate da *partner* di sesso femminile) accedere alla PMA eterologa all'estero, si è posta la questione del riconoscimento del rapporto di filiazione — che la Corte EDU considera integrare « vita familiare » ai sensi dell'art. 8 CEDU: sentenza Honner c. Francia <sup>(47)</sup> — tra il minore nato da tale tecnica

---

state altresì dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale — sollevate dal Tribunale di Bolzano in riferimento agli artt. 2, 3, 31, secondo comma, e 32, primo comma, Cost., nonché agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, agli artt. 2, par. 1, 17, 23 e 26 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e agli artt. 5, 6, 22, par. 1, 23, par. 1, e 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità — degli artt. 5, limitatamente alle parole « di sesso diverso », e 12, comma 2, limitatamente alle parole « dello stesso sesso o », « anche in combinato disposto con i commi 9 e 10 », nonché degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4 della legge n. 40 del 2004.

<sup>(46)</sup> La Corte ha in particolare escluso che l'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne sia fonte di discriminazione basata sull'orientamento sessuale, ritenendo che l'infertilità « fisiologica » della coppia omosessuale (femminile) non sia omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive, trattandosi di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. La Corte altresì escluso una disparità di trattamento in base alle capacità economiche, affermando che, in assenza di altri vulnera costituzionali, il solo fatto che il divieto possa essere eluso recandosi all'estero — in Stati ove le pratiche di PMA sono consentite alle coppie omosessuali — non sarebbe discriminatorio, perché, diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia. Né infine — secondo la Corte — è ravvisabile la violazione del diritto alla salute, in quanto la sua tutela costituzionale non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, sull'assunto che l'impossibilità di formare una famiglia con figli assieme al partner possa incidere negativamente sulla salute psicofisica della coppia. Neppure è violato — secondo la Corte — il diritto a costituire una famiglia, atteso che da un lato la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli e, d'altra parte, la libertà procreativa non implica necessariamente un suo carattere illimitato, e ciò particolarmente quando si discute della scelta di ricorrere a tecniche di PMA. Nella specie, peraltro, la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata. Né sarebbe violato, infine, l'art. 31, secondo comma, Cost., il quale riguarda la maternità e non l'aspirazione a diventare genitore.

<sup>(47)</sup> La Corte EDU ha infatti ritenuto che il rapporto tra la madre d'intenzione e il minore nato da PMA intrapresa dalla partner « tient [...] de facto, du lien parent-enfant », e

procreativa e la genitrice d'intenzione (ossia la *partner* che non abbia legami biologici con il bambino), ai fini della trascrizione, nei registri di stato civile, dell'atto di nascita formato all'estero o della decisione giudiziaria straniera che accerti il legame di filiazione rispetto a entrambe le madri. Com'è noto, infatti, la trascrizione nei registri di stato civile di atti e provvedimenti stranieri può essere disposta dall'ufficiale di stato civile (art. 28 comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000) solo se non gli effetti non sono contrari all'ordine pubblico (v. art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000 sugli atti formati all'estero e artt. 64, comma 1, lettera g), 65 e 66 <sup>(48)</sup> della legge 31 maggio 1995, n. 218 recante Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato); requisito che, in caso di rifiuto della trascrizione da parte dell'ufficiale, viene verificato nell'ambito del procedimento introdotto, innanzi alla corte d'appello competente, con ricorso *ex artt. 702-bis* cod. proc. civ. e 67 l. n. 218 del 1995.

Nel caso del minore nato all'estero, la giurisprudenza di legittimità ha ammesso il riconoscimento e la trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto straniero, validamente formato secondo la *lex loci*, nel quale risulti la nascita, all'estero, di un figlio da due donne a seguito di PMA eterologa, affermando che essi non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, del superiore interesse del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla conservazione dello *status filiationis*, validamente acquisito all'estero (Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 19599 del 30/9/2016; nel caso di specie, una delle *partner* aveva fornito l'ovulo necessario per la fecondazione, e l'altra aveva portato a termine la gestazione).

Sempre in riferimento al minore nato all'estero da PMA intrapresa da due donne, la S.C. ha affermato che va accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano (Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 14878 del 15/6/2017, resa in fattispecie ove non vi erano legami biologici tra la madre d'intenzione e il minore).

Ancora, la Corte di cassazione ha ritenuto non contraria all'ordine pubblico e quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiani una

---

costituisce « vita familiare » ai sensi dell'art. 8 CEDU (sentenza 12 novembre 2020 *Honner c. Francia*).

<sup>(48)</sup> Rispettivamente relativi alle sentenze straniere (art. 64), ai provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità (art. 65), ai provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione (art. 66).

sentenza straniera che aveva pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di cittadinanza francese coniugate in Francia e residenti in Italia, richiamando l'art. 24 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, secondo cui il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico. La S.C. ha ritenuto che tale interesse, nella specie già vagliato dal giudice straniero, coincidesse con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che assumesse rilievo la circostanza che le stesse fossero rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale (Cass. civ., Sez. 1, ordinanza n. 14007 del 31/5/2018).

Diversamente, la giurisprudenza di legittimità ritiene interamente regolate dal diritto italiano — ove, come rammentato, vige il divieto di accesso alla PMA per le coppie *same-sex* — le fattispecie concernenti il minore concepito all'estero tramite PMA ma nato in Italia. Ne consegue che non è ammissibile rettificare l'atto di nascita indicando come genitori la madre che ha partorito e la madre d'intenzione, ostandovi il divieto, per le coppie dello stesso sesso, di ricorrere in Italia alla PMA (Cass. civ., Sez. 1, sentenze n. 7668 del 3/4/2020; n. 8029 del 22/04/2020; sentenze n. 23320 e 23321 del 23/08/2021; ordinanza n. 6383 del 25/02/2022, che ha considerato impossibile la rettificazione anche in riferimento a un caso in cui la madre d'intenzione era anche madre genetica, avendo donato l'ovulo poi impiantato nella partoriente; ordinanza n. 7413 del 07/03/2022).

In questa fattispecie, la S.C. (Cass. civ., Sez. 1, sentenza n. 12962 del 22/6/2016) ha invece ammesso il ricorso, da parte della madre d'intenzione, all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera *d*), l. n. 184 del 1983 <sup>(49)</sup>, istituto il cui uso era già stato avallato dalla giurisprudenza di

---

<sup>(49)</sup> L'art. 44 consente l'adozione del minore, anche quando non ricorra la condizione di adottabilità ai sensi dell'art. 7, comma 1, della medesima legge: *a*) da parte di persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; *b*) da parte del coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; *c*) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (handicap), e sia orfano di padre e di madre; *d*) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. L'adozione è consentita anche in presenza di figli e, nei casi di cui alle lettere *a*), *c*), e *d*) del comma 1, anche a chi non è coniugato. Per l'adozione in casi particolari è necessario l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando (art. 46 comma 1). Ai sensi dell'art. 57 l. n. 184 del 1983,



merito per consentire il riconoscimento giuridico del rapporto tra genitore sociale e minore, nelle famiglie omogenitoriali costituite mediante il ricorso alla PMA da parte di coppie di donne <sup>(50)</sup>.

Sulla praticabilità e i limiti dell'adozione in casi particolari in queste fattispecie è poi intervenuta la sentenza n. 32 del 2021 della Corte costituzionale, che ha esaminato alcune questioni di legittimità costituzionale — sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo e agli artt. 8 e 14 CEDU — degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 e 250 cod. civ., censurati nella parte in cui non consentono al nato da PMA eterologa, praticata da due donne, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari (nel caso di specie, per difetto dell'assenso della genitrice legale e biologica, richiesto dall'art. 46 della legge n. 184 del 1983) e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore <sup>(51)</sup>.

La Corte costituzionale ha rilevato che il vigente quadro normativo non garantisce un'adeguata tutela della relazione tra la madre d'intenzione e il minore nato in Italia da PMA praticata all'estero da due donne; tutela intesa come necessaria permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale del minore nato. La Corte, constatata l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari — che « opera in ipotesi tipiche e circoscritte, producendo effetti limitati, visto che non conferisce al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante, non assicura

---

il tribunale verifica se l'adozione realizza il preminente interesse del minore, a tal fine disponendo l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia. L'art. 55 l. n. 184 del 1983 dichiara applicabili all'adozione in casi particolari gli artt. 293 (divieto di adozione dei propri figli), 294 (adozione di più persone), 295 (divieto di adozione da parte del tutore), 299 (assunzione del cognome dell'adottante), 300 (conservazione dei diritti e doveri verso la famiglia di origine; assenza di rapporto civile tra l'adottante e la famiglia dell'adottato e tra l'adottato e i parenti dell'adottante) e 304 (mancata attribuzione di diritti di successione all'adottato) cod. civ.; disposizioni tutte relative all'adozione di persone maggiorenni.

<sup>(50)</sup> C. app. Milano, sez. fam., 09/02/2017; Trib. min. Bologna, 6/7/2017 e 31/08/2017; C. app. Napoli, 04/07/2018, n. 145; Trib. min. Genova, 13/06/2019, n. 640.

<sup>(51)</sup> Nel caso di specie, due donne, nell'ambito di una stabile relazione di coppia, avevano condiviso un progetto di PMA e avevano convissuto anche dopo la nascita (in Italia) delle bambine così concepite, per quasi cinque anni, con coinvolgimento di entrambe nella cura, nell'educazione e nella crescita delle stesse. In seguito, la relazione fra le due donne era cessata e l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1, lettera *d*), l. n. 184 del 1983 era risultata impraticabile, in quanto l'art. 46 della medesima legge prescrive l'assenso del genitore legale dell'adottando, che, nella specie, era stato negato.

la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, recante « Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali ») e non interrompe i rapporti con la famiglia d'origine » — ha rivolto un pressante invito del legislatore a un intervento in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del rapporto del minore con la madre intenzionale.

## 8. ... e la GPA

Nella gestazione per altri (GPA, o maternità surrogata, o maternità di sostituzione) una donna (madre surrogata o gestazionale) conduce a termine una gravidanza e partorisce un bambino per conto di un altro soggetto o di una coppia, impossibilitati ad affrontare la gestazione (ad esempio per l'infertilità o per la condizione omosessuale dei *partner* di sesso maschile), che possono o meno avere un legame genetico con il bambino, in quanto donatori o meno dei gameti utilizzati per la pratica.

La Corte EDU si è a più riprese confrontata con il tema della GPA, sotto il profilo della compatibilità con l'art. 8 CEDU, che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del rifiuto delle autorità di Stati contraenti che vietino tale pratica di riconoscere lo *status filiationis* costituito in Stati che invece la ammettano.

In presenza di un legame genetico tra il minore nato da GPA praticata all'estero da coppie eterosessuali e il padre d'intenzione, la Corte ha ritenuto che la mancata trascrizione dell'atto di nascita, nella parte relativa al rapporto di filiazione con il padre biologico, violasse il diritto al rispetto della vita privata *del minore* (art. 8 CEDU) <sup>(52)</sup>, considerato tra l'altro che non era possibile stabilire in altro modo la filiazione (sentenze *Menesson e Labassee c. Francia* del 26 giugno 2014, *Foulon e Bouvet c. Francia* del 21 luglio 2016; *Laborie c. Francia* del 19 gennaio 2017) <sup>(53)</sup>.

<sup>(52)</sup> Viceversa, la Corte ha escluso che il diniego di trascrizione degli atti di nascita implicasse un'ingerenza sproporzionata nella vita familiare dei genitori d'intenzione, sia per l'ampio margine di apprezzamento degli Stati contraenti in relazione alla maternità surrogata, sia perché i minori non erano mai stati allontanati da tali soggetti.

<sup>(53)</sup> Diversamente in una fattispecie in cui nessuno dei genitori d'intenzione (di sesso diverso) aveva un legame genetico con il bambino nato all'estero da maternità surrogata, e le autorità interne avevano espresso dubbi circa l'idoneità genitoriale dei ricorrenti, la Corte ha escluso che l'allontanamento e la successiva adozione del bambino violassero l'art. 8 CEDU (sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* [GC], 24 gennaio 2017). In un caso di surrogazione verificatosi in Francia (ove tale pratica è proibita) in cui la madre gestazionale, dopo aver accettato di farsi fecondare con i gameti del ricorrente, aveva ceduto il nato ad una coppia di



Con riferimento al legame tra il minore e la madre d'intenzione (genetica o meno) della coppia (eterosessuale) la Corte ha affermato che è parimenti necessario, affinché sia rispettato il diritto alla vita privata del minore, il riconoscimento della filiazione; quest'ultimo può avvenire sia attraverso la trascrizione dell'atto di nascita, sia attraverso l'adozione del minore, a condizione che questa sia rapida, efficace e disponibile non appena si concretizzi il rapporto tra madre e bambino (parere consultivo del 10 aprile 2019; sentenza 19 novembre 2019, C e E c. Francia; sentenza 16 luglio 2020, D c. Francia; sentenza 6 dicembre 2022, K. K. e altri c. Danimarca) <sup>(54)</sup>; conclusioni, queste, ribadite ed estese nella recente sentenza 22 novembre 2022, D.B. e altri c. Svizzera, al legame con il padre d'intenzione del minore nato da una coppia di uomini che avevano fatto ricorso, all'estero, alla GPA <sup>(55)</sup>.

La Corte EDU sembra comunque considerare che la possibilità di adozione, da parte del genitore di intenzione, del minore nato da GPA costituisca una forma di protezione adeguata del minore (sentenza 18 maggio 2021, Valdis Fiölnisdottir e altri c. Islanda, relativa a GPA praticata all'estero

---

persone diverse, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 8 CEDU, sotto il profilo del rispetto della vita privata dell'interessato (che risultava genitore genetico del minore); e ha constatato la violazione della garanzia convenzionale, in quanto le autorità giudiziarie francesi avevano impiegato oltre sei anni per decidere sulla domanda del ricorrente di attribuzione della responsabilità genitoriale sul minore. Essa ha però precisato che tale conclusione non era idonea a inficiare l'accertamento svolto in sede nazionale circa la rispondenza all'interesse del minore della permanenza presso la coppia che l'aveva di fatto accolto dalla nascita (sentenza 7 aprile 2022, A.L. c. Francia).

<sup>(54)</sup> Un caso particolare è stato esaminato nella decisione 31 maggio 2022, *H. c. Regno Unito*, che riguardava una GPA avvenuta nel Regno Unito, Stato che consente tale pratica attribuendo tuttavia lo *status* di genitori alla madre gestazionale e al di lei marito, e consentendo l'emissione di un *parental order* per l'individuazione come genitori dei genitori d'intenzione. In specie, il certificato di nascita del minore riportava quali genitori la madre gestazionale e il marito, i quali non avevano acconsentito all'emissione del *parental order* nei confronti dei genitori d'intenzione; le autorità giudiziarie inglesi avevano tuttavia comunque co-attribuito la responsabilità genitoriale ai genitori d'intenzione, pur non indicati nel certificato di nascita come padre e madre. In tale situazione, la Corte EDU ha escluso che la legislazione inglese e l'operato delle autorità giudiziarie avessero violato il diritto al rispetto della vita privata del genitore d'intenzione i cui gameti erano stati utilizzati nella GPA.

<sup>(55)</sup> Diversamente, nella decisione 16 novembre 2021, *S.-H. c. Polonia* è stata ritenuta inapplicabile la tutela dell'art. 8 CEDU rispetto al rifiuto delle autorità della Polonia di concedere la cittadinanza a dei minori nati negli Stati Uniti da GPA praticata da una coppia formata da due uomini, entrambi residenti in Israele, di cui uno cittadino di tale Stato e l'altro con doppia nazionalità, israeliana e polacca. La Corte EDU ha considerato che, essendo la vita familiare degli interessati radicata in Israele, ove il legame di filiazione era riconosciuto, le allegazioni di illegittima interferenza nella vita familiare fossero da considerarsi, allo stato, meramente ipotetiche.

da una coppia di donne) <sup>(56)</sup>; purché, appunto, tale adozione sia garantita (sentenza 6 dicembre 2022, K. K. e altri c. Danimarca <sup>(57)</sup>).

Nell'ordinamento italiano è vietato il ricorso alla GPA, da parte di coppie etero od omosessuali. Il divieto è presidiato da sanzione penale (l'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004) <sup>(58)</sup>, che però si applica solo se il delitto è commesso in Italia <sup>(59)</sup>, sicché si verifica che coppie etero od omosessuali ricorrano alla maternità surrogata all'estero, ottenendo dalle autorità degli Stati che consentono il ricorso a tale pratica certificati di nascita e/o provvedimenti giudiziari che accertano la genitorialità in capo ai due componenti della coppia, e domandino poi il riconoscimento in Italia dello *status filiationis* legalmente costituito all'estero <sup>(60)</sup>.

Nella sentenza n. 12193 dell'8/5/2019, la Corte di cassazione, a sezioni unite, si è pronunciata sul riconoscimento in Italia dello *status filiationis* del minore nato all'estero da maternità surrogata, nel caso di domanda da parte di una coppia di uomini, di trascrizione, nei registri di stato civile italiani, di

---

<sup>(56)</sup> In tale pronuncia è stata esclusa la contrarietà alla Convenzione dell'operato delle autorità islandesi che avevano respinto la domanda proposta da due cittadine di riconoscimento della genitorialità sul bambino nato in California da GPA, senza alcun legame genetico con la coppia, e avevano considerato il bambino come minore non accompagnato, attribuendone l'affidamento alle due donne, con possibilità di successiva adozione piena. Diversamente nella sentenza 24 marzo 2022, *A.M. c. Norvegia*, la Corte EDU, a fronte del ricorso della madre d'intenzione di un minore nato da GPA negli Stati Uniti, che lamentava come le autorità norvegesi non avessero riconosciuto il certificato di nascita statunitense che la indicava come madre, né le avessero offerto la possibilità di adottare il minore, in assenza del consenso dell'altro genitore biologico, ha escluso la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. Pur riconoscendo la difficoltà della situazione in cui era stata posta la ricorrente, la Corte ha ritenuto che la regola che richiede il consenso di colui che esercita la responsabilità genitoriale per l'adozione del minore non fosse incompatibile con l'art. 8 CEDU, enfatizzando altresì come nel caso di specie venisse dedotta una violazione dei diritti della madre d'intenzione e non del minore.

<sup>(57)</sup> Ove l'impossibilità per la madre d'intenzione di un minore nato da GPA di procedere all'adozione è stata ritenuta contraria all'art. 8 CEDU, sotto il profilo della violazione del diritto al rispetto della vita privata dei minori.

<sup>(58)</sup> La disposizione punisce con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro chiunque « in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità ».

<sup>(59)</sup> Pur essendo stati presentati diversi disegni di legge volti a modificare l'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 e/o l'art. 8 cod. pen., al fine di rendere il delitto punibile anche se commesso da cittadino italiano all'estero.

<sup>(60)</sup> La giurisprudenza esclude la configurabilità del reato di alterazione di stato civile, di cui all'art. 567, secondo, comma, cod. pen., in capo ai genitori d'intenzione che presentino all'autorità consolare italiana, al fine della trascrizione nei registri di stato civile italiani, un atto di nascita legalmente formato all'estero, in uno Stato che ammetta la maternità surrogata (Cass. pen., Sez. 5, sentenza n. 13525 del 10/03/2016 – 5/4/2016; Sez. 6, sentenza n. 48696 del 11/10/2016 – 17/11/2016; Sez. 6, sentenza n. 31409 del 13/10/2020 – 10/11/2020).

un provvedimento giudiziario straniero che accertava la genitorialità (anche) in capo al genitore intenzionale, privo di legami biologici con il minore. La Corte ha affermato che il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. *d*), della l. n. 184 del 1983 <sup>(61)</sup>.

Secondo la S.C., l'art. 44, comma 1, lett. *d*), l. n. 184 del 1983 costituisce « una clausola di chiusura del sistema » cui si può ricorrere « tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa, all'unica condizione della “constatata impossibilità di affidamento preadottivo”, da intendersi non già come impossibilità di fatto, derivante da una situazione di abbandono del minore, bensì come impossibilità di diritto di procedere all'affidamento preadottivo »; la necessità di assicurare « una tutela comparabile a quella ordinariamente ricollegabile allo *status filiationis* [...] nell'ordinamento interno può ritenersi soddisfatta anche dal[l'] istituto dell'adozione in casi particolari, per effetto delle disposizioni della L. n. 184 del 1983, che parificano la posizione del figlio adottivo allo stato di figlio nato dal matrimonio » <sup>(62)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Da aggiungere che successivamente, le sezioni unite della Corte di cassazione, nella sentenza n. 9006 del 31/03/2021, hanno ritenuto che non contrasti con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione. È dunque la costituzione del rapporto di filiazione mediante surrogazione di maternità a costituire, secondo la Corte di cassazione, elemento ostativo al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri.

<sup>(62)</sup> Nella giurisprudenza di merito precedente si era registrato un orientamento favorevole alla trascrizione degli atti di nascita stranieri, o di provvedimenti giudiziari stranieri, concernenti minori nati all'estero con ricorso a tale pratica, anche da parte di coppie dello stesso sesso, che riportino quali genitori non solo il genitore genetico i cui gameti siano stati

Pochi mesi dopo questa pronuncia, la prima sezione civile della Corte di cassazione, con ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, dell'art. 64, comma 1, lett. g) della l. n. 218 del 1995 e dell'art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, censurandoli — per dedotto contrasto, tra l'altro, con agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo — « nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale 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 nascita di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d'intenzione non biologico ».

Le questioni sono state dichiarate inammissibili con sentenza n. 33 del 2021.

Ivi la Corte ha osservato che l'interesse del minore deve essere bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore. Secondo la Corte il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU è corrispondente all'insieme degli evocati principi della Costituzione italiana, i quali per un verso non ostano alla intrascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero di riconoscimento della doppia genitorialità ai componenti della coppia (eterosessuale od omosessuale) che abbia fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata; per l'altro, impongono che, in tali casi, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del legame con coloro che esercitano di fatto la responsabilità genitoriale, attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino. La Corte ha sottolineato che « [o]gni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome

---

utilizzati nel processo, ma anche il genitore d'intenzione, privo di legami genetici con il minore; ciò sul rilievo che tale trascrizione corrisponderebbe all'interesse dei minori « all'identità personale [...], a fronte peraltro di uno status già legittimamente costituito nel Paese straniero [...], nonché socialmente acquisito; alla vita privata, alla sicurezza del mantenimento dei legami con la propria famiglia (intesa in senso sociale e non biologico-genetico); alla bigenitorialità » (Trib. Milano, sez. VIII, 15/11/2018; in senso analogo v. C. app. Venezia, sez. III, 16/07/2018; C. app. Trento, sez. I, 23/02/2017; C. app. Milano, sez. V, 28/12/2016, n. 3390; Trib. Pisa, 22/07/2016; Trib. Napoli, sez. I, 01/07/2011; C. app. Bari, 13/02/2009).

della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata ».

La Corte ha anche qui evidenziato l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, osservando che essa « non attribuisce la genitorialità all'adottante »; non risulta con sicurezza idonea a stabilire vincoli di parentela tra il bambino e la famiglia dell'adottante (nonni, zii, addirittura fratelli e sorelle), e richiede il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestatato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

La Corte ha però ritenuto che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata non può che spettare, in prima battuta, al legislatore. A tal fine, quest'ultimo — quale titolare di un significativo margine di manovra, a fronte di un ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica — deve farsi carico di una disciplina che assicuri una piena tutela degli interessi del minore, in modo più aderente alle peculiarità della situazione, che sono assai diverse da quelle dell'adozione in casi particolari (c.d. "non legittimante"), prevista dall'art. 44, comma 1, lett. *d*), della legge n. 184 del 1983. Di qui, la declaratoria di inammissibilità delle questioni.

A questo punto, con ordinanza interlocutoria n. 1842 del 21 gennaio 2022, adottata nello stesso giudizio dal quale erano scaturite le questioni di legittimità costituzionale decise con la sentenza n. 33 del 2021, la prima sezione civile della Corte di cassazione ha nuovamente rimesso alle Sezioni Unite la questione della tutela del nato da maternità surrogata, ritenendo che l'accertamento, contenuto nella sentenza n. 33, dell'insufficienza dell'adozione particolare a tutelare l'interesse del nato da maternità surrogata, unitamente all'inerzia del legislatore, abbia generato un vuoto normativo di tutela, per colmare il quale sarebbe necessario il superamento del diritto vivente espresso dalla sentenza n. 12193/2019 delle Sezioni unite.

Frattanto, a distanza di pochi mesi, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 79 del 2022, è tornata sul tema dell'adozione in casi particolari quale forma di tutela del minore nato da GPA e in generale da procreazione medicalmente assistita, dichiarando costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 31 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

Secondo la Corte l'adozione in casi particolari, se offre una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, non appare ancora del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali. Il diniego di relazioni familiari tra l'adottato e i parenti dell'adottante determina infatti un trattamento discriminatorio del minore adottato rispetto all'unicità dello *status* di figlio e alla condizione giuridica del minore, avendo riguardo alla *ratio* della normativa che associa a tale *status* il sorgere dei rapporti parentali. Ne consegue che al solo minore adottato in casi particolari vengono irragionevolmente negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, privandolo della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità, a partire da quelle più vicini, con i fratelli e con i nonni. La connotazione discriminatoria della norma censurata non può, d'altro canto, reputarsi superata adducendo la circostanza che tale adozione non recide i legami con la famiglia d'origine. In realtà, l'aggiunta dei legami familiari dello stipite da cui discende ciascuno dei suoi genitori — sia quello adottivo che il genitore biologico — non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico.

A “chiudere il cerchio” è intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite n. 38162 del 30/12/2022, che ha deciso sulla questione nuovamente rimessa dalla Sezione prima civile, ribadendo, pur alla luce della sentenza n. 33 del 2021 della Corte costituzionale, la conclusione già raggiunta nella propria precedente pronuncia n. 12193 del 2019, ossia che la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, sicché non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*.

Nondimeno — hanno affermato le Sezioni Unite — anche il bambino nato da GPA ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati



in condizioni diverse trova garanzia, secondo le Sezioni Unite, nell'istituto dell'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. *d*), l. n. 184 del 1983), così come “riplasmato” della sentenza n. 79 del 2022 della Corte costituzionale, che ha rimosso l'impedimento alla costituzione di rapporti civili con i parenti dell'adottante. Le Sezioni Unite hanno aggiunto — nella parte più innovativa della pronuncia — che, alla luce delle recenti sentenze della Corte costituzionale, occorre interpretare in modo costituzionalmente conforme il requisito dell'assenso del genitore biologico, necessario ai sensi dell'art. 46 l. n. 184 del 1983 perché il genitore d'intenzione possa procedere all'adozione in casi particolari del minore nato da GPA. In particolare, « [l]'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale [...] può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al riconoscimento », sicché « il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del *partner* solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il *partner* e il minore »; e, di converso, « [s]e tale relazione sussiste, il rifiuto non sarebbe certamente giustificato dalla crisi della coppia committente né potrebbe essere rimesso alla pura discrezionalità del genitore biologico ».

Così precisati e in parte ridisegnati i contorni dell'adozione in casi particolari, le Sezioni Unite hanno ritenuto che tale istituto rappresenti lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il *partner* del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita.

## 9. Considerazioni conclusive

La disamina fin qui compiuta mostra un quadro di complessiva convergenza — talora mediata dagli interventi della Corte costituzionale — tra orientamenti della Corte EDU e della Corte di cassazione nella costruzione di un quadro di tutela dello *status filiationis*.

Architrave di tale sistema di tutela « integrata », europea e costituzionale, è la centralità del minore in quanto *persona* portatrice di una propria identità, che si sviluppa nel rapporto con le figure genitoriali (biologiche, d'intenzione, adottive) e familiari (i nonni) di riferimento e implica altresì il diritto a conoscere le proprie origini. Parola d'ordine è l'effettività della tutela, che implica da un lato il riconoscimento giuridico delle relazioni tra il minore e chi ne assume la cura, svolgendo concretamente il ruolo genitoriale; e, dall'altro lato, la necessità che le autorità nazionali (giurisdizionali e non)

favoriscano la conservazione di tali relazioni anche in caso di crisi della coppia all'interno della quale il minore è nato o è stato accolto, entro il limite dell'interesse del minore. Direttiva fondamentale è l'eguaglianza tra tutti i minori, a prescindere dalle modalità del loro concepimento (nel matrimonio o al di fuori di esso, tramite PMA o GPA) o inserimento nella famiglia (tramite adozione), e la tendenziale unicità dello *status filiationis*, il cui riconoscimento dovrebbe essere assicurato anche negli spostamenti da uno Stato all'altro.

Si tratta di un percorso ancora *in fieri*, come dimostra la complessità delle vicende giuridiche legate al riconoscimento dello *status filiationis* costituito mediante PMA e GPA, nel quale gioca un ruolo fondamentale il “dialogo” tra Corte EDU e Corte di cassazione. Un dialogo non istituzionalizzato — non essendo allo stato possibile per la Corte di legittimità domandare pareri consultivi alla Corte EDU, in difetto di ratifica, da parte dell'Italia, del Protocollo n. 16 alla Convenzione — ma in grado di svilupparsi proficuamente attraverso canali di condivisione di giurisprudenze e prassi, quali la Rete delle Corti superiori europee dei Paesi aderenti alla CEDU, indispensabili per la progressiva creazione di un *common European standard* di tutela dei diritti fondamentali del minore.





**IV.**  
**LA FAMIGLIA MIGRANTE**  
di *Martina Flamini* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Premessa. — 2. Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo. — 2.1. Il diritto al ricongiungimento familiare. — 2.2. La rilevanza dei legami familiari come limite all'espulsione. — 2.2.1. In particolare, il giudizio di bilanciamento con la pericolosità sociale. — 2.3. L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero (art. 31, comma 3, del D.Lgs. n. 286 del 1998). — 3. Il diritto all'unità familiare del cittadino dell'Unione europea ed italiano in relazione al familiare di Paese terzo. — 3.1. Le categorie di persone comprese nella nozione di "familiare". — 3.1.1. I matrimoni e le unioni registrate contratte tra persone dello stesso sesso. — 3.1.2. I discendenti non compresi nella nozione di "familiare". — 3.1.3. La nozione di familiare "a carico". — 3.2. La categoria degli "altri familiari".

**1. Premessa**

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1955, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, dedica alla famiglia gli artt. 8 e 12, che rispettivamente sanciscono il diritto al rispetto della vita privata e familiare (oltre che del domicilio e della corrispondenza) e il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Trattasi, come noto, di diritti non assoluti, ma limitabili in base alla legge e per quanto « necessario in una società democratica » a perseguire le finalità d'interesse generale enumerate dall'art. 8, par. 2, Cedu.

La Corte Edu ha da tempo affermato che il diritto alla vita privata e familiare non implica un obbligo generale degli Stati di rispettare la scelta operata dagli stranieri circa il Paese in cui risiedere <sup>(1)</sup>. In particolare, la

---

(\*) Magistrata Addetta all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione.

(1) Cfr. quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Jeunesse v. Netherlands* [GC], App. No. 12738/10, 3 ottobre 2014, parr. 100 e 101. La Corte, inoltre, ha precisato che lo Stato, ai sensi del 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*, § 67; *Boujlifa c. Francia*, § 42). Inoltre, la Convenzione non

Corte ha ribadito che, in materia di immigrazione, l'art. 8, isolatamente considerato, non può imporre ad uno Stato un obbligo generale di rispettare la scelta del paese di residenza dei coniugi o di autorizzare il ricongiungimento familiare nel suo territorio (2). Tale affermazione è stata tuttavia mitigata dalla Corte, laddove è stato precisato che, qualora una causa riguardi sia la vita familiare che l'immigrazione, la portata dell'obbligo dello Stato di accogliere nel proprio territorio i congiunti di persone residenti varia in ragione delle particolari circostanze in cui si trovano le persone interessate e dell'interesse generale (3). Come sottolineato da attenta dottrina (4), inoltre, pur nell'ambito dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità nazionali, gli Stati, in materia di immigrazione, incontrano significativi limiti derivanti proprio dal diritto alla vita privata e familiare.

La premessa dalla quale muove la Corte Edu (in forza della quale se la famiglia che viene in rilievo è quella formata da un cittadino immigrato, l'art. 8 della Cedu, per garantire una tutela piena, deve essere letto unitamente ad altre "particolari circostanze" nonché all'"interesse generale"), deve essere considerata unitamente alla giurisprudenza della Corte che ha costruito in modo alquanto restrittivo la nozione di "vita familiare" degli stranieri (limitandola al *partner* e ai figli minori anche se non conviventi (5)). La nozione che se ne ricava, pertanto, deve essere esaminata anche alla luce dei possibili sviluppi interpretativi (idonei a consentire *standard* di tutela più elevati) che potrebbero svilupparsi in considerazione del disposto dell'art. 52(3) della Carta, in forza del quale lo standard elaborato dalla Corte EDU costituisce solo il contenuto minimo da garantire all'art. 7 della Carta (di contenuto omogeneo all'art. 8 della Cedu) (6).

Ancora in via generale, occorre premettere che il diritto all'unità familiare riceve una disciplina diversa in ragione della cittadinanza del titolare:

---

garantisce il diritto del cittadino straniero di entrare o di risiedere in un determinato Paese. Le autorità interne non hanno pertanto l'obbligo di consentire allo straniero di stabilirsi nel loro Paese (*Jeunesse c. Paesi Bassi* [GC], § 103).

(2) *Biao v. Denmark*, App. No. 38590/10, par. 117.

(3) *Biao v. Denmark*, App. No. 38590/10, ancora al par. 117; cfr. anche *Jeunesse v. Netherlands*, cit., par. 107, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, §§ 67-68; *Gül c. Svizzera*, § 38; *Ahmut c. Paesi Bassi*, § 63; *Sen c. Paesi Bassi*; *Osman c. Danimarca*, § 54; *Berisha c. Svizzera*, § 60.

(4) C. FAVILLI, M. FERRI, *Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Ius Migrandi*, a cura di M. GIOVANNETTI e N. ZORZELLA, Milano, 2020.

(5) Sebbene, in alcune pronunce, la Corte ha poi riconosciuto che può esistere una vita familiare anche tra fratelli (*Moustaquim c. Belgio*, 18 febbraio 1991, Serie A n. 193§ 36;) e tra zii e nipoti (*Boyle c. Regno Unito*, 28 febbraio 1994, Serie A n. 282-B, §§ 41-47).

(6) Sul punto, F. FAVILLI e M. FERRI, cit.

laddove, infatti, il titolare sia un cittadino di Paese terzo, si applica la Direttiva 2003/86/CE, recepita con il D.Lgs. n. 5 del 2007 (che ha modificato il D.Lgs. n. 286 del 1998), mentre se il titolare è un cittadino dell'Unione europea (o un cittadino italiano) la disciplina è contenuta nella Direttiva 2004/38/CE, recepita con il D.Lgs. n. 30 del 2007 e, per alcuni aspetti, dal Regolamento n. 492 del 2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5.4.2011.

Nelle pagine che seguono, attraverso l'esame delle pronunce della Suprema Corte, in un'ottica di dialogo tra le Corti — indispensabile per garantire una tutela ai diritti che, per essere effettiva, deve risultare da una convergenza tra la tutela nazionale e quella sovranazionale —, verranno affrontate le principali questioni relative alla disciplina applicabile ai cittadini stranieri che hanno realizzato in Italia una vita familiare (ed una vita privata) ed alle forme di tutela dei diritti dalla stessa derivanti, concentrando la disamina sugli aspetti relativi all'impatto della giurisprudenza della CEDU sulla giurisprudenza nazionale.

## **2. Il diritto all'unità familiare del cittadino di Paese terzo**

La Corte costituzionale, con sentenza n. 28 del 1995 (chiamata a pronunciarsi sulla denunciata illegittimità costituzionale dell'art. 4, primo comma, della legge 30 dicembre 1986 n. 943 — “Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine” — nel caso di un figlio minore di una cittadina brasiliana, non lavoratrice, coniugata con un cittadino italiano) ha affermato che “il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono infatti diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri”, precisando poi che tali diritti “possono essere assoggettati ai limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale”. Ancora con riferimento alla predetta norma, la Consulta, nella sentenza n. 203 del 1997 (relativa al caso di un genitore straniero, che invoca il diritto a ricongiungersi con un figlio minore legalmente residente in Italia) ha precisato che la convivenza del nucleo familiare si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e, in particolare, nell'ambito di questa, ai figli minori.

Così riaffermata la natura del diritto all'unità familiare del cittadino straniero come diritto fondamentale della persona — disciplinato, per quanto riguarda i cittadini di Paesi terzi verso familiari di Paesi terzi, dal D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (nel suo titolo IV, dedicato al “Diritto all'unità

familiare e tutela dei minori”, articoli da 28 a 33) e dalla Direttiva 2003/86/CE, attuata con il D.Lgs. 8 gennaio 2007 n. 5) — occorre esaminare le posizioni della giurisprudenza di legittimità relative alle modalità di attuazione di tale diritto ed ai limiti posti dall’ordinamento all’esercizio dello stesso.

### 2.1. *Il diritto al ricongiungimento familiare*

Nella Direttiva 2003/86/CE, il ricongiungimento familiare viene definito come uno strumento « necessario » per permettere la vita familiare, contribuendo a creare una stabilità socioculturale che facilita l’integrazione dei cittadini di Paesi terzi. Esso dovrebbe riguardare “in ogni caso i membri della famiglia nucleare, cioè il coniuge e i figli minorenni”, mentre viene lasciata agli Stati membri la decisione di estendere l’istituto ad altri familiari, quali i parenti in linea diretta ascendente, i figli maggiorenni non coniugati, i *partners* non coniugati o la cui relazione sia registrata nonché, in caso di matrimonio poligamico, i figli minori di un altro coniuge.

Cass. 14.7.2021 n. 20127 ha affermato che la possibilità di includere altri familiari debba essere riferita alla individuazione di coloro che, rispetto al concetto di unità familiare, ogni Stato ritiene di prescegliere (così come indicato nel considerando n. 10), precisando che: “una volta circoscritta la categoria, le condizioni per il ricongiungimento — lungi dall’essere modulate discrezionalmente — dovranno osservare i principi ed i presupposti previsti dalla stessa direttiva che, all’art. 4 co. 2 lett. a), nell’includere gli ascendenti, pone come unico limite il rispetto delle condizioni stabilite al successivo capo IV° — che prevede, in termini limitativi, esclusivamente “ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica o sanità pubblica”. Tanto premesso, la Suprema Corte ha proseguito rilevando come la “disciplina degli Stati membri non potrà estendersi sino al punto di vanificare il senso della tutela accordata, e di aggirare la copertura eurounitaria fornita dall’art. 8 della CEDU”, precisando altresì che considerazioni relative alla regolazione dei flussi migratori non dovranno condizionare l’attività dell’interprete, laddove essa si confronta con un diritto fondamentale come quello all’unità familiare”. In particolare, decidendo sul ricorso proposto da un cittadino pakistano, riconosciuto rifugiato politico, che aveva richiesto il ricongiungimento familiare della madre, residente nel paese d’origine, sessantunenne e convivente con altro figlio, studente e non economicamente autosufficiente, il quale aveva dedotto di provvedere al sostentamento di entrambi i familiari — ha affermato che le due ipotesi alternativamente previste dall’art. 29, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 286 del 1998, lette alla luce dell’art. 8 CEDU e secondo i principi contenuti nella direttiva 2003/86/CE, devono essere interpretate

nel senso che, dove la norma prevede che lo straniero possa richiedere il ricongiungimento “di genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel paese di origine o di provenienza”, debba intendersi che tali figli con loro conviventi siano in grado di provvedere al loro sostentamento economico, e che ove la norma prevede la possibilità di richiedere il ricongiungimento per i “genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute”, debba intendersi anche “quando non siano a carico del rifugiato”, dovendosi ritenere che il principio generale del diritto al ricongiungimento familiare sia prevalente sempre che non sussistano le ragioni impeditive di cui all’art. 6 della direttiva 2003/86/CE, legate a ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica o sanità pubblica.

L’art. 29 del D.Lgs. n. 286 del 1998 riconosce il diritto di chiedere il ricongiungimento per il coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni, per i figli minori, anche del coniuge o nati fuori dal matrimonio, non coniugati (a condizione che l’altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso), per i figli maggiorenni a carico (qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute, che comporti l’invalidità totale) per i genitori a carico (qualora non abbiano altri figli nel Paese d’origine o di proveniente, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute).

L’art. 29-*bis* del citato d.lgs. disciplina il diritto al ricongiungimento dei familiari dei cittadini stranieri cui sia stato riconosciuto lo *status* di rifugiato politico. Cass. 14.10.2021 n. 28200 ha precisato che le agevolazioni probatorie previste da tale norma non vanno interpretate in senso restrittivo, come destinate alla sola dimostrazione del vincolo familiare, ma devono essere estese anche agli altri elementi che qualificano tale vincolo ai fini del rilascio del visto d’ingresso (come la vivenza a carico e l’assenza di altri figli in patria, in caso di ricongiungimento con un genitore).

La Corte Edu, dopo aver chiarito che l’art. 8 CEDU non implica l’obbligo dello Stato di rispettare la scelta di una coppia di coniugi relativa al luogo in cui stabilire la propria residenza, ha preso in esame il diritto alla vita familiare dei cittadini stranieri con particolare riferimento alle decisioni di rigetto delle domande volte ad ottenere il ricongiungimento familiare, non senza mostrare, come sottolineato da parte della dottrina (7), di aver più volte

---

(7) A. DEL GUERCIO, *Il diritto dei migranti all’unità familiare nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nell’ordinamento dell’Unione europea*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N.

privilegiato le prerogative statuali a discapito dei diritti delle persone coinvolte.

Cass. 17.4.2019 n. 10785, espressamente richiamando i principi affermati dalla Corte Edu nelle pronunce *Gul c. Svizzera* e *Hamidovic c. Italia*, ha affermato che in una causa che riguarda la vita familiare e l'immigrazione, l'ampiezza degli obblighi per lo Stato di ammettere sul suo territorio congiunti delle persone che vi risiedono varia in funzione della particolare situazione delle persone coinvolte e dell'interesse generale dello Stato.

Nel bilanciamento tra diritto alla vita familiare dei soggetti coinvolti e l'interesse generale dello Stato di controllare l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio, secondo la consolidata giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, devono essere presi in considerazione i seguenti fattori: la tempestività della domanda di ricongiungimento, l'età dei figli e il bisogno degli stessi di essere accuditi dal genitore, la solidità dei legami linguistici e culturali del figlio nel paese d'origine e la possibilità per il cittadino straniero di sviluppare la propria vita familiare nel paese d'origine (tale ultimo criterio, ad avviso di attenta dottrina<sup>(8)</sup>, solleva alcune perplessità in quanto pone il cittadino straniero di fronte alla scelta "irragionevole" tra la propria vita familiare e la posizione economica e sociale raggiunta in seguito all'esperienza migratoria).

Nella sentenza *Sen c. Paesi Bassi*<sup>(9)</sup> (ricorso proposto da due cittadini turchi avverso il diniego del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, richiesto per la propria figlia, inizialmente lasciata nel paese d'origine, dopo che gli stessi si erano trasferiti nei Paesi Bassi ed avevano avuto altri due figli), la Corte Edu ha sottolineato come, pur in presenza di forti legami familiari e culturali che la prima figlia aveva con la Turchia, il ritorno del nucleo familiare nel paese d'origine avrebbe determinato un totale sradicamento dei due figli più piccoli, ormai inseriti nell'ambiente sociale e nella cultura olandese e del tutto privi di legami con il paese d'origine dei genitori.

Nella successiva pronuncia *Berisha c. Svizzera*<sup>(10)</sup> — relativa ad una coppia di cittadini kosovari residenti in Svizzera, insieme alla quarta figlia, i quali, dopo aver fatto entrare illegalmente i tre figli, inizialmente rimasti nel Paese d'origine, si erano visti negare il permesso di soggiorno per ricongiun-

---

NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, 387 e ss.

<sup>(8)</sup> C. FAVILLI, M. FERRI, *Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art 8 Cedu e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, cit.

<sup>(9)</sup> *Sen c. Paesi Bassi*, ric. n. 31465/96, 21.12.2011.

<sup>(10)</sup> *Berisha c. Svizzera*, ricorso n. 948/12, 30.7.2013.

gimento familiare — la Corte Edu, attribuendo un’importanza minore al principio del *best interest* della bambina più piccola, nonché il rapporto di dipendenza esistente tra i due figli maggiori ed i genitori, ha ritenuto che le autorità svizzere, anche in considerazione dei forti legami linguistici e sociali dei figli con il Paese d’origine e l’età degli stessi (rispettivamente 19 e 17 anni) avessero un bilanciamento corretto.

Cass. 28.10.2020 n. 23720, richiamando la giurisprudenza della Corte Edu, ha affermato che l’art. 8 Cedu impone allo Stato, ove sia in concreto accertata l’esistenza di un legame familiare, il dovere di agire in modo da permettere a questo legame di svilupparsi. In particolare, è stato chiarito come il giudice del merito, nel valutare la situazione di vulnerabilità dello straniero alla stregua di un simile dovere internazionale, sia chiamato a prendere concretamente in esame l’esistenza e le caratteristiche del rapporto familiare. Nell’effettuare un simile bilanciamento il giudice del merito deve tener conto, tra l’altro, di fattori quali la portata del danno che avrebbe subito effettivamente la vita familiare in caso di rimpatrio del migrante e l’importanza dei legami esistenti nello Stato contraente, da un lato, e il controllo dell’immigrazione o considerazioni di ordine pubblico che avessero fatto pendere per l’esclusione di tale diritto, dall’altro.

Sul tema del ricongiungimento familiare si è pronunciata più volte anche la Corte di giustizia <sup>(11)</sup> precisando che la direttiva 2003/86/CE impone agli Stati membri, in casi specifici, di autorizzare il ricongiungimento familiare di alcuni membri della famiglia del garante, richiedendo agli Stati di garantire che il ricongiungimento familiare sia la norma generale. I giudici di Lussemburgo hanno poi chiarito che il margine di valutazione della direttiva dovrebbe “essere interpretato in modo restrittivo”.

Con riferimento all’individuazione dei componenti della famiglia in favore dei quali può essere chiesto il ricongiungimento familiare, la Corte Edu ha da tempo riconosciuto che può esistere una vita familiare anche tra fratelli <sup>(12)</sup>, tra zii e nipoti <sup>(13)</sup> e tra nonni e nipoti <sup>(14)</sup> (pur precisando, altresì, che, secondo l’approccio tradizionale, tali relazioni possano essere ricondotte più propriamente nella “vita privata”).

<sup>(11)</sup> EP contro Consiglio dell’Unione europea, C-540/03, CGUE, 27 giugno 2006; *Chakroun c. Ministero Buitenlandse Zaken*, CGUE, C-578/08, 4 marzo 2010; O. e S. e L., C-356/11 e C-357/11, CGUE, 6 dicembre 2012; *TB c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-519/18, CGUE, 12 dicembre 2019; *K. e B. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, CGUE, C-380/17, 7 novembre 2018.

<sup>(12)</sup> *Boughanemi v. France*, 24 April 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II.

<sup>(13)</sup> *Boyle v. the United Kingdom*, 28 February 1994, Series A no. 282-B.

<sup>(14)</sup> *T.S. and J.J. v. Norway* (dec.), no 15633/15, 11 October 2016.



In merito alla relazione tra fratelli, Cass. 8.3.2020 n. 7427 <sup>(15)</sup> (sebbene relativa ad un ricorso proposto *ex art.* 28 d.p.r. n. 394 del 1999, relativo al permesso di soggiorno per motivi familiari nei confronti di stranieri che si trovino nelle documentate circostanze di cui all'art. 19, comma 2, lett. c. del D.lgs. n. 286 del 1998) ha affermato che i fratelli entrambi maggiorenni non rientrano nella nozione di famiglia rilevante ai fini del ricongiungimento familiare, precisando che, sebbene *“il concetto di “vita familiare”, nella recente interpretazione della Corte EDU è stato esteso, tanto da farvi rientrare anche situazioni di comunione affettiva di persone anche non progressivamente legate da un vincolo giuridico (come, ad esempio, l’unione di fatto di coppia omosessuale)”* la relazione tra due fratelli entrambi maggiorenni, tra i quali non si sia neppure instaurata una convivenza, non rientri nella nozione di “vita familiare”, occorrendo, a tal fine, la prova rigorosa di legami personali effettivi, ovvero di una concreta condivisione della vita in comune.

In merito al requisito del matrimonio, la Corte Edu (Concetta Schembri c. Malta, n. 66297/13, 19 settembre 2017) ha affermato che un matrimonio contratto esclusivamente per ragioni di convenienza non rientra nella nozione di “famiglia” riconosciuta e tutelata dall'art. 8 CEDU, precisando che, tuttavia, il matrimonio dopo il trasferimento dal paese di origine dovrebbe in linea di principio essere protetto dal diritto alla vita familiare e quelle coppie non dovrebbero essere discriminate rispetto alle coppie formate prima della partenza dal paese di origine, qualora il loro legame affettivo sia effettivo e non artefatto e concordato a soli fini di rilascio del permesso di soggiorno.

Sebbene senza un richiamo esplicito a tale decisione, la S.C. si muove nel solco dei principi affermati dalla Corte Edu, e, chiamata a decidere sul ricorso proposto da un cittadino eritreo avverso il diniego di visto di ingresso per ricongiungimento familiare in favore di sua moglie, disposto dall'Ambasciata italiana di Addis Abeba sull'assunto che il matrimonio fosse stato contratto al solo scopo di consentire alla signora l'ingresso in Italia, ai sensi dell'art. 29, comma 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ha affermato che l'autorità consolare italiana non può negare il visto di ingresso sul territorio nazionale al cittadino straniero che lo domandi al fine di attuare il ricongiungimento familiare al coniuge, in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto in mancanza di precedenti rapporti tra gli sposi, ed è stato concordato tra le loro famiglie, perché queste circostanze non escludono il fine tipico del matrimonio, consistente nell'intento dei coniugi di formare una famiglia propria, potendo essere negato il visto d'ingresso solo in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto al fine

---

<sup>(15)</sup> Con motivazioni condivise anche da Cass. 30.3.2022 n. 10217.

esclusivo di consentire al richiedente di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato (Cass. 9.2.2018 n. 3234).

## 2.2. *La rilevanza dei legami familiari come limite all'espulsione*

In via generale non pare inutile osservare come l'art. 8 Cedu protegga non solo la vita familiare, ma anche la "vita privata", intesa come il diritto del cittadino straniero di stabilire e sviluppare relazioni con altri essere umani ed il mondo esterno <sup>(16)</sup>, attraverso le quali si sviluppa la propria identità sociale. Dipenderà, pertanto, dalle circostanze del caso concreto valutare se l'eventuale ingerenza rappresentata dalla misura dell'allontanamento della comunità nella quale il cittadino straniero si è stabilito costituisca una violazione del diritto alla vita privata o alla vita familiare <sup>(17)</sup>.

L'esame dei principi affermati dalla Corte Edu in merito alla rilevanza dei legami familiari come limite all'espulsione — principi da esaminare sempre in considerazione del caso di specie portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo, dal quale si ricavano elementi di fatto indispensabili per la comprensione del principio generale affermato — deve essere condotto distinguendo il caso in cui la vita familiare (considerata sia in via esclusiva, sia unitamente alla diversa fattispecie della "vita privata") sia stata realizzata da cittadini stranieri già stabilmente residenti in uno stato membro ("*settled migrants*") da quello in cui, invece, vengono in rilievo legami familiari intessuti da un cittadino privo di un regolare titolo di soggiorno.

Con riferimento alla prima fattispecie, occorre prendere le mosse dai noti criteri *Boultif* (affermati dalla Corte Edu nella sentenza del 2.8.2001 <sup>(18)</sup>, ric. n. 54273/00 proposto da un cittadino algerino che, dopo il trasferimento in Svizzera ed il matrimonio con una cittadina svizzera, era stato oggetto di un provvedimento di allontanamento da parte delle autorità nazionali, a seguito di una condanna per furto aggravato). Per valutare se la misura dell'espulsione possa ritenersi necessaria in una società democratica e proporzionata al suo scopo legittimo, e, dunque, se il provvedimento di espulsione sia espressione di un adeguato bilanciamento tra l'interesse dello Stato a tutelare l'ordine pubblico e il diritto dell'espellendo all'unità familiare, la

---

<sup>(16)</sup> *Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02, par. 61.

<sup>(17)</sup> *Uner c. Paesi Bassi*, sentenza del 18 ottobre 2006 (ric. n. 46410/99), Grande Camera (principi che hanno trovato conferma nella successiva *Udeh v. Switzerland*, sentenza del 16 aprile 2013, ricorso n. 12020/09).

<sup>(18)</sup> I detti criteri sono stati ribaditi anche nelle successive: I criteri sono stati richiamati da: *Cherif v. Italy*, App. No. 1860/07, sentenza 7 aprile 2009; *Hamidovic v. Italy*, App. No. 31956/05, sentenza 4 dicembre 2012; *Ejimson v. Germany*, App. No. 58681/12, sentenza 1° marzo 2018; *Unuane v. the United Kingdom*, App. No. 80343/17, sentenza 24 novembre 2020.

Corte ha precisato che occorre tenere conto dei seguenti criteri: 1) la natura e la gravità dell'infrazione commessa dal ricorrente; 2) la durata del suo soggiorno nel paese dal quale dovrà essere espulso; 3) la condotta del ricorrente nel periodo che decorre dalla commissione del reato; 4) la nazionalità delle persone coinvolte, la situazione familiare del ricorrente (durata del matrimonio, e altri elementi che attestino il carattere effettivo della vita di coppia e che consentano di sapere se il coniuge fosse o meno al corrente del reato all'inizio della relazione; la nascita di figli ed eventualmente la loro età); 5) la gravità delle difficoltà che rischia di incontrare il coniuge nel paese d'origine del suo sposo (benché tale elemento non viene comunque ritenuto sufficiente ad escludere l'espulsione).

I predetti criteri sono stati poi ulteriormente esplicitati dalla Corte Edu nella sentenza della Grande Camera *Uner c. Paesi Bassi* <sup>(19)</sup> ove, a differenza del caso *Boultif*, in cui l'espulsione avrebbe determinato effetti negativi solo sulla vita familiare del ricorrente e della di lui moglie, si sono dovute valutare le conseguenze che la decisione di espulsione avrebbe determinato sui figli minorenni del cittadino straniero espellendo (il ricorso, infatti, è stato promosso da un cittadino turco, immigrato nei Paesi Bassi all'età di 12 anni, in seguito ad un ricongiungimento familiare e titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato: dopo aver sposato una donna olandese ed avere avuto due figli, è stato condannato a sette anni di reclusione per omicidio preterintenzionale ed espulso dopo i primi quattro anni di detenzione): in particolare i giudici di Strasburgo hanno precisato come si debba tenere conto dell'interesse superiore e del benessere dei bambini, avuto riguardo alla gravità delle difficoltà che i figli potrebbero incontrare nel paese in cui il richiedente deve essere espulso e della solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospitante e con il Paese di destinazione.

Il principio del *best interest of the child* ha poi trovato puntuale applicazione anche in riferimento alle ipotesi in cui l'espulsione riguardi direttamente un minore e una persona ormai divenuta maggiorenne, attinta da tale provvedimento in ragione di reati commessi quando non aveva ancora raggiunto la maggiore età. In particolare, nella sentenza *Maslov c. Austria* <sup>(20)</sup> (Maslov, cittadino bulgaro legalmente residente in Austria, in seguito a diverse condanne penali per reati commessi quando era ancora minorenne, si è visto imporre un divieto di residenza per dieci anni sul territorio nazionale) i giudici di Strasburgo, dopo aver richiamato la Convenzione delle

---

<sup>(19)</sup> *Uner c. Paesi Bassi*, cit.

<sup>(20)</sup> *Maslov c. Austria*, sentenza del 23 giugno 2008 (ric. n. 1638/03), (principi ribaditi nelle successive *Osman v. Denmark*, sentenza 14 giugno 2011, ric. n. 38058/09, e *Zakbarchuk v. Russia*, sentenza 17 dicembre 2019, ric. n. 2967/12).

Nazioni Unite per i diritti del fanciullo, hanno precisato che il principio del *best interest of the child* assume rilievo anche ai fini di valutare la natura e la gravità dei reati commessi da minorenni, giungendo così ad affermare che l'espulsione di un cittadino straniero c.d. di seconda generazione può considerarsi legittima solo in presenza di “*very serious reasons*” (21), specialmente quando il reato all'origine della misura di espulsione sia stato commesso in giovane età.

Laddove, invece, il cittadino straniero non abbia ancora costituito, nello stato di accoglienza, una vita familiare, la Corte Edu, nella sentenza pronunciata nel caso *Benhebbba c. Francia*, sentenza del 10 luglio 2003 (22), ricorso n. 53441/99 (nel caso in esame era stato disposto l'allontanamento nei confronti di un cittadino algerino, giunto in Francia all'età di due anni che, al momento dell'espulsione, non aveva un suo nucleo familiare in tale paese) ha precisato che possono trovare applicazione solo i primi tre criteri sopra indicati, tenendo però altresì conto dei legami personali presenti nello stato di accoglienza (ove il cittadino straniero ha costruito la propria identità personale e sociale) rispetto a quanto presente nel paese d'origine, con cui, spesso, egli non ha più alcun legame.

Nelle diverse fattispecie in cui il diritto all'unità familiare sia invocato da un cittadino straniero non regolarmente soggiornante, la Corte Edu ha indicato i seguenti criteri: l'entità dei legami familiari esistenti nello Stato di accoglienza e la presenza di ostacoli insormontabili alla creazione di una vita familiare altrove; le ragioni di ordine pubblico o le pregresse e reiterate violazioni delle norme in materia di immigrazione da parte del ricorrente; la circostanza che i legami familiari siano stati costituiti in un momento in cui le persone coinvolte erano consapevoli della precarietà di tale relazione, conseguente alla non stabilità della presenza all'interno dello Stato da parte delle persone interessate. Ove si versi in tale ultima ipotesi, l'allontanamento può configurare una violazione del diritto alla vita familiare solo in presenza di “circostanze eccezionali”.

I principi in esame sono stati affermati per la prima volta dalla Corte nella sentenza *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Paesi Bassi*, ric. n. 50435/99, 31.1.2006 (ricorso proposto da una cittadina brasiliana che, dopo essere entrata nei Paesi Bassi con un visto turistico, aveva illegalmente prolungato

(21) *Maslov c. Austria*, cit. par. 75.

(22) Tali principi trovano poi ulteriore conferma nelle seguenti pronunce: Il principio è stato ripreso da *Emre v. Switzerland*, App. No. 42034/04, sentenza 22 maggio 2008; *Samsonnikov v. Estonia*, App. No. 52178/10, sentenza 3 luglio 2012; *Bajsultanov v. Austria*, App. No. 54131/10, sentenza 12 giugno 2012; *Shala v. Switzerland*, App. No. 52873/09, sentenza 15 novembre 2012; *Kissiwa Koffi v. Switzerland*, App. No. 38005/07, sentenza 15 novembre 2012; *Hasanbasic v. Switzerland*, App. No. 52166/09, sentenza 11 giugno 2013.

il proprio soggiorno ed aveva poi avuto una figlia con un cittadino olandese): nel caso in esame i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto particolare rilievo alle gravi conseguenze che il provvedimento di allontanamento avrebbe determinato sulla responsabilità della donna nei confronti della figlia e sulla vita familiare di quest'ultima.

Nella successiva pronuncia *Nunez c. Norvegia* <sup>(23)</sup> (il ricorso era stato proposto da una cittadina della repubblica dominicana, entrata per la prima volta in Norvegia nel gennaio 1996 con un visto turistico e, dopo essere stata arrestata per furto ed espulsa con divieto di reingresso della durata di due anni, utilizzando un passaporto falso era rientrata in Norvegia, aveva contratto matrimonio con un cittadino norvegese, ottenendo poi un permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Dopo la fine del matrimonio, aveva intrecciato una relazione con una connazionale, dalla quale erano nati due figli), la Corte ha richiamato con forza il principio del miglior interesse del minore, declinato, nel caso di specie, nell'attenzione da prestare al grave stress emotivo che le figlie della ricorrente avevano già subito (essendo state affidate dapprima alla madre e, in seguito al provvedimento di espulsione, alla madre) e avrebbero potuto subire nuovamente in ragione dell'incertezza sulla decisione definitiva di allontanamento del genitore (e sui suoi tempi).

Ancora, nella pronuncia *Butt c. Norvegia* <sup>(24)</sup> (espulsione di due fratelli di origini pakistane che, in tenera età, erano giunti in Norvegia con la madre. A seguito della revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari, inizialmente loro rilasciato, i due ragazzi erano stati arrestati per essere espulsi. Stante l'impossibilità di trovare la madre, nel frattempo scomparsa, le autorità avevano deciso di non dare esecuzione al provvedimento di espulsione e i giovani avevano continuato a vivere irregolarmente in Norvegia presso una coppia di zii, riuscendo ad integrarsi nel contesto sociale e culturale locali finché, a seguito della condanna penale di uno dei due, le autorità norvegesi ne avevano disposto l'espulsione), i giudici di Strasburgo, attribuendo rilevanza non solo alla vita familiare, ma anche alla vita privata, hanno affermato l'illegittimità dell'espulsione in considerazione dell'importanza dei legami culturali e sociali costituiti dai due giovani in Norvegia, a fronte dei deboli legami rimasti con il Pakistan e delle « *social and professional difficulties* » cui essi sarebbero andati incontro in caso di rientro nel Paese di origine.

I principi affermati dalla Corte Edu sono stati più volte richiamati, sebbene non sempre attraverso un puntuale rinvio alla specifica decisione, dalla Suprema Corte, che, nella materia in esame, ha fatto riferimento alla

---

<sup>(23)</sup> *Nunez c. Norvegia*, sentenza del 28 giugno 2011 (ricorso n. 55597/09).

<sup>(24)</sup> *Butt c. Norvegia*, sentenza del 14 dicembre 2012 (ricorso n. 47017/09).

nozione di unità familiare disegnata dai giudici di Strasburgo e recepita dal giudice delle leggi.

In premessa, non può non richiamarsi la decisiva sentenza n. 202 del 2013, nella quale la Corte costituzionale, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo — per violazione sia degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., sia dell’art. 8 della CEDU come applicato dalla Corte di Strasburgo, integrante il parametro di cui all’art. 117, primo comma, Cost. — l’art. 5, comma 5, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui, nello stabilire le condizioni per il rilascio, il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno, prevede che la valutazione discrezionale della pericolosità attuale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o al “familiare ricongiunto”, e non anche allo straniero “che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”, ha precisato che “nell’ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari”.

Sin dal 2015, la Corte di cassazione (Cass. 22.7.2015 n. 15362 <sup>(25)</sup>) — chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da madre e figlia, entrambe di origine kosovara, che, opponendosi ai decreti di espulsione emessi dal giudice di pace, avevano invocato il diritto alla vita familiare, in ragione dell’esistenza di forti legami con l’Italia — ha espressamente richiamato la nozione di diritto all’unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all’art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost. (in forza della quale senza distinguere tra vita privata e familiare, trattandosi di estrinsecazioni del medesimo diritto fondamentale tutelato dall’art. 8 cit., che non prevede gradazioni o gerarchie) per poi giungere a censurare il provvedimento impugnato che si era limitato a prendere in esame esclusivamente le condizioni di vita delle ricorrenti straniere in Italia, senza approfondire il rapporto con il paese d’origine e l’esistenza di un legame familiare e di un nucleo, composto dalle medesime ricorrenti, sorto e radicatosi nel territorio dello Stato.

---

<sup>(25)</sup> A medesime conclusioni giunge anche Cass. 2.10.2018, n. 23957, pronunciatasi sul ricorso proposto da un cittadino straniero stabilmente dimorante in Italia sin dal 1991, unitamente alla convivente, ai due figli ed ai quattro nipoti, attinto da un provvedimento di espulsione in seguito al rigetto della domanda di rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari.



Nella sentenza n. 781 del 2019 (Cass. 15.1.2019 n. 781, sul ricorso proposto da un cittadino albanese, convivente con i propri genitori e frequentante un istituto professionale, poi attinto da un provvedimento prefettizio di espulsione per essersi trattenuto nel territorio nazionale oltre il termine di scadenza del titolo di soggiorno), la Corte ha ribadito la necessità di un'attenta valutazione nel caso concreto, da parte del giudice, tenuto a valutare la effettiva consistenza dei legami familiari, "che devono essere particolarmente stretti e che possono essere desunti da vari elementi oggettivi, quali l'esistenza di un rapporto di coniugio e la durata del matrimonio, la nascita di figli e la loro età, la convivenza, altri fattori che testimoniano l'effettività di una vita familiare, la dipendenza economica dei figli maggiorenni e dei genitori, le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione" (tutti i predetti elementi sono richiamati senza un esplicito rinvio a specifiche decisioni della Corte Edu o ai criteri nelle stesse stabiliti). Nella decisione in esame, si precisa come il fine da perseguire sia quello di "interpretare la clausola della coesione familiare, in funzione ostativa dell'espulsione, in modo sistematicamente coerente con il vigente sistema normativo, il quale non esclude l'espellibilità (pur prevedendone l'attuazione con modalità compatibili con le singole situazioni personali) neppure nei casi in cui siano in gioco altri diritti fondamentali della persona di pari, se non superiore, rango (art. 19, comma 2-*bis*), oltre a riconoscere il diritto all'unità familiare « alle condizioni previste dal presente testo unico » (art. 28, comma 1, e cfr. art. 29, comma 3)".

Sulla necessità di valutare le specificità del caso concreto, torna anche Cass. 19.6.2020 n. 11955 che — chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un cittadino della Guinea Bissau, padre di un minore, residente in altra regione italiana (unitamente alla madre, dalla quale il ricorrente si era separato) con il quale intratteneva contatti telefonici —, pur limitandosi ad un generico riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu richiamata dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 202 del 2013 (e, dunque, senza rinviare ai criteri elaborati dai giudici di Lussemburgo in applicazione del principio del *best interest of the child*), ha di fatto compiuto un'applicazione dei predetti criteri ed ha ribadito come occorre valutare le conseguenze negative che l'espulsione provocherebbe in merito alla "definitiva compressione della relazione affettiva", soprattutto in un caso in cui la distanza tra il paese d'origine del ricorrente ed il luogo di residenza del minore rappresenta un elemento che condiziona la stessa possibilità di mantenere in vita il rapporto tra padre e figlio.

La concreta valorizzazione degli elementi relativi alla relazione tra genitore e figlio è al centro della decisione della Suprema Corte nell'ordinanza 23.6.2022 n. 20300 (resa in esito al ricorso proposto da un cittadino

straniero, padre di un minore residente in Italia, titolare di un permesso di soggiorno scaduto nel 2004, il quale si era trattenuto sul territorio nazionale senza avviare alcuna pratica per il rinnovo di detto permesso e senza chiedere il rilascio di un permesso per coesione familiare ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 286/1998), ove si afferma come tale valutazione, nella giurisprudenza di legittimità, sia stata ritenuta preminente rispetto ad altri elementi (quali la durata del soggiorno e l'integrazione sociale nel territorio nazionale del richiedente) considerati "suppletivi". Questa considerazione ha portato la Corte ad affermare che il giudice di merito è tenuto ad una motivazione "aderente alle emergenze istruttorie ed al di sopra della sufficienza costituzionale sia sotto il profilo logico che contenutistico e, cioè, ispirata alla piena adesione ai principi costituzionali e sovranazionali in materia di tutela della genitorialità e, correlativamente, del diritto del minore a non perdere con il genitore non convivente quella relazione affettiva che, pur resa difficile dalla lontananza, contiene potenzialità che si evolvono durante il percorso di crescita e che l'ordinamento, anche sovranazionale, tutela".

### 2.2.1. *In particolare, il giudizio di bilanciamento con la pericolosità sociale*

Con specifico riferimento alle ragioni tipizzate che giustificano l'ingenuità nella vita privata e familiare — in particolare la "difesa dell'ordine" e la "prevenzione di reati" (art. 8, comma 2, Cedu), nella sentenza del 14.2.2019 <sup>(26)</sup> (pronunciata sul ricorso proposto da un cittadino marocchino che, a seguito di ricongiungimento familiare, aveva fatto ingresso in Italia nel 1989 e, dopo aver conseguito un permesso di soggiorno per motivi familiari nel 1996, aveva commesso reati di furto aggravato, rapina, ricettazione e porto abusivo di armi, come risultava dal certificato del casellario giudiziale, nel quale venivano riportate 19 iscrizioni) la Corte Edu ha escluso la violazione dell'art 8 sottolineando la tendenza manifesta e crescente del soggetto alla recidiva, e precisando come, proprio in ragione del "percorso delittuoso, dell'uso corrente di stupefacenti e della sua apparente incapacità di integrarsi nel mondo del lavoro" le autorità italiane del tutto legittimamente potessero dubitare "della solidità dei suoi legami sociali e culturali nel paese ospitante" (§ 48).

La necessità di valutare in modo specifico la tipologia dei reati commessi dal cittadino straniero ha portato la Corte Edu, nella sentenza del 24.11.2020 <sup>(27)</sup> — pronunciata sul ricorso proposto da un cittadino nige-

<sup>(26)</sup> *Narjis c. Italia*, sentenza del 14 febbraio 2019 (ricorso n. 57433/15).

<sup>(27)</sup> *Unuane c. Regno Unito*, ricorso n. 80343/17.



riano, sposato e con figli minorenni a carico e con lui conviventi, attinto da un ordine di espulsione emesso in seguito alla condanna per falsificazione di un documento di identità — a precisare che il reato di falso non fosse così grave da giustificare l'allontanamento del ricorrente e che non sussistessero ragioni sufficienti, anche in considerazione del rapporto tra padre e figli, per non fare applicazione degli stessi criteri utilizzati nei confronti della moglie.

La Suprema Corte — sebbene chiamata a pronunciarsi sulla diversa domanda volta ad ottenere la protezione speciale da parte di una donna nigeriana, residente in Italia dal 2001, condannata “per la commissione di un reato grave”, così come indicato nella pronuncia della corte territoriale cassata dal giudice di legittimità, con ordinanza del 12.10.2022 n. 29878, ha affermato che se è ben vero che l’inserimento di un migrante all’interno del tessuto sociale del paese ospitante non può che comportare la condivisione dei valori che la comunità nazionale ha posto a suo fondamento e il rispetto del medesimo, occorre comunque considerare che non tutti i reati sono indice di una sime estraneità ai principi cardine della società italiana (con particolare riferimento, ad esempio, a molti casi di reati colposi). Nella decisione in esame, la Suprema Corte ha ribadito la necessità che il giudice di merito, ove intenda sostenere che la commissione di un reato dimostri il mancato inserimento del migrante nel contesto sociale italiano, spieghi quali perché quello specifico reato sia espressivo di una condotta di vita in contrasto con i valori fondanti del vivere civile italiano, tenendo anche conto dell’epoca di commissione del reato e delle vicende personali successive.

Il Giudice delle leggi (nella richiamata sentenza n. 202 del 2013) ha poi ulteriormente precisato come la “tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati”.

La necessità di una valutazione ponderata ed attuale e l’esclusione di ogni automatismo è stata poi ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità, non sempre in forza di un puntuale richiamo alla giurisprudenza della Corte Edu.

Cass. 12.1.2018 n. 701 ha affermato che il divieto di espulsione dello straniero convivente con parente entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, stabilito all’art. 19, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998, e il conseguente obbligo di rilascio del permesso di soggiorno per coesione familiare, possono essere derogati, anche in sede di rinnovo, esclusivamente se ricorrono le condizioni ostative contenute nell’art. 13,

comma 1, del d.lgs. cit., consistenti in “motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato”, oggetto di specifica valutazione del Questore in sede di diniego di rilascio e, successivamente, del giudice eventualmente adito, non essendo sufficiente, a tal fine, invocare i precedenti penali e la frequentazione di pregiudicati, atteso che tali elementi di fatto possono essere idonei ad integrare le “ragioni di sicurezza” poste a base dei provvedimenti di allontanamento di un cittadino comunitario *ex art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007*, ma non le più restrittive condizioni previste nel citato art. 13.

Con riferimento ai presupposti per disporre l'espulsione in ragione dell'asserita pericolosità sociale, *ex art. 13, comma 2, lett. c)*, del d.lgs. n. 286 del 1998, Cass. 21.1.2020 ha ribadito che la valutazione della sussistenza del requisito della pericolosità sociale dello straniero deve essere effettuata in concreto e all'attualità, non prevedendo l'art. 4, comma 3, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 una presunzione idonea a precludere automaticamente il soggiorno sul territorio nazionale.

Nel solco di tale orientamento si pone Cass. 27.7.2022 n. 23423: nella decisione in esame la Suprema Corte ha ribadito come il Giudice di pace, chiamato a valutare la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 13, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 286 del 1998, al fine di verificare l'appartenenza dello straniero ad una delle categorie di persone pericolose indicate dalla predetta norma, non possa limitarsi alla valutazione dei suoi precedenti penali, ma debba compiere il suo esame in base ad un accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni, estendendo il suo giudizio anche all'esame complessivo della personalità dello straniero, desunta dalla sua condotta di vita e dalle manifestazioni sociali nelle quali quest'ultima si articola, verificando in concreto l'attualità della pericolosità sociale. In particolare, nel caso portato all'attenzione della Corte, il Giudice di pace si era limitato a richiamare i precedenti penali del ricorrente (un'unica condanna per i reati di resistenza a pubblico ufficiale e violenza sessuale, ipotesi minore gravità *ex art. 609-bis c. 3 c.p.*) senza valutare né il successivo comportamento tenuto dal cittadino straniero (il quale non aveva riportato altre condanne) né la decisione della Corte d'Appello che aveva ridotto la pena da tre a due anni di reclusione, applicando i benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione.

2.3. *L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero (art. 31, comma 3, del D. lgs. n. 286 del 1998)*

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Edu <sup>(28)</sup>, il godimento da parte del genitore e del figlio della reciproca compagnia costituisce un elemento fondamentale della vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione (anche qualora la relazione tra i genitori si sia interrotta) e le misure interne che ostacolano tale godimento costituiscono un'ingerenza nel diritto tutelato dall'articolo 8 della Convenzione.

Tanto premesso, laddove all'esigenza di coesione familiare si accompagni il pericolo di un pregiudizio per lo sviluppo psicofisico del minore (derivante dall'allontanamento dei genitori), sussistono i presupposti per il rilascio della temporanea autorizzazione prevista dall'art. 31, comma 3, del D.lgs. n. 286 del 1998. Come chiarito da Cass. SS.UU. 12.6.2019 n. 15750, tale autorizzazione costituisce una misura incisiva a tutela e protezione del diritto fondamentale del minore a vivere con i genitori, mentre l'interesse del familiare ad ottenere tale autorizzazione riceve tutela solo in via riflessa, ovvero nella misura in cui sia funzionale a salvaguardare lo sviluppo psicofisico del minore, che rappresenta il bene giuridico protetto dalla norma. Più di recente la Corte (Cass. 11.2.2022 n. 4496) ha precisato che, ai fini del rilascio di tale autorizzazione temporanea, non è sufficiente l'esigenza di tutelare la coesione familiare, ma è necessaria l'allegazione di un concreto pregiudizio che i minori rischino di subire per effetto dell'allontanamento del genitore.

Ancora in punto di allegazione, Cass. 6.9.2021 n. 24039 ha precisato che la speciale autorizzazione in esame è subordinata alla puntuale allegazione e dimostrazione della sussistenza dei gravi motivi per lo sviluppo psicofisico del minore solo qualora la famiglia non sia ancora presente nel territorio nazionale, mentre quando essa è già presente deve ritenersi operante la presunzione di radicamento del minore nel suo ambiente nativo, salvo prova contrario: in quest'ultimo caso, i gravi motivi idonei a giustificare l'autorizzazione temporanea possono essere collegati all'alterazione di tale ambiente conseguente alla perdita della vicinanza con la figura genitoriale ovvero al repentino trasferimento in altro contesto territoriale e sociale.

La temporanea autorizzazione non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno

---

<sup>(28)</sup> Corte Edu, *Monory c. Romania e Ungheria*, n. 71099/01; Corte Edu, *Zorica Jovanović c. Serbia*, n. 21794/08, CEDU 2013.

effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psicofisico, deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto. Deve trattarsi tuttavia di situazioni non di lunga o indeterminabile durata e non caratterizzate da tendenziale stabilità che, pur non prestandosi ad essere catalogate o standardizzate, si concretino in eventi traumatici e non prevedibili che trascendano il normale disagio dovuto al proprio rimpatrio o a quello di un familiare. (Cass. SS.UU. 25.10.2010 n. 21799).

È stato poi affermato (Cass. 29.1.2016, n. 1824; Cass., 5.3.2018, n. 5084) che la valutazione del danno conseguente all'allontanamento dei genitori e allo sradicamento del minore deve essere fondata su un giudizio prognostico che non trascuri l'età del minore, il grado di radicamento nel nostro Paese, in relazione anche alla durata del soggiorno, e le prospettive di concrete possibilità di rapporto con i genitori nell'ipotesi di rimpatrio dei medesimi.

Cass. 12.7.2021 n. 19797 ha poi precisato che la vulnerabilità di minori nati in Italia ed integrati nel tessuto socio-territoriale e nei percorsi scolastici deve essere presunta, in applicazione dei criteri di rilevanza decrescente dell'età, per i minori in età prescolare, e di rilevanza crescente del grado di integrazione, per i minori in età scolare, con la conseguenza che detta vulnerabilità debba essere ritenuta prevalente, sino a prova contraria, rispetto alle norme regolanti il diritto di ingresso e soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale.

Con riferimento al bilanciamento tra diritto alla vita familiare del minore che dall'allontanamento del genitore subirebbe un danno e pubblica sicurezza, Cass. 12.6.2019 n. 15750, anche all'esito di un attento richiamo alla giurisprudenza della Corte Edu (in particolare alla sentenza 2 novembre 2001, *Boultif C. Svizzera*; sentenza della Grande Camera 18 ottobre 2006, *Uner C. Paesi Bassi*; sentenza 7 aprile 2009, *Cherif e altri c. Italia*; sentenza 4 dicembre 2012, *Hamidovic c. Italia*) ha affermato che in tema di autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero che si trova nel territorio italiano, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, il diniego non può essere fatto derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per uno dei reati che lo stesso testo unico considera ostativi all'ingresso o al soggiorno dello straniero. Tanto premesso, le Sezioni Unite hanno precisato che tale condanna è destinata comunque a rilevare, al pari delle attività incompatibili con la permanenza in Italia, in quanto suscettibile di costituire una minaccia concreta ed attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e può condurre al rigetto della istanza di autorizzazione all'esito di un esame circostanziato del caso e di un bilanciamento con l'interesse del minore, al quale la detta norma, in presenza di gravi

motivi connessi con lo sviluppo psicofisico, attribuisce valore prioritario ma non assoluto.

### **3. Il diritto all'unità familiare del cittadino dell'Unione europea ed italiano in relazione al familiare di Paese terzo**

Al cittadino di Paese terzo che abbia un legame familiare stabile con un cittadino dell'Unione o con un cittadino italiano si applica la disciplina contenuta nella Direttiva 2004/38/CE e nel D.lgs. 6.2.2007 n. 30, a prescindere dal possesso di un autonomo titolo di soggiorno. Il familiare, trascorsi tre mesi dell'ingresso in Italia, al diritto di ottenere una "carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione" con validità di cinque anni (art. 10 del D.lgs. 30 del 2007) e, successivamente, una "carta di soggiorno permanente" (art. 17 del D.lgs. appena citato). La richiesta di tale documento, tuttavia, non incide sul diritto di soggiorno, con la conseguenza che la "qualità di beneficiario dei diritti può essere attestata con qualsiasi altro mezzo di prova" (art. 19, comma 4, del citato D.lgs.).

Sul contenuto dei diritti di cui godono coloro che sono in possesso dei requisiti per ottenere la carta di soggiorno, si è soffermata Cass. 30.6.2022 n. 20856, decidendo sul ricorso proposto da un cittadino brasiliano, in possesso dei requisiti per ottenere la predetta carta di soggiorno (in quanto figlio infraventunenne di una cittadina di un paese terzo coniugata regolarmente con un cittadino italiano e pacificamente divenuta da tempo cittadina italiana per matrimonio) avverso il provvedimento di diniego emesso in ragione del fatto che il ricorrente, in sede amministrativa, si era limitato a chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari e non invece la carta di soggiorno. Nella decisione in esame la Suprema Corte, dopo aver ricordato che, come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 25 luglio 2008, *Blaise e altri*, relativa alla causa C-127/08, "i cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, ricavano dalla direttiva 2004/38 il diritto di raggiungere il detto cittadino dell'Unione nello Stato membro ospitante, a prescindere dal fatto che quest'ultimo si sia stabilito ivi prima di o dopo aver costituito una famiglia" (punto 90), ha precisato che la carta di soggiorno attribuisce al titolare dei diritti di gran lunga più incisivi di quelli di un comune permesso di soggiorno per motivi familiari o umanitari. Da tale premessa, i giudici di legittimità hanno concluso — interpretando l'art. 10 del D.lgs. n. 30 del 2007 "in modo conforme all'impianto della normativa UE in materia (volta ad assicurare in modo sostanziale il diritto all'unità familiare)" — che nei giudizi in esame il giudice può attribuire una qualunque forma di protezione ritenga adeguata ai fatti allegati dell'interessato, riguardando tale facoltà anche la fase amministrativa del procedimento, sulla base

del ruolo attivo di cooperazione istruttoria svolto dalle diverse autorità — amministrative e giurisdizionali — nell'individuare la tipologia di misura di protezione adottabile in concreto, e senza che il riconoscimento di un diritto fondamentale e autodeterminato, come quello in esame, possa essere escluso dando prevalenza a meri formalismi.

### 3.1. *Le categorie di persone comprese nella nozione di “familiare”*

La Direttiva 2004/38/CE e il D.lgs. n. 30 del 2007 riconoscono diritti di tipo diverso in ragione della categoria di familiari che invocano tali diritti. In particolare, ai familiari di cui all'art. 2 è riconosciuto un diritto pieno di ingresso e soggiorno nello Stato membro ospitante, mentre per i familiari di cui all'art. 3, l'ingresso e il soggiorno è solo “agevolato”.

Nei familiari di cui all'art. 2 sono compresi il “coniuge” del cittadino dell'Unione, ma anche il “*partner* che abbia contratto con detto cittadino un'unione registrata sulla base della legislazione dello Stato membro, qualora la registrazione dello Stato ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante” (art. 2, p. 2, lett. *b*) del D.lgs. n. 30 del 2007).

#### 3.1.1. *I matrimoni e le unioni registrate contratte tra persone dello stesso sesso*

In via generale non pare inutile ricordare che la Corte Edu, nella sentenza *Orlandi e altri c. Italia* <sup>(29)</sup> (giunta dopo le note sentenze *Oliari e altri c. Italia* e *Taddeucci McCall c. Italia*) ha accertato che l'Italia ha violato il diritto alla vita privata e familiare di undici cittadini italiani ed uno canadese (sei coppie di coniugi dello stesso sesso) negando reiteratamente la trascrizione nei propri registri di stato civile dei rispettivi matrimoni legalmente celebrati all'estero. A parere della Corte, tale prassi ha infatti lasciato per anni le unioni di queste persone prive di alcun riconoscimento formale e dunque di un'adeguata protezione giuridica, determinando, altresì, l'insorgere di una serie di ostacoli nella loro vita quotidiana tali da minare l'effettivo godimento dello status coniugale precedentemente acquisito. A seguito dell'introduzione della disciplina sulle unioni civili (l. 20.5.2016 n. 76), la Corte Edu ha ritenuto sufficiente tale strumento di tutela, rimettendo al margine di apprezzamento degli Stati contraenti l'estensione alle coppie dello stesso sesso della possibilità di contrarre matrimonio.

---

<sup>(29)</sup> Causa *Francesca Orlandi e altri c. Italia* – Prima sezione – sentenza 14 dicembre 2017 (ricorsi nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12).

La questione relativa alla possibilità di ricomprendere nella nozione di “coniuge” anche il coniuge dello stesso sesso, in quei casi in cui la diversità della legislazione tra i Paesi membri comporta una diversa estensione del diritto al ricongiungimento familiare, è stata risolta dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Coman e a.* del 65.6.2018 (causa C-673/16). Nel caso in esame il ricorrente, cittadino rumeno e americano ed il suo coniuge, cittadino americano, dopo aver contratto matrimonio in Belgio avevano deciso di trasferirsi in Romania, ma le autorità avevano negato il riconoscimento del matrimonio. I giudici di Lussemburgo hanno affermato che la nozione di coniuge “è neutra dal punto di vista del genere”, con la conseguenza che la qualificazione di “coniuge” non può essere utilizzata la libera circolazione e, dunque, il ricongiungimento familiare nel proprio territorio. Le argomentazioni della sentenza *Coman* sono state recentemente ribadite dai giudici di Lussemburgo nella sentenza del 14.12.2021, *V.M.A. c.c. Stolichna obshtina* (causa C-490-20) <sup>(30)</sup>, laddove la Corte di giustizia riconosce, da un lato, l’obbligo dello Stato membro di cittadinanza del minore di rilasciargli un documento di identità, senza che sia necessario che le sue autorità nazionali emanino previamente un altro atto di nascita e, dall’altro, l’obbligo per gli Stati membri di riconoscere il documento formato nello Stato membro ospitante che consente al minore di esercitare con ciascuna delle persone in esso indicate “il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri”.

Cass. 15.3.2012 n. 4184 aveva chiarito che 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. In particolare i giudici di legittimità, richiamando l’art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, come evolutivamente interpretato dalla Corte di Strasburgo (sentenza del 24 giugno 2010, “Schalk e Kopf c. Austria”), avevano precisato che la diversità di sesso dei nubendi non costituisce presupposto “naturalistico” di “esistenza” del matrimonio e che le persone dello stesso

---

<sup>(30)</sup> Il caso preso in esame dalla Corte riguardava una coppia di donne, aventi diversa cittadinanza, una bulgara e l’altra del Regno Unito, residente in Spagna dal 2015, che aveva contratto matrimonio a Gibilterra nel 2018. Dall’unione era nata in Spagna nel 2019, attraverso il ricorso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita della fecondazione eterologa, una minore, il cui atto di nascita (spagnolo) indicava le due donne come genitori, senza ulteriori specificazioni in merito a quale fosse la madre biologica. A seguito del trasferimento della famiglia dalla Spagna in Bulgaria, il 29 gennaio 2020 la madre di nazionalità bulgara chiedeva al Comune di Sofia, distretto Pancharevo, in quanto autorità competente, il rilascio di un certificato di nascita sulla falsariga di quello spagnolo, in cui venissero quindi menzionate entrambe le donne come madri della minore (domanda di rilascio che veniva rigettata dalle autorità bulgare).



sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla “vita familiare” *ex art. 8* della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e, di conseguenza, nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata.

Dopo l’introduzione della legge sulle unioni civili, Cass. 14.5.2018 n. 11696 ha affermato che il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero tra un cittadino italiano ed uno straniero, ai sensi dell’art. 32-*bis* della legge n. 218 del 1995, può essere trascritto nel nostro ordinamento come unione civile, essendo trascrivibile come matrimonio solo quello contratto all’estero da due cittadini stranieri. Ad avviso della Corte, tale previsione non può ritenersi discriminatoria per ragioni di orientamento sessuale ed in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Cedu, poiché la scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti facenti parte del Consiglio d’Europa è rimessa al libero apprezzamento degli Stati membri, purché garantisca a tali unioni uno standard di tutele coerente con il diritto alla vita familiare *ex art. 8* come interpretato dalla Corte Edu.

### 3.1.2. *I discendenti non compresi nella nozione di “familiare”*

Con la sentenza *Harroudj c. Francia*, la Corte Edu è intervenuta sulla questione dell’adottabilità nello Stato di residenza abituale dei minori stranieri la cui legge nazionale vieti l’adozione legittimante e che nel loro Paese di origine siano stati affidati mediante lo strumento della *kafalah* <sup>(31)</sup> a una persona abitualmente residente all’estero. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto all’unanimità che il rifiuto di consentire a una donna francese l’adozione di una bimba algerina figlia di ignoti affidatale con *kafalah* dai giudici algerini non determini una violazione del diritto al rispetto della vita familiare garantito all’affidataria dall’art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (in sigla CEDU). Secondo i giudici europei, infatti, la mancanza di consenso tra gli ordinamenti dei Paesi contraenti sulla questione dell’adottabilità dei bambini stranieri affidati con *kafalah* e la cui legge nazionale vieti l’adozione legittimante esclude di poter ritenere configurabile un’obbligazione positiva degli Stati di assimilare *kafalah* e adozione.

---

<sup>(31)</sup> Strumento di protezione che consente ad una coppia di coniugi o ad una persona singola di assistere minori organici o abbandonati con l’impegno di mantenerli, educarli, istruirli fino alla maggiore età.



La Corte di giustizia, nella sentenza del 26.3.2019, *SM c. Entry Clearance Office, UK Via Section*, causa C-129/18, ha chiarito che la nozione di discendente diretto ai sensi della Direttiva 2004/38/CE “ricomprende tanto il figlio biologico quanto il figlio adottivo di tale cittadino, allorché è dimostrato che l’adozione crea un legame di filiazione giuridica tra il minore e il cittadino dell’Unione interessati”, ma non ricomprende “un minore posto sotto la tutela legale permanente di un cittadino dell’Unione a titolo della *kafalah* algerina, in quanto tale sottoposizione non crea alcun legame di filiazione tra di loro”.

Nel solco della decisione dei giudici di Lussemburgo si inseriscono le Sezioni Unite — Cass. 16.9.2013 n. 21108 — che, superando un contrasto tra diversi orientamenti, hanno escluso che il minore affidato con *kafalah* (giudiziale) ad un cittadino italiano possa essere considerato “discendente” ai sensi dell’art 2, lett. b) del D.lgs. n. 30 del 2007, qualificandolo invece come “altro familiare” ai sensi dell’art. 3 del citato decreto.

Con riferimento alla *kafalah* negoziale, Cass. 2.2.2015 n. 1843 ha poi precisato che tale istituto non ha quale presupposto una situazione di abbandono del minore bensì di semplice difficoltà o inadeguatezza dell’ambiente familiare originario, sicché non cancella il rapporto di filiazione, ma si propone di assicurare al minore l’opportunità di vivere in una situazione più favorevole alla sua crescita. Pertanto, la valutazione circa la possibilità di consentire al minore l’ingresso in Italia ed il ricongiungimento con l’affidatario, anche se cittadino italiano, che non può essere esclusa in considerazione della natura e della finalità dell’istituto della *kafalah* negoziale, deve essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore.

Più di recente, Cass. 11.11.2020 n. 25310 ha affermato che l’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, anche alla luce dell’art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dell’art. 24 della Carta di Nizza, impone di non escludere che la norma possa essere estesa anche ai minori affidati mediante *kafalah* di tipo negoziale, dovendosi comunque valutare la rispondenza del provvedimento al preminente interesse del minore, atteso che quella convenzionale, pur non equiparabile alla *kafalah* di natura pubblicistica, mira pur sempre a far godere al minore maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori.

Cass. 2.3.2022 n. 6909, infine, ha accolto la domanda degli adottanti volta ad ottenere il nulla osta al ricongiungimento familiare della minore affidata con *kafalah* convenzionale, rilevando come l’adozione della bambina fosse avvenuta secondo i costumi e la consuetudine ghanese e ratificata dal tribunale ghanese solo in seguito alla verifica positiva della idoneità della coppia a prendersi cura della minore.

### 3.1.3. *La nozione di familiare “a carico”*

In via generale, non pare inutile ricordare che, come chiarito da Cass. 27.7.2017 n. 18689 del 2017 (in un caso relativo a discendente ultraventenne e non a carico del genitore), ai cittadini stranieri di Paesi terzi, figli di cittadino italiano, non compreso tra i “familiari” di cui all’art. 2 del D.Lgs. n. 30 del 2007, ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per coesione familiare, si applica la disciplina prevista dall’art. 19, comma 2, lett. c) del D.lgs. n. 286 del 1998 (che postula l’accertamento della convivenza effettiva tra il richiedente e il titolare della cittadinanza italiana).

Tanto premesso, quanto alla categoria degli “ascendenti diretti a carico di quelli del coniuge o *partner*” (art. 2, lett. b), del d.lgs. n. 30 del 2007), appare opportuno sottolineare che, come chiarito dalla Corte di giustizia (sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, punto 48), a norma dell’art. 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38 — secondo la quale il cittadino dell’Unione debba disporre di risorse economiche sufficienti — il diritto dell’Unione non contiene alcun requisito in merito alla provenienza di dette risorse, potendo queste ultime essere fornite, in particolare, dal cittadino di uno Stato terzo, genitore dei cittadini dell’Unione minorenni interessati. Pertanto, come precisato dai giudici di Lussemburgo, il fatto che le risorse di cui un cittadino dell’Unione minorenne intende avvalersi, ai fini dell’articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38, provengano dai redditi ricavati, dal suo genitore cittadino di uno Stato terzo, dall’attività lavorativa che quest’ultimo esercita nello Stato membro ospitante, non osta a che la condizione relativa al carattere sufficiente delle risorse economiche, sancita da detta disposizione, possa essere considerata soddisfatta (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 2015, Singh e a., C-218/14, EU:C:2015:476, punto 76).

Nella più recente sentenza Ermira Bajatari del 2.10.2019 (causa C-93/18), la Corte di giustizia ha, infine, precisato che le risorse possono provenire anche “da redditi derivanti dall’attività lavorativa svolta illegalmente” da un cittadino di uno Stato terzo “che non dispone di un titolo di soggiorno e di un permesso di lavoro in tale Stato membro” (nel caso esaminato dalla Corte, il padre dei minori, cittadino albanese, aveva svolto numerose attività lavorative in passato e, dalla data di scadenza della carta di soggiorno, aveva continuato a svolgere dette attività anche in assenza di un valido titolo di soggiorno).

La Corte di giustizia ha da tempo definito lo *status* di familiare « a carico » di un cittadino dell’Unione con diritto di soggiorno, precisando che tale condizione presuppone che si dimostri l’esistenza di una situazione di reale dipendenza. Questa dipendenza deriva da una situazione di fatto

caratterizzata dalla circostanza che il sostegno materiale del familiare è garantito dal titolare del diritto di soggiorno (sentenze del 19 ottobre 2004, Zhu e Chen, C-200/02, punto 43; dell'8 novembre 2012, Iida, C-40/11, punto 55; del 16 gennaio 2014, Reyes, C-423/12, punti 20 e 21, e del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, punto 50). In particolare, la Corte di giustizia ha affermato che, per determinare l'esistenza di tale dipendenza, lo Stato membro ospitante deve valutare se, tenuto conto delle sue condizioni economiche e sociali, il familiare non sia in grado di sopperire ai propri bisogni essenziali. La necessità di sostegno materiale deve esistere nello Stato d'origine o di provenienza del familiare nel momento in cui egli chiede di ricongiungersi con il cittadino dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 9 gennaio 2007, Jia, C-1/05, punto 37, e del 16 gennaio 2014, Reyes, C-423/12, punti 22 e 30).

### 3.2. *La categoria degli "altri familiari"*

L'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 30 del 2007 dispone: "Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato, lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone: *a*) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, comma 1, lettera *b*), se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente; *b*) il *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata".

Tali familiari, pertanto, non hanno un vero e proprio diritto all'ingresso e al soggiorno, ma godono di un vantaggio, consistente nell'"agevolazione" all'esito di una valutazione discrezionale, fondata su un esame della specifica situazione personale dei soggetti coinvolti.

Con riferimento al "convivente", nella Comunicazione della Commissione Europea del 2.7.2019 <sup>(32)</sup> si chiarisce che: "Il *partner* con cui un cittadino dell'Unione abbia una stabile relazione di fatto, debitamente attestata, rientra nel campo di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera *b*). Le persone cui la direttiva riconosce diritti in quanto partner stabili possono essere tenute a presentare prove documentali che dimostrino la loro

---

<sup>(32)</sup> *Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio* concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri.

qualità di partner di cittadini UE e la stabilità della relazione. La prova può essere fornita con ogni mezzo idoneo”.

Ancora con riferimento alla prova della stabilità della relazione, l'inciso relativo all'attestazione con documentazione ufficiale della stessa è stato introdotto per effetto della Legge europea n. 97 del 6.8.2013 (Disposizioni volte a porre rimedio al non corretto recepimento della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari. Procedura di infrazione 2011/2053), con sostituzione delle parole: « dallo Stato del cittadino dell'Unione », presenti nel precedente testo normativo, con quelle « con documentazione ufficiale ».

L'espressione « documentazione ufficiale » utilizzata dall'art. 3, comma 2, lett. *b*) del D. Lgs. 30/2007, nel testo introdotto dalla legge europea n. 97/2013, non contiene alcuna definizione di « ufficialità ». Cass. 17.2.2020 n. 3876 ha precisato che la relazione stabile di fatto “debitamente attestata” con “documentazione ufficiale” possa essere comprovata anche con l'atto di nascita del minore o con altra documentazione idonea diversa da quella prevista dalla legge n. 76 del 2016.

La Corte di giustizia, nella sentenza 12.7.2018 *Secretary of State for the Home Department / Rozanne Banger*, causa C-89/17 — chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da una cittadina del Sudafrica, *partner* di un cittadino del Regno Unito, i quali avevano vissuto dapprima nei Paesi Bassi, per poi trasferirsi nel Regno Unito ove la ricorrente aveva poi richiesto la carta di soggiorno — ha affermato che l'articolo 21 TFUE obbliga lo Stato membro di cui un cittadino dell'Unione possiede la cittadinanza ad agevolare il rilascio di un titolo di soggiorno al *partner*, cittadino di uno Stato terzo, con il quale il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile, quando detto cittadino dell'Unione abbia esercitato il suo diritto di libera circolazione e faccia ritorno con il suo *partner* nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza per soggiornarvi. Nella stessa pronuncia, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che un provvedimento di diniego di rilascio di un'autorizzazione al soggiorno per il *partner* non registrato, cittadino di un Paese terzo, di un cittadino dell'Unione il quale, dopo aver esercitato il suo diritto di libera circolazione in un altro Stato membro, faccia ritorno nello Stato membro di cui ha la cittadinanza, deve essere fondato su un esame approfondito della situazione personale del richiedente e deve essere motivato.

I principi affermati dalla Corte di giustizia anche nella decisione appena citata potranno trovare applicazione da parte dei giudici, di merito e di legittimità, atteso che, come indicato nelle brevi premesse di questo scritto, la Convenzione Europea (e, per quel che rileva in questa sede l'art. 8) si configura come un parametro minimo di tutela, rispetto al quale, per effetto

del collegamento con le libertà fondamentali del Trattato, ben si può costruire un contenuto dei diritti fondamentali più articolato, idoneo a garantire una tutela davvero effettiva del diritto all'identità personale del cittadino straniero (la cui realizzazione passa anche attraverso il rispetto del diritto alla vita familiare).

## V.

### IL DIRITTO DI ASILO E LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. UNA RICOGNIZIONE GENERALE

di *Maria Acierno* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Asilo: non un'unica nozione. — 2. La protezione umanitaria. — 3. La protezione internazionale: una risposta parziale. — 4. L'orientamento sessuale e le discriminazioni di genere. — 5. Conclusioni.

#### 1. **Asilo: non un'unica nozione**

La nozione di “asilo” non ha un contenuto univoco e preesiste alle più moderne nozioni di “protezione internazionale” e “protezione umanitaria”.

Senza attingere alla cultura classica e al mito di Odisseo che costituisce una delle più efficaci rappresentazioni della frizione costantemente presente nella storia dell'umanità tra l'accoglienza dello straniero bisognoso di soccorso e la paura del nemico e dell'estraneo, la nascita del diritto d'asilo contemporaneo, deve essere collocata dopo la fine della Seconda guerra mondiale. Le persecuzioni razziali che avevano caratterizzato il conflitto e la radicale debolezza degli Stati nel fronteggiarle, la migrazione forzata di milioni di persone non più in grado né disposte a ritornare nei loro paesi di origine di cui spesso avevano perso anche la cittadinanza hanno determinato l'esigenza e l'urgenza di predeterminare in via definitiva l'obbligo internazionale di accogliere chi fugge da una condizione di persecuzione dovuta a motivi di razza, di religione, di opinioni politiche od appartenenza ad un particolare gruppo sociale. La prima definizione giuridica del diritto d'asilo coincide sostanzialmente con il rifugio politico ed è fornita dall'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata il 10 dicembre 1948. In essa è previsto che ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri Stati asilo dalle persecuzioni, con la precisazione, però, che ogni Stato è libero di determinare se ed a quali condizioni concedere o negare asilo sul proprio territorio. È, tuttavia, solo con la Convenzione di Ginevra, firmata il

---

(\*) Direttrice del Massimario presso la Corte di cassazione.

28/7/1951 e successivamente oggetto di successive integrazioni, tra le quali la più significativa, quella introdotta dal Protocollo di New York del 1967 con la quale è stato esteso l'ambito territoriale dei paesi di provenienza dei richiedenti asilo oltre i confini dell'Europa, che viene sancito l'obbligo per gli Stati aderenti di garantire il diritto d'asilo a chi sia perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità o appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche. Con la Convenzione viene data esplicita attuazione al diritto d'asilo, affermato nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, diritto che non potrebbe trovare riconoscimento senza la cooperazione derivante dal vincolo convenzionale.

Già dalla definizione convenzionale emerge che l'asilo è un diritto fondamentale, appartenente alla tipologia dei diritti umani che si caratterizza per una spiccata vocazione "universale" e per l'applicazione tipicamente transnazionale, il cui contenuto minimo consiste non solo nell'ingresso e nel soggiorno presso lo Stato ospitante ma anche nella protezione, all'interno dello Stato di accoglienza, variamente articolata.

Coeva alla prima affermazione internazionale del diritto d'asilo contemporanea è la nozione di asilo contenuta nella nostra Costituzione del 1948. Nell'art. 10 c. 3 si afferma: "lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge".

Scompare la necessità della vis persecutoria, propria dell'asilo convenzionale ed irrompe il profilo umanitario e non solo "politico" dell'asilo. Il dibattito, molto intenso tra i costituzionalisti italiani, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della previsione costituzionale ed in tempi più recenti, arricchito dal dibattito sulla protezione internazionale ed umanitaria <sup>(1)</sup>, si sposta sulla nozione di "libertà democratiche", categoria aperta e di difficile perimetrazione che tuttavia univocamente include i diritti inviolabili della persona, ed in particolare quelli la cui lesione o violazione incrina lo statuto della dignità personale. Si sviluppa accanto al cardine dell'accoglienza verso chi fugge da persecuzioni, proprio del diritto d'asilo convenzionale, il principio altrettanto basilare nel moderno sistema della protezione internazionale del non refoulement (non respingimento) che trova la sua puntuale

---

<sup>(1)</sup> Sul diritto di asilo all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione e in relazione alla dottrina più autorevole sull'asilo costituzionale si segnalano: V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell'apolide*, in *Il Foro amministrativo*, 1957, pt. I.4, 12; C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di) - d) Diritto costituzionale*, [1958], rist. in Id., *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1999, vol. III, 249; M. BENVENUTI, *Asilo (diritto di) - II) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2007, vol. III, 4.

definizione nell'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Nella norma è solennemente prescritto: "nessuno può essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti". Il divieto è assoluto; non richiede bilanciamenti o valutazioni di proporzionalità del mezzo allo scopo. Così la Corte di Strasburgo lo ha interpretato anche in casi molto discussi relativi al rimpatrio di cittadini stranieri accusati di terrorismo jihadista <sup>(2)</sup>. Le successive Convenzioni Internazionali ed in particolare la Convenzione ONU contro la tortura adottata il 10/12/84 ed entrata in vigore il 27/6/87 (ma l'attuazione interna è intervenuta solo nel 2017 — con la legge n. 110 <sup>(3)</sup>) hanno reso ancora più incisiva la rilevanza del principio del non refoulement, facendone un criterio ordinante la tutela dei diritti dei cittadini stranieri.

## 2. La protezione umanitaria

La nostra legislazione interna ha recepito il principio di non refoulement, in primo luogo, nell'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, norma con la quale è stata progressivamente estesa l'applicazione del principio <sup>(4)</sup>, dall'iniziale limitazione alle cause classiche di persecuzione individuale fino all'inclusione del rischio di tortura <sup>(5)</sup> e delle violazioni del diritto alla vita privata e familiare introdotte con la modifica introdotta con il d.l. n. 130 del 2020. Solo il recentissimo d.l. n. 20 del 2023 in corso di conversione ha operato in controtendenza rispetto alle precedenti modifiche dell'art. 19, abrogando il terzo e il quarto periodo del c. 1.1 dell'art. 19 ed escludendo dall'ambito di applicazione del principio di non refoulement la violazione del diritto alla vita privata e familiare <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Tra le più note *Saadi contro Italia* sentenza del 24 febbraio 2008; ma vedi anche *Abdelbedi c. Italia* (ricorso n. 2638 del 2007) e *Sellem c. Italia* (ricorso 12548 del 2008).

<sup>(3)</sup> Convenzione d'Istanbul dell'11/5/2011 alla quale si richiama tra le altre Cass. 16 172 del 2021 in *www.Italggiure.it*.

<sup>(4)</sup> Non ha subito abrogazioni parziali neanche con il d.l. n. 113 del 2018 che, al contrario, ha introdotto una ulteriore tipologia di permesso per cure mediche rispetto (art. 19 comma 2 lettera d bis) a quella di cui all'art. 36 d.lgs n. 286 del 1998.

<sup>(5)</sup> Convenzione ONU adottata nel 1984, entrata in vigore il 25/6/87, efficace in Italia dall'11 febbraio 1989 ma effettivamente recepita soltanto con la l. n. 110 del 2017 che ha anche introdotto il delitto di tortura nel ns. ordinamento.

<sup>(6)</sup> Il primo comma dell'art. 7 del d.l. n. 20 del 2023 ha soppresso il terzo e quarto periodo del comma 1.1 dell'art. 19 T.U.I., escludendo dai parametri di valutazione del divieto di respingimento il diritto al rispetto della vita privata e familiare, valutazione che veniva effettuata tenendo conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale e dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine. La norma, tuttavia, non si applica alle istanze presentate prima dell'entrata in vigore della legge.



L'applicazione del principio di non refoulement, è stata costantemente posta in stretta correlazione con l'art. 5, c. 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, parzialmente abrogato in virtù del duplice intervento legislativo dovuto al d.l. n. 113 del 2018 e del successivo d.l. n. 130 del 2020. La norma riconosceva il diritto al rilascio di un permesso di soggiorno quando *ricorressero seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*, così da costituire l'architrave del sistema di protezione nazionale anche grazie al sapiente laboratorio costituito dalla giurisprudenza di merito e di legittimità che ha saputo dare contenuto agli obblighi internazionali e costituzionali dello Stato estendendo il divieto di refoulement non soltanto alle cause ostative stabilite nell'art. 3 CEDU ma anche agli altri diritti fondamentali della persona sanciti dalla Convenzione e inverte dalla giurisprudenza di Strasburgo (7). Così operando si è coniugato l'art. 19 con i seri motivi di carattere umanitario e la nozione di vulnerabilità ad essi sottesa.

Fino all'entrata in vigore del sistema di derivazione eurounitaria di protezione internazionale con i d.lgs. n. 251 del 2007 e n. 25 del 2008 (8) la protezione umanitaria grazie alla indicazione normativa dei requisiti attraverso formule ampie costruite su clausole generali ("seri motivi...di carattere umanitario"; "obblighi costituzionali ed internazionali") ha consentito di individuare le condizioni di vulnerabilità non in modo statico ma in relazione, da un lato, alle effettive caratteristiche e mutazioni dei flussi migratori (9); dall'altro, di tenere conto delle Convenzioni Onu sui diritti fondamentali mano a mano approvate nell'aggiornamento del catalogo dei diritti umani inviolabili.

Con questo metodo, sostanzialmente maieutico è possibile tenere conto della varietà e dalle ragioni dei fenomeni migratori al fine di verificarne la corretta inclusione tra i requisiti per il riconoscimento del diritto. Si è, conseguentemente, constatato che la durata spesso lunga della definizione

---

Deve ritenersi sia quelle inserite nella domanda di protezione internazionale che quelle rivolte al questore *ex art.* 19 c. 1.2.

(7) Tra le molte sul diritto alla vita familiare si rinvia a Cass. 10201 e 30136 del 2022; sull'integrazione lavorativa (diritto alla vita privata) a Cass. 465 e 10131 del 2022. In queste pronunce i due indici di radicamento sono ritenuti alternativi e non concorrenti.

(8) La direttiva qualifiche attualmente vigente è la 2011/95/UE recepita con d.lgs. n. 18 del 2014; la direttiva procedure attualmente vigente è la 2013/32/2013 recepita con d.lgs. n. 142 del 2015.

(9) Un esempio significativo è il rilievo che può assumere rispetto alle condizioni indicate dalla giurisprudenza, la permanenza nei paesi di transito come la Libia, prima di approdare nel paese di accoglienza. Al riguardo si richiamano tra le altre Cass. 12649 del 2021 e 3768 del 2023.

del procedimento amministrativo e giurisdizionale, ha determinato in molti richiedenti una condizione d'integrazione sociale o familiare non più eliminabile senza integrare una grave violazione dei diritti umani con il rientro nel paese di origine.

Com'è noto l'art. 5 c. 6 è stato prima abrogato dal d.l. n. 113 del 2018 e successivamente ripristinato in parte, in relazione agli obblighi costituzionali ed internazionali che il nostro paese deve rispettare in tema di diritto al soggiorno del cittadino straniero mentre, come già osservato, il principio di non *refoulement* è stato potenziato nella versione vigente fino all'entrata in vigore del d.l. n. 20 del 2023 comunque applicabile esclusivamente in relazione alle "istanze" (questa è la indicazione normativa che si riferisce alla domanda amministrativa) proposte dopo l'11 marzo 2023 <sup>(10)</sup>.

Nessuno degli interventi legislativi ha riguardato direttamente l'attuazione dell'asilo costituzionale e da più parti in passato si è lamentata la mancanza di una legge organica che renda operativi i principi stabiliti nell'art. 10, terzo comma, Cost. Ciò non ha impedito, tuttavia, alla giurisprudenza di legittimità di ritenere immediatamente applicabile la norma, in una prima fase intervenendo sulla individuazione della giurisdizione (S.U. 4674 del 1997 e 907 del 1999) per affermarne la natura di diritto soggettivo perfetto direttamente azionabile davanti al giudice ordinario e successivamente in chiave più restrittiva ma saldamente ancorata all'applicazione del principio di non *refoulement* per stabilire che, pur in mancanza di una legge organica sull'asilo, l'art. 10, c. 3, riconosce il diritto d'ingresso e alla

---

<sup>(10)</sup> Può intendersi come istanza proprio per la genericità ed onnicomprensività dell'espressione usata qualsiasi richiesta anche solo rivolta alle autorità di frontiera e, comunque, ogni domanda che possa ricavarsi dal primo confronto con le autorità italiane, anche se di molto anteriore al ricorso rivolto alla Commissione territoriale. L'affastellamento di interventi legislativi sulla protezione nazionale ha prodotto una situazione di forte interferenza di assetti normativi diversi in relazione all'esame delle domande di protezione umanitaria o speciale contestualmente pendenti alla medesima data ma davanti ad organi diversi. Un'esemplificazione può essere utile: *a*) domanda proposta prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, si applica l'art. 5 c. 6 d.lgs. n. 286 del 1998 ante interventi abrogativi e l'art. 19 *ratione temporis* vigente; *b*) domanda proposta nella vigenza del d.l. n. 113 del 2018 ma prima del d.l. n. 130 del 2020 ove il procedimento non sia pendente alla data di entrata in vigore di quest'ultimo decreto, si applica la versione più radicalmente abrogativa dell'art. 5 c. 6 (quella che ha ritenuto di eliminare anche il rispetto degli obblighi internazionali e costituzionali), si tratta di ipotesi residuale ma non inesistente; *c*) domanda ancora pendente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 130 del 2020 davanti a qualsiasi organo giudicante di merito, si applica quest'ultimo decreto, ma in Cassazione rimane applicabile l'art. 5 c. 6 nella versione originaria salvo che nel giudizio davanti al Tribunale non fosse già applicabile il d.l. n. 130 del 2020 perché il giudizio pendeva quando tale ultimo testo normativo è entrato in vigore (art. 15 d.l. n. 130 del 2020). Questo era il quadro che è rimasto immutato per tutte le domande proposte ante 12 marzo 2023.

permanenza nel territorio italiano nel tempo necessario per l'esame della domanda (Cass. 25208 del 2005), così restringendo fortemente la legittimità del respingimento immediato e differito <sup>(11)</sup>. Infine con orientamento ormai del tutto consolidato è stato affermato che il recepimento delle direttive europee in tema di protezione internazionale con le quali è stato largamente ampliato il sistema antevigente in precedenza limitato al solo rifugio politico <sup>(12)</sup> ed il riconoscimento, esclusivamente fondato sul diritto positivo interno, della protezione umanitaria è stata data piena attuazione <sup>(13)</sup> al diritto d'asilo costituzionale (Cass. 10686 del 2012).

### 3. La protezione internazionale: una risposta parziale

Il quadro attuale del sistema di protezione internazionale ed umanitaria ed i vincoli costituzionali e convenzionali che lo sostengono, unitamente al forte impegno della giurisdizione in chiave costituzionalmente e convenzionalmente orientata si scontra con un quadro geopolitico, internazionale, europeo ed interno fortemente contrastante.

Si è già sottolineata, la tardiva ricezione delle fonti internazionali e convenzionali (la prima legge attuativa dell'asilo politico, proveniente dalla Convenzione di Ginevra è la l. 39 del 1990, così la Convenzione sulla tortura approvata dopo circa vent'anni; infine per avere un sistema interno che recepisce l'art. 3 CEDU è stata necessaria l'attuazione delle Direttive UE sulla protezione internazionale mediante i decreti legislativi del 2007/2008) ma il problema più grave è determinato dall'eccessiva distanza tra l'astratto sistema di tutela (e le risposte pur concrete ma atomistiche della giurisdizione) e le condizioni effettive del maggior numero di cittadini stranieri che fuggono da zone di guerra o da condizioni disumane o degradanti caratterizzate da gravi privazioni dei diritti umani.

<sup>(11)</sup> Il respingimento immediato *ex art. 10 c. 2, lettera a)* d.lgs. n. 286 del 1998 può essere disposto nei confronti di chi entra nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera ed è fermato all'ingresso o "subito dopo" salvo che non riesca a formulare domanda di asilo o sia messo in condizioni di prospettarla; il respingimento *cd. differito* introdotto con il d.l. n. 113 del 2018, che ha aggiunto tra gli altri il c. 2-*bis* all'art. 10, riguarda chi è stato temporaneamente ammesso per ragioni di pubblico soccorso. La giurisprudenza di legittimità con le pronunce n. 5926 del 2015 e 10743 del 2013 ha stabilito che fin dall'ingresso i cittadini stranieri, ove si possa ritenere che vogliono richiedere protezione internazionale devono essere messi in condizione di proporre la conseguente domanda.

<sup>(12)</sup> Introdotto con la l. n. 39 del 1990.

<sup>(13)</sup> Critico sulla soluzione della giurisprudenza di legittimità, M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto costituzionale tra attuazione, applicazione ed attualità*, in *Questione Giustizia*, on line n. 2 del 2018, speciale dedicato a "L'ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali", con ampi richiami bibliografici.

Uno dei profili dominanti di questa drammatica contraddizione è l'esternalizzazione dei controlli alle frontiere, frutto di accordi con paesi terzi stipulati dall'Unione europea (un esempio è l'accordo con la Turchia relativo ai cittadini siriani in fuga dalla sanguinosa guerra civile che era in atto nel loro paese) o da singoli paesi membri (l'Italia ne è un esempio, per l'accordo stipulato con la Libia, in relazione ai flussi migratori di cittadini stranieri provenienti dall'Africa sub sahariana).

Attraverso questi accordi si assume una nozione dinamica e funzionale di frontiera, collocabile fuori dei confini nazionali o continentali, nell'area territoriale in cui strategicamente si ritiene di poter avere una più efficiente gestione dei flussi migratori. Il tema centrale, come è intuitivo, diventa il rispetto del divieto di respingimento prima di aver verificato le ragioni dell'allontanamento dal paese di origine e l'accesso effettivo nel territorio per l'esercizio del diritto d'asilo. Sul piano operativo, se l'effetto delle esternalizzazioni fosse limitato ad uno spostamento delle operazioni di verifica con la garanzia dell'osservanza delle norme di protezione UE o quanto meno del diritto internazionale convenzionale o consuetudinario, potrebbe giustificarsi il mezzo in relazione al numero ed all'entità dei flussi. Ma se le esternalizzazioni si risolvono nel trattenimento senza alcuna garanzia, (se non di detenzioni illegittime fortemente traumatiche e gravemente lesive dei diritti umani) del rispetto del diritto internazionale e del principio di non refoulement, allora la fragilità dell'impalcatura costituzionale e convenzionale diventa palmare e il massiccio intervento quantitativo e qualitativo (si pensi al lavoro delle Commissioni territoriali e delle sezioni specializzate del Tribunale oltre che del giudice di legittimità) della giurisdizione una sorta di "lusso" applicabile solo a chi riesce a varcare la frontiera spesso dopo lunghi periodi di detenzione nei paesi di transito e secondo strategie illegalmente stabilite da autorità statuali o militari degli stessi paesi con i quali si sono stipulati gli accordi.

#### **4. L'orientamento sessuale e le discriminazioni di genere**

Dall'entrata in vigore del sistema legislativo eurounitario di protezione internazionale fondato sui due modelli tipizzati del rifugio politico e della protezione sussidiaria, il laboratorio, molto fecondo, della giurisprudenza di merito e di legittimità ha registrato, in tempi più recenti, uno spostamento dai profili classici di applicazione del principio di non refoulement (opinioni politiche, nazionalità, religione) verso forme di persecuzione o di esposizione al pericolo (anche derivante da tortura o trattamenti detentivi inumani o degradanti) riconducibili più alla compressione ed eliminazione dell'autodeterminazione personale o relazionale che alla limitazione del diritto di manifestazione politica, pur ancora presente in vaste aree geopolitiche.

Ed è proprio in relazione alle scelte legate all'orientamento sessuale o alla volontà femminile di affrancarsi da violenze fisiche e psichiche e da una condizionale sociale di minorità che l'apporto della giurisprudenza europea è stato pregnante. In relazione alla omosessualità, è stata la Corte di giustizia <sup>(14)</sup> a fornire alla giurisprudenza interna indicazioni precise sui criteri di valutazione della credibilità del cittadino straniero sia affermando netta contrarietà al ricorso a perizia psicologica per verificare la veridicità dell'orientamento sessuale dichiarato, sia precisando che a fronte di specifiche allegazioni relative all'accusa di omosessualità e al timore di essere perseguitati od esposti a trattamenti detentivi a causa di essa, non è dirimente l'accertamento della specifica condizione soggettiva. Ma prima ancora delle precise prescrizioni della Corte di Giustizia è stata la Corte europea dei diritti umani a ritenere che una legislazione punitiva anche *lato sensu* dell'omosessualità integra la violazione dell'art. 8 Cedu mentre in relazione ai richiedenti protezione internazionale la responsabilità dello Stato si configura alla stregua dell'art. 3 qualora vi sia il concreto rischio che nel paese terzo il richiedente sia esposto a tortura o trattamenti inumani o degradanti.

Complessivamente il forte richiamo alla dignità del richiedente e la necessità di disporre l'esame secondo metodiche non valutative <sup>(15)</sup> hanno concorso a creare una sensibilità ed un approccio diverso a questo specifico ambito di richiedenti protezione internazionale.

In relazione alla violenza di genere di natura domestica o derivante da consuetudine o costume accettato o tollerato dagli Stati, la Convenzione d'Istanbul del 5/11/2011, ratificata con l. n. 17 del 2013 ha dato un decisivo impulso al riconoscimento del diritto alla protezione femminile della richiedente sia in relazione allo status di rifugiato <sup>(16)</sup> che alla protezione sussidiaria. Il concorso della Corte EDU al riguardo non può dirsi direttamente orientato verso i richiedenti asilo quanto piuttosto ad elevare il grado di protezione statale esigibile in relazione a tali gravi fenomeni così da

<sup>(14)</sup> Corte di giustizia 7/11/2013 n. 199/12; 2/12/2014 n. 148.

<sup>(15)</sup> La Corte di giustizia (sentenza 25/1/2018 C-473/16, alla luce dell'art. 13, par. 3, lettera a), della Direttiva 2005/85 e dell'art. 15 par. 3, lettera a), e della Direttiva 2013/32, ha evidenziato che, in relazione all'omosessualità, il colloquio deve essere svolto da un intervistatore competente; che si deve tenere conto della situazione personale e generale in cui s'inseriscono le dichiarazioni, ed in particolare dell'orientamento sessuale; che la valutazione di credibilità non può fondarsi su nozioni stereotipate associate all'omosessualità ed in particolare sulla mancata risposta a domande relative a tali nozioni, quali quelle concernenti la conoscenza di associazioni per la difesa dei diritti degli omosessuali.

<sup>(16)</sup> Cass. 12333 del 2017 e 28152 del 2017, entrambe potenziano la protezione internazionale rispettivamente nella forma della protezione sussidiaria e del rifugio politiche per condotte legate alla discriminazione di genere utilizzando la Convenzione.

contribuire ad una più estesa e completa configurazione delle situazioni suscettibili di protezione internazionale e complementare <sup>(17)</sup>.

In conclusione, l'incidenza delle Corti Europee e delle Convenzioni Internazionali è stata di grande rilievo. Ha avuto una funzione promozionale e inclusiva; ha concorso a sviluppare, attraverso la varietà e molteplicità delle fattispecie concrete, una diffusa sensibilità verso i diritti umani che le sezioni specializzate dei Tribunali e la Corte di legittimità hanno saputo incrementare con equilibrio ed attenzione costante al quadro degli obblighi, in continuo divenire, costituzionali ed internazionali relativi alla tutela dei diritti fondamentali, sotto continuo scacco in relazione alle persone migranti <sup>(18)</sup>.

## 5. Conclusioni

Lascio ad Hanna Arendt le conclusioni:

“C'era bisogno di ricostruire se stessi dopo aver perso tutto, la casa, « (...) che rappresenta l'intimità della vita quotidiana », il lavoro, « (...) che rappresenta la fiducia di essere di qualche utilità in questo mondo. Abbiamo perso la nostra lingua, che rappresenta la spontaneità delle reazioni, la semplicità dei gesti, l'espressione sincera e naturale dei sentimenti. Abbiamo lasciato i nostri parenti nei ghetti polacchi e i nostri migliori amici sono stati uccisi nei campi di concentramento, e questo significa che le nostre vite sono state spezzate ». Ecco, la condizione dell'esiliato è quella della de-privazione, di una persona privata di tutto, che non ha perso solo i beni materiali, ma una parte di se stessa e della sua identità, costretta a ricostruire”.

---

<sup>(17)</sup> Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia* sino alle recentissime Corte EDU, 7 aprile 2022, *Landi c. Italia*; Corte EDU, 7 luglio 2022, *M. S. v. Italia*; Corte EDU, 16 luglio 2022, *De Giorgi c. Italia*; Corte EDU, 10 novembre 2022, *I.M. e altri c. Italia*.

<sup>(18)</sup> Di estremo interesse ed attualità il bel libro di Philippe Sands, la strada verso Est, 2016, edito in italiano che, partendo dalla vita e dalla storia dei giuristi che hanno elaborato i concetti di crimini contro l'umanità e genocidio ne spiega la genesi e lo sviluppo anche durante il processo di Norimberga.



**VI.**  
**DIRITTI E LIBERTÀ FONDAMENTALI**  
di *Roberto Giovanni Conti* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Premesse. — 2. La dimensione costituzionale-nazionale del diritto alla protezione umanitaria: tra comparazione “attenuata” e valorizzazione del diritto alla vita privata e/o familiare. — 3. Diritto al riconoscimento dei legami familiari nell’ordine pubblico internazionale: tra libertà di autodeterminazione della donna e (superiore) interesse del minore — 4. Diritto alla vita (privata) e libertà di autodeterminazione terapeutica. — 5. Diritto all’oblio *versus* diritto alla conoscenza delle proprie origini. — 6. Diritto all’oblio *versus* diritto alla conoscenza. — 7. Il tramonto del diritto alla pubblicità dell’udienza. — 8. Il *ragionevole* riconoscimento del diritto alla *ragionevole* durata del processo. — 9. Accesso al giudizio di legittimità *versus* accesso degli stranieri nel territorio dello Stato. La procura speciale nei giudizi di legittimità. — 10. Il diritto al rispetto dei propri beni e la qualità della legge rispetto al canone generale della legalità. — 11. Il ragionevole accomodamento e bilanciamento tra diritto di libertà religiosa — positiva e negativa. — 12. Per tirare le fila del discorso. Il ruolo degli operatori.

**1. Premesse**

I diritti fondamentali si strutturano come insiemi complessi tra livelli differenti di fonti (nazionali e sovranazionali) che generano continue interazioni tra i diversi plessi di regolamentazione normativa e giurisprudenziale, nei quali “la retorica dei diritti fondamentali” <sup>(1)</sup> trova la sua estrinsecazione spaziale e temporale, attraverso un processo osmotico di positivizzazione giuridica multilivello che non può, tuttavia, prescindere dall’interpretazione giurisprudenziale. Nella giurisprudenza e con la giurisprudenza quelle fonti vivono, dando vita a loro volta non già ad un’ulteriore fonte del diritto tecnicamente intesa, ma ad una certezza nuova, fondata sulla cooperazione, nella quale è la centralità del fatto a consentire l’emersione dell’autentico significato della norma scritta che si mette al servizio dei bisogni delle

---

(\*) Consigliere presso la Corte di cassazione. Si ringrazia per la preziosa collaborazione la dott.ssa Bianca Innamorati, già tirocinante presso la Corte di cassazione.

(1) *La retorica dei diritti fondamentali?* Intervista di R. CONTI a B. PASTORE e GIORGIO PINO, in *Giustiziainsieme*, 10 luglio 2019.



persone, della loro ansia all'ottenimento di una protezione dei diritti che sono proiezione della loro stessa esistenza e che, nella loro unicità, abbisognano di risposte tanto calibrate quanto precise, effettive, concrete.

In questo senso i diritti fondamentali svolgono un ruolo “contro maggioritario” (2), nella misura in cui i giudici (nazionali ed europei) cooperano affinché gli interessi della maggioranza non possano opporsi al riconoscimento di un certo diritto, in un certo *tempo* e in un certo *contesto*, intendendosi non solo lo spazio in cui vive la fonte (nazionale e sovranazionale che sia), ma anche e soprattutto la *carzialità* e *fattualità* delle vicende umane in cui vivono i diritti e da cui traggono quella forza espansiva che li connota in una società pluralistica (3).

È quindi attraverso i casi concreti venuti in tempi più o meno recenti all'attenzione della giurisprudenza della Corte di cassazione in settori nevralgici come il fine vita, i regimi espropriativi, la conformazione del diritto di proprietà e delle relazioni personali *lato sensu* intese, i fenomeni migratori unitamente alle materie che coinvolgono in genere la dignità della persona, che bisogna cercare di tracciare il cammino della CEDU nell'ordinamento interno per saggiarne l'attitudine a porsi quale strumento operativo nelle mani del giudice nazionale teso a garantire, in modo integrato, piena ed effettiva tutela ai diritti fondamentali delle persone sanciti dalla Convenzione.

Giova prendere le mosse per le sue molteplici declinazioni e variegate configurazioni assunte nel diritto vivente (*recte*, nei diritti viventi), dal diritto al rispetto della vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, negli ultimi anni è stato terreno elettivo di cooperazione e dialogo tra la Corte edu e la nostra Corte di cassazione, sotto vari profili.

## **2. La dimensione costituzionale-nazionale del diritto alla protezione umanitaria: tra comparazione “attenuata” e valorizzazione del diritto alla vita privata e/o familiare**

Un fondamentale aspetto del cammino interno percorso dall'art. 8 CEDU deve individuarsi nell'ambito della protezione internazionale, con particolare riferimento al diritto alla protezione umanitaria, espressione di quello costituzionale di asilo (art. 10, c. 3 Cost.).

In questo contesto si colloca il filone giurisprudenziale inaugurato da Cass. n. 4455/2018 e Cass. sez. un. civ. n. 29459/2019 e culminato nell'or-

(2) *Una intervista impossibile a Guido Calabresi*, di R. CONTI, in *Giustiziasieme*, 13 settembre 2021.

(3) P. GROSSI, *Prefazione a Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. CONTI, Padova, 2020.

dinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Cassazione circa la rilevanza da assegnare ai nuovi presupposti introdotti nell'art. 19 del d.lgs. n. 286/98, al comma 1.1., dal d.l. n. 113/2020, convertito nella L. 173/2020 con cui, dopo la tipizzazione normativa delle ipotesi di protezione speciale introdotte nel 2018, il legislatore nazionale ha riaperto le “maglie” interpretative della protezione internazionale <sup>(4)</sup>, richiamando espressamente il rispetto degli obblighi costituzionali ed internazionali dello Stato e accordando rilevanza, in linea con l'art. 8 CEDU, al raggiunto inserimento non solo lavorativo ma anche affettivo e relazionale dello straniero.

In particolare, le Sezioni Unite (Cass., S.U., n. 24413/2021), chiamate a stabilire se potesse ritenersi ancora attuale, alla luce delle ricadute sistematiche del decreto legge n. 130 del 2020 e dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU sull'art. 8 CEDU, il tradizionale criterio della comparazione tra la condizione dello straniero in Italia e la condizione in cui lo straniero si troverebbe tornando nel proprio Paese di origine, ai fini del riconoscimento della tutela umanitaria, hanno ritenuto, in definitiva, che la lettura dell'istituto della protezione umanitaria offerta con la sentenza n. 29459/2019 non avesse perso attualità né andasse rivisitata alla stregua di una interpretazione storico-evolutiva basata sul *ius superveniens*. E tanto in considerazione del rilievo per cui una simile interpretazione non sia praticabile, presupponendo che tra le disposizioni sopravvenute e quelle da interpretare sia ravvisabile, nello specifico segmento, un *continuum* normativo; questo, tuttavia, ritenuto assente tra l'impostazione strutturale del sistema della protezione umanitaria antecedente al decreto-legge n. 113/2018 e la disciplina della protezione speciale da quest'ultimo dettata pur se in larga parte, a propria volta, modificata in senso evolutivo dal legislatore del 2020, tenuto conto delle differenze strutturali tra le discipline che, con sequenza non lineare, si sono succedute nel tempo.

Nel ribadire il valore delle fonti normative nella dimensione generale- astratta del diritto e, al contempo, il ruolo ineludibile del diritto vivente formatosi in materia, le Sezioni Unite hanno sottolineato il rilievo imprescindibile dell'art. 8 CEDU nella valutazione della situazione di vulnerabilità dello straniero proprio per confermare la necessità di un approccio ermeneutico basato sulla “comparazione attenuata” fra l'integrazione raggiunta e le condizioni di tutela dei diritti fondamentali ai quali il richiedente andrebbe ad esporsi nel caso di rimpatrio.

E tanto le Sezioni Unite hanno ritenuto nella misura in cui l'art. 8 CEDU, operando come norma “a compasso largo” e fornendo tutela alla vita

---

<sup>(4)</sup> A. DI FLORIO, *Protezione umanitaria e protezione speciale. La “vulnerabilità” dopo Cass. S.U., n. 24413/2021*, in *Questionegiustizia*, 15 ottobre 2021.

familiare, affettiva e relazionale della persona, consente di valorizzare in modo circolare l'importanza di un confronto fra l'esistenza passata e quella futura del richiedente asilo attraverso una valutazione complessiva e non atomistica delle emergenze istruttorie.

Al riguardo il Collegio ha rimarcato, in stretta continuità con la giurisprudenza di Strasburgo (Corte EDU, 14 febbraio 2019, Narijs c. Italia) come l'articolo 8 CEDU consideri, e dunque tuteli, separatamente la vita privata e la vita familiare. Talché, indipendentemente dall'esistenza o meno di una "vita familiare", l'espulsione di uno straniero stabilmente insediato si traduce in una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata. "La protezione offerta dall'articolo 8 CEDU concerne, dunque, l'intera rete di relazioni che il richiedente si è costruito in Italia; relazioni familiari, ma anche affettive e sociali e, naturalmente, relazioni lavorative e, più genericamente, economiche, le quali pure concorrono a comporre la "vita privata" di una persona, rendendola irripetibile, nella molteplicità dei suoi aspetti, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

Le Sezioni Unite hanno così messo in luce il collegamento tra il diritto vivente (sovranzionale ed interno) e l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali riconosciuti alla persona umana dalla Costituzione insieme alle Carte internazionali. Orbene, la pronuncia (par. 38 ss.), ritenendo di dover dare continuità al principio già espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 29459/2019, sottolinea come la necessità di una comparazione discenda, nella prospettiva già delineata dalla sentenza n. 4455/2018, proprio dal rilievo che «i seri motivi di carattere umanitario possono positivamente riscontrarsi nel caso in cui, all'esito di tale giudizio comparativo, risulti un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali che costituiscono presupposto indispensabile di una vita dignitosa (art. 2 Cost.)», diritto che inscindibilmente è connesso alla dignità della persona, riconosciuto nell'articolo 3 Cost. ed al diritto di svolgere la propria personalità nelle formazioni sociali, riconosciuto nell'articolo 2 Cost.

Ed è proprio il riferimento all'articolo 2 della Costituzione ad introdurre nella pronuncia in questione la necessaria considerazione della *dimensione costituzionale nazionale* del diritto alla protezione umanitaria, funzionale ad illuminare il senso della valutazione comparativa da svolgere ai fini del riconoscimento del diritto al soggiorno per motivi umanitari. Evidenziano le Sezioni Unite come, nella sentenza n. 202/2013, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, co. 5 del T.U. imm., la Corte costituzionale non si è limitata ad evocare il parametro interposto dell'art. 8 CEDU, ma ha richiamato anche, e prima, i parametri costituzionali interni dettati dagli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost. "È proprio sul disposto degli

articoli 2 e 3 della Costituzione, là dove quest'ultima tutela la persona « nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità » e predica la « pari dignità sociale » di ogni persona (anche straniera, come chiarito dalla Corte costituzionale fin dagli anni '60, cfr., fra le tante, C. cost. n. 120/1967), che trova il proprio fondamento più profondo l'istituto della protezione umanitaria; ed è alla luce di tali disposizioni costituzionali che va individuato il senso e la tecnica della comparazione da effettuare tra ciò che il richiedente lascia in Italia e ciò che egli troverà nel suo Paese di origine, dovendo cioè valutarsi, nel giudizio sulla vulnerabilità, non solo il rischio di danni futuri — legati alle condizioni oggettive e soggettive che il migrante (ri)troverà nel Paese di origine — ma anche il rischio di un danno attuale da perdita di relazioni affettive, di professionalità maturate, di osmosi culturale riuscita” (Cass., S.U., 24413/2021, par. 43).

Ciò che, in definitiva, chiama il giudice nazionale, al fine di individuare un probabile significativo scadimento delle condizioni di vita privata e/o familiare idoneo a recare un *vulnus* al diritto riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione integrante un “serio motivo di carattere umanitario”, a farsi costruttore di una verità che passa attraverso una valutazione comparativa sia pur “attenuata” strettamente condizionata dal fattore *tempo*, sotto un duplice aspetto.

A valle, nella misura in cui tale valutazione dovrà essere svolta attribuendo alla condizione (futura) soggettiva e oggettiva del richiedente nel Paese di origine un peso tanto minore quanto maggiore risulti il grado di integrazione (passata e attuale) che il richiedente dimostri di aver raggiunto nel tessuto sociale italiano, tenuto conto, per converso, che (future) situazioni di deprivazione dei diritti umani di particolare gravità nel Paese di origine possono fondare il diritto del richiedente alla protezione umanitaria anche in assenza di un apprezzabile livello (attuale e passata) di integrazione del medesimo in Italia.

A monte, nella misura in cui detta valutazione mantiene, ad avviso della Corte, la sua attualità nei “diritti viventi”, insensibile ad un'interpretazione storico-evolutiva basata sulla disciplina recata dal decreto-legge n. 130/2020.

### **3. Diritto al riconoscimento dei legami familiari nell'ordine pubblico internazionale: tra libertà di autodeterminazione della donna e (superiore) interesse del minore**

La tutela apprestata dall'8 CEDU alla vita privata e familiare è stata invocata negli ultimi anni con riferimento alla genitorialità c.d. d'intenzione e calata dalla giurisprudenza di legittimità nello “spazio” dell'ordine pubblico, laddove da ultimo con Cass., S.U., n. 38162/2022 tanto il divieto di

maternità surrogata, quanto il *best interest* del minore sono stati qualificati come principi di ordine pubblico internazionale. In questo contesto con una decisione di sistema ispirata ad un'ottica di ragionevolezza e di equilibrio, ripercorrendo tutte le più recenti tappe della giurisprudenza interna, confermandole ed integrandole (Sezioni Unite del 2019 n. 12193; Corte costituzionale n. 33 del 2021 e la successiva n. 79 del 2022, ordinanza di rimessione della prima sezione civile della Corte di cassazione n. 1842 del 2022), la Corte di cassazione ha riportato ad unità e coerenza il dialogo tra le Corti interne e la Corte di Strasburgo sul delicato tema della maternità surrogata.

Orbene, il dialogo in materia aveva visto la sua massima tensione nell'ordinanza n. 8325 del 2020 con cui la prima sezione civile della Corte di cassazione sollevava la questione di legittimità costituzionale del divieto interno di maternità surrogata nella misura in cui i parametri nazionali (art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, art. 64, comma 1, della legge n. 218 del 1995, nonché art. 18 del d.p.r. n. 396/2000) sarebbero interpretati nel diritto vivente come ostativi alla trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero che attesta la filiazione del genitore intenzionale non biologico di un bambino nato mediante gestazione per altri. Tanto che si porrebbe in contrasto con l'art. 117 c. 1 della Costituzione, in relazione ai parametri interposti costituiti, tra gli altri, dall'art. 8 CEDU, nonché con il parere consultivo del 10 aprile 2019 originato dal caso *Menesson c. Francia*, reso dalla Grande Camera della Corte Europea, ai sensi del Protocollo n. 16, sebbene non direttamente vincolante. Con tale pronuncia la Corte EDU ebbe a chiarire che il margine di apprezzamento degli Stati in relazione alla possibilità di riconoscere un legame di filiazione tra un bambino nato all'estero mediante maternità surrogata e genitore di intenzione, è particolarmente ristretto tenuto conto dell'art. 8 CEDU e dell'interesse superiore del minore. Tuttavia, la Corte EDU rilevò come l'art. 8 CEDU imponga agli Stati solamente l'obbligo di predisporre strumenti giuridici che permettano il riconoscimento della genitorialità intenzionale, non essendo invero richiesto che detto riconoscimento avvenga attraverso la trascrizione dell'atto di nascita straniero nei registri dello stato civile, ben potendo avvenire per altre vie (come l'adozione del minore da parte del genitore intenzionale), purché ne sia assicurata l'effettività e la celerità, nell'interesse preminente del minore.

A ben vedere, dunque, nell'inerzia del legislatore, tanto la Corte costituzionale con le pronunce monito (Corte cost., nn. 31 e 33 del 2021) nonché con la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale (Corte cost., n. 79/2022) nel rimuovere l'ostacolo legislativo che impediva di riferire il richiamo al figlio adottivo, di cui all'art. 74 cod. civ., al minore adottato in

casi particolari, così legittimando la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, quanto le Sezioni Unite (prima Cass. S.U., n. 12193/2019; poi Cass., S.U., n. 38162/2022) nel rifiutare la soluzione della trascrizione automatica e nell'avallare lo strumento dell'adozione c.d. in casi particolari prevista dall'art. 44, primo comma, lettera *d*), della legge n. 184 del 1983, proprio alla luce di quanto stabilito dalla sentenza della Corte cost. n. 79 del 2022, si sono poste in continuità con il sistema CEDU sotto un duplice aspetto.

Per un verso, la pronuncia evidenzia come in materia di maternità surrogata, gli orientamenti espressi dalla Corte EDU e i principi costituzionali non ostino alla soluzione della non trascrivibilità del provvedimento giurisdizionale straniero. Ed invero, dal complesso delle pronunce rese sul tema dalla Corte di Strasburgo, si evince che ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia, da cui la non obbligatorietà della scelta della soluzione della trascrizione automatica (Corte EDU sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia) e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi, ponendosi il solo limite per gli Stati della individuazione di uno strumento celere ed efficiente che assicuri la necessità di riconoscimento del legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura.

Per altro verso la Corte europea dei diritti dell'uomo come sottolineato anche di recente (sentenza 22 novembre 2022, D.B. e altri c. Svizzera), considera l'adozione un rimedio adeguato a garantire la corrispondenza del rapporto di cura in atto con l'interesse del minore se ed in quanto sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato e consegua con celerità il risultato del riconoscimento dei legami tra il minore e il genitore d'intenzione. "Il principio è ribadito dalla recente, e già citata, sentenza della Corte di Strasburgo D.B. e altri c. Svizzera. Con tale pronuncia la Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione del diritto alla vita privata, tutelato dall'art. 8 CEDU, da parte dello Stato svizzero nei confronti di un minore — nato attraverso tecniche di surrogazione di maternità, proibite in Svizzera, già legalmente riconosciuto figlio dei ricorrenti da provvedimento giudiziale della California — per averlo lasciato, per sette anni ed otto mesi, a causa dell'assenza di previsioni specifiche nella legislazione svizzera (che, solo nel 2018, aveva consentito alle persone dello stesso sesso legate da un'unione registrata, di procedere all'adozione), privo della possibilità di ottenere il riconoscimento del rapporto con il proprio genitore d'intenzione, dovendosi ritenere tale significativo periodo di tempo, per aver posto il

minore in una condizione di incertezza giuridica relativa alla sua identità sociale, incompatibile con i principi già affermati dalla Corte e con il principio del *best interest of the child*.” (Cass., S.U., n. 38162/2022).

Evidenziano le Sezioni Unite come, in questa pronuncia la Corte Edu abbia, invece, escluso la violazione del diritto alla vita familiare dei due genitori, sottolineando che l'accordo di maternità surrogata fosse contrario all'ordine pubblico svizzero e che le difficoltà pratiche incontrate dalla coppia a causa delle previsioni della legislazione svizzera dovessero ritenersi, comunque, conformi alle condizioni di cui all'art. 8 CEDU.

Ciò che induce il Collegio delle Sezioni Unite, rimanendo nel solco del bilanciamento tracciato dalla Corte costituzionale, ad evidenziare le potenzialità dell'interpretazione costituzionalmente conforme per superare le residue criticità dell'istituto in questione e ritenere, così, che la soluzione dell'adozione in casi particolari appaia in linea con la giurisprudenza della Corte EDU in un'ottica di concretizzazione delle tutele rimessa al giudice comune secondo i canoni del bilanciamento, della proporzionalità, della effettività delle tutele stesse (del minore; della gestante e di entrambi i genitori, biologico e d'intenzione).

In definitiva, la portata sistematica di tale pronuncia è enorme, come di recente sottolineato da Mirzia Bianca <sup>(5)</sup>. Essa dimostra come la nomofilachia si nutra del concentrico sforzo ermeneutico di tutte le Corti coinvolte, tanto nazionali che sovranazionali.

Senza l'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile, che in modo assolutamente rituale ha espresso dubbi in ordine alla ricostruzione precedentemente avallata dalle stesse Sezioni Unite richiamando anche la giurisprudenza convenzionale, non si sarebbe attivato l'ulteriore dialogo con la Sezioni Unite di fine 2022. In esse vi è un condensato di principi di struttura del sistema di protezione dei diritti che nessun operatore del diritto consapevole della complessità del nostro tempo dovrebbe tralasciare. Uno scrigno nel quale l'operatore del diritto avveduto può far proprie le ragioni dell'essere, egli stesso, costruttore del diritto e della verità se coerentemente inserito nel sistema, con il proprio ruolo e con la ricchezza che esso assume rispetto alla infinita diversità dei casi. Gli operatori che intercettano la coscienza sociale facendone essi stessi parte e che contribuiscono a rendere viva e attuale la tutela dei diritti, poi fissata nelle pronunzie delle Corti, di merito e di legittimità che nel loro incessante dialogo non possono prescindere vicendevolmente, in una prospettiva nella quale non vi è alcuna creazione

---

<sup>(5)</sup> M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustiziainsieme*, 6 febbraio 2023.



del diritto sganciata ed avulsa dal sistema, ma vi è invenzione — nel senso grossiano del termine, che è appunto emersione, ricerca, individuazione — del significato del dato normativo sempre più plasmato dall'attività interpretativa da parte del giudice, non più burocrate del diritto ma appunto garante della legalità del sistema e della continua ricerca di un punto di equilibrio fra significato e significato per raggiungere il quale non si può prescindere dalle Carte dei diritti. Il fatto che la soluzione raggiunta non sia risultata appagante per alcuni settori della magistratura e dell'accademia è il segno inequivocabile di quale sia il ruolo della giurisprudenza di legittimità, non già cantore incontrollato della creazione soggettiva del diritto, ma ricercatore del senso della norma nel sistema.

Ed è così che le Sezioni Unite, nella misura in cui sopiscono i dubbi di contrasto della soluzione interna in tema di maternità surrogata con il sistema CEDU, traggono dal diritto vivente di Strasburgo conforto e giustificazione rispetto alla scelta compiuta dal legislatore italiano in via generale e astratta in punto di divieto di maternità surrogata. “Si tratta di temi, infatti, in rapporto ai quali lo stesso diritto di famiglia, nel mentre riflette, come uno specchio, lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari nel contesto sociale, tuttavia non può prescindere dal sistema, affidato anche alle cure del legislatore” (Cass., S.U., n. 38162/2022).

In tale ultima affermazione si manifesta, dunque, il ruolo del giudice nazionale nell'attuazione dei diritti garantiti dalla CEDU che non è legato al convincimento che la giurisprudenza sia fonte del diritto (p. 28). Le fonti sono quelle individuate dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti, ma queste vivono nella e con la giurisprudenza. Ciò che dà vita ad una consapevolezza nuova fondata sulla cooperazione che promuove un'idea di giustizia inventata — nel senso espresso da Paolo Grossi — nella quale le fonti del diritto non sono il tutto ma sono la parte di un ordine complesso.

Ed ecco quindi che “il concetto di ordine pubblico internazionale si allarga ai valori condivisi dalla comunità internazionale e, in particolare, alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, avente lo stesso valore vincolante dei trattati istitutivi, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dato il fenomeno di osmosi che interessa i diritti fondamentali, garantiti in particolare dall'art. 2 Cost., e quelli che risultano dalle fonti internazionali. I diritti di libertà e i diritti della persona hanno infatti, per loro natura, una vocazione aperta all'implementazione e all'arricchimento del loro contenuto.” (Cass., S.U., n. 38162/2022).

Da qui l'essenza del dialogo tra i due sistemi, interno e sovranazionale, per cui “L'ordine pubblico internazionale si pone nel punto di intersezione di tendenze diverse: clausola generale per eccellenza, naturalmente portata a



recepire le evoluzioni socioculturali, anche sotto l'influenza della giurisprudenza della CEDU, ma anche a non dimenticare la propria radice identitaria in una cornice costituzionale. L'apertura all'altro non è perdita del sé. E il sé di un ordinamento — la sua identità, appunto — è quanto risulta tanto dalla Costituzione quanto dalle fondamentali e consolidate opzioni che tracciano le grandi linee della legislazione”.

Nel *contesto* <sup>(6)</sup> dell'ordine pubblico internazionale, il diritto alla vita privata e familiare assume quindi una propria dimensione spaziale in cui deve muoversi l'attività ermeneutica del giudice nazionale consistente, per un verso, nel favorire l'ingresso di nuove relazioni genitoriali in nome di un valore uniforme e condiviso nella comunità internazionale rappresentato dal miglior interesse del minore e dalla tutela della dignità della donna e, per altro verso, nel preservare il proprio apparato valoriale nazionale intessuto di norme imperative sul piano della legalità interna anche per il tramite delle Carte dei diritti fondamentali, secondo un'idea che ammette e riconosce al giudice nazionale, all'un tempo custode ed artefice della protezione dei diritti fondamentali, il potere di interpretare la CEDU, lui prim'ancora che la Corte edu, proprio per alimentare il ruolo della Corte di Strasburgo e non già per depotenziarlo.

Quello che occorre sottolineare è piuttosto che il dialogo fra le Corti continua incessante. Ne è prova la recente Corte edu, C. c. Italia, 31 agosto 2023 — ric. n. 47196/21 — con la quale l'Italia è stata condannata per violazione dell'art.8 CEDU in una vicenda nella quale era stato rigettata la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita da parte dei genitori rispetto ad un minore nato da maternità c.d. surrogata, senza che il giudice avesse ritenuto di esaminare la richiesta di trascrizione parziale nei confronti del genitore biologico per motivi di natura formale — mancata richiesta iniziale nell'atto di opposizione —. In questa occasione la Corte edu, senza modificare i principi espressi nei suoi precedenti e dunque il riconoscimento di un margine di apprezzamento sulle modalità che gli Stati possono adottare per riconoscere il diritto alla vita familiare fra il minore ed il genitore d'intenzione- ed anzi espressamente richiamando i principi espressi dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione dei quali si è detto, hanno sottolineato la necessità che i procedimenti giudiziari che hanno ad oggetto tali questioni siano sempre informati ai canoni di effettività e tempestività in ragione dell'interesse superiore del minore in gioco. Affermazioni che tornano così, in un processo circolare, all'esame dei giudici nazionali, chiamando ad

---

<sup>(6)</sup> V., sul punto, R. CONTI, *Leggendo l'ultimo Lipari*, in *Questionegiustizia*, 11 novembre 2017.

un'opera di continuo adeguamento dei propri precedenti ai canoni espressi dal giudice di Strasburgo.

#### 4. Diritto alla vita (privata) e libertà di autodeterminazione terapeutica

Nel *contesto* dell'ordine pubblico, nella sua dimensione interna non tanto oppositiva, quanto propulsiva, si colloca il rifiuto di determinate cure, nella misura in cui il diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione, con 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 (Cass., n. 21748/2007; Cass., n. 23676/2008; Cass., n. 12998/2019; Cass., n. 515/2020).

In tal senso si è, del resto, espressa anche la giurisprudenza europea, secondo la quale « In ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, in maniera ineluttabile, portare a un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente se adulto e sano di mente si tradurrebbe in una violazione dell'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'articolo 8 § 1 della Convenzione. ... un individuo può rivendicare il diritto di esercitare la scelta di morire rifiutando di consentire ad un trattamento che potrebbe avere l'effetto di prolungargli la vita » (Corte EDU, 29/04/2002, *Pretty c. R.U.*).

Ed ancora, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che il diritto di un individuo di decidere in quale modo e in quale momento la sua vita deve terminare, a condizione che egli sia in grado di formare liberamente la propria volontà a questo proposito e di agire di conseguenza, è uno dei corollari del diritto al rispetto della sua vita privata (Corte EDU, 20/01/2011, *Haas c. Svizzera*).

Tali principi sono stati ribaditi dalla Grande Camera valorizzando le volontà precedentemente espresse dal paziente e prevedendo che queste ben possano essere state comunicate oralmente a un familiare o ad un congiunto (Corte CEDU, 05/06/2016, Grande Camera, *Lambert c. Francia*).

Orbene, con la storica sentenza sulla vicenda di Eluana Englaro, la Corte di cassazione a Sezioni Unite già nel 2007 iniziava a seguire il cammino del "fine vita" nell'ordinamento interno nel solco tracciato dalla CEDU, inaugurando un dialogo con la Corte di Strasburgo in modo consapevole ed attivo, funzionale, a fronte della carenza di una specifica disciplina legislativa

all'epoca sulle disposizioni anticipate di trattamento, a colmare i vuoti di tutela sul presupposto che “il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali” (Cass., n. 21748/2007, 35 ss.). Ciò che emerge laddove la Corte giunge a riconoscere che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano anche nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità e, in ipotesi, ad interromperlo, traendo dalla stessa sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, che pure aveva rigettato il ricorso, la considerazione per cui da questa non possa ad ogni modo ricavarci la configurabilità di un dovere dell'individuo alla salute, comportante il dovere del paziente o del suo rappresentante legale di non rifiutare cure e terapie che ne consentano il mantenimento in vita: “La Corte di Strasburgo afferma che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita. Siffatto principio — che il Collegio condivide pienamente e fa proprio — è utilizzato dalla Corte di Strasburgo non già per negare l'ammissibilità del rifiuto di cure da parte dell'interessato, ma per giudicare non lesivo del diritto alla vita il divieto penalmente sanzionato di suicidio assistito. ... il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari si fonda sulla premessa dell'esistenza, non di un diritto generale ed astratto ad accelerare la morte, ma del diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati”.

Il precedente della Corte di Strasburgo diviene, insieme al richiamo di altre fonti giurisprudenziali straniere, strumento duttile nelle mani del giudice nazionale di legittimità al dichiarato scopo di concretizzare e rendere effettiva la tutela della vita privata del paziente.

## 5. Diritto all'oblio *versus* diritto alla conoscenza delle proprie origini

Sotto altro profilo, la tutela apprestata dall'art. 8 CEDU alla vita privata e familiare assume una rilevante dimensione anche temporale nella misura in cui l'irreversibilità del diritto all'oblio del genitore naturale è stata ritenuta dall'evoluzione giurisprudenziale, sovranazionale ed interna, contrastante con il diritto personalissimo del figlio a conoscere le proprie origini in quanto

diritto coesenziale ad ogni persona umana anche se nata da madre legittimata a rimanere anonima.

La Corte di cassazione, una volta affermata l'impossibilità di ritenere il termine previsto dall'art. 93, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003 operativo oltre il limite della vita della madre che si sia avvalsa del diritto all'anonimato rispetto alla richiesta di conoscenza delle origini da parte del figlio successivamente adottato (Cass. n. 15024/2016), ha poi altresì ritenuto sulla scorta di Corte cost. n. 278 del 2013 che, ancorché il legislatore non avesse ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussisteva la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che avesse dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo (art. 28, commi 5, 6 e 8, della legge n. 184 del 1983) ed idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna (Cass., S.U. n. 1946/2017).

La soluzione interpretativa espressa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione si pone in linea anche con gli effetti della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 settembre 2012, *Godelli c. Italia*, laddove la Corte di Strasburgo con riguardo alla disciplina della irreversibilità del segreto ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, evidenziando che la normativa interna (art. 28, comma 7, della legge n. 184 del 1983, prima della declaratoria di incostituzionalità) non stabiliva un bilanciamento fra il diritto della madre biologica all'anonimato e quello a conoscere la propria identità da parte del figlio adottato, caratterizzandosi per la mancanza assoluta di un equilibrio tra gli interessi in gioco e in tal modo eccedendo dal margine di valutazione riconosciuto alla stregua del parametro convenzionale, essendo protetto dalla Convenzione "l'interesse vitale ... a ottenere delle informazioni necessarie alla scoperta della verità concernente un aspetto importante della propria identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori".

Le Sezioni Unite nella pronuncia richiamata sottolineano la funzionalità del dialogo tra Corti in materia. Ed è, del resto, il modo stesso con il quale le S.U. sono state investite della decisione a dimostrare, ancora una volta, quanto sia essenziale il dialogo fra le Corti al fine di rendere piena la nomofilachia del giudice di legittimità. La proposizione del ricorso nell'interesse della legge da parte del Procuratore Generale, nell'ambito delle prerogative ad esso riservate dall'art. 363 c.p.c., volto ad appianare le diversità emerse fra le soluzioni dei giudici di merito sul tema è, ancora una volta, la cartina di tornasole di quanto oggi la nomofilachia nasca dal basso, sia sempre più circolare, partecipate, affatto chiusa nell'altezzosa maestosità

del Palazzo di Piazza Cavour ma, tutto al contrario, aperta, partecipata da tutti gli operatori che ne rendono possibile il suo corretto esercizio.

Nella vicenda concreta le S.U. evidenziano l'opportunità del reperimento, in via giurisprudenziale, dal quadro normativo generale esistente e dal principio formulato dalla sentenza additiva della Corte costituzionale, della regola del caso suscettibile di permettere un seguito integrativo dell'ordinamento lacunoso in attesa dell'intervento legislativo. Opportunità che deriva dalla necessità di ricercare la piena attuazione dei diritti di matrice convenzionale e di interpretare, in quest'ambito, il diritto interno in senso conforme alla CEDU e alle pronunce della Corte europea.

Per altro verso, le S.U. ribadiscono che il rispetto degli obblighi internazionali è uno strumento efficace della tutela dei diritti fondamentali nella singola fattispecie, e questa richiede una combinazione virtuosa di esperienze e di attribuzioni, di cui è parte l'obbligo che incombe sui giudici comuni di dare alle norme interne una lettura conforme ai precetti convenzionali (Corte cost., sentenze n. 311 e n. 317 del 2009), fermo il predominio assiologico della Costituzione sulla Convenzione europea (Corte cost., sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 e n. 49 del 2015).

In questa prospettiva, il giudice nazionale ha dovuto compiere uno sforzo ermeneutico volto, nell'attesa dell'intervento del legislatore, a conferire effettività e operatività ad un diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'art. 8 CEDU, e ciò in virtù di quella spinta propulsiva che deriva dalla convergenza di fondo, pur nel diverso percorso argomentativo, tra il precedente della Corte di Strasburgo (sent. Godelli c. Italia) e l'esito dell'incidente di costituzionalità (sent. n. 278/2013).

Infatti, si è osservato, quantunque la dichiarata illegittimità costituzionale sia dipesa dall'accertato contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., con assorbimento del motivo di censura formulato in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., dalla stessa motivazione della sentenza di incostituzionalità si ricava l'espresso riconoscimento non solo che la sentenza di Strasburgo "invita a riflettere" sul profilo diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre, ma anche che l'eccessiva rigidità della disciplina nazionale è censurata sulla base degli stessi rilievi, in sostanza, formulati dalla Corte EDU, non potendo dubitarsi che la decisione della Consulta sia stata "orientata" dalla Corte europea nei contenuti (7).

---

(7) V. R.G. CONTI, *Diritto all'anonimato versus diritto alla conoscenza delle origini. Il punto di vista della Corte edu.* in *Fattore tempo e diritti fondamentali. Corte di cassazione e cedua a confronto*, 2017, Roma, IPZS.

## 6. Diritto all'oblio *versus* diritto alla conoscenza

Ancora il fattore *tempo* inerisce alla garanzia offerta dall'art. 8 CEDU alla vita privata nell'accezione estesa agli aspetti relativi all'identità personale e alla riservatezza attraverso la tutela del diritto all'oblio che risulta, nell'applicazione giurisprudenziale, variamente modulata nel necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente e convenzionalmente rilevanti, proprio in ragione del decorso del tempo. E ciò si spiega perché il diritto all'oblio consiste nel non rimanere esposti senza limiti di tempo ad una rappresentazione non più attuale della propria persona con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, a causa della ripubblicazione, a distanza di un importante intervallo temporale, di una notizia relativa a fatti del passato, ma la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica, sicché nel caso di notizia pubblicata sul web, il medesimo può trovare soddisfazione anche nella sola deindicizzazione dell'articolo dai motori di ricerca (cfr. di recente Cass., n. 2893/2023).

Sulla scorta dell'entrata in vigore dell'art. 17 Regolamento (UE) 2016/679, in tema di trattamento dei dati personali, ai sensi dell'art. 8 della CEDU nonché degli artt. 7 e 8 della cd. "Carta di Nizza", Cass. N. 2893/2023 ha ritenuto che l'equo temperamento dei diritti in conflitto non possa essere raggiunto attraverso la cancellazione *tout court* degli articoli riguardanti l'interessato dall'archivio on line del quotidiano, che annichirebbe con l'iper protezione dei diritti alla riservatezza degli interessati la funzione di memoria storica e documentale dell'archivio del giornale, che è oggetto di un rilevante interesse pubblico, di rilievo anch'esso costituzionale, in quanto strumentale alla ricerca storica ed espressione del correlato diritto (art. 33 Cost.) e in quanto espressione del diritto di manifestare liberamente il pensiero (artt. 21 Cost.).

Ad opposte conclusioni si è giunti, invero, in seno alla stessa pronuncia, rispetto alla richiesta di aggiornamento mediante la mera apposizione agli articoli, su istanza dell'interessato, di una nota informativa volta a dar conto del successivo esito dei procedimenti giudiziari con l'assoluzione degli interessati e il risarcimento del danno per ingiusta detenzione, in omaggio ai fondamentali principi di minimizzazione ed esattezza da osservarsi nel trattamento dei dati personali, nonché al principio di contestualizzazione e aggiornamento dell'informazione e alla luce della più efficiente allocazione dei costi necessari per prevenire l'ingerenza nella sfera giuridica altrui (cfr. in senso conforme Cass., S.U., n. 19681/2019).

A conferma del dialogo a distanza fra giudice nazionale e Corte EDU e della convergenza di soluzioni che tendono sempre più ad armonizzarsi vale

la pena di ricordare, proprio in una vicenda simile a quella esaminata da Cass. n. 2893/2023, la recente Corte EDU, 4 luglio 2023, *Hurban v. Belgio*. La Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con una sentenza resa a maggioranza è ritornata ad affrontare il tema del diritto all'oblio evocato dall'autore di un reato colposo commesso alla guida di un veicolo che, dopo essere stato condannato e riabilitato, aveva chiesto ed ottenuto giudizialmente l'anonimizzazione dell'articolo pubblicato on line dal quotidiano *Le Soir*. Il ricorso dell'editore del quotidiano alla Corte EDU, fondato sulla lesione dell'art. 10 CEDU, veniva rigettato con la sentenza della Camera in data 22 giugno 2021, escludendo l'incompatibilità della decisione dei giudici nazionali con il diritto alla libertà di espressione e di stampa, tenuto conto che l'anonimizzazione dell'articolo disposta all'interno dell'archivio digitale riguardava una persona che non rivestiva cariche pubbliche nè era personaggio pubblico. La Grande Camera, al quale era stato rimesso il caso, ha confermato l'assenza di violazione da parte delle autorità giudiziarie nazionali, ritenendo che le stesse, nel disporre l'anonimizzazione della versione digitale del quotidiano, si erano mosse nel perimetro del margine di apprezzamento loro riservato realizzando, un giusto bilanciamento (e proporzionato) fra l'esigenza di informazione e il diritto del guidatore. È poi particolarmente significativa in materia la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 19 ottobre 2017 (C. eur. dir. uomo, Sez. V, sent. 19 ottobre 2017, *Fuchsmann c. Germania*, ric. n. 71233/2013), laddove la Corte di Strasburgo ha escluso che potesse, nella specie, ritenersi violato il diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e, dando atto dell'avvenuto bilanciamento, da parte dei giudici nazionali, con la libertà d'espressione, riconosciuta dall'articolo 10 CEDU, la sentenza ha negato che sussistessero quelle « forti ragioni » in grado di mettere in discussione il bilanciamento operato a livello domestico (parr. 33 e 54), in quanto l'articolo contestato aveva contribuito ad un dibattito di interesse generale e c'era un interesse pubblico nel presunto coinvolgimento del richiedente e nel fatto di averlo menzionato per nome (punto 37).

In definitiva, è rimesso al giudice nazionale il delicato compito del bilanciamento, tenuto conto tanto dei profili oggettivi quanto soggettivi del trattamento delle informazioni personali e che l'esercizio del diritto di cronaca e di critica, che è lecito anche se in conflitto con diritti e interessi della persona ove sussistano i parametri dell'utilità sociale alla diffusione della notizia, della verità oggettiva o putativa, della continenza del fatto narrato o rappresentato, costituisce estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero prevista dall'art. 21 Cost. e dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. "Queste norme, a loro volta, trovano



riferimento nella Costituzione europea, la quale, con una formula più vasta, prevede sotto il valore universale della libertà, all'art. 2, 71, la libertà di espressione e di informazione, formula questa, da interpretarsi secondo l'Addendum 22 al documento CIG 87/04 (agosto 2004), in conformità dell'art. 10 della CEDU, che prevede, al comma secondo, limiti di ordine pubblico o di interessi fondamentali della persona, quali la salute, la reputazione o diritti fondamentali (come la dignità, la presunzione di innocenza, etc.) anche tenendo presente che le Corti europee di Giustizia di Lussemburgo (sentenza 8 luglio 1999 in causa 150/98) e di Strasburgo (sentenza 21 gennaio 1999, Fressoz) considerano la libertà di informazione come un patrimonio comune delle tradizioni costituzionali degli Stati dell'Unione e del Consiglio d'Europa." (Cass., n. 15887 del 17/07/2007).

È questo, in definitiva, il costante filo rosso che tiene unita la giurisprudenza nazionale ed europea. Ed è questo il senso dell'affermazione, più volte rintracciabile nella citata giurisprudenza, secondo cui il trascorrere del tempo modifica l'esito del bilanciamento tra i contrapposti diritti (Cass., S.U., n. 19681/2019).

In questo mutevole bilanciamento nel *tempo* tra il diritto alla vita privata e il diritto di cronaca entrano in gioco anche altre garanzie fondamentali strumentali alla tutela processuale dell'individuo nel contesto di procedure penali pendenti e, in definitiva, alla presunzione di innocenza, ai sensi dell'articolo 6 § 2 CEDU. Nel caso Sciacca c. Italia 11 gennaio 2005, la Corte EDU, in un'ottica di massimizzazione delle tutele, ha esteso la portata del diritto alla vita privata aldilà dell'ambito di adeguamento interno al sistema CEDU ed ha infatti ritenuto che la trasmissione ai media nel corso di una conferenza stampa di una foto identificativa del ricorrente, scattata durante le operazioni relative al suo arresto costituisse, di per sé, una violazione dell'articolo 8 CEDU, non possedendo di per sé alcun valore informativo ed essendo pertanto inapplicabile la giurisprudenza interna relativa alla pubblicazione sulla stampa di immagini o video di personaggi pubblici, non potendo in alcun modo i soggetti coinvolti essere considerati "figure pubbliche" per il solo fatto di essere parte di un processo penale, ma dovendo essere qualificati come "persone ordinarie", che devono godere di una maggiore protezione del diritto alla vita privata (par. 29).

## 7. Il tramonto del diritto alla pubblicità dell'udienza

Tra le garanzie strumentali alla tutela processuale dei diritti fondamentali nel sistema CEDU si colloca anche il diritto alla pubblicità dell'udienza previsto dall'articolo 6 § 1 CEDU.

Sul piano interno, tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto che il principio di pubblicità dell'udienza di rilevanza costituzionale e convenzionale non



rivista carattere assoluto e possa essere derogato in presenza di « particolari ragioni giustificative », ove « obiettive e razionali » (Corte cost., sent. n. 80 del 2011) — cfr. di recente Cass., S.U., n. 165/2023 —. Il principio della pubblicità del giudizio che si svolge dinanzi ad organi giurisdizionali, pur costituendo un cardine dell'ordinamento democratico, fondato sulla sovranità popolare sulla quale si basa l'amministrazione della giustizia in Italia (art. 101, comma I Cost.), non trova, peraltro, un'applicazione assoluta (Corte cost. nn. 50/1989, 69/1991, 373/1992, 235/1993), potendo essere legittimamente limitato, oltre che nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, dei minori o della vita privata delle stesse parti del processo, anche nell'interesse stesso della giustizia (Cass., S.U., n. 7585/2004).

Il fattore *tempo* è intervenuto anche con riferimento a tale diritto nel periodo di emergenza pandemica per effetto dell'art. 23, comma 8-*bis*8 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con modif. dalla l. n. 176 del 2020. Sul punto Cass., S.U., n. 2610/2021, Cass., S.U., n. 11546/2022 hanno ritenuto che l'individuazione del rito per la decisione dipende dalla diretta volontà della legge, che stabilisce che si debba procedere automaticamente in camera di consiglio senza l'intervento del procuratore generale e dei difensori delle parti, salvo che una delle parti o il procuratore generale facciano richiesta di discussione orale entro il termine di venticinque giorni liberi prima dell'udienza e che, in mancanza di tale richiesta, alle parti non è consentito di partecipare alla discussione nell'udienza *ex art. 379 c.p.c.*, senza che ciò rechi ostacolo all'esercizio del diritto di difesa.

Analogamente, le sezioni quinta e terza penale della Corte di cassazione (Cass., n. 17781/2022; Cass., n. 19431/2022) hanno ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 83, comma 7, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, 23 d.l. 23 ottobre 2020, n. 137 e 23 d.l. 9 novembre 2020, n. 149, per contrasto con gli artt. 24, 111 e 117 Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, nella parte in cui, nel vigore della disciplina emergenziale per il contrasto della pandemia da Covid-19, hanno previsto la trattazione della causa secondo l'ordinaria disciplina processuale solo in caso di tempestiva richiesta della parte, “in quanto la limitazione dei diritti di rango costituzionale e convenzionale posti a presidio delle garanzie procedurali dell'imputato è frutto di una scelta discrezionale del legislatore, non manifestamente irragionevole o arbitraria, ma giustificata dal bilanciamento con altri principi di pari rango, quali il diritto alla vita e alla salute”.

## 8. Il *ragionevole* riconoscimento del diritto alla *ragionevole* durata del processo

Sotto altro profilo il fattore *tempo* assume un ruolo fondante riguardo al diritto alla ragionevole durata del processo rispetto al quale il dialogo tra la

Corte di cassazione e la Corte EDU è stato nell'ultimo decennio molto fecondo, nella consapevolezza che "la giurisprudenza della Corte di Strasburgo s'impone ai giudici italiani" per quanto riguarda l'applicazione della legge n. 89/2001, "a meno che non si consideri la norma convenzionale (art. 6, par. 1 CEDU) come interpretata dal giudice europeo contrastante con la Costituzione (art. 111, c. 2 Cost.)". In questi termini già si orientavano le sentenze delle Sezioni Unite nn. 27348 e 27365 del 2009, ritenendo che la giurisprudenza di Strasburgo "[...] non esprime un principio generale per il quale debba ritenersi, sempre ed in ogni vicenda processuale, unico il tempo del processo di cognizione e di quello eventuale del giudizio di esecuzione o di ottemperanza, ad ogni fine, in rapporto all'applicazione delle dette norme". Seguivano le sette sentenze del 19 marzo 2014 (dalla n. 6312 alla 6318) delle S.U. che riconoscevano l'unità funzionale fra fase di cognizione e fase esecutiva, sul presupposto che la garanzia costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e l'art. 6, par. 1, della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, impongono di considerare tale articolato e complesso procedimento come un "unico processo" scandito, appunto, da "fasi consequenziali e complementari".

Le Sezioni Unite del 2016 (Cass., S.U., n. 9142/2016), con un parziale *revirement* rispetto alle S.U. del 2014, temperavano il principio dell'unitarietà delle fasi (di cognizione ed esecuzione), riconoscendolo unicamente nel caso in cui la parte di un processo civile concluso con il riconoscimento di un diritto avesse iniziato entro il termine di decadenza di 6 mesi previsto dall'art. 4 I. n. 89/2001 (legge Pinto) la fase esecutiva.

Il dialogo tra Corti è stato così ricomposto da Cass., S.U., n. 19883/2019, proprio alla luce dei principi espressi in modo consolidato dalla giurisprudenza della Corte EDU in ordine alla non necessità di promuovere la fase esecutiva nei confronti del debitore quando questi coincida con lo Stato, coniugando in maniera armonica, attraverso il canone dell'interpretazione convenzionalmente orientata, i principi espressi a livello convenzionale con quelli interni (anche di matrice costituzionale) e offrendo una nozione del concetto di "definitività" della decisione espresso nell'art. 4 L. n. 89/2001 pienamente coerente con l'art. 6 CEDU, nella lettura che di esso ha offerto in modo consolidato la giurisprudenza della Corte EDU ed in alcun modo contrastante con i parametri costituzionali interni.

Principi, questi ultimi, che, affermano le Sezioni Unite, assumono una valenza di cosa interpretata nell'ordinamento interno, risultando dalla sentenza della Corte EDU, *Bozza c. Italia* 14 settembre 2017, che assurge a vero e proprio caso paradigmatico in cui tali principi sono stati ribaditi ed auto qualificati dalla stessa Corte EDU come "consolidati", fermo restando che il plesso normativo introdotto dalla Legge Pinto ha una sua autonomia e

specificità all'interno del sistema generale delle obbligazioni in cui è parte lo Stato, inserendosi in un contesto che nasce dalla necessità di rispetto dell'art. 6, par.1 CEDU sulla base della giurisprudenza della Corte EDU.

“Si tratta, in definitiva, di un sistema che tende a riconoscere l'indennizzo a carico dello Stato responsabile per l'irragionevole durata del processo secondo regole che traggono linfa da piani tra loro diversi — quello convenzionale e quello normativo interno — i quali non possono divergere al punto da determinare effetti antitetici quali quelli che si verificherebbero nel mantenere fermi i principi espressi nel 2016 con riguardo alla posizione dello Stato-debitore di un indennizzo Pinto, elidendo la possibilità di ottenere l'integrale ristoro del pregiudizio sofferto per l'irragionevole durata del processo unitariamente considerato.” (Cass., S.U., n. 19883/2019).

“Ciò pur senza sottovalutare o considerare sempre subalterne e recessive le caratteristiche e peculiarità del rimedio interno adottato nell'ambito del margine di apprezzamento riservato allo Stato che decida di approntare un rimedio di ordine generale volto all'eliminazione di una violazione convenzionale di natura strutturale. Margine di apprezzamento che, tuttavia, non può mai andare a detrimento dell'effettività del rimedio, tenuto conto del valore conformativo, in termini di diritto vivente che riveste la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativamente alla definizione ed alla delimitazione della portata applicativa della fattispecie disciplinata dalla norma europea (art. 6.1 CEDU) alla cui violazione il nostro legislatore ha inteso porre rimedio con il meccanismo riparatorio” (Cass. n. 18739/2004).

A tal proposito — tenuto conto della consapevolezza delle ricadute che la risposta convenzionale può determinare nell'ordinamento nazionale e che, spesso, il dialogante sovranazionale non ha — con riferimento all'equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo Cass. n. 10415/2009, ritenendo il sistema interno immune da ipotetici vizi di costituzionalità, ha osservato che l'interpretazione elastica della giurisprudenza sovranazionale fosse l'unica a mettere al riparo da “ulteriori profili di non manifesta infondatezza di illegittimità costituzionale di un'esegesi che, attraverso rigidi automatismi e meccanismi presuntivi di non sicura ragionevolezza, in un sistema economico e di finanza pubblica caratterizzato dalla limitatezza delle risorse disponibili, rischia di porre la norma CEDU in esame (e l'interpretazione offertane dal giudice Europeo) in contrasto con le norme costituzionali che riconoscono e tutelano i diritti fondamentali, sacrificandone alcuni, di pari, se non superiore livello”.

In linea di continuità con un simile riconoscimento della centralità degli organi nazionali come primi garanti dei diritti di matrice convenzionale nel dialogo tra Corti che chiama il dialogante interno a farsi custode delle prospettive comuni di innalzamento della soglia di protezione dei diritti

fondamentali, la recente Cass., n. 2067 del 2023, richiamando le Sez. Un. n. 36596/2021, ha messo in luce che il principio del giusto processo, anche in base all'art. 6 della CEDU, non si esplicita nella sola sua durata ragionevole. “Il principio della ragionevole durata del processo è certamente divenuto punto costante di riferimento nell’esegesi delle norme processuali, conducendo a privilegiare, sempre nel doveroso rispetto del dato letterale, opzioni contrarie a ogni inutile appesantimento del giudizio. Ma, come è stato sottolineato anche in dottrina, mai è dato al giudice, in nome del citato principio, eludere distinte norme processuali improntate alla realizzazione degli altri valori in cui pure si sostanzia il processo equo: e tali sono per l'appunto il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio, e, in definitiva, il diritto a un giudizio nel quale le parti siano poste in condizioni di interloquire con completezza nelle varie fasi in cui esso si articola”.

## 9. Accesso al giudizio di legittimità *versus* accesso degli stranieri nel territorio dello Stato. La procura speciale nei giudizi di legittimità

Tra le garanzie processuali ineludibili in cui si sostanzia il diritto a un equo processo, l'accesso alla giustizia rappresenta quella *condicio sine qua non* connessa alla sua intrinseca strumentalità nella tenuta dei diversi sistemi di protezione dei diritti fondamentali di matrice convenzionale che il giudice nazionale ha il compito primario di armonizzare con la tenuta del sistema interno.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 15177/2021 — coeva ad altre pronunzie rese nello stesso mese — hanno ritenuto che l'introduzione da parte del legislatore del 2017 di un meccanismo di accesso al giudizio di cassazione particolarmente rigoroso in punto di formalità legate al rilascio della procura alle liti in materia di protezione internazionale e riconoscimento dello stato di rifugiato politico, non presentasse profili di illegittimità costituzionale anche con riferimento all'art. 117, 1° c. Cost., come integrato dagli artt. 6 e 14 CEDU non palesando né profili discriminatori in conformità ai principi affermati da Corte EDU, 8 aprile 2014, Dhahbi c. Italia (ric. 17120/09), né potendo ritenersi esistente alcuna sproporzionata compressione del diritto alla difesa *sub specie* di ridotto accesso al ricorso per cassazione e conseguente *vulnus* al canone previsto dall'art. 24 Cost.

Per un verso si è evidenziato che nemmeno tale diritto fondamentale è in assoluto incomprimibile, dovendo essere bilanciato con altri valori concorrenti nell'ottica del perseguimento di obiettivi e finalità di ordine pubblico legati alla gestione del fenomeno migratorio, nonché alla sostenibilità socio-economica delle attività connesse alla presentazione del ricorso per cassazione ove correlate al patrocinio a spese dello Stato, ma soprattutto all'esigenza di

un efficace sistema di tutela giurisdizionale, improntato nel suo complesso al canone della ragionevole durata dei processi. Né, aggiungono le Sezioni Unite, il diritto di accedere al giudice di ultima istanza è assoluto, visto che sulle condizioni di ricevibilità dei ricorsi gli Stati godono di un sicuro margine di apprezzamento, potendo prevedere restrizioni a seconda del ruolo svolto dai vari organi giurisdizionali e dell'insieme delle regole che governano il processo, sicché le regole d'accesso al giudizio di cassazione ben possono essere più rigorose che per il grado di appello.

Tanto che fa propendere, anche sotto questo profilo di tutela, per una valutazione sistemica e non frazionata delle garanzie convenzionali in cui si sostanzia il diritto a un equo processo di cui all'art. 6 CEDU, nella parte in cui riconosce il diritto all'accesso alla giustizia.

Per altro verso, Cass. S.U. n. 15177/2021 inferisce la compatibilità del comma 13 dell'art. 35-*bis* d.lgs. n. 25/2008 nella parte in cui richiede, quale elemento di specialità rispetto alle ordinarie ipotesi di rilascio della procura speciale regolate dagli artt. 83 e 365 c.p.c., il requisito della posteriorità della data rispetto alla comunicazione del provvedimento impugnato e che il difensore certifichi, anche solo con una unica sottoscrizione, sia la data della procura successiva alla comunicazione che l'autenticità della firma del conferente, con i principi espressi da Corte EDU, 15 settembre 2016, *Trevisanato c. Italia* e ribaditi dalla Corte EDU nella recente sentenza, depositata il 31 marzo 2021, nel caso *Oorzbak c. Russia*, ric.4830/2018, laddove il giudice sovranazionale ha ritenuto che le formalità prescritte dai singoli ordinamenti per l'accesso al giudizio sono da considerare legittime se ed in quanto, oltre ad essere previste dalla legge in modo chiaro, univoco e prevedibile ex ante, garantiscano la buona amministrazione della giustizia e un rapporto ragionevole di proporzionalità con i mezzi impiegati, con l'obiettivo di perseguire il principale scopo del processo, tendente ad una decisione di merito.

Tale diritto, come ribadito da Cass., S.U., n. 36057/2022 — ove le Sezioni Unite, componendo un risalente contrasto giurisprudenziale, hanno affermato in materia di requisiti di validità della procura speciale ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione nelle ipotesi contemplate dalla disciplina processuale ordinaria, che la firma per autentica apposta dal difensore su foglio separato, ma materialmente congiunto all'atto, è in tutto equiparata alla procura redatta a margine o in calce allo stesso — per poter essere concretamente esercitato, impone che gli ostacoli di natura procedurale impeditivi al raggiungimento di una pronuncia di merito siano limitati ai casi più gravi, nei quali non è possibile assumere una decisione diversa, sulla base dell'indiscutibile affermazione secondo cui l'essenza stessa del rendere giustizia risiede nella consapevolezza che il processo debba per sua natura tendere ad una decisione di merito.

Considerazione che pure trova conforto nella nota sentenza della Corte EDU, 28 ottobre 2021, *Succi c. Italia*, nella quale la Corte europea ha evidenziato che le limitazioni all'accesso alle Corti Supreme non devono essere interpretate in modo troppo formale.

Dalle due pronunce richiamate si evince come l'opera di bilanciamento veicolata dalla Suprema Corte pervenga ad esiti interpretativi differenti anche all'interno del medesimo sistema di protezione dei diritti fondamentali espressivo dell'ordine interno, ma confortato in ambedue i casi dal sistema convenzionale in una rete comune di tutela dei diritti fondamentali.

Tanto che dipende dalla consapevolezza, reciproca, delle ragioni poste a fondamento delle decisioni, in base alla diversa natura degli interessi coinvolti.

Se in via generale « la scelta di trincerarsi dietro un rigido formalismo » viene ritenuta dalla Corte di legittimità (Cass., S.U., n. 36057/2022, richiamando la requisitoria del Procuratore Generale) non in linea con l'elaborazione giurisprudenziale interna e sovranazionale, valorizzando in tal senso il disposto di cui all'art. 111, settimo comma, Cost., che prevede che il ricorso per cassazione costituisca uno strumento « sempre ammesso » contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, in armonia con il ruolo di supremo giudice che la Carta fondamentale attribuisce a questa Corte; per converso, laddove è rimessa al giudice comune la ponderazione di svariati interessi pubblici, quali la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione orientano nel senso che lo Stato possa legittimamente valorizzare tali interessi altri per comprimere l'accesso al giudice di ultima istanza, in conformità ai canoni di proporzionalità convenzionale.

## 10. Il diritto al rispetto dei propri beni e la qualità della legge rispetto al canone generale della legalità

Anche nello sterminato campo della tutela del diritto al rispetto dei beni <sup>(8)</sup> un settore particolarmente inciso dal dialogo giurisprudenziale fra le Corti si è negli anni rivelato essere quello dell'espropriazione per pubblica

---

<sup>(8)</sup> V. volendo, R. G. CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, Roma, 2012; Id., Commento all'art. 43, in AA.VV., *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico*, a cura di Caringella e De Marzo, Milano, I e II ed., 2005, 455 ss.; id. *L'espropriazione per pubblica utilità*, in *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, a cura di Caringella e Protto, Torino, 2005, 767 ss. A tali scritti si rinvia per le indicazioni bibliografiche. V., anche, in modo diffuso, Uff. Massimario, Corte di cassazione, Rel. n. 16 del 31 gennaio 2014, in *www.itgiureweb.it*.



utilità <sup>(9)</sup>, su cui poi ha inciso in modo sempre più marcato la giurisprudenza di legittimità <sup>(10)</sup>.

Il lungo cammino delle Corti nazionali verso un riallineamento delle tutele tra il piano convenzionale, più marcatamente attento alla tutela proprietaria e quello interno, a volte abbarbicato rigidamente attorno alla funzione sociale che per la Costituzione ha un rilievo centrale purché non costituisca espediente per vulnerare ingiustamente la posizione del proprietario, è culminato in diverse pronunzie della Corte di cassazione. Con la sentenza a Sezioni unite n. 735/2015 <sup>(11)</sup> la Corte di cassazione ha riconosciuto la necessità di interpretare il diritto interno in conformità con i principi convenzionali, primo tra tutti quello per cui qualsiasi ingerenza nei diritti tutelati dall'art. 1 Prot. 1 alla CEDU — che tutela la proprietà privata — deve avvenire nel rispetto del principio di legalità, nei suoi corollari rappresentati dalla presenza di una base legale, nonché di requisiti minimi di qualità della norma, esemplificati dalla sua accessibilità/conoscibilità e dalla prevedibilità dell'ingerenza nel diritto di proprietà e nel rispetto del principio enunciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui l'espropriazione deve sempre avvenire in “buona e debita forma” — Corte EDU, *Scordino c. Italia* (n. 3), 6 marzo 2007.

In precedenza, la Corte di Strasburgo aveva censurato le forme di

<sup>(9)</sup> R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006.

<sup>(10)</sup> Un richiamo merita, sul punto, Cass. S.U. n. 3514/2023 in tema di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento riposto da un privato sul provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, poi annullato in autotutela ovvero *ope iudicis*. Le Sezioni unite ritornano sull'orientamento per cui il provvedimento illegittimo e la sua caducazione rilevano come meri fatti storici, riguardando il complessivo *modus agendi* dell'amministrazione contrario a regole comportamentali di buona fede e correttezza; e nel ribadire la giurisdizione ordinaria si adoperano per inserire tale indirizzo nel paradigma convenzionale. Affermano, in particolare, che la protezione offerta all'affidamento dall'ordinamento giuridico in termini di diritto soggettivo trova conferma anche nel rilievo che la legittima aspettativa (“*espérance légitime*” o “*legitimate expectation*”) rientra nell'ambito dei beni protetti dal disposto dell'articolo 1 del Protocollo 1 alla CEDU (Protezione della proprietà), secondo l'interpretazione che di tale articolo la giurisprudenza della Corte EDU ha fornito fin dalla sentenza *Pine Valley Developments Ltd e altri c. Irlanda* del 29 novembre 1991. Pronunzia, quest'ultima, che ha inaugurato un orientamento consolidatosi nei decenni successivi, secondo il quale dal rilascio, da parte dell'autorità competente, dell'autorizzazione ad un progetto di urbanizzazione sulla cui base le società ricorrenti avevano acquistato dei terreni al fine di edificarli, in capo a dette società fosse sorta una “aspettativa legittima”, da considerare alla stregua di una componente dei beni delle società ricorrenti. (Cass. S.U. n. 3514/2023, par. 36).

<sup>(11)</sup> R. CONTI, *Occupazioni sine titulo e diritti umani. Una storia da non dimenticare. A proposito di Cass. S.U. n. 735/2015*, in *Questionegiustizia*, 2 febbraio 2015.

“espropriazione indiretta” elaborate nell’ordinamento italiano anche e soprattutto in sede giurisprudenziale (come nel caso dell’occupazione acquisitiva) e le ha configurate come illecito permanente perpetrato nei confronti di un diritto fondamentale dell’uomo, garantito dall’art. 1 cit., senza che alcuna rilevanza potesse assumere in contrario il dato fattuale dell’intervenuta realizzazione di un’opera pubblica sul terreno interessato, affermando che l’acquisizione del diritto di proprietà non può mai conseguire a un illecito (tra le tante, Corte Edu, *Carbonara e Ventura c. Italia*, 30 maggio 2000; Corte Edu, *Scordino c. Italia*, 15 e 29 luglio 2004; Corte Edu, *Acciardi c. Italia*, 19 maggio 2005; Corte Edu, *De Angelis c. Italia*, 21 dicembre 2006; Corte Edu, *Pasculli c. Italia*, 4 dicembre 2007).

Il contrasto con i principi affermati dalla Corte Edu è stato dunque evidenziato in un’ottica di cooperazione e dialogo multilivello anche dalla Corte costituzionale con la sentenza 8 ottobre 2010, n. 293, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 43 del d.p.r. n. 327/2001 per eccesso di delega e, sia pure incidentalmente, ha precisato che l’espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all’amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da “azioni illegali”, e ciò sia allorché essa costituisca conseguenza di un’interpretazione giurisprudenziale, sia allorché derivi da una legge (come nell’ipotesi dell’articolo 43 del t.u. espr. censurato).

Soccorrono, sul punto due distinte riflessioni di sistema che vanno oltre il campo dell’espropriazione e toccano nel profondo il tema dei rapporti fra plessi giurisdizionali nazionali e sovranazionali ma anche quello ancora più delicato fra legge e giurisdizione.

Quanto al primo è sufficiente evidenziare che rispetto al tema della prescrizione dell’azione risarcitoria si prospettavano dinanzi al giudice di legittimità diverse opzioni per allineare la tutela proprietaria interna a quella convenzionale. Ed è importante che la Corte abbia scelto quello dell’interpretazione convenzionalmente orientata. La scelta di campo delle S.U. assume, dunque, un significato ulteriore se si inquadra nell’ottica di definitivo scostamento dall’indirizzo che aveva pienamente giustificato l’occupazione illegittima, addirittura inquadrandola nei modi atipici di acquisto della proprietà. Secondo Cass., S.U., n. 735/2015 “...Il contrasto dell’istituto dell’occupazione acquisitiva con l’art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione EDU è sufficiente per escluderne la sopravvivenza nel nostro ordinamento...”. A tale conclusione, dunque, le S.U. pervengono non perché l’occupazione acquisitiva era stata “eliminata dal T.U. esprop. approvato con D.P.R. n. 327 del 2001”, come invece ritenuto da Cass., S.U. nn. 441 e 442 del 2014, ma per l’appunto in relazione al contrasto dell’istituto con la



CEDU, alla quale si attribuisce, finalmente, il peso che la Corte europea aveva cercato di rappresentare con le proprie decisioni — plurime — nel corso dell'ultimo quindicennio. Infatti, proseguono le Sezioni Unite, "...l'art. 42-*bis*2 non può essere individuato come la causa dell'espunzione dall'ordinamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva...", in tal modo smentendo una delle prospettive espresse da Cass., n. 705/2013 e da Cass. n. 1804/2013. Dopo avere dato atto che "...l'istituto dell'occupazione acquisitiva è stato [dapprima] elaborato dalla giurisprudenza e, successivamente, è stato presupposto da diverse disposizioni di legge...", le Sezioni Unite considerano che il principio generale posto a base dell'istituto pretorio in base al quale, nel caso di opere fatte da un terzo su un terreno altrui, la proprietà sia del suolo sia della costruzione viene attribuita al soggetto portatore dell'interesse ritenuto prevalente, si pone in conflitto radicale con la giurisprudenza europea. Tale disarmonia si risolve in via interpretativa dando spazio allo "...schema generale degli artt. 2043 e 2058 c.c., il quale non solo non consente l'acquisizione autoritativa del bene alla mano pubblica, ma attribuisce al proprietario, rimasto tale, la tutela reale e cautelare apprestata nei confronti di qualsiasi soggetto dell'ordinamento (restituzione, riduzione in pristino stato dell'immobile, provvedimenti di urgenza per impedirne la trasformazione ecc.), oltre al consueto risarcimento del danno, ancorato ai parametri dell'art. 2043 c.c.: esattamente come sinora ritenuto per la c.d. occupazione usurpativa...". In definitiva, secondo le Sezioni Unite, "...viene meno la configurabilità dell'illecito come illecito istantaneo con effetti permanenti e, conformemente a quanto sinora ritenuto per la c.d. occupazione usurpativa, se ne deve affermare la natura di illecito permanente, che viene a cessare solo per effetto della restituzione, di un accordo transattivo, della compiuta usucapione da parte dell'occupante che lo ha trasformato, ovvero della rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente".

Qui è il senso del ruolo dell'interprete, del giurista, dell'operatore, indirizzato a costruire ponti e ad abbattere i muri in concreto, in modo effettivo, efficace.

Si diceva, ancora, della centralità dell'elaborazione operata dalla Corte EDU in tema di tutela proprietaria poiché è grazie a quella giurisprudenza che l'operatore del diritto interno ha "scoperto" il concetto di *legalità convenzionale* e quello, connesso, della *qualità della legge*.

Non è questa la sede per approfondire temi di così centrale importanza, ma non è dubbio che la prospettiva della Corte EDU è centrata su un concetto di legalità che non coincide con quello interno, coinvolgendo *pleno iure* anche il diritto vivente. Coinvolgimento che giunge al punto da riconoscere la violazione della legalità nei casi in cui l'applicazione del diritto è

risultata discontinua e poco chiara per effetto di pronunzie ondivaghe della giurisprudenza stessa <sup>(12)</sup> che ha di fatto cominciato ad instillare nell'interprete concetti quali quelli di chiarezza e prevedibilità che non sempre costituivano "fine" delle decisioni giudiziarie.

### 11. Il ragionevole accomodamento e bilanciamento tra diritto di libertà religiosa — positiva e negativa —

Una delle più consapevoli manifestazioni di quella funzione di *nomofilachia europea* veicolata dalla Corte di cassazione all'insegna di un "reasonable accommodation" e del canone del bilanciamento è rappresentata da Cass. S.U. n. 24414/2021 in materia di diritti fondamentali e libertà religiosa nello spazio pubblico scolastico, laddove nell'affrontare la questione dell'affissione del crocifisso nelle scuole ha affermato che "le Sezioni Unite non sono sole nell'esame della questione di massima. Per un verso, sono guidate dalla forza peculiare dei principi fondamentali che entrano in gioco, dalla libertà religiosa al principio di laicità nelle sue diverse declinazioni, al pluralismo, al divieto di discriminazioni, alla libertà di insegnamento nella scuola pubblica aperta a tutti. Tali principi, definiti dalla Costituzione italiana, dalle Carte dei diritti e dalle Corti che ne sono gli interpreti, costituiscono la bussola per rinvenire nell'ordinamento la regola per la soluzione del caso. ... Le Sezioni Unite sono dunque inserite in un contesto di confronto, di dialogo e di contraddittorio tra le parti, che consente alla Corte di legittimità di svolgere il suo ruolo con quella prudenza "mite" che rappresenta un connotato del mestiere del giudice".

La Corte ribadisce che, conformemente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, sancito all'art. 9 della CEDU congiuntamente all'art. 2 del Protocollo n. 1, è uno dei fondamenti di una società democratica e costituisce, nella sua dimensione religiosa, uno degli elementi più vitali che contribuiscono alla formazione dell'identità dei credenti e della loro concezione della vita nonché un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici o gli indifferenti, contribuendo al pluralismo — duramente conquistato nel corso dei secoli — consustanziale a una tale società (Corte EDU, 15 febbraio 2001, Dahlab c. Svizzera), per giungere alla conclusione che deve escludersi che la

<sup>(12)</sup> V., volendo, R. CONTI, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e Unità delle interpretazioni*, in *Consultaonline*, Studi 2015/III, 807. Sul concetto di qualità della legge v. R. CHENAL, *Il principio di legalità e la centralità dei diritti fondamentali*, in *Europa umana, Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, 2020, 188 ss.

presenza del simbolo, quando derivi da una richiesta degli studenti in quello spazio pubblico peculiare nel quale essi imparano a convivere insieme e a formarsi culturalmente, qualifichi “tirannicamente” l’esercizio dell’attività che in esso si svolge.

Le Sezioni Unite rimarcano, seguendo l’insegnamento della Grande Camera nel caso *Lautsi c. Italia* 18 marzo 2011, che il crocifisso appeso al muro di un’aula scolastica è un simbolo essenzialmente passivo, inidoneo, tenuto conto del contesto di riferimento, a costituire una forma di proselitismo attivo o di indottrinamento, laddove la Corte di Strasburgo aveva ritenuto che la decisione di mantenere il crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche rientrasse nei limiti di cui dispone l’Italia nel quadro del suo obbligo di rispettare, nell’esercizio delle proprie funzioni in materia di educazione e di insegnamento, il diritto dei genitori di garantire le loro convinzioni religiose e filosofiche, e non violasse l’art. 2 del Protocollo n. 1 della Convenzione, facendo leva per escludere il contrasto con le norme della Convenzione, su tre argomenti: il carattere passivo del simbolo religioso; il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nella materia; il carattere pluralista della scuola pubblica in Italia.

Aggiungono le Sezioni Unite che, tuttavia, l’esposizione autoritativa del crocifisso nelle aule scolastiche non è compatibile con il principio supremo di laicità dello Stato, in quanto il crocifisso è innanzitutto un simbolo religioso, pur avendo carattere passivo. L’espunzione dal significato della disposizione regolamentare dell’art. 118 del regio decreto n. 965 del 1924 dell’obbligo di esposizione del crocifisso non si traduce, tuttavia, in un divieto di affissione del simbolo. E ciò nella misura in cui “la scuola pubblica italiana è un luogo istituzionale, ma è anche uno spazio pubblico condiviso in cui la presenza della simbologia religiosa, quando costituisce l’effetto di una scelta che proviene dal basso e non di una determinazione unilaterale del potere pubblico, non rappresenta la visione generale dello Stato-istituzione, ma descrive ricognitivamente le fedi, le culture e le tradizioni dello Stato-comunità: di quella comunità di persone che abita tale spazio” e di cui il giudice, come parte di quella comunità, deve prendere atto concretizzandone ed elevandone la tutela oltre gli standard individuati dalla “comunità” sovranazionale.

## **12. Per tirare le fila del discorso. Il ruolo degli operatori**

Dunque, è l’analisi della giurisprudenza che qui si è cercato di sintetizzare a dimostrare che la strada della cooperazione governata dalla fiducia reciproca e perciò attiva, piena ed effettiva fra i diversi plessi giurisdizionali, nazionali e sovranazionali costituisce al contempo l’ancora ed il timone che

ogni operatore del diritto dovrà sempre di più governare e dosare per realizzare al meglio le funzioni ed i ruoli allo stesso attribuite.

Questo *principium cooperationis*, come già ci è capitato di ricordare altre volte <sup>(13)</sup>, suggerisce di considerare tutti i giudici come “orizzontali”, siccome distinti tra di loro unicamente per le funzioni esercitate o, se si preferisce, per la tipicità dei ruoli, comunque bisognosi di essere espressi al massimo rendimento possibile ad ogni livello istituzionale, senza dunque alcuna “graduatoria” tra di loro: siano giudici comuni e siano pure giudici costituzionali o materialmente costituzionali, quali ormai in modo sempre più marcato e vistoso vanno conformandosi le stesse Corti europee. Tanto nel rapporto fra giudice di merito, giudice di legittimità e giudice costituzionale quanto in quello fra giudice nazionale e sovranazionale, la logica ispiratrice non può che essere quella della leale cooperazione, essa riuscendo a perseguire il miglior risultato possibile per le parti che sono davanti al giudice.

Sarà dunque questo principio di cooperazione ad alimentare incessantemente un diritto vivente al passo con l’evoluzione della società, rispetto al quale il ruolo del giudice di merito rispetto alle decisioni della Cassazione e financo della Corte costituzionale e dei giudici sovranazionali è centrale. Quelle che possono apparire, dunque, disobbedienze del giudice nazionale rispetto ai principi altre volte espressi dagli altri plessi giurisdizionali sono gli stessi giudici di legittimità a riconoscere con l’autorevolezza delle Sezioni Unite civili, quando affermano che l’interpretazione delle norme giuridiche da parte del Corte di cassazione e, in particolare, delle Sezioni Unite mira ad una tendenziale stabilità e valenza generale sul presupposto, tuttavia, di una efficacia non cogente ma solo persuasiva, trattandosi di attività consustanziale all’esercizio stesso della funzione giurisdizionale. Da ciò consegue che un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività, non è assimilabile al *ius superveniens* ed è suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito — Cass. S.U. n. 4135/2019 e, prima ancora, Cass. n. 174/2015 e Corte cost. n. 230/2012 —.

Nemmeno sarà disubbidiente, allora, il giudice che si incunea nelle lacune del sistema cercando di inverarlo attraverso il ricorso ai principi costituzionali e convenzionali espressi che sono alla base dello stesso ordinamento, in questo modo egli mostrandosi pienamente rispettoso della legge, rispetto alla quale offre il proprio contributo al fine di colmare i vuoti lasciati dal legislatore. Una supplezza, questa, che, se e quando si muove nell’ambito delle coordinate prefissate dal sistema, facendo ricorso ad istituti che pure l’ordinamento prevede ed ai valori fondamentali di immediata precettività

---

<sup>(13)</sup> R.G. CONTI, *Ruggeri, i giudici comuni e l’interpretazione*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, vol. II.

non sembra in alcun modo integrare un capovolgimento delle regole, ma al contrario una riaffermazione del vero significato del principio di legalità.

Ora, si è qui usato il termine *disobbedienza* in modo provocatorio intendendo rappresentare, tutto al contrario, che la diversità di orientamenti che possono maturarsi rispetto a questioni attorno alle quali ruotano i diritti delle persone non nascono per disobbedire o indebolire il ruolo degli altri plessi giurisdizionali, invece muovendo da un comune principio di cooperazione per accrescere il peso ed il valore dei diritti. Orientamenti che devono necessariamente partire dalla pre-conoscenza delle fonti normative e giurisprudenziali pertinenti, in modo da contribuire ad una elaborazione di principi capace di porsi come termine di riferimento, confronto e studio per gli interpreti ed operatori del diritto attraverso la motivazione dei provvedimenti. Motivazione che porta il giudice comune a dire “perché” la decisione non si è conformata a quella della Cassazione o a quella della Corte costituzionale o che, magari, abbia escluso il contrasto fra diritto interno e Carta UE immediatamente precettiva, inducendo il giudice comune a disapplicare la norma interna “contro” la Corte costituzionale. Il che, occorre chiarire in termini netti, non vuol affatto significare un’apertura di credito sconfinata verso l’incertezza ed imprevedibilità del diritto ma, al contrario, un modo di essere giurista capace di cogliere fino in fondo il senso dell’essere parte di un sistema nel quale occorre conoscere i meccanismi, gli ingranaggi ed il ruolo di tutti gli operatori.

Bisogna, dunque per un verso, rifuggire da un sistema che si attesti sulla comoda idea della vincolatività dei precedenti delle giurisdizioni apicali come anche da meccanismi che premiano con incarichi direttivi in magistratura chi più si è conformato alle decisioni anzidette, senza eventualmente scavare sulle ragioni delle riforme delle decisioni da parte del giudice dell’impugnazione.

Ne andrebbe, altrimenti, di quella vitalità del giudiziario che va, però, sapientemente coniugata con le esigenze di prevedibilità, certezza ed eguaglianza. Esigenze, queste ultime, che spetta al giudice di legittimità favorire con pronunzie chiare, efficaci, comprensibili, frutto di consapevole conoscenza della dottrina e dei diversi indirizzi giurisprudenziali.

Insomma, siamo tutti di fronte ad un cantiere vivo e aperto, nel quale occorre indossare l’abito dell’operaio al servizio dei diritti, fidandosi vicendevolmente dell’opera e dell’apporto di tutte le figure che quel cantiere possano organizzare al meglio per giungere a realizzare un edificio e a costruire nuovi piani su basi solide, sempre rispettose dell’esistenza umana,

fine e confine <sup>(14)</sup> di ogni intervento normativo e di ogni applicazione giudiziaria di un comando che va ineludibilmente plasmato in modo da salvaguardare i beni ed i valori fondamentali della persona.

---

<sup>(14)</sup> M. DELL'UTRI, *Saepe in periculis Note in tema di persona e comunità*, in *Giustiziainsieme*, 22 marzo 2020.



**VII.**  
**LIBERTÀ FONDAMENTALI:**  
**RELIGIONE E OBIEZIONE DI COSCIENZA**  
di *Carmelo Sgroi* (\*)

**SOMMARIO:** 1. La libertà di religione nella dimensione costituzionale. Il principio supremo di laicità dello Stato e il suo contenuto. — 2. Le applicazioni del principio di laicità: la materia penale. — 3. (*Segue*) la materia civile. Le relazioni familiari e l'educazione religiosa dei figli. Lesione della libertà religiosa e risarcibilità del danno non patrimoniale. — 4. La dimensione collettiva della libertà religiosa. Rapporti tra Stato e confessioni. L'accesso alle intese *ex art. 8 Cost.* — 5. I segni e i simboli religiosi. La questione del Crocifisso. — 6. L'obiezione di coscienza. Il giuramento religioso. — 7. Altri aspetti dell'obiezione di coscienza: al servizio militare, all'interruzione di gravidanza, ai trattamenti sanitari (cenni). — 8. Propaganda e ateismo. — 9. Il multiculturalismo. Migranti e religione.

**1. La libertà di religione nella dimensione costituzionale. Il principio supremo di laicità dello Stato e il suo contenuto**

La materia religiosa, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riceve una regolazione di principio imperniata innanzitutto sulla tutela della libertà interiore del singolo, essendo accomunata anche topograficamente, nell'art. 9 della CEDU, ad altre libertà fondamentali proprie dell'individuo, come la libertà di pensiero e di coscienza; anche se naturalmente non manca di avere spazio, nella Convenzione e nell'interpretazione che ne rende la Corte EDU, l'aspetto dell'esercizio della libertà attraverso le pratiche religiose in forma organizzata, sia per il riferimento all'esercizio "collettivo" nello stesso art. 9, sia con riguardo alle ulteriori prescrizioni convenzionali che concernono la libertà di riunione e associazione e in generale in forza del divieto di discriminazione. L'impianto della CEDU si riflette, nella giurisprudenza convenzionale, in un approccio di metodo che evita di prendere posizione sull'impostazione delle relazioni tra ciascuno Stato e le varie confessioni religiose che vi sono insediate e vi operano, poiché la Corte EDU,

---

(\*) Già Avvocato generale presso la Corte di cassazione.



nelle sue decisioni, prende atto degli assetti di volta in volta esistenti, scrutinando il singolo caso a seconda del tipo di dette relazioni, senza una valutazione presupposta circa la legittimità o la migliore aderenza ai principi di ciascuna forma (si rinvia, sul punto, alla Parte II, *sub* art. 9, par. 8).

Sotto questo profilo, si registra una differenza di metodo tra Corte EDU e Corti interne (costituzionale e di legittimità), conseguente non solo all'approccio necessariamente casistico della Corte europea, che rende più complesso enucleare una concezione unitaria e generalizzante in materia, ma anche al diverso ambito nel quale ciascuna delle due istanze si trova a operare, poiché mentre la Corte costituzionale assume a oggetto delle proprie pronunce l'ordinamento interno, anche utilizzando i parametri convenzionali sul piano della interpretazione, il giudice europeo è chiamato a considerare sistemi legislativi anche notevolmente diversi tra loro per impostazioni e tradizioni culturali e giuridiche e per questo non potrebbe presupporre di per sé la invalidità convenzionale di un sistema di relazioni non improntato alla laicità nel senso declinato dalla stessa Corte: quest'ultima, infatti, proprio per la grande varietà di modelli costituzionali, assume come legittimo anche uno Stato di natura confessionale, imperniato sulla regola di identificazione anziché di autonomia tra sfera del potere civile e sfera religiosa e su questa stessa base non manca di annettere rilievo — negato invece, come si dirà, dalla giurisprudenza costituzionale — al dato fattuale e storico della diffusione sociale di una data confessione, del “peso” che un culto ha storicamente ricevuto in un dato Paese, anche in chiave di elemento di coesione sociale e nell'ottica del margine di apprezzamento <sup>(1)</sup>. La laicità quale metro autonomo di giudizio opera così, nell'indirizzo della Corte EDU, se e in quanto tale principio conformi l'assetto delle relazioni tra le due sfere, religiosa e civile, del Paese di cui occorra considerare la conformità convenzionale di legislazioni o atti, ed è per questa via che quel principio “interno” riemerge quale parametro convenzionale per l'accertamento delle violazioni alla CEDU, assumendo in questa dimensione contenuti analoghi a quelli elaborati della giurisprudenza interna, nella quale la laicità costituzionale innerva le relazioni tra le confessioni e le loro interrelazioni con i poteri pubblici. Ciò non toglie però che la giurisprudenza convenzionale pervenga a elaborare il concetto del dovere di neutralità dello Stato, secondo caratteri del tutto analoghi a quelli che esprime la giurisprudenza costituzionale italiana: dovere, infatti, che non si limita a un atteggiamento di indifferenza

---

<sup>(1)</sup> Corte EDU, GC, 26 aprile 2016, *Izzettin Dogan c/Turchia*; Corte EDU, GC, 9 luglio 2013, *Sindicatul Pastoral cel Bun c/Romania*; Corte EDU, 16 novembre 2017, *Arcidiocesi ortodossa di Obriid c/ex Repubblica di Macedonia*; 3 maggio 2007, *Testimoni di Geova di Gidani c/Georgia*. V. più ampiamente Parte II, *sub* art. 9 CEDU.

passiva ma che implica una attività di organizzazione — naturalmente neutrale e imparziale — dell'esercizio dei culti, svolgendo un ruolo di garanzia che la stessa Corte definisce quale fattore essenziale di pace religiosa e di tolleranza nelle società democratiche (Corte EDU, GC, 1° luglio 2014, S.A.S. c/Francia).

L'ordinamento costituzionale e normativo italiano si caratterizza, d'altra parte, per un impianto peculiare — derivato da ragioni storiche, nel passaggio dallo Statuto Albertino del 1848, al regime fascista, fino alla Costituzione del 1948 <sup>(2)</sup> — nel quale entra in gioco, diversamente da ogni altro Paese, la millenaria presenza della Chiesa cattolica e la conseguente necessità di una regolazione dei rapporti con essa sia sul piano pubblicistico sia per l'incidenza nella società civile. Da qui, nella coesistenza tra un sistema concordatario, espresso nell'art. 7 Cost., ed il riconoscimento di pieni diritti soggettivi di libertà religiosa, oltre che alla stregua del principio-guida dell'uguaglianza “senza distinzioni ... di religione”, *ex* art. 3 Cost., si delinea la specificità dell'ordinamento interno, nel quale è stata l'elaborazione della Corte costituzionale e di quella di legittimità a svolgere un'opera rivolta a dare coerenza complessiva al sistema alla luce dei nuovi valori costituzionali, attraverso la riconduzione di una serie di prescrizioni legislative, specie datate, a conformità con i principi e i diritti fondamentali della Carta, fino a pervenire, per vie talvolta diverse rispetto a quelle desumibili dalla giurisprudenza europea, ad esiti complessivamente congruenti — e talvolta più incisivi, rispetto alle indicazioni della Corte EDU — con i principi stessi.

Premessa maggiore di tale percorso è da individuare nel principio della laicità dello Stato, in un mutato contesto caratterizzato dal pluralismo e dalla compresenza nella società di differenti credi e convinzioni; conciliandosi in tal modo il rispetto della libertà religiosa, proprio dello Stato laico e democratico, con il metodo cooperativo di contrattazione con le confessioni e ciò lungo le tre direttrici (a) dell'uguaglianza dei cittadini in questa materia (art. 3 Cost.) e del riconoscimento dei relativi diritti come inviolabili (artt. 2,

---

<sup>(2)</sup> Con il passaggio dalla qualificazione della religione cattolica come religione “di Stato”, nello Statuto albertino e poi nell'impianto originario dei Patti Lateranensi del 1929, con la connessa classificazione delle altre confessioni religiose quali culti semplicemente “ammessi” (l. 26 aprile 1929, n. 1159), fino all'avvento della Costituzione Repubblicana e quindi alle modifiche dei Patti Lateranensi con l'Accordo del 18 febbraio 1984 (ratificato con la l. 25 marzo 1985, n. 121), il cui Protocollo addizionale (art. 1) dichiara che “si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti Lateranensi, della regione cattolica come sola religione dello Stato italiano”; sul punto, è peraltro prevalsa in dottrina l'opinione secondo cui il venir meno della religione “di Stato” sarebbe già avvenuto con l'entrata in vigore della Costituzione, ovvero, secondo altra linea, che quella locuzione avrebbe assunto un significato descrittivo, equivalente a quello di religione cattolica.

19), (b) della connessa impossibilità di favorire un culto rispetto ad altri (artt. 3, 8), e (c) della compresenza della dimensione pubblica e di quella privata, nel quadro delle autonomie, in particolare nel campo educativo, assistenziale e sociale.

L'armonia di fondo tra l'impianto della CEDU e quello della Costituzione si rivela peraltro, al di là delle formule giuridiche non sempre coincidenti, nei tratti comuni che connotano la libertà religiosa quale espressione di un diritto fondamentale: il diritto di avere o non avere un credo, come di cambiarlo (Corte EDU, 25 maggio 1993, Kokkinakis c/Grecia); quello di poterlo esprimere e praticare, anche collettivamente; la facoltà di opporre, a prescrizioni legali costringenti, il proprio convincimento interiore con l'obiezione di coscienza; il diritto di esprimere la fede a mezzo di simboli e segni esteriori; il diritto di istruire ed educare i figli secondo i propri convincimenti; la preclusione a ingerenze dell'autorità pubblica nella vita concreta delle organizzazioni confessionali <sup>(3)</sup>.

Il compendio di questi principi definisce del resto la libertà di coscienza e di religione riconosciuta allo stesso modo dall'art. 10 della CDFUE, corrispondente all'art. 9 CEDU e avente lo stesso significato, incorporando per tale via la giurisprudenza della CEDU relativa al citato art. 9, quale base della società democratica ed elemento di conformazione di un assetto che tutela allo stesso modo atei, agnostici o indifferenti, nella dimensione del pluralismo "duramente conquistato nel corso dei secoli" <sup>(4)</sup>.

Il principio di laicità dello Stato si definisce nella regola maestra della separazione tra la sfera civile e quella religiosa, espressa dalla neutralità dello Stato rispetto alle questioni che coinvolgono la materia di religione. Il principio in discorso è formulato per la prima volta in modo esplicito dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 203/1989, che ne definisce i caratteri: si tratta di un principio supremo, che costituisce uno dei "profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale", con rango superiore ad altre norme o leggi costituzionali, e che ha natura duplice, con una dimensione non solo di garanzia negativa — rivolta cioè a impedire interferenze nella sfera di libertà individuale, che impegna lo Stato a garantire a tutti, credenti e non credenti, i medesimi diritti — ma anche di segno positivo, di sostegno rispetto a un ambito di interesse dell'individuo che merita tutela e che deve garantire l'esercizio di pari possibilità di esercizio della libertà religiosa. Dunque, esso non equivale — precisa la Corte — a "indifferenza" rispetto al

<sup>(3)</sup> Per la disamina analitica di tutti questi aspetti si rinvia all'esposizione contenuta nella Parte II, *sub* art. 9 CEDU.

<sup>(4)</sup> Così CGUE, GS, 15 luglio 2021, C-804/18 e C-341/19, richiamando Corte EDU, 15 febbraio 2001, *Dablab c/Svizzera*.

fenomeno religioso, ma opera quale “salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”. Esso, anche secondo le puntualizzazioni che verranno espresse dalla Corte in successive pronunce, comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni, nel dovere di garantire l’esercizio delle stesse e di assicurare tolleranza anche nelle relazioni tra credenti e non credenti, salvo il limite costituzionale del buon costume (art. 19 Cost.).

Nella specie oggetto del giudizio, dopo avere sottolineato la sindacabilità delle norme del Concordato (ancorché aventi copertura nell’art. 7 Cost.) rispetto agli artt. 3 e 19 Cost. che concorrono con altri principi (artt. 7, 8 e 20 Cost.) a strutturare il principio di laicità, la sentenza n. 203/1989 perviene, con una pronuncia interpretativa, a dire — dopo il cd. nuovo Concordato del 1984, che supera “anche formalmente” la scelta confessionale dello Statuto del 1848 e del Trattato del 1929 — legittimo l’insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, quale regolato nella disciplina posta dalla l. n. 121/1985, art. 9, come obbligo di istituire l’insegnamento, per lo Stato, ma di piena facoltatività di riceverlo, per studenti e famiglie; dunque senza che la scelta di non avvalersi di detta materia possa mai dare luogo a un obbligo alternativo, giacché con la scelta “si è chiamati ad esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà e impegnatività di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche”. Analoghi enunciati sono espressi, nella giurisprudenza, da Cass. S.U. 18 novembre 1997, n. 11432: una volta posto il carattere facoltativo dell’insegnamento della religione cattolica in forza della sentenza del 1989, e dunque una volta assegnata, a chi non intenda avvalersi dell’insegnamento stesso, la facoltà di scelta, tra altre attività didattiche e formative o per nessuna attività, anche con l’allontanamento dalla scuola, la previsione, nella organizzazione amministrativa scolastica, di corsi alternativi riservati a chi abbia effettuato la scelta di non avvalersi, senza offrire alcuna diversa possibilità, finisce per discriminare tali persone nell’esercizio di un diritto fondamentale, nella specie a contenuto negativo <sup>(5)</sup>.

A sua volta, Corte cost., n. 334/1996, esprime il principio nella chiara distinzione tra i due ordini, quelle delle questioni civili e quello dell’esperienza religiosa, cui corrisponde il divieto, per lo Stato, di ricorrere a obbligazioni di natura religiosa per rafforzare i propri precetti, giacché “la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato”, al quale invece spetta solo il compito di

---

<sup>(5)</sup> La sentenza dichiara la giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria, trattandosi di situazione lesiva di un diritto assoluto rispetto al quale nessuna autorità amministrativa dispone di poteri di ingerenza.

garantire le condizioni che favoriscano le libertà di tutti secondo criteri di imparzialità e, in questo ambito, della libertà di religione. Analogamente si esprime Corte cost., n. 254/2019. Ulteriori, concorrenti, enunciati sono presenti nelle sentenze relative alla materia penale “di religione”, su cui *infra*, par. 2.

L'enunciazione del principio di laicità nei suoi due aspetti, negativo e promozionale, apre a una serie di pronunce e di puntualizzazioni, sia nella giurisprudenza costituzionale, sia in quella di legittimità, che valgono a precisarne ulteriormente la portata, nella direzione della piena e uguale libertà di esercizio del diritto, conformemente ai canoni convenzionali di libertà interna ed esterna e di non discriminazione.

## 2. Le applicazioni del principio di laicità: la materia penale

Le scelte punitive che attengono alle condotte e alle manifestazioni di significato religioso rappresentano un terreno di immediata identificazione dell'assetto — laico o confessionale; paritario o diseguale — delle relazioni tra potere pubblico e fattore religioso <sup>(6)</sup>.

La classe dei reati di religione, nell'impianto del codice penale del 1930, esprimeva un significato istituzionale, essendo le relative fattispecie (artt. 402-406 e art. 724 cod. pen.) poste esplicitamente a tutela prevalente o esclusiva della religione cattolica appunto in quanto religione “di Stato” oltre che praticata dalla maggioranza dei cittadini; la sopravvenuta — con la Costituzione e la revisione concordataria — incompatibilità tra quell'impianto e i principi di uguaglianza e di libertà religiosa connessi al principio supremo di laicità ha portato a una serie di pronunce, ablative o manipolative, della Corte costituzionale sulle fattispecie in parola e, successivamente, a una rivisitazione legislativa rivolta ad adeguare la disciplina ai suddetti principi. L'entrata in vigore della citata riforma normativa, adottata sulla scia di una serie di pronunce del giudice delle leggi e costituita dapprima dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, relativamente alla sola fattispecie della bestemmia (art. 724 cod. pen.) depenalizzata dal medesimo decreto (art. 57), e poi dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85, che, nell'ambito di una riforma dei reati cd. di opinione, ha uniformato la tutela penale apprestata dalle figure di reato, avendo ora riguardo alla categoria generale delle “confessioni religiose” senza distinzione tra le stesse, ha in larga parte superato le varie questioni poste da quel sistema diseguale di tutela. Tuttavia, in ragione della portata generale delle enunciazioni della Corte costituzionale, è utile dare di

---

<sup>(6)</sup> Si tratta, secondo una appropriata definizione dottrinale, della categoria che costituisce una sorta di “biglietto da visita” del legislatore in campo penale.

queste una sintetica rassegna, nella continuità ideale con la pronuncia del 1989 espressiva del principio fondamentale di laicità (7).

Corte cost. n. 440/1995, che segna l'avvio di questo percorso di riassetto della categoria dei reati di religione, ha riguardato la fattispecie della bestemmia. Con una dichiarazione di parziale incostituzionalità della norma, in quanto strutturata secondo una impostazione di garanzia privilegiata per la confessione cattolica, la sentenza ha espunto dalla formula legislativa la parte relativa a “i simboli o le persone venerati nella religione dello Stato” e, per conseguenza, ha parificato la tutela quanto alla manifestazione oltraggiosa o di invettiva contro la “divinità”, quale nozione comprensiva di ogni possibile credo. La pronuncia osserva che “in materia di religione, non valendo il numero, si impone ... la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza” e che per effetto della pronuncia stessa la disposizione punitiva, una volta depurata della parte riferita a una sola confessione, tutela “in modo non discriminatorio un bene che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse”.

Corte cost. n. 329/1997 ha dichiarato incostituzionale la differenza nel trattamento sanzionatorio presente nell'art. 404, concernente il vilipendio o danneggiamento di cose di significato religioso, rispetto a quello — minore — stabilito nell'art. 406, concernente i culti cd. ammessi (8): anche qui la base argomentativa si situa nel rifiuto del criterio statistico/sociologico della religione “di maggioranza” e sulla constatazione che la protezione del bene “sentimento religioso” assume, nel quadro costituzionale, il significato di un corollario del diritto fondamentale di libertà religiosa, che non tollera differenziazioni secondo apprezzamenti statistici.

Analoga *ratio* e uguale esito di parificazione del trattamento sanzionatorio si trova in Corte cost. n. 327/2002, riferita all'art. 405 cod. pen., sulla turbativa di funzioni religiose, e in Corte cost. n. 168/2005, sul vilipendio di persone espressive o rappresentanti della confessione (art. 403 cod. pen.).

Ancora, Corte cost. n. 508/2000, relativa al vilipendio della religione “di

---

(7) E nel superamento di un indirizzo preesistente che, facendo leva sulla religione “di maggioranza”, aveva fino ad allora mantenuto in vita l'impianto delle previsioni penali discriminatorie, sia pure attraverso opzioni interpretative di rimodulazione del bene protetto, da tutela della confessione come organizzazione politica a protezione di un credo maggioritario e di un “sentimento religioso” presente nella società civile, nonché rivolgendo moniti al legislatore: cfr., variamente, Corte cost., n. 125/1957, n. 73/1958, n. 39/1965, n. 14/1973, n. 188/1975, n. 925/1988.

(8) Con una parificazione verso il basso imposta dalla preclusione a pronunce additive in campo penale, *ex art. 25 Cost.*

Stato” nella sua dimensione istituzionale, ha dichiarato l’incostituzionalità della norma <sup>(9)</sup>, con riguardo ai principi di uguaglianza individuale e collettiva in materia (artt. 3 e 8 Cost.) i quali implicano equidistanza e imparzialità dello Stato verso tutte le confessioni, indipendentemente dalla maggiore o minore diffusione nella comunità sociale <sup>(10)</sup>.

Gli enunciati così espressi costituiscono, al di là del settore punitivo nel quale la Corte ha avuto modo di formularli, le coordinate generali di ogni decisione di tono costituzionale che involge la materia della libertà religiosa e saranno del resto ripresi frequentemente nell’interpretazione della giurisprudenza di legittimità.

### **3. (Segue) la materia civile. Le relazioni familiari e l’educazione religiosa dei figli. Lesione della libertà religiosa e risarcibilità del danno non patrimoniale**

L’incidenza della chiara enunciazione relativa al principio supremo di laicità, valevole come parametro autonomo nel sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, nel far superare una serie di orientamenti anteriori ha contestualmente aperto la strada alla riconsiderazione di varie discipline legislative, spesso frammentarie e non coordinate con quel principio, innescando temi nuovi di emersione di potenziali conflitti tra diritti pariorinati, nella dimensione ormai acquisita del pluralismo e della pari dignità di ogni convincimento religioso. Ciò ha collocato la soluzione di tali conflitti — nella mancanza di riforme legislative generali — sulla giurisdizione, chiamata a svolgere una opera di ricostruzione e adeguamento del sistema normativo con quel principio e con i suoi diretti corollari di libertà e parità di regolazione, secondo lo schema dell’interpretazione costituzionalmente orientata.

---

<sup>(9)</sup> Insuscettibile di parificazione con la tutela di ogni altra confessione, per assenza di un accordo con la previsione sui culti ammessi *ex art.* 406 cod. pen.

<sup>(10)</sup> La ricordata riforma del 2006 ha complessivamente reso bagatellari le fattispecie in discorso, che risultano di scarsa applicazione ed elaborazione in giurisprudenza specialmente dopo il suddetto intervento legislativo; possono qui richiamarsi in sintesi: Cass. 13 ottobre 2015, n. 41044, sul distinguo tra critica lecita in materia religiosa e vilipendio punibile, che esprime disprezzo verso la confessione e si traduce in una offesa fine a se stessa; Cass., 1° marzo 2022, n. 8055, relativa al turbamento di una funzione religiosa mediante ostacoli a una processione accompagnati da minacce e ingiurie verso i rappresentanti del culto e le forze dell’ordine; Cass., 20 gennaio 2022, n. 2242, ancora in tema di turbativa, che afferma l’integrazione della condotta materiale anche nella strumentalizzazione della funzione religiosa per finalità contrarie al sentire religioso di chi vi partecipa e al significato di culto della funzione stessa, in un caso di torsione verso forme di sottomissione a gruppi illegali attraverso l’imposizione di soste immotivate e ingiustificate di una processione dinanzi ad abitazioni di esponenti della criminalità mafiosa.



Così, in immediata consecuzione con la pronuncia del 1989, è alla Corte di cassazione che si deve l'individuazione di una serie di punti di potenziale frizione tra regole normative e principi per quanto riguarda lo statuto giuridico delle confessioni. Ne è esempio il promovimento della questione relativa alla ingerenza pubblica derivante dalla classificazione delle comunità israelitiche quali enti pubblici non economici (*ex r.d. n. 1731/1930*), lesiva dell'autonomia statutaria garantita dall'art. 8 Cost. <sup>(11)</sup>; e, a seguire, dopo l'accoglimento della questione da parte di Corte cost. n. 259/1990 <sup>(12)</sup>, con la riconduzione alla giurisdizione ordinaria della materia dei rapporti di impiego con le Comunità <sup>(13)</sup>. Si manifesta quindi per questo aspetto l'assonanza con l'indirizzo della Corte EDU circa i limiti delle "ingerenze" dell'autorità pubblica nella vita interna delle organizzazioni religiose <sup>(14)</sup>, che impedisce allo Stato sia di qualificare una determinata religione come tale, sia di svolgere un ruolo attivo o di arbitro nella vita interna del gruppo confessionale. Peraltro, su questo versante la peculiarità del sistema costituzionale italiano, imperniato sulla regolazione bilaterale attraverso le intese *ex art. 8 Cost.*, implica tematiche in parte autonome rispetto alla generalità degli indirizzi della Corte EDU in materia di ingerenze; sul punto, *infra* par. 4.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione in campo civile sono diversi i riferimenti alle norme della CEDU, e alle interpretazioni che ne dà la Corte europea, su temi che implicano la libertà religiosa (o di coscienza *lato sensu*), accomunandosi sovente tale richiamo al parallelo riferimento alle prescrizioni costituzionali, nella constatazione della complessiva unità di valori e coerenza di principi sul piano sovranazionale e nazionale.

Un ambito di particolare rilievo attiene alle relazioni familiari.

Cass. S.U., 17 luglio 2014, n. 16379, concerne la delibazione delle sentenze ecclesiastiche dichiarative, per qualsiasi vizio, della nullità genetica dell'atto di matrimonio (concordatario), in presenza di una relazione di convivenza duratura che — afferma la sentenza — come tale integra una situazione giuridica di ordine pubblico, ostativa a quella delibazione. La pronuncia, oltre a svolgere una analitica ricostruzione del sistema concordatario

---

<sup>(11)</sup> Cass. S.U., 22 agosto 1989, n. 482; che richiama anche Corte cost. n. 43/1988, relativa all'incostituzionalità della disciplina del 1930 nella parte concernente l'eleggibilità dei Consigli delle comunità israelitiche, lesiva dell'art. 8 Cost.

<sup>(12)</sup> In cui si delinea la piena aderenza al principio di laicità dello Stato, con il rifiutare il carattere pubblicistico delle Comunità israelitiche, "sorta di costruzione civile di una confessione religiosa ad opera del legislatore statale", nel duplice aspetto della penetrante ingerenza dello Stato nella vita della confessione e, reciprocamente, nella impropria attribuzione di potestà pubblicistiche e autoritative a un soggetto religioso.

<sup>(13)</sup> Cass. S.U., 19 luglio 1991, n. 8028.

<sup>(14)</sup> Corte EDU, GC, 12 giugno 2014, *Fernandez Martinez c/Spagna*.



tario susseguente all'Accordo di modifica del 1984, perviene alla citata conclusione, richiamando quale quadro di fondo i principi espressi da Corte cost. n. 203/1986 in merito alla scissione tra l'ordine delle questioni civili e quello dell'esperienza religiosa; attraverso la valorizzazione dell'elemento materiale della convivenza giunge a distinguere tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto proprio alla luce delle indicazioni sovranazionali <sup>(15)</sup>, quale declinazione della uguaglianza di diritti, nella prospettiva della illegittimità — costituzionale come convenzionale — di regole e discipline tali da arrecare pregiudizio concreto allo svolgimento dei rapporti familiari; in tal modo, la pronuncia estende il sindacato della giurisdizione — l'“ordine civile” — sulla delibazione ed enuncia il principio secondo cui, in applicazione — anche — del principio supremo di laicità dello Stato (§ 3.9), la convivenza “come coniugi” integra una situazione disciplinata da norme costituzionali e convenzionali ostativa, ai sensi dell'Accordo e del Protocollo addizionale del 18 febbraio 1984, alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal giudice canonico <sup>(16)</sup>.

Il peso della ipotetica soggezione del figlio a concezioni religiose antitetiche rispetto a quelle di un genitore e il timore del condizionamento da parte di una confessione islamica “integralista” e ostile alla donna, quali elementi addotti da un genitore in sede di opposizione al riconoscimento di un figlio naturale da parte dell'altro, sono oggetto di Cass. 27 ottobre 1999, n. 12077. La pronuncia si colloca a pieno titolo, anticipandone anzi alcuni passaggi, nel solco della giurisprudenza costituzionale e convenzionale che da un lato assume quale elemento centrale della valutazione, in questo ambito, il criterio del preminente interesse del minore (nel caso, alla instaurazione di un rapporto con entrambi i genitori), dall'altro nega in via di principio che la mera diversità culturale, di origini e di religione possa valere a giustificare la compressione di quell'interesse, poiché, in forza dei principi di uguale libertà di tutte le confessioni religiose (art. 8 Cost.) e di libertà nel professare la

---

<sup>(15)</sup> Desumendo specialmente tale distinzione sia dall'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, richiamata nel Preambolo della CEDU, sia dall'art. 5 del Protocollo n. 7 alla CEDU e sia infine dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di limiti alle “ingerenze” legittime, ex art. 8 CEDU e del significato della “vita familiare” (decisioni: Corte EDU, 29 gennaio 2013, *Lombardo c/Italia*; GC, 7 novembre 2013, *Vallianatos c/Grecia*; GC, 3 novembre 2011, *S.H. c/Austria*; GC, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c/Austria*).

<sup>(16)</sup> Il principio espresso nella sentenza del 2014, in un caso in cui la nullità era stata dichiarata dalla sentenza ecclesiastica per la mera riserva mentale di un coniuge circa l'indissolubilità del matrimonio, è stato successivamente puntualizzato e temperato, ammettendosi l'esistenza di evenienze non impeditive della delibazione in quanto considerate ragioni di invalidità del matrimonio anche nella sfera civile, come il dolo del coniuge (Cass., 1° giugno 2022, n. 17910) o il vizio psichico (Cass., 4 gennaio 2023, n. 149).

propria fede (art. 19 Cost.), un diniego al riconoscimento del minore basato unicamente sulla diversità di fede dei genitori sarebbe radicalmente contrario a quei precetti.

Ancora alla tematica della libertà religiosa e ai relativi conflitti nel contesto familiare guarda Cass., 30 agosto 2019, n. 21916, in un caso di contrasto tra genitori in ordine agli insegnamenti verso il figlio, tra la confessione cattolica e quella dei Testimoni di Geova. La Corte muove dai principi di uguaglianza tra coniugi (art. 29 Cost.) e dal diritto inviolabile di libertà religiosa (art. 19) nella pari dignità di ogni confessione (art. 8 Cost.), valevole allo stesso modo anche nella dimensione della compagine familiare, per considerare che il diritto-dovere di un genitore di educare i figli incontra il proprio limite nel diritto dell'altro che abbia un differente credo religioso, così che in caso di contrasto occorre guardare all'interesse effettivo e preminente del figlio. In questa valutazione — osserva la Corte, in adesione alle conclusioni del pubblico ministero — non potrebbe trovare spazio una compressione della libertà di adesione religiosa che non sia basata sulle tassative esigenze definite dalla CEDU, vale a dire la sicurezza pubblica, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica o la protezione dei diritti e delle libertà altrui, e ciò in conformità con l'indirizzo della Corte EDU sul tema, espresso da Corte EDU, 12 febbraio 2013, *Vojtyny c/Ungheria*, che in materia di contrasto tra genitori sull'educazione religiosa da impartire ai figli minori ha considerato non accettabile un trattamento differente basato sulla sola differenza di religione, tanto più in quanto la libertà religiosa implica anche quella di mutare credo e di aprirsi a diversi convincimenti<sup>(17)</sup>. È interessante notare che una vicenda simile è affrontata e risolta, in maniera corrispondente quanto a principi ma con esito in parte divergente quanto al merito, da Corte EDU, 19 maggio 2022, *T.C. c/Italia*. Anche in quel caso si trattava del contrasto tra genitori in merito all'istruzione religiosa da impartire alla figlia: la Corte europea, nell'ottica dell'interesse della minore a conservare il rapporto con entrambi i genitori e della necessità di conciliare le scelte educative senza pre-giudizi di valore, ha escluso la violazione dedotta dal genitore al quale era stato indicato dal giudice di astenersi dal coinvolgere la bambina nelle pratiche religiose da lui coltivate (Testimoni di Geova) senza tuttavia impedirgli di trasmettere alla

---

<sup>(17)</sup> Di conseguenza, la Corte cassa il provvedimento giudiziario di appello che, pur non avallando il giudizio di disvalore espresso dal giudice di primo grado sui contenuti della confessione geoviana, aveva dato esclusivo rilievo alla scelta iniziale e comune dei genitori di battezzare il piccolo, trascurando l'attualità del contesto e l'effettiva esistenza di un pregiudizio, per il minore, nel ricevere *anche* insegnamenti ispirati alla confessione geoviana.

Per l'incidenza dell'adesione a questa specifica confessione rispetto al tema dell'obiezione di coscienza in campo sanitario v. par. 6.

figlia le proprie convinzioni. La decisione rileva sul piano del metodo, in quanto ridimensiona, nel contesto familiare, l'incidenza autonoma della libertà religiosa riconosciuta dall'art. 9 CEDU, esaminando quindi le doglianze concernenti la discriminazione in base agli artt. 8 e 14 della Convenzione<sup>(18)</sup>.

Conclusioni analoghe a quelle di Cass. n. 21916/2019 citata sono raggiunte in Cass., 27 luglio 2021, n. 21553, che rimarca come l'interesse del minore giustifichi l'ingerenza dell'autorità giudiziaria attraverso provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali dei genitori, operando come limite alla loro libertà religiosa, nonché di recente in Cass., 7 marzo 2023, n. 6802; quest'ultima pronuncia, richiamando l'arresto della Corte EDU, 19 maggio 2022, T.C. c/Italia, ribadisce che, sempre nell'ottica dell'interesse superiore del minore, alcune limitazioni ai diritti individuali di libertà — anche educativa — dei genitori non costituiscono una discriminazione, se funzionali a quell'interesse.

Di interesse è poi il tema della lesione della libertà di religione a opera di terzi, sul piano "orizzontale" dei rapporti civili e nel bilanciamento con altre libertà, rispetto alla tutelabilità di un pregiudizio non patrimoniale per equivalente. In due occasioni, la Corte di cassazione ha negato il riconoscimento di un credito risarcitorio azionabile, a fronte di manifestazioni di cui veniva dedotta una condotta altrui avente connotazione offensiva dei capitali della confessione cattolica.

Cass., 23 marzo 2017, n. 7468, ha escluso che l'organizzazione di una manifestazione artistica, all'interno della quale si era svolto uno spettacolo reputato, dall'attore, lesivo del diritto di libertà religiosa oltre che del proprio personale sentimento religioso, potesse dare luogo a una pretesa risarcitoria basata sull'asserito dovere dello Stato di vietare il discredito di una religione. La pronuncia richiama il principio supremo di laicità dello Stato, configurato nei termini già ricordati sopra, par. 1, per escludere che nella specie fossero ravvisabili i pertinenti limiti (buon costume ovvero fatti di rilevanza penale) e nega la richiesta tutela, non potendo l'organizzazione di un evento artistico, come tale, integrare l'elemento costitutivo della responsabilità extracontrattuale rappresentato dal danno ingiusto, trattandosi di esercizio di una libertà, quella di iniziativa e di manifestazione in campo artistico, a sua volta tutelata direttamente dalla Costituzione (artt. 9 e 33 Cost.).

Cass., 6 aprile 2022, n. 220, a sua volta esclude la tutela risarcitoria azionata deducendo la lesione della libertà religiosa per l'impossibilità di

---

(18) In continuità con Corte EDU, GC, 10 dicembre 2021, *Abdi Ibrahim c/Norvegia*, secondo cui, quando il minore vive con i genitori, questi ultimi possono esercitare i diritti di libertà religiosa loro spettanti ex art. 9 attraverso le modalità di godimento dei diritti dell'art. 8 CEDU.

celebrare i riti anche culinari del capodanno ebraico, a seguito di una prolungata interruzione di fornitura di gas nella abitazione. La Corte, applicando criteri consolidati nella propria giurisprudenza (Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972 e le molte conformi) riconduce in questo caso il pregiudizio lamentato alla dimensione di un mero disagio, non tale da attingere la soglia minima di tolleranza imposta dal vivere sociale e da incidere sul diritto fondamentale di libertà religiosa.

La dimensione religiosa e morale che attiene al sentimento di rispetto verso i defunti, sempre in prospettiva risarcitoria, è affrontata in Cass., 10 gennaio 2023, n. 370. Distinguendo il diritto cd. secondario al sepolcro, cioè quello, di carattere individuale, che spetta ai congiunti del defunto di opporsi a ogni trasformazione tale da pregiudicare il rispetto dovuto alle spoglie, rispetto alla “pietà verso i defunti” che è oggetto della tutela penalistica di segno collettivo (sopra, par. 2), la Corte definisce i contenuti di tale diritto soggettivo sia quale esplicazione della personalità individuale, sia quale elemento espressivo della libertà religiosa di ciascuno, essendo il culto dei defunti comune alle varie confessioni praticate dai cittadini, sicché esso trova fondamento anche nell’art. 19 Cost. che ne garantisce la tutela pure con riferimento alle pratiche di segno religioso. Sulla base di tali premesse, conferma la condanna risarcitoria accordata a favore dei congiunti di un defunto la cui salma era stata sottoposta a cremazione senza previa informazione e senza il loro consenso.

Al bilanciamento tra libertà religiosa delle organizzazioni o strutture ecclesiali di insegnamento e libertà individuali ha riguardo Cass., 2 novembre 2021, n. 31071, nel negare che l’impostazione confessionale di un istituto privato di istruzione potesse giustificare le condotte discriminatorie poste in essere ai danni di una dipendente in relazione all’orientamento sessuale della stessa. La decisione si collega concettualmente all’indirizzo della Corte EDU espresso in due coeve pronunce che hanno affrontato il tema, nella logica del bilanciamento legato alle concrete vicende del singolo caso e secondo il duplice criterio per cui (a) in forza dei diritti fondamentali di religione e di associazione *ex* artt. 9 e 11 della CEDU, una struttura fondata su una religione o un credo filosofico può legittimamente imporre obblighi di lealtà specifici e coerenti con quel sistema ai propri dipendenti, (b) tuttavia tale diritto di autonomia non è illimitato e deve conciliarsi con i diritti dei lavoratori, ad impedire sacrifici sproporzionati rispetto al fine. Si tratta di Corte EDU, 23 settembre 2010, Schuth *c*/Germania, che aveva considerato lesivo della Convenzione il licenziamento intimato a un dipendente di una parrocchia a causa del divorzio e della successiva relazione con altra donna; e di Corte EDU, 23 settembre 2010, Obst *c*/Germania, che aveva invece reputato legittimo il licenziamento di un dipendente che aveva intrattenuto

una relazione extraconiugale, in quanto, rivestendo una alta funzione dirigenziale, la sua condotta metteva in discussione la credibilità complessiva della Chiesa (Mormone, nella specie).

#### **4. La dimensione collettiva della libertà religiosa. Rapporti tra Stato e confessioni. L'accesso alle intese ex art. 8 Cost.**

Nella impostazione della Corte europea, il dovere di non ingerenza dell'autorità pubblica nella vita delle confessioni, che ha base nell'art. 9 CEDU, se sul versante negativo impedisce qualsiasi interferenza dei poteri pubblici nella vita e nella operatività della Chiesa o del gruppo religioso interessato, si esprime anche nella sua versione positiva per ciò che riguarda le forme di riconoscimento dell'ente soggettivo o del gruppo, nelle varie forme ch'esso può assumere (personalità giuridica, registrazione, scioglimento), in quanto tali strumenti costituiscono i presupposti per la più ampia libertà di azione in condizioni di parità con le altre confessioni e per una effettiva possibilità di esercitare diritti e di fruire di tutele anche nell'ambito delle relazioni civili (soggettività, capacità contrattuale, agevolazioni fiscali, accesso a benefici etc.); sul punto si rinvia alla Parte II, *sub* art. 9 CEDU.

Per l'Italia, l'anzidetta dimensione in senso lato "pretensiva" assume aspetti peculiari in ragione della conformazione delle relazioni tra Stato e confessioni secondo lo schema delle intese, previsto dall'art. 8 Cost.

Al riguardo, la Corte costituzionale ha innanzitutto inizialmente enunciato — in assenza di una definizione costituzionale o legislativa di cosa debba intendersi per "confessione" — un criterio che risulta complessivamente in linea con quello della Corte di Strasburgo, nella opzione per una via mediana tra i due estremi, quello della mera auto-qualificazione da parte del gruppo interessato e quello della strutturazione storica delle Chiese tradizionali (per i criteri, ampi, della Corte EDU e per la relativa casistica, cfr. Parte II, *sub* art. 9, par. 1). Corte cost. n. 467/1992 ha infatti escluso da un canto "gli esiti irragionevoli di una incontrollabile auto-qualificazione" e d'altra parte ha individuato alcuni indici di riconoscibilità, quali: naturalmente, l'esistenza di una intesa con lo Stato *ex* art. 8 Cost.; l'attribuzione della personalità giuridica a un ente rappresentativo della confessione, in base alla l. n. 1159 del 1929 sui culti cd. ammessi; la presenza di uno statuto univoco e che ne riveli chiaramente i caratteri; la "considerazione comune" nell'ambito della società civile <sup>(19)</sup>. In una successiva decisione, n. 195/1993, la Corte

---

<sup>(19)</sup> Cfr. anche i pareri resi dal Consiglio di Stato (n. 1390/1986 e n. 2158/1989) in sede di riconoscimento della personalità giuridica, rispettivamente, della Congregazione italiana dei Testimoni di Geova e dell'Unione buddista italiana.

ha poi ribadito quegli elementi descrittivi (non esaustivi, ma indicativi), osservando che non è sufficiente l'autoqualificazione, in particolare agli effetti delle norme tributarie, e che la mancanza di una intesa *ex art. 8 Cost.* non può rivestire peso decisivo ai fini che interessano, anche perché possono esistere organizzazioni di carattere religioso che non sono disciplinate da statuti; e nella medesima direzione si esprime Corte cost., n. 346/2002.

A sua volta, la giurisprudenza di legittimità sembra ulteriormente ampliare la nozione. Essa muove dalla mancanza di una definizione costituzionale della "confessione", interpretata come segno della volontà del Costituente di non impedire l'esercizio della libertà in discorso anche in casi di credenze religiose e ascendenze culturali prima ignote o relative ad organizzazioni che non intendano dotarsi di uno statuto; la religione — si afferma — non concerne solo le dottrine impiegate sul rapporto con un essere superiore trascendente e sull'idea di salvezza dell'anima, come nei culti storici dell'area giudaico-cristiana e islamica, poiché ciò porterebbe a escludere le religioni politeiste, quelle animiste e quelle che non guardano alla vita eterna *post mortem*: così Cass. pen., 22 ottobre 1997, n. 9476 <sup>(20)</sup>.

Interviene, più di recente, la sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale, che costituisce punto di riferimento in tema, sia quanto alla tematica della qualificazione soggettiva sia soprattutto quanto alla portata e ai limiti dell'accesso dei gruppi religiosi — o tali definitisi — a una intesa con lo Stato, a norma dell'art. 8 Cost.

La pronuncia risolve un conflitto di attribuzione tra poteri sollevato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri nei confronti della Corte di cassazione, in relazione alla sentenza di legittimità resa da Cass. S.U., 28 giugno 2013, n. 16305. Detta sentenza <sup>(21)</sup> aveva stabilito che la delibera del Governo, adottata ai sensi dell'art. 2, comma 3, della l. n. 400 del 1988, con la quale era rifiutata l'apertura di una trattativa richiesta da una organizzazione (UAAR — Unione degli Atei Agnostici Razionalisti) ai fini di una intesa *ex art. 8 Cost.*, motivata in ragione della non qualificabilità del soggetto richiedente come "confessione" religiosa, fosse sindacabile dalla giurisdizione (amministrativa) quale atto espressivo di mera discrezionalità tecnica, sia perché non rivestiva natura di "atto politico" e sia perché impedire un sindacato giurisdizionale sul diniego di trattativa determinava un vuoto di tutela rispetto ai precetti costituzionali che fondano i diritti di libertà religiosa,

<sup>(20)</sup> Riguardante il controverso caso di *Scientology*. La Corte EDU è pervenuta anch'essa a riconoscere a tale organizzazione la nozione convenzionale di confessione ai fini della relativa tutela (Corte EDU, 5 aprile 2007, *Chiesa di Scientology di Mosca c/Russia*).

<sup>(21)</sup> Resa *ex art. 111*, ultimo comma, Cost. e in linea con Cons. Stato, 18 novembre 2011, n. 6083, che aveva escluso la natura di atto politico.



aprendo la strada a una discrezionalità — non più solo tecnica ma — incontrollata, “foriera di discriminazioni” (22).

La Corte costituzionale, accogliendo il ricorso per conflitto da invasione del potere del Governo, va in diverso avviso; essa afferma: (a) che l’eguale libertà delle confessioni religiose è garantita dalla Costituzione (artt. 7, 8, primo comma, e 19) indipendentemente dalla stipula di una intesa; (b) che lo strumento dell’intesa di cui al terzo comma dell’art. 8 Cost. non ha carattere servente rispetto ai diritti indicati nei primi due commi, poiché invece esso ha il significato di estendere il metodo bilaterale già stabilito nelle relazioni Stato — Chiesa cattolica (art. 7) alla materia dei rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse da quest’ultima, sulla premessa che una regolazione unilaterale sarebbe fonte di possibili discriminazioni; (c) che pertanto l’esistenza di una intesa non è condizione o requisito per l’accesso a tutte le altre possibili manifestazioni di esercizio dei diritti di libertà religiosa, *uti singuli* o come gruppo; (d) che, ai fini della soluzione del conflitto, l’intesa *ex art. 8 Cost.* presuppone il metodo della bilateralità e dunque richiede l’incontro della volontà delle due parti già sulla scelta di avviare o meno le trattative; (e) che quindi non può configurarsi la giustiziabilità della pretesa unilaterale di avviare le trattative in quanto non è parimenti configurabile una pretesa soggettiva “finale” alla conclusione positiva delle stesse, alla stregua di criteri di effettività che rendono altrimenti illusoria — in un procedimento unitario — la imposizione dell’avvio senza che ne sia possibile poi garantire giudizialmente la conclusione, così che spetta al Governo ampia discrezionalità nel concedere l’apertura delle trattative, con il solo limite dei principi costituzionali e secondo criteri di eventuale responsabilità politica dinanzi al Parlamento; (f) che il diniego, in quanto basato sul presupposto che il soggetto istante non abbia natura di confessione, non produce alcuna ulteriore conseguenza per l’associazione richiedente, alla stregua dei principi di uguaglianza e in tema di libertà religiosa *ex artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.* La Corte, con specifico riguardo all’enunciato *sub (c)*, non manca di porsi in dialettica con l’indirizzo della Corte EDU, richiamando la relativa giurisprudenza attinente agli ordinamenti che, diversamente da quello italiano, condizionano l’applicazione della disciplina in materia religiosa a una forma di riconoscimento pubblico o che comunque presentano un assetto normativo dettagliato e generale in tema di associazioni a carattere religioso e nei quali pertanto una applicazione

---

(22) In sede di rinvio, peraltro, anche il giudice amministrativo nega la qualificazione confessionale all’associazione UAAR, per difetto degli elementi di riconoscimento quali enucleati dalla Corte costituzionale, in particolare per la “comune considerazione” e per lo statuto dell’associazione, lì autoqualificatasi “non confessionale”.

differenziata di tali normative produce una lesione dei diritti e delle libertà fondamentali in base agli artt. 9 e 14 CEDU (Corte EDU, 12 marzo 2009, *Gütl c/Austria*; Corte EDU, 19 marzo 2009, *Lang c/Austria*; Corte EDU, 9 dicembre 2010, *Savez crkava Riječ života c/Croazia*), ribadendo che l'ordinamento italiano, imperniato sul principio di laicità ed equidistanza dello Stato verso tutte le confessioni, garantisce i relativi diritti senza interferenze con la stipula di una intesa.

Queste stesse notazioni sono a base di Cass., 23 maggio 2022, n. 16641, che, richiamando anche Corte EDU, 5 aprile 2022, *Assemblea Cristiana dei Testimoni di Geova di Anderlecht c/Belgio*, e rimarcando la estraneità della stipula di intese rispetto alla qualificazione di un soggetto organizzato di impostazione religiosa come confessione, cassa la decisione di merito che aveva negato il beneficio fiscale della esenzione dal pagamento di una tassa (TARSU) per gli edifici adibiti al culto esclusivamente in base alla mancanza di una intesa con lo Stato <sup>(23)</sup>. Ai fini qualificatori, la pronuncia aggiunge, a quelli già indicati fin qui, l'elemento proprio del caso di specie, dell'aver in corso una intesa già predisposta e firmata ma non ancora tradotta in legge del Parlamento.

Ancora al tema della (non) rilevanza dell'intesa rispetto alla possibilità di godere del medesimo trattamento nell'ambito di normative attinenti in vario modo alla materia religiosa e il suo concreto esercizio si riferiscono Corte cost., n. 63/2016 e n. 254/2019, con la dichiarazione di incostituzionalità di norme regionali, contenute nella l. della Regione Lombardia n. 12 del 2005, con le quali erano imposti, ai fini della costruzione di edifici di culto, requisiti più restrittivi in pregiudizio delle sole confessioni prive di intesa con lo Stato, in violazione dei parametri in materia, riferibili anche alla libertà di pratica religiosa nella sua dimensione collettiva.

In relazione ai rapporti interni alle confessioni, infine, merita segnalare che Cass., 13 aprile 2017, n. 9561, traendola dall'art. 19 Cost. — in questo, omologo dell'art. 9 CEDU nella interpretazione della Corte EDU in merito alla libertà di appartenere come di non appartenere a una organizzazione religiosa — ha declinato la libertà di recedere da una associazione di culto appunto alla stregua del parametro convenzionale, libertà cui fa riscontro l'inesistenza di pregiudizi risarcibili, una volta esercitato il recesso, a fronte di condotte lamentate come di ostracismo, emarginazione e di rifiuto di frequentare chi sia uscito, messe in atto da parte degli appartenenti al gruppo (*Testimoni di Geova*). In precedenza, Cass. S.U., 27 maggio 1994, n. 5213, in relazione all'espulsione di un membro della comunità religiosa (*Chiesa*

---

<sup>(23)</sup> Tanto più in quanto il soggetto interessato aveva ottenuto un riconoscimento pubblico con il d.p.r. n. 783/1986, in applicazione della legislazione sui culti ammessi.



avventista), considerato nella sua dimensione di fedele e non *uti civis*, aveva negato ogni possibilità di svolgere un sindacato giurisdizionale dello Stato, in ragione della piena autonomia in materia spirituale e disciplinare attribuita alla confessione, alla luce dell'art. 8 Cost. e altresì di un Protocollo d'intesa tra Stato e confessione del 29 dicembre 1986, ratificato con l. 22 novembre 1988, n. 516.

## 5. I segni e i simboli religiosi. La questione del Crocifisso

Un corollario del principio di laicità, come imparzialità ed equidistanza dello Stato rispetto alle confessioni e pertanto alle manifestazioni anche esteriori del credo, si manifesta nella questione della esposizione di simboli religiosi in contesti pubblici e dunque, in Italia, dell'apposizione del Crocifisso.

Il tema è stato a più riprese oggetto di pronunce presso la giurisdizione di legittimità; mentre presso quella costituzionale non ha avuto modo di essere affrontato a causa della natura regolamentare delle fonti normative (art. 119 del r.d. 26 aprile 1928, n. 1297, e art. 118 del r.d. 26 aprile 1924, n. 965) sulla cui base la apposizione del simbolo è stata effettuata in ambiente scolastico (Corte cost., n. 389/2004).

Una prima volta, Cass. pen. 1° marzo 2000, n. 4273, ha applicato la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di libertà religiosa a uno scrutatore rifiutatosi di svolgere il proprio incarico in una scuola adibita a seggio elettorale in cui era presente il simbolo, sul rilievo che l'esposizione del crocifisso è in contrasto con il principio di laicità e di libertà anche negativa garantita dall'art. 19 Cost., che protegge allo stesso modo credenti, atei e agnostici. Successivamente, Cass. S.U., 14 marzo 2011, n. 5924, ha invece confermato la sanzione disciplinare applicata nei confronti di un magistrato che si era rifiutato di celebrare udienza per la presenza del simbolo nell'ufficio; ma in questa evenienza il tema è rimasto sullo sfondo, in quanto la sanzione era basata sul disservizio causato dalla persistenza del rifiuto di svolgere la funzione anche una volta rimosso il simbolo dall'aula dedicata *ad hoc* al magistrato, cosicché non poteva entrare in gioco la pretesa dello stesso di opporre una ragione giustificativa imperniata sul principio di laicità. Quindi, Cass. S.U. 10 luglio 2006, n. 15614, ha regolato la giurisdizione in materia, affidandola a quella amministrativa, *ex art.* 33 d.lgs. n. 80/1998, non mancando di sottolineare che la questione della apposizione del simbolo impegna il rapporto tra laicità dello Stato e posizioni soggettive degli utenti del servizio (scolastico), in una prospettiva di evoluzione e di crescente tutela delle minoranze religiose all'interno di un contesto sociale ispirato a tolleranza, pluralismo e non discriminazione. Parallelamente, il giudice ammini-

strativo — Cons. Stato 13 febbraio 2006, n. 556 — aveva piuttosto ravvisato nell'apposizione del simbolo una espressione di identità culturale del Paese, quale sintesi simbolica di valori di tolleranza, rispetto, autonomia della coscienza e rifiuto di discriminazioni.

Il punto di arrivo — che supera molti dei nodi irrisolti nella giurisprudenza antecedente — è costituito da Cass. S.U. 9 settembre 2021, n. 14412, che rappresenta oggi un riferimento centrale sulla tematica.

La pronuncia riguarda un caso di applicazione di una sanzione disciplinare a un insegnante che durante le proprie ore di lezione toglieva il Crocifisso dall'aula, in contrasto con una circolare interna dell'amministrazione scolastica che aveva a sua volta preso atto del deliberato degli studenti riuniti in assemblea, favorevoli alla collocazione del simbolo. Attraverso una disamina ampia e globale del quadro normativo e giurisprudenziale interno e sovranazionale, la Corte, con una decisione di massima di particolare importanza, afferma: (a) che la previsione dell'apposizione obbligatoria del Crocifisso è incompatibile con la necessaria distinzione degli ordini dello Stato e delle confessioni, e si pone in contrasto sia con il principio di laicità dello Stato, giacché nella democrazia costituzionale l'identificazione di Stato e religione non è più consentita, sia con l'imparzialità ed equidistanza che l'autorità pubblica deve mantenere verso ogni confessione, indipendentemente dal carattere e dal peso numerico; (b) che inoltre quella apposizione autoritativa viola anche i diritti di libertà religiosa dei non credenti, libertà che è tutelata allo stesso modo di quella dei credenti; (c) che la Costituzione esclude che il Crocifisso possa essere un simbolo identificativo della Repubblica, poiché tale valenza è data dalla Carta fondamentale esclusivamente alla bandiera, *ex art. 12 Cost.*; (d) che le fonti "deboli" (regolamentari) su cui si basa la previsione della collocazione del Crocifisso nelle scuole (citati r.d. del 1924 e del 1928) sono però suscettibili di una interpretazione costituzionalmente orientata, attraverso l'espunzione del connotato di obbligatorietà della collocazione del simbolo religioso; (e) in correlazione, che tale adeguamento di significato non si traduce nel suo opposto cioè nel divieto di affissione; (f) che l'interpretazione adeguatrice in parola si traduce, invece, nella possibilità di accogliere il simbolo se e quando la comunità scolastica valuti in autonomia se esporlo o meno, nel rispetto delle opinioni di ciascuno, anche affiancando al simbolo cristiano gli altri simboli espressivi delle fedi presenti nella stessa comunità, secondo un criterio di ragionevole accomodamento; (g) che il venir meno dell'obbligo e la sua trasformazione in possibilità è coerente con i dettami costituzionali, in primo luogo con il principio di laicità inteso non come indifferenza ma come sostegno della massima espressione delle libertà di tutti, secondo una via che apre alla tolleranza e alla coesistenza di fedi e orientamenti diversi; (h) che tale soluzione è inoltre coerente con l'assetto dell'autonomia scolastica disegnato dal d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297.

Per questa via, la collocazione del simbolo, che non può promanare dall'alto e in maniera vincolante, assume il significato di una scelta condivisa e ottenuta attraverso gli strumenti di discussione e di decisione offerti dal sistema di autonomia scolastica, senza che una posizione, anche se maggioritaria, possa per ciò solo prevalere su un'altra, alla luce del già ricordato principio della irrilevanza del dato statistico-numerico nelle questioni di coscienza e di libertà religiosa.

È di rilievo inoltre, in questo quadro ricostruttivo e di adeguamento ai principi — in sintonia e comparazione con indirizzi di altre esperienze straniere anch'esse imperniate su canoni di *reasonable accomodation* (§ 24 della sentenza) — la recezione di taluni passaggi della Corte EDU espressi nella sentenza GC, 18 marzo 2011, Lautsi c/Italia, che aveva considerato l'esposizione del Crocifisso nelle scuole non lesiva dei diritti dei genitori in materia di insegnamento (24). La Corte di cassazione annota come quella pronuncia abbia fatto leva su tre argomenti, per escludere la violazione convenzionale, ossia il carattere "passivo" del simbolo religioso, privo cioè di contenuti di propaganda o di indottrinamento; il margine di apprezzamento riconosciuto in materia agli Stati; il carattere pluralista della scuola italiana, con l'insegnamento della religione di carattere opzionale e con programmi aperti alla molteplicità di idee e orientamenti.

Il carattere "passivo" anzidetto ha portato la Corte EDU ad escludere che esso possa avere una capacità di suggestione o di influenza paragonabile a un contenuto didattico effettivo o a una attività religiosa, nella relazione con gli allievi, e tale affermazione è raccolta dalla Corte di cassazione, col dire che non sussiste evidenza che l'esposizione del simbolo, voluta dagli allievi, istituisca un nesso confessionale tra l'insegnamento fornito e i valori del cristianesimo, fino a conformare in senso confessionale la didattica che si svolge nella scuola. Analogamente e anzi a maggior ragione, quel carattere passivo — afferma la sentenza in discorso — non può non essere riconosciuto proprio nella relazione con il docente, cosicché quella formula espressiva vale anche con riguardo al profilo della discriminazione lamentata dal docente (25), non essendo possibile in senso contrario valorizzare — nel caso Lautsi, con riguardo alla madre dell'alunno; qui con riguardo all'insegnante — una percezione soggettiva o un personale fastidio, per dire intaccata la sfera di libertà religiosa interiore e altresì l'ambito di autonomia di insegna-

---

(24) Ribaltando la decisione della Sezione, 3 novembre 2009, la quale aveva invece ritenuto la violazione dell'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1 in correlazione con l'art. 9 CEDU.

(25) Aspetto questo parametrato alla normativa antidiscriminatoria posta dal d.lgs. n. 216/2003, attuativo della Direttiva 2000/78/CE.

mento, che non subisce alcuna minaccia dalla presenza di diverse opinioni e rappresentazioni simboliche.

Circa il margine di apprezzamento, la Corte EDU ne ha riconosciuto la sussistenza, conformemente al proprio orientamento in generale, con la puntualizzazione secondo cui tale margine coinvolge la definizione dei programmi scolastici e dei relativi contenuti, che non debbono implicare forme di indottrinamento; anche su questo la sentenza del 2021 coglie ulteriori ragioni di consonanza con la Corte EDU, nel rilevare anch'essa come il sistema educativo della scuola pubblica sia pluralista e orientato verso il senso critico, esprimendo nella propria dimensione i principi di pluralismo, tolleranza, rispetto e valorizzazione delle diversità, nella relazione dialogante insegnante-allievi e nel dialogo interreligioso.

Può affermarsi conclusivamente che la differenza di esiti tra le due Corti, avendo quella sovranazionale escluso la violazione e quella interna affermato il contrasto con il principio di laicità<sup>(26)</sup>, non definisce una differenza di interpretazione dei concetti coinvolti o di applicazione dei principi ma semplicemente dipende dalla circostanza che, come esplicitamente afferma la Corte EDU nella pronuncia della Grande Camera, quest'ultima non era chiamata a occuparsi della compatibilità della presenza del Crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche con il principio supremo di laicità enucleato nell'ordinamento costituzionale italiano, rimasto al di fuori dell'ambito di valutazione della Corte europea. Cosicché può dirsi che la pronuncia riflette l'impostazione pluralistica presente nelle decisioni della Corte EDU; mentre resta potenzialmente aperta, in prospettiva, una possibile questione riferita a contesti in cui da un lato manchi la base normativa ancorché "debole" che concerne le scuole pubbliche, dall'altro non vi sia quell'assetto di comunità dialogante proprio dell'istituzione scolastica (si pensi agli uffici giudiziari) e manchino gli strumenti di messa in opera della ricerca dell'accomodamento ragionevole indicato, quale modo elettivo di soluzione, dalla importante pronuncia di legittimità.

Per un diverso ordine di questioni relative all'uso di simboli religiosi (porto del pugnale rituale *kirpan* da parte di aderente alla religione *sikh*), sul piano individuale, v. *infra*, par. 9.

---

<sup>(26)</sup> Oltre che per l'aspetto della inidoneità procedimentale della determinazione impositiva adottata dall'autorità scolastica nel caso di specie, in quanto rigida e non improntata a quel metodo di accomodamento e di ricerca della soluzione "mite" che la stessa sentenza del 2021 indica come percorso necessario al fine di escludere gli aspetti prescrittivi contro i quali era posta la doglianza del ricorrente.

## 6. L'obiezione di coscienza. Il giuramento religioso

Le affermazioni di principio fin qui ricordate trovano immediata applicazione nei casi in cui il conflitto tra laicità e libertà di religione, da un lato, e prescrizioni legislative dall'altro, si focalizza proprio nella inclusione di un precetto o di una manifestazione di appartenenza religiosa all'interno di un atto di carattere civile, così da delineare quella identificazione tra i due ordini, civile e religioso, che come si è detto è impedita dall'impianto della Costituzione e, parallelamente, della Convenzione.

Corte cost. n. 117/1979, n. 149/1995 e n. 334/1996 hanno così avuto modo di dichiarare incostituzionali le disposizioni processuali che in diverso modo implicavano, per chi fosse chiamato a rendere testimonianza o a svolgere l'incarico di interprete o perito nei giudizi civili o penali, una adesione religiosa espressa dalla formula del giuramento cui tali soggetti erano tenuti prima di rendere dichiarazioni o svolgere l'ufficio. In particolare, la prima sentenza — andando oltre la precedente decisione n. 58/1960 che aveva escluso il connotato di religiosità nelle formule di legge e che aveva sostanzialmente estromesso la posizione del non credente dall'area di tutela della libertà religiosa *ex art. 19 Cost.*, sulla base dell'affermazione che l'ateo non assume responsabilità verso un ente supremo ch'egli nega nella stessa esistenza — ha operato una addizione testuale nel corpo delle norme che, con contenuto chiaramente di carattere religioso, stante il richiamo alla divinità, stabilivano le formule del giuramento per il testimone, l'interprete e il perito; la riconduzione a conformità costituzionale *ex art. 19 Cost.*, a tutela della libertà di coscienza in campo religioso, valevole per l'opinione di ogni persona “essendo indifferente che essa si iscriva o meno in quella di una minoranza”, è avvenuta attraverso l'aggiunta, alla formula allora prevista, dell'inciso “se credente”, quale modo necessario per ripristinare la parità tra credenti e non credenti rispetto all'impegno di verità assunto con la dichiarazione solenne. La seconda pronuncia ha operato diversamente, grazie alla possibilità di assumere a *tertium comparationis* la sopravvenuta formula di impegno apprestata dal legislatore (sulla scia delle indicazioni costituzionali) nel nuovo codice di procedura penale, estesa anche all'ambito del processo civile. La terza pronuncia si è occupata infine del giuramento decisorio, anch'esso manipolato nella formulazione legislativa letterale, con l'eliminazione dei riferimenti alla divinità e al carattere religioso (ma senza assimilazione al giuramento del testimone, attesa la differenza tra i due istituti).

Tratto comune, al di là delle tecniche decisorie e delle differenti strutture dell'intervento correttivo, oltre alla riconosciuta legittimità della previsione di formule di impegno e giuramento come tali, è la constatazione della lesione dei principi di libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa,

valevole allo stesso modo per credenti e non credenti, poiché detta libertà, che incontra esclusivamente il limite del buon costume, esclude ogni imposizione da parte dell'ordinamento statale, anche quando l'atto, che assume carattere di atto di culto, appartiene alla confessione professata dall'interessato, in quanto non è possibile per lo Stato interferire in un ordine che gli è estraneo, quello della sfera religiosa e di coscienza; spettando allo Stato soltanto il compito di garantire la pari libertà di tutti. Da qui l'incostituzionalità di previsioni che siano tali da rafforzare i precetti legislativi con obblighi di carattere religioso, non potendo tali obblighi essere utilizzati come mezzi per finalità pubbliche.

Si constata, in questo indirizzo, la piena assonanza con l'indirizzo della giurisprudenza della Corte EDU, che considera essere in violazione dell'art. 9 CEDU ogni caso in cui l'autorità statale, in vista del compimento di un atto di interesse pubblico come è quello di un incumbente processuale (ma anche in sede di assunzione di un ufficio), esiga dall'interessato la esternazione del proprio convincimento religioso, secondo il concetto per 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 <sup>(27)</sup>.

## **7. Altri aspetti dell'obiezione di coscienza: al servizio militare, all'interruzione di gravidanza, ai trattamenti sanitari (cenni)**

La libertà di coscienza porta con sé l'idea della possibilità di farne valere ragioni e contenuti in presenza di un conflitto con prescrizioni o disposizioni normative che esprimano opzioni antagoniste rispetto ai convincimenti soggettivi e alle opinioni di chi sia chiamato ad applicare quelle regole o a osservarne gli obblighi. È un terreno che la giurisprudenza convenzionale ha più volte esplorato, nelle proprie decisioni, e che ha un'area di riferimento più vasta rispetto a quella propriamente legata a fedi e confessioni, in quanto è idonea a includere anche concezioni filosofiche o culturali non necessariamente connotate in senso religioso (si pensi al pacifismo, rispetto al servizio militare obbligatorio).

La Corte EDU, come si è detto più ampiamente nella Parte II, sub art. 9, par. 3 (cui si rinvia), ha ritenuto, in sintesi, che il diritto di obiezione si concretizza nel non agire *contra se* sul piano dei principi e dei convincimenti più profondi, e si declina poi variamente nei diversi Paesi, ai quali è riconosciuto un certo margine di apprezzamento il cui limite è però quello

---

<sup>(27)</sup> Corte EDU, 2 ottobre 2014, *Dimitras c/Grecia*; Corte EDU, 21 febbraio 2008, *Alexandridis c/Grecia*; Corte EDU, GC, 18 febbraio 1999, *Buscarini c/San Marino*.

della ineludibile effettività dei diritti e degli interessi implicati, da cui la necessità, da un lato, di garantire in concreto la possibilità per l'obietto di intraprendere un percorso coerente con le proprie idee — così quanto alla istituzione di un servizio civile realmente sostitutivo di quello militare — e dall'altro di impedire che l'allegazione della obiezione possa rendere il singolo arbitro di esigenze altrui fino a frustrare interessi generali della società — così quanto alla disciplina dell'interruzione di gravidanza, che non potrebbe consentire all'obietto di vanificare il diritto riconosciuto alla donna dalla legge. Il bilanciamento tra questi opposti delinea una casistica di dettaglio, in cui entrano in gioco le circostanze del fatto concreto.

A non dissimile impostazione di fondo si ispirano talune decisioni della giurisprudenza interna, di cui si dà di seguito una sintetica esposizione, riferita a temi attuali.

Il tema dell'obiezione di coscienza al servizio di leva obbligatorio (sovente, ma non sempre motivato da convincimenti religiosi) è, oggi, di ridotto interesse, a seguito delle varie riforme legislative che ne hanno segnato l'evoluzione, dapprima con il riconoscimento dell'obiezione per motivi religiosi e filosofici, in termini di concessione di un beneficio (l. 15 dicembre 1972, n. 772), poi con la l. 8 luglio 1998, n. 230, che assegna all'obiezione carattere di diritto individuale, infine con la l. 14 novembre 2000, n. 331, che istituisce il servizio militare su base volontaria e professionale, determinando la cessazione dell'obiezione di coscienza a partire dal 2005 (per effetto della l. 23 agosto 2004, n. 226) e la istituzione del servizio civile nazionale, che permette di impegnarsi in attività di difesa non violenta o ad attività di interesse generale (in vari campi: assistenza, patrimonio ambientale o culturale, promozione culturale etc.) a favore della comunità e del territorio. Pertanto, appare di maggior rilievo, oggi, la considerazione dell'obiezione all'obbligo militare valutata nell'ambito delle politiche migratorie e degli strumenti di protezione internazionale, su cui *infra*, par. 9.

Circa l'obiezione all'interruzione volontaria di gravidanza, oggetto di una facoltà riconosciuta dalla legge al personale sanitario (art. 9, l. 22 maggio 1978, n. 194), la giurisprudenza, nel raffronto con il diritto della donna alle relative scelte e alla tutela della propria salute fisica e psichica anche in relazione alle condizioni economico-sociali o alle circostanze della gravidanza o alle prevedibili anomalie del concepito, interpreta in termini restrittivi l'ambito del diritto all'obiezione. Cass. pen. 2 aprile 2013, n. 14979, e Cass. pen. 13 maggio 2021, n. 18901 (questa seconda in riferimento alla somministrazione della pillola abortiva RU 486), limitano l'esercizio del diritto in parola alla fase specificamente e necessariamente diretta all'attuazione dell'intervento interruttivo, escludendo che uguale astensione dal dovere di assistenza che fa capo al sanitario possa valere anche nelle fasi antecedenti e



in quelle successive all'intervento abortivo, rivolte a verificare i rischi prima e le condizioni di salute poi, potendo il medico rifiutare di causare l'aborto ma non di prestare assistenza. Cass. S.U. 15 febbraio 2021, n. 3780, afferma che integra l'illecito disciplinare della condotta pregiudizievole per la parte (art. 2, comma 1, lettera a, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109) il fatto di adottare, da parte di un magistrato di sorveglianza, un provvedimento immotivato di diniego all'autorizzazione ad allontanarsi dall'abitazione nei riguardi di una donna in condizione di detenzione domiciliare, per potere effettuare un intervento di interruzione della gravidanza: nel caso di specie, tale provvedimento risultava strumentalmente finalizzato per impedire alla richiedente di effettuare l'intervento in quanto ritenuto contrario ai convincimenti religiosi del magistrato, come dimostrato da una successiva dichiarazione di astensione dello stesso magistrato, a fronte di ulteriore istanza, motivata appunto adducendo l'obiezione di coscienza alla pratica abortiva. La Corte sottolinea l'ostacolo così illegittimamente frapposto all'esercizio di un diritto personalissimo della donna, dilazionato — a seguito di detta condotta — fino al limite temporale stabilito dalla legge.

Numerosi sono, sotto altro versante, i precedenti di legittimità relativi alla obiezione che si manifesta con riguardo al rifiuto di trattamenti sanitari, in particolare con riferimento al diniego alle emotrasfusioni da parte di fedeli appartenenti alla confessione dei Testimoni di Geova<sup>(28)</sup>. La base giustificativa del rifiuto verso tale pratica, ravvisata esclusivamente nella motivazione di carattere religioso, ne comporta una tutela ampia rispetto al dovere curativo che fa capo a medici e operatori sanitari, secondo una linea complessivamente conforme a quella della Corte EDU, che, in materia, riconosce il diritto individuale rivolto a negare consapevolmente il consenso alla trasfusione, anche se ciò determini un rischio per la salute e per la stessa esistenza dell'interessato, anche nel delicato bilanciamento con gli obblighi professionali e deontologici intestati al personale medico. Così, Cass. 6 settembre 2022, n. 26209, nega che il sanitario possa procedere alle trasfusioni quando il paziente abbia bensì prestato il consenso a un intervento a rischio emorragico ma abbia al contempo esplicitamente manifestato il dissenso alla pratica trasfusionale; in tal caso, il medico potrebbe però legittimamente rifiutare l'effettuazione dell'intervento, in quanto un paziente non può unilateralmente pretendere trattamenti sanitari *ad personam* contrari alle buone prassi mediche e alla stessa deontologia di settore. La decisione ora citata sembra divergere, smussandone i predicati nella argomentazione, da Cass. 23 dicembre 2020, n. 29469, secondo cui il Testimone di Geova che

---

<sup>(28)</sup> Rifiuto di assumere sangue che è basato sulla lettura di alcuni passi delle Scritture (Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211).



abbia assentito a un intervento tale da esigere successivamente la trasfusione ha il diritto di negare l'assenso a quest'ultima, anche prima del trattamento, trattandosi di opzione fondata sulla incompressibile libertà religiosa, purché si tratti di dichiarazione univoca e valevole anche a rischio della vita. Entrano in gioco — si precisa nella sentenza — due componenti convergenti in tal senso: da un lato, il diritto fondamentale all'autodeterminazione circa il trattamento medico, diritto distinto da quello rivolto alla tutela della salute e facente capo alle posizioni soggettive personalissime desumibili dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., che si sintetizza nella formula del consenso informato; dall'altro, il diritto anch'esso fondamentale e inviolabile di libertà religiosa, che nella giurisprudenza della Corte fa emergere il nesso con l'art. 19 Cost. <sup>(29)</sup>; entrambi questi diritti, facenti capo a principi costituzionali in "osmosi" tra di loro, non incontrano — afferma la decisione — principi di segno opposto e suscettibili di bilanciamento. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, può annoverarsi tra le decisioni pilota in materia, enucleando il diritto del paziente di rifiutare le cure mediche senza limiti e anche quando dal rifiuto possa derivare la morte, alla sola condizione della manifestazione di una volontà esplicita, inequivoca e attuale, e che non sia esternata solo *ex ante* cioè quando il paziente non si trovi in condizione di pericolo.

## 8. Propaganda e ateismo

In tema di propaganda, la giurisprudenza ha affrontato la materia nella prospettiva del credo ateo e ha declinato il concetto di discriminazione nella dimensione negativa della mancanza di un credo religioso, con la pronuncia Cass. 17 aprile 2020, n. 7893. Il caso affrontato riguarda il rifiuto di una amministrazione comunale di consentire l'affissione di un manifesto dalla stessa ritenuto, per veste grafica e contenuti, lesivo del rispetto dell'altrui sentimento religioso e della sensibilità in materia nei confronti della fede professata da altri, in ragione della manifestazione di ateismo <sup>(30)</sup>. La Corte, con una pronuncia di sistema, svolge una ricostruzione globale della materia, individuando nell'art. 19 Cost. una formulazione che, diversamente da altre norme di rango sovranazionale, ha riguardo alla libertà positiva di religione, riconoscendo cioè facoltà ampie ai fedeli di una determinata confessione, con libertà piena di professione, propaganda e culto, con il solo limite del buon

---

<sup>(29)</sup> Cass. 15 gennaio 2020, n. 515; Cass. 15 maggio 2019, n. 12998; Cass. 7 giugno 2017, n. 14158.

<sup>(30)</sup> Nella specie, il manifesto, espressione dell'associazione UAAR, recava la scritta "Dio" con la "d" barrata e la dicitura "10 milioni di italiani vivono bene senza D", oltre a riferimenti all'associazione.

costume. La disposizione costituzionale — si osserva — non reca invece una specifica menzione della libertà di coscienza, nella declinazione appunto negativa, quale libertà di non avere alcun credo o di professare ateismo o agnosticismo, e ciò ha portato inizialmente a escludere tali ultime opinioni dal campo di applicazione e di garanzia della norma (come espresso in Corte cost., n. 58/1960). Ma questa lettura puramente testuale è stata totalmente superata, nella giurisprudenza costituzionale successiva <sup>(31)</sup>, con la affermazione che la libertà di coscienza include allo stesso titolo i non credenti, quale diritto riconducibile agli artt. 2, 3 e 19 Cost. di carattere fondamentale e che costituisce un aspetto della dignità umana, valevole allo stesso modo per tutti. D'altra parte, la Corte registra la tutela piena e incondizionata che è assegnata alla libertà di coscienza, intesa in questa accezione comprensiva di ogni convincimento, nella dimensione del diritto sovranazionale, con l'art. 9 CEDU e con l'art. 10 CDFUE <sup>(32)</sup>, e su questo versante richiama alcuni precedenti della Corte EDU univocamente espressivi della portata ampia della libertà in discorso: Corte EDU, GC, 18 febbraio 1999, *Buscarini c/San Marino*, secondo cui è indubbio che la libertà *ex* art. 9 CEDU sia “un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti”, e Corte EDU, 29 marzo 2007, *Spampinato c/Italia*, da cui si trae che la libertà di coscienza e religione è posta a tutela di tutti, credenti e non credenti. Questo contesto normativo e giurisprudenziale, d'altra parte, si coniuga con il principio supremo di laicità dello Stato, declinato come dovere di neutralità e regola di non ingerenza dell'autorità pubblica nella sfera delle libertà dei singoli. Da questo complessivo contesto, la Corte di cassazione ricava il contenuto del diritto del soggetto ateo o agnostico di professare tale proprio convincimento e dunque anche di farne propaganda, sempre con lo stesso limite del buon costume *ex* art. 19 valevole per chi professi una fede; e tale nozione di propaganda ha portata ampia, comprendendo ogni possibile forma di attività finalizzata al proselitismo, alla ricerca di nuovi adepti, anche mediante dichiarazioni di superiorità rispetto alle altrui convinzioni (è menzionata Corte cost., n. 188/1975). Il limite di questo ampio contenuto della libertà di non credere e di farne divulgazione e propalazione, precisa la Corte, va ricercato nella tutela di altri diritti pariordinati a livello costituzionale e tra essi proprio i diritti “contrapposti” di libertà di coscienza e di religione dei credenti, nella chiave interpretativa della laicità come salvaguardia della espressione e del pluralismo confessionale e culturale; ma un tale limite non può essere individuato con generico riferimento alla sensibilità, ad esempio, della maggioranza dei cittadini, occorrendo che la condotta di propaganda

---

<sup>(31)</sup> Si tratta delle varie sentenze costituzionali già citate nel testo.

<sup>(32)</sup> Ed anche con la Direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione.

intacchi i beni di libertà religiosa a un livello suscettibile di tradursi in violazione della legge penale, integrando reati di vilipendio, alla luce di indirizzi già espressi in giurisprudenza (come nel caso definito da Cass. pen., 7 aprile 2015, n. 41044 <sup>(33)</sup>) e ciò secondo un accertamento in concreto, con una rigorosa valutazione delle modalità con cui si esplica la propaganda o la diffusione del pensiero ateo, negando l'esercizio legittimo del diritto solo quando la condotta si espliciti in una aggressione o denigrazione di una diversa fede da altri professata.

## 9. Il multiculturalismo. Migranti e religione

La giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, converge appieno con quella sovranazionale nella enunciazione della dimensione pluralista e multiculturalmente delle società democratiche, quale sostrato e al contempo spazio di applicazione dei principi fondamentali nel campo della libertà di coscienza e di religione, nei termini fin qui detti (laicità, equidistanza “positiva” dello Stato, divieto di discriminazioni, irrilevanza del numero). In particolare, circa la connotazione pluralista dell'ordinamento e della società civile, è sufficiente riportare l'affermazione di Cass. S.U., 9 settembre 2021, n. 24414, secondo cui il pluralismo religioso è un aspetto di un più ampio pluralismo di valori.

Nel contesto così definito, il fattore religione entra in gioco anche nella dimensione della apertura dell'ordinamento alle culture altrui e dell'accoglienza di coloro che fanno ingresso nel Paese abbandonando le proprie origini territoriali. Cass. 17 novembre 2021, n. 35102, in tema di riconoscimento dello *status* di rifugiato, afferma che, una volta che siano accertati nel Paese di origine (nella specie, Cina) atti obiettivamente lesivi della libertà religiosa dello straniero, quali garantiti dall'art. 19 Cost. (e dall'art. 10 CDFUE), tali da integrare gli “atti inumani o degradanti” di cui all'art. 14, lettera *b*), d.lgs. n. 251/2007, non è ragionevolmente possibile presumere che il richiedente, una volta rientrato nel Paese di origine, debba rinunciare al compimento di atti religiosi tali da esporlo al rischio reale di persecuzione, a causa del culto cui aderisce: su questa base, la Corte ha riconosciuto i presupposti della protezione richiesta, in un caso in cui erano state arrestate due consorelle, l'interessata era stata costretta ad abbandonare il lavoro a causa della fede, abbandonando il territorio di residenza e vivendo in clandestinità per poter frequentare la Chiesa di appartenenza. La pronuncia si ricollega all'indirizzo secondo cui, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, con riguardo al diritto di libertà religiosa dello straniero, il timore

---

<sup>(33)</sup> Citata più sopra, nota 10.

di persecuzioni deve essere apprezzato alla luce sia del contenuto della legislazione estera sia della sua applicazione concreta nel Paese di origine, avuto riguardo, in detta valutazione, al rispetto dei limiti desumibili dall'art. 19 Cost. e dall'art. 9 CEDU, per stabilire se le ingerenze dello Stato estero siano riconducibili a scopi legittimi, proporzionati e necessari (Cass. 2 dicembre 2022, n. 35526).

Sotto altro profilo, se il tema dell'obiezione di coscienza al servizio militare, dettata da motivi religiosi, ha perso di attualità sul piano interno (*supra*, par. 7), esso assume oggi rilievo nel quadro della regolazione che concerne gli strumenti di protezione internazionale.

In questo ambito, mentre in linea di principio la Corte EDU, pur affermando che viola l'art. 9 CEDU il mancato riconoscimento di strumenti di esercizio dell'obiezione<sup>(34)</sup>, nega in via generale la sussistenza di una tutela "universale" dei diritti di coscienza e di religione che sia tale da impedire il respingimento verso Paesi nei quali non sia riconosciuta l'obiezione ma senza conseguenze di persecuzione<sup>(35)</sup>, la giurisprudenza di legittimità esprime una maggiore latitudine della rilevanza del fattore religioso e dell'obiezione, in funzione della valutazione circa i presupposti di legittimità di misure come il respingimento o la ammissione o non ammissione agli *status* protettivi disciplinati nel diritto interno. Il tema assume specifico rilievo nel contesto del conflitto bellico conseguente all'invasione russa dell'Ucraina, sotto il profilo delle conseguenze dell'arruolamento — o del rifiuto per obiezione di coscienza — in un teatro di guerra: Cass. 9 giugno 2022, n. 18626, Cass. 18 maggio 2021, n. 13461, e Cass., 19 novembre 2019, n. 30031, considerano esistenti i presupposti del riconoscimento dello *status* di rifugiato politico in favore dell'obiettore di coscienza che rifiuti di prestare il servizio militare armato nello Stato di origine, l'Ucraina, posto che l'arruolamento, a causa del conflitto armato in atto sull'intero territorio, comporta un alto rischio di coinvolgimento nella commissione di crimini di guerra e contro l'umanità e che, di contro, la sanzione penale prevista nell'ordinamento estero per il reato di renitenza alla leva integra una condotta persecutoria, alla stregua del diritto dell'Unione (Direttiva 2004/83/CE, art. 9, nell'interpretazione della Corte di giustizia con la sentenza 26 febbraio 2015, C-472/13).

La dimensione multiculturale e plurale dell'ordinamento non assume invece rilievo giustificativo, secondo una giurisprudenza, nell'ambito dell'ordine pubblico e della prevenzione dei reati. Chiamata a considerare la possibile qualificazione penale di insussistenza del fatto-reato secondo la clausola del "giustificato motivo" che è richiesto dall'art. 4, secondo comma,

---

<sup>(34)</sup> Corte EDU, GC, 7 luglio 2011, *Bayatyan c/Armenia*.

<sup>(35)</sup> Corte EDU, 28 febbraio 2006, *Z. e T. c/Regno Unito*.

della l. n. 110/1975 per escludere la punibilità del porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere, in casi in cui l'imputato, appartenente alla religione *sikh*, aveva con sé il pugnale rituale simbolico (*kirpan*) proprio di quella religione, che impone al fedele di avere sempre con sé detto oggetto simbolico (assieme ad altri), la Corte di cassazione ha escluso che il motivo religioso addotto a giustificazione potesse escludere la rilevanza penale della condotta, sul rilievo che la libertà di culto o di fede trova pur sempre un limite invalicabile nella convivenza pacifica e nel rispetto delle norme a tutela della sicurezza pubblica (Cass. 14 giugno 2016, n. 24739) e che la manifestazione delle pratiche religiose deve adeguarsi ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, con i quali dette pratiche non possono entrare in conflitto (*ex art. 8, secondo comma, Cost.*), in particolare per il rango primario dell'interesse pubblico alla sicurezza e all'incolumità delle persone (Cass. 16 giugno 2016, n. 25163). Perviene alle medesime conclusioni Cass. 15 maggio 2017, n. 24084, che tuttavia, distinguendosi in parte dalle precedenti, fonda il diniego di applicazione della causa scusante su ulteriori argomentazioni e in particolare su quella secondo cui — premesso che in una società multietnica “la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere” e inoltre che “se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante” — si predica “l'obbligo per l'immigrato di conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale in cui ha liberamente scelto di inserirsi”, in quanto “la società multietnica è una necessità ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali confliggenti a seconda delle etnie che la compongono”; né, prosegue la Corte, la conclusione contrasta con il principio di libertà di religione, anche alla luce dei precedenti della Corte EDU in tema di accessibilità alle regole del diritto nazionale e di comprensione delle conseguenze della propria condotta. Tale ultima decisione sembra dunque in qualche misura disallinearsi, nell'enunciato di principio che ne costituisce la *ratio*, dal contesto dei principi fin qui indicati, circa la lettura del contenuto e del modo di operare della libertà fondamentale soggettiva di religione.

Un collegamento indiretto con il tema del multiculturalismo e del contesto religioso di origine del richiedente è infine ravvisabile con riguardo alla possibilità — esclusa da Cass. 28 febbraio 2013, n. 4984 — di ammettere il ricongiungimento familiare in situazione tale da farne derivare, per il richiedente, una situazione di poligamia nel territorio italiano, contraria ai principi di ordine pubblico.

## VIII.

### I DIRITTI ALL'ASSISTENZA E ALLA PREVIDENZA SOCIALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE NEL DIALOGO CON LA CEDU

di *Laura Mancini* (\*)

**SOMMARIO:** 1. I diritti all'assistenza e alla previdenza sociale nell'ordinamento multilivello. — 2. I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. — 3. Il dialogo della Corte di cassazione con la Corte EDU sul tema delle prestazioni assistenziali. — 4. L'influenza della giurisprudenza convenzionale sull'interpretazione di legittimità in materia previdenziale.

#### 1. I diritti all'assistenza e alla previdenza sociale nell'ordinamento multilivello

Nell'ordinamento italiano il riconoscimento costituzionale della sicurezza sociale <sup>(1)</sup>, nel cui paradigma vanno ricondotte « *situazioni giuridiche numerose e multiformi* » <sup>(2)</sup>, è inteso a dare concreta attuazione al fine solidaristico dell'uguaglianza sostanziale enunciato dall'art. 3, secondo comma, Cost. <sup>(3)</sup>.

---

(\*) Magistrata dell'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione, Assistente di studio presso la Corte costituzionale.

<sup>(1)</sup> Su cui v., *ex aliis*, L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 5 ss.; F. MIANI CANEVARI, *Costituzione e protezione sociale*, Torino, 2007, 2; M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 34 ss.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; A. D'ALOIA, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, II, Napoli, 2008, 717 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 9 e ss.

<sup>(2)</sup> Così E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, in *Riv. trim. cult. pol.*, 1987, 714. Per un'ampia ricostruzione del catalogo dei diritti sociali di matrice costituzionale, M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto pubbl.*, 2012, 2019-289; G. Z. GRANDI, F. BOLOGNA, *Diritti sociali*, in *Digesto comm.*, 2009, 1-17.

<sup>(3)</sup> Secondo V. CRISAFULLI, *Costituzione*, 1950, 141 il sistema della sicurezza sociale delineato dalla Costituzione « *tende nel suo complesso a realizzare condizioni pratiche di sicurezza contro tutti i rischi della vita associata, con speciale riguardo a quelli che sono*

La consacrazione costituzionale dei diritti sociali <sup>(4)</sup> è, dunque, funzionale alla garanzia effettiva della « *pari dignità sociale* » della persona <sup>(5)</sup>, la quale, identificando un attributo insopprimibile, inscindibile e indissolubile di ciascun individuo <sup>(6)</sup>, il valore ultimo e fondante che ne compendia tutte le caratteristiche e le qualità <sup>(7)</sup>, costituisce il presupposto assiologico implicito di tutti i diritti fondamentali <sup>(8)</sup> e « *permea di sé il diritto positivo* » <sup>(9)</sup>.

Il legame ontologico che intercorre tra la dignità e l'uguaglianza in senso sostanziale disvela un'analogia relazione tra la prima e i doveri di solidarietà sanciti dall'art. 2 Cost. <sup>(10)</sup>, il cui adempimento costituisce un momento indefettibile nella realizzazione del disegno di emancipazione delineato dal precetto espresso dall'art. 3, secondo comma, Cost.

È, infatti, in ossequio ai doveri inderogabili di solidarietà che il sistema della protezione sociale viene alimentato attraverso la redistribuzione, sotto forma di prestazioni individuali, di una parte del reddito nazionale assicurato dalle entrate fiscali.

Nel catalogo dei diritti sociali di matrice costituzionale il diritto all'assistenza e il diritto alla previdenza rivestono un ruolo di primario rilievo.

Secondo l'insegnamento tradizionale, con la prima nozione si designa la protezione degli individui inabili al lavoro e privi dei mezzi di sostentamento,

---

*particolarmente generati da una determinata struttura economica, basata ancora sulla divisione in classi e sul diritto di proprietà privata dei mezzi di produzione ».*

<sup>(4)</sup> Come evidenziato da S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali e nuovi diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Associazione Gruppo di Pisa*, 2012, 3, 7 i diritti sociali sono caratterizzati dalla pretesa ad una prestazione da parte del soggetto, pubblico o privato, in funzione riequilibratrice di disuguaglianze e di rimozione di forme di esclusione oltre che di garanzia della pari dignità e della partecipazione attiva alla vita sociale. Il diritto all'assistenza e il diritto alla previdenza rientrano a pieno titolo nel novero di tali situazioni giuridiche soggettive.

<sup>(5)</sup> Sulla quale, da ultimo, v. A. LAMBERTI, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali degli stranieri*, in *Nomos*, 2, 2022, 1 e ss.

<sup>(6)</sup> Così G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.

<sup>(7)</sup> Secondo M.R. MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e doveri di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, in *Studi Urbinati*, V, 67, n. 1-2, 2016, 106, la dignità costituisce un « *valore-fine in sé* » e non uno strumento per la realizzazione degli interessi collettivi.

<sup>(8)</sup> In questi termini M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 178; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007.

<sup>(9)</sup> Corte cost., sentenza n. 293 del 2000.

<sup>(10)</sup> In questi termini A. LAMBERTI, *Dignità, eguaglianza e ragionevolezza nella recente giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali degli stranieri*, cit., 6.



volta a conseguire la loro liberazione dal bisogno <sup>(11)</sup>, mentre la previdenza è finalizzata a proteggere la più ristretta categoria dei lavoratori, i quali, al verificarsi di determinati eventi, vedano ridotta e soppressa la propria capacità lavorativa, così necessitando di adeguati mezzi di sostentamento.

L'assistenza sociale assicura il mantenimento e l'assistenza ai cittadini inabili e bisognosi, attraverso misure di sostegno finanziate esclusivamente dallo Stato (art. 38, primo comma. Cost.) <sup>(12)</sup>.

La funzione della previdenza sociale è, invece, quella di assicurare ai lavoratori, mediante le gestioni previdenziali, finanziate dalle categorie interessate e sussidiariamente dallo Stato, i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita al verificarsi di determinati eventi, i rischi sociali, dai quali deriva comunque una situazione di bisogno (art. 38, secondo comma. Cost.).

L'art. 38 Cost., vincola la Repubblica a dare sostegno a coloro che versano in condizioni di debolezza sociale ed economica e pone a carico dell'organizzazione statale il dovere inderogabile di garantire loro i mezzi indispensabili per vivere <sup>(13)</sup>, la tutela della salute e il sostegno in presenza di ostacoli economici e sociali, che impediscano lo sviluppo della persona e la sua partecipazione alla vita pubblica.

Alla stregua di tali fondamentali precetti, il legislatore non può frustrare la protezione voluta dalla Costituzione, prevedendo prestazioni irrisorie <sup>(14)</sup> o fissando condizioni eccessivamente gravose per accedere alla provvidenza <sup>(15)</sup> e può applicare decurtazioni soltanto in forza di misure che siano improntate alla solidarietà previdenziale (artt. 2 e 38 Cost.), che siano giustificate dalla crisi contingente e grave del predetto sistema, che incidano sulle pensioni più elevate (in rapporto alle pensioni minime), che si presen-

<sup>(11)</sup> M. PERSIANI, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, 240.

<sup>(12)</sup> Evidenzia l'eterogeneità tra le due forme di protezione sociale V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione, Sub art. 38*, Padova, 2008, 371. Sui rapporti tra i due istituti Corte cost., sentenze n. 31 del 1986, n. 40 del 2013, n. 152 del 2020 e n. 137 del 2021, secondo la quale « [i]l dovere di cui al primo comma si esprime attraverso specifiche misure di assistenza economica, basate principalmente sullo stato di bisogno del beneficiario » e « il legislatore può legittimamente circoscrivere la platea dei beneficiari delle stesse prestazioni sociali, purché le sue scelte rispettino rigorosamente il canone di ragionevolezza; trattandosi di provvidenze a tutela di soggetti fragili, infatti, le eventuali limitazioni all'accesso devono esprimere un'esigenza chiara e razionale, senza determinare discriminazioni (sentenze n. 50 del 2019, n. 166 del 2018, n. 133 del 2013 e n. 432 del 2005) ».

<sup>(13)</sup> Si tratta di un compito essenziale attribuito dalla Costituzione allo Stato nell'interesse della collettività. V., in tal senso, V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 370.

<sup>(14)</sup> Corte cost., sentenza n. 497 del 1988.

<sup>(15)</sup> Corte cost., sentenza n. 345 del 1999.



tino come prelievo sostenibile, che rispettino il principio di proporzionalità e che siano *una tantum* <sup>(16)</sup>.

Con specifico riguardo alle prestazioni assistenziali, la Corte costituzionale ha anche di recente ribadito che la Repubblica ha il compito di attuare gli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost. di « *garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla “sopravvivenza dignitosa” e al “minimo vitale”* » <sup>(17)</sup>.

Le disposizioni costituzionali sulla protezione sociale non si riducono, dunque, ad enunciazioni di aspirazioni programmatiche, ma dettano un complesso di precetti immediatamente applicabili, capaci di creare veri e propri diritti di prestazione e direttamente operanti nell'ordinamento, sia come parametri di legittimità costituzionale, sia come norme di principio costituenti un criterio per l'interpretazione delle disposizioni legislative in materia <sup>(18)</sup>.

In definitiva, la Costituzione delinea i diritti alle prestazioni assistenziali e previdenziali come diritti fondamentali soggetti a speciale protezione <sup>(19)</sup>.

L'art. 38 Cost. non impone, tuttavia, al legislatore una scelta costituzionalmente vincolata, se non individuando il risultato della liberazione dell'individuo dal bisogno e del pieno sviluppo della persona umana <sup>(20)</sup>.

La configurazione in termini di pretesa ad una prestazione dipendente dall'adempimento dello Stato non declassa il diritto previdenziale e assistenziale ad una posizione sottordinata rispetto a quella dei diritti di libertà. Ciò in quanto il contenuto inviolabile dei diritti sociali rimane costituzionalmente

<sup>(16)</sup> Corte cost., sentenza n. 173 del 2016. V. anche la sentenza n. 234 del 2020.

<sup>(17)</sup> Corte cost., sentenze n. 34 del 2022, n. 137 del 2021.

<sup>(18)</sup> In questo senso Corte cost., sentenze n. 22 del 1969, n. 80 del 1971, n. 160 del 1974, citate da V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 371.

<sup>(19)</sup> Essendo prestazioni irripetibili, imprescrittibili, indisponibili e non totalmente assoggettabili a misure cautelari, espropriative o di compensazione, come chiarito da Corte cost., sentenze n. 39 del 1993, n. 206 del 1988, n. 831 del 1988; n. 468 e 506 del 2002, richiamate da V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 371.

<sup>(20)</sup> Discorre di obbligazione non di mezzi, ma di risultato B. BELLÉ, *Sicurezza sociale e capacità contributiva: dall'analisi della disciplina della Cassa nazionale del notariato un esempio paradigmatico di un sistema di principi e valor costituzionali ancora incompiuto*, in *Dir. e prat. trib.*, 2022, 4, 1273 e ss. V. anche M. CINELLI, *Appunti sulla nozione di previdenza sociale*, in *Riv it. dir. lav.*, 1982, 161 e ss.

garantito <sup>(21)</sup> e il legislatore può condizionarne soltanto il *quando* e il *quomodo* del concreto esercizio <sup>(22)</sup>.

I diritti sociali non godono, invece, di analogo presidio nell'ordinamento sovranazionale, nel quale manca un apparato di norme cogenti in materia e la politica sociale è per lo più affidata a disposizioni programmatiche e a fonti di *soft law* <sup>(23)</sup>.

In ambito europeo non si è, infatti, realizzato il processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali che, invece, ha interessato diversi ordinamenti nazionali <sup>(24)</sup>.

Secondo una diffusa opinione, sin dalla sua nascita, la Comunità europea ha dimostrato una debole considerazione per la sicurezza sociale, demandando ai Paesi membri il compito di approntare le misure necessarie per garantirne la protezione, secondo il modello di Stato sociale recepiuto <sup>(25)</sup>.

Alla base di tale atteggiamento la tesi predominante intravede la naturale vocazione dell'Unione europea a garantire le libertà economiche e il funzionamento del mercato comune.

Nondimeno, a fronte dell'originario disinteresse per i temi della sicurezza sociale, nel tempo si sono via via registrati diversi interventi normativi, dapprima *sub specie* di enunciazioni meramente programmatiche, e, in tempi più recenti, attraverso l'introduzione di apposite previsioni nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale evoluzione un ruolo primario hanno assunto la Carta Sociale europea del 1961 <sup>(26)</sup>, aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa, sottoscritta a Torino nel 1961 e revisionata a Strasburgo il 3

<sup>(21)</sup> F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 69 e ss.

<sup>(22)</sup> Così, ancora, B. BELLÉ, *Sicurezza sociale e capacità contributiva: dall'analisi della disciplina della Cassa nazionale del notariato un esempio paradigmatico di un sistema di principi e valor costituzionali ancora incompiuto*, cit., spec. note 23 e 24.

<sup>(23)</sup> Per una recente ricognizione sul tema, v. A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in *Federalismi.it*, 14 settembre 2018, 20 e ss.

<sup>(24)</sup> Lo evidenzia A. GUZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 9 e ss.

<sup>(25)</sup> V. G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 58 e ss.; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 285 e ss.

<sup>(26)</sup> Come evidenziato da G. GUIGLIA, *Il ruolo del comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 2, la Carta sociale europea costituisce, in verità, un sistema composito, articolato in cinque diversi trattati internazionali, cui sono vincolati in materia di diritti economici e sociali, in vario modo e con diversa intensità, gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Tale sistema è il risultato di un processo di stratificazione che ha avuto origine nel 1961, con la firma a Torino della prima versione della Carta per poi svilupparsi tra la fine degli anni Ottanta e gli anni Novanta del secolo scorso. Le modifiche

maggio 1996, e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, con le quali la Comunità ha espressamente iscritto la coesione economica e sociale tra i propri obiettivi.

Successivamente, il Trattato di Maastricht ha esteso l'ambito delle competenze comunitarie in materia di diritti sociali, come reso evidente dalla formulazione degli artt. 158 e 162 TCE, e con il Trattato di Amsterdam del 1999 è stato introdotto il principio del coordinamento delle politiche dell'occupazione, sia pure nel quadro delle esigenze di bilanciamento tra la diversità delle misure nazionali e fermo il necessario mantenimento del mercato comune <sup>(27)</sup>.

Il momento più significativo della descritta parabola va, tuttavia, individuato nella proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea <sup>(28)</sup>, la quale all'art. 34 dispone espressamente che l'Unione europea riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali.

Inoltre, l'art. 151 TUE, stabilendo che l'Unione europea e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale del 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione, ha incluso la sicurezza sociale tra gli ambiti di azione dell'Unione europea.

Tuttavia, avendo implicazioni dirette sul bilancio dei singoli Stati membri, la competenza in materia non può essere esercitata in modo da compromettere « *la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale* », né da « *incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso* » (art. 153 TFUE).

---

intervenute in tale periodo, allo scopo di accrescerne l'effettività, hanno riguardato sia i diritti e gli obblighi giuridici contenuti nella Carta, attraverso il Protocollo addizionale del 1988 e la Carta sociale europea riveduta del 1996, che i relativi meccanismi sovranazionali di controllo, attraverso il cosiddetto Protocollo di Torino del 1991 e il Protocollo addizionale sul sistema dei reclami collettivi del 1995.

<sup>(27)</sup> Come osserva A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, cit., 21.

<sup>(28)</sup> La quale, con il Trattato di Lisbona, ha acquistato la stessa efficacia giuridica dei Trattati.

In ultimo, deve rammentarsi che, nonostante l'armonizzazione delle diverse discipline previdenziali nazionali rientri tra gli obiettivi unionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha in più occasioni ribadito che non è possibile interferire, attraverso tali operazioni di coordinamento, con le scelte di politica sociale degli Stati membri <sup>(29)</sup>.

Neanche la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dedica specifiche disposizioni a presidio dei diritti sociali <sup>(30)</sup>.

Nondimeno, la Corte EDU ha fornito nel tempo una lettura « *socialmente orientata* » <sup>(31)</sup> dei diritti fondamentali della Convenzione, accordando protezione ai diritti sociali di cui si assuma la lesione alla stregua dei parametri convenzionali e, in particolare, sotto il profilo della violazione della proprietà ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, della violazione del divieto di discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU e della lesione della certezza del diritto ai sensi dell'art. 6 CEDU <sup>(32)</sup>.

## 2. I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte di Strasburgo, in un primo momento, ha ritenuto che il riconoscimento dei diritti alle prestazioni previdenziali e assistenziali in una fonte, come la Carta sociale europea, recante disposizioni di carattere meramente programmatico costituisse un ostacolo all'inclusione di tali pretese nel catalogo dei diritti garantiti dalla CEDU.

Tale approccio è stato, tuttavia, gradualmente modificato attraverso una interpretazione evolutiva della Convenzione imposta dalla considerazione secondo la quale « *se la Convenzione enuncia dei diritti che sono essenzialmente civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale* » <sup>(33)</sup>.

Ne è scaturita una copiosa elaborazione giurisprudenziale, con la quale è stata riconosciuta ai diritti sociali una protezione “riflessa”, condizionata,

<sup>(29)</sup> V., per tutte, CGCE, sentenze 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*; 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval und Partneri Ltd.*

<sup>(30)</sup> Fatta eccezione per l'art. 11 in materia sindacale.

<sup>(31)</sup> In questi termini V. COLCELLI, *I diritti sociali nel sistema CEDU. Prove di dialogo con l'ordinamento UE e diretta applicabilità nei rapporti individuali*, in *La protezione dei soggetti deboli profili di integrazione e ricerca tra America Latina ed Europa*, a cura di A. SASSI. Roma, 2011, 214.

<sup>(32)</sup> Lo evidenzia I. PEPE, *Costituzionalmente legittimi gli interventi sulle pensioni d'oro per il triennio 2014/2016*, in *Lavoro nella giur.*, 2017, 1, 33 e ss.

<sup>(33)</sup> In questi Corte EDU, sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz contro Austria*, par. 53.

ciò, all'evenienza che la lesione di tali situazioni soggettive si traduca in un *vulnus* ai diritti garantiti dalla CEDU<sup>(34)</sup>. Ciò sul presupposto che la tutela della sicurezza sociale costituisce un « *prolungamento, di ordine economico-sociale, della protezione di diritti fondamentali scritti nella stessa Convenzione* »<sup>(35)</sup>.

In tale mutamento di prospettiva un ruolo cruciale ha assunto l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, avendo la Corte ricondotto le pretese previdenziali e assistenziali nel paradigma dei « *beni* » ai quali la citata disposizione accorda protezione in caso di ingerenza illegittima<sup>(36)</sup>. Una simile operazione ermeneutica è stata resa possibile dalla portata particolarmente ampia di tale diritto<sup>(37)</sup>, non coincidente con la nozione di appartenenza, ma inclusiva delle stesse pretese creditorie, ivi comprese le prestazioni sociali e le aspettative di diritto in materia previdenziale<sup>(38)</sup>.

Una chiara adesione a tale premessa ricostruttiva si rinviene nella sentenza *Stec e altri contro Regno Unito*<sup>(39)</sup> in tema di indennità integrativa del reddito, con la quale la Corte EDU ha, innanzitutto, precisato che tale provvidenza è volta a compensare una riduzione della capacità lavorativa durante l'età in cui quest'ultima, virtualmente, sussiste, e, dunque, perde rilevanza una volta che l'avente diritto abbia raggiunto l'età pensionabile.

La Corte ha, quindi, escluso la ravvisabilità di una violazione del divieto di discriminazione impartito dall'art. 14 CEDU, non essendo lo stesso

---

<sup>(34)</sup> Come sottolinea C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. intern.*, 2014, 4, 788, spesso i diritti previdenziali e assistenziali hanno « *ricevuto maggiore attenzione dalla Corte europea rispetto a quella loro rivolta in ambito interno, soprattutto in Italia* », come è reso evidente dalla sentenza 4 febbraio 2014, *Staibano e altri c. Italia*, e *Mottola e altri c. Italia*, e dalla sentenza 6 settembre 2018 resa tra le medesime parti, relativa ai medici che avevano prestato per più dieci anni il loro servizio, remunerato "a gettone", presso il Policlinico dell'Università Federico II di Napoli con contratti a tempo determinato, ai quali Mentre la Corte ha riconosciuto i diritti pensionistici derivanti dal rapporto di lavoro continuativo con l'Ateneo e dai contributi previdenziali versati.

<sup>(35)</sup> F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, 143.

<sup>(36)</sup> V., *ex aliis*, le sentenze 30 settembre 2003, *Koua Poirrez contro Francia*, par. 37; 26 novembre 2002, *Bucheň contro Repubblica Ceca*, par. 46; 3 ottobre 2000, *Wessels-Bergervoet contro Paesi Bassi*.

<sup>(37)</sup> Lo ricorda I. PEPE, *Costituzionalmente legittimi gli interventi sulle pensioni d'oro per il triennio 2014/2016*, cit., 33 e ss., spec. nota 24.

<sup>(38)</sup> In tal senso, paradigmatiche sono la sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz contro Austria*, in cui la Corte ha ritenuto che fosse coperto dall'art. 1 del Protocollo add. anche il diritto all'assistenza a seguito del versamento di contributi a un fondo di assicurazione contro la disoccupazione, e la sentenza 19 giugno 2008, *Ichtiyaroglou contro Grecia*.

<sup>(39)</sup> Corte EDU, GC, 6 luglio 2005, par. 47-56.

configurabile in riferimento a qualsiasi differenza di trattamento pensionistico in base al genere.

La differenza dell'età pensionabile in base al sesso, stabilita dal Regno Unito nel 1940 con l'intento di proteggere la donna da una condizione economica svantaggiata rispetto a quella dell'uomo, è, a parere della Corte, diversamente apprezzabile nel tempo, alla luce dei mutamenti sociali e spetta allo Stato farsi interprete della condizione sociale del proprio paese, con la conseguenza che il livellamento di genere che il Regno Unito ha operato in materia di sicurezza sociale nella normativa in scrutinio, seppur verificatosi con un certo ritardo, non deve ritenersi irragionevole <sup>(40)</sup>.

Emblematico di tale tendenza evolutiva è anche il contenzioso sulle "pensioni svizzere" <sup>(41)</sup>, in riferimento al quale la Corte di Strasburgo ha affermato che, per un verso, le valutazioni di carattere finanziario e le esigenze di contenimento della spesa pubblica non possono essere considerate ragioni di interesse generale idonee a giustificare una sproporzionata ingerenza nel godimento dei beni, e, per un altro, gli Stati aderenti alla CEDU devono impegnarsi a garantire il diritto di proprietà, non soltanto quale "libertà da", alla quale corrisponde un divieto di ingerenza, ma anche quale "libertà di", la quale implica l'adozione di condotte positive <sup>(42)</sup>.

La Corte EDU ha, poi, ritenuto incompatibile con il diritto al rispetto dei beni tutelato dall'art. 1 Protocollo add. CEDU la decurtazione del trattamento di pensione complementare erogato in favore dei ricorrenti dalla cassa previdenziale della loro categoria professionale sulla base dei versamenti contributivi. Tale decurtazione, conseguente al trasferimento della cassa ad

---

<sup>(40)</sup> La questione sottoposta alla Corte riguardava quattro cittadini britannici, investiti dalla disposizione in base alla quale l'indennità da infortunio sul lavoro o da malattia professionale veniva decurtata nel momento in cui l'interessato avesse maturato il diritto alla pensione di vecchiaia. I ricorrenti lamentavano di essere stati discriminati per ragioni di genere. I ricorrenti di sesso maschile, in pensione dall'età di sessantacinque anni, deducevano che, se fossero stati donne, sarebbero andati in pensione cinque anni prima e, quindi, non avrebbero subito la misura di riduzione loro inflitta. Per converso, le ricorrenti, in pensione al compimento dell'età di sessanta anni, lamentavano che la propria indennità integrativa del reddito non sarebbe stata, rispettivamente, interrotta o diminuita prima del compimento dell'età di sessantacinque anni, se fossero state uomini.

<sup>(41)</sup> Sulle quali si è pronunciata dapprima la Corte costituzionale con la sentenza n. 172 del 2008, in seguito la Corte EDU con la sentenza 31 maggio 2011, *Maggio e altri contro Italia*, e, quindi, nuovamente la Corte costituzionale con la sentenza n. 264 del 2012 e con l'ordinanza n. 10 del 2014. Per una ricostruzione della vicenda v. A. OLESSINA, *Il caso delle pensioni svizzere: Corte costituzionale e Corte EDU a confronto*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, 3, 507 e ss.

<sup>(42)</sup> Con la precisazione che « *particularly where there is a direct link between the measures which an applicant may legitimately expect from the authorities and the effective enjoyment of his possessions* ».

altro ente previdenziale e all'esigenza di far fronte alla crisi di bilancio di quest'ultimo, costituisce, infatti, un onere eccessivo per i ricorrenti, non giustificato dal pur ampio margine riconosciuto agli Stati nel disciplinare la materia previdenziale e nel perseguire gli interessi della collettività in ordine alle crisi economiche e all'esigenza di risanamento di enti previdenziali <sup>(43)</sup>.

Se, dunque, l'ordinamento di uno stato contraente prevede il versamento di diritto di una prestazione previdenziale — subordinata o meno al precedente versamento di contributi — la stessa normativa interna genera un diritto patrimoniale compreso nello spettro applicativo dell'art. 1 Protocollo add. CEDU.

Ciò non significa, secondo i Giudici di Strasburgo, che la norma convenzionale in esame introduca un limite alla libertà degli Stati contraenti <sup>(44)</sup> di prevedere o meno una determinata forma di previdenza, ovvero di sceglierne il tipo e la misura <sup>(45)</sup>.

La Corte non esclude, infatti, che una prestazione previdenziale, benché costituisca un bene ai sensi del citato art. 1, Protocollo add. CEDU, possa essere ridotta o soppressa, ma avverte che le modifiche peggiorative devono essere conformi al principio di proporzionalità, in ciò assumendo rilevanza la circostanza che le autorità abbiano tentato di limitare le perdite correlate al programma di sicurezza sociale; che i ricorrenti continuino a percepire pensioni di vecchiaia; che essi non siano stati discriminati o svantaggiati; che le misure non abbiano effetto retroattivo; che si sia tenuto conto della durata del servizio dei ricorrenti nel calcolo dei periodi di contribuzione obbligatoria <sup>(46)</sup>.

Per quanto concerne le prestazioni assistenziali, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di rilevare che, posto che nei moderni stati democratici molte persone dipendono, per la sopravvivenza, per tutta o parte della loro vita, da prestazioni previdenziali e assistenziali e che, per tale ragione, diversi ordinamenti giuridici europei, in presenza dei requisiti previsti, provvedono

<sup>(43)</sup> Corte EDU, 5 marzo 2019, *Yavas e altri contro Turchia*.

<sup>(44)</sup> Corte EDU, 26 giugno 2014, *Sukhanov e Ilchenko contro Ucraina*, par. 36; 3 giugno 2014, *Kolesnyk contro Ucraina*, par. 89 e 91; 8 ottobre 2019, *Fedulov contro Russia*, par. 66. La Corte ha anche precisato che ove, invece, il soggetto interessato sia privo dei requisiti richiesti dalla legge (Corte EDU, 27 aprile 1999, *Bellet, Huertas e Vialatte contro Francia*, par. 5) per l'erogazione del trattamento previdenziale, un'ingerenza rilevante ai sensi dell'art. 1 del Protocollo add. non è configurabile (Corte EDU, 28 aprile 2009, *Rasmussen contro Polonia*, par. 71; 10 aprile 2012, *Richardson contro Regno Unito*, par. 17).

<sup>(45)</sup> Per contro, ove la sospensione o la riduzione dipenda da modifiche sopravvenute della legislazione o della sua applicazione è configurabile un'ingerenza nei diritti di cui all'art. 1 Protocollo add. CEDU (Corte EDU, GC, 13 dicembre 2016, *Bélné Nagy contro Ungheria*, par. 86).

<sup>(46)</sup> Corte EDU, 5 marzo 2019, *Yavas e altri contro Turchia*.



all'erogazione delle prestazioni di diritto, in questi casi il diritto dell'individuo alla prestazione assistenziale non può non trovare tutela nell'art. 1, Protocollo add. CEDU <sup>(47)</sup>.

In tale prospettiva, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che l'idoneità di una persona disabile a ottenere la somministrazione gratuita di farmaci (farmaci oncologici) costituisce un'«*aspettativa legittima*», rispetto alla quale trova ancora una volta applicazione l'art. 1 Protocollo add. CEDU <sup>(48)</sup>.

La giurisprudenza convenzionale ha, inoltre, riconosciuto la tutelabilità dei diritti previdenziali e assistenziali rispetto ad atti contrastanti con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 CEDU.

In particolare, svariate pronunce hanno applicato il principio in riferimento a riforme introduttive di trattamenti differenziati per soggetti in posizione analoga e in assenza di una giustificazione legittima o di proporzionalità tra il fine perseguito e il mezzo impiegato <sup>(49)</sup>.

In tale solco si pone la sentenza *Bucheñ* contro Repubblica Ceca, in materia di trattamento pensionistico dei giudici militari <sup>(50)</sup>, con la quale la Corte EDU si è pronunciata sulla domanda di un giudice militare che, a seguito di specifica disposizione assunta dal Ministero della difesa ceco, era stato automaticamente trasferito in un tribunale ordinario, con garanzia della conservazione del diritto al godimento del trattamento pensionistico riservato alla magistratura militare. Tuttavia, una nuova disciplina, intervenuta poco dopo, aveva soppresso detta facoltà di passaggio automatico, consentendola soltanto per concorso, e, nel contempo, aveva disposto la sospensione, fino alla conclusione della carriera di giudice ordinario, del godimento del suddetto trattamento pensionistico per coloro che fossero stati trasferiti automaticamente. La stessa normativa faceva salvo, invece, il godimento del trattamento pensionistico in corso di attività per gli ex giudici militari o ex procuratori militari che, assoggettatisi al concorso e risultati vincitori, fossero entrati nel ruolo di giudice o procuratore ordinario.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione del divieto di discriminazione sul presupposto che, per un verso, i procuratori militari hanno una qualificazione giuridica e una formazione giuridica del tutto assimilabili a quelle dei giudici militari, e, per l'altro, l'attività giurisdizionale nei due settori è del tutto analoga, con la conseguenza che l'impegno profuso

---

<sup>(47)</sup> In tal senso Corte EDU, GC, 6 luglio 2005, *Stec e altri contro Regno Unito*, cit., par. 51; 16 settembre 2009, *Moskal contro Polonia*, par. 39; GC, 18 febbraio 2009, *Andrejeva contro Lettonia*, par. 77.

<sup>(48)</sup> Corte EDU, 8 ottobre 2019, *Fedulov contro Russia*, par. 70-72.

<sup>(49)</sup> Corte EDU, 12 ottobre 2004, *Kjartan Ásmundsson contro Islanda*, par. 43; Corte EDU, GC, 6 luglio 2005, *Stec e altri contro Regno Unito*.

<sup>(50)</sup> Corte EDU, sentenza 26 novembre 2002.



in occasione del passaggio dall'una all'altra attività, oltre che essere, per definizione, soggettivo, non giustifica la contestata differenza di trattamento <sup>(51)</sup>.

I diritti previdenziali e assistenziali sono, infine, oggetto di tutela convenzionale nei casi in cui una loro modifica peggiorativa risulti lesiva dell'affidamento, quale declinazione soggettiva della certezza del diritto <sup>(52)</sup>.

In tema di lesione del diritto a un processo equo ai sensi dell'art. 6 CEDU tramite leggi retroattive, la Corte EDU afferma che, in linea di principio, non è precluso al potere legislativo regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore.

La stessa Corte ha precisato che « *il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia* » e ha aggiunto che « *l'esigenza della parità fra le parti implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole possibilità di presentare la propria causa senza trovarsi in una situazione di netto svantaggio rispetto alla controparte* » <sup>(53)</sup>.

Al fine di verificare la compatibilità di norme retroattive con l'art. 6 della CEDU, i Giudici di Strasburgo sono soliti valorizzare alcuni elementi, ritenuti sintomatici dell'uso distorto della funzione legislativa. Essi attengono al metodo e alla tempistica seguiti dal legislatore <sup>(54)</sup>. Può dunque rilevare

<sup>(51)</sup> Per una fattispecie analoga, v. Corte EDU, GC, 6 luglio 2005, *Stec contro Regno Unito*; 27 novembre 2007, *Luczak contro Polonia*.

<sup>(52)</sup> Su cui v. C. PADULA, (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018; A. VALENTINO, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3, 2012; F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, *Giur. cost.*, 6, 2012, 4235 e ss.; C. DI MARTINO, *Leggi retroattive di contenimento della spesa pubblica e giusto processo (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 2018)*, in *Consulta on line*, 27 aprile 2018; A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?* in *Giur. cost.*, 1, 2018, 174 e ss.; S. MABELLINI, *La retroattività "riparatrice", ovvero ... si preannuncia un nuovo fronte nel difficile dialogo tra corte costituzionale e Corte EDU in tema di legislazione retroattiva?* in *Giur. cost.*, 3, 2019, 1937 e ss.

<sup>(53)</sup> Corte EDU, 25 marzo 2014, *Biasucci e altri contro Italia*, par. 47; 14 gennaio 2014, *Montalto e altri contro Italia*, par. 47; 7 giugno 2011, *Agrati e altri contro Italia*, par. 58.

<sup>(54)</sup> Corte EDU, 11 dicembre 2012, *Tarbuk contro Croazia*, par. 40.

che lo Stato o un'amministrazione pubblica sia parte del processo <sup>(55)</sup>. Assume rilevanza anche la prevedibilità dell'intervento legislativo <sup>(56)</sup>. La Corte si sofferma, inoltre, sull'adozione di norme in concomitanza con un determinato andamento della lite, tenuto conto anche del suo stato <sup>(57)</sup>. Ugualmente sintomatico è il dato temporale che attiene al trascorrere di molti anni prima che il legislatore scelga di intervenire <sup>(58)</sup>.

Di particolare interesse è, sotto tale profilo, la giurisprudenza sulla retroattività della misura sospensiva o estintiva della prestazione previdenziale <sup>(59)</sup>. In una causa concernente il nuovo calcolo retroattivo di una pensione già liquidata alla parte ricorrente, la Corte ha ritenuto che « *l'eventuale interesse dello Stato ad assicurare un'uniforme applicazione della Legge in materia di pensioni non avrebbe dovuto causare il nuovo calcolo retroattivo dell'importo già liquidato giudizialmente a favore della ricorrente. La retrodatazione del nuovo calcolo con l'effetto che le somme esigibili erano state ridotte aveva comportato per la ricorrente un onere individuale eccessivo ed era incompatibile con l'articolo 1 del Protocollo n. 1* » <sup>(60)</sup>.

Ancora, devono essere segnalate le pronunce in tema di indebito pensionistico e assistenziale <sup>(61)</sup>.

La Corte EDU, in fattispecie concernenti indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici, ha individuato i presupposti che consentono di identificare un affidamento legittimo in capo al percettore della prestazione, che sia persona fisica, e ha individuato le condizioni che tramutano la *condictio indebiti* in un'interferenza sproporzionata nei confronti di tale affidamento <sup>(62)</sup>.

<sup>(55)</sup> Corte EDU, 24 giugno 2014, *Azienda agricola Silverfunghi sas e altri contro Italia*, par. 77.

<sup>(56)</sup> Corte EDU, 24 giugno 2014, *Cataldo e altri contro Italia*, par. 50; *Tarbuk contro Croazia*, par. 53; 27 maggio 2004, *OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille e altri contro Francia*, par. 72; 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society contro Regno Unito*, par. 112.

<sup>(57)</sup> Corte EDU, 24 giugno 2014, *Azienda agricola Silverfunghi sas e altri contro Italia*, par. 77; *Tarbuk contro Croazia*, par. 54.

<sup>(58)</sup> Corte EDU, 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri contro Italia*, par. 42.

<sup>(59)</sup> Corte EDU, 16 settembre 2009, *Moskal contro Polonia*, par. 69; 13 dicembre 2011, *Lakićević e altri contro Montenegro e Serbia*, par. 71.

<sup>(60)</sup> Corte EDU, 18 gennaio 2007, *Bulgakova c. Russia*, par. 47.

<sup>(61)</sup> Su cui v. E. BUFANO, A. DONISI, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'accipiens. CEDU e diritto interno a confronto*, in *Pactum, Rivista di diritto dei contratti*, 1, 2022, 71 e ss.

<sup>(62)</sup> Corte EDU, 12 settembre 2019, *Romeva contro Macedonia Settentrionale*, par. 78 e 88; 11 febbraio 2021, *Casarin contro Italia*, secondo la quale non deve essere sproporzionata l'interferenza nel legittimo affidamento di colui che abbia ricevuto impropriamente somme da parte dello Stato o di un ente pubblico. Nel caso in cui siano ravvisabili elementi che facciano

La Corte ha ritenuto ravvisabile il legittimo affidamento al ricorrere dei seguenti elementi: l'erogazione di una prestazione a seguito di una domanda presentata dal beneficiario che agisca in buona fede o su spontanea iniziativa delle autorità; la provenienza dell'attribuzione da parte di un ente pubblico, sulla base di una decisione adottata all'esito di un procedimento, fondato su una disposizione di legge, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione sia percepita dal beneficiario come fonte della prestazione, individuabile anche nel suo importo; la mancanza di una attribuzione manifestamente priva di titolo o basata su semplici errori materiali; un'erogazione effettuata in relazione a una attività lavorativa ordinaria e non a una prestazione isolata o occasionale, per un periodo sufficientemente lungo da far nascere la ragionevole convinzione circa il carattere stabile e definitivo della medesima; la mancata previsione di una clausola di riserva di ripetizione <sup>(63)</sup>.

L'accertamento delle condizioni per la configurabilità del legittimo affidamento non rende, tuttavia, di per sé solo, intangibile la prestazione ricevuta dal privato.

La Corte EDU riconosce l'interesse generale sotteso all'azione di ripetizione dell'indebito <sup>(64)</sup>, ma evidenzia, al contempo, che l'interferenza deve essere improntata al principio di proporzionalità e di equo bilanciamento tra le esigenze sottese al recupero delle prestazioni indebitamente erogate e la tutela dell'affidamento incolpevole <sup>(65)</sup>.

Tra le circostanze che rendono l'ingerenza sproporzionata la Corte annovera le specifiche modalità di restituzione imposte al titolare dell'affidamento <sup>(66)</sup>, l'omessa o l'inadeguata considerazione della fragilità economico-sociale o di salute dell'obbligato nell'esercizio della pretesa restitutoria <sup>(67)</sup> e la mancata previsione di una responsabilità in capo all'ente cui sia addebitabile l'errore <sup>(68)</sup>.

---

ritenere maturato un affidamento sulla definitività dell'attribuzione di tali somme, ogni sproporzionata ingerenza dello Stato nel pretendere la restituzione può dar luogo ad una violazione dell'art. 1.

<sup>(63)</sup> Si veda, di recente, sul tema Corte cost., sentenza n. 8 del 2023.

<sup>(64)</sup> Corte EDU, 12 ottobre 2020, *Anželika Šimaitienė contro Lituania*, par. 115.

<sup>(65)</sup> Corte EDU, GC, 5 settembre 2017, *Fábián contro Ungheria*, par. 65; 10 febbraio 2015, *Bélané Nagy contro Ungheria*, par. 166.

<sup>(66)</sup> Secondo Corte EDU, 26 aprile 2018, *Cakarević contro Croazia*, l'addebito di interessi legali in capo all'*accipiens*, a dispetto dell'errore compiuto dall'amministrazione, par. 86 e 87. V. anche in Corte EDU, 11 febbraio 2021, *Casarin contro Italia*, la rateizzazione non rapportata alle condizioni di vita dell'obbligato, par. 72.

<sup>(67)</sup> Corte EDU, 12 settembre 2019, *Romeva contro Macedonia Settentrionale*; Corte EDU, 26 aprile 2018, *Cakarević contro Croazia*.

<sup>(68)</sup> Corte EDU, 11 febbraio 2021, *Casarin contro Italia*.

### 3. Il dialogo della Corte di cassazione con la Corte EDU sul tema delle prestazioni assistenziali

Le norme della CEDU, presidiando i diritti fondamentali della persona, contengono « *i germi per una loro espansione ad altri ambiti del diritto* »<sup>(69)</sup>, ivi compreso quello della sicurezza sociale, nel quale il rischio di compressione dei valori insopprimibili della persona è connaturato alle modalità stesse con le quali i diritti sociali trovano attuazione, essendo la loro soddisfazione condizionata all'adempimento dello Stato mediante rimesse finanziarie pubbliche.

In particolare, come sopra evidenziato, la Corte EDU tutela il nucleo dei diritti sociali come riflesso del diritto di proprietà o di credito presidiato dall'art. 1 Prot. add. CEDU<sup>(70)</sup>, così dischiudendo una prospettiva ermeneutica inconsueta per la tradizione giuridica italiana, ma indubbiamente rafforzativa dall'apparato rimediabile a protezione della persona umana predisposto dal nostro ordinamento.

Ne discende un sistema di norme composito, in riferimento al quale sempre più complesso si rivela il compito, spettante al giudice interno, di riconduzione delle diverse fonti a sistema.

Il giudice comune è, anzitutto, tenuto a interpretare le norme interne in coerenza con i criteri di giudizio adoperati dalla Corte EDU, ma non può disapplicarle ove le ritenga in contrasto con la Convenzione, dovendo tale incompatibilità formare oggetto di questione di legittimità costituzionale<sup>(71)</sup>.

Infatti, come confermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, solo il diritto dell'Unione europea « *“entra” nell'ordinamento interno attraverso l'art. 11 Cost. ed è, pertanto, suscettibile di applicazione diretta da parte del giudice nazionale, mentre il diritto convenzionale “entra” attraverso l'art. 117 Cost. e, conseguentemente, le sue eventuali antinomie con il diritto interno possono essere risolte dal giudice solo interpretando le norme interne in senso*

<sup>(69)</sup> L. TORSSELLO, *Il dialogo multilevel tra corti in materia di lavoro e previdenza*, in *Questione giustizia*, 2019, 472.

<sup>(70)</sup> G. BRONZINI, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, « *Centro studi di diritto del lavoro europeo “Massimo D'Antona”* », working paper n. 118/2015, 21.

<sup>(71)</sup> Le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 hanno, infatti, chiarito che, con riferimento alla portata e agli effetti del limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, previsto dall'art. 117, primo comma, Cost., quale limite per la potestà legislativa statale e regionale, con riferimento alle disposizioni della CEDU, il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma interna reputata in contrasto con una norma della Convenzione, posto che l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi.

*conforme a quelle convenzionali, salva la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale delle prime nell'ipotesi in cui l'interpretazione conforme non risulti possibile; tale sistema, peraltro, non ha subito mutamenti per effetto della riconduzione, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani al diritto dell'Unione europea » (72).*

Nella materia della sicurezza sociale, la Corte di legittimità ha dimostrato una particolare sensibilità per la “dimensione convenzionale” dei diritti all’assistenza e alla previdenza sociale, così progressivamente arricchendo il proprio strumentario ermeneutico dei parametri di giudizio propri dello scrutinio della Corte EDU.

Gli esiti più significativi di tale fecondo dialogo si sono registrati nella materia di assistenza sociale, nella quale particolarmente evidente è l’intreccio tra il diritto alla provvidenza e i valori incomprimibili della persona, quali la salvaguardia della salute, le esigenze di solidarietà rispetto alle condizioni di elevato disagio sociale, i doveri di assistenza alle famiglie presidiati dalla CEDU.

Emblematiche di tale tendenza evolutiva sono, innanzitutto, le pronunce involgenti il profilo della dimensione territoriale delle prestazioni assistenziali (73).

È utile premettere che in tema di diritti sociali degli stranieri presenti sul territorio nazionale, la giurisprudenza di legittimità ha potuto contare anche sulle indicazioni ricostruttive offerte dalla giurisprudenza costituzionale.

Di essenziale rilievo, al riguardo, è la sentenza n. 187 del 2010, con la quale la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la conformità a Costituzione dell’art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, là dove subordinava l’accesso a determinate provvidenze al possesso della carta di soggiorno, ha osservato che « [c]iò che dunque assume valore dirimente » è « accertare se, alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale che è chiamato a svolgere nel sistema, lo specifico “assegno” che viene qui in discorso integri o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei “bisogni primari” inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costituente, dunque, un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto ». Sicché, ove « si versi in tema di provvidenza destinata a far fronte al “sostentamento” della persona, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato

(72) Cass., 29 settembre 2017, n. 22843.

(73) Tema specificamente affrontato da S. GENTILE, *I diritti sociali fra territorialità e discriminazione*, in *Foro it.*, 2020, 4, 1, 1349 e ss.

*su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, avuto riguardo alla relativa lettura che, come si è detto, è stata in più circostanze offerta dalla Corte di Strasburgo* »<sup>(74)</sup>.

Valorizzando tali coordinate ermeneutiche, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che, ai fini del riconoscimento di prestazioni sociali volte a soddisfare bisogni primari della persona, nell'ordinamento italiano non è consentita, ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost., nonché ai sensi dell'art. 14 CEDU, alcuna differenziazione tra cittadini italiani e stranieri che hanno titolo al soggiorno nel territorio dello Stato<sup>(75)</sup>.

In particolare, la Corte di cassazione ha affermato che il cittadino straniero, anche se titolare del solo permesso di soggiorno, ha il diritto di vedersi attribuire l'indennità di accompagnamento, la pensione d'inabilità e l'assegno d'invalidità, ove ne ricorrano le condizioni previste dalla legge, essendo stata espunta, per effetto delle pronunce della Corte costituzionale n. 306 del 2008, n. 11 del 2009 e n. 187 del 2010, l'ulteriore condizione costituita dalla necessità della carta di soggiorno. Infatti, se è consentito al legislatore nazionale subordinare l'erogazione di prestazione assistenziali alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata, quando tali requisiti non siano in discussione, « *sono costituzionalmente illegittime, perché ingiustificatamente discriminatorie, le norme che impongono nei soli confronti dei cittadini extra Europei particolari limitazioni al godimento di diritti fondamentali della persona, riconosciuti ai cittadini italiani* »<sup>(76)</sup>.

Nella medesima prospettiva, la Cassazione ha affermato che, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, con la sentenza della Corte costituzionale n. 329 del 2011, dell'art. 80, comma 19, della l. n. 388 del 2000, il minore extracomunitario legalmente soggiornante nel territorio dello Stato ha diritto all'indennità di frequenza di cui all'art. 1 della legge 11 ottobre 1990, indipendentemente dalla titolarità della carta di soggiorno, poiché tale

---

<sup>(74)</sup> V. in senso conforme Corte cost., sentenze n. 306 del 2008, n. 11 del 2009, n. 329 del 2011, n. 40 del 2013, n. 22 del 2015, n. 230 del 2015 e n. 50 del 2019. Sulla stessa linea, in tema di reddito di cittadinanza e di reddito di inclusione, la Corte, dopo aver ribadito che dette prestazioni non si esauriscono in una provvidenza assistenziale volta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma perseguono più ampi obiettivi di inclusione sociale e lavorativa, ha, invece, dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 14 CEDU (Corte cost., sentenze n. 19 e 34 del 2022).

<sup>(75)</sup> Cass., sez. lav., ord. 1° ottobre 2018, n. 23763; Cass., sez. lav., 29 luglio 2016, n. 15944; Cass. sez. lav., 15 gennaio 2016, n. 593.

<sup>(76)</sup> Cass., ord. 26 novembre 2013, n. 26380.



prestazione assistenziale ha finalità sociali che coinvolgono diritti fondamentali della persona, dalla tutela dell'infanzia e della salute alle garanzie che devono essere assicurate, in situazioni di parità, ai portatori di handicap ed alla salvaguardia delle condizioni di vita familiare del minore disabile, sicché la norma limitativa è in contrasto non solo con l'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento all'art. 14 CEDU, ma altresì con il principio di uguaglianza e i diritti all'istruzione, alla salute e al lavoro <sup>(77)</sup>.

Con la sentenza n. 17397 del 29 agosto 2016, in linea con le enunciazioni della sentenza n. 14733 del 5 luglio 2011 e dell'ordinanza n. 3521 del 14 febbraio 2014, la Sezione Lavoro della Corte di cassazione ha precisato che, ai fini del riconoscimento dell'assegno sociale, l'equiparazione tra cittadini italiani residenti in Italia e stranieri titolari di carta o di permesso di soggiorno, prevista dall'art. 39, comma 1, della legge 6 marzo del 1998, n. 40, non richiede per questi ultimi il requisito della stabile dimora, con la conseguenza che è irrilevante l'allontanamento temporaneo dello straniero in possesso dei requisiti previsti, in quanto, ove si versi in tema di provvidenza destinata a far fronte al sostentamento della persona, qualsiasi discriminazione fondata su requisiti diversi dalle condizioni soggettive violerebbe il principio di non discriminazione espresso dall'art. 14 CEDU.

In tema di pensione di invalidità civile, le ordinanze della Sezione Lavoro n. 23763 del 1° ottobre 2018 e della Sezione Sesta Lavoro n. 28141 del 14 ottobre 2021, hanno chiarito che lo straniero, legalmente soggiornante nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile e in modo non episodico, a prescindere dal superamento del limite temporale quinquennale che condiziona il rilascio della carta di soggiorno, ha diritto alla pensione di invalidità civile, ove in possesso degli ulteriori requisiti di legge, rientrando tale prestazione tra le provvidenze destinate al sostentamento della persona, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile è inserito, che, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha espunto l'ulteriore condizione della necessità della carta di soggiorno, devono essere erogate senza alcuna discriminazione tra cittadini e stranieri che hanno titolo alla permanenza nel territorio dello Stato, pena la violazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 CEDU.

#### **4. L'influenza della giurisprudenza convenzionale sull'interpretazione di legittimità in materia previdenziale**

L'attenzione alle indicazioni della giurisprudenza convenzionale si coglie anche nelle pronunce di legittimità in materia di previdenza.

---

(77) Cass., sez. lav., 30 dicembre 2016, n. 27557.

Significativa, al riguardo, è l'ordinanza n. 2677 del 4 febbraio 2021, con la quale la Sezione Lavoro della Corte di cassazione ha affermato che, in tema di sgravi contributivi in favore delle imprese operanti nei territori di Venezia e Chioggia, qualificati quali aiuti di Stato vietati dalla Commissione europea, qualora, in ragione del riavvio dell'azione di recupero ai sensi dell'art. 1, commi 351 e seguenti, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 delle somme oggetto dei predetti sgravi, sia stata dichiarata l'estinzione del processo pendente, difetta l'interesse attuale della parte ricorrente all'impugnazione della sentenza che contenga la declaratoria in parola, in quanto tale esito della lite è stato previsto da una disposizione normativa di natura procedimentale, che ha espressamente sancito la nullità dei titoli amministrativi afferenti il recupero degli aiuti di cui al citato comma 351, emessi dall'ente previdenziale e oggetto di contestazione giudiziale alla data di entrata in vigore dell'anzidetta legge.

Ad avviso della Corte, tale norma non solleva dubbi di legittimità costituzionale o di contrasto con le norme dell'Unione europea o della CEDU, posto che essa non costringe alcuna delle parti a nuove iniziative processuali per la realizzazione dei propri diritti e pertanto non arreca loro alcun danno <sup>(78)</sup>.

Sempre in tema di restituzione di contributi previdenziali, la Corte di legittimità ha precisato che la domanda di ripetizione dei contributi versati sulle retribuzioni corrisposte agli operai agricoli occupati alle dipendenze delle imprese e dei datori di lavoro aventi sede ed operanti nei comuni montani, in virtù dell'esenzione contributiva prevista dall'art. 8 della legge 25 luglio 1952, n. 991 deve ritenersi sprovvista di base normativa a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 1 del d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179 (nella parte in cui aveva dichiarato la permanenza in vigore della predetta disposizione) resa con la sentenza n. 182 del 2018, i cui effetti retroattivi non sono suscettibili di valutazione ai sensi dell'art. 1 Protocollo add. CEDU, in considerazione della « *già opinabile fondatezza del diritto di credito vantato in base alla legislazione vigente al momento dell'inizio del giudizio e del contrario orientamento giurisprudenziale anteriore all'intervento della Consulta* ».

La giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, avuto modo di verificare la conformità al principio della certezza giuridica enunciato dalla CEDU della disciplina in materia di pensione di vecchiaia spettante sulla base del lavoro svolto in Svizzera, ai sensi dell'art. 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

---

<sup>(78)</sup> Cass., sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21531. In senso conforme, Cass., ord. 27 marzo 2019, n. 8495.



Secondo i giudici di legittimità, tale previsione, disponendo, con norma di interpretazione autentica, che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, sia riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati in Italia nel medesimo periodo, non è irragionevole, né determina alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico, in quanto ispirato ai principi di uguaglianza e di proporzionalità, né contrasta con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6, par. 1, e all'art. 1, Protocollo add. CEDU, per come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza 15 maggio 2014, Stefanetti ed altri contro Italia, poiché quest'ultima non ha evidenziato un profilo di incompatibilità della disposizione nazionale in esame con il predetto art. 1 Protocollo add., sicché l'indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un limite di riducibilità delle "pensioni svizzere", presuppongono la scelta tra una pluralità di soluzioni, rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore <sup>(79)</sup>.

Inoltre, ha aggiunto la Cassazione, la disciplina delle pensioni svizzere non contrasta con i suddetti parametri convenzionali, come interpretati dalla Corte EDU nella sentenza 15 maggio 2014, Stefanetti ed altri contro Italia, poiché quest'ultima pronuncia non ha evidenziato un profilo di incompatibilità, con il predetto art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1, della disposizione nazionale in esame, sicché l'indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un limite di riducibilità dei suddetti trattamenti pensionistici presuppongono la scelta tra una pluralità di soluzioni rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore (Corte cost., 12 luglio 2017 n. 166) <sup>(80)</sup>.

Sempre in materia di legittimo affidamento, di particolare rilievo è la delibazione di conformità alla CEDU compiuta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con riferimento alla disciplina del calcolo dei contributi dovuti sulle indennità corrisposte dal datore di lavoro ai dipendenti che prestano la loro opera al di fuori della sede dell'impresa.

L'organo nomofilattico ha ritenuto conforme ai principi costituzionali di ragionevolezza e di tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, oltre che all'art. 117, primo comma, Cost., sotto il profilo del principio di preminenza del diritto e di quello del processo equo di cui all'art. 6 della CEDU, l'art. 7-*quinquies* del d.l. 22 ottobre 2016, convertito, con modificazioni, nella legge 1° dicembre 2016, n. 225, che ha introdotto una norma retroattiva auto-qualificatasi di interpretazione autentica ai sensi dell'art. 51, comma 6, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, con la quale si è stabilito, al comma 1, che i lavoratori rientranti nella disciplina

---

<sup>(79)</sup> Cass., ord. 23 maggio 2019, 14153.

<sup>(80)</sup> Cass., sez. lav., 22 dicembre 2017, n. 30876.

prevista dal comma 6 sono quelli per i quali sussistono contestualmente le seguenti condizioni: *a*) la mancata indicazione, nel contratto o nella lettera di assunzione, della sede di lavoro; *b*) lo svolgimento di un'attività lavorativa che richiede la continua mobilità; *c*) la corresponsione al dipendente, in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa in luoghi sempre variabili e diversi, di un'indennità o maggiorazione di retribuzione "in misura fissa", attribuite senza distinguere se il dipendente si sia effettivamente recato in trasferta e dove la stessa si è svolta, e che, in caso di mancata contestuale esistenza delle suindicate condizioni, è riconosciuto il trattamento previsto per le indennità di trasferta di cui al comma 5 del medesimo art. 51 <sup>(81)</sup>.

Ancora, in merito al principio convenzionale della tutela della certezza giuridica, la Corte di cassazione ha ritenuto che la disciplina della fiscalizzazione degli oneri contributivi sociali, *ex art. art. 44, comma 1, del d.l. n. 269 del 2003, convertito con modificazioni dalla l. n. 326 del 2003, costituisce norma di interpretazione autentica dell'art. 9, comma 6, della l. n. 67 del 1998 perché diretta a specificarne la portata nell'ambito delle interpretazioni plausibili e, in quanto espressione del legittimo esercizio della funzione legislativa prevista dall'art. 70 Cost., non è lesiva del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, che, nell'ordinamento interno, va bilanciato con gli altri valori costituzionali* <sup>(82)</sup>.

Con la sentenza n. 157 del 2015, la Sezione Lavoro della Corte di cassazione ha deliberato la conformità all'art. 6, par. 1, CEDU delle disposizioni poste dall'art. 1, commi 774, 775 e 776, legge 27 dicembre 1996, n. 296, il quale prevede che l'estensione della disciplina del trattamento pensionistico a favore dei superstiti di assicurato e pensionato vigente nell'ambito del regime dell'assicurazione generale obbligatoria a tutte le forme esclusive e sostitutive di detto regime prevista dall'art. 1, quarantunesimo comma, della legge 8 agosto 1995, n. 335, si interpreti nel senso che per le pensioni di reversibilità sorte a decorrere dalla sua entrata in vigore, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa, parte integrante del complessivo trattamento pensionistico percepito, sia attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità (art. 1, comma 774, l. n. 296 del 2006); siano fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli in godimento alla data di entrata in vigore della legge citata, già definiti in sede di contenzioso, con riassorbimento sui futuri miglioramenti pensionistici (art.

---

<sup>(81)</sup> Cass., S.U., 15 novembre 2017, n. 27093, in *Giur. it.*, 2018, 1, 143, con nota di M. PERSIANI, *Un punto fermo sul regime contributivo delle indennità corrisposte ai cosiddetti trasfertisti*.

<sup>(82)</sup> Cass., sez. lav., 16 dicembre 2015, n. 25295.

1, comma 775, l. n. 296 del 2006); sia abrogato l'art. 15, quinto comma, l. 724/1994 (art. 1, comma 776, l. n. 296 del 2006).

La pronuncia ha chiarito che con tali norme il legislatore ha realizzato un riassetto organizzativo di ampia portata, sulla base di ragioni di interesse generale, mediante norme interpretative non in contrasto con i parametri di cui agli artt. 24 e 117, primo comma, Cost., così esercitando la potestà legislativa statale nel rispetto dei vincoli comunitari e internazionali. In applicazione di tale principio, la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso, relativo a pensione di reversibilità decorrente dal 1999, stabilendo che, essendo pendente la controversia, era pienamente applicabile la norma interpretativa, che aveva già superato positivamente, con le sentenze della Corte costituzionale n. 74 del 2008, n. 1 del 2011 e n. 227 del 2014, il vaglio di legittimità.

Sul versante processuale, la Corte di legittimità si è interrogata sulla conformità con l'art. 6 CEDU, della disciplina del procedimento per accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 445-*bis* c.p.c., nella parte in cui non è prevista l'appellabilità della sentenza che definisce il giudizio instaurato a seguito della contestazione alle conclusioni formulate dal consulente tecnico d'ufficio nella prima fase.

La Cassazione ha affermato che detta normativa non contrasta con la Carta costituzionale, che non prevede la pluralità dei gradi di giudizio (fatta eccezione per i provvedimenti in materia di libertà personale), e neanche con l'art. 6 CEDU, il quale consente limitazioni di accesso alla tutela giurisdizionale in presenza di motivate ragioni, quali, nella specie, la deflazione del contenzioso e il contenimento dei tempi processuali, finalità quest'ultima di rango costituzionale, ai sensi dell'art. 111 Cost., e sovranazionale, in applicazione dello stesso art. 6 CEDU <sup>(83)</sup>.

---

<sup>(83)</sup> Cass., ord. 7 febbraio 2019, n. 3670.

## IX.

### I DIRITTI DEI LAVORATORI

di *Giovanni Arnone* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. — 2. Il divieto di schiavitù e lavoro forzato. — 3. Equo processo e diritti dei lavoratori. — 4. La tutela contro i licenziamenti discriminatori o illegittimi: profili generali. — 4.1. *Privacy* e lavoro. — 4.2. Licenziamento e libertà di pensiero. — 4.3. Licenziamento e libertà di espressione. In particolare, la protezione dei *whistleblower*. — 4.4. Licenziamento economico ingiustificato e tutela multilivello. — 5. *Ne bis in idem* e sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori. — 6. La libertà sindacale. — 7. Il diritto al rispetto dei beni dei lavoratori.

#### 1. Introduzione

La CEDU non ricomprende il lavoro tra le libertà fondamentali.

La ragione di tale mancata inclusione è facilmente spiegabile con la data di approvazione della Convenzione e con la volontà degli Stati firmatari, in quel frangente storico, di porre in via prioritaria un argine alle prevaricazioni del potere pubblico. Ne costituisce dimostrazione emblematica il fatto che l'unico cenno esplicito sia al divieto di lavoro forzato (art. 4 CEDU), oltre al riferimento alla libertà sindacale nell'ambito della protezione della libertà di associazione (art. 11 CEDU).

I diritti sociali, pur già contemplati nelle costituzioni europee allora da poco promulgate, *in primis* quella italiana, non rientravano nell'orizzonte immediato della Convenzione. È solo con la Carta sociale europea (CSE), sottoscritta nel 1961 e rivista nel 1996, che la CEDU trova un completamento sul versante dei diritti di seconda generazione, in coerenza con il prepotente sviluppo dello stato sociale <sup>(1)</sup>.

Nondimeno, è nota la capillarità dei diritti fondamentali, la capacità delle carte dei diritti di penetrare in profondità e di raggiungere gli strati giuridici apparentemente più lontani dalle originarie intenzioni dei loro *conditores*.

---

(\*) Magistrato, Assistente di studio presso la Corte costituzionale.

(1) L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, Bari, 2019, 25 ss.

Così, la giurisprudenza della Corte EDU è stata capace di elaborare avanzati strumenti di protezione per i lavoratori, offrendo una lettura orizzontale delle libertà negative sancite dalla convenzione e dai suoi protocolli.

Come ebbe occasione di dire incisivamente la Corte di Strasburgo in quella che è considerata la prima decisione che ha posto l'accento sulla trasversalità dei diritti fondamentali, « *[w]hilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention* » <sup>(2)</sup>.

In questo processo, la neutralità ideologica della convenzione è stata paradossalmente di grande aiuto.

In Italia, le tutele costituzionali dei lavoratori, pur poggiando sulle solidissime basi del principio lavorista che ispira la Carta repubblicana, hanno fatto fatica ad affermarsi in ragione delle battaglie che si sono combattute intorno alle politiche laburistiche e sociali.

Nella dimensione CEDU, invece, i lavoratori hanno saputo conquistarsi crescenti spazi di libertà pur nel sostanziale silenzio della Carta di riferimento.

## 2. Il divieto di schiavitù e lavoro forzato

La libertà della persona umana, originaria e insopprimibile, è alla base della proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, contenuta nell'art. 4 CEDU.

Rispetto alla schiavitù, il divieto comprende certamente sia la negazione della condizione giuridica di essere umano libero, sia i trattamenti che implicano, a carico di un lavoratore, l'impossibilità di mutare la propria condizione, per effetto di una legge, di un accordo o di una prassi <sup>(3)</sup>.

Il divieto di lavoro forzato comprende invece tanto l'attività lavorativa estorta sotto violenza o minaccia, quanto il lavoro obbligatorio, ossia il lavoro

---

<sup>(2)</sup> Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, par. 26, con un'affermazione più volte ribadita in seguito (v. le sentenze 12 aprile 2006, *Stec e altri c. Regno Unito* e 11 ottobre 2022, *Beeler c. Svizzera*). Sul tema v. L. TORSSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU*, cit., 80 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza Cedu e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in <https://www.gruppodipisa.it>

<sup>(3)</sup> Corte EDU, 26 ottobre 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 123-125, e ivi citazioni dei precedenti.

che si protrae per un periodo più o meno limitato sotto il peso di condizioni particolarmente pesanti, che ricade sotto l'art. 4 indipendentemente dall'iniziale consenso prestato dal lavoratore (4).

Non può infatti dirsi volontariamente accettato e prestato un lavoro « *where an employer abuses his power or takes advantage of the vulnerability of his workers in order to exploit them* » (5).

Il consenso si presume estorto in particolare quando l'avviamento al lavoro sia operato o favorito da organizzazioni criminali dedite al traffico di esseri umani. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo è costante nell'affermare che, in base all'art. 4, par. 2, e al fine di contrastare i fenomeni di *trafficking*, sugli Stati firmatari gravano non solo obblighi negativi, ma anche misure positive, così sintetizzabili: *a*) messa in opera di un adeguato quadro sanzionatorio; *b*) adozione di misure di protezione delle vittime; *c*) doveri investigativi (6).

La giurisprudenza estensiva della Corte EDU sul lavoro forzato e obbligatorio interroga l'interprete del diritto italiano. I noti e diffusi fenomeni di sfruttamento lavorativo, presenti sul territorio nazionale e in larga parte collegati all'opera della criminalità organizzata, portano a chiedersi se le misure predisposte dal nostro legislatore e applicate dalla giurisprudenza nazionale siano conformi alle indicazioni provenienti dal diritto convenzionale.

Sul versante penalistico, oltre al reato di tratta di persone, per il quale il codice prevede fattispecie incriminatrici ampie, con pene molto elevate, aggravanti dettagliate e confisca obbligatoria (v. artt. 601, 600-*sexies*, 600-*septies* c.p.), l'ordinamento italiano è munito, dal 2011, di una fattispecie incriminatrice specifica, disciplinata nell'art. 603-*bis* c.p. e intitolata "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro".

Si tratta di una fattispecie volta a reprimere il fenomeno del cd. caporalato, che due successivi interventi normativi hanno aggravato e circondato di misure complementari dirette a rendere più ampio ed efficace l'intervento statale (7): si fa riferimento alla confisca obbligatoria, anche per equivalente, alle pene accessorie, all'amministrazione giudiziaria dell'impresa che opera lo sfruttamento.

(4) In tema v. L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU*, cit., 82 ss.

(5) Il principio, inizialmente elaborato dalla sentenza 23 novembre 1983, *Van der Musselle c. Belgio*, par. 33, è stato poi sviluppato più di recente dalle sentenze 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, par. 90, 7 gennaio 2022, *Zoletic e altri c. Azerbaijan*, par. 143 ss.

(6) V. da ultimo la citata sentenza 7 gennaio 2022, *Zoletic e altri c. Azerbaijan*, ma già la sentenza 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*.

(7) L. 29 ottobre 2016, n. 199 e d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv., con modif., nella l. 17 luglio 2020, n. 77.

L' idoneità di questo apparato al contrasto dello sfruttamento lavorativo sembra oggi garantita soprattutto dal fatto che il reato è integrato anche in assenza di violenza o minaccia, sulla base della semplice circostanza oggettiva dello sfruttamento di uno stato di bisogno del lavoratore (8).

Quanto allo sfruttamento, pur non potendo esso automaticamente ricavarci dalla condizione di irregolarità amministrativa (9), ne costituiscono indice ai sensi dell'art. 603-bis, secondo comma, c.p.: la reiterata corresponsione di retribuzioni palesemente inferiori a quelle previste dai contratti collettivi; la reiterata violazione delle norme sull'orario di lavoro, sui riposi, sulle ferie ecc.; la violazione delle disposizioni sulla sicurezza e sull'igiene nei luoghi di lavoro, con una formula che, dal 2016, prescinde dalla necessità che le violazioni esponano il lavoratore a un pericolo per la salute; la sottoposizione del prestatore di lavoro a condizioni di lavoro o forme di sorveglianza degradanti (10).

Il complesso delle misure descritte appare efficace e sostanzialmente conforme alle prescrizioni che la giurisprudenza di Strasburgo trae dall'art. 4 CEDU (11), anche se, sul versante lavoristico e civilistico, qualche passo in avanti potrebbe essere compiuto, anche per evitare eccessi nell'uso dello strumento penalistico.

Se infatti è certamente vero che le tutele civili ordinariamente dirette a contrastare le forme di somministrazione irregolare e gli appalti non genuini, oltre che le violazioni relative a retribuzione, orario, riposi, ferie, congedi ecc., sono utilizzabili anche per i fenomeni più intensi di sfruttamento da caporalato, nondimeno esse scontano i noti rischi di polverizzazione che sempre accompagna le azioni individuali a fronte di fenomeni collettivi, soprattutto quando i singoli siano soggetti culturalmente poco attrezzati e sottoposti a un fortissimo *metus*.

(8) V. Cass. 16 marzo 2021, n. 24441, *Sanitrasport soc. coop.*: ai fini dell'integrazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, lo stato di bisogno non va inteso come uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, bensì come una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, tale da limitare la volontà della vittima e da indurla ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose.

(9) V. Cass. 16 settembre 2020, n. 27852, *Savoia*, 9 ottobre 2019, n. 49781, *Kuts*.

(10) La Cassazione ha più volte respinto i dubbi di legittimità costituzionale del riferimento a tali indici, sul presupposto che essi operino sul piano della declinazione probatoria, quali comportamenti sintomatici della condizione di assoggettamento del lavoratore, e non su quello delle condotte tipiche, che sono chiaramente individuate al primo comma della norma incriminatrice: v. Cass. 23 febbraio 2022, n. 19143, *Li Xiumei*, 30 novembre 2022, n. 9473, *Huang Genguo*.

(11) L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU*, cit., 92; più critica la posizione di V. TORRE, *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603-bis cp tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 4, 90 ss.



Un rafforzamento delle tutele civilistiche potrebbe allora venire da un uso più incisivo non solo delle domande individuali aggregate, ma anche degli strumenti collettivi oggi messi a disposizione dal codice di procedura civile agli artt. 840-*bis* e ss. (introdotti dalla l. n. 31 del 2019).

Si tratta di una normativa che consente tanto ai singoli quanto alle organizzazioni collettive (*in primis*, i sindacati, dunque) di agire per ottenere provvedimenti inibitori accompagnati da misure coercitive indirette (art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.), nonché ripristinatori e risarcitori art. 840-*sexies* c.p.c.) in relazione a condotte imprenditoriali capaci di sprigionare i loro effetti in pregiudizio di collettività più o meno ampie.

In tal modo, l'art. 2087 c.c. potrebbe finalmente mostrare le sue dimensioni trascurate: la dimensione sostanzial-preventiva, evidenziata dall'imposizione all'imprenditore di misure e obblighi di protezione a prescindere dall'accertamento della responsabilità; la dimensione collettiva, messa in luce dal riferimento alla pluralità dei prestatori di lavoro e dunque dall'attenzione riservata non solo al rapporto individuale, ma all'intera comunità (lavoratori, fornitori, *stakeholders*) che ruota intorno all'impresa.

Se le organizzazioni sindacali sapranno vincere la tradizionale riluttanza a far uso degli strumenti pensati per il mondo consumeristico, anche sul versante della tutela civile potrebbe realizzarsi un contrasto efficace a fenomeni di sfruttamento che sono, per definizione, di massa.

### 3. Equo processo e diritti dei lavoratori

Il diritto a un processo equo, sancito dall'art. 6 CEDU, ha una tale ampiezza e trasversalità da renderne difficile una sua caratterizzazione rispetto a uno specifico ambito, foss'anche quello lavoristico, dove pure l'intrinseca debolezza socio-economica del lavoratore subordinato può generare gravi sperequazioni anche sul terreno processuale.

I principi del contraddittorio, della pubblicità delle udienze, dell'obbligo di motivazione delle sentenze, dell'accesso alla giustizia, più volte riaffermati dalla Corte EDU negli ambiti più disparati, sono certo estensibili anche al processo del lavoro, che pure nell'ordinamento italiano continua a costituire modello d'avanguardia per la tutela giurisdizionale dei diritti<sup>(12)</sup>.

Nondimeno, è proprio a ridosso dell'art. 6 che si è snodata una delle vicende più complesse e sofferte della tutela multilivello dei lavoratori.

Ci si riferisce alla questione del personale non docente della scuola (cd. personale ATA), il quale — trasferito presso l'amministrazione scolastica

<sup>(12)</sup> Per un'analisi dei casi più emblematici, v. L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU*, cit., 93 ss.

statale dagli enti locali — rivendicava il mantenimento del trattamento economico più favorevole, in godimento presso l'ente di provenienza.

Tale pretesa, che trovava fondamento nell'originario art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999 e nel costante orientamento della Corte di cassazione<sup>(13)</sup>, era stata di fatto neutralizzata da un intervento legislativo di interpretazione autentica, diretto a differenziare (potenzialmente anche *in pejus*) il trattamento economico cui il personale ATA aveva diritto a seguito del trasferimento (art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005).

L'intervento, dotato di efficacia retroattiva, incideva anche sui processi in corso, volgendone l'esito a favore dell'Amministrazione parte in causa.

La legittimità di questa incisione sui processi pendenti era stata messa in dubbio dinanzi alla Corte costituzionale, che tuttavia, in più occasioni, aveva negato il contrasto con i valori costituzionali.

Dapprima, con la sentenza n. 234 del 2007, la Consulta aveva rigettato le questioni ad essa sottoposte, osservando tra l'altro che l'emanazione di leggi con efficacia retroattiva incontra il solo limite dell'intangibilità del giudicato; solo un simile intervento « *lederebbe i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi* ».

Tale impostazione era stata poi confermata e rafforzata dalla sentenza n. 311 del 2009, in cui la Corte costituzionale era stata chiamata a confrontarsi direttamente con l'art. 6 e con la giurisprudenza della Corte EDU, tramite l'art. 117, primo comma, Cost.: in tale occasione, il giudice delle leggi aveva negato « *l'esistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea, come peraltro riconosciuto da una parte della giurisprudenza di legittimità* », per poi invocare gli imperativi motivi d'interesse generale sottesi alla norma di interpretazione autentica, chiamata a « *governare una particolare operazione di riassetto organizzativo riguardante un ampio numero di soggetti* ».

La sentenza n. 311 del 2009, la cui importanza travalica peraltro il tema specifico<sup>(14)</sup>, aveva esaminato puntualmente la giurisprudenza di Strasburgo sui rapporti tra potere legislativo e processi in corso alla luce dell'art. 6, ma aveva negato l'esistenza di un aperto conflitto, rivendicando infine in capo ai singoli Stati contraenti il compito di identificare gli strumenti più idonei a salvaguardare tutti gli interessi coinvolti: « *le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici,*

---

<sup>(13)</sup> Cass. 17 febbraio 2005, n. 3224, 14 aprile 2005, n. 7747.

<sup>(14)</sup> A. RUGGERI, *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 7 novembre 2011.

*economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate».*

Le prese di posizione della Corte costituzionale — cui la Corte di cassazione si era inizialmente adeguata <sup>(15)</sup> — non hanno tuttavia convinto la Corte EDU, che, con la sentenza *Agrati c. Italia* del 7 giugno 2011, ha ravvisato nell'intervento di interpretazione autentica sul personale ATA una violazione dell'art. 6 CEDU.

La Corte EDU ha affermato che non può dirsi equo un processo, che veda parte in causa lo Stato-amministrazione e in cui si registri una « *ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia* » (par. 58 della sentenza). In particolare, una disposizione a carattere retroattivo come quella contenuta nella legge di interpretazione autentica di fatto « *definiva il merito della controversia e rendeva vana la prosecuzione dei procedimenti* » (par. 61).

Né — ha osservato la Corte EDU con nettezza — poteva dirsi ricorrere la « *ragione imperativa d'interesse generale* », evocata dal Governo italiano (e dalla Corte costituzionale), che sarebbe consistita nella « *necessità di superare un difetto tecnico della legge originaria e di prevenire il verificarsi di situazioni discriminatorie tra gli impiegati provenienti dallo Stato e quelli provenienti dagli enti locali* »; il vero scopo del legislatore e dunque dello Stato italiano « *in realtà era unicamente quello di difendere l'interesse finanziario dello Stato riducendo il numero di procedimenti pendenti dinanzi agli organi giudiziari* » (par. 64).

L'assetto è stato poi reso ancor più instabile dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, con la di poco successiva sentenza *Scattolon* (6 settembre 2011, causa C-108/10). La Corte di Lussemburgo ha infatti iscritto la vicenda del personale ATA nel quadro del trasferimento d'impresa, escludendo la legittimità di trattamenti economici deteriori a seguito del passaggio da un'amministrazione all'altra <sup>(16)</sup>.

A seguito di questi incisivi pronunciamenti delle corti sovranazionali, il compito di comporre il contrasto è ricaduto sui giudici comuni, in particolare sulla Corte di cassazione.

Senza ritornare alla Corte costituzionale e senza dunque mettere in discussione la norma di interpretazione autentica, il giudice di legittimità ha ritenuto di poter estrarre da questo complesso percorso alcune linee inter-

<sup>(15)</sup> V. Cass. 9 novembre 2010, n. 22751.

<sup>(16)</sup> In tema v. G. BRONZINI, *La Cedu e la Carta dei diritti fondamentali: overlap e distinzioni*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 4, 30 ss.

pretative, così sintetizzabili: « *il giudice è tenuto a valutare — ai fini dell'esercizio del potere-dovere di dare immediata attuazione alle norme dell'Unione Europea — se, all'atto del trasferimento, si sia verificato un peggioramento della condizione retributiva globalmente attribuita al lavoratore rispetto a quella goduta immediatamente prima del trasferimento stesso e, dunque, secondo un apprezzamento non limitato ad uno specifico istituto ma considerando anche eventuali trattamenti più favorevoli su altri istituti ed eventuali effetti negativi sul trattamento di fine rapporto e sulla posizione previdenziale, senza che assumano rilievo, invece, eventuali disparità con i lavoratori che, a tale data, erano già in servizio presso il cessionario* »<sup>(17)</sup>.

La vicenda del personale ATA mostra, con esemplare chiarezza, la diversa vincolatività dei due plessi normativi sovranazionali (CEDU e UE) e delle decisioni rese dalle corti chiamate a presiederne l'attuazione concreta.

La sentenza *Agrati* è stata di fatto ignorata, ma i risultati cui avrebbe portato una caducazione della norma di interpretazione autentica per effetto del contrasto con l'art. 6 CEDU sono stati (tendenzialmente) raggiunti mediante un adeguamento alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

#### **4. La tutela contro i licenziamenti discriminatori o illegittimi: profili generali**

L'eterogeneità delle cause che possono condurre all'illegittima estromissione del lavoratore dall'organizzazione aziendale può essere semplificata in una bipartizione.

Da un lato, stanno i licenziamenti che, oltre a determinare l'interruzione del rapporto lavorativo, incidono anche sulla persona del prestatore di lavoro. A seconda della prospettiva da cui li si osservi, si tratta di licenziamenti che possono essere definiti illeciti, discriminatori, nulli, inefficaci, ingiuriosi, a sottolineare la circostanza che in tali casi il potere espulsivo del datore di lavoro è assente o è gravemente distorto a danno del licenziato.

Su un altro lato, si collocano i licenziamenti ingiustificati o sproporzionati, che sono bensì illegittimi, ma che non investono altri beni giuridici del lavoratore. In tal caso, si assiste a un cattivo esercizio dei poteri datoriali, che può giustificare reazioni di diverso tipo nei vari ordinamenti, senza tuttavia che venga messa in discussione alla radice l'esistenza del potere dell'imprenditore di interrompere il rapporto.

In ambito nazionale, questa bipartizione, per così dire "ontologica", è oggi abbastanza evidente, all'indomani delle riforme che si sono susseguite

---

<sup>(17)</sup> Cass. 12 ottobre 2011, n. 20980 (massima), seguita, tra le molte altre, da Cass. 28 marzo 2018, n. 7698, 31 marzo 2021, n. 8968.

tra il 2012 (modifica dell'art. 18 St. lav. per opera della legge Fornero) e il 2015 (approvazione dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*), ma ha caratterizzato la disciplina legislativa anche nel periodo di piena vigenza dell'art. 18 St.lav., nonostante che allora ogni licenziamento ingiustificato desse luogo alla tutela reintegratoria. Pur in presenza di un mezzo di tutela forte, di estesa applicazione, era comunque indiscusso che il licenziamento nullo e quello ingiustificato si differenziassero in termini di intrinseca gravità. Lo dimostrava il fatto che i due licenziamenti avessero diverse sedi legislative, corrispondenti alla stratificazione normativa avutasi tra il 1966 e il 1990, e lo dimostrava soprattutto la circostanza che, nelle aziende con meno di sedici dipendenti, la tutela fosse di regola obbligatoria e potesse divenire reale solo nei casi appunto di licenziamento illecito o discriminatorio.

Una distinzione simile, nell'ambiente giuridico del Consiglio d'Europa, è quella che si ricava confrontando la giurisprudenza della Corte EDU fondata sulla CEDU e sui suoi protocolli con le decisioni adottate dal Comitato economico sociale europeo (CESE), decisioni che si basano invece sulla Carta sociale europea (CSE).

Nella giurisprudenza della Corte EDU, il licenziamento viene in rilievo quando incide, direttamente o indirettamente, su uno dei diritti di prima generazione. Le decisioni del Comitato riguardano invece direttamente il diritto al lavoro, ma il loro grado di incidenza sugli ordinamenti nazionali è diverso.

Nei prossimi paragrafi saranno dunque passati in rassegna, e posti a confronto con quanto accade nell'ordinamento interno, dapprima gli orientamenti della Corte EDU nei quali il licenziamento viene appunto in esponente come misura indirettamente lesiva della vita privata (art. 8 CEDU), delle libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9 CEDU), della libertà di espressione (art. 10 CEDU).

Successivamente, sarà affrontato il tema della tutela del posto di lavoro come diritto sociale.

#### 4.1. *Privacy e lavoro*

Il controllo a distanza sull'attività lavorativa mediante l'utilizzo di strumenti tecnologici è foriero di gravi intromissioni nella sfera privata del lavoratore, la cui protezione deve essere tuttavia temperata con le esigenze dell'imprenditore di sicurezza dei beni aziendali e di efficienza dell'impresa.

Sul versante CEDU, vengono in rilievo il diritto al rispetto della vita privata del lavoratore (art. 8) e il diritto all'equo processo (art. 6), nella misura in cui le informazioni durante i controlli vengono utilizzate nel

giudizio contro il lavoratore. Rispetto all'art. 8, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo deve dirsi ormai consolidata nel senso che la vita privata può comprendere anche gli ambiti professionali <sup>(18)</sup> e che dunque i controlli a distanza possono determinarne un'ingerenza sproporzionata e illegittima <sup>(19)</sup>.

Su queste basi, la Corte EDU ha affermato che i controlli devono essere circondati da adeguate garanzie: il lavoratore deve essere informato della astratta possibilità di intrusione nei suoi dispositivi tecnologici e i controlli devono essere comunque giustificati, in una logica di *extrema ratio* <sup>(20)</sup>.

Ciò non esclude la legittimità dell'iniziativa datoriale di controllo quando la stessa sia proporzionata rispetto al fine di tutelare l'interesse organizzativo-patrimoniale del lavoratore e si fondi su un legittimo sospetto della commissione di illeciti da parte del lavoratore <sup>(21)</sup>.

La giurisprudenza di Strasburgo deve essere messa in risonanza, in ambito nazionale, con una delle disposizioni di maggior peso dello Statuto dei lavoratori, l'art. 4, oggetto in tempi recenti di una assai discussa riformulazione, ad opera del d.lgs. n. 151 del 2015, uno dei decreti attuativi del *Jobs Act* <sup>(22)</sup>.

Il testo previgente dell'art. 4 contemplava due livelli di protezione della sfera privata del lavoratore <sup>(23)</sup>: uno pieno, mediante la previsione del divieto assoluto di uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non sorretto da ragioni inerenti all'impresa (ossia, il cd. controllo fine a sé stesso); l'altro affievolito, ove le ragioni del controllo fossero riconducibili ad esigenze oggettive dell'impresa, ferma restando l'attuazione del controllo stesso con l'osservanza di determinate "procedure di garanzia".

Da tale duplice presidio esulavano tuttavia i cd. controlli difensivi, ossia i controlli posti in essere dall'impresa a tutela del patrimonio aziendale latamente inteso <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> V. Corte EDU, 28 marzo 2023 (in attesa di definizione), *Sarbu c. Romania*, par. 37-42, 17 ottobre 2019, *Lopez Ribalda c. Spagna*, par. 87-95, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, par. 69-81.

<sup>(19)</sup> G. BRONZINI - S. GIUBBONI, *La tutela della privacy dei lavoratori e la Corte di Strasburgo diversa dal Jobs Act*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, n. 1, 143 ss.; L. TORSSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU*, cit., 118 ss.

<sup>(20)</sup> Corte EDU, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, par. 135.

<sup>(21)</sup> Corte EDU, 17 ottobre 2019, *Lopez Ribalda c. Spagna*, par.132-135; in tempi più recenti v. Corte EDU, 3 aprile 2023, *Florindo de Almeida c. Portogallo*.

<sup>(22)</sup> Sui rapporti tra i due sistemi, G. BRONZINI - S. GIUBBONI, *La tutela della privacy dei lavoratori e la Corte di Strasburgo*, cit., 143 ss.

<sup>(23)</sup> Lo ha ricordato di recente Cass. 12 novembre 2021, n. 34092.

<sup>(24)</sup> V. da ultimo Cass. 28 maggio 2018, n. 13266.

Il nuovo art. 4 St. lav. sembra aver abbandonato la distinzione appena tracciata, avendo impostato la disciplina dei controlli a distanza su presupposti diversi.

L'impiego degli impianti audiovisivi e degli strumenti tecnologici di controllo a distanza è consentito solo per alcune specifiche finalità, tra le quali trova posto però anche l'esigenza di tutela del patrimonio aziendale; inoltre, l'installazione degli apparecchi di controllo è subordinata a un previo accordo collettivo con le organizzazioni sindacali (primo comma). Tale previsione non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di verifica di accessi e presenze (secondo comma). In base al terzo comma, poi, le informazioni raccolte tramite gli strumenti installati nel rispetto dei commi precedenti sono liberamente utilizzabili dal datore di lavoro « a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro », purché ne sia data informazione ai lavoratori.

La nuova disciplina dei controlli a distanza si presenta, al contempo, più liberale e più rigorosa. Scomparso il divieto assoluto di controllo fine a sé stesso, tutto viene incanalato tramite gli accordi collettivi, in presenza di esigenze che però sembrano ricomprendere ogni ipotesi immaginabile (organizzative e produttive, sicurezza del lavoro, tutela del patrimonio aziendale).

Ciò sembrerebbe implicare che anche i controlli difensivi possono dirsi legittimi solo se oggetto di preventivi accordi con le organizzazioni sindacali.

Il tema dei controlli difensivi *post* riforma ha suscitato un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, che si è per ora placato a seguito di alcuni interventi della Corte di cassazione <sup>(25)</sup>.

La S.C. ha escluso l'applicabilità dell'art. 4 St.lav. ai controlli a distanza quando essi siano finalizzati alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro o ad evitare comportamenti illeciti, in presenza di un fondato sospetto circa la commissione di un illecito, purché sia assicurato un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali, correlate alla libertà di iniziativa economica, rispetto alle imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, e sempre che il controllo riguardi dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto <sup>(26)</sup>. Solo in assenza di tali condizioni la verifica della utilizzabilità a fini disciplinari dei dati raccolti dal datore di lavoro andrà condotta alla stregua dell'art. 4 St.lav. novellato.

---

<sup>(25)</sup> In dottrina, tra i numerosi contributi, v. A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo articolo 4 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 529 ss., G. PROIA, *Trattamento dei dati personali, rapporti di lavoro e l'“impatto” della nuova disciplina dei controlli a distanza*, ibidem, 561 ss.; AA.VV., *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, P. TULLINI (a cura di), Torino, 2017.

<sup>(26)</sup> Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, 12 novembre 2021, n. 34092.



Le decisioni della Cassazione ricalcano le posizioni della Corte EDU e sembrano dunque allineare l'ordinamento interno a quello convenzionale.

Resta nondimeno il dubbio, alla luce della lettera della legge, che il nuovo art. 4 St.lav. avesse inteso realizzare un più alto livello di tutela della riservatezza e della dignità del lavoratore.

#### 4.2. *Licenziamento e libertà di pensiero*

Il tema del licenziamento (disciplinare) dovuto a comportamenti del lavoratore riconducibili alla libertà di pensiero e di credo religioso ha dato origine a un ricco filone della giurisprudenza CEDU.

Anche in questo campo, la Corte sottolinea che non esiste una paratia stagna tra vita privata e vita professionale, sicché la libertà di pensiero deve trovare il modo di esprimersi anche sul luogo di lavoro.

Né rileva la circostanza che la lesione della libertà d'espressione provenga da un soggetto privato, giacché gli Stati non solo non devono compiere ingerenze illecite, ma sono destinatari anche di obblighi positivi volti a evitare che simili ingerenze possano prodursi.

La Corte attribuisce tuttavia rilievo anche alla libertà delle comunità religiose, le quali si organizzano tradizionalmente in forma associata e sono libere di dare a tali organizzazioni la forma e l'impostazione che preferiscono <sup>(27)</sup>.

Ne deriva anche la libertà delle organizzazioni, la cui etica sia fondata sulla religione o su un determinato credo, di interrompere il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, quando essi tengano comportamenti o esprimano posizioni incompatibili con l'impostazione dell'ente, che ne mettano in gioco la credibilità <sup>(28)</sup>.

Ciò può avvenire tuttavia a condizioni precise, sicché, ove la decisione di estromissione resti incerta nelle sue motivazioni reali <sup>(29)</sup> o non sia dimostrato in che termini la condotta del lavoratore ha leso gli interessi dell'organizza-

---

<sup>(27)</sup> Corte EDU, 23 dicembre 2010, *Obst c. Germania*.

<sup>(28)</sup> Nel caso appena citato, *Obst c. Germania*, il lavoratore ricopriva un ruolo apicale nella chiesa mormone e aveva commesso un adulterio che minava la credibilità dell'organizzazione religiosa; si veda anche la sentenza 12 giugno 2014, *Fernandez Martinez c. Spagna*, in cui un sacerdote cattolico, dopo essere stato ridotto allo stato laicale dal Papa, era stato anche dispensato dall'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche.

<sup>(29)</sup> Come nel noto caso *Lombardi Vallauri c. Italia* deciso con sentenza del 25 gennaio 2010, in cui un docente di un'università cattolica era stato dispensato dall'insegnamento per le opinioni eterodosse espresse.

zione religiosa <sup>(30)</sup>, la libertà di espressione e il diritto al rispetto della vita privata devono dirsi compromessi.

Un simile bilanciamento è presente anche nella giurisprudenza italiana, dove lo scopo dell'organizzazione lavorativa giustifica in via tendenziale il licenziamento per giusta causa del lavoratore che tenga un comportamento incompatibile i principi e la finalità propri dell'organizzazione stessa <sup>(31)</sup>.

In ambito interno, tuttavia, il vero nodo critico è dato dal fatto che, secondo l'art. 4 della l. n. 108 del 1990, la tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 St.lav. non si applica ai licenziamenti illegittimi irrogati dalle organizzazioni di tendenza, salvo il limite del licenziamento nullo <sup>(32)</sup>.

Ci si potrebbe allora chiedere se sia compatibile con il diritto CEDU la inapplicabilità della tutela reale all'eventuale licenziamento "solo" illegittimo, che tuttavia incida su una libertà fondamentale.

Va comunque avvertito che l'art. 9 del d.lgs. n. 23 del 2015 prevede l'applicabilità della tutela reale prevista dallo stesso decreto (piena o attenuata che sia) anche alle organizzazioni di tendenza.

#### 4.3. *Licenziamento e libertà di espressione. In particolare, la protezione dei whistleblower.*

I conflitti tra misure datoriali espulsive e libertà di espressione si presentano ancor più critici.

Di questa problematicità è testimonianza già il testo dell'art. 10 CEDU, il cui secondo comma precisa che l'esercizio della libertà d'espressione, quando importi dei doveri e delle responsabilità, può essere sottoposto a formalità e restrizioni, le quali costituiscono misure necessarie, in una società democratica, al soddisfacimento di esigenze superiori (sicurezza nazionale, integrità territoriale, sicurezza pubblica ecc.).

Alla luce di questa griglia, la giurisprudenza della Corte EDU ha tracciato i seguenti confini.

Anzitutto, vi sono due domini nei quali non vi è spazio per restrizioni della libertà di espressione: quello del discorso politico e quello che involga problemi d'interesse generale. In tali ambiti, neanche l'ostilità dell'opinione

---

<sup>(30)</sup> Come nel caso *Schuth c. Germania*, deciso con sentenza 23 dicembre 2010, in cui un dipendente di una parrocchia era stato licenziato per essersi separato dalla moglie e aver intrapreso una relazione con un'altra donna.

<sup>(31)</sup> Il caso più celebre, e anche più simile a quelli esaminati dalla Corte EDU, è abbastanza risalente e riguardava il licenziamento intimato da un istituto di istruzione religioso di confessione cattolica ad un proprio insegnante laico, per avere questi contratto matrimonio col rito civile e non con quello religioso (Cass. 21 novembre 1991, n. 12530).

<sup>(32)</sup> Cass. 3 ottobre 2016, n. 19695.

espressa o la gravità delle affermazioni fatte comportano la perdita del diritto a un livello elevato di protezione (v. da ultimo la sentenza 15 settembre 2021, *Melike c. Turchia*).

*A fortiori*, è ravvisabile una lesione della libertà d'espressione quando il licenziamento o altra sanzione disciplinare siano la reazione a un'opinione del lavoratore — espressa sui *media* tradizionali o sui *social network* — che, pur critica, investa problemi di grande rilievo nello stesso ambito professionale: lo si è visto nel recente caso *Kozan c. Turchia*, in cui la Corte, con sentenza del 5 settembre 2022, ha ravvisato una violazione dell'art. 10 nel licenziamento intimato a un magistrato turco che aveva pubblicato su *Facebook* un articolo concernente un procedimento disciplinare contro altri magistrati.

Un ulteriore criterio utilizzato dalla Corte di Strasburgo è quello della proporzionalità dell'ingerenza, valutata alla luce di molteplici indici.

Così, nel citato caso *Melike c. Turchia*, la richiedente, dipendente di una scuola turca, si era limitata a mettere un “*I like*” su una pagina *Facebook* aperta da terzi, in cui venivano criticati i professori della scuola e più in generale la classe politica. La Corte EDU ha escluso che l'ingerenza potesse dirsi proporzionata, vista la modesta gravità del fatto addebitato alla lavoratrice.

La giurisprudenza nazionale appare nei fatti consonante con quella convenzionale, anche se i criteri utilizzati sono diversi.

I principi costituzionali posti a presidio della libertà di manifestazione del pensiero fondano il diritto di critica, di denuncia e di dissenso anche in capo al lavoratore, purché esercitati in maniera non pretestuosa, con modalità non diffamatorie o offensive e dunque nel rispetto della continenza formale <sup>(33)</sup>.

Ne consegue che, ove tali limiti siano superati, si giustifica la misura del licenziamento disciplinare, anche nei confronti del dirigente sindacale <sup>(34)</sup>.

Su un terreno contiguo si colloca il tema dei licenziamenti adottati nei confronti dei *whistleblower* e delle misure di protezione riconosciute in loro favore.

---

<sup>(33)</sup> Giurisprudenza pacifica: v. per tutte Cass. 31 maggio 2022, n. 17689. Tale linea interpretativa comprende anche lavoratori come i magistrati, sui quali gravano specifici doveri: v. Cass., Sez. U, 23 ottobre 2017, n. 24969, che ha ritenuto legittima, e dunque non meritevole di sanzione disciplinare, la condotta del sostituto procuratore che, con toni oggettivamente non offensivi, né derisori, aveva duramente criticato le prassi adottate dal procuratore capo.

<sup>(34)</sup> V. Cass. 6 giugno 2018, n. 14527, nel noto caso in cui la S.C. ha ritenuto esercizio non legittimo del diritto di critica la condotta di alcuni lavoratori che, di fronte all'ingresso del fabbricato aziendale, avevano inscenato una macabra rappresentazione del suicidio in effigie dell'amministratore delegato della società, attribuendogli la responsabilità della morte di alcuni dipendenti; Cass. 10 luglio 2018, n. 18176.

Con l'espressione *whistleblower*, si designa il lavoratore che segnala all'autorità pubblica o agli organi di controllo interno la commissione di illeciti (o il pericolo di loro commissione) nell'ambito della struttura istituzionale o aziendale della quale è dipendente o con la quale collabora.

L'esigenza di garantire al segnalante canali sicuri di comunicazione e di proteggerlo dalle ritorsioni datoriali si è fatta strada nelle fonti internazionali tra la fine del secondo millennio e l'alba del terzo, in occasione del fiorire di molteplici strumenti volti a combattere la corruzione, interna e internazionale <sup>(35)</sup>.

La Corte di Strasburgo ha mostrato una spiccata sensibilità per la tematica, dato che la mancata protezione dei *whistleblower* si risolve in una grave violazione del diritto alla libertà d'espressione, sancito dall'art. 10 CEDU.

Anche qui la Corte ha da tempo affermato che la libertà d'espressione va garantita non solo nell'ambito della vita privata, ma anche all'interno delle relazioni professionali <sup>(36)</sup>, restando indifferente che il rapporto di lavoro sia governato dal diritto pubblico o abbia carattere privatistico <sup>(37)</sup>.

Su queste basi, ha così elaborato — a partire dal *leading case* costituito dalla sentenza del 12 febbraio 2008, *Guja c. Moldavia* — alcuni criteri-guida che continuano a orientarne la giurisprudenza in tema di *whistleblower* o *lanceur d'alerte*.

I criteri *Guja* per verificare se vi sia o meno violazione della libertà d'espressione dei lavoratori che segnalano illeciti sono ben sei: *a)* l'esistenza o meno di mezzi diversi dalla denuncia per procedere alla divulgazione; *b)* l'interesse pubblico delle informazioni divulgate; *c)* l'autenticità delle informazioni; *d)* il pregiudizio arrecato al datore di lavoro; *e)* la buona fede del *whistleblower*; *f)* la severità della sanzione irrogata in sede di asserita ritorsione.

I criteri elaborati dalla giurisprudenza convenzionale hanno certamente ispirato la legislazione successiva, anche sovranazionale.

---

<sup>(35)</sup> Per una panoramica degli strumenti internazionali in materia v. D. RINOLDI - N. PARISI, *Corruzione pubblica e privata, responsabilità degli enti e modelli di organizzazione ai fini di contrasto di condotte di corruzione. La questione del whistleblower*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italia, 2009, 55 ss.; F. GANDINI, *Corruzione e strumenti internazionali in materia di whistleblowing: lo stato dell'arte, ibidem*, 93 ss.; più di recente N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti Lavoro Europa*, 2020, fasc. 2; G. ARMONE, *Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE: questioni lavoristiche e non*, in *Diritti, lavori, mercato*, 2021, n. 3, 1 ss.

<sup>(36)</sup> Sentenza 14 settembre 2009, *Kudeshkina c. Russia*.

<sup>(37)</sup> Sentenza 12 settembre 2011, *Palomo Sanchez e altri c. Spagna*.

Negli strumenti settoriali contro la corruzione, infatti, la necessità di proteggere i *whistleblower* esisteva, ma era piuttosto generica, soprattutto perché le convenzioni internazionali hanno una limitata vincolatività per gli Stati firmatari.

Il salto di qualità si è registrato quando è stata l'Unione europea a prendere in mano le redini della produzione normativa, con la direttiva 23 ottobre 2019, 1937/2019/UE, i cui principi sono chiaramente ispirati anche alla giurisprudenza di Strasburgo <sup>(38)</sup>.

L'ordinamento italiano si è adeguato con una certa lentezza alle indicazioni provenienti dalle fonti internazionali, inclusa la giurisprudenza CEDU.

Alcuni segnali d'interesse erano stati manifestati dal legislatore con la normativa sui testimoni di giustizia <sup>(39)</sup> e con quella sui modelli organizzativi aziendali <sup>(40)</sup>. Il vero punto di svolta è stato dato però dall'art. 1, co. 51, della l. 6 novembre 2012, n. 190 (cd. legge Severino), che, nel quadro delle misure volte a contrastare la corruzione, ha introdotto nel t.u. sul pubblico impiego n. 165 del 2001 il nuovo art. 54-*bis*, con cui sono state apprestate ampie garanzie in favore del pubblico dipendente che denunci o segnali condotte illecite all'interno dell'ente di appartenenza.

La versione iniziale dell'art. 54-*bis* era piuttosto scarna.

Nel 2017, con la decisione di estendere al settore privato la disciplina del *whistleblowing*, l'art. 1 della l. 30 novembre 2017, n. 179 ha provveduto a ridisegnare e ampliare anche la normativa sulla tutela del segnalante-dipendente pubblico.

Il quadro che ne scaturiva era comunque frammentario e incompleto <sup>(41)</sup>, anche se occorre riconoscere che la giurisprudenza di legittimità aveva saputo garantire adeguata protezione ai lavoratori-segnalanti, facendo ricorso ai principi generali <sup>(42)</sup>.

<sup>(38)</sup> La circolarità delle fonti è dimostrata dalla recentissima sentenza della Corte EDU 14 febbraio 2023, *Halet c. Lussemburgo*, in cui viene compiuta una ricapitolazione dello stato dell'arte e i criteri *Guja* sono messi in risonanza non solo con i testi legislativi adottati in seno all'ONU e al Consiglio d'Europa, ma anche con la dir. 1937/2019/UE.

<sup>(39)</sup> Introdotta nel 2001 a completamento della disciplina sulla protezione dei collaboratori di giustizia (art. 16-*bis* e 16-*ter* del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv., con modif., nella l. 13 febbraio 2001, n. 45).

<sup>(40)</sup> Previsti dall'art. 6, co. 2, lettera *d*) del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in chiave di esonero degli enti dalla responsabilità amministrativa da reato.

<sup>(41)</sup> G. AMOROSO, *Whistleblowing all'italiana*, in *Il Libro dell'anno del diritto Treccani*, Istituto dell'enciclopedia italiana, 2019.

<sup>(42)</sup> V. ad es. Cass. 14 ottobre 2019, n. 25799, 26 settembre 2017, n. 22375. Del resto, in dottrina, si era da tempo affermata la possibilità di tutela dei lavoratori-segnalanti alla luce delle regole ordinarie: v. V. FERRANTE, *Rapporti di lavoro e whistleblowing nell'ordinamento*

L'occasione per renderlo più armonico è stata fornita dalla citata direttiva 2019/1937/UE, oggi finalmente recepita dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, il cui esame approfondito esula dai confini di questo contributo <sup>(43)</sup>.

In questa sede è sufficiente osservare che le segnalazioni sono state procedimentalizzate in termini molto dettagliati, che sono stati rafforzati tanto il ruolo dell'ANAC quanto le misure di sostegno e, soprattutto, che l'apparato di tutele garantito ai lavoratori è divenuto amplissimo.

L'art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 24 del 2023, contiene infatti una formula generale in cui il catalogo dei rimedi spazia dall'inibitoria alla nullità, dal risarcimento del danno alla reintegrazione del posto di lavoro. Si tratta di una norma sui poteri del giudice che sembra trascendere le tipizzazioni contenute in altre normative (si pensi alla nullità e alla tutela reale contro i licenziamenti) e che dunque sembra finalmente adeguare l'ordinamento italiano alle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, inclusa la CEDU, come interpretata dalla Corte EDU.

#### 4.4. *Licenziamento economico ingiustificato e tutela multilivello*

L'art. 24 della CSE riconosce ai lavoratori il diritto a non essere licenziati senza un valido motivo e, in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto « ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione ».

L'effettività della tutela dei lavoratori è completata attraverso l'attribuzione del diritto a ricorso davanti a un giudice imparziale, qualora il lavoratore ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento illegittima.

Si è molto discusso sulla portata di tale previsione e sulla vincolatività delle decisioni adottate dal CESE in materia di licenziamento <sup>(44)</sup>.

A primo sguardo, l'art. 24 CSE sembra inserirsi nel quadro delle fonti pattizie internazionali (si vedano l'art. 30 CDFUE, che « impone [...] di garantire una adeguata tutela in caso di licenziamento ingiustificato » e l'art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento) che, pur dotate di piena vigenza negli ordinamenti nazionali, ben poco possono offrire a Stati le cui legislazioni siano fondate su carte costituzionali postbelliche, di per sé molto attente ai valori economico-sociali.

Così, nell'ordinamento italiano, almeno a partire da un certo momento (che può essere fissato nell'entrata in vigore della l. n. 604 del 1966), la

---

italiano, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, cit., 102.

<sup>(43)</sup> Per un'analisi della legislazione italiana alla luce della direttiva, ma prima dell'attuazione della delega, v. G. ARMONE, *Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE*, cit., 4 ss.

<sup>(44)</sup> In tema v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, n. 1, 111 ss.

legislazione sembrava proporre ai lavoratori un ventaglio di protezione sufficientemente ampio, tale da garantire il pieno rispetto dell'art. 24 CSE.

D'altronde, la Corte costituzionale si era a lungo mantenuta entro argini ben determinati nella valutazione della necessità costituzionale della tutela del posto di lavoro e dunque della discrezionalità del legislatore in questo campo <sup>(45)</sup>.

Fin dalle sue prime pronunce, la Consulta aveva estratto dalla Carta costituzionale una puntuale e prescrittiva direttiva di politica legislativa in materia di lavoro, inclusa la materia dei licenziamenti, dando vita a un indirizzo che « *non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie — particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente — e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti* » <sup>(46)</sup>.

Al contempo, però, la Corte ha sempre negato la possibilità di ricavare dagli artt. 4 e 35 Cost. un diritto soggettivo pieno alla instaurazione del rapporto e alla stabilità del posto di lavoro. Le norme costituzionali sul lavoro hanno immediata precettività solo in ambito economico e sindacale (art. 36, 39 Cost.), ma per il resto esse non creano « rapporti giuridici perfetti » e si pongono solo come limiti esterni all'iniziativa economica privata del datore di lavoro <sup>(47)</sup>. L'attuazione dei principi costituzionali « *resta affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale* » <sup>(48)</sup> ed è da escludere che la tutela reintegratoria consacrata nell'art. 18 St.lav., « *per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzio-*

---

<sup>(45)</sup> Per una recente ricostruzione v. M. PERSIANI, *Confessioni di un giuslavorista nonagenario sui limiti al potere di licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, n. 5, 1113 ss.; G. ARMONE, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, n. 3, 411 ss.; in tema v. anche F. PALLANTE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce del dettato costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, 203 ss.; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, fasc. 116, 593 ss.

<sup>(46)</sup> Corte cost., 24 gennaio 1958, n. 7, 26 maggio 1965, n. 45.

<sup>(47)</sup> V. già Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 3.

<sup>(48)</sup> Corte cost., 28 dicembre 1970, n. 194.



*nati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi*»<sup>(49)</sup>.

In tempi più recenti, tuttavia, mutato il quadro normativo e oggettivamente indebolite le tutele lavoristiche, la Corte costituzionale ha cambiato passo e, tra i parametri di riferimento per la svolta, vi è stata anche la Carta sociale europea.

Chiamata a pronunciarsi sulla tutela indennitaria nel quadro del contratto a tutele crescenti (art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015), la Corte con la sentenza 8 novembre 2018, n. 194 ha stigmatizzato la scelta legislativa di rendere automatica la determinazione dell'indennità in relazione all'anzianità di servizio, così venendo meno alla linea sino ad allora sempre seguita di valorizzazione della « *molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento* ».

Tale scelta si pone in contrasto — secondo la Consulta — non solo con gli artt. 4 e 35 Cost. e con l'art. 30 CDFUE, ma anche con l'art. 24 CSE, tramite la mediazione dell'art. 117, primo comma, Cost.<sup>(50)</sup>.

Anche alla luce della decisione presa dal CESE a seguito del reclamo collettivo n. 106/2014, *Finnish Society of Social Rights c. Finlandia*, la Corte costituzionale ha tratto dall'art. 24 CSE due criteri fondamentali: l'indennizzo in caso di licenziamento ingiustificato può dirsi congruo solo « *se è tale da assicurare un adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e da dissuadere il datore di lavoro dal licenziare ingiustificatamente* ».

La Corte ha ritenuto che tali criteri integrino i principi costituzionali di ragionevolezza ed effettività della tutela e forniscano una linea di indirizzo sicura nella valutazione dell'adeguatezza della legislazione in materia di licenziamenti.

Su di essi, infatti, la Corte ha fondato anche la giurisprudenza successiva, che ha valorizzato la persona nell'ambito del licenziamento disciplinare<sup>(51)</sup> e ha restituito centralità alla tutela reintegratoria nell'art. 18 riformato<sup>(52)</sup>.

<sup>(49)</sup> Corte cost., 3 febbraio 2000, n. 46, in sede di ammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 18 St. lav.

<sup>(50)</sup> La Corte ha sottolineato di aver già ritenuto « *l'idoneità della Carta sociale europea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. e ha anche riconosciuto l'autorevolezza delle decisioni del Comitato, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali (sentenza n. 120 del 2018)* ». Su tale ultima sentenza v. *infra* par. 6.

<sup>(51)</sup> Corte cost., 16 luglio 2020, n. 150.

<sup>(52)</sup> Corte cost., 1° aprile 2021, n. 59 e 19 maggio 2022, n. 125.

## 5. *Ne bis in idem* e sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori

Il diritto sanzionatorio costituisce una delle aree di maggior attrito tra ordinamento CEDU e ordinamento nazionale.

È noto come, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si sia assistito al progressivo slittamento delle garanzie penalistiche verso aree contigue del diritto sanzionatorio, quali il sistema delle sanzioni amministrative e, in minor misura, quello disciplinare.

Ciò è avvenuto attraverso l'utilizzo dei cd. criteri *Engel*, ossia dei criteri che, a partire dalla lontana sentenza 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, consentono di stabilire la sussistenza di una « accusa in materia penale », con tutto ciò che ne consegue sul piano processuale. In particolare, ove si riscontri che un illecito amministrativo o disciplinare è sostanzialmente afflittivo, l'autore di esso non potrà essere sottoposto due volte a procedimenti potenzialmente irrogativi di sanzioni: si applicherà il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 del Prot. addiz. n. 7 CEDU <sup>(53)</sup>.

I parametri sono dati: *a*) dalla qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, *b*) dalla natura dell'illecito, *c*) dalla natura e dal grado di severità della sanzione <sup>(54)</sup>.

Il criterio della classificazione giuridica *sub a*) ha un valore ovviamente relativo, posto che tutta la giurisprudenza *Engel* mira a svelare eventuali “truffe delle etichette” da parte del diritto domestico, ossia casi in cui la formale denominazione di un illecito come amministrativo cela in realtà sanzioni di portata penalistica <sup>(55)</sup>; il criterio *sub b*) impone di indagare se la norma “incriminatrice” sia posta a tutela di interessi generali, finalità desumibile da diversi indici, tra cui i più importanti sono numero e qualità dei destinatari, funzione preventiva e repressiva o semplicemente riparatoria della misura prevista; il criterio *sub c*) serve a stabilire il grado di afflittività della sanzione prevista, alla luce della sua severità, avuto riguardo al massimo edittale e non alla sanzione in concreto applicata, nonché della presenza o meno di sanzioni accessorie.

Costantemente ribaditi dalla giurisprudenza di Strasburgo, questi criteri sono da considerare alternativi, ancorché non sia da escludere un approccio cumulativo se l'analisi separata di ognuno di essi non permette di arrivare ad

<sup>(53)</sup> Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

<sup>(54)</sup> V., tra le molte altre, Corte EDU, 21 maggio 2003, *Janosevic c. Svezia*, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 14 ottobre 2021, *Milachikj c. Nord Macedonia*.

<sup>(55)</sup> Corte EDU, 14 ottobre 2021, *Milachikj c. Nord Macedonia*, par. 24-26.

una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una « accusa in materia penale » <sup>(56)</sup>.

Lasciando ad altri contributi l'approfondimento del tema rispetto alle sanzioni amministrative, qui si tratta di verificare i possibili effetti della giurisprudenza *Engel* sul diritto disciplinare.

Invero, proprio uno dei criteri *Engel*, quello relativo alla natura dell'illecito, potrebbe portare a escludere agevolmente le sanzioni disciplinari dal novero delle sanzioni afflittive: la norma "incriminatrice" disciplinare è posta a presidio non già di interessi generali, ma settoriali, propri di una certa comunità, più o meno vasta (« *disciplinary sanctions were generally designed to ensure that members of a particular group complied with the specific rules governing their conduct* » <sup>(57)</sup>).

Tale affermazione è alla base della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana chiamata a pronunciarsi sul giudizio disciplinare nei confronti dei professionisti, la quale afferma, con quello che è considerato *ius receptum*: « *in tema di giudizio disciplinare nei confronti dei professionisti, in caso di sanzione penale per i medesimi fatti, non può ipotizzarsi la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in relazione al principio del "ne bis in idem", — secondo le statuizioni della sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri c/o Italia — in quanto la sanzione disciplinare ha come destinatari gli appartenenti ad un ordine professionale ed è preordinata all'effettivo adempimento dei doveri inerenti al corretto esercizio dei compiti loro assegnati, sicché ad essa non può attribuirsi natura sostanzialmente penale* » <sup>(58)</sup>.

L'indirizzo appena illustrato è ripreso anche dalla Sezione lavoro della Cassazione a proposito degli illeciti disciplinari dei lavoratori dipendenti. Si veda la sentenza n. 25485 del 26 ottobre 2017, resa in un caso di licenziamento disciplinare di un dirigente pubblico, già condannato per i reati di truffa e peculato.

In tale occasione, la Cassazione ha ribadito che le sanzioni disciplinari inflitte dal datore di lavoro non hanno natura penale ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del protocollo 7 <sup>(59)</sup> e ha anche richiamato quella giurisprudenza convenzionale che, fatta eccezione per regimi disciplinari che prevedono

<sup>(56)</sup> Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit. § 94.

<sup>(57)</sup> Così Corte EDU, 22 dicembre 2020, *Gestur Jonsson e altro c. Islanda*, par. 83, richiamando in particolare la sentenza 31 luglio 2017, *Zaicevs c. Lettonia*.

<sup>(58)</sup> V. Cass., 3 febbraio 2017, n. 2927, Sez. U, 20 novembre 2018, n. 29878, Sez. U, 6 novembre 2020, n. 24896.

<sup>(59)</sup> Dal momento che « *la previsione della sanzione disciplinare non è posta a presidio di interessi primari della collettività, tutelabili erga omnes, né assolve alla funzione preventiva propria della pena, sicché l'interesse che attraverso la sanzione disciplinare si persegue, anche*

sanzioni restrittive della libertà personale, esclude che la responsabilità disciplinare possa essere assimilata a quella penale <sup>(60)</sup>.

Gli orientamenti di legittimità appena riportati sono indubbiamente coerenti con gli approdi concreti della giurisprudenza di Strasburgo.

Senonché, essi sembrano trascurare che i criteri *Engel* sono tra loro alternativi, sicché non è da escludere che la particolare intensità della sanzione prevista in ambito disciplinare possa far ravvisare un'afflittività tale da giustificare l'estensione delle garanzie penalistiche.

Non a caso la Corte EDU si confronta sempre con tutti e tre i criteri *Engel*, anche quando è alle prese con illeciti disciplinari <sup>(61)</sup>.

Per tale ragione, è imprudente affermare con absolutezza che il diritto disciplinare del lavoro sia totalmente impermeabile agli effetti dell'applicazione di sanzioni penali per gli stessi fatti.

Non è infatti impossibile immaginare l'esistenza di regimi disciplinari molto severi, che prevedano il licenziamento o la radiazione del lavoratore a fronte di sanzioni penali tutto sommato blande, o anche di regimi sostanzialmente analoghi di sanzioni pecuniarie e interdittive.

In simili ipotesi i criteri *Engel* potrebbero recuperare spazio applicativo <sup>(62)</sup>.

## 6. La libertà sindacale

L'art. 11 CEDU riconosce la libertà di riunione e associazione, comprendendovi la libertà di iscriversi ai sindacati per la difesa dei propri interessi.

Sul combinato disposto di tale previsione con il divieto di discriminazione (art. 14 CEDU), la Corte di Strasburgo ha costruito un'importante giurisprudenza, che ha avuto ripercussioni assai rilevanti negli ordinamenti nazionali, tra cui quello italiano <sup>(63)</sup>.

Ci si riferisce in particolare alle sentenze rese nei casi *Matelly* e *ADefDro-*

---

*qualora i fatti commessi integrino illecito penale, è sempre quello del datore di lavoro al corretto adempimento delle obbligazioni che scaturiscono dal rapporto* » (par. 5).

<sup>(60)</sup> La Cassazione richiama la sentenza della Corte EDU, 13 settembre 2007, *Mouillet c. Francia*, in cui la misura disciplinare inflitta era quella del collocamento a riposo.

<sup>(61)</sup> V. infatti Corte EDU, 22 dicembre 2020, *Gestur Jonsson e altro c. Islanda*, par. 92 ss.

<sup>(62)</sup> Si vedano le considerazioni di R. RUDONI, *Sanzioni disciplinari a carico di avvocati e confini mobili della 'materia penale': spunti critico-ricostruttivi della giurisprudenza convenzionale e delle relative ricadute sull'ordinamento interno*, in <https://www.osservatorioaic.it>, n. 4 del 2021.

<sup>(63)</sup> In tema v. L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU*, cit., 124 ss.

*Mil* <sup>(64)</sup>, in cui veniva in rilievo la costituzione di un'associazione professionale a carattere sindacale fra militari, associazione dichiarata incompatibile con il diritto interno dalle autorità francesi.

In tali arresti, la Corte EDU ha ricordato che il paragrafo 2 dell'art. 11 non esclude alcuna categoria professionale dal proprio ambito di applicazione e che, rispetto ai membri delle Forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato, gli Stati possono, al più, introdurre « restrizioni legittime », ma senza mettere in discussione il diritto alla libertà di associazione dei loro membri, né possono imporre restrizioni che riguardano gli elementi essenziali della libertà di associazione (« *l'essence même du droit* »).

Le due sentenze gemelle, oltre ad avere indotto il legislatore francese a modificare la previsione interna incompatibile con la CEDU, hanno offerto alla nostra Corte costituzionale lo spunto per un importante *revirement*.

Con la sentenza n. 120 del 2018 <sup>(65)</sup>, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittima una norma dell'ordinamento militare (art. 1475, comma 2, del d.lgs. n. 66 del 2010), che vietava ai militari di costituire associazioni professionali a carattere sindacale o di aderire ad altre associazioni sindacali, così ribaltando la posizione che la stessa Corte aveva assunto con la sentenza n. 449 del 1999.

L'importanza della decisione si coglie in più direzioni, ma, ai fini del presente contributo, quel che maggiormente rileva è il fatto che la Corte costituzionale abbia pronunciato l'illegittimità costituzionale attraverso l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla CEDU e alla Carta sociale europea, senza altre mediazioni.

Certo, la sentenza n. 120 del 2018 ha anche precisato che il principio della libertà sindacale non ha carattere assoluto, sicché ad essa possono essere poste delle limitazioni al fine di salvaguardare altri interessi costituzionalmente rilevanti, sottesi all'attività militare. Di qui l'affermazione per cui « *la previsione di condizioni e limiti all'esercizio di tale diritto [di associazione sindacale], se è infatti facoltativa per i parametri internazionali, è invece*

---

<sup>(64)</sup> Sentenze coeve del 2 gennaio 2015, dove ampie citazioni ai precedenti della Corte EDU in materia di sindacati di polizia.

<sup>(65)</sup> Seguita di lì a breve, dall'ordinanza n. 69 del 2019, di manifesta inammissibilità per sopravvenuta carenza di oggetto. Tra i vari commenti v. S. BOLOGNA, *La libertà sindacale fa irruzione in caserma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, n. 4; S. FORLATI, *Corte costituzionale e decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Lavoro e dir.*, 2019, n. 4, 597 ss.; A. FUSCO, *Il mito di Procuste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, n. 4; C. LAZZARI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in *www.federalismi.it*, 2019, n. 4.

*doverosa nella prospettiva nazionale, al punto da escludere la possibilità di un vuoto normativo, vuoto che sarebbe di impedimento allo stesso riconoscimento del diritto di associazione sindacale»* e, coerentemente, l'adozione di una sentenza sostitutiva del testo della norma dichiarata illegittima con altro più coerente con tale bilanciamento.

Ma, al di là della supplenza esercitata dalla Corte nel ridisegnare gli esatti confini della libertà sindacale dei militari ed evitare così vuoti normativi in attesa di un intervento legislativo, a colpire maggiormente è la valorizzazione della CEDU e della Carta sociale europea come fonti interposte, raramente oggetto — nella giurisprudenza costituzionale — di una così lineare veicolazione nell'ordinamento interno.

## 7. Il diritto al rispetto dei beni dei lavoratori

L'art. 1 del Primo Protocollo addizionale CEDU riconosce a ogni persona fisica o giuridica il diritto al rispetto dei propri beni e vieta ogni ingerenza illegittima e sproporzionata nel godimento della sua proprietà.

Nella nozione CEDU di proprietà e beni sono ricompresi anche i crediti.

Tale allargamento sembra rifarsi a una concezione di *property* tipica della *common law* e può apparire all'interprete italiano eversivo della classica bipartizione tra diritti assoluti e diritti relativi. In realtà, anche nel nostro ordinamento i crediti fanno parte del patrimonio del soggetto, sono suscettibili di cessione ed espropriazione, il loro trasferimento è assoggettato al principio consensualistico. Ed è da tempo riconosciuto che il credito è, a determinate condizioni, tutelabile in via aquiliana alla stregua di un diritto assoluto.

Il concetto di proprietà accolto dall'universo CEDU viene a coincidere con quello di titolarità (*entitlement*) di un diritto, indipendentemente dal suo contenuto.

L'ampio raggio d'azione dell'art. 1 Prot. addiz. ha, per i lavoratori, importanti implicazioni <sup>(66)</sup>.

È possibile distinguere due ambiti, l'uno per così dire pretensivo, l'altro difensivo, anche se occorre avvertire che in entrambi casi l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU si riflette soprattutto sul terreno delle prestazioni previdenziali e di sicurezza sociale, cui è dedicato un altro capitolo del presente volume.

Nel primo ambito, il riconoscimento contenuto nell'art. 1 attribuisce al lavoratore il diritto a pretendere l'erogazione di prestazioni sociali collegate alla propria attività lavorativa.

<sup>(66)</sup> L. TORSSELLO, *Persona e lavoro nel sistema CEDU*, cit., 140 ss.

I casi più celebri e controversi non hanno riguardato l'Italia e attengono a ipotesi in cui il lavoro, e i contributi versati durante la vita lavorativa, costituivano la base per ottenere o conservare il diritto a prestazioni sociali, anche se bisogna riconoscere una progressiva, ma non definitiva tendenza della giurisprudenza di Strasburgo a prescindere dal requisito contributivo <sup>(67)</sup>.

Anche quando si è occupata dei divieti di cumulo tra reddito da lavoro e pensione, il problema affrontato dalla Corte EDU riguardava la potenziale preclusività dell'attività lavorativa sul diritto a ottenere la prestazione previdenziale <sup>(68)</sup>.

Di maggior rilievo per i crediti retributivi in senso proprio e per l'ordinamento italiano, è il secondo filone giurisprudenziale, che riguarda il diritto dei lavoratori (e dei titolari di altre prestazioni di sicurezza sociale) a trattenere somme percepite, che si rivelino successivamente indebitamente erogate.

A venire in evidenza è la celebre sentenza della Corte EDU 11 febbraio 2021, *Casarin c. Italia* <sup>(69)</sup>.

A partire da una questione molto settoriale, la Corte europea dei diritti dell'uomo è giunta ad affermare alcuni importanti principi in tema di affidamento del pubblico dipendente nel contegno della pubblica amministrazione-datrice di lavoro, che hanno avuto forti ricadute sull'ordinamento interno.

Il caso riguardava un ente pubblico, che, dopo aver versato per anni a una propria dipendente un emolumento non dovuto, ne aveva chiesto la ripetizione solo una volta consolidatosi l'orientamento della giurisprudenza della Cassazione, ossia dopo molto tempo dalla concreta erogazione.

Nella sentenza *Casarin*, la Corte EDU ha ravvisato nella condotta del datore di lavoro pubblico una violazione del legittimo affidamento dei cittadini nella non contraddittorietà del comportamento della P.A. e una

---

<sup>(67)</sup> L'ambiguità tuttora permane, se è vero che la sentenza *Beeler c. Svizzera* dell'11 ottobre 2022 si è così espressa al par. 57: « [o]n the basis of all the above considerations, the Court observes that its case-law has now taken on sufficient maturity and stability for it to give a clear definition of the threshold required for the applicability of Article 1 of Protocol No. 1, including in the sphere of social welfare benefits. It should be reiterated in this connection that that Article does not create a right to acquire property or to receive a pension of a particular amount. Its protection applies only to existing possessions and, under certain circumstances, to the "legitimate expectation" of obtaining an asset; for the recognition of a possession consisting in a legitimate expectation, the applicant must have an assertable right which may not fall short of a sufficiently established, substantive proprietary interest under the national law ».

<sup>(68)</sup> Si veda la sentenza 5 settembre 2017, *Fabian c. Ungheria*.

<sup>(69)</sup> Sulla quale v. E. BUFANO - A. DINISI, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'accipiens*. CEDU e diritto interno a confronto, in *Pactum*, 2022, n. 1, 1 ss.



indebita ingerenza nel diritto delle persone a disporre dei propri beni, in violazione appunto dell'art. 1 del Prot. addiz. Secondo l'interpretazione convenzionale, il diritto sui beni comprende infatti il diritto a trattenere somme di denaro ottenute dall'*accipiens* sul ragionevole presupposto della loro definitiva spettanza.

Come era facile immaginare, tale affermazione ha messo in crisi l'assetto preesistente, nel quale — secondo una consolidatissima giurisprudenza — le somme erogate dalla P.A. in veste di datore di lavoro sono interamente assoggettate alla disciplina codicistica dell'indebito (art. 2033 ss. c.c.), con la conseguenza che lo stato soggettivo del lavoratore-*accipiens* rileva unicamente ai fini della debenza e della decorrenza degli interessi <sup>(70)</sup>.

La sensibilità dei giudici si è subito allertata, anche perché nell'ordinamento nazionale, già prima della sentenza *Casarin*, il principio di irripetibilità dell'indebito era tutt'altro che sconosciuto al diritto del lavoro e della previdenza-assistenza, ma sembrava chiuso entro argini impenetrabili.

Da un lato, l'art. 2126 c.c. difende il lavoratore (privato e pubblico) anche da pretese restitutorie di somme che si rivelino indebite <sup>(71)</sup>, purché gli emolumenti versati in eccesso corrispondano a una prestazione lavorativa aggiuntiva effettivamente prestata <sup>(72)</sup>.

Da un altro lato, in materia di previdenza e assistenza il principio ispiratore era proprio quello della *soluti retentio*. Già a partire dall'art. 80 del r.d.l. n. 1422 del 1924 e dunque prima che l'art. 38 Cost. arrivasse a porvi il sigillo costituzionale, era acquisita l'idea che i trattamenti previdenziali e assistenziali abbiano natura alimentare e meritino una disciplina particolare in caso di erronea loro erogazione, con il solo limite del dolo dell'assicurato. La regola della *soluti retentio* in materia previdenziale e assistenziale ha poi subito numerose evoluzioni, tra cui anche forti irrigidimenti normativi e giurisprudenziali, volti a contrastare abusi e truffe; ma di fondo, il settore è tuttora assoggettato a un regime che potremmo definire di irripetibilità temperata <sup>(73)</sup>.

Tuttavia, prima delle ultime vicende legate alla sentenza *Casarin*, i

---

<sup>(70)</sup> Cass. 20 febbraio 2017, n. 4323 e altre più recenti.

<sup>(71)</sup> V. da ultimo Cass. 5 novembre 2021, n. 32263.

<sup>(72)</sup> Cass. 23 novembre 2021, n. 36358.

<sup>(73)</sup> V. art. 52, comma 2, e 55, comma 5, della legge n. 88 del 1989, art. 13 della legge n. 412 del 1991. Nella giurisprudenza più recente, v. Cass. 2 dicembre 2019, n. 31373, 15 novembre 2018, n. 29418. Per l'indebito assistenziale v. per tutte Cass. 30 giugno 2020, n. 13223. Per l'esclusione invece dell'indebito previdenziale non pensionistico, in nome della tassatività delle ipotesi di irripetibilità, v. Cass. 19 aprile 2021, n. 10274. Più elastica la giurisprudenza del Consiglio di Stato: v. già Cons. Stato 30 gennaio 1990, n. 57, 26 ottobre 1993, n. 11; in seguito 10 dicembre 2020, n. 7889, 24 novembre 2021, n. 7884.

tentativi di estendere attraverso l'incidente di costituzionalità la regola della irripetibilità a tutto il mondo previdenzial-assistenziale erano stati tutti respinti <sup>(74)</sup>.

Dopo la sentenza *Casarin*, i tempi per un'universalizzazione della *soluti retentio*, ancorché nei limiti fissati dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU, apparivano maturi e anche la cittadella delle retribuzioni nel pubblico impiego si presentava prossima a essere espugnata.

Le rimessioni, provenienti dal Tribunale di Lecce e dalla Sezione lavoro della Corte di cassazione, riguardavano le prestazioni previdenziali non pensionistiche (nella specie, indennità di disoccupazione e indennità per i congedi ex l. n. 104/1992) e le prestazioni retributive pubbliche.

La Corte costituzionale, con la sentenza 27 gennaio 2023, n. 8, ha dichiarato infondate le questioni, ma le motivazioni alla base di tale infondatezza si profilano comunque di portata dirompente.

La Consulta ha negato che la disciplina attuale dell'indebito retributivo rappresenti di per sé un'ingerenza illegittima e sproporzionata nella proprietà dei lavoratori nel senso voluto dalla Corte EDU. L'art. 2033 c.c. continua a esprimere un principio-cardine, perché è una norma sulle fonti dell'obbligazione (*ex art. 1173 c.c.*) e attiene ai presupposti dell'obbligazione restitutoria.

Nondimeno, la regola ivi posta non esclude la presenza di temperamenti, che agiscono non già sul piano della fonte dell'obbligazione restitutoria, ma su quelli, collegati ma diversi, del contenuto dell'obbligazione e della concreta esigibilità della prestazione.

Un primo temperamento è in realtà presente all'interno dello stesso art. 2033, là dove è previsto che l'*accipiens* in buona fede è tenuto a restituire frutti e interessi dalla domanda di restituzione e non dalla percezione del denaro.

Un secondo deriva dal convergente operare della disciplina speciale in materia di indebito pensionistico e dell'interpretazione giurisprudenziale, che hanno ritagliato — come accennato — un'area già oggi abbastanza estesa in cui vige il principio della *soluti retentio*, con il limite del dolo del percettore.

A partire da questi dati, di per sé sintomatici dell'attenzione verso gli stati soggettivi dell'*accipiens* e più in generale della possibilità di graduare l'obbligo di restituzione in relazione al caso concreto, la sentenza n. 8 del 2023 ha inscritto l'obbligazione restitutoria nel quadro della buona fede oggettiva, per trarne la conclusione che l'ordinamento già contiene strumenti

---

<sup>(74)</sup> Non senza peraltro qualche difficoltà e qualche fugace accenno alla necessità, per il legislatore, di un allargamento del principio alle prestazioni pensionistiche escluse: v. Corte cost. nn. 1 e 178 del 2006, 264 del 2004, 166 del 1996, 431 del 1993.

che, se adeguatamente sviluppati e utilizzati con attenzione, possono contemperare gli interessi in gioco: l'affidamento dei prestatori di lavoro a non essere chiamati a restituzioni troppo gravose e l'interesse della P.A. al recupero delle somme versate per errore.

L'importanza della sentenza n. 8 del 2023 si coglie in più direzioni.

Anzitutto, la ricostruzione della Corte costituzionale sembra riavvicinare le nozioni di affidamento che, nel recente passato, avevano visto la sua giurisprudenza e quella della Corte EDU su fronti contrapposti o comunque distonici.

L'affidamento qualificato fondato sulla buona fede giustifica, inoltre, secondo la Corte costituzionale, un ampio ventaglio di rimedi già esistenti nell'ordinamento interno, quali la rateizzazione, l'inesigibilità, parziale, temporanea o totale del debito restitutorio, il risarcimento del danno. Si tratta di indicazioni che, se raccolte e valorizzate dai giudici comuni, possono costruire un'adeguata risposta a futuri, eventuali rilievi davanti alla Corte di Strasburgo.

Sul piano dei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale, invece, la pronuncia segna il passaggio da un atteggiamento difensivo a uno invece proattivo, in cui il margine di apprezzamento lasciato agli Stati contraenti viene sfruttato dalla Corte costituzionale per valorizzare i giacimenti nascosti del sistema interno.

III.  
IL GIUSTO PROCESSO CIVILE



## I.

# LA CASSAZIONE E I PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO CIVILE ELABORATI DALLA CORTE EDU, CON PARTICOLARE RIGUARDO AL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ di *Franco De Stefano* (\*)

**SOMMARIO:** 1. L'effettività della tutela. — 1.1. Imparzialità del giudice. — 1.2. Necessaria effettività anche in sede esecutiva. — 1.3. Legittimità delle sanzioni all'abuso del processo. — 1.4. Ragionevole durata ed ineffettività del rimedio. — 1.5. Illegittimo diniego di risarcimento effettivo. — 2. La parità delle armi. — 2.1. Parità delle armi in istruttoria. — 2.2. Presenza del Pubblico Ministero nel processo civile. — 2.3. Parità delle armi nella fase decisionale. — 3. Le preclusioni. — 3.1. Preclusioni all'accesso. — 3.2. Preclusioni alle impugnazioni, in generale. — 3.3. Preclusioni in sede di legittimità, in particolare. — 4. La pubblicità della trattazione. — 5. La motivazione. — 6. Un dialogo a tre voci fra le Corti.

### 1. L'effettività della tutela

Può dirsi di contesto o perfino definirsi quale metapprincipio, desunto dal combinato disposto degli artt. 6 e 13 della Convenzione, quello dell'indeffettibile perseguimento dell'effettività della tutela giurisdizionale, declinata in ogni suo aspetto ed in quanto tale riferimento ermeneutico generale.

Appunto perché tale, ad un tale principio si riconducono gli altri, in qualche modo serventi, su cui ci si sofferma quotidianamente: e, pertanto, è qui opportuno soltanto un accenno agli ultimi sviluppi ed approdi, nonché quando chiaramente individuabili, alle linee di tendenza interpretative.

Riservato ad altri approfondimenti l'esame di aspetti peculiari, quali la ragionevole durata del processo e la sempre maggiore sensibilità per un bilanciamento tra la durata in senso assoluto e l'effettività della tutela, affinché l'una non sia mai a scapito dell'altra, al tema generale dell'effettività possono ricondursi alcune importanti riaffermazioni, sia da parte della Corte EDU, che da parte della Cassazione.

---

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

### 1.1. *Imparzialità del giudice*

Per la peculiare evoluzione degli eventi in Polonia (e, in parte, in Ungheria), la Corte di Strasburgo è a più riprese intervenuta a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice, con pronunce di significativo spessore relative al sistema costituzionale in cui questi si inserisce e che, se non altro allo stato, non parrebbero attuali nel nostro ordinamento: se ne può, così, qui prescindere, riservandone l'approfondimento ad altra sede e segnalando, tra le ultime pronunce, quella di Corte EDU 6 ottobre 2022, *Juszczyszyn c. Polonia*, ove amplissimi riferimenti alla giurisprudenza pregressa ed un'analisi della sua evoluzione (e, soprattutto, ai tre requisiti minimali elaborati da Corte EDU, GC, 1° dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*).

Le singole Autorità nazionali investite di peculiari funzioni complementari a quella giurisdizionale, o perfino di poteri sostanzialmente tali, devono soddisfare i medesimi requisiti: ciò che la nostra Corte di legittimità ha riscontrato, ad esempio, in relazione alla Commissione nazionale per la società e la borsa (Cass. 15 febbraio 2018, n. 3734); e che la Corte EDU non ha però riscontrato per gli arbitrati volontari italiani, quanto alla normativa previgente in tema di garanzia di imparzialità (Corte EDU, 20 maggio 2021, *BEG spa c. Italia*: che pure premette, in linea di principio, la conformità alla Convenzione delle previsioni nazionali sulla possibilità di devolvere volontariamente in arbitri talune controversie).

Ed il sistema nazionale di attivazione dei rimedi per far valere le cause di astensione, anche obbligatoria, è ritenuto compatibile con la Convenzione, in uno all'esclusione dai motivi di impugnazione della sentenza la mancata astensione (Cass. (ord.) 11 settembre 2017, n. 21094): quegli strumenti, cui si aggiunge quello dell'impugnazione della decisione nel caso di mancato accoglimento della ricasazione, sono adeguati e congrui a garantire in modo efficace il diritto della parti all'imparzialità del giudice, dovendosi, quindi, escludere un contrasto con l'art. 6 della Convenzione EDU, che, sotto l'ulteriore profilo dei contenuti di cui si permea il valore dell'imparzialità del giudice, nulla aggiunge rispetto a quanto già previsto dall'art. 111 Cost.

Pare superfluo ricordare, ad ogni buon conto, che minimali esigenze di trasparenza nell'indipendente esercizio della propria funzione impongono di evitare contatti con le parti, a maggior ragione prima della decisione: per cui è violata la Convenzione se il presidente della corte d'assise visita i parenti della vittima prima che sia pronunciata la sentenza (Corte EDU, 31 agosto 2021, *Karrar c. Belgio*).

Sempre in tema di imparzialità del giudice, non si estendono ai suoi ausiliari le garanzie imposte per il primo, restando piuttosto affidato alla



parte un autentico onere di diligente attivazione degli strumenti processuali specifici per reagire alle situazioni di potenziale incompatibilità (è il caso deciso da Corte EDU 13 gennaio 2022, *Tabak c. Croazia*): ma tanto non esime, di certo, il magistrato che ha nominato il suo ausiliario da una attenzione particolare agli elementi che potrebbero indurre a dubitare della terzietà delle opinioni tecniche espresse dai suoi consulenti od esperti, ove ad esse si affidi poi per la definizione della controversia e quindi nell'ipotesi in cui questi risultino in concreto decisivi a tal fine.

### 1.2. *Necessaria effettività anche in sede esecutiva*

L'ineffettività della tutela pure nella fase esecutiva del processo, quale momento ineliminabile per l'effettività della tutela di ogni diritto, è ribadita continuamente nella giurisprudenza di legittimità (tra le ultime, in tale testuale senso, v. Cass., S.U., 14 dicembre 2020, n. 28387 <sup>(1)</sup>, ove richiami a: Cass. 10 giugno 2020, n. 11116; Cass., S.U., 23 luglio 2019, nn. 19883 a 19888), ma a più riprese e costantemente pure dalla Corte europea (tra moltissime, a partire dalla celebre Corte EDU 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*, § 40, via via fino alle più recenti, fra cui Corte EDU, *Grande Camera*, 29 maggio 2019, *Ilgar Mamadov c. Azerbaigian*, causa 15172/13).

Si tratta di principi ribaditi costantemente: ad iniziare dall'indispensabilità della assistenza delle autorità dello Stato al fine di conseguire il bene della vita oggetto di un provvedimento giurisdizionale (come nella nota Corte EDU 13 dicembre 2018, *Casa di cura Villa fiorita srl c. Italia*, in causa 67944/13; singolarmente preceduta, sullo stesso tema e con toni e principi largamente sovrapponibili, da Cass. 4 ottobre 2018, n. 24198; più di recente, v. Corte EDU 4 ottobre 2022, *Işgin c. Turchia*, quanto ad effettività

<sup>(1)</sup> Dalla cui motivazione:

“36. In primo luogo, va ribadita l'ineffettività della tutela giurisdizionale esecutiva, quale principio ispiratore dell'ordinamento, tale riconosciuto anche di recente da questa Corte ..., dalla Corte costituzionale (v. i richiami in Cass. Sez. U. n. 19883/19 a Corte costituzionale nn. 419/95, 312/96 e 198/10), dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ... e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (con riferimento al diritto a un ricorso effettivo ad un giudice, consacrato anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: tra le altre, Corte giust. U.E. *Grande Camera*, 29/07/2019, *Alekszij Torubarov c. Bev&Idorläsi és Menekültügyi Hivatal*, C-556/17, punto 57).

37. In tale contesto, primario interesse perseguito dall'ordinamento, consustanziale alla sua stessa esistenza, è l'effettività della tutela giurisdizionale del diritto e quindi del creditore, tale riconosciuto in un titolo esecutivo, al cui soddisfacimento tutto l'ordinamento è chiamato a destinare le proprie risorse; se non sono espressamente presi in considerazione dalla norma, non rilevano altri specifici contrastanti interessi, quali quello del debitore a contenere i disagi (come invece può bene accadere in altri ordinamenti giuridici: v. Corte EDU 20/12/2016, *Ljaskaj c. Croazia*) o di altri soggetti coinvolti dal processo a mantenere i propri privilegi”.

dell'esecuzione di una condanna al risarcimento per gravi danni fisici), per proseguire con l'illegittimità di condotte sostanzialmente elusive del giudicato (in tema di giudicato amministrativo: Corte EDU 14 dicembre 2021, Gražulevičiūtė c. Lituania).

E proprio per garantire tale effettività, nel giudizio di ottemperanza tributaria va accertata l'eventuale indisponibilità di fondi e dato corso alla nomina di commissario *ad acta* (Cass. 18 maggio 2022, n. 17929); ma non è illegittima, anzi tende a rafforzarne il ruolo, l'irrogazione di sanzioni sospensive agli agenti pubblici di esecuzione (Corte EDU, 24 marzo 2022, Mickovski c. Macedonia del nord, ricorsi nn. 39726/18 e 39107/18), esercenti attività professionali ancillari rispetto a quella giurisdizionale.

Beninteso, al giudicato — che rimane un valore fondamentale dell'ordinamento — può legittimamente pervenirsi all'esito di un procedimento articolato secondo modalità rimesse al consueto margine di apprezzamento dei singoli Stati soprattutto appunto in materia di procedura: è il caso di un procedimento articolato sull'eventualità del dissenso impediente di uno dei componenti del collegio decidente (Corte EDU, 20 settembre 2022, Treguet c. Russia).

Da registrarsi, infine, sebbene orientati entrambi dal medesimo valore dell'effettività della tutela giurisdizionale in sede esecutiva, due approdi ermeneutici opposti in tema di tutela di crediti di valore oggettivamente esiguo: se la tutela del credito è ormai da tempo acquisita come riconducibile al principio dell'art. 1 del Prot. 1 della Convenzione, da un lato la Corte di legittimità esclude la tutelabilità esecutiva di quei crediti (Cass. (ord.) 5 novembre 2020, n. 24691; Cass. 3 marzo 2015, n. 4228), dall'altro ne assicura comunque il soddisfacimento (Cass. (ord.) 14 ottobre 2021, n. 28077).

### 1.3. *Legittimità delle sanzioni all'abuso del processo*

Deve qui bastare un cenno alla conclusione raggiunta dalla Corte di cassazione, sempre in relazione ai principi anche convenzionali del giusto processo, di legittimità delle sanzioni all'abuso del processo, inteso come ingiustificato sviamento del sistema giurisdizionale, quando il ricorso ad esso è non già finalizzato alla tutela dei diritti ed risposta alle istanze di giustizia, ma destinato soltanto ad aumentare il volume del contenzioso e, conseguentemente, a ostacolare la ragionevole durata dei processi pendenti ed il corretto impiego delle risorse necessarie per il buon andamento della giurisdizione, vanificando la garanzia di universale accesso alla tutela dei diritti (Cass. (ord.) 4 agosto 2021, n. 22208).

### 1.4. *Ragionevole durata ed ineffettività del rimedio*

Il principio di ragionevole durata è stato inteso costantemente, dalla giurisprudenza di legittimità, in tensione dialettica — e talvolta in contrap-

posizione — con quello di effettività della tutela. Può forse dirsi che, almeno negli ultimi anni e superandosi il momento iniziale in cui una consistente preponderanza era stata assicurata al primo, si sta tentando una sintesi o combinazione: se ne rinvergono, nei massimari ufficiali, non moltissime esplicite affermazioni; ma vanno salutate con soddisfazione, come nel caso in cui, in nome di quel temperamento, è stato statuito che (Cass. (ord.) 13 dicembre 2021, n. 39660) è necessario rideterminare quanto effettivamente dovuto, anziché annullare in toto la cartella impugnata.

È indispensabile rinviare a più mirati approfondimenti e, del resto risultando dedicato altro contributo al tema specifico, dev'essere sufficiente un mero richiamo alla necessaria effettività dei rimedi anche alla non ragionevole durata del processo: e, in particolare, alla nota condanna del nostro Paese per ineffettività del rimedio costituito dal sistema della c.d. legge Pinto (Corte EDU, 28 aprile 2022, Verrascina e altri c. Italia, ric. 15566/13 e altri) <sup>(2)</sup>.

### 1.5. *Illegittimo diniego di risarcimento effettivo*

Soltanto un cenno può qui farsi, vista la peculiare direzione dell'analisi e — a stretto rigore — riguardando la tematica i requisiti di proponibilità dell'azione e non il processo in senso stretto, ai reiterati interventi della Corte europea sull'illegittimità di preclusioni o altri impedimenti formali all'esercizio del diritto di conseguire almeno una riparazione o risarcimento non irrisori in ipotesi di lesione di diritti fondamentali (ricordando che, nell'ottica della Convenzione, fondamentale è anche il diritto di proprietà e, all'interno del relativo *genus*, pure la *species* costituita dal diritto di credito).

Dopo la lunga stagione "italiana", che ha portato alla rimodulazione della normativa e della giurisprudenza nazionale in materia (in origine singolarmente avara nei confronti dei titolari dei diritti ablati), l'attenzione della Corte di Strasburgo pare ora rivolta alle realtà dei Paesi di più recente approdo al sistema democratico "occidentale": e possono segnalarsi, tra i più recenti interventi, quelli in tema di illegittimità di mancata erogazione di un indennizzo agli eredi per uccisione in operazioni belliche (Corte EDU, 28 aprile 2022, Bursać e altri c. Croazia, ric. n. 78836/16), di illegittimità del rifiuto di indennizzo per occupazione abusiva di immobile locato (Corte EDU, 24 marzo 2022, Wyszyński c. Polonia, ric. n. 66/12), di inadeguatezza di indennizzi espropriativi (Corte EDU, 24 marzo 2022, Pálka e altri c.

<sup>(2)</sup> Sul quale ci si permette un richiamo a F. DE STEFANO, *La cronica anomalia della via italiana dei rimedi ai tempi della Giustizia* (in margine a Cass. Sez. U. 23/07/2019, n. 19883): il "Pinto al cubo", in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

Repubblica Ceca, ric. n. 30262/13). Gli esempi, tuttavia, potrebbero continuare e riguardare numerosissimi casi, lungo tutta la pluridecennale giurisprudenza della Corte europea.

## 2. La parità delle armi

Il principio della parità delle armi va applicato in ogni processo, anche in materie analoghe a quella penale: è il caso del processo in tema di misure di sorveglianza amministrativa (Corte EDU, Sezione terza, Timofeyev e Postupkin c. Russia, 19 gennaio 2021, ricorsi nn. 45431/14 e 22769/15). Ed anche la nostra Corte è intervenuta — fin da prima della vicenda dell'ultimo dialogo con la Corte di Lussemburgo in tema di diritto al silenzio, sulla quale qui non è possibile neppure un cenno — ad estendere le garanzie (Cass. 13 gennaio 2017, n. 770) del giusto processo penale a quello civile giurisdizionale su sanzioni irrogate in via amministrativa ma sostanzialmente penali.

### 2.1. *Parità delle armi in istruttoria*

È variegata la serie di pronunce della Corte di Strasburgo cui il giudice civile nazionale deve fare riferimento nel concreto espletamento della potestà istruttoria; ma qui inevitabilmente occorre confrontarsi con l'impostazione eminentemente casistica della giurisprudenza convenzionale, incline ad una valutazione del singolo caso inidonea ad una generalizzazione.

In un sistema caratterizzato dalla generale idoneità di forme legali di conoscenza degli atti, tuttavia va posta attenzione all'effettività della possibilità, per il destinatario di questi, di prenderne concretamente contezza; ed è per questo che la Corte EDU, sia pure con il suo necessario approccio casistico, riconduce alla violazione del principio di parità delle armi l'ineffettività della notifica in un procedimento civile in considerazione delle sue concrete modalità di esecuzione (Corte EDU, sez. 3, 18 maggio 2021, Berestov c. Russia, ric. n. 17342/13).

Sull'effettiva applicazione del principio di parità delle armi se ne è poi riscontrata una violazione in caso di idonea notifica della fissazione dell'udienza per consentire un adeguato sviluppo delle proprie difese, a differenza di quanto consentito a controparte: è il caso deciso da Corte EDU 14 gennaio 2021, Mont Blanc etc. c. Ucraina.

In relazione, poi, alle specificità della controversia di volta in volta esaminata è stata ritenuta inadeguata la valutazione della mancata ammissione dei mezzi istruttori richiesti (Corte EDU, 20 ottobre 2022, Dolenc c. Slovenia), ma, al contempo, è stata ammessa, sia pure con condizioni e cautele, l'utilizzabilità nel processo civile di intercettazioni conseguite in un

procedimento penale (Corte EDU, sez. 2, 18 gennaio 2022, Adomaitis c. Lituania, ric. n. 14833/18).

In linea di massima, è legittimo fondare la decisione sulle acquisizioni istruttorie somministrate dai soli esperti delle autorità amministrative di settore, con diniego di ulteriori indagini tecniche sollecitate dalla parte privata (Corte EDU 9 dicembre 2021, Hamzagić c. Croazia).

Analogamente, la nostra Corte di legittimità ha ribadito che il diritto alla prova non si estende alle valutazioni del merito (Cass. (ord.) 28 marzo 2022, n. 9940), nel senso che (Cass. 31 luglio 2020, n. 16517; Cass. (ord.) 11 febbraio 2022, n. 4578), pur essendo essenziale il diritto alla prova, non è certo dovuta l'ammissione di tutti i mezzi di prova richiesti. E tuttavia sono legittimamente deducibili — e vanno sottoposte a disamina, se del caso ed ovviamente comparata con tutte le altre risultanze istruttorie — da entrambe le parti le prove atipiche consistenti in dichiarazioni di terzi in altro processo: e tanto sia quando ad invocarle sia il contribuente (Cass. 27 maggio 2020, n. 9903), sia quando a dedurle sia la P.A. (Cass. (ord.) 16 marzo 2018, n. 6616).

Infine, il diritto alla parità delle armi è stato ribadito con la riaffermazione del diritto al silenzio in tema di accertamenti fiscali (Cass. (ord.) 28 settembre 2020, n. 20358) e, a determinate condizioni, nella notissima vicenda dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 158), oggetto di rimessione alla Corte costituzionale per la c.d. doppia pregiudizialità (costituzionale ed eurounitaria), di pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE 2 febbraio 2021, in causa C-481/19), di successiva declaratoria di illegittimità costituzionale (Corte cost. 30 aprile 2021, n. 84) e di sentenza della Corte di cassazione (Cass. 11 febbraio 2022, n. 4521).

## 2.2. *Presenza del Pubblico Ministero nel processo civile*

È importante sottolineare che la presenza nel processo di un organo pubblico non altera, in linea di principio, la parità delle armi.

Significativamente si è ribadito che la presenza, soprattutto se istituzionale, del Pubblico Ministero in un giudizio civile è certo conforme alla Convenzione: infatti, il giusto equilibrio tra le parti nei processi (nella specie, si trattava di cause sulla cessazione del rapporto di lavoro) è garantito in caso di assenza di prova di indebita influenza sull'organo giudicante da parte del Pubblico Ministero, restando tutelato il principio della parità delle armi e del contraddittorio dalla possibilità concessa a ciascuna delle parti di replicare o reagire effettivamente all'attività dell'altra, quand'anche pubblica (è il caso deciso da Corte EDU 1 febbraio 2022, Kramareva c. Russia).

Analogamente può così concludersi per tutti i casi in cui il Pubblico Ministero partecipa ai giudizi civili italiani, a seconda della materia o del

grado, oppure è titolare di poteri di impulso (tra i quali ultimi può annoverarsi quello previsto dall'art. 391-*quater* c.p.c., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149); mentre i quasi residuali casi in cui egli resta unico titolare di tale ultimo potere, come in quello previsto dai primi due commi dell'art. 363 c.p.c., finiscono col riguardare peculiari giudizi, cui le parti non partecipano e che restano quindi inidonei ad incidere (se non altro, direttamente), in un senso o nell'altro, sulle loro posizioni giuridiche.

### 2.3. *Parità delle armi nella fase decisionale*

Può dirsi acquisito nella giurisprudenza di legittimità l'esclusione di un diritto alla regolarità formale del processo, ovvero all'applicazione delle regole processuali in quanto tali, se non si adduce il concreto pregiudizio che ne è derivato: e ciò perché (tra le molte, Cass., S.U., 9 agosto 2018, n. 20685) è di norma indispensabile, per avere interesse a dolersi di un vizio processuale, allegare anche le conseguenti lesioni del diritto di difesa (Cass., S.U., 8 maggio 2017, n. 11141, p. 6 delle ragioni della decisione, ove richiami alle numerosissime pronunce precedenti, anche a sezioni unite. Tuttavia, alcune basilari regole, come quelle miranti a garantire il contraddittorio e la sua effettività, rispondono ad esigenze così elementari di correttezza e regolarità dello sviluppo del processo che la lesione delle potenzialità di difesa è autoevidente o, quanto meno, da intendersi valutata *ex ante* e in via preventiva dal legislatore processuale all'atto della formulazione della norma (Cass. (ord.) 18 novembre 2020, n. 26304).

E significativamente a sezioni unite si è rimarcato che la violazione del principio del contraddittorio, al quale il diritto di difesa si associa, non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma implica che il contraddittorio e la difesa si realizzino in piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo: sicché la parte che proponga l'impugnazione della sentenza deducendone la nullità per non aver avuto la possibilità di esporre le proprie difese conclusive ovvero di replicare alla comparsa conclusionale avversaria, per mancata concessione o violazione dei termini dovuti per legge, non ha alcun onere di indicare in concreto quali argomentazioni sarebbe stato necessario addurre in prospettiva di una diversa soluzione del merito della controversia; invero, la violazione determinata dall'aver il giudice deciso la controversia senza assegnare alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ovvero senza attendere la loro scadenza, comporta di per sé la nullità della sentenza per impedimento frapposto alla possibilità per i difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa (Cass., S.U., 26 novembre 2021, n. 36596).

### 3. Le preclusioni

Il sistema di preclusioni processuali, sia iniziali o relative all'accesso, sia successive nel corso dello sviluppo del processo, è pienamente legittimo, sebbene occorra che esso risponda a determinati requisiti: alla cui rigorosa valutazione il giudice civile è tenuto per assicurare il rispetto del principio della certezza del diritto e dell'affidamento di tutte le parti nella applicazione di eguali regole procedurali e, tuttavia, senza cadere in un eccessivo formalismo.

#### 3.1. *Preclusioni all'accesso*

Per determinate materie è legittimo imporre termini prescrizionali anche peculiari: ricordato che l'approccio alla definizione della prescrizione è diversificato nel panorama delle tradizioni giuridiche nazionali dei singoli Paesi europei (tanto da avere dato luogo alla nota vicenda Taricco nei rapporti con la Corte di giustizia dell'Unione europea, in relazione alla natura processuale o sostanziale del relativo regime, sia pure riferito al giudizio penale), comunque rappresenta un adeguato bilanciamento tra i contrapposti valori in gioco la fissazione delle regole sulla decorrenza della prescrizione per danni in materia farmaceutica in modo da privilegiare la vittima, anziché il produttore, individuando il *dies a quo* nel momento del consolidamento pure in caso di malattia ad evoluzione costante: è il caso deciso da Corte EDU 13 febbraio 2020, ric. n. 25137/16, Sanofi Pasteur c. Francia (che ha respinto la doglianza della produttrice, nota casa farmaceutica, circa la conseguenza di una sostanziale imprescrittibilità), che non si vorrebbe possa tornare di grande attualità nel contenzioso post vaccinale in quest'epoca di pandemia ormai cronicizzata.

Per determinate categorie di contenzioso è legittimo e proporzionato un sistema di filtri, quand'anche articolati su procedimenti di vera e propria deliberazione preliminare di ammissibilità: è il caso esaminato da Cass., S.U., 31 gennaio 2022 n. 2878, che ha riscontrato la conformità alla Costituzione ed alla Convenzione del regime di filtro con preclusioni nella previgente legge 117 del 1988 in tema di responsabilità dello Stato per danni da attività giudiziaria, al riguardo reputati rispettati pure i principi di equivalenza ed effettività.

Ancora più ricca la casistica a tutela del diritto di accesso in tema di spese o cauzioni per adire un'autorità giudiziaria: con una serie di pronunce che prendono a riferimento i contesti giudiziari di realtà socioeconomiche differenziate, l'eccessività di quel carico è stata ritenuta per il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord (Corte EDU 11 ottobre 2022, Coventry; significativamente, con violazione anche dell'art. 1 del Prot. 1 e con riferi-



mento a sistemi di cauzioni o altre spese “condizionali”), per la Croazia (Corte EDU 12 maggio 2022, Dragan Kovačević, quanto alle spese per adire la Corte costituzionale nazionale) e per la Turchia (Corte EDU 3 maggio 2022, Nalbant e altri, quanto ai processi commerciali).

### 3.2. *Preclusioni alle impugnazioni, in generale*

Una linea di tendenza consolidata nella giurisprudenza convenzionale può indicarsi nella necessità di evitare eccessivi formalismi nella proposizione dei gravami; già solo per questa ragione, è stata ritenuta contraria alla Convenzione la sanzione di inammissibilità di un gravame per mancato rispetto di una modalità elettronica di presentazione (Corte EDU 9 giugno 2022, Xavier Lucas c. Francia; Corte EDU, 12 ottobre 2021, Foyer Assurances S.A. c. Lussemburgo).

Nella giurisprudenza nazionale, peraltro, prima di affrontare la materia dell’accesso alla Corte di legittimità vale la pena di ricordare che la conformità a Costituzione e Convenzione è stata riconosciuta anche di recente, dopo il sistema di impugnazione previsto dall’art. 348-ter c.p.c. per le ordinanze di inammissibilità dell’appello per carenza di ragionevole probabilità di accoglimento, pure per la decorrenza del termine di impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche, anch’essa fissata nel giorno della comunicazione del mero dispositivo, anziché della conoscenza integrale della sentenza da impugnare (Cass., S.U. (ord.), 22 marzo 2022, n. 9313).

Ed analoga conformità è stata riconosciuta all’impostazione complessiva per la quale (Cass. (ord.) 6 luglio 2021, n. 19019) è inutile concedere un nuovo termine per rinnovare impugnazione in caso di nullità insanabile del relativo atto; ciò che, però, non può trovare applicazione in primo grado, essendo chiaramente rivolto il regime delle nullità per quanto possibile alla loro sanatoria o in ogni caso al loro superamento.

Infine, è pienamente legittima, sotto i profili che qui sono in esame, la sanzione dell’improcedibilità dell’appello per mancata comparizione dell’appellante (Cass. (ord.) 6 marzo 2019, n. 6439).

### 3.3. *Preclusioni in sede di legittimità, in particolare*

È soprattutto con riferimento al giudizio di legittimità che la Corte di Strasburgo è intervenuta per valutare la legittimità dei requisiti formali di accesso: in particolare, con le sentenze rese contro l’Italia in data 15 settembre 2016 (Trevisanato) e 28 ottobre 2021 (Succi e altri). Per l’ampiezza dell’argomento, che involge lo stesso giudizio di legittimità nel suo complesso, deve qui bastare un sintetico cenno al loro contenuto, ad iniziare dal

noto principio di autosufficienza <sup>(3)</sup>, che la Corte europea ridefinisce come “principe de l'autonomie du pourvoi en cassation”.

In estrema sintesi, tali requisiti perseguono uno scopo legittimo, perché agevolano la comprensione del caso e delle censure, garantendo, ad un tempo, la funzione nomofilattica della Corte suprema, la certezza del diritto e la corretta amministrazione della Giustizia; gli stessi requisiti appaiono proporzionali alla funzione del giudizio di legittimità, così giustificandosi un maggiore rigore formale rispetto all'appello; e solo devono rispondere a criteri estrinseci idoneamente individuati, cioè l'esistenza di una base normativa e la conoscibilità *ex ante* anche per l'interpretazione adeguatamente consolidata, ma comunque devono rispettare l'esigenza di non indulgere in un eccessivo formalismo.

In tale ultima direzione, probabilmente dopo una stagione — neppure troppo breve — di più marcato rigore (singolarmente coincidente con la presa di consapevolezza della insostenibilità del ritmo esponenziale dell'incremento del contenzioso), la Corte di legittimità sta approdando ad una applicazione più armonica con dette esigenze, al contempo escludendo la necessità di una integrale trascrizione <sup>(4)</sup> e pretendendo, dai difensori delle parti in ragione della peculiare professionalità loro richiesta per approcciare il giudizio di legittimità, il rispetto dei canoni di sinteticità e chiarezza. In estrema sintesi, “il principio di specificità del ricorso per cassazione, secondo cui il giudice di legittimità deve essere messo nelle condizioni di comprendere l'oggetto della controversia ed il contenuto delle censure senza dover scrutinare autonomamente gli atti di causa, deve essere modulato, in conformità alle indicazioni della sentenza CEDU del 28 ottobre 2021 (causa Succi ed altri c.Italia), secondo criteri di sinteticità e chiarezza, realizzati dal

---

<sup>(3)</sup> Sulla sentenza Succi: Cass. 14 marzo 2022, n. 8117; Cass., S.U., (ord.) 18 marzo 2022, n. 8950. Sulla sentenza Trevisanato, tra molte: Cass. 8 maggio 2019, n. 12134; Cass., S.U., 30 gennaio 2020, n. 2089; Cass., S.U., 25 marzo 2019, n. 8312; Cass. (ord.) 7 dicembre 2016, n. 25074.

Il principio ha origine pretoria e ha tra le sue prime enunciazioni quella di Cass. 18 febbraio 1986, n. 5656, espressamente menzionata come *leading case* dalla Corte EDU nella sentenza *Succi c. Italia*.

Nella vastissima produzione scientifica che si è occupata del principio, si veda, per tutti, A. GIUSTI, *L'autosufficienza del ricorso*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte Suprema italiana*, 3<sup>a</sup> ed., Bari, 2020, 213 ss., ove riferimenti.

Tra i primissimi commenti alla sentenza Succi, v. G. RAIMONDI, *Corte di Strasburgo e formalismo in cassazione*, in <https://www.giustiziainsieme.it>.

<sup>(4)</sup> Cass. (ord.) 4 marzo 2022, n. 7186; Cass., S.U. (ord.) 18 marzo 2022, n. 8950; Cass. (ord.) 14 aprile 2022, n. 12259; Cass. 19 aprile 2022, n. 12481; da ultimo, v. Cass., S.U., (ord.) 30 novembre 2022, n. 35305).

richiamo essenziale degli atti e dei documenti per la parte d'interesse, in modo da contemperare il fine legittimo di semplificare l'attività del giudice di legittimità e garantire al tempo stesso la certezza del diritto e la corretta amministrazione della giustizia, salvaguardando la funzione nomofilattica della Corte ed il diritto di accesso della parte ad un organo giudiziario in misura tale da non incidere la stessa sostanza" (5).

Se un autentico onere di indicazione specifica, chiara e immediatamente intellegibile del contenuto richiesto per il ricorso è già stato ribadito pure dopo la richiamata sentenza Succi (6), sulla concreta determinazione dell'ambito del principio di chiarezza e sinteticità molto sarà affidato alla elaborazione che se ne farà in occasione dell'applicazione della novella del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che lo ha introdotto quale norma generale del processo civile (vedi il nuovo art. 121 c.p.c.) e lo ha poi declinato anche in riferimento ai requisiti di contenuto-forma dell'atto di appello (v. il nuovo art. 342 c.p.c.) e del ricorso per cassazione (si noti la più articolata rimodulazione dell'art. 366 c.p.c.).

Per concludere sul tema delle preclusioni, tre notazioni.

La prima, particolare, sulle conseguenze di una condotta pregiudizievole dell'avversario sul decorso del termine per proporre le proprie difese, il quale viene in sostanza prorogato in dipendenza di quella (Cass. (ord.) 20 gennaio 2022, n. 17841). La seconda, sulla piena legittimità del sistema di non ulteriore impugnabilità delle sentenze di Cassazione, se non nei circoscritti limiti della revocazione disegnata dall'art. 391-bis c.p.c.: infatti, tale non ulteriore impugnabilità risponde all'esigenza, tutelata come primaria dalle stesse norme costituzionali e convenzionali, di conseguire il giudicato all'esito di un sistema strutturato anche su differenti impugnazioni, con l'immutabilità e definitività della pronuncia che tutela i diritti delle parti (Cass. (ord.) 29 aprile 2016, n. 8472, ove ulteriori riferimenti; Cass., S.U., (ord.) 11 aprile 2018, n. 8984).

La seconda è relativa, in generale, ai formalismi nel processo: i quali sono comunque giustificati se proporzionali e, in ogni modo, sempre di più a mano a mano che si procede nella scala dei gradi di lite; visto che le norme procedurali vanno applicate dai tribunali, siccome funzionali al buon andamento della giustizia e quindi all'adeguato conseguimento della certezza del

---

(5) Cass. 14 marzo 2022, n. 8117, cit.

(6) Cass. (ord.) 4 marzo 2022, n. 7186; Cass., S.U., 30 dicembre 2021, n. 41989; già in precedenza, tuttavia, si segnalano: Cass. (ord.) 27 settembre 2021, n. 26161; Cass. 30 aprile 2020, n. 8425; e, prima ancora, Cass. 20 ottobre 2016, n. 21297, con nota di F. DE STEFANO, *La sinteticità degli atti processuali civili di parte nel giudizio di legittimità – commento a Cass. 21297/16*, in *Questione Giustizia on line* dal novembre 2016.

diritto nella tutela effettiva dei diritti, assicurando il ripudio dell'eccesso sia di formalismo, sia di flessibilità (Corte EDU, 30 aprile 2017, Hasan Tunc ad altri c. Turchia, testualmente ripresa — tra le ultime — da Cass. (ord.) 6 ottobre 2022, n. 29132).

Infine, deve necessariamente omettersi, per l'inesplorata ampiezza del tema, ogni approfondimento sul principio del giudicato, della sua necessaria tutela e dei relativi limiti od eccezioni: qui precisando che le relative questioni sono solo in minima parte avviate a soluzione con l'introduzione del nuovo caso di revocazione introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Tale norma prevede, ai commi 28 e seguente del suo art. 3, un nuovo mezzo di impugnazione straordinaria, disciplinato dall'art. 391-*quater* c.p.c. e mediante le corrispondenti integrazioni degli artt. 362 e 397 c.p.c.; ne è pure modificata, dal comma 12 dell'art. 1, la norma sostanziale dell'art. 2652 c.c.; e si è infine introdotto l'obbligo per l'Agente del Governo di informare della pendenza del giudizio davanti alla Corte europea tutte le parti del processo che ha dato luogo alla sentenza sottoposta all'esame di questa ed al pubblico ministero. Infatti, la nuova ipotesi di revocazione prevede che le decisioni dei giudici ordinari passate in giudicato possono altresì essere impugunate per revocazione quando il loro contenuto è stato dichiarato dalla Corte EDU contrario alla Convenzione ovvero ad uno dei suoi Protocolli (art. 362, co. 3, c.p.c.), nel caso in cui ricorrano le seguenti condizioni (art. 391-*quater*, co. 1, c.p.c.): la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona; l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non è idonea a compensare le conseguenze della violazione.

#### 4. La pubblicità della trattazione

Il diritto ad un'udienza pubblica è stato fortemente compresso, durante l'emergenza pandemica, per evidenti eccezionali ragioni legate alla sicurezza dei luoghi in cui quella avrebbe dovuto avere luogo; nondimeno, la disciplina dettata per quel drammatico ed eccezionale frangente (la cui conformità a Costituzione e Convenzione EDU è stata riconosciuta da Cass., S.U., 4 febbraio 2021, n. 2610) ha avuto poi non solo applicazione in tempo successivo alla data di cessazione del relativo stato di emergenza, ma è anzi in qualche modo stata recepita e razionalizzata nel regime della novella del d.lgs. 149/22: che ha introdotto i nuovi artt. 127-*bis* e 127-*ter* c.p.c. e 196-*duodecies* disp. att. c.p.c.

Può essere allora opportuno, anche in vista dell'applicazione di questa, ripercorrere gli approdi della Corte EDU in tema di necessaria pubblicità dell'udienza, come recepiti dalla Corte di cassazione in relazione al rito

introdotta con la novella del 2016 (cioè, di cui al d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito, con modificazioni, nella l. 25 ottobre 2016, n. 197), che, com'è noto, ha istituito, come tendenzialmente normale, il rito camerale non partecipato.

Tra le principali pronunce della Corte EDU può annoverarsi quella del 6 novembre 2018 (della Grande Camera, in causa Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo, ricorsi nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13).

Questa così si esprime (TdA) (7):

“... β) L’udienza pubblica.

(7) Questa si esprime in tali testuali termini:

“... β) L’audience publique

187. La Cour rappelle d’emblée que le droit à une audience n’est pas lié exclusivement à la question de savoir si la procédure implique l’audition de témoins qui seront entendus oralement. Il est également important pour le justiciable de bénéficier de la possibilité d’exposer oralement ses prétentions devant les juridictions internes (Göç, précité, § 48). Ainsi, le droit à une audience est l’un des éléments qui sous-tendent le principe de l’égalité des armes entre les parties à la procédure (voir, mutatis mutandis, *Margaretić c. Croatie*, no 16115/13, §§ 127-128, 5 juin 2014).

188. La Cour rappelle également que, selon sa jurisprudence établie, dans une procédure se déroulant devant un premier et seul tribunal, le droit de chacun à ce que sa cause soit « entendue publiquement », au sens de l’article 6 § 1, implique le droit à une « audience » à moins que des circonstances exceptionnelles ne justifient de s’en dispenser (Göç, précité, § 47).

189. De plus, dans l’affaire *Martinie c. France* [GC] (no 58675/00, §§ 39-42, CEDH 2006-VI), la Cour a résumé ainsi les principes pertinents:

« ... » 190. S’agissant des circonstances exceptionnelles susmentionnées qui peuvent justifier de se dispenser d’une audience, la Cour a identifié les cas suivants:

— quand une audience n’est pas rendue nécessaire par l’existence de questions de crédibilité ou de faits contestés, et que les tribunaux peuvent équitablement et raisonnablement trancher l’affaire sur la base du dossier (*Döry c. Suède*, no 28394/95, § 37, 12 novembre 2002, et *Saccoccia c. Autriche*, no 69917/01, § 73, 18 décembre 2008);

— quand les affaires soulèvent des questions purement juridiques et de portée restreinte (*Allan Jacobsson c. Suède* (no 2), 19 février 1998, § 49, Recueil 1998 I, et *Mehmet Emin Şimşek c. Turquie*, no 5488/05, §§ 29-31, 28 février 2012) ou des questions de droit sans complexité particulière (*Varela Assalino c. Portugal* (déc.), no 64336/01, 25 avril 2002, et *Speil c. Autriche* (déc.), no 42057/98, 5 septembre 2002);

— quand les affaires portent sur des questions hautement techniques. La Cour a ainsi tenu compte du caractère technique des litiges relatifs aux allocations de sécurité sociale, qui se prêtent mieux à une procédure écrite qu’à des débats oraux. Elle a jugé à plusieurs reprises que, dans ce domaine, les autorités nationales pouvaient, compte tenu d’impératifs d’efficacité et d’économie, s’abstenir de tenir une audience, l’organisation systématique de débats pouvant constituer un obstacle à la diligence particulière requise en matière de sécurité sociale (*Schuler-Zraggen*, § 58, et *Döry*, § 41, arrêts précités).

191. En revanche, la Cour a jugé que la tenue d’une audience est nécessaire:

— lorsqu’il faut apprécier si les faits ont été correctement établis par les autorités (*Malhous c. République tchèque* [GC], no 33071/96, § 60, 12 juillet 2001);

187. La Corte ricorda subito che il diritto ad un'udienza non è legato esclusivamente alla questione se la procedura implica l'audizione di testimoni che saranno intesi oralmente. È ugualmente importante per il giustiziabile beneficiare della possibilità di esporre oralmente le sue pretese davanti le giurisdizioni interne (...). Ancora, il diritto ad un'udienza è uno degli elementi che sottendono al principio delle parità delle armi tra le parti nella procedura (...).

188. La Corte ricorda ugualmente che, secondo la sua giurisprudenza consolidata, in una procedura che si svolge davanti un primo e solo tribunale, il diritto di ognuno a che la sua causa sia pubblicamente ascoltata, ai sensi dell'art. 6 § 1, implica il diritto ad una "udienza", a meno che circostanze eccezionali non ne giustifichino l'esenzione (...).

189. Inoltre, nell'affare *Martinie c. Francia* [GC] (n. 58675/00, §§ 39-42, CEDH 2006-VI), la Corte ha così riassunto i principi pertinenti: ...

190. Quanto alle circostanze eccezionali summenzionate in grado di giustificare la dispensa da un'udienza pubblica, la Corte ha identificato i casi seguenti:

— quando un'udienza non è resa necessaria per l'esistenza di questioni di credibilità o di fatti contestati, se il tribunale possa con equità e ragionevolezza decidere l'affare sulla base del fascicolo (...);

— quando l'affare concerne questioni puramente giuridica e di portata ristretta (...) o questioni di diritto senza particolare complessità (...);

— quando l'affare verte su questioni altamente tecniche. La Corte ha tenuto così conto del carattere tecnico delle liti sugli assegni di sicurezza sociale, che si prestano meglio ad una procedura scritta che a dibattiti orali. Ha ritenuto più volte che, in questo settore, le autorità nazionali potevano, tenuto conto di esigenze imperative di efficacia ed economia, astenersi dal tenere un'udienza, poiché l'organizzazione sistematica dei dibattimenti orali avrebbe potuto costituire un ostacolo alla diligenza particolare richiesta in materia di sicurezza sociale.

191. Di contro, la Corte ha giudicato che la tenuta di un'udienza pubblica è necessaria:

— se occorre valutare se i fatti siano stati correttamente ricostruiti dalle autorità (...);

---

— lorsque les circonstances commandent que le tribunal se fasse sa propre impression du justiciable et donne à celui-ci la possibilité d'expliquer sa situation personnelle, en personne ou par l'intermédiaire de son représentant (*Göç*, précité, § 51; *Miller*, précité, § 34 in fine, et *Andersson c. Suède*, no 17202/04, § 57, 7 décembre 2010);

— lorsque le tribunal doit obtenir, notamment par ce moyen, des précisions sur certains points (*Fredin c. Suède* (no 2), 23 février 1994, § 22, série A no 283 A, et *Lundevall c. Suède*, no 38629/97, § 39, 12 novembre 2002). ...".

— se le circostanze esigono che il tribunale si formi una propria impressione del giustiziabile e gli dia la possibilità di spiegare la sua situazione personale, di persona o con l'intermediario suo rappresentante (...);

— quando il tribunale deve conseguire, specialmente per questo mezzo, precisazioni su alcuni punti (...).”

E, proseguendo nella sua disamina, ha valutato idoneo il recupero in un grado successivo dell'udienza pubblica, necessaria ma non tenuta in quello precedente, quando nel successivo vi sia la stessa ampiezza di giurisdizione.

Già in precedenza, nel corso dello stesso affare (Corte EDU, quarta sezione, 21 giugno 2016, causa Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo, ricorsi nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13), la Corte EDU aveva riassunto che, ferma restando l'illegittimità di un sistema istituzionalmente privo di un'udienza pubblica, a questa, oltre ai casi in cui per singoli processi eccezionali circostanze di specie lo imponessero e comunque entro le previsioni generali della legge, era consentito derogare — con conseguente possibilità di decidere pure solo sulla base degli atti sottoposti dalle parti (e quindi su contraddittorio sostanzialmente scritto) — per intere categorie di cause:

— *a*) quando non vi sono questioni di credibilità del tribunale o della corte;

— *b*) quando non vi è da ricostruire un fatto o da assumere prove;

— *c*) quando vi siano particolari esigenze di un trattamento rapido dell'affare;

— *d*) quando si verte esclusivamente su punti di diritto;

— *e*) quando l'oggetto è altamente tecnico.

Sul punto, la Corte EDU è tornata anche successivamente, esaminando i casi in cui è stato violato il diritto all'udienza pubblica (tra le altre: Corte EDU 2 giugno 2022, Straume c. Lettonia); ma già in precedenza la Corte di cassazione ha ritenuto legittima la mancata celebrazione di un'udienza pubblica in casi particolari, come, ad esempio: in quelli di procedimenti camerali di “filtro” di ammissibilità (Cass. 17 gennaio 2019, n. 1067); nei regolamenti di competenza ai sensi dell'art. 380-ter c.p.c. nel testo anteriore alla novella del 2016 (Cass. (ord.) 16 marzo 2012, n. 4268); nei procedimenti amministrativi che esitano in sanzioni equiparabili a quelle penali, se la parte vi aveva implicitamente rinunciato (Cass. 22 gennaio 2018, n. 1529).

E la Corte di cassazione si è misurata con tali principi riconoscendo la piena conformità alla disciplina costituzionale e sovranazionale — tra cui, quindi, quella convenzionale — della novella del 2016, che, come ricordato, prevede istituzionalmente la carenza di un'udienza pubblica in tutti i casi in cui la trattazione in pubblica udienza non è resa opportuna dalla particolare



rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare (Cass. (ord.) 2 marzo 2017, n. 5371). Tale conclusione è stata mantenuta ferma, trascorso il periodo in cui andava ricercata una disciplina intertemporale (nel quale si è consentito alla parte il deposito di memorie anche senza previa notifica di controricorso: Cass. (ord.) 27 febbraio 2017, n. 4906; Cass. (ord.) 7 settembre 2018, n. 21798), con conseguenti maggiori oneri per la parte (che non può più utilmente depositare memorie nel rito camerale se in precedenza non ha notifica il controricorso: Cass. 29 ottobre 2020, n. 23921; Cass. (ord.) 11 febbraio 2022, n. 4428). Dal 1° gennaio 2023, il nuovissimo rito di legittimità prevede, sistematicamente, che la corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia in pubblica udienza quando la questione di diritto è di particolare rilevanza, nonché nei casi di cui all'art. 391-*quater* c.p.c.

Può così concludersi che i giudici nazionali dei gradi di merito, al di fuori dei casi espressamente disciplinati come privi di tale passaggio procedurale, non potranno sottrarsi alle esigenze di pubblicità dell'udienza, a dispetto dell'indiscutibile ampiezza del tenore testuale delle norme che autorizzano la sua tenuta in modalità c.d. da remoto: e tanto per evitare di esporre a responsabilità lo Stato per violazione del diritto al giusto processo come disegnato appunto dall'art. 6 della Convenzione europea, se necessario in autonoma restrizione dei propri pure ampi poteri fondati dall'univoca norma processuale; per il rito di legittimità, invece, nulla è innovato, visto che la facoltà di tenere la camera di consiglio in modalità da remoto non modifica l'istituzionale carenza di partecipazione di pubblico ministero e parti private all'adunanza camerale disegnata dalla novella del 2016 prima e del 2023 ora.

## 5. La motivazione

Soltanto un cenno, per la vastità dell'argomento e l'ampiezza delle sue trattazioni da parte degli interpreti, può qui farsi alla motivazione, se non altro come intesa dalla Corte europea.

L'obbligo di motivazione è coesistente al giusto processo disegnato dall'art. 6 CEDU, perché essa finisce col rappresentare "... lo strumento col quale il giudice risponde del modo di esercizio del suo potere, consentendo ai consociati di esercitare un diffuso controllo democratico sulla sua attività » e, così, rappresentando formidabile « garanzia contro l'arbitrio ».

Pure, l'obbligo di motivazione non impone affatto una risposta particolareggiata (purché sia comunque "debitamente" motivata) a ciascun argomento, bensì solo a quelli principali, soprattutto quando si tratta di decisioni di rito e non di merito: ciò che, con tutta evidenza, sposta la focalizzazione del problema su cosa davvero rilevi come principale ai fini della decisione e cosa non lo sia, sostanzialmente riversando la valutazione di idoneità o meno

appunto a tale selezione, quand'anche solo implicita. Tanto implica la piena legittimità di quanto, nella tradizione processualistica nazionale, si riconduce al concetto stesso di assorbimento in senso tecnico: con l'ulteriore conseguenza che, a condizione che sia correttamente valutata la non necessità di prendere in esame ciascuna delle istanze istruttorie e di merito, non è contrario alla Convenzione deliberare di non ritenere indispensabile una espressa disamina di ognuna.

La Corte europea riafferma la sua giurisprudenza — “*ancienne et constante*” (“antica e costante”, TdA) — secondo la quale non le appartiene di conoscere degli errori di fatto o di diritto eventualmente commessi da una giurisdizione interna, salvo che e nella misura in cui essi possono avere leso i diritti e le libertà fondamentali tutelati dalla Convenzione <sup>(8)</sup>: perché solo in questo caso quegli errori possono dar luogo ad un difetto di equità della decisione, incompatibile con l'art. 6 della Convenzione.

Questa disposizione in effetti garantisce il diritto ad un giusto processo, ma non regola affatto l'ammissibilità delle prove o il loro apprezzamento, materia che compete in primo luogo al diritto interno ed alle giurisdizioni nazionali. In principio, questioni come il peso attribuito dai tribunali nazionali all'uno o all'altro elemento di prova o ad una o ad altra conclusione o valutazione dei primi e delle seconde sfuggono al controllo della Corte. Quest'ultima non è un giudice di quarta istanza e non rimette in causa, sotto l'angolo dell'art. 6 § 1, l'apprezzamento dei tribunali nazionali, salvo che le loro conclusioni possano valutarsi come arbitrarie o manifestamente irragionevoli <sup>(9)</sup>.

La logica che sottosta a questa nozione di “errore manifesto di apprezzamento” (derivata dal diritto amministrativo francese), come impiegata nel contesto dell'art. 6 § 1 della Convenzione, è senza alcun dubbio che, nel caso in cui l'errore di fatto o di diritto commesso dal giudice nazionale è evidente al punto da qualificarsi come “manifesto” — nel senso (come opportunamente sottolinea e spiega, quasi didatticamente, la stessa Corte) che nessun magistrato ragionevole avrebbe potuto commetterlo —, esso può aver nuociuto all'equità del processo.

Dunque, occorre che il carattere irragionevole della conclusione delle giurisdizioni nazionali sui fatti sia così “flagrante e manifesto” che la Corte

<sup>(8)</sup> Corte EDU, Gr. C., 5 febbraio 2015, ric. n. 22251/08, *Bochan c. Ucraina*, 61, ove riferimenti a Corte EDU, Gr. C., *García Ruiz c. Spagna*, ric. n. 30544/96, 28, e a Corte EDU, *Perez c. Francia*, ric. n. 47287/99, 82.

<sup>(9)</sup> Corte EDU, 21 marzo 2000, *Dulaurans c. Francia*, ric. n. 34553/97, 33-34 e 38; Corte EDU, 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russia*, ric. n. 72118/01, 170 e 174; Corte EDU, 9 aprile 2013, *Andelkovic c. Serbia*, ric. n. 1401/08, 24 e 27. In senso analogo e con richiamo a tali precedenti, Corte EDU, 17 ottobre 2017, *Tel c./ Turchia*, ric. n. 36785/03, 60.

possa stimare che la procedura denunciata dovrebbe essere qualificata come “grossolanamente arbitraria”, ovvero in sostanza talmente sprovvista di base legale in diritto interno e priva di legami coi fatti stabiliti, il diritto applicabile o le questioni in causa, che essa rivesta un carattere arbitrario e si risolva in “diniego di giustizia”.

Altrettanto fermamente, la Corte europea rassicura i giudici nazionali ricordando come l’art. 6 esiga da loro che siano indicati in maniera sufficiente i motivi sui quali si basano le loro decisioni, ma senza pretendere una risposta dettagliata a ciascun argomento delle parti, perché l’obbligo di motivazione implica che la parte di una procedura giudiziaria possa attendersi una risposta specifica ed esplicita ai mezzi decisivi per la definizione della procedura in corso <sup>(10)</sup>.

Solo quando la controversia ha ad oggetto diritti fondamentali oggetto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo la Corte di Strasburgo esige dai giudici nazionali una vigilanza ancora più scrupolosa e si ingerisce in modo evidente delle loro valutazioni di merito e, soprattutto, del c.d. controllo di proporzionalità da loro esercitato sul punto, prendendo visione dei fatti e, in particolar modo, della considerazione che di quella le autorità giudiziarie nazionali hanno in concreto operato; tanto va recepito anche dai giudici nazionali <sup>(11)</sup>, in virtù del meccanismo di interazione della giurisprudenza di quella Corte nel nostro ordinamento, come disegnato dalla nostra Corte costituzionale e ribadito fin da Corte cost. n. 26 marzo 2015, n. 49.

Se la stessa Corte europea dei diritti dell’uomo ammette certamente un margine (necessariamente elastico) di apprezzamento discrezionale in capo ai singoli Stati — e quindi ai giudici nazionali, che quei diritti sono chiamati in prima battuta a tutelare — nel modulare le risposte di tutela di quei diritti nelle fattispecie concrete, per adeguare le prime alle peculiarità delle seconde <sup>(12)</sup>, è però indispensabile che la risposta concreta regga ad un vaglio di proporzionalità e così di adeguatezza, nell’equilibrio raggiunto tra l’esigenza dell’interesse generale e la salvaguardia del diritto fondamentale <sup>(13)</sup>: in buona approssimazione tanto intendendosi per controllo del rispetto del principio di proporzionalità.

<sup>(10)</sup> Corte EDU, *Dulaurans c. Francia*, cit.

<sup>(11)</sup> Sul tema v. Cass. (ord.) 22 settembre 2016, n. 18619.

<sup>(12)</sup> È la teoria della “marge [nationale] d’appréciation”, fondamentale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e costantemente ribadita; riaffermata di recente, anche quanto all’art. 2 della Convenzione, da Corte EDU, Gr. C., 30 marzo 2016, ric. n. 5878/08, *Armani da Silva c. Regno Unito*; in generale, tra le più recenti, Corte EDU, 30 giugno 2016, ric. n. 29151/11, *Duceau c. Francia*; tra le più remote, v. Corte EDU, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70.

<sup>(13)</sup> Come da sempre teorizzato: si veda, ad es., Corte EDU, 7 agosto 1996, *Zuboni c. Italia*, oppure Corte EDU, 12 luglio 2016, *A.M. e aa. c. Francia*, ric. n. 24587/12.

A questo riguardo, occorrerà allora fare riferimento non alla definizione generale — propria delle teorie classiche del diritto amministrativo d'Oltralpe e internazionale — del principio di proporzionalità come esigenza di adeguatezza tra i mezzi impiegati e gli scopi perseguiti, ma a quella, più pregnante in quanto riferita al campo dei diritti fondamentali ed alla teoria generale del diritto, della esigenza di conciliazione tra due principi o norme generali che si trovano, in una determinata situazione o classe di situazioni, in posizione evidentemente antinomica, al fine di stabilire se e quali sacrifici imponga all'uno o all'altro in esito alla comparazione delle relative valutazioni assiologiche.

A questo fine, non interessano, per valutare se la risposta è stata adeguata, i limiti procedurali interni dei sistemi giurisdizionali, nemmeno quando imperniati, come quelli di tradizione romanistica, sulla limitazione del controllo di ultima istanza alla sola legittimità delle decisioni dei pregressi gradi di merito: nel suo complesso, la risposta giurisdizionale alla richiesta di tutela del diritto fondamentale, non importa da quale organo interno al sistema giudiziario statale coinvolto sia stata resa, deve essere adeguata e proporzionata <sup>(14)</sup>.

Particolare attenzione è dedicata dalla Corte EDU all'obbligo di una motivazione comprensibile sulle richieste di attivazione di procedimenti incidentali sulla validità delle norme, siano essi di conformità alla Costituzione nazionale (è il caso deciso da Corte EDU 26 ottobre 2021, *Šaltinytė c. Lituania*), siano essi previsti dalla norma eurounitaria (con il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*: tra i molti, si segnala Corte EDU, Sez. 5, 13 febbraio 2020, *ric. n. 25137/16, Sanofi Pasteur c. Francia*).

In definitiva, sulla motivazione la Corte EDU ha un approccio necessariamente casistico, limitandosi a valutare soltanto che quella non sia arbitraria o irragionevole (tra le ultime: Corte EDU 31 luglio 2021, *Ali Riza c. Svizzera*): ma si tratta, con evidenza, di un criterio che sfugge a generalizzazioni e si presta a numerose ed indefinite concrete diversificazioni applicative.

## 6. Un dialogo a tre voci fra le Corti

Le ricadute sull'attività del giudice nazionale dell'interazione tra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei

---

<sup>(14)</sup> Secondo quanto emerge dalla motivazione adottata dai giudici nazionali. Su tale secondo aspetto, implicante un penetrante controllo nel merito delle argomentazioni a giustificazione delle scelte dei giudici nazionali, fra molte, v. Corte EDU, 23 giugno 2015, *Özçelebi c. Turchia*, *ric. n. 34823/05*, 48, ovvero Corte EDU, 2 febbraio 2016, *Erdener c. Turchia*, *ric. n. 23497/05*, 30.

diritti dell'uomo merita un'approfondita specifica disamina anche quanto alla tematica del giusto processo e, così, in questa sede basti un cenno alle ricadute delle recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea su principi fondamentali del processo civile, quale il giudicato, nonché alle dinamiche innescate dall'approdo convenzionale sull'ineludibilità della motivazione sulle richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Quest'ultima conclusione <sup>(15)</sup> finisce per rafforzare, se non altro indirettamente, gli stringenti obblighi derivanti al giudice nazionale dalla norma sovranazionale sul punto: ma, poiché ad essere tenuti al rinvio pregiudiziale sono solo le giurisdizioni di ultima istanza, solo le motivazioni della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti dovranno contenere sufficienti passaggi argomentativi, quand'anche impliciti, per denegare il rinvio (per di più alla luce della rivisitazione dei criteri Cilfit, operata con la nota sentenza della Grande Sezione del 6 ottobre 2021 della CGUE, *Consorzio Italian Management*, causa C-561/19). Per il resto, sul punto il dialogo non è mai stato davvero "triangolare" in senso stretto, piuttosto essendo state coinvolte le più alte giurisdizioni nazionali (nel già ricordato caso dell'art. 187-quinquiesdecies t.u.f., la Corte di cassazione e la Consulta) e la Corte di Lussemburgo, ma senza diretto coinvolgimento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sul giudicato il discorso sarebbe notevolmente più ampio: gli studi sul punto hanno il loro spunto sulle ricadute delle pronunce della Corte EDU su quelle interne divenute ormai definitive; ma, mentre in materia penale il dialogo è stato evidente e certamente proficuo, conducendo perfino a modifiche normative significative (bastando pensare alle deficienze strutturali stigmatizzate dalla Corte di Strasburgo in materia di condizioni di detenzione od alla revisione per contrarietà alle pronunce convenzionali), nel settore civile la Consulta ha escluso un automatismo nell'adeguamento dell'ordinamento interno agli interventi di interpretazione dei principi della Convenzione dei diritti dell'uomo. E riprova ne è la riconosciuta necessità di un intervento normativo specifico per assicurare il travolgimento del giudicato nazionale (il già ricordato art. 391-quater c.p.c., introdotto dalla novella di cui al d.lgs. 149/22, per la revocazione di sentenze dei soli giudici ordinari per contrarietà a sentenze della Corte EDU, ma solo in limitatissime materie ed a determinate condizioni).

Quanto alla prima, reiteratamente si formula in termini generali il valore della cosa giudicata come funzionale al principio della certezza del diritto

---

<sup>(15)</sup> Su cui, da ultimo, vedi la già richiamata Corte EDU, 13 febbraio 2020, *Sanofi c. Francia*; in precedenza, tra molte e con riguardo proprio ad un contenzioso seriale italiano, v. Corte EDU, 21 luglio 2015, *Schipani e altri c. Italia*, ric. n. 38369/09.

(“sécurité juridique” o “legal certainty”), che tende a garantire una certa stabilità delle situazioni giuridiche e a favorire la fiducia nella giustizia, quali elementi o principi fondamentali di uno Stato di diritto (Corte EDU, 29 novembre 2016, *Paroisse gréco-catholique Lupeni e aa. c. Romania*, § 116, ripresa testualmente da Cass., S.U., 7 maggio 2021, n. 12754; Corte EDU 9 febbraio 2016, *Celebi e aa. c. Turchia*, p. 52, nonché Corte EDU, 18 gennaio 2012, *Penias et Ortmair c. Austria*, entrambe riprese testualmente da Cass. (ord.) 27 settembre 2017, n. 22629). Eppure, in un delicato gioco di interazione tra Carta dei diritti fondamentali dell’Unione e della Convenzione (amplissimo essendo il dibattito sulla peculiare relazione tra le norme dell’una e quella dell’altra, pur restando esclusa la sussunzione diretta della seconda nella prima), anche di recente la Corte di Lussemburgo ha influito pesantemente proprio sul giudicato nazionale, sia pure — al momento — solo in materia consumeristica, in quanto direttamente disciplinata dal diritto europolitano: affermando che alla disciplina nazionale sul giudicato, benché mantenga un ruolo ineliminabile nella stabilità dell’ordinamento, osta il diritto dell’Unione, se non altro quando quello sia implicito e precluda la verifica — in ogni momento e quindi anche in fase esecutiva — del rispetto dei diritti del consumatore <sup>(16)</sup>.

Il tema che ne viene coinvolto, con ricadute ancora tutte da ricostruire, è così quello della stessa cedevolezza del giudicato rispetto all’effettività della tutela: sicché occorrerà valutare se il giudicato possa ancora ritenersi un principio o caposaldo dell’ordinamento nazionale, perfino tale da assurgere a tradizione costituzionale, oppure se debba essere ridisegnato e rimodulato in conformità alle esigenze dell’ordinamento sovranazionale, benché — va ammesso — pur sempre al superiore scopo di una più piena salvaguardia di diritti fondamentali evidentemente sovraordinati.

---

<sup>(16)</sup> Si tratta delle quattro sentenze rese il 17 maggio 2022 dalla Grande Camera della CGUE: in causa C-600/19 *Ibercaja Banco*; in cause riunite C-693/19 *SPV Project 1503*, C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza*; in causa C-725/19 *Impuls Leasing România*; in causa C-869/19 *Unicaja Banco*.

## II.

### L'EQUA RIPARAZIONE PER IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

di *Antonio Scarpa* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il diritto fondamentale al termine ragionevole del processo equo. — 2. L'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU sul « termine ragionevole ». — 3. Il diritto all'equa riparazione. — 4. I rimedi preventivi. — 5. Natura e consistenza dell'equa riparazione.

#### 1. Il diritto fondamentale al termine ragionevole del processo equo

L'art. 6, § 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) riconosce ad ogni persona il diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.

Anche l'art. 47, § 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce ad ogni individuo il diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge.

L'art. 111, secondo comma, Cost. stabilisce, poi, che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale e che la legge “ne assicura la ragionevole durata”.

Già prima della approvazione del riformato art. 111, secondo comma Cost., in realtà, la Corte costituzionale aveva elevato la ragionevole durata del processo a presupposto di attuazione (sentenza n. 388 del 1999), e ancora in precedenza a limite (sentenze n. 345 del 1987 e n. 48 del 1976), dell'efficace

---

(\*) Consigliere presso la Corte di cassazione.



protezione del diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi di cui all'art. 24 Cost., e quindi della "realizzazione della giustizia" (1).

Superati i dubbi che animarono le prime letture della richiamata norma costituzionale introdotta dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ad avviso delle quali la speditezza del processo nell'art. 111, secondo comma Cost., avrebbe rappresentato solo una « garanzia oggettiva » posta a presidio della buona amministrazione della giustizia, può dunque certamente concludersi che, per il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali, il termine ragionevole è criterio di misura di ogni tipo di processo giurisdizionale equo (2).

La natura fondamentale del diritto alla ragionevole durata del processo — incluso dalla CEDU fra quelli che, alla stregua del suo preambolo, costituiscono le « basi stesse della giustizia e della pace nel mondo », propri di « un regime politico effettivamente democratico » ed animati da una concezione comune e da un comune rispetto — significa che il suo riconoscimento è connotato dai caratteri dell'universalità e dell'eguaglianza e che ne viene garantita l'inviolabilità.

Nella giurisprudenza costituzionale, seppur si dia per vero che la nozione di "ragionevole" durata del processo è sempre il risultato di un bilanciamento delicato tra i molteplici, ed anche confliggenti, interessi pubblici e privati coinvolti dalle forme di esercizio della giurisdizione, di tal ché una violazione del principio che essa conclama può essere ravvisata soltanto allorché l'effetto di dilatazione dei tempi processuali determinato da una specifica disciplina non sia sorretto da alcuna logica esigenza o legittima *ratio* giustificativa (sentenze n. 260 del 2020, n. 124 del 2019, n. 12 del 2016 e n. 159 del 2014), si avverte, ad un tempo, che il diritto al contraddittorio ed il diritto di difesa, muniti di salvaguardia dalla Costituzione e arricchiti dall'art. 6 CEDU e dalla correlata giurisprudenza della Corte EDU, non possono mai entrare in comparazione. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del « giusto » processo: non potrebbe interpretarsi l'art. 111 Cost. nel senso che da una parte sia imposta una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra siano autorizzate tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di

(1) Si veda M. CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Appendice*, V, Milano, 2001, in particolare par. 2 e nt. 114. La sentenza n. 202 del 1985 aveva invece affermato che la problematica dei "tempi processuali", recepita all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo quale aspetto del "giusto processo", non trovasse eco nella Carta costituzionale, se non per la particolare previsione dell'art. 13, quinto comma. La medesima giurisprudenza costituzionale, tuttavia, aveva, riconosciuto le esigenze di celerità del processo (sentenza n. 16 del 1994) ed il bene dell'efficienza del processo (sentenza n. 10 del 1997).

(2) Secondo Corte cost., 24 marzo 2022, n. 74, « [l]a ragionevole durata è un connotato identitario della giustizia del processo ».

abbreviare la durata dei procedimenti: un processo non « giusto », perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata (Corte cost., sentenze n. 111 del 2022; n. 317 del 2009) <sup>(3)</sup>.

## 2. L'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU sul « termine ragionevole »

Alla nozione di « termine ragionevole » di cui all'art. 6, § 1, della CEDU si deve attribuire il significato che si trae dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, dalla quale non è permesso di discostarsi nell'esercizio del potere interpretativo garantito al giudice nazionale dall'art. 101, secondo comma, Cost. (Corte cost., sentenza n. 49 del 2015).

Per la Corte EDU l'art. 6, § 1, obbliga gli stati contraenti a organizzare i loro ordinamenti in maniera che i tribunali possano assicurare il diritto di ogni persona di ottenere, entro un termine ragionevole, una decisione definitiva sulle controversie concernenti i suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza dell'accusa penale formulata nei suoi confronti, e dunque in maniera che l'amministrazione della giustizia sia erogata senza ritardi che possano comprometterne l'effettività (*Katte Klitsche de la Grange c. Italia*, 27 ottobre 1994, Serie A n. 293-B, § 61; *Parrocchia greco-cattolica di Lupeni, e altri c. Romania* [GC], n. 76943/11, CEDU 2016, § 142; in materia penale, *Wemhoff c. Germania*, 27 giugno 1968, serie A n. 7, § 18; *Kart c. Turchia* [GC], n. 8917/05, CEDU 2009, § 68).

Il fatto che lo Stato abbia introdotto un rimedio risarcitorio per le violazioni del principio del termine ragionevole, senza che tuttavia tale rimedio abbia privato l'interessato della qualità di « vittima » ai fini dell'articolo 34 della Convenzione, costituisce una « circostanza aggravante » nel contesto di una violazione dell'articolo 6 § 1 per superamento del termine ragionevole (*Scordino c. Italia (n. 1)* [GC], n. 36813/97, CEDU 2006-V, § 225).

Ai fini della determinazione della durata del processo, il termine inizia a decorrere dalla data del promovimento dell'azione dinanzi al giudice, che viene tuttavia anticipato ove sia pregiudiziale il ricorso obbligatorio ad un procedimento amministrativo o l'esperimento di una fase preliminare anche

<sup>(3)</sup> Di recente, C. CAVALLINI, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 825 ss., il quale avverte che « il « valore » della ragionevole durata del processo, pur appartenendo al novero dei presupposti di una giustizia efficiente e dunque effettiva, non riveste carattere assoluto, dovendo bilanciarsi con altri « valori » parimenti tutelati dalla carta costituzionale, in primo luogo il diritto delle parti di azione e di difesa ».

di carattere non giudiziario (*Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia* [GC], n. 63235/00, CEDU 2007-II § 65; *Blake c. Regno Unito*, n. 68890/01, 26 settembre 2006, § 40; *Kress c. Francia* [GC], n. 39594/98, CEDU 2001-VI, § 90; *Siegel c. Francia*, n. 36350/97, CEDU 2000-XII, §§ 33-38).

Nel processo penale, si guarda come *dies a quo* al giorno in cui la persona viene formalmente accusata o è comunque informata dell'accusa, o viene altrimenti a subire gli effetti delle misure adottate nell'ambito di un'inchiesta (*Mamič c. Slovenia* n. 2, n. 75778/01, CEDU 2006-X, §§ 23-24; *Liblik e altri c. Estonia*, *Liblik e altri c. Estonia*, nn. 173/15 e altri, 28 maggio 2019, § 94; *McFarlane c. Irlanda* [GC], n. 31333/06, 10 settembre 2010, § 143).

Si tiene poi conto dell'intero processo fino al momento della decisione definitiva sulla controversia o sulla fondatezza dell'accusa (*Poiss c. Austria*, 23 aprile 1987, Serie A n. 117, § 50; *V. c. Regno Unito* [GC], n. 24888/94, CEDU 1999-IX, § 109) ed anche del periodo necessario per l'esecuzione della sentenza (*Silva Pontes c. Portogallo*, 23 marzo 1994, Serie A n. 286-A, § 33; *Di Pede c. Italia*, 26 settembre 1996, § 24; *Assanidzé c. Georgia* [GC], n. 71503/01, CEDU 2004-II, § 181).

La ragionevolezza della durata del processo deve essere valutata unitariamente e complessivamente (e non in relazione alla sue singole fasi), nonché in base alle particolari circostanze, alla stregua dei criteri della complessità della causa, della condotta della parte e delle autorità competenti e della posta in gioco nella controversia (*Dobbertin c. Francia*, 25 febbraio 1993, serie A n. 256-D, § 44; *Sürmeli c. Germania* [GC], n. 75529/01, CEDU 2006-VII, § 128; *Parrocchia greco-cattolica di Lupeni, e altri c. Romania* [GC], n. 76943/11, CEDU 2016, § 143; *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia* [GC], n. 931/13, CEDU 2017, §§ 210-11; *Liblik e altri c. Estonia*, nn. 173/15 e altri 5, 28 maggio 2019, § 91; *Chiarello c. Germania*, §, n. 497/17, 20 giugno 2019, § 45; *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* [GC], n. 41720/13, 25 giugno 2019, §§ 209-2014; *Omdahl c. Norvegia*, n. 46371/18, 22 aprile 2021 §§ 47 e 54-55).

La complessità della causa può derivare sia dalle vicende di fatto che dalle questioni di diritto, come dal numero delle parti coinvolte, dei testimoni da esaminare o dei capi d'accusa, dalla mancanza di precedenti, dalla oscurità della normativa (*Neumeister c. Austria*, 27 giugno 1968, serie A n. 8, § 20; *Adiletta e altri c. Italia*, 19 febbraio 1991, serie A n. 197-E, § 17; *Papachelas c. Grecia* [GC], n. 31423/96, CEDU 1999-II, § 39; *Parrocchia greco-cattolica di Lupeni, e altri c. Romania* [GC], n. 76943/11, CEDU 2016, § 150; *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* [GC], n. 41720/13, 25 giugno 2019, §§ 210).

Le autorità nazionali non possono rispondere della durata eccessiva del processo ove la parte non abbia compiuto con diligenza gli atti del giudizio,

non si sia avvalso di strumenti acceleratori o abbia utilizzato strategie difensive dilatorie (*Eckle c. Germania*, 15 luglio 1982, serie A n. 51, § 82; *Unión Alimentaria Sanders S.A. c. Spagna*, 7 luglio 1989, Serie A n. 157, § 35; *Sürmeli c. Germania* [GC], n. 75529/01, CEDU 2006-VII § 131; *Mincheva c. Bulgaria*, n. 21558/03, 2 settembre 2010, § 68; *Sociedade de Construções Martins & Vieira, Lda., e altri c. Portogallo*, nn. 56637/10 e altri 2, 30 ottobre 2014, § 48; *Keaney c. Irlanda*, n. 72060/17, 30 aprile 2020, § 95).

Lo Stato è responsabile della condotta delle sue autorità, e quindi anche dei vizi procedurali che abbiano causato ritardi o del mancato utilizzo di poteri di sollecitazione verso le parti (*Sürmeli c. Germania* [GC], n. 75529/01, CEDU 2006-VII, § 129; *Parrocchia greco-cattolica di Lupeni, e altri c. Romania* [GC], n. 76943/11, CEDU 2016, § 147). Neppure un sovraccarico degli uffici giudiziari, né l'adozione di una riforma o di soluzioni organizzative finalizzate a velocizzare le definizioni delle controversie, sono ragioni automaticamente giustificative della violazione della durata ragionevole (*Vocaturo c. Italia*, 24 maggio 1991, Serie A n. 206-C, § 17; *Fisanotti c. Italia*, 23 aprile 1998, § 22; *Scordino c. Italia (n. 1)* [GC], n. 36813/97, CEDU 2006-V, §§ 178 e ss.; *Bara e Kola c. Albania*, nn. 43391/18 e 17766/19, 12 ottobre 2021, § 68-71).

È poi ricca la casistica della giurisprudenza della Corte EDU su cause che, per la natura della posta in gioco, esigono estrema sollecitudine (controversie in materia di salute, soddisfacimento di bisogni essenziali, stato e capacità, minori e responsabilità genitoriale, tutela del lavoro o dell'attività professionale, lo stato di detenzione in custodia cautelare dell'accusato).

La giurisprudenza della Corte EDU risulta, pertanto, volta ad erogare una ampia tutela "parcellizzata", ispirata da finalità di protezione della posizione del ricorrente, leso con riguardo alle peculiarità del caso concreto, a fronte di un malfunzionamento dell'ordinamento processuale interno valutato *ex post* sulla base degli indicati "criteri di relativizzazione" (4). Questo approccio consente alla Corte di Strasburgo di contemperare nel singolo giudizio l'interesse individuale alla decisione più celere con l'interesse generale al corretto ed effettivo esercizio della funzione giurisdizionale, il che postula altresì un bilanciamento fra logiche economiche e garanzie.

### 3. Il diritto all'equa riparazione

La l. 24 marzo 2001 n. 89, nella sua originaria formulazione, contemplava il "diritto ad un'equa riparazione" per chi avesse "subito un danno

---

(4) Cfr. S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 211; A. DIDONE, A. DIDONE, *La ragionevole durata del processo* (art. 6, par. 1, CEDU), in *CEDU e ordinamento italiano*, a cura di A. DI STASI, 2<sup>a</sup> ed., Vicenza 2020, 270.

patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione", ed allestita un apposito strumento procedimentale diretto ad accertare tale violazione ed a liquidare il danno correlato. La legge n. 89 del 2001 giungeva, quindi a colmare il precedente vuoto ordinamentale, che aveva comportato sul punto, in assenza di un idoneo rimedio interno, il frequente ricorso alla tutela sussidiaria erogata dalla Corte EDU in forza degli artt. 34, 35 e 41 della Convenzione.

Il mancato richiamo della legge n. 89 del 2001 all'appena modificato art. 111 Cost. e l'iniziale dibattito sulla portata realmente precettiva o soltanto programmatica della nuova norma costituzionale sulla "ragionevole durata" del processo, e quindi anche sulla identità del diritto alla ragionevole durata e del diritto alla correlata riparazione (ovvero, altrimenti, sulla natura di elemento costitutivo della violazione del canone convenzionale rispetto alla tutela risarcitoria), provocarono un tempestivo intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>(5)</sup>. Le Sezioni Unite, dopo aver premesso che il diritto della parte ad un processo che non si protragga in modo irragionevole è accordato e tutelato dalla Costituzione, di cui pertanto la legge n. 89 del 2001 costituisce attuazione, chiarirono che, nel sistema di tale legge, il fatto giuridico costitutivo che fa sorgere il diritto all'equa riparazione è rappresentato dalla violazione della Convenzione sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, § 1. Spetta perciò alla Corte EDU conformare tutti gli elementi di questo fatto giuridico, dettando un'interpretazione che il giudice dello Stato deve seguire, in quanto la legge nazionale fornisce unicamente un rimedio giurisdizionale interno che permette di assicurare la sussidiarietà dell'intervento del giudice convenzionale. Recependo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la sentenza n. 1338 del 2004 concluse che, una volta accertata e determinata l'entità della violazione relativa alla durata ragionevole del processo secondo le norme della legge n. 89 del 2001, poiché la anomala lunghezza della pendenza produce nella parte che vi è coinvolta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, un patema d'animo che non occorre neppure provare, il giudice deve ritenere

---

<sup>(5)</sup> Cass., S.U. 26 gennaio 2004, n. 1338, in *Foro it.* 2004, I, 693 ss. (sul punto conformi le sentenze nn. 1339, 1240 e 1341 del 2004). A breve distanza, Cass., S.U. 23 dicembre 2005, n. 28507 (e 28508), in *Corriere giur.* 2006, 833 ss., con commento di R. CONTI, *Le sezioni Unite ancora sulla legge Pinto: una sentenza storica sulla via della piena attuazione della Cedu*; nonché in *Giur. cost.* 2007, 512 ss., con commento di M. MENGOLZI, *I rapporti tra la Cedu e la legge Pinto: le Sezioni Unite tornano a pronunziarsi sul tema.*

sussistente il danno non patrimoniale ogni qualvolta non ricorrano, nel caso concreto, circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente, occorrendo, invece, per il danno patrimoniale la prova diretta della sua esistenza <sup>(6)</sup>.

#### 4. I rimedi preventivi

Nella vigente formulazione, dovuta alle modifiche introdotte dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208, con l'art. 1-*bis* della legge n. 89 del 2001 alle parti vengono riconosciuti alle parti del processo un "diritto" primario (che in realtà opera come un "onere", in quanto condiziona l'ammissibilità della domanda di equa riparazione: art. 2) ad esperire i rimedi preventivi alla violazione del termine ragionevole di cui all'articolo 6, § 1, della Convenzione, e poi un diritto "residuale" e "condizionato" all'equa riparazione in favore di chi, dopo e nonostante che abbia esperito i rimedi preventivi (di cui all'art. 1-*ter*), abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte EDU, i rimedi preventivi sono non solo ammissibili, eventualmente in combinazione con quelli risarcitori, ma addirittura preferibili e più efficaci, in quanto volti a evitare che il procedimento diventi eccessivamente lungo e perciò non operanti soltanto *a posteriori*, potendosi, tuttavia, rivelare inadeguati ove già si siano verificate violazioni per superamento della soglia della ragionevolezza.

D'altro canto, il ricorso ai rimedi preventivi « è "effettivo" nella misura in cui esso velocizza la decisione da parte del giudice competente » (Corte EDU, Grande Camera, sentenza 29 marzo 2006, Scordino c. Italia; Corte EDU, sentenza 30 luglio 2020, Keaney contro Irlanda).

Gli strumenti contenuti nel catalogo dell'art. 1-*ter* della l. n. 89 del 2001 non appaiono generalmente predisposti per produrre effetti acceleratori sul

---

<sup>(6)</sup> Sul rapporto tra il diritto alla ragionevole durata di fonte convenzionale e costituzionale ed il diritto alla equa riparazione ex l. n. 89 del 2001, G. TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.* 2001, V, 2430 ss.; C. CONSOLO, *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corriere giur.* 2001, 569 ss.; R. MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (l. 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 1168 ss.; G. CIVININI, *Sul diritto alla ragionevole durata del processo: prime applicazioni della c.d. legge Pinto*, in *Foro it.* 2002, I, 232 ss.; G. MAMMONE, *La legge sull'equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata*, in *Giust. civ.*, 2002, 395 ss.; D. AMEDEI, *Note critiche sul procedimento per l'equa riparazione dei danni da durata irragionevole del processo*, in *Giust. civ.* 2002, II, 29 ss.; E. BENIGNI, *Il diritto all'equa riparazione nel "giusto" processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 625 ss.



processo ed assicurare garanzie di contrazione dei tempi procedurale, mancando un corrispondente dovere del giudice di riconoscere natura prioritaria alla trattazione del giudizio nel quale il rimedio sia stato sperimentato, come conferma il settimo del medesimo art. 1-ter.

Subordinandosi l'ammissibilità della domanda di equa riparazione all'esperimento dei rimedi preventivi, questi appaiono piuttosto volti ad un ulteriore contenimento del diritto all'indennizzo.

Verificato in base ai principi enunciati dalla Corte EDU, ad esempio nella sentenza 25 febbraio 2016, Olivieri e altri contro Italia, il sistema delineato dagli artt. 1-bis, comma 2, 1-ter e 2, comma 1, legge n. 89 del 2001, non regge: le diverse istanze ivi contemplate non possono efficacemente accelerare la decisione del giudice e non precostituiscono alcuna condizione volta a garantirne l'esame, e perciò non producono un effetto significativo sulla durata del procedimento, non impedendo che si oltrepassi il limite della durata ragionevole (in tal senso si è già pronunciata la Corte costituzionale con le sentenze n. 88 del 2018; n. 34 del 2019, sia pure in relazione all'art. 54, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008; n. 169 del 2019; n. 175 del 2021; n. 142 del 2023; in senso diverso, le sentenze n. 121 del 2020 e n. 107 del 2023, con riferimento ai rimedi preventivi introdotti per i processi civili ed amministrativi dalla legge n. 208 del 2015, 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 — (...) » quanto nella « proposizione di possibili, e concreti, "modelli procedurali alternativi", volti ad accelerare il corso del processo, prima che il termine di durata massima sia maturato »).

## 5. Natura e consistenza dell'equa riparazione

La giurisprudenza della Corte di cassazione è da sempre convinta della natura indennitaria, e non risarcitoria, dell'equa riparazione: si tratterebbe, in sostanza, non di obbligazione *ex delicto*, ma di obbligazione *ex lege*, derivante, ai sensi dell'art. 1173 c.c., da altro fatto o atto idoneo secondo l'ordinamento giuridico. A questa conclusione indurrebbero l'utilizzo ad opera del legislatore delle espressioni "riparazione" e "indennizzo"; il limite delle "risorse disponibili" posto all'erogazione (art. 3, comma 7, della l. n. 89/2001); le analogie con la riparazione per ingiusta detenzione *ex artt. 314 e 315 c.p.p.*; la connessione dell'equa riparazione con una ipotesi di responsabilità da attività lecita, qual è quella della amministrazione della giustizia, che non diviene illecita per il solo fatto del suo eccessivo protrarsi; l'irrelevanza, ai fini dell'equa riparazione, dell'accertamento di una colpa dell'am-



ministrazione o dei suoi agenti; la non decisività, ai medesimi fini, del ruolo di attore o di convenuto dell'interessato, come dell'esito, a lui favorevole o contrario, della lite presupposta.

La qualificazione *stricto sensu* indennitaria è tuttavia smentita dalla disciplina dettata dalla legge n. 89 del 2001 e dagli stessi argomenti che vengono portati a suo sostegno, nonché vanificata dai criteri operativi di verifica della lesione e di liquidazione delle relative somme.

La professata natura indennitaria sarebbe densa di significato se prelude all'attribuzione in misura predeterminata della prestazione posta carico dello Stato come conseguenza automatica dell'accertamento della violazione del diritto convenzionale e costituzionale alla ragionevole durata del processo, fissata secondo *standards* uniformi. Ciò indubitabilmente non è.

Stando al testo vigente della legge n. 89 del 2001, la stessa attribuisce il diritto all'equa riparazione a chi abbia "subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo" (art. 1-*bis*, comma 2). Presupposto del diritto alla riparazione è l'accertamento del fatto costitutivo di esso, dato dalla violazione del diritto sovraordinato alla ragionevole durata, al quale fine occorre tener conto della complessità del caso, dell'oggetto del procedimento, del comportamento delle parti, del giudice nonché di ogni altro soggetto chiamato a concorrere o a contribuire alla definizione procedimentale (art. 2, comma 2). Sono ostativi al riconoscimento dell'equa riparazione alcuni comportamenti processuali "abusivi" mantenuti dalla parte (art. 2, comma 2-*quinquies*). Viene contemplato un elenco di presunzioni *iuris tantum* di insussistenza del pregiudizio da irragionevole durata del processo, legate a vicende anomale dello stesso, ad inerzie delle parti o alla irrisorietà della posta in gioco (art. 2, comma 2-*sexies*), o al conseguimento di un vantaggio compensativo (art. 2, comma 2-*septies*). Sono quindi stabiliti i valori moltiplicatori annui minimi e massimi che il giudice deve "di regola" rispettare nella liquidazione dell'equa riparazione in relazione alla particolarità della fattispecie (art. 2-*bis*, commi 1 e 3). Per la determinazione della somma è richiamato l'art. 2056 c.c. sulla valutazione dei danni, prescrivendosi che la stessa sia circostanziata in rapporto all'esito del processo, al comportamento del giudice e delle parti, alla natura, al valore ed alla rilevanza della causa, nonché alle condizioni personali dell'interessato.

La constatazione che imprescindibile fatto costitutivo della equa riparazione ex l. n. 89 del 2001 sia il mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, § 1, della CEDU collide con la negazione della natura risarcitoria della somma liquidata a tale titolo a carico dell'amministrazione.

La violazione del termine di ragionevole durata del processo concreta un fatto che non è altrimenti giustificato dall'ordinamento e che incide su di una

posizione soggettiva attiva riconosciuta e tutelata dalla Convenzione e dalla Costituzione come diritto soggettivo, ed è perciò produttiva di un « danno » *non iure e contra ius*.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che vincola nell'interpretazione il giudice nazionale, nell'accordare l'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU per la violazione della Convenzione, la quale deve rimuovere ogni conseguenza della violazione, presceglie criteri di effettiva reintegrazione patrimoniale e compensazione del danno.

L'affermazione della natura risarcitoria dell'equa riparazione non rende illecita *in sé* l'attività giurisdizionale, ma riconosce che il ritardato esercizio della stessa delinea una figura tipica di illecito e può essere perciò causa di un danno, pur prescindendo essa dall'accertamento di una qualche colpevole responsabilità individuale correlata ai ritardi o alle inerzie nell'amministrazione della giustizia (come invece suppone il concorrente sistema del risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e della responsabilità civile dei magistrati) (7).

La professione della natura indennitaria dell'equa riparazione risulta ancor più sterile ove si proceda all'esame dei repertori giurisprudenziali, visto che le sentenze impongono di far uso dei criteri determinativi del danno risarcibile.

Si premette che, ai fini della liquidazione dell'indennizzo del danno correlato alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, ai sensi della legge n. 89 del 2001, l'ambito della valutazione equitativa, affidato al giudice nazionale, è segnato dal rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come essa vive nelle decisioni, da parte della Corte EDU, di casi simili a quello portato all'esame del giudice nazionale. Occorre, quindi, tener conto dei criteri di determinazione della riparazione applicati dalla stessa Corte europea, salvo un margine di valutazione che consente di discostarsi, purché in misura ragionevole, dalle liquidazioni effettuate da quella Corte in casi simili. Ora, la funzione che la Corte EDU attribuisce all'equa soddisfazione da accordare alla parte lesa quando vi sia stata una violazione della Convenzione ha natura compensativa. La componente del danno patrimoniale è diretta a mettere il ricorrente nella posizione in cui si sarebbe trovato se la violazione del diritto umano fondamentale non fosse

---

(7) Corte cost., 4 novembre 2020, n. 249. In dottrina, G. PONZANELLI, "Equa riparazione" per i processi troppo lenti, in *Danno e resp.*, 2001, 569 ss., secondo cui « la colpa dello Stato viene fatta coincidere con la violazione del diritto dell'uomo e non ha bisogno di un'autonoma dimostrazione ». Si vedano anche M. FERRARI, *La violazione del diritto alla ragionevole durata e la determinazione "dell'equa riparazione"*, in *Contratto e impresa*, 2004, 1228 ss.; V. LOCCISANO, *Equa riparazione per irragionevole durata del giudizio ed illecito civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 254 ss.

avvenuta, mentre, per la compensazione dei pregiudizi non patrimoniali, la Corte di Strasburgo rivendica la propria diversità dai tribunali civili nazionali e la flessibilità della relativa quantificazione, regolata dall'equità, la quale comporta una obiettiva valutazione di ciò che è ragionevole alla luce di tutte le circostanze concrete del caso, e non sottende una composizione economica da porre a carico dello Stato membro responsabile.

Come già ricordato, dalla natura indennitaria dell'equa riparazione non si fa comunque discendere in giurisprudenza alcun automatismo risarcitorio, onerandosi il soggetto che lamenti l'inosservanza dell'art. 6, § 1, CEDU di fornire la prova della lesione della propria sfera patrimoniale prodottasi quale conseguenza diretta ed immediata della violazione della durata ragionevole del processo, sicché sono risarcibili non tutti i danni che si pretendono relazionati al ritardo nella definizione del processo, ma solo quelli per i quali si dimostri il nesso causale tra il medesimo ritardo e il pregiudizio sofferto.

Parimenti, del danno non patrimoniale si dice che sia conseguenza normale ("danno conseguenza"), ma non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, sicché il giudice, una volta accertata e determinata l'entità della violazione, deve ritenere sussistente il pregiudizio, a meno che, nel caso concreto, non ricorrano circostanze particolari, che inducano ad escluderne l'esistenza. Gli stessi moltiplicatori annui minimi e massimi, mutuati dalle liquidazioni della Corte EDU, possono essere motivatamente accantonati alla luce della "posta in gioco" e delle condizioni socioeconomiche del richiedente.

L'incedere della giurisprudenza italiana sulla liquidazione dell'equa riparazione per la violazione della durata ragionevole del processo sembra, dunque, non ispirato all'erogazione di una prestazione indennitaria, quanto al riconoscimento di un danno presunto, la cui misura e i cui criteri di determinazione si basano su una forfetizzazione risarcitoria con funzione anche sanzionatoria, la quale ha lo scopo di semplificare il procedimento di liquidazione del danno, rende prevedibile per lo Stato il costo del risarcimento, opera quale correttivo delle inefficienze del principio compensativo (avendosi riguardo ad un pregiudizio di non agevole valutazione pecuniaria) e consente comunque il risarcimento del maggior danno (che sarebbe precluso da una forfetizzazione di carattere prettamente indennitario), sempre ineludibile in caso di lesione di diritti fondamentali.



**Sezione II**  
**PENALE**



I.

IL GIUSTO PROCESSO PENALE





**I.**  
**LA PUBBLICITÀ DELLE UDIENZE**  
di *Ambra Giovene* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Una premessa. — 2. L'udienza è pubblica a pena di nullità. — 3. Sul diritto al processo pubblico. I principi. — 4. La natura altamente tecnica delle questioni da esaminare. — 4.1. Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. — 4.2. Il procedimento di esecuzione. — 4.3. Il rito abbreviato. — 4.4. La procedura di riparazione per ingiusta detenzione. — 4.5. Il contraddittorio cartolare in Cassazione. — 4.6. La normativa emergenziale. — 4.7. La "Riforma Cartabia".

**1. Una premessa**

Nella Seduta antimeridiana di giovedì 27 novembre 1947, in Assemblea costituente, si discuteva se consacrare o meno, in Costituzione, il principio della "pubblicità delle udienze". Nell'esprimere il pensiero della Commissione, l'Onorevole Paolo Rossi riteneva potervi rinunciare "con tutta tranquillità": "è un principio così comune, così universalmente accettato che non sembra il caso di parlarne; come non abbiamo introdotto in Costituzione il principio che nessuno può porre prezzo all'aria che si respira, così non si deve porre il principio che i processi penali sono pubblici. Non c'è stato mai dubbio in proposito; in tutti i Paesi del mondo i processi penali sono pubblici" (1).

Eppure, l'Onorevole Mastino Gesumino, in quella Seduta antimeridiana resisteva alla soppressione della frase "le udienze sono pubbliche": "... è un principio faticosamente acquisito attraverso le lotte per la libertà. Io credo che sia un po' superficiale rinunciare senza discussione a questo principio, unicamente perché l'attuale unanime consenso di tutti i popoli lo ha affermato" (2).

Nel bilanciamento tra le opposte argomentazioni il pensiero che escludeva il recepimento in Costituzione si rafforzava nella convinzione che si sarebbero comunque dovute introdurre eccezioni, la cui forma sarebbe stata "salvo che la legge, per ragioni di ordine pubblico o di moralità, non disponga

---

(\*) Avvocata cassazionista del Foro di Roma.

(1) Assemblea costituente CCCVIII, 2551.

(2) Ivi, 2552.

*altrimenti*". Per l'Onorevole Rossi "si spalancherebbe un solenne portone e si aprirebbe una porticina, per cui si potrebbero sempre tenere udienze penali non pubbliche! (3)".

In Costituzione il principio non è stato recepito. Eppure, nello Statuto Albertino il tema non era stato certamente inosservato: per l'art. 72 "le udienze dei Tribunali in materia civile e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi" (4).

In questa contrapposizione è *in nuce* tutta la storia giurisprudenziale, e non, del principio della pubblicità delle udienze.

Nel nostro codice di rito, l'art. 471 c.p.p. prevede la regola generale: l'udienza è pubblica a pena di nullità. La sanzione processuale ne sottolinea il rilievo. Una sanzione peraltro già esistente nel codice di procedura civile (5). E non è senza significato che talune volte la Corte costituzionale, nel pronunciarsi sul tema, esprima principi cardine con riferimento anche a procedimenti estranei al codice di procedura penale.

L'art. 471 c.p.p. è un pedissequo richiamo al codice previgente del 1930 ove, nell'art. 423, alla parola 'udienza' si preferiva 'dibattimento'. L'art. 472 c.p.p. ne disciplina le eccezioni: sono i casi in cui si procede a porte chiuse, a garanzia di interessi dello Stato, della collettività, di soggetti coinvolti nel procedimento. Non diversamente nel previgente comma 2 dell'art. 423 (6):

(3) Ivi, 2551.

(4) Un interessante *excursus* storico in Corte cost. sent. 9 luglio 1986 n. 212, più oltre richiamata nel testo.

(5) Art. 128 c.p.c. (Udienza pubblica). — L'udienza in cui si discute la causa è pubblica a pena di nullità, ma il giudice che la dirige può disporre che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume. Il giudice esercita i poteri di polizia per il mantenimento dell'ordine e del decoro e può allontanare chi contravviene alle sue prescrizioni.

(6) Art. 423 c.p.p. 1930 (*Pubblicità del dibattimento; eccezioni*). — *Le udienze nei dibattimenti davanti alla corte d'assise, ai tribunali ed ai pretori sono pubbliche, a pena di nullità. Il presidente o il pretore possono tuttavia disporre anche d'ufficio con ordinanza che il dibattimento o alcuni atti di esso abbiano luogo a porte chiuse, quando la pubblicità, a cagione della natura dei fatti o della qualità delle persone, può nuocere alla sicurezza dello Stato, all'ordine pubblico o alla morale o può eccitare riprovevole curiosità, ovvero quando avvengono da parte del pubblico manifestazioni che possono turbare la serenità del dibattimento.*

*Il presidente o il pretore può disporre che l'intero dibattimento sia tenuto a porte chiuse per ragioni di pubblica igiene, in tempo di diffusione di morbi epidemici o di altre malattie contagiose.*

*Quando si è ordinato di procedere a porte chiuse non possono, per alcun motivo, essere ammesse nella sala d'udienza persone diverse da quelle che hanno dovere o diritto d'intervenire. I testimoni, gli interpreti e, nei casi preveduti dalla legge, i periti e i consulenti tecnici sono ammessi secondo l'ordine e per il tempo in cui vengono chiamati, fatta eccezione per quelli che sia necessario trattenere nella sala d'udienza.*

sicurezza dello Stato, ordine pubblico o morale, governavano le eccezioni. Se ne aggiungeva una, espunta del codice in vigore: “*quando la pubblicità... può eccitare riprovevole curiosità*”. Ed il Ministro Guardasigilli confidava “... anzi, che i presidenti sapranno applicarla con inflessibile energia”.

La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (7) (d’ora in poi, CEDU), con l’avverbio “*pubblicamente*”, di cui alla prima parte del par. 1 dell’art. 6, inserisce la pubblicità dell’udienza tra le garanzie che governano l’“*equo processo*”. Con le dovute eccezioni esplicitate dal medesimo paragrafo e governate dall’“*interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica*”, bilanciando tutele individuali e sovraindividuali con il rischio di portare pregiudizio agli interessi della giustizia. Del resto nei vari atti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell’uomo, in un processo giusto, senza abusi ed arbitri, il principio della pubblicità è posto a garanzia dell’imputato e le eccezioni per “*singole categorie di procedimenti*” sono determinate “*da ragioni obiettive e razionali*” (8).

Nel solco del Sesto Emendamento, le Corti statunitensi non si discostano dalla necessità di ritenere prioritaria la regola della pubblicità delle udienze, salvo “*that closure was absolutely necessary to preserve higher values and was narrowly tailored to serve those interests*” (27 marzo 1984, Waller v. Georgia).

Non si tratta soltanto di rispondere ad un interesse dell’imputato o scongiurare che una giustizia segreta si sottragga al controllo del pubblico, tra le molteplici finalità della pubblicità è fondamentale riconoscere che essa è uno dei mezzi che contribuisce a preservare la fiducia nelle corti e nei tribunali, rendendo trasparente l’amministrazione della giustizia (9).

## 2. L’udienza è pubblica a pena di nullità

Così il primo comma dell’art. 471 c.p.p., riprendendo pressoché testualmente l’art. 423 previgente. Il canone della pubblicità nella previsione normativa oscilla sempre tra la regola e le plurime eccezioni. Tra queste ultime, la forbice è tra la necessità di preservare l’udienza da chi ne turbi il

(7) Firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai tredici Paesi al tempo membri del Consiglio d’Europa, entrata in vigore il 3 settembre 1953, con Protocollo aggiuntivo firmato a Parigi il 20 marzo 1952. In Italia ratificata con l. 4 agosto 1955 n. 848.

(8) Il richiamo è alla sent. n. 69/1991 della Corte costituzionale (vedi infra) ove sono enunciati anche i riferimenti all’art. 14 del Patto Internazionale di New York, relativo ai diritti civili e politici, adottato il 14 dicembre 1966 e ratificato con l. n. 881 del 1977; ed agli artt. 28 e 29 dei Protocolli sullo statuto della Corte di giustizia, annessi ai trattati C.E.C.A., C.E.E., ed EURATOM.

(9) Tra le ultime, così Cass. 6 luglio 2022, n. 29943.

regolare svolgimento, alla tutela della sicurezza di testimoni, dell'imputato, della persona offesa, al rischio che la pubblicità possa nuocere al buon costume, o comporti la diffusione di notizie la cui segretezza è nell'interesse dello Stato <sup>(10)</sup>.

Una nullità il cui regime è ricondotto talora ad una nullità generale a regime intermedio, a norma degli artt. 178, lett. c) e 180 c.p.p. <sup>(11)</sup>, talaltra ad una nullità relativa ex artt. 181, comma 1 e 182, comma 2, c.p.p. <sup>(12)</sup>. Nel primo caso, il mutamento di forma riguarda garanzie difensive, in quanto concorre l'intervento e la rappresentanza dell'imputato (che si atteggiano diversamente nella procedura camerale e nel dibattimento); nel secondo, l'inerzia delle parti pesa sulla rilevabilità quale nullità relativa (nel caso specifico di deliberazione in camera di consiglio in grado di appello su giudizio abbreviato). E, ove si sia proceduto a porte chiuse in assenza di eccezioni della parte, la nullità è sanata, perché non eccepita "*immediatamente dopo*" ex art. 182, comma 2, c.p.p. <sup>(13)</sup>. In un caso in cui si è proceduto a porte chiuse per il delitto di violenza sessuale su minore, si esclude il fondamento della censura posta dall'imputato, sul presupposto di un esclusivo interesse della parte civile <sup>(14)</sup>.

Ove l'udienza sia definita con il rito ordinario pubblico, anziché quello camerale, una giurisprudenza risalente esclude alcuna violazione dei diritti dell'imputato e della difesa, ove il rito camerale sia previsto dalla normativa processuale: l'udienza pubblica è maggiormente garantista <sup>(15)</sup>, e manca qualsivoglia interesse ad ecciperla, non essendovi alcun pregiudizio. Rispetto al rito camerale, nel rito ordinario pubblico l'esercizio del diritto di difesa ha la sua massima espressione "*sicché nessun interesse ha l'imputato all'osservanza della disposizione violata*" <sup>(16)</sup>.

Con chiarezza la Cassazione civile riprende il tema: configura mera irregolarità, e non una ragione di illegittimità. Ciò in quanto "*la trattazione*

<sup>(10)</sup> Un limite all'ascolto di registrazioni di intercettazioni o alla lettura delle trascrizioni era opportunamente previsto ove avrebbero potuto ledere la riservatezza di soggetti estranei alla causa o alle stesse parti private circa fatti estranei al processo (così il quarto comma del previgente art. 423 c.p.p.)

<sup>(11)</sup> Cass. 12 ottobre 1994, n. 12 in *Cass. Pen.*, 1996, 832, n. 452.

<sup>(12)</sup> Così, Cass. 13 gennaio 1994, n. 2512 in *Cass. pen.* 1995, 1858, n. 1134, con nota alla quale si rinvia. Cass., S.U., 21 aprile 1995, n. 7227.

<sup>(13)</sup> Cass. 5 marzo 2009, n. 15927, che richiama Cass. 2 dicembre 1998, n. 1495.

<sup>(14)</sup> Cass. 31 marzo 2009, n. 13922.

<sup>(15)</sup> Così, Cass. 30 giugno 1992, n. 9704.

<sup>(16)</sup> Cass. 7 febbraio 1996, n. 5811; v. anche Cass. 26 marzo 1998, n. 4803, ove un errore nel decreto di citazione tale da determinare lo svolgimento in pubblica udienza, "*non investe il diritto di difesa che non risulta in nulla menomato*". Conformi: Cass. 7 febbraio 2003, n. 8546.

*dei ricorsi in pubblica udienza è la regola generale, che assicura la realizzazione dei principi di oralità ed immediatezza, nonché del diritto di difesa e di pubblicità del processo. Essa non reca, pertanto, alcun pregiudizio ai diritti di azione e difesa delle parti*" (17).

Il principio di pubblicità delle udienze, sancisce la Corte costituzionale — in un tema di contenzioso tributario, espresso (anche) nell'art. 128 c.p.c. e recepito in numerose convenzioni internazionali — *"è indefettibile, nella sua unità, in un ordinamento democratico fondato (come quello italiano) sulla sovranità popolare, cui non può non conformarsi l'amministrazione della giustizia, salvo il potere del legislatore ordinario di introdurre, per singole categorie di provvedimenti, deroghe determinate esclusivamente da ragioni obiettive e razionali"* (18).

### 3. Sul diritto al processo pubblico. I principi

La pubblicità del dibattimento, per la Corte costituzionale già negli anni Sessanta, è soprattutto *"garanzia di giustizia, come mezzo per allontanare qualsiasi sospetto di parzialità"* (19). E soprattutto: *"la regola della pubblicità dei procedimenti giudiziari (...) (va) ritenuta coesistente ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi l'amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento (art. 101, primo comma, della Costituzione)"* (20). Per la Corte di Strasburgo, solo circostanze eccezionali possono giustificare la rinuncia ad una udienza pubblica, circostanze che debbono tenere conto della natura delle questioni sottoposte al giudice nel quadro della procedura di cui si tratta (21) (Il confine tra l'eccezione e la regola non è sempre di facile definizione. Per certo l'assenza di un esplicito richiamo in Costituzione *"non scalfisce, in effetti, il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie"* (22). I principi, di fatto incardinati in fonti primarie (23), rendono problematiche le giustificazioni addotte per le eccezioni.

(17) In tema di regolamento di competenza, v. Cass. civ. 9 gennaio 2009, n. 287.

(18) Corte cost., 9 luglio 1986, n. 212.

(19) Corte cost., 6 aprile 1965, n. 25; già con la sent. n. 19 del 7 febbraio 1962 la Consulta aveva affermato con chiarezza che *"la tutela costituzionale dei diritti ha sempre un limite insuperabile nell'esigenza che, attraverso di essi, non vengano sacrificati beni ugualmente garantiti dalla Costituzione"*.

(20) Corte cost., 29 gennaio 1971, n. 12.

(21) Corte EDU, *Martinie contro Francia*, 12 aprile 2006, ric. n. 58675/00.

(22) Corte cost. 8 marzo 2010, n. 93.

(23) Un principio, quello della pubblicità, consacrato anche in altri strumenti internazionali, quale, in particolare il Patto Internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977, n. 881 (art. 14)

È lo strumento di protezione contro una giustizia segreta che sfugga al controllo del pubblico; è il mezzo che contribuisce a conservare la fiducia nelle corti e nei tribunali (24). L'amministrazione della giustizia acquisisce legittimazione dall'essere svolta in pubblico (25). È principio fondamentale in una società democratica (26). Non esclusivamente a garanzia dell'imputato, bensì un principio valevole in generale, volto a consentire l'esercizio del controllo diffuso sull'esercizio della giurisdizione. Scrive la Cassazione: “*garantisce a qualsivoglia cittadino di verificare direttamente come la giustizia viene amministrata*” (27).

Esigenze di trasparenza che richiedono un bilanciamento con le esigenze di sicurezza e di ordine pubblico, secondo un principio di stretta necessità. Necessità di tutela giustificata — per la Corte europea — da rigorosi criteri secondo una valutazione che non può che essere svolta a livello nazionale (28). La natura delicata delle questioni in materia di sicurezza nazionale, implica che “*le stesse ragioni invocate per escludere il pubblico possono essere soggette ad accordi di riservatezza e i governi convenuti possono essere riluttanti a divulgarne i dettagli alla Corte*” (29). La “*salvaguardia di evidenti esigenze di sicurezza e di ordine pubblico*” svaluta necessariamente la regola della pubblicità (30). “*L'art. 6 CEDU non esige necessariamente di tenere un'udienza pubblica in tutti i procedimenti*”. In particolare (il caso all'attenzione della Cassazione atteneva all'obbligo di presentazione all'Autorità di pubblica sicurezza, ex art. 6, comma 3, l. n. 401/1989), le caratteristiche di celerità e di immediatezza sono “*volte alla salvaguardia di evidenti esigenze di sicurezza*

---

e nell'art. 47, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), recepita dall'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il primo dicembre 2009.

(24) Corte EDU, *Sutter contro Svizzera*, 22 febbraio 1984, ric. n. 8209/78; Corte EDU, *Riepan contro Austria*, 14 novembre 2000, ric. n. 35115/97; Corte EDU, *Bocellari e Rizza contro Italia*, 13 novembre 2007, ric. n. 399/02.

(25) Corte EDU, *Krestovskiy contro Russia*, 28 ottobre 2010, ric. n. 14040/03.

(26) L'espressione è ricorrente in tutte le sentenze della Corte EDU in cui si tratti il tema in esame (es: Corte EDU, *Tierce e aa contro San Marino*, 25 luglio 2000, ric. n. 69700/01).

(27) Cass. 6 luglio 2022, n. 29943.

(28) Cfr. Corte EDU, *Campbell e Fell contro Regno Unito*, 28 giugno 1984, ric. n. 13590/88; Corte EDU, *Welke e Bialek contro Polonia*, 1 marzo 2011, ric. n. 15924/05; Corte EDU, *Franca contro Romania*, 13 ottobre 2020, ric. n. 69356/13; Corte EDU, *Kartoyev e aa. contro Russia*, 19 ottobre 2021, ric. n. 9418/13.

(29) Così, Corte EDU, *Yam contro Regno Unito*, 16 gennaio 2021, ric. n. 31295/11.

(30) Cass. 8 luglio 2020, n. 23644; Cass 8 aprile 2016, ric. n. 30408.



*e di ordine pubblico, rientranti nelle eccezioni alla pubblicità dell'udienza tollerate dalla normativa e dalla giurisprudenza europea*" <sup>(31)</sup>.

Ciò può comportare l'esclusione del pubblico ma anche della stampa. Tema questo assai sensibile nel caso in cui prevalga la "sicurezza di quanti partecipano all'udienza", tanto da richiedere, da parte della Corte europea, la necessaria dimostrazione che la decisione di tenere una udienza a porte chiuse sia strettamente necessaria alla luce delle circostanze del caso <sup>(32)</sup>.

Pubblicità dell'udienza è diritto alla verità e strumento con cui il pervenuto è persuaso che la sua causa sia trattata da autorità indipendente e imparziale, fiducia nelle Corti e nei Tribunali, trasparenza dell'amministrazione della giustizia. Un tribunale di cui "l'accusato può controllare l'indipendenza e l'imparzialità" <sup>(33)</sup>. — Per la Corte di cassazione "Secondo la giurisprudenza della Corte europea il principio della pubblicità dell'udienza assolve ad una funzione di garanzia multidirezionale", poiché tende ad impedire "una giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico" e, al contempo, fornire alla parte uno strumento di controllo e verifica dell'effettività della tutela dei suoi diritti di difesa: "impedire una giustizia segreta, garantire la trasparenza dell'azione giudiziaria ed aumentare la fiducia nel suo esercizio sono, infatti, le finalità verso le quali la Convenzione proietta il principio di pubblicità del giudizio" <sup>(34)</sup>.

L'art. 6 par. 1 CEDU <sup>(35)</sup> utilizza l'avverbio 'pubblicamente' tanto per la causa, quanto per la sentenza. Il principio risponderebbe soprattutto alle esigenze di cui ai successivi paragrafi dell'art. 6 <sup>(36)</sup>, cioè di essere ascoltato, di beneficiare della possibilità di esporre oralmente i mezzi di difesa, di interrogare o contro esaminare i testimoni, poiché "l'obligation de tenir una

<sup>(31)</sup> Così Cass. 8 luglio 2020, n. 23644.

<sup>(32)</sup> Corte EDU, *Kilin contro Russia*, 11 maggio 2021, ric. n. 10271/12; ed anche Corte EDU, *Martinie contro Francia*, 12 aprile 2006, ric. n. 58675/00.

<sup>(33)</sup> Corte EDU, *Tierce contro San Marino*, 25 luglio 2000, ric. n. 69700/01.

<sup>(34)</sup> Cass. 8 giugno 2020, n. 19367.

<sup>(35)</sup> Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sent. deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere 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.

<sup>(36)</sup> Corte EDU, G.C., *Jussila contro Finlandia*, 23 novembre 2006, par. 40, ric. n. 73053/01.

*audience publique n'est pas absolue*" (37), non è richiesto "*dans toutes les procédures*" (38). Esso è dunque declinato secondo la tipicità del processo oggetto di attenzione, cosicché le autorità nazionali possano tenere conto degli "*imperativi di efficacia e di economia*" (39), a "*les affaires*" cui quel processo si riferisce, considerando — quale cornice di riferimento — il principio di equità consacrato dall'art. 6 CEDU (40).

L'obbligo di tenere una pubblica udienza non è dunque assoluto. Ciò che pure la Corte EDU intitola come "*public hearing*", ritenendo che tale espressione implichi un diritto all'"*oral hearing*", subisce dei temperamenti: se una parte rinuncia inequivocabilmente al proprio diritto e non rilevano pubblici interessi che rendono '*l'ascolto pubblico*' necessario, la pubblica udienza può essere dispensata (41). Non vi è dunque un diritto alla pubblica udienza né, *a fortiori*, a comparire personalmente: contano anzitutto le particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta (42).

La Cassazione consacra il principio, richiamando altresì la giurisprudenza costituzionale: "*La valenza del controllo immediato del quisque de populo sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza — uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia — si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative*" (43).

#### 4. La natura altamente tecnica delle questioni da esaminare

Gli imperativi di "efficacia ed economia" governano le eccezioni.

L'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto in tutte le cause che rientrano nel profilo penale dell'articolo 6. Vista l'estensione della

(37) Ivi, par. 41 (ove è citata anche Corte EDU, *Håkansson et Sturesson contro Svezia*, 21 febbraio 1990, ric. n. 11855/85, par. 66).

(38) *Ibidem*.

(39) Corte EDU, *G.C. Jussila contro Finlandia*, 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, par. 42.

(40) Così in Corte EDU, *Pelissier et Sassi contro Francia*, 25 marzo 1999, ric. n. 25444/94, e Corte EDU, *Sejdovic contro Italia*, 1 marzo 2006, ric. n. 56581/00.

(41) Corte EDU, *Dory contro Svezia*, 12 febbraio 2003, ric. n. 28394/95.

(42) Corte EDU, *Seliwiak contro Polonia*, 21 luglio 2009, ric. n. 3818/04; Corte EDU, *Hermi contro Italia*, 18 ottobre 2006, ric. n. 18114/02; Corte EDU, *Fejde contro Svezia*, 29 ottobre 1991, ric. n. 12631/87.

(43) Citazione da Corte cost. n. 80/2011, testualmente richiamata in Cass. 10 febbraio 2015, n. 8163 e in Cass. 5 dicembre 2017, n. 11287; Cass. 8 giugno 2020, n. 19367.

nozione di « accusa penale » alle cause che non appartengono alle tradizionali categorie del diritto penale (ad esempio, le contravvenzioni amministrative, le infrazioni doganali e le maggiorazioni di imposta), le « accuse penali » non hanno tutte lo stesso peso <sup>(44)</sup>. Mentre le esigenze di un processo equo sono le più rigorose all'interno del diritto penale, le garanzie offerte dal profilo penale dell'art. 6 non necessariamente debbono essere applicate con tutto il loro rigore ad altre categorie di cause. Lo svolgimento di un'udienza non è richiesto quando non si sollevano questioni di credibilità o non vi sono fatti contestati che richiedano una presentazione orale degli elementi di prova o un'audizione in contraddittorio dei testimoni, e quando l'accusato ha avuto un'adeguata possibilità di difendere la sua causa per iscritto e di contestare gli elementi a suo carico <sup>(45)</sup>. Quando le materie non fanno parte del nocciolo duro del diritto penale, le garanzie dell'equo processo possono essere bilanciate con esigenze confliggenti: appunto gli imperativi di efficacia e di economia <sup>(46)</sup>.

Per la Cassazione <sup>(47)</sup>, una pubblica udienza può non essere necessaria se non vi sono questioni di fatto o di diritto che non possano essere risolte in base al fascicolo e alle osservazioni presentate dalle parti <sup>(48)</sup>.

L'udienza potrà rimanere non pubblica, avuto riguardo alla “*technicité de débats*” <sup>(49)</sup>, il tecnicismo dei temi giuridici, in cui il contraddittorio orale è recessivo, anche se non fa venire meno il diritto della parte di chiedere la pubblica trattazione dell'udienza. Ed è questo il principio che l'elaborazione giurisprudenziale interna e convenzionale, ha fatto propria, ponendo l'attenzione sulla necessaria istanza di parte.

#### 4.1. *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*

L'applicazione della confisca di beni e capitali coinvolge direttamente (e sostanzialmente) la situazione patrimoniale del giustiziabile: “*non si può non affermare che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato*”. Tuttavia, la mancanza di una

<sup>(44)</sup> La *matière pénale* viene individuata attraverso i tre *Engel criteria* (Corte EDU, *Engel contro Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, n. 5100/71, par. 82-83): 1. Qualificazione; 2. Natura del reato; 3. Grado di severità della sanzione.

<sup>(45)</sup> Corte EDU, *G.C., Jussila contro Finlandia*, 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01.

<sup>(46)</sup> Corte EDU, *G.C., Jussila contro Finlandia*, 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, par. 40.

<sup>(47)</sup> Cass. 19 luglio 2016, n. 2737.

<sup>(48)</sup> Si richiama nel testo Cass. 17 luglio 2015 n. 48031.

<sup>(49)</sup> Corte EDU, *Martinie contro Francia*, 12 aprile 2006, ric. n. 58675/00 (caso in cui il pur elevato tecnicismo di un contenzioso dinanzi la Corte dei conti francese, non giustifica le porte chiuse).

pubblica udienza è giustificata dalla *natura altamente tecnica* delle procedure per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, “*basate essenzialmente su documenti e nelle quali il pubblico non può esercitare alcun controllo*” (Corte EDU, Bocellari e Rizza contro Italia, 13 novembre 2007, n. 399/02). Procedure che consistono soprattutto in indagini finanziarie approfondite, condotte tramite complesse perizie contabili presso banche e altri istituti di credito, allo scopo di ricostruire il patrimonio del prevenuto e determinare così l'eventuale origine illecita dei beni. A ciò si aggiunga che, in questo tipo di procedura, sono spesso coinvolte terze persone in quanto prestanomi. Persone “*implicate, loro malgrado, nel procedimento*” <sup>(50)</sup>.

L'udienza a porte chiuse deve allora essere “*strettamente imposta*” dalle circostanze della causa <sup>(51)</sup>: “*Essa considera, ad esempio, che il contenzioso della sicurezza sociale, altamente tecnico, spesso si presta meglio agli scritti piuttosto che alle difese orali e che, l'organizzazione sistematica dei dibattimenti, potendo costituire un ostacolo alla particolare diligenza richiesta in materia di sicurezza sociale, è comprensibile che in un tale campo le autorità nazionali tengano conto di imperativi di efficacia e di economia*” <sup>(52)</sup>. Sulla valutazione del bilanciamento della posta in gioco “*non si può affermare che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato*”: è pertanto “essenziale” che i giustiziabili “*si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti di appello*”, ciò che non era accaduto nel caso in esame, con conseguente violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione.

Il principio è richiamato dalla Corte EDU, Perre e altri contro Italia, 8 luglio 2008, n. 1905/05, ai parr. 24-27 <sup>(53)</sup>.

Dette pronunce hanno costituito il presupposto per una articolata questione di legittimità costituzionale che inerisce la possibile estensione del principio alla udienza camerale non partecipata dinanzi la Corte di cassazione. In tal caso, il ricorrente non si vedrebbe offrire alcuna possibilità di avanzare istanza di trattazione in pubblica udienza. In specie, il Collegio (11 novembre 2009, 43250) rilevava che non fosse condivisibile sostenere che l'applicazione della regola secondo la quale i ricorsi per Cassazione in materia di misure di prevenzione siano soggetti alla trattazione con la

<sup>(50)</sup> Corte EDU, *Bocellari e Rizza*, 13 novembre 2007, ric. n. 399/02, par. 31.

<sup>(51)</sup> V. anche Corte EDU, *Diennet contro Francia*, 26 settembre 1995, ric. n. 18160/91.

<sup>(52)</sup> Corte EDU, *Bocellari e Rizza*, 13 novembre 2007, ric. n. 399/02, par. 34.

<sup>(53)</sup> E ancora Corte EDU, *Bongiorno contro Italia*, 5 gennaio 2010, ric. n. 4514/07, v. in particolare par. 28-30; Corte EDU, *Leone contro Italia*, 2 febbraio 2010, ric. n. 30506/07, par. 27-29; Corte EDU, *Capitani e Campanella contro Italia*, 17 maggio 2011, ric. n. 24920/07, par. 26-27; Corte EDU, *Paleari contro Italia*, 26 luglio 2011, ric. n. 55772/08, par. 22-24.

procedura camerale non partecipata (art. 611 c.p.p.), non trovi ostacolo nelle citata giurisprudenza <sup>(54)</sup>, giacché questa, in realtà, non fa riferimento al giudizio che si svolge davanti alla Corte di cassazione.

L'incrocio delle questioni dibattute ha posto la necessità di esaminare quali fossero le priorità nel complesso delle regole e soprattutto delle fonti. Nel censurare il contenuto motivazionale delle plurime decisioni sul punto <sup>(55)</sup>, la Suprema Corte richiamava le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, le quali hanno chiarito che le norme CEDU, in applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost., come sostituito dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 3, comma 1, "costituiscono "norme interposte" imprescindibili per garantire l'effettività della citata disposizione costituzionale e rendere cogenti gli obblighi che l'Italia ha assunto a livello internazionale <sup>(56)</sup>. Con la conseguenza che al giudice spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme; mentre qualora ciò non fosse possibile, ovvero si dubitasse della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, il giudice deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità rispetto al parametro dell'art. 117 Cost., comma 1. Un tema centrale, questo, della pronuncia in esame <sup>(57)</sup>.

La diretta applicazione delle norme CEDU "è da escludere" (Corte cost. 20 luglio 2008, n. 306) <sup>(58)</sup>.

*"Occorre osservare, in primo luogo, che è bensì vero che la C.E.D.U. ha affermato che il diritto ad un'udienza pubblica dipende anche dalle questioni da dirimere e che, in particolare, tale udienza può essere esclusa nel caso in cui debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto <sup>(59)</sup>, ma la stessa C.E.D.U. ha precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo,*

<sup>(54)</sup> Corte EDU, *Bocellari e Rizza contro Italia*, 13 novembre 2007, ric. n. 399/02; Corte EDU, *Perre e a contro Italia*, 8 luglio 2008, ric. n. 1905/05.

<sup>(55)</sup> Cass. 26 febbraio 2008, n. 11279; Cass. 13 febbraio 2008, n. 8990 e Cass. 26 febbraio 2008, n. 14010; Cass. 18 novembre 2008, n. 46751 (non massimata); Cass. 4 febbraio 2009, n. 13569; Cass. 22 gennaio 2009, n. 17229.

<sup>(56)</sup> Cass. 11 novembre 2009, ord. n. 43250.

<sup>(57)</sup> *Ibidem*.

<sup>(58)</sup> Il richiamo è altresì alla Corte cost. sentenze nn. 39/2008 e 239/2009.

<sup>(59)</sup> Cfr. Corte EDU, *Ekbatani contro Svezia*, 26 maggio 1988, ric. n. 10563/83; nonché Corte EDU, *Helmer contro Svezia*, 29 ottobre 1991, ric. n. 11826/85; e, in generale, sulla natura delle questioni da decidere, Corte EDU, *Miller contro Svezia*, 8 febbraio 2005, ric. n. 55853/00.

*può essere giustificata dalla peculiarità della procedura in questione, purché l'udienza pubblica abbia avuto luogo in primo grado*" (60).

Ma la modalità procedimentale per la decisione dei ricorsi segue quella prevista per il giudizio di merito e, talvolta, l'udienza pubblica è prevista anche nel caso in cui la pubblicità non vi sia stata nei precedenti gradi di giudizio.

Il procedimento di prevenzione, pur mantenendo le proprie peculiari connotazioni, è ormai pervenuto ad una compiuta giurisdizionalizzazione e ad una piena assimilazione al processo ordinario di cognizione, essendo caratterizzato, al pari di quest'ultimo, dai principi coessenziali al giusto processo, identificati dal novellato art. 111 Cost. di talché la potestà di prevenzione non può prescindere dall'osservanza delle garanzie che sono proprie del processo (Cass. 24 ottobre 2003, n. 45723).

Si deve, inoltre, rilevare che la Corte costituzionale ha più volte riconosciuto che la regola della pubblicità dei procedimenti giudiziari, pur non essendo stata posta dagli artt. 24, 101 e 111 Cost., vada ritenuta coessenziale ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi (art. 101 Cost., comma 1). Tale regola può certamente subire eccezioni, in riferimento a determinati procedimenti, quando esse abbiano obbiettiva e razionale giustificazione, ma soprattutto quando siano operate in funzione di valori dalla stessa Costituzione garantiti (Corte cost. 20 gennaio 1965, n. 25; Corte cost. 29 gennaio 1971, n. 12; Corte cost. 9 luglio 1986 n. 212; Corte cost. 9 febbraio 1989, n. 50; Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 69; Corte cost. 9 luglio 1992, n. 373), giustificazione che, per citare un esempio, non è stata ravvisata con riferimento al procedimento davanti alle commissioni tributarie (Corte cost. 9 febbraio 1989, n. 50).

In conclusione: *"Non è manifestamente infondata, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423 e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione in sede di legittimità si svolga in pubblica udienza, anziché in camera di consiglio, avendo la Corte europea dei diritti dell'uomo ritenuto che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può essere giustificata dalla peculiarità della procedura in questione, purché un'udienza pubblica abbia avuto luogo in primo grado (ipotesi non contemplata nel nostro ordinamento)"*.

La Corte costituzionale, con sent. n. 80 del 7 marzo 2011 ha compiuto una differenziazione tra i diversi gradi del giudizio. Si conferma il princi-

(60) Corte EDU, *Helmer contro Svezia*, 29 ottobre 1991, ric. n. 11826/85, 36; nonché Corte EDU, G. C., *Martinie contro Francia*, 12 aprile 2006, ric. n. 58675/00, 43.



pio <sup>(61)</sup> della Corte di Strasburgo, in forza del quale la pubblica udienza non è richiesta nei gradi di impugnazione destinati alla trattazione di sole questioni di diritto (e concernenti materie le cui peculiarità meglio si attagliano ad una trattazione scritta). Ciò vale anche quando l'udienza pubblica non si è tenuta in prima istanza, perché l'interessato vi ha rinunciato, esplicitamente o implicitamente, omettendo di formulare la relativa richiesta: *“l'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione [...] del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai Tribunali [...] e alle Corti di Appello [...], è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla CEDU, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di Cassazione”*. In quanto sfuggono all'esame del giudice di legittimità *“gli aspetti in rapporto ai quali l'esigenza di pubblicità delle udienze è più avvertita, quali l'assunzione delle prove, l'esame dei fatti e l'apprezzamento della proporzionalità tra fatto e sanzione”* <sup>(62)</sup>.

Nella successiva giurisprudenza, la Suprema Corte ha pertanto ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 611 c.p.p. — in materia di procedimento di prevenzione <sup>(63)</sup> — proprio richiamando la pronuncia Bocellari e Rizza contro Italia, ed ha ritenuto che, con riferimento al giudizio di cassazione, *“stante la vocazione del giudizio alle sole questioni di diritto”*, non è necessario *“il diretto controllo popolare”* delle attività processuali <sup>(64)</sup>.

In un caso di misura di prevenzione personale, vale il principio che è il soggetto che deve richiedere (anche per tramite del proprio difensore) la trattazione del giudizio di merito in forma pubblica: la mancata celebrazione pubblica dell'udienza non può determinare alcuna conseguenza, in assenza di una formale richiesta dell'interessato.

La imprescindibile esigenza che sia l'istante a richiedere la trattazione in pubblica udienza è altresì ribadita da Cass. 11 luglio 2013, n. 617. La tempestiva eccezione dell'interessato, in materia di misura di prevenzione patrimoniale, consente di riconoscere la nullità relativa del decreto applicativo della misura di prevenzione, dando ragione alla esplicita valutazione dell'udienza pubblica quale forma di celebrazione del giudizio che — in

---

<sup>(61)</sup> Corte cost. n. 93/2010 – illegittimità costituzionale art. 4, l. 1423 del 27 dicembre 1956 e art. 2-ter, l. 575 del 31 maggio 1965.

<sup>(62)</sup> La Consulta richiama plurime sentenze della Corte EDU, *Albert e Le Compte contro Belgio*, 10 febbraio 1983, n. 7299/75; Corte EDU, *Le Compte Van Leuven e De Meyere contro Belgio*, 23 giugno 1981, ric. n. 6878/75; Corte EDU, *G.C., Goc contro Turchia*, 11 luglio 2002, ric. n. 36590/97.

<sup>(63)</sup> In riferimento quindi all'4 l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e 2-ter l. 31 maggio 1965 n. 575.

<sup>(64)</sup> Cass. 15 dicembre 2009, n. 2269.

ragione dell'implicito rinvio dell'art. 7 d. lgs. n. 159/2011 al disposto di cui all'art. 471, comma 1, c.p.p. — “*presenta quale tratto fondamentale quello di introdurre un più ampio modello di partecipazione procedimentale che il giudice deve garantire al preposto che ne abbia fatto specifica richiesta*”<sup>(65)</sup>. La stessa modificata previsione normativa di cui all'art. 7 d. lgs. cit. codifica quanto consolidatosi nell'evoluzione giurisprudenziale, disponendo la presenza del pubblico in udienza e la partecipazione necessaria del difensore, ribadendo, al nono comma, il richiamo alle disposizioni di cui all'art. 666 c.p.p. (ossia a quelle proprie del procedimento di esecuzione).

Con il richiamo alle note sentenze (Corte cost. 8 marzo 2010, n. 93, e 7 marzo 2011, n. 80, nonché Corte EDU Bocellari e Rizza contro Italia, cit.), si ribadiscono due principi: la trattazione in pubblica udienza deve essere oggetto di esplicita richiesta dell'interessato ed “*è stato affermato con riferimento esclusivo alla fase di merito*”<sup>(66)</sup>.

#### 4.2. Il procedimento di esecuzione

Stante “*l'incontestabile natura camerale del procedimento relativo all'incidente di esecuzione promosso ai sensi dell'art. 670 c.p.p. e regolato dagli artt. 666 e 127 c.p.p.*”<sup>(67)</sup>, non è consentito estendere i canoni già enunciati in materia di misure di prevenzione.

In un caso di richiesta di revoca della misura della confisca, la Corte di cassazione ha ritenuto che le specifiche peculiarità del procedimento di prevenzione, colte dalle osservazioni della Corte europea differenziano quel procedimento da quello in esame. Nel caso delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, il giudice è chiamato “*ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere, direttamente, definitivamente e sostanzialmente su beni tutelati da precetti costituzionali*”. Di talché il principio della necessità dell'udienza pubblica “*non è applicabile né può essere esteso in via di applicazione analogica in altre procedure camerali, soggette per legge a diverse forme procedimentali*”<sup>(68)</sup>.

Invero, la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, il cui rilievo ha imposto la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, l. n. 1423/1956 per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.<sup>(69)</sup>, esplicitamente rafforza il principio della pubblicità delle udienze (Corte cost. 8 marzo 2010, n. 93) con riferimento alle specifiche peculiarità di quella procedura.

<sup>(65)</sup> Cass. 18 giugno 2014, n. 37659.

<sup>(66)</sup> Cass. 28 settembre 2017, n. 50437.

<sup>(67)</sup> Cass. 28 settembre 2012, n. 13377.

<sup>(68)</sup> *Ibidem*.

<sup>(69)</sup> In quanto — come più sopra esposto — non contemplano la possibilità per l'interessato di chiedere un dibattimento pubblico.



Le forme procedurali di cui all'art. 666 c.p.p. non sono derogabili: vi si prevede comunque un contraddittorio orale modellato sullo schema dell'art. 127 c.p.p. nel quale la partecipazione del pubblico ministero e del difensore è necessaria.

Si ribadisce che l'eccezione alla trattazione in udienza pubblica non è suscettibile di interpretazioni che esolino dal confronto con il bilanciamento di principi di rilievo costituzionale e non tengano in adeguato conto la tipicità del procedimento oggetto di attenzione. L'analogia non è consentita.

La Corte di cassazione <sup>(70)</sup>, investita di un ricorso inerente la confisca in sede esecutiva di un bene di interesse artistico ed archeologico illecitamente esportato, ha dubitato della legittimità costituzionale degli artt. 666, 667 comma 4, e 676 c.p.p. *“nella parte in cui non consentono che la parte possa richiedere al giudice dell'esecuzione lo svolgimento dell'udienza in forma pubblica”*. I dubbi di legittimità costituzionale attengono alla procedura di incidente di esecuzione per l'applicazione della confisca: sulla confisca non disposta nel giudizio di cognizione, il giudice dell'esecuzione decide infatti *de plano*, salva la facoltà per gli interessati di instaurare una fase in contraddittorio davanti allo stesso giudice, proponendo opposizione. Fase che, sul piano procedimentale, è regolata dall'art. 666 c.p.p. Giusta il richiamo di cui al comma 3 dell'art. 666 c.p.p. e 127 comma 6, c.p.p. *“L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico”*.

La Corte costituzionale <sup>(71)</sup>, nel sostenere che è da escludere che *“siano ravvisabili ragioni atte a giustificare una deroga generalizzata e assoluta al principio di pubblicità delle udienze”*, osserva, con riguardo al procedimento in esame, che esso è finalizzato all'applicazione di una misura distinta ed ulteriore rispetto a quelle adottate in sede cognitiva: misura che incide su un diritto munito di garanzia convenzionale ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della CEDU. Il provvedimento ablativo può colpire un soggetto rimasto estraneo al processo di cognizione; pertanto deve concludersi, ai fini del rispetto della garanzia prevista dall'art. 6, par. 1, CEDU, che le persone coinvolte nel procedimento abbiano la possibilità di chiedere il suo svolgimento in forma pubblica: con la conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 667, comma 4 e 676 c.p.p. nella parte in cui non consentono — su istanza degli interessati — che il procedimento di opposizione contro l'ordinanza di applicazione della confisca si svolga davanti al giudice dell'esecuzione nella forma dell'udienza pubblica.

---

<sup>(70)</sup> Cass. 4 giugno 2014, ord. n. 24356.

<sup>(71)</sup> Corte cost., 10 febbraio 2015, n. 109.

Nel prosieguo della medesima complessa vicenda processuale, nel precisare che lo scrutinio di costituzionalità attenesse alla sola “*procedura di incidente di esecuzione per l'applicazione della confisca*”, la Corte di cassazione <sup>(72)</sup> ha rimarcato i noti principi delle sentenze Bocellari e Rizza contro Italia, e Perre contro Italia <sup>(73)</sup>, per concludere che il nostro ordinamento consente procedimenti a contraddittorio eventuale o differito e la possibilità per il giudice di ricorrere ad una procedura semplificata, priva di formalità “*a condizione che il provvedimento decisorio emesso de plano sia successivamente reclamabile dall'interessato attraverso l'instaurazione di un procedimento a contraddittorio integro, senza preclusioni di sorta per l'interessato privato della interlocuzione nella fase precedente*”.

Il provvedimento emesso *de plano* dal giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p. rientra in tale schema ed infatti può essere gravato con l'opposizione, che non ha natura di mezzo di impugnazione, bensì di istanza diretta ad ottenere attraverso la rinnovazione del giudizio (un *novum iudicium*) una decisione in contraddittorio <sup>(74)</sup>.

Pertanto, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale, il ricorrente ha esclusivamente il diritto di vedere annullata la decisione del giudice dell'opposizione che ha proceduto senza le formalità dell'udienza pubblica, ma non la fase della primitiva pronuncia con la quale la confisca è stata originariamente disposta. Ciò non contrasta con alcun principio convenzionale o costituzionale.

#### 4.3. *Il rito abbreviato*

Una prima questione, nella fase di applicazione del rito abbreviato transitorio, è posta in ragione della esclusione del regime di pubblicità dell'udienza: la Corte costituzionale <sup>(75)</sup> sottolinea la tipicità del rito abbreviato in cui viene istituzionalmente meno il dibattito e la pubblicità ad esso connaturata. Nei vari atti internazionali, a tutela dei diritti dell'uomo, di un processo giusto, senza abusi od arbitri, è ben chiarito che siano possibili deroghe, non solo per ragioni di sicurezza, moralità o ordine pubblico, ma anche “*per giuste esigenze affidate alla valutazione del giudice*”. La mancanza di univocità della ordinanza di rimessione, che prospetta una gamma di possibili soluzioni, giustifica una declaratoria di inammissibilità.

<sup>(72)</sup> Cass. 27 ottobre 2015, n. 1852.

<sup>(73)</sup> V. anche Corte EDU, *Bongiorno e aa contro Italia*, 5 gennaio 2010, ric. n. 4514/07, in particolare par. 28-30; Corte EDU, *Leone contro Italia*, 2 febbraio 2010, ric. n. 30506/07, par. 27-29; Corte EDU, *Capitani e Campanella contro Italia*, 17 maggio 2011, ric. n. 24920/07, par. 26-27; Corte EDU, *Paleari contro Italia*, 26 luglio 2011, ric. n. 55772/08, par. 22-24.

<sup>(74)</sup> In sentenza si richiama sul punto Cass., S.U., 28 novembre 2001, n. 3026.

<sup>(75)</sup> Corte cost., 8 gennaio 1991, n. 69.

L'anno successivo la Consulta sottolinea che la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, “*costituisce un principio essenziale dell'ordinamento democratico*”. Il principio cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo dà particolare rilievo, all'art. 6, non esclude deroghe anche “*per giuste esigenze da valutarsi dal giudice*”. Tuttavia “*la giusta considerazione, la valutazione ed il bilanciamento di vari interessi in gioco rientrano nella discrezionalità del legislatore*”: nel rito abbreviato quel bilanciamento contrappone la garanzia di imparzialità e obiettività, con la celerità del giudizio “*e una certa riservatezza perché pone l'imputato al riparo da indiscrezioni che possono ledere la sua figura di uomo*”. È al legislatore — per la Consulta — che spetta la scelta di merito, specie nei casi in cui vi siano interessi della collettività “*scossa dall'allarme che suscita la commissione dei reati, specie se gravi,*” e l'interesse alla tutela di quella “*garanzia del controllo della pubblica opinione sullo svolgimento dei processi penali*”.

Per la Corte europea la richiesta di rito abbreviato è avanzata sul presupposto che tale procedura comporti dei “*vantaggi indiscutibili per l'imputato*”. Tali da compensare “*una riduzione delle garanzie processuali offerte dal diritto interno, in particolare per quanto riguarda il carattere pubblico del dibattimento e la possibilità di chiedere l'acquisizione di elementi di prova non contenuti nel fascicolo della procura*” (76). Pertanto, la circostanza che tanto il giudizio di primo grado quanto di appello si svolgano in camera di consiglio, senza la presenza del pubblico, non è contrario alla Convenzione.

Il rito speciale è una forma alternativa di giudizio, dipendente esclusivamente dalla volontà della persona imputata, e caratterizzata dalla mancata celebrazione del giudizio ordinario. L'attenuazione delle garanzie procedurali è compensata da “*vantaggi indiscutibili per l'imputato*” (77).

Nel richiamare “*la realizzazione del valore della pubblicità dell'udienza, da sempre inteso non solo come proiezione di un diritto dell'imputato ma anche come forma essenziale di garanzia democratica relativa al controllo popolare sulle modalità di amministrazione della giustizia*”, la Cassazione (78) evidenzia essere connaturata alla fisionomia del rito la volontà dell'imputato (e di tutti gli imputati in caso di processo cumulativo) disciplinata dal comma 3 dell'art. 441 c.p.p. (79): un caso di pubblicità su richiesta. Una richiesta “*potestativa*

(76) Corte EDU, G.C., *Hermi contro Italia*, 18 ottobre 2006, ric. n. 18114/02.

(77) Corte EDU, *Greco contro Italia*, 7 luglio 2015, ric. n. 70462/13.

(78) Cass. 10 febbraio 2015, n. 8163.

(79) “*(...) il giudice dispone che il giudizio si svolga in pubblica udienza quando ne fanno richiesta tutti gli imputati*”. Sottolinea la differenza con l'udienza preliminare, per sua natura camerale è destinata ad un giudizio sulla ‘meritevolezza’ del dibattimento, nella quale, di

(...) *non sottoposta ad alcun vaglio di fondatezza*". Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, la richiesta è formulata in vista della celebrazione del giudizio di appello: il combinato disposto dell'art. 443, comma 4 c.p.p. e dell'art. 599 c.p.p. non lascia margini al dubbio se la mancata celebrazione in secondo grado del giudizio abbreviato possa integrare alcuna sanzione processuale. L'occasione consente alla Corte una più ampia riflessione: se sia corretto ravvisare una violazione dei contenuti delle norme nazionali e sovranazionali circa la prevista (possibile) trattazione in pubblica udienza del solo giudizio di primo grado e non anche dell'appello. La sentenza 12 aprile 2006 nella causa Martinie contro Francia — richiamata dal Supremo Collegio — esprime il principio che l'interessato debba avere "*almeno*" la possibilità di chiedere un dibattimento pubblico. Anche il richiamo alle già citate sentenze della Corte costituzionale nn. 80/2011 e 93/2010 orienta la necessità di "*guardare alla procedura nazionale nel suo complesso*", sempre verificando la "tipicità" del rito in esame <sup>(80)</sup>.

Pertanto, la Corte conclude, escludendo la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, nel senso che: "*a) la pubblicità delle udienze non è un diritto insuscettibile di conformazione legale in rapporto alle diverse tipologie di procedure giudiziarie, in un'ottica di temperamento di interessi con altri valori di pari rango;*

*b) in sede di giudizio abbreviato, instaurato su richiesta di parte, la pubblicità è garantita su richiesta dell'imputato in primo grado;*

*c) il giudizio di appello, per sua natura, non è luogo tipico di ricostruzione dei fatti controversi, ma di critica tecnica dei contenuti della decisione di primo grado;*

*d) il giudizio abbreviato resta una forma di definizione del processo con componente premiale in caso di condanna*".

Testualmente la Cassazione riprende pochi anni dopo il medesimo argomentare facendo espresso riferimento alla precedente pronuncia in un caso in cui è stata rigettata la richiesta di celebrazione in pubblica udienza del grado di appello su sentenza pronunciata in rito abbreviato. La specificità del rito, caratterizzato dalla componente premiale e dal valore costituzionale della ragionevole durata del processo, giustifica l'assenza di pubblicità che trova peculiare espressione solo ove il giudice sia chiamato "*ad assumere prove orali-rappresentative e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre*

---

regola, non vi è assunzione delle prove o accertamento dei fatti", Cass. 15 aprile 2019, n. 33192, Zago.

<sup>(80)</sup> Cfr. Corte EDU, *Seliwiak contro Polonia*, 21 luglio 2009, ric. n. 3818/04; Corte EDU, G.C., *Hermi contro Italia*, 18 ottobre 2006, ric. n. 18114/02.

*si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative*" (81).

Per la Corte di Strasburgo non vi è comunque violazione dell'art. 6 se l'imputato esprime la volontà di rinunciare alle garanzie di un "*procès équitable*", in modo espresso o tacito, e ciò "*non contrasti con alcun importante interesse pubblico*" (82).

Il diversissimo atteggiarsi, per quanto riguarda l'appello, di limiti, caratteristiche, ambito di operatività del giudizio di secondo grado negli ordinamenti processuali degli Stati aderenti alla Convenzione, esclude ancora una volta profili di incostituzionalità. Sempre richiamando *Martinie c. Francia*, *Seliwiak c. Polonia*, *Hermi c. Italia*, la Corte di cassazione evidenzia che il principio della pubblicità debba essere presidiato "*con particolare rigore quando si tratta di acquisizione della prova e valutazione della testimonianza*", o quando si prevedano "*procedure o sub procedure in grado di incidere su diritti fondamentali della persona, sottratte nella loro interezza alla pubblicità*" (83).

Proprio sullo sfondo delle decisioni della Corte europea "*l'esigenza della pubblicità non è perciò assoluta, ma si impone, quale contro limite. Anche nelle ipotesi in cui sarebbe possibile la deroga, in ragione della speciale rilevanza della 'posta in gioco' quando siano cioè in gioco diritti fondamentali attinenti alla libertà o il patrimonio delle persone. In tali casi, infatti, il diritto alla pubblicità prevale sul tecnicismo della decisione*". Per la Cassazione le sentenze *Bocellari e Rizza contro Italia*, (in materia di misure di prevenzione), *Lorenzetti contro Italia* (84) (nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione), e *Grande Stevens contro Italia* (85), (che ha sanzionato la forma camerale di impugnazione in Corte di appello avverso la decisione di applicazione di sanzioni da parte di Consob) tracciano la prevalenza del diritto alla pubblicità. Così come Corte EDU, *Mraovic contro Croazia*, 4 maggio 2020, n. 30373/13, sul difficile bilanciamento dei diritti dell'imputato "contro" gli interessi della vittima al rispetto della sua vita privata, "*a protezione della sua integrità personale e della sua dignità*".

Sul solco delle sentenze Corte cost. 12 gennaio 2022, n. 14, e 9 luglio 1992, n. 373, la Corte costituzionale, nei processi per i reati più gravi che maggiormente colpiscono l'ordinata convivenza civile e "*addirittura ledono il nucleo dei diritti fondamentali delle vittime*", il mero consenso dell'imputato

(81) Cass. 5 dicembre 2017, n. 11287 (non massimata).

(82) Così Corte EDU, *Fornataro contro Italia*, 19 ottobre 2017, ric. n. 37978/13.

(83) Cass. 8 giugno 2020 n. 19367.

(84) Corte EDU, *Lorenzetti contro Italia*, 10 aprile 2012, ric. n. 32075/09.

(85) Corte EDU, *Grande Stevens contro Italia*, 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10.

non basta a fondare un suo diritto costituzionale — “*opposto, e anzi speculare, al suo diritto di pubblicità delle udienze*” — alla celebrazione di un processo “a porte chiuse” al riparo del controllo dell’opinione pubblica (in un caso in cui la preclusione totale del rito abbreviato per reati puniti con la pena dell’ergastolo ove è il dato legislativo ad imporre un processo pubblico).

#### 4.4. *La procedura di riparazione per ingiusta detenzione*

L’art. 646 c.p.p., per quanto qui di interesse, è formulato come segue: “*Sulla domanda di riparazione la corte di appello decide in camera di consiglio osservando le forme previste dall’art. 127*”.

La Corte EDU, con la sentenza 10 aprile 2012, nella causa Lorenzetti contro Italia, nel richiamare la propria giurisprudenza, àncora la decisione ai ben noti princìpi: l’assenza del pubblico, totale o parziale, deve essere rigorosamente dettata dalle circostanze della causa (C. EDU, Diennet contro Francia, 26 settembre 1995, n. 18160/91); una udienza pubblica può non essere necessaria quando non si sollevano questioni di fatto o di diritto che non possono essere risolte in base al fascicolo ed alle osservazioni presentate dalle parti; ciò avviene soprattutto quando si tratta di questioni altamente tecniche, le quali possono giustificare la mancanza di pubblicità purché la specificità della materia non esiga il controllo del pubblico.

Benché “*la Convenzione non esiga il diritto ad esprimersi oralmente, questa udienza deve per principio essere pubblica*”. Nella specie, la Corte ritiene non essere una questione di natura tecnica il valutare se l’interessato abbia contribuito o meno a provocare la propria detenzione intenzionalmente o con colpa. Si impone pertanto la pubblicità dell’udienza.

La Corte assume come essenziale che i singoli coinvolti in una procedura di riparazione per ingiusta custodia cautelare si vedano quanto meno offerta la possibilità di richiedere una udienza pubblica innanzi alla Corte di appello. Possibilità che, nel caso di specie, non è stata consentita.

La Corte riprende, in particolare, la sentenza C. EDU, Göç contro Turchia, 11 luglio 2002, n. 36590/97 (in tema di indennizzo per custodia cautelare ingiusta): nessuna circostanza eccezionale giustifica l’esimersi dal tenere una udienza pubblica, non trattandosi di questioni tecniche “*che possono essere regolate in maniera soddisfacente unicamente in base al fascicolo*”.

Il quesito posto all’attenzione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione <sup>(86)</sup> sollecita una riflessione attenta anche sotto il profilo di un possibile conflitto con il dettato costituzionale: se, a seguito della sentenza Corte EDU

---

<sup>(86)</sup> Cass., S.U., 18 ottobre 2012, n. 41694.



nel caso Lorenzetti c. Italia, anche per la trattazione del procedimento di riparazione per ingiusta detenzione “*debba procedersi nelle forme dell’udienza pubblica anziché con le forme del rito camerale e se, in caso positivo, l’avvenuta violazione dell’art. 6 della CEDU comporti l’annullamento della decisione*”.

Le note sentenze della Corte costituzionale n. 93/2010 e 80/2011 e la sentenza sul caso Lorenzetti c. Italia costituiscono il presupposto argomentativo: la Corte condivide l’approdo della Corte EDU sul principio secondo cui, in riferimento al giudizio di legittimità — per quanto attiene a tali procedimenti c.d. “speciali” —, la pubblicità dell’udienza non rappresenti un corollario necessario e inderogabile. Segnala altresì che, ove sia stato violato il principio di pubblicità dell’udienza nei gradi di merito, la eventuale udienza di legittimità pubblica non sanerebbe quella violazione.

Il problema attiene al grado di merito.

Sul punto, l’art. 315, comma 3, c.p.p. rimanda all’art. 646, comma 1, c.p.p. (udienza *ex art.* 127 c.p.p.). La Corte di cassazione evidenzia l’esistenza di una “frizione” di un siffatto modello rispetto ai *dicta* di Strasburgo.

È proprio l’art. 314 c.p.p. a porsi come disciplina concretizzatrice della disposizione di principio contenuta nell’art. 24 Cost., “*il cui ultimo comma enuncia un principio di altissimo valore etico e sociale, che va riguardato — sotto il profilo giuridico — quale coerente sviluppo del più generale principio di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2) assunto in Costituzione tra quelli che stanno a fondamento dell’intero ordinamento repubblicano*”.

Con riferimento al profilo della rilevanza, le Sezioni Unite sottolineano come l’istante non abbia formulato alcuna richiesta di pubblica trattazione, tanto nel procedimento di merito quanto in quello di legittimità<sup>(87)</sup>. Tuttavia: “*Il procedimento per la trattazione in sede di legittimità dei ricorsi in materia di riparazione per l’ingiusta detenzione (camera di consiglio non partecipata) non trova ostacolo nella sent. 10 aprile 2012 della Corte europea per i diritti dell’uomo, nel caso Lorenzetti c. Italia, in quanto tale pronuncia, nell’affermare la necessità che al soggetto interessato possa quanto meno essere offerta la possibilità di richiedere una trattazione in pubblica udienza, non si riferisce al giudizio innanzi alla Corte di cassazione.*”

Pertanto, reputano rilevante la questione di legittimità costituzionale per due ordini di ragioni: *i)* se fosse ritenuta la norma costituzionalmente legittima, l’ordinanza impugnata dovrebbe essere annullata con rinvio con-

(87) Sul concetto di rilevanza, le S.U. riprendono la Corte cost. n. 80/2011, in tema di pubblica udienza e applicazione di misure di prevenzione – inammissibilità dovuta al fatto che, nelle more del giudizio, la normativa censurata fosse stata rimossa dall’ordinamento. Reputando assorbente tale profilo, la Consulta sottolinea il difetto di rilevanza non risultando che l’interessato avesse sollevato la questione nei precedenti gradi di giudizio.



sentendo alla parte privata, di formulare richiesta di trattazione del procedimento in udienza pubblica dinanzi alla Corte di appello in qualità di giudice del rinvio; *ii*) oggetto del giudizio non è una norma atomisticamente osservata, quanto piuttosto “una carenza strutturale del quadro normativo domestico”.

In conclusione: “dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 315, comma 3, in relazione all’art. 646, comma 1, cod. proc. pen., in riferimento agli artt. 117, primo comma, e 111 Cost. sospende il giudizio in corso e dispone l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.”

La Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza, dal momento che l’interessato non ha mai manifestato la volontà di esercitare la facoltà in discussione nel giudizio *a quo*.

A tale approdo la Consulta comunque perviene, considerando che il procedimento in camera di consiglio davanti alla Corte di appello garantirebbe “la piena partecipazione del soggetto interessato, consentendogli di fornire il proprio contributo alla decisione, anche a mezzo del difensore”. A ciò si aggiunga che il procedimento di riparazione per ingiusta detenzione, sebbene regolato dal codice di procedura penale, “ha natura prettamente civilistica”. E “permette al giudice di esercitare poteri istruttori anche officiosi, in particolare sul versante dell’acquisizione di documenti, rendendo così manifesto che le garanzie sono ‘piene e del tutto puntuali’ anche nel caso in cui l’interessato resti parzialmente inerte” (88).

Riportandosi a tale pronuncia, ed alla ordinanza di rimessione, la Corte di cassazione (89) dichiara “inammissibile in sede di legittimità l’istanza di trattazione in pubblica udienza dei ricorsi in materia di riparazione per l’ingiusta detenzione, per i quali è prevista la forma della camera di consiglio non partecipata, compatibile con il principio dettato dall’art. 6 CEDU”. Il fatto, pertanto che in sede di legittimità il procedimento in esame si svolga nelle forme della trattazione camerale non partecipata “non confligge né col precetto costituzionale né con i principi sovranazionali”, proprio in quanto le Sezioni Unite hanno ribadito come “la pubblicità delle udienze non rappresenta, in riferimento al giudizio di legittimità, un corollario indefettibile”.

Canone ermeneutico testualmente riproposto dalla Corte di cassazione in un caso in cui il procedimento di riparazione per ingiusta detenzione era invocato in sede di legittimità: nell’assenza di una richiesta da parte del ricorrente di trattazione in pubblica udienza dinanzi la Corte di appello, il

(88) Così, Corte cost., 5 giugno 2013, n. 214.

(89) Cass. 13 febbraio 2014, n. 10547.

motivo si reputa inammissibile “risolvendosi nella richiesta di una astratta valutazione in punto di diritto della disciplina di cui all’art. 315, comma 3, c.p.p.”: “l’ordinamento non tutela un interesse meramente teorico e formale all’esattezza della decisione” <sup>(90)</sup>. Pertanto: “Il procedimento per la trattazione in sede di legittimità dei ricorsi in materia di riparazione per l’ingiusta detenzione non trova ostacolo nella sent. 10 aprile 2012 della Corte europea per i diritti dell’uomo, nel caso *Lorenzetti c. Italia*, in quanto tale pronuncia, nell’affermare la necessità che al soggetto interessato possa quanto meno essere offerta la possibilità di richiedere una trattazione in pubblica udienza, non si riferisce al giudizio innanzi alla Corte di cassazione”.

#### 4.5. *Il contraddittorio cartolare in Cassazione*

La trattazione di particolari questioni tecniche dinanzi la Corte di cassazione suggerisce da sempre una valutazione attenta nel bilanciamento degli interessi. La linea di confine rischia di modellarsi sul caso di specie. E per la Corte EDU, necessariamente, è da considerare se la particolarità della procedura nazionale possa giustificare deroghe al principio generale di cui all’art. 6 par. 1.

In una risalente pronuncia (C. EDU, Sutter contro Svizzera, 22 febbraio 1984, n. 8209/78) in cui non censura l’assenza di una udienza pubblica dinanzi il Tribunale militare di Cassazione, la Corte esclude la violazione dell’art. 6 par. 1: nell’esaminare “*la realtà della procedura in gioco*”, non si trattava di valutare la colpevolezza o la adeguatezza della sanzione inflitta e, in ogni caso, in prima istanza, dinanzi al tribunale, il dibattimento era stato pubblico.

In senso conforme, Corte EDU, Ekbatani contro Svezia, 26 maggio 1988, n. 10563/83, ove tanto in appello quanto in Cassazione, il tema dibattuto atteneva esclusivamente a punti di diritto e non a questioni in fatto e, in specie, non si trattava di valutare un eventuale aggravamento della pena. Ciò giustifica il rifiuto allo svolgimento di una pubblica udienza ed il diritto ad essere sentito personalmente. Principio ribadito in Corte EDU, Helmers contro Svezia, 29 ottobre 1991, n. 11826/85, ove la garanzia di pubblicità era stata assolta in primo grado.

Investita di una questione di legittimità costituzionale dell’art. 611 c.p.p., nella parte in cui, in deroga all’art. 127 c.p.p. prevede che la Corte di cassazione decida in camera di consiglio senza l’intervento dei difensori, la Suprema Corte la ritiene manifestamente infondata “*in quanto il diritto di difesa è garantito dalla facoltà di presentare memorie a sostegno del ricorso e*

<sup>(90)</sup> Cass. 23 marzo 2018, n. 18427.

*non necessariamente deve esplicitarsi con la presenza della parte all'udienza camerale*" (91). Peraltro, Sezioni Unite hanno affermato il principio in base al quale *"il modello generale dell'art. 127 sia applicabile in tutti i casi in cui il legislatore, nel prescrivere che il procedimento si svolga 'in camera di consiglio' — senza regolamentarne particolari diversità di struttura —, ometta di fare espresso riferimento alle forme dell'art. 127" (...) quando nella disposizione di specie si preveda che la decisione del giudice debba essere emessa 'in camera di consiglio' (secondo l'incipit del primo comma dell'art. 127 c.p.p.) e non sia diversamente stabilito, trovano applicazione per relationem la procedura e le forme di base stabilite per l'art. 127"* (92).

Le Sezioni Unite, con la sentenza Manesi (93), riprendendo le puntualizzazioni della citata sentenza Di Filippo, statuiscano che il disposto dell'art. 611, comma 1, c.p.p., assicura comunque un 'contraddittorio cartolare' in deroga a quanto previsto dall'art. 127 c.p.p. L'art. 611 c.p.p. costituisce attuazione della previsione contenuta nell'art. 2, direttiva 89 della legge delega e della direttiva 95 (*"diritto delle parti di svolgere le conclusioni davanti alla Corte di Cassazione"*) ed è una forma specifica per la sede di legittimità, *"derogatoria rispetto alla forma prevista in via generale per la sede di merito, la cui peculiarità consiste nella modalità attuativa del principio del contraddittorio (cartolare e non partecipato)"*. Pertanto, la disciplina speciale, dettata per il rito camerale in Cassazione, costituisce già di per sé deroga alla disciplina generale e il mero richiamo all'art. 127 riferito al procedimento incidentale di merito (il caso era il ricorso per Cassazione avverso la decisione del G.I.P. emessa a norma dell'art. 263, comma 5, c.p.p.) *"non può essere esteso meccanicamente alla procedura da seguire nella successiva fase di legittimità, la quale se non è diversamente stabilito è regolata da una specifica forma"*.

Insomma, *"il contraddittorio cartolare costituisce valido espletamento del diritto defensionale delle parti"*.

Nel peculiare caso di "rescissione del giudicato" previsto dall'art. 625-ter c.p.p. (inserito dall'art. 11, comma 5, l. 28 aprile 2014 n. 67), *"il carattere inedito dell'istituto"* suggerisce alla Corte di Cassazione una ancora più approfondita disamina: in ragione dell'assenza di alcuna specificazione circa la procedura da seguire dinanzi la Corte di cassazione, deve ritenersi che essa decida in camera di consiglio senza l'intervento delle parti (94).

Con un *excursus* sulla giurisprudenza della Corte EDU, la Cassazione,

(91) Cass., 14 dicembre 1992, n. 5161.

(92) Cass., S.U., 28 maggio 2003, n. 26156.

(93) Cass., S.U., 30 ottobre 2008, n. 27.

(94) Così, Cass., S.U., sent. 17 luglio 2014.

ancora una volta a Sezioni Unite <sup>(95)</sup>, interviene sul caso del ricorso proposto ai sensi dell'art. 325 c.p.p., per concludere che esso debba svolgersi secondo la procedura dettata dall'art. 611 c.p.p. e non nel rispetto delle forme di cui all'art. 127 c.p.p. Il Supremo collegio, richiama le sentenze: C. EDU, Bocellari e Rizza contro Italia, 13 novembre 2007, n. 399/02 (piena legittimità della procedura non partecipata, in quanto la garanzia del contraddittorio orale in tale materia è riferita, dalla Corte EDU al giudizio di merito <sup>(96)</sup>); C. EDU, Udorovic contro Italia, 18 maggio 2010, n. 38532/02 (cause legittime di deroga in ragione della natura della questione trattata connotata da alto tecnicismo pur nella rilevanza della pubblicità dell'udienza dei procedimenti che possono incidere sui diritti fondamentali del cittadino); C. EDU., Lorenzetti contro Italia, 10 aprile 2012, n. 32075/09 (la possibilità che il soggetto interessato possa richiedere la trattazione in pubblica udienza non si riferisce al giudizio innanzi la Corte di cassazione). Nell'affermare la conformità a Costituzione dell'art. 611 c.p.p., sottolinea la non equivocabile distinzione tra giudizio di merito e di legittimità che rafforza la piena legittimità della procedura camerale *ex art.* 611 c.p.p. Il principio è stato disatteso dal legislatore, che con la l. 23 giugno 2017, n. 103 ha esplicitamente previsto nell'art. 325 c.p.p. un espresso richiamo al quinto comma dell'art. 311 c.p.p., che menziona l'art. 127 c.p.p. <sup>(97)</sup>, così ripristinando per la cautela reale la procedura camerale partecipata.

Nel sottolineare la profonda differenza che intercorre tra “merito” e “legittimità” rispetto al principio di pubblicità, *“I giudizi di impugnazione, dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto, possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, par. 1, della Cedu, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla Corte di cassazione”* <sup>(98)</sup>. Può pertanto affermarsi che (...) *“tanto la giurisprudenza di legittimità quanto quella costituzionale ed europea appaiono ancora oggi, stabilmente orientate nel riconoscere in tutti i riti nei quali si articola il giudizio*

<sup>(95)</sup> Cass., S.U., 17 dicembre 2015, n. 51207; sancisce che i ricorsi in materia di sequestri proposti innanzi alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 325 c.p.p., si svolgano con le modalità di cui all'art. 611 c.p.p.; in senso conforme, Cass. 18 gennaio 2017 n. 6843.

<sup>(96)</sup> V. anche Cass. 13 febbraio 2008, n. 8990; conf. Cass. 15 dicembre 2009, n. 2269.

<sup>(97)</sup> All'articolo 325, comma 3, c.p.p., le parole: « dell'articolo 311, commi 3 e 4 » sono sostituite dalle seguenti: « dell'articolo 311, commi 3, 4 e 5 ».

<sup>(98)</sup> Cass. 18 gennaio 2017, n. 6843. A tale proposito, la Suprema Corte riprende le seguenti sentenze CEDU: Corte EDU, *Seliwiak contro Polonia*, 21 luglio 2009, ric. n. 3918/04; Corte EDU, *Hermi contro Italia*, 18 ottobre 2006, ric. n. 18114/02; Corte EDU, *Miller contro Svezia*, 8 febbraio 2005, ric. n. 55853/00; Corte EDU, *Tierce contro San Marino*, 25 luglio 2000, ric. n. 69700/01; Corte EDU, *K.D.B. contro Paesi Bassi*, 27 marzo 1998, ric. n. 21981/93; Corte EDU, *Helmerts contro Svezia*, 29 ottobre 1991, ric. n. 11826/85; Corte EDU, *Ekkbatani contro Svezia*, 26 maggio 1988, ric. n. 10563/83.

*in cassazione piena attuazione delle garanzie di difesa e, più in generale, del principio del contraddittorio, pur nel differente atteggiarsi di quest'ultimo rispetto alle fasi c.d. di merito, in ragione del tecnicismo che connota la legittimità".*

Il modello camerale tipico previsto per le decisioni della Corte di cassazione è quello cartolare disciplinato dall'art. 611 c.p.p., derogabile con la procedura "partecipata" prevista dall'art. 127 c.p.p. nei casi espressamente previsti e quindi soltanto per ragioni di ordine testuale, senza che ulteriori argomenti di ordine sistematico o costituzionale possano sottrarre la materia oggetto del ricorso al criterio dettato dall'art. 611 c.p.p.

La legittimità della udienza camerale non partecipata<sup>(99)</sup>, si fonda dunque su ragioni consistenti: il grado di tecnicismo della procedura; la natura speciale dell'art. 611 c.p.p. rispetto alla norma generale dettata dall'art. 127 c.p.p.; la specifica forma procedurale per il giudizio di legittimità, derogatoria alla procedura camerale tipica del merito; il diritto di difesa è garantito parimenti dalla facoltà di presentare memorie a sostegno del ricorso; il principio dell'oralità attiene alla formazione della prova e non è imposto in via assoluta.

L'esigenza costituzionale del controllo sociale sulla amministrazione della giustizia, esplicitata tramite la presenza del pubblico nei luoghi ove essa è amministrata, è ineludibile solo quando l'oggetto della trattazione non sia essenzialmente costituito da questioni di carattere tecnico giuridico ed altamente specialistico e l'ambito di valutazione del materiale probatorio risulti assai ristretto.

Di talché la Cassazione ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 611 e 666 c.p.p. nell'ambito dei provvedimenti emessi in sede di incidente di esecuzione.

#### 4.6. *La normativa emergenziale*

Per far fronte alla situazione epidemiologica dovuta al dilagare del virus Covid-19 e ridurre pertanto al minimo i contatti e gli assembramenti, il legislatore ha introdotto una normativa emergenziale<sup>(100)</sup> per lo svolgimento del giudizio dinanzi la Corte di appello e la Corte di cassazione.

Per la decisione sugli appelli proposti contro le sentenze di primo grado, la Corte di appello procede in camera di consiglio senza l'intervento del

<sup>(99)</sup> Cfr. anche Cass., S.U., 17 luglio 2014, n. 36848; Cass., S.U., 30 ottobre 2008, n. 9857; Cass., S.U., 28 maggio 2003, n. 26156; Cass., S.U., 17 dicembre 2015, n. 51207; Cass. 18 gennaio 2017, n. 6843.

<sup>(100)</sup> Art. 23, comma 8, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, convertito in l. 18 dicembre 2020 n. 176; art. 16 d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, che ha prorogato la normativa emergenziale relativa al contraddittorio cartolare nei giudizi di legittimità fino al 31 dicembre 2022.

pubblico ministero e dei difensori, salva la facoltà di richiedere la trattazione orale o, per l'imputato, di comparire <sup>(101)</sup>. Per il giudizio di Cassazione, la normativa emergenziale ha disposto la forma della udienza cartolare non partecipata quale regola generale, sulla falsariga dell'art. 611 c.p.p., consentendo — quale eccezione — alla parte privata, al difensore o al Pubblico Ministero di poter richiedere la trattazione orale della udienza <sup>(102)</sup>.

Ciò tanto in riferimento alle udienze pubbliche (art. 614 c.p.p.), quanto a quelle in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.).

Tale scelta del legislatore ha assicurato una indiscussa continuità al lavoro svolto dalle Corti, idoneo ad incidere positivamente sul cospicuo carico di procedimenti di cui queste ultime vengono interessate. Sotto il profilo della legittimità costituzionale, si è ritenuto che la norma sia giustificata *“sul piano della ragionevolezza, dalla finalità di tutela della salute collettiva e, stante la facoltà di ottenere la discussione orale su semplice richiesta del procuratore generale o del difensore di una delle parti, non scalfisce il valore costituzionale della pubblicità delle udienze”* <sup>(103)</sup>.

Non si tratta, peraltro, di un modello del tutto inedito per il giudizio in Cassazione, ove si consideri che, ai sensi dell'art. 531 del previgente codice di rito, era previsto un meccanismo analogo, che permetteva alla Corte — in caso di ricorso inammissibile e nel procedimento in camera di consiglio — la valutazione sulla requisitoria del Pubblico Ministero, consentendo al difensore di presentare una istanza scritta al Presidente della Corte per la trattazione orale del ricorso. Lo stesso deve dirsi per la procedura prevista per i ricorsi scrutinati come potenzialmente inammissibili e trasmessi alla Settima Sezione della Corte di cassazione, *ex art.* 610 c.p.p.

Pare evidente come il perseguimento dei pregevoli obiettivi raggiunti — il contenimento dei contagi e la continuità del lavoro svolto dal Giudice di legittimità — non appaiono privi di conseguenze sul piano del bilanciamento degli interessi coinvolti: con riferimento alle udienze in camera di consiglio, il principio di oralità ha subito un sacrificio; in relazione alle udienze pubbliche, a soffrire un pregiudizio sono stati sia l'oralità che il principio di pubblicità.

Quale ulteriore limite alla validità della proposta normativa emergenziale sul punto, si evidenzia l'assoluta potestà riconosciuta alle parti in tema di contraddittorio. Le parti private, il difensore e la pubblica accusa rappresentano gli unici soggetti legittimati alla presentazione dell'istanza di trattazione orale del ricorso.

---

<sup>(101)</sup> Art. 23, d.l. 9 novembre 2020, n. 149.

<sup>(102)</sup> Art. 23, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137.

<sup>(103)</sup> Cass., S.U., 4 febbraio 2021, n. 2610.



#### 4.7. La “Riforma Cartabia”

In attuazione dei criteri di cui all’art. 1, comma 13, lett. *g*) e *b*) della legge delega al d.lgs. 10 ottobre 2021, n. 150 (c.d. “Riforma Cartabia”), si introduce nel giudizio di appello l’art. 598-*bis* nel codice di rito (“*Decisioni in camera di consiglio senza la partecipazione delle parti*”): la Corte provvede sull’appello in camera di consiglio, giudicando sui motivi, sulle richieste e sulle memorie senza la partecipazione delle parti. All’appellante e, in ogni caso, all’imputato o al suo difensore è data facoltà di partecipare all’udienza: salva l’inammissibilità della richiesta, è la corte a decidere la trattazione in udienza pubblica o camerale (*ex art. 127 c.p.p.*).

Sussiste comunque un potere *ex officio* “*per la rilevanza delle questioni*” sottoposte all’esame della Corte.

Nel successivo art. 599 c.p.p. (“*Decisioni in camera di consiglio con la partecipazione delle parti*”), come modificato, si provvede *ex art. 127 c.p.p.*— oltre ai casi espressamente previsti per legge — nel caso di appello su rito abbreviato, e, quando l’appello ha ad oggetto la specie o la misura della pena, anche con riferimento al giudizio di comparazione delle circostanze, o l’applicabilità delle circostanze attenuanti generiche, di sanzioni sostitutive, della sospensione della pena o della non menzione nel certificato del casellario giudiziario. Fuori dai casi di cui all’art. 599 c.p.p., quando dispone che l’udienza si svolga con la partecipazione delle parti, la Corte provvede in pubblica udienza.

La linea guida è il risparmio delle risorse giudiziarie e l’abbattimento dei tempi del processo, nello spirito di incentivare un contraddittorio cartolare o comunque il concordato di cui all’art. 599-*bis* c.p.p. <sup>(104)</sup>.

Come recita la Relazione, le forme di trattazione dell’appello con rito camerale ‘non partecipato’ trova “*modalità simmetriche*” dinanzi la Corte di cassazione nell’art. 611 c.p.p.

In attuazione dell’art. 1, comma 13, lett. *m*) si cristallizza il processo cartolare quale regola e la discussione orale quale eccezione, ove richiesta dal Procuratore Generale, dai difensori ovvero d’ufficio dalla Corte “*per la rilevanza delle questioni sottoposte al suo esame*” (art. 611, comma 2-*quater*, c.p.p.).

Si è limitata la potestà di tutte le parti di attivare il rito ‘orale’ nei soli procedimenti per la decisione su ricorsi contro sentenze pronunciate nel dibattimento o ai sensi dell’art. 441 c.p.p., nonché in quelli da trattare con le forme previste dall’art. 127 c.p.p., prevedendo che, in detti casi, il procura-

<sup>(104)</sup> Opportunamente l’art. 167-*bis* disp. att. c.p.p., nell’ipotesi di cui all’art. 598-*bis* c.p.p. prevede la comunicazione del dispositivo alle parti, pubbliche e private.



tore generale e i difensori possano chiedere la trattazione in pubblica udienza o in camera di consiglio con la loro partecipazione.

Ciò in aderenza alla nota giurisprudenza CEDU, a partire dalla sentenza Drassich contro Italia dell'11 dicembre 2007, e del consolidato orientamento della Suprema Corte che, in tema di correlazione tra accusa e sentenza, esclude la compressione o la limitazione del diritto al contraddittorio quando la diversa qualificazione giuridica del fatto non avvenga a sorpresa e l'imputato e il suo difensore siano stati posti in condizioni e di interloquire sulla questione <sup>(105)</sup>.

Pertanto, sono trattati con procedimento in camera di consiglio senza l'intervento delle parti sia i casi previsti da particolari disposizioni di legge, sia tutti i ricorsi avverso provvedimenti non emessi nel dibattimento, fatta salva l'eccezione delle sentenze emesse in rito abbreviato. La richiesta della parte impone l'accoglimento, salvo i casi di inammissibilità di cui al comma 1-*bis*.

L'elemento di novità invero attiene ai poteri del Collegio, tanto in appello che in Cassazione.

Il legislatore ha ritenuto necessario estendere anche al Collegio la facoltà di richiedere la trattazione orale delle udienze pubbliche e in camera di consiglio, nell'intento di superare le critiche che erano state rivolte alla normativa emergenziale sul punto.

Nel colmare la carenza strutturale censurata, la soluzione accolta dal legislatore della riforma appare moderata, nei termini in cui — pur estendendo anche al Collegio la facoltà di instaurare un procedimento “tradizionale” nelle forme dell'udienza pubblica ovvero in camera di consiglio — non prevede alcuna discrezionalità circa la valutazione dell'ammissibilità della richiesta di trattazione orale proveniente dalle parti, alle quali non è pertanto richiesto alcun onere motivazionale (tranne ovviamente i casi di mancato rispetto dei termini o dei presupposti normativamente indicati). Al “diritto potestativo” delle parti si unisce pertanto l'esigenza di mettere al centro della valutazione questioni di particolare complessità. Ben potrebbe dunque ritenersi che in questo dialogo con le parti, la Corte potesse evidenziare — con la scelta della pubblicità — quei motivi maggiormente meritevoli di discussione orale.

La riforma ha pertanto recepito — non senza difficoltà anche con riferimento alla organizzazione e calendarizzazione delle udienze — il complesso e non sempre lineare dibattito che, nel dialogo tra le Corti, si è sviluppato negli anni, privilegiando l'assenza di pubblicità nel caso di giudizi

---

<sup>(105)</sup> In relazione, al riguardo, si fa espresso richiamo a Cass. 3 maggio 2021, n. 27905.

in cui non sia in gioco la valutazione di elementi di prova circa la colpevolezza oppure vi sia una trattazione specificamente tecnica delle questioni dibattute. Con un importante risalto dovuto ai poteri *ex officio* che la rilevanza delle questioni necessariamente impone, specie per il fondamentale compito nomofilattico attribuito alla Suprema Corte.

## II.

### IL GIUDIZIO IN ASSENZA DELL'IMPUTATO

di *Debora Tripiccion*e (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il diritto di essere presente in udienza nella giurisprudenza della Corte EDU. — 2. La Direttiva 2016/343/UE alla luce di una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. — 3. Le condizioni per procedere in assenza nella giurisprudenza di legittimità. — 4. La riforma del processo penale ed il rafforzamento delle garanzie di equità del processo *in absentia*.

#### 1. Il diritto di essere presente in udienza nella giurisprudenza della Corte EDU

Sebbene l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, d'ora in poi CEDU, non contempli espressamente il diritto dell'imputato ad essere presente in udienza tra le garanzie di equità del processo, la giurisprudenza della Corte EDU ha ritenuto tale diritto desumibile dallo scopo dell'art. 6, par. 1 e come uno dei presupposti fondamentali per l'esercizio dei diritti riconosciuti dal par. 3 della norma (tra le tante, Corte EDU, G.C., *Hermi c. Italia*, 18 ottobre 2006, ric. n. 18114/02; Corte EDU, G.C., *Sejdovic c. Italia*, 1 marzo 2006, ric. n. 56581/00).

La Corte di Strasburgo ha, tuttavia, ritenuto che la celebrazione di un processo in assenza dell'imputato non sia incompatibile con l'art. 6, a condizione che, da un lato, questo sia a conoscenza del processo ed abbia rinunciato, in modo inequivocabile, espresso o tacito, all'esercizio del diritto di partecipare all'udienza e, dall'altro, che vengano, comunque, garantiti dei rimedi restitutori qualora risulti che si è proceduto in assenza in mancanza di prova di una rinuncia a comparire.

Quanto al primo profilo, si è posto l'accento sulla centralità della notifica personale all'imputato delle accuse mosse a suo carico ed è stata esclusa la possibilità, in assenza di detta notifica personale, che dalla mera qualità di

---

(\*) Consigliera presso la Corte di cassazione.

latitante possa desumersi la configurabilità di una rinuncia tacita a comparire ed a difendersi in udienza (Corte EDU, Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985, ric. n. 9024/80).

Tuttavia, anche in assenza di una notifica personale, si è affermato che la conoscenza da parte dell'imputato del procedimento a suo carico e della natura dell'accusa, nonché la sua rinuncia a comparire o la sua intenzione di sottrarsi al processo, possa essere desunta da taluni fatti e comportamenti particolarmente significativi. In un caso, ad esempio, la Corte EDU ha ravvisato un'ipotesi di rinuncia tacita nella condotta della ricorrente che, dopo essere stata edotta del contenuto dell'accusa (notificata prima della fissazione del processo secondo il sistema processuale dello Stato convenuto), si era resa irreperibile, omettendo di comunicare all'autorità procedente il mutamento del domicilio (Corte EDU, Lena Atanasova c. Bulgaria, 26 gennaio 2017, ric. n. 52009/07). Si è, infatti, ravvisata in tale condotta una rinuncia tacita e consapevole a comparire, potendo la ricorrente ragionevolmente attendersi di essere citata per il giudizio.

La Corte EDU ha, inoltre, precisato, che la rinuncia al diritto di partecipare all'udienza, qualunque forma assuma, deve essere consapevole, informata e non equivoca, cosicché, con riferimento alla rinuncia tacita, è necessario provare che l'imputato avrebbe potuto ragionevolmente prevedere le conseguenze del suo comportamento al riguardo (Corte EDU, G.C., caso Sejdovic c. Italia, cit.; Corte EDU, Vilches Coronado e altri c. Spagna, 13 maggio 2018, ric. n. 55517/14).

Sotto altro profilo la Corte EDU ha posto l'accento sulla centralità dei rimedi restitutori nel processo *in absentia* ed ha, pertanto, ritenuto un diniego di giustizia, integrante la violazione dell'art. 6 CEDU, l'ipotesi in cui, in mancanza di prova — il cui onere non deve, comunque, gravare sull'imputato — di una rinuncia a comparire e a difendersi in udienza o della intenzione dell'imputato di sottrarsi alla giustizia, non venga garantita alla persona condannata *in absentia* la possibilità di ottenere che il giudice, dopo averla sentita, si pronunci nuovamente sulla fondatezza dell'accusa, in fatto e in diritto (Corte EDU, G.C., caso Sejdovic c. Italia, cit.; Corte EDU, Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004, ric. n. 67972/01).

La Corte EDU ha, infine, ritenuto che, sebbene in linea di principio l'art. 6 CEDU trovi applicazione anche nel giudizio di appello, tuttavia, in tale fase, la comparizione personale dell'imputato può non avere la medesima importanza decisiva che assume nel giudizio di primo grado, dovendosi avere riguardo alle peculiarità del giudizio ed alle questioni in esso dedotte (Corte EDU, G. C., 18 ottobre 2006, caso Hermi c. Italia, cit.). In particolare, la sussistenza di tale diritto è stata riconosciuta nei casi in cui al giudice dell'appello sia devoluta una cognizione piena del caso, e, dunque, una

valutazione globale della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato (cfr. Corte EDU, G.C., caso *Hermi c. Italia*, cit.; Corte EDU, *Dondarini c. San Marino*, 6 luglio 2004, ric. n. 50545/99). Si è, pertanto, affermato che le procedure di autorizzazione dell'appello, così come i giudizi, quale quello di legittimità, in cui si discute esclusivamente di questioni di diritto, e non di fatto, sono conformi all'art. 6 CEDU anche se la corte di appello o di cassazione non hanno consentito al ricorrente di esprimersi personalmente dinanzi ad esse, purché vi sia stata una pubblica udienza in primo grado (tra le tante, Corte EDU, *Monnell e Morris c. Regno Unito*, 2 marzo 1987, ric. n. 9652/81 e n. 9818/82; Corte EDU, *Sutter c. Svizzera*, 22 febbraio 1984, ric. n. 8209/78).

## **2. La Direttiva 2016/343/UE alla luce di una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea**

Coerentemente con i principi affermati dalla Corte EDU nell'interpretazione dell'art. 6 CEDU, anche la Direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, contenente norme minime sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, considera il diritto a presenziare al processo come il fondamento del diritto ad un equo processo riconosciuto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (considerando 33), specificando, tuttavia, che tale diritto non è assoluto, ma a talune condizioni, gli indagati e gli imputati possono rinunciare, esplicitamente o implicitamente, purché in modo inequivocabile (considerando 35).

In particolare, l'art. 8, par. 2, della Direttiva individua due condizioni alternative che consentono di procedere in assenza dell'imputato:

*a)* che l'indagato o l'imputato sia stato informato in tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione;

*b)* che l'indagato o imputato, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato o nominato da questo o dallo Stato.

In entrambe le situazioni, assume valore determinante l'informazione del processo, ovvero, come chiarisce il considerando 36, che l'imputato o indagato sia stato citato personalmente, o informato ufficialmente con altri mezzi, della data e del luogo fissati per il processo e delle conseguenze della sua mancata comparizione in giudizio. Si stabilisce, inoltre, ai fini della valutazione dell'adeguatezza di tale informazione, un onere di leale collaborazione dell'interessato, rilevando, a tal fine, sia la diligenza delle autorità pubbliche che la diligenza di cui ha dato prova l'interessato al fine di ricevere le informazioni a lui destinate (considerando 38).

La Direttiva contempla, inoltre, l'ipotesi in cui, nonostante gli sforzi profusi dalle pubbliche autorità, l'interessato non sia rintracciabile e, dunque, non sussistano le condizioni previste dal par. 2 della norma (il considerando 39 cita quali esempi la fuga o la latitanza dell'imputato). In tal caso, ai sensi dell'art. 8, par. 3, gli Stati membri possono, comunque, consentire l'adozione e l'esecuzione di una decisione *in absentia*, ma devono garantire che gli imputati o indagati, una volta informati della decisione, in particolare quando arrestati, siano resi edotti anche della possibilità di proporre impugnazione e del diritto ad un nuovo processo o ad un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, in conformità con l'art. 9 della Direttiva. Tale disposizione prevede, infatti, che ove non ricorrano le condizioni previste dall'art. 8, par. 2, gli imputati o indagati hanno diritto ad un nuovo processo o ad un altro mezzo di ricorso giurisdizionale che si svolga in sua presenza, consenta di riesaminare la causa nel merito, incluso l'esame di nuove prove, e possa condurre alla riforma della decisione originaria.

La Direttiva tiene conto anche della possibilità che il processo o una sua fase si celebrino esclusivamente in forma cartolare. L'ultimo comma dell'art. 8 lascia, infatti, impregiudicate le norme nazionali che prevedono che il processo o talune sue fasi si svolgano per iscritto, ponendo quale condizione che, in tali casi, pur non trovando applicazione il diritto di presenziare al processo (considerando 41), le norme nazionali assicurino, comunque, il diritto ad un equo processo.

Gli artt. 8 e 9 della Direttiva 2016/343 UE sono stati recentemente oggetto di una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza del 19 maggio 2022, causa C-569/20, IR c. Spetsializirana prokuratura,) in cui è stato definito il perimetro di applicabilità dei rimedi restitutori previsti dall'art. 9. In tale sentenza, la Corte di giustizia ha, innanzitutto, affermato l'efficacia diretta delle disposizioni contenute agli artt. 8, par. 4, e 9 della Direttiva, trattandosi di disposizioni che enunciano in modo incondizionato e sufficientemente preciso l'ambito di applicazione e la portata del diritto ad un nuovo processo, riservato alle persone condannate in contumacia nei cui confronti non sussistano le condizioni previste alternativamente dall'art. 8, par. 2. In tale ipotesi, ad avviso della Corte di giustizia, la Direttiva 2016/343 UE osta ad una normativa nazionale che esclude il diritto ad un nuovo processo per il solo motivo che l'interessato si sia dato alla fuga e che le autorità non siano riuscite a rintracciarlo (ciò in linea con la giurisprudenza della Corte EDU esaminata nel precedente paragrafo).

Tuttavia, ha precisato ancora la Corte, tale diritto può essere negato qualora da indizi precisi e oggettivi risulti che l'imputato ha ricevuto informazioni sufficienti per essere a conoscenza del fatto che si sarebbe

svolto nei suoi confronti un processo e, con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, ha impedito all'autorità di informarlo ufficialmente sulla data e luogo del processo. In presenza di tali indizi (la Corte indica quali esempi il caso della comunicazione di un indirizzo errato o quello in cui l'imputato non si trovi più all'indirizzo comunicato) può ritenersi che lo stesso sia informato del processo e, fatte salve le esigenze delle persone vulnerabili, abbia inequivocabilmente rinunciato al suo diritto di presenziare al processo.

Ad avviso della Corte di giustizia, tale interpretazione dell'art. 8, par. 2, della direttiva è rafforzata sia dal considerando 38 sulla rilevanza della reciproca diligenza sia delle autorità nell'informare l'interessato che di quest'ultimo nel ricevere tali informazioni, che dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU in tema di rinuncia a comparire al processo (si richiama, tra le altre, la sentenza nel caso *Lena Atanasova c. Bulgaria*, esaminata nel precedente paragrafo).

### **3. Le condizioni per procedere in assenza nella giurisprudenza di legittimità**

Dalla giurisprudenza della Corte EDU emerge la necessità che ogni ordinamento predisponga degli strumenti sia di carattere preventivo, volti ad evitare la celebrazione di processi a carico di assenti inconsapevoli, che di carattere ripristinatorio, volti ad assicurare un nuovo giudizio sul merito dell'accusa a chi non sia stato in grado, senza sua colpa, di partecipare al processo ormai concluso.

Al fine di adeguare l'ordinamento interno ai principi di equità del processo, come interpretati dalla Corte EDU — che, come noto, ha rilevato delle carenze sistemiche con riferimento all'originaria disciplina della restituzione in termini prevista dall'art. 175 c.p.p. — il legislatore nazionale ha, dapprima, con il d.l. n. 17 del 2005, convertito dalla legge n. 60 del 2005, modificato la disciplina dell'art. 175 c.p.p. e, successivamente, con la legge n. 67 del 2014, ha riordinato l'intera materia attraverso l'eliminazione dell'istituto della contumacia e l'introduzione del processo in assenza dell'imputato. In particolare, le condizioni per procedere in assenza dell'imputato sono state disciplinate all'art. 420-*bis* c.p.p. La norma prevede, infatti, che è possibile procedere in assenza dell'imputato, oltre che nel caso in cui questo, libero o detenuto, anche se impedito, abbia espressamente rinunciato a comparire (comma 1) ovvero abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso (comma 2), anche nei casi in cui nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio, sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare, ovvero abbia nominato un difensore di fiducia, nonché nel



caso in cui risulti con certezza che l'imputato è a conoscenza del procedimento o che si è sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo. Come rilevato dalle Sezioni Unite, la norma in esame tipizza delle situazioni « che, nell'ottica della semplificazione dell'accertamento della "consapevolezza" della assenza, consentono di ritenerla anche senza avviso personale a mani dell'imputato; si equipara alla conoscenza del contenuto del processo e del tempo e luogo di fissazione la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento e dei suoi atti. » (Cass., S.U., 28 novembre 2019, n. 23498).

L'interpretazione della norma è stata oggetto di plurime pronunce delle Sezioni Unite attraverso le quali la Corte ha fornito una chiara ermeneusi, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU in tema di equità del processo, sia delle condizioni tipizzate dal legislatore in presenza delle quali è legittimo procedere in assenza che dei rimedi restitutori spettanti all'imputato.

Una prima significativa tappa di tale percorso ermeneutico è segnata dalla sentenza n. 28912 del 28 febbraio 2019, con la quale la Corte ha risolto il contrasto relativo al significato del sintagma "conoscenza del procedimento" in relazione al testo dell'art. 175, comma 2, c.p.p., nella formulazione precedente le modifiche introdotte dalla legge n. 67 del 2014. Ad un orientamento che riteneva sussistente tale conoscenza solo quando l'imputato ha avuto conoscenza dello svolgimento del processo e, dunque, solo con la relativa *vocatio in iudicium*, si contrapponeva, infatti, un orientamento che riteneva sufficiente la conoscenza del contenuto dell'accusa, reso noto con la notifica dell'avviso di chiusura delle indagini preliminari, quale notizia da cui desumere che, comunque, sarà celebrato un processo.

Le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto affermando che, ai fini della restituzione nel termine per impugnare, ai sensi dell'art. 175, comma 2, c.p.p., nella formulazione antecedente la modifica introdotta dalla legge n. 67 del 2014, la effettiva conoscenza deve essere riferita alla *vocatio in iudicium*, non potendosi ritenere tale la conoscenza dell'accusa contenuta nell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p., che non è sufficiente a garantire all'imputato anche quella del processo, fermo restando che l'imputato non deve avere rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione oppure non deve essersi deliberatamente sottratto a tale conoscenza.

Le Sezioni Unite sono giunte a tale conclusione, considerando l'intera disciplina del processo in assenza e la giurisprudenza della Corte EDU che, in più occasioni, aveva condannato l'Italia in considerazione della inadeguatezza delle regole di conoscenza legale fondate sulla regolarità formale delle notifiche rispetto alle esigenze del giusto processo.

In particolare, il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite contiene delle precise coordinate ermeneutiche in merito alle condizioni che,

ai sensi dell'art. 420-*bis* c.p.p., consentono di procedere in assenza. La Corte ha, infatti, affermato che, a tal fine, rilevano, oltre al caso in cui vi sia la prova positiva della conoscenza del processo, anche talune ipotesi tipizzate di conoscenza in cui l'interessato (con la dichiarazione o elezione di domicilio, la sottoposizione a misura cautelare o la nomina di un difensore di fiducia) ha avuto adeguata contezza delle accuse e quindi ha un onere di « tenersi informato ». Il Supremo Consesso ha, tuttavia, chiarito che da tali atti tipizzati, in quanto fonte dell'onere per l'imputato di tenersi informato, consegue una presunzione relativa — rispetto alla quale l'imputato può dunque fornire la prova contraria — che ha ad oggetto, non la conoscenza del processo, bensì la volontaria sottrazione a tale conoscenza. A fondamento di tale onere consequenziale al compimento degli atti tipizzati previsti dal legislatore, si è, infatti, evidenziato che:

— con la dichiarazione o elezione di domicilio, ovvero con la nomina del difensore di fiducia, è lo stesso imputato che si attiva dichiarando espressamente di essere a conoscenza del procedimento;

— in caso di arresto, fermo o sottoposizione a misura cautelare — da intendersi quali procedure completate con l'udienza di convalida e l'interrogatorio, escluso, dunque, il caso della liberazione ai sensi dell'art. 389 c.p.p., o della latitanza — l'indagato è condotto davanti al giudice che gli rende direttamente noto lo sviluppo del procedimento e lo invita a rendere dichiarazioni sulla futura reperibilità.

Diversamente, il Supremo Consesso ha escluso che alcuna presunzione, sia pure relativa, possa conseguire alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Si è, infatti, sottolineato che, oltre a non rientrare tra gli atti "tipici" cui l'art. 420-*bis* c.p.p. fa conseguire l'onere di tenersi informato, tale notifica si risolve nella mera ricezione passiva di una notizia da parte dell'ufficiale notificatore che di per sé non può considerarsi espressione di conoscenza effettiva della pendenza del processo.

A distanza di pochi mesi da tale sentenza, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute sul tema del processo in assenza a seguito del contrasto giurisprudenziale insorto sulla idoneità della elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, eseguita nel corso degli atti preliminari di polizia giudiziaria, prima della formale iscrizione del nome dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., a costituire, da sola o in concorso con altri elementi, il presupposto per la dichiarazione di assenza dell'imputato.

Secondo uno degli indirizzi ermeneutici in contrasto, infatti, la normativa sul processo *in absentia* avrebbe introdotto delle presunzioni in relazione ai casi contemplati dall'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. in presenza dei quali sarebbe possibile procedere in assenza sulla base della sola regolarità formale della notifica dell'avviso di udienza, in qualsiasi forma effettuata, anche nei

confronti di un soggetto irreperibile o, come nella fattispecie concreta esaminata dalla Corte, di un soggetto latitante.

Le Sezioni Unite, nell'escludere che gli indici di conoscenza contemplati dall'art. 420-*bis* c.p.p. abbiano reintrodotta un sistema di presunzioni legali di conoscenza del processo, hanno, innanzitutto, ribadito che con il sintagma "conoscenza del procedimento" il legislatore non ha inteso riferirsi ad una nozione più ampia di quella di "processo" (Cass., S.U., 28 novembre 2019, n. 23948). Si è, inoltre, chiarito che gli "indicatori di conoscenza" previsti dall'art. 420-*bis* c.p.p. devono presentare caratteri di effettività e devono essere interpretati secondo la loro funzione.

In particolare, con riferimento alla questione specificamente devoluta al Supremo Consesso, si è posto l'accento, da un lato, sulla giurisprudenza della Corte EDU in tema di processo *in absentia* (in particolare le sentenze del 18 maggio 2004, caso Somogyi c. Italia e del 10 novembre 2004, caso Sejdovic c. Italia) e, dall'altro, sul comma 4-*bis* dell'art. 162 c.p.p., introdotto dalla legge n. 103 del 2017 che, sebbene non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie concreta, è stato considerato dalle Sezioni Unite quale disposizione di natura interpretativa codificante la lettura delle regole previgenti già offerta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 31 del 2017. In tale sentenza, infatti, il Giudice delle Leggi, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 161 e 163 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la notifica personale all'imputato dell'atto introduttivo del giudizio penale, quantomeno nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio nominato dalla polizia giudiziaria, ha, tra l'altro, affermato la necessità che il giudice rimettente verificasse se si fosse instaurato tra l'imputato ed il difensore un effettivo rapporto professionale che consentisse di desumere che il primo fosse a conoscenza della *vocatio in iudicium*.

Alla luce di tali premesse ermeneutiche, le Sezioni Unite hanno, pertanto, affermato che ai fini della dichiarazione di assenza non può considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio da parte dell'indagato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa. In particolare, si è posto l'accento sulla necessità che l'elezione di domicilio — presso il difensore d'ufficio o presso terzi — sia "seria" e reale", rilevando, a tal fine la sussistenza di un apprezzabile rapporto tra il soggetto ed il luogo prescelto.

Il medesimo criterio di effettività è stato adottato anche in relazione alla interpretazione degli altri atti tipici previsti dall'art. 420-*bis* c.p.p. Ponendosi nel solco ermeneutico già tracciato dalla sentenza n. 28912 del

2019, le Sezioni Unite hanno, pertanto, escluso la rilevanza della applicazione di una misura precautelare o cautelare qualora non vi sia stato alcun contatto tra l'indagato ed il giudice come nel caso in cui l'arrestato o fermato riesca a fuggire prime della presentazione al giudice ovvero nel caso in cui la misura resti ineseguita per irreperibilità dell'indagato. Ad analoghe conclusioni si è pervenuti con riferimento alla nomina del difensore di fiducia, escludendosene la rilevanza ove non accettata dal difensore.

Ad avviso delle Sezioni Unite, le situazioni tipizzate dal legislatore, ove rispondenti al predetto canone di effettività, sono idonee a giustificare una « esigibile diligenza dell'interessato » e lungi dal introdurre alcuna presunzione di conoscenza della *vocatio in ius*, consentono, invece, di equiparare la notifica regolare non a mani proprie, ma eseguita con modalità adeguate a rendere effettivamente conoscibile l'atto (quale la notifica a persona convivente), alla effettiva conoscenza del processo, potendosi ragionevolmente ritenere che l'imputato abbia effettivamente conosciuto l'atto notificato.

Ove, invece, non sussistano gli atti tipizzati dal legislatore, l'unica forma di notifica che consente di procedere in assenza è quella a mani proprie.

Sulla base di tale criterio esegetico, le Sezioni Unite hanno, pertanto, escluso che la regolarità formale della notifica in caso di latitanza (coerentemente con le indicazioni in tema di rinuncia al diritto di presenziare fornite dalla Corte EDU) o nel caso in cui non sia possibile procedere ad una regolare notifica (si fa ad esempio riferimento al caso in cui l'imputato sia stato sfrattato o mandato via dal domicilio eletto, cui abbia fatto seguito una notifica come soggetto irreperibile o presso la casa comunale) possa consentire di procedere in assenza, non essendovi, in tali casi, alcuna certezza della conoscenza del processo.

Il Supremo Consesso ha, tuttavia, aggiunto che l'unica ipotesi in cui l'art. 420-*bis* c.p.p., consente di procedere in assenza anche se la parte ignora la *vocatio in ius*, riguarda i c.d. "finti inconsapevoli" ovvero i casi di volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di atti del procedimento. Si tratta di ipotesi non tipizzate dalla norma, evidentemente correlate a condotte positive (cosicché non vi possano rientrare le situazioni comuni di irreperibilità del destinatario), rispetto alle quali è necessario un accertamento in fatto relativo al coefficiente psicologico della condotta. Ad avviso delle Sezioni Unite potranno a tal fine valutarsi la manifesta mancata diligenza informativa, la indicazione di un domicilio falso, seppure apparentemente valido, a condizione, tuttavia di non trasformare automaticamente dette situazioni in una conclamata volontà di sottrarsi alla conoscenza del processo che finirebbe per reintrodurre nel sistema il vecchio regime di presunzioni, ormai superato.

Coerentemente con le coordinate ermeneutiche fornite dalle Sezioni Unite, la successiva giurisprudenza di legittimità in tema di rescissione del

giudicato ha affermato che dall'elezione di domicilio effettuata presso il difensore d'ufficio prima dell'introduzione del comma 4-*bis* dell'art. 162 c.p.p. non discende una presunzione di conoscenza del processo o di volontaria sottrazione allo stesso, preclusiva della rescissione del giudicato, dovendo il giudice verificare, attraverso ulteriori indici, l'effettiva instaurazione del rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato (Cass. 24 novembre 2020, n. 11813/2021). Si è, inoltre, affermato che l'effettiva conoscenza del procedimento deve essere riferita all'accusa contenuta in un provvedimento formale di "*vocatio in iudicium*" e non può desumersi dalla mera dichiarazione o elezione di domicilio effettuata nella fase delle indagini preliminari quando ad essa non sia seguita la notifica dell'atto introduttivo del giudizio in detto luogo, ancorché a mano di un soggetto diverso dal destinatario, ma comunque legittimato a ricevere l'atto; pertanto, si è escluso che la notifica eseguita ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p., in quanto eseguita in luogo diverso dal domicilio indicato, consenta di ritenere la sicura conoscenza del procedimento da parte dell'imputato (Cass. 18 giugno 2020, n. 21997; si veda anche Cass. 6 aprile 2021, n. 19949 che ha escluso che la conoscenza del processo possa desumersi dalla nomina in fase di indagini preliminari di un difensore di fiducia con elezione di domicilio presso il suo studio, nel caso in cui il difensore si sia successivamente cancellato dall'albo e non vi sia prova che tale circostanza sia stata comunicata all'interessato e che questi ne sia venuto comunque a conoscenza). È stata, invece, esclusa la incolpevole mancata conoscenza del processo nel caso in cui l'imputato, dopo avere ricevuto la notifica a mani proprie dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. nel domicilio eletto, abbia poi ommesso di comunicarne il successivo mutamento o di incaricare qualcuno di ritirare e comunicargli le notifiche a lui dirette, in quanto, essendosi posto nella condizione di non ricevere notizia del processo, ha implicitamente dimostrato di non volervi partecipare (Cass. 31 marzo 2021, n. 14375).

Analogamente, in tema di restituzione nel termine per l'impugnazione della sentenza contumaciale, si è ritenuto illegittimo il provvedimento di rigetto che, sulla base della mera regolarità formale della notifica dell'atto, assegni al comportamento dell'imputato, che abbia ommesso di comunicare il mutamento del domicilio dichiarato, il significato di una volontaria sottrazione alla conoscenza legale del processo o delle sentenze (Cass. 30 settembre 2020, n. 27919).

Un ulteriore tassello del percorso ermeneutico tracciato dalle Sezioni Unite ha, infine, riguardato la rilevanza o meno, quale legittimo impedimento a comparire che impedisce di procedere in assenza, della condizione di restrizione dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa, ove comunicata in udienza e in assenza di una preventiva richiesta di autorizzazione

all'allontanamento dal domicilio per presenziare all'udienza. Muovendo dagli approdi esegetici contenuti nelle precedenti sentenze delle Sezioni Unite n. 37483 del 26 settembre 2006 e n. 35399 del 26 giugno 2010, che hanno sostanzialmente escluso la possibilità di subordinare l'esercizio di un diritto fondamentale, quale quello di presenziare al processo, ad oneri non espressamente previsti dalla legge, il Supremo Consesso ha affermato che la restrizione dell'imputato agli arresti domiciliari per altra causa, risultante dagli atti o, comunque, comunicata al giudice precedente, in qualunque tempo, integra un impedimento legittimo a comparire che impone il rinvio del procedimento ad una nuova udienza e la traduzione dell'imputato stesso (Cass., S.U., 30 settembre 2021, n. 7635 /2022). Si è pertanto, affermata, anche alla luce, tra l'altro, della giurisprudenza della Corte EDU in relazione alle caratteristiche della rinuncia al diritto di presenziare al processo, nonché della Direttiva UE n. 343 del 2016, la sussistenza del diritto di presenziare al processo dell'imputato, ove abbia reso edotto il giudice del sopravvenuto stato restrittivo della sua libertà per altra causa e senza alcun ulteriore onere a suo carico. Affermano, infatti, le Sezioni Unite che l'assenza dell'imputato può costituire espressione della abdicazione del diritto a partecipare solo ove non risulti la presenza di alcun impedimento e la stessa possa essere univocamente ricondotta ad una libera rinuncia dell'imputato ad esercitare il suo diritto. Tale condizione non sussiste in tutte le ipotesi nelle quali il giudice che procede ha conoscenza dell'esistenza di un impedimento dell'imputato a partecipare al processo a causa della limitazione della libertà personale e non sia stata manifestata da parte dell'interessato, in maniera inequivoca, la volontà di rinunciare a presenziare. In tal caso incombe al giudice precedente l'obbligo di esercitare, di ufficio e senza ulteriori sollecitazioni da parte dell'imputato, tutti i poteri che l'ordinamento gli conferisce al fine di assicurare la partecipazione dell'imputato non rinunciante.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta una recente pronuncia della Corte di cassazione che ha ritenuto quale legittimo impedimento la condizione, nota al giudice precedente, della sottoposizione dell'imputato alla misura cautelare dell'obbligo di dimora in comune diverso da quello in cui si celebrava il processo (applicata, peraltro, in relazione a tale causa) ed ha conseguentemente ritenuto illegittimo il processo celebrato in sua assenza, annullando con rinvio le sentenze emesse nei due gradi di giudizio (Cass. 30 marzo 2022, n. 35190).

Un'ultima significativa tappa del percorso ermeneutico della giurisprudenza di legittimità ha, infine, riguardato gli strumenti riparatori offerti dall'ordinamento processuale in caso di illegittima dichiarazione di assenza. In particolare, le Sezioni Unite, con la sentenza del 26 novembre 2020, n. 15498/2021, risolvendo un contrasto insorto sullo strumento applicabile in



relazione alle nullità assolute ed insanabili derivanti, in giudizio celebrato in assenza, dall'omessa citazione dell'imputato e/o del suo difensore hanno affermato che, in caso di passaggio in giudicato della condanna in assenza, dette nullità non sono deducibili mediante incidente di esecuzione, ai sensi dell'art. 670 c.p.p., salva restando la possibilità di far valere, attraverso la richiesta di rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 629-*bis* c.p.p., l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo che si assuma derivata dalle nullità stesse.

Le Sezioni Unite hanno, innanzitutto, chiarito il differente perimetro applicativo dell'incidente di esecuzione e della rescissione del giudicato: il primo, infatti, come emerge dalla stessa collocazione codicistica, non è un mezzo di impugnazione ed è attivabile solo in relazione a questioni relative al titolo esecutivo (mancanza del titolo o la sua non esecutività), non potendosi, invece, dedurre in tale sede questioni attinenti la fondatezza del giudizio di responsabilità sul fatto di reato, la misura della pena irrogata o vizi procedurali verificatisi prima del passaggio in giudicato del provvedimento cui dare attuazione. Di contro, la rescissione del giudicato si pone quale mezzo di impugnazione straordinario e quale strumento di chiusura del sistema che, ove si accerti la violazione dei diritti partecipativi dell'imputato, determina il travolgimento del giudicato e l'instaurazione *ab initio* del processo.

Sulla base di tale perimetrazione dell'ambito di applicabilità dei due istituti, le Sezioni Unite, riprendendo il percorso ermeneutico tracciato dalla precedente sentenza n. 23948 del 2019 e dalla giurisprudenza della Corte EDU, hanno affermato che attraverso i rimedi restitutori previsti dagli artt. 420-*bis*, 604 e 629-*bis* c.p.p., il sistema vigente assicura una tutela in tutti i casi in cui la mancata comparizione in giudizio dell'imputato non sia frutto di una scelta volontaria, conseguente alla rituale conoscenza del provvedimento di *vocatio in iudicium*. In particolare, la Corte ha recepito l'orientamento secondo cui l'art. 629-*bis* c.p.p. si pone in stretta correlazione con le previsioni dell'art. 420-*bis* c.p.p. e offre una forma di tutela all'imputato non presente fisicamente in udienza, mediante la possibilità di ottenere una "reazione ripristinatoria del corretto corso del processo" qualora la mancata partecipazione del soggetto accusato sia dipesa dall'ignoranza incolpevole della celebrazione del processo stesso (ciò anche nell'ipotesi in cui tutti i meccanismi di controllo abbiano operato con efficacia prima della declaratoria di assenza). Ciò comporta che, al di fuori di ogni presunzione, anche l'imputato dichiarato assente nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 420-*bis* c.p.p., è legittimato ad allegare l'ignoranza del processo a lui non imputabile.

Rispondendo, infine, al dubbio circa la possibile superfluità, in conseguenza della soluzione ermeneutica prescelta, delle disposizioni dell'art. 670



c.p.p., le Sezioni Unite hanno chiarito che tale istituto conserva uno spazio di autonoma rilevanza e di utilità processuale allorché si deducano: *a*) vizi attinenti alla notificazione del decreto penale di condanna; *b*) vizi di omessa o illegittima notificazione dell'avviso di ritardato deposito della sentenza ai sensi dell'art. 548, comma 2, c.p.p.; *c*) vizi di omessa o illegittima notificazione dell'estratto della sentenza di condanna, emessa nei confronti dell'imputato contumace, *ex art.* 548, comma 3, c.p.p., il cui processo resta soggetto alla previgente regolamentazione, perché pronunciata prima dell'introduzione dell'"assenza" e della disciplina transitoria di cui all'art. 15-*bis* della legge 11 agosto 2014, n. 118. Alla luce delle modifiche apportate all'art. 175, comma 2, c.p.p. dalla legge n. 67 del 2014, l'ambito di applicazione del terzo comma dell'art. 670 c.p.p. è stato, invece, circoscritto all'ipotesi in cui il titolo sia costituito dal decreto penale di condanna, il destinatario non ne abbia avuto tempestivamente effettiva conoscenza ed intenda proporre opposizione.

Il Supremo Consesso ha, inoltre, individuato nell'art. 175, comma 1, c.p.p. un ulteriore rimedio di tutela del diritto dell'imputato ad essere presente al processo, in relazione ai casi in cui l'assenza incolpevole abbia riguardato non l'intero corso del processo, ma il solo segmento relativo al grado di appello per effetto di vizi riguardanti la notificazione degli atti introduttivi del giudizio (si tratta dei casi in cui, sulla base della disciplina precedente la riforma introdotta dal d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, non era possibile esperire il rimedio della rescissione del giudicato perché l'assenza si era verificata soltanto in un grado e non per tutto il corso del processo).

Coerentemente con tali indicazioni ermeneutiche la giurisprudenza di legittimità ha, pertanto, escluso che l'omessa citazione del difensore di fiducia per il giudizio di appello possa essere fatta valere con l'incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 670 c.p.p., non riguardando la regolarità della formazione del titolo esecutivo (Cass. 10 marzo 2021, n. 17402). Si è, inoltre, escluso che l'istanza di restituzione nel termine proposta dall'imputato dichiarato assente possa essere riqualficata come richiesta di rescissione del giudicato, perché il principio di conservazione di cui all'art. 568, comma 5, c.p.p. è applicabile ai soli rimedi qualificati come impugnazioni dal codice di rito, tra i quali non rientra la restituzione nel termine (Cass. 3 dicembre 2021, n. 863/2022).

#### **4. La riforma del processo penale ed il rafforzamento delle garanzie di equità del processo *in absentia***

La disciplina del processo in assenza è stata profondamente modificata dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150. Come si vedrà dalla rapida analisi dei punti

salienti di tale disciplina, l'intervento riformatore si è mosso nel solco dei principi tracciati dalla giurisprudenza consolidata sia di legittimità che sovranazionale in tema di processo in assenza, adeguando, altresì, la disciplina interna alle indicazioni della Direttiva (UE) 2016/343 esaminata nel par. 2.

In particolare, con riferimento ai presupposti per procedere in assenza, il legislatore delegato ha definitivamente codificato il superamento, già desumibile dalla soppressione dell'istituto della contumacia, di ogni presunzione conseguente alla mera regolarità formale della notifica, disciplinando la sequenza degli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, e ridefinendo i casi in cui l'imputato deve considerarsi presente. Nell'ambito di tale sequenza, la verifica in merito alla regolarità delle notificazioni costituisce un presupposto che consente di procedere, qualora l'imputato non sia presente e non ricorra una delle situazioni previste dall'art. 420-ter, al successivo accertamento della sussistenza delle condizioni che consentono di procedere in sua assenza (ciò emerge con chiarezza dall'art. 420, commi 2 e 2-bis, c.p.p., quest'ultimo introdotto dal citato d.lgs.). Il giudice dovrà pertanto, in primo luogo, verificare la regolarità delle notifiche e, solo all'esito di tale positivo accertamento, verificare *a)* se sussista un impedimento a comparire dell'imputato; *b)* se sia possibile procedere in sua assenza.

Prima di esaminare la nuova disciplina dei casi in cui si può procedere in assenza, va considerato che al comma 2-ter dell'art. 420 sono stati ampliati i casi in cui l'imputato deve considerarsi presente. La norma contempla, infatti, quattro ipotesi, aggiungendo ai casi già contemplati dal precedente testo dell'art. 420-bis, comma 3, ultimo periodo (l'imputato che, dopo essere comparso si allontana dall'aula di udienza o che, presente ad una udienza non compare alle successive) due nuove ipotesi: l'imputato che ha richiesto per iscritto, nel rispetto delle forme di legge, di essere ammesso ad un procedimento speciale; l'imputato che è rappresentato in udienza da un procuratore speciale nominato per la richiesta di un procedimento speciale.

Mentre nelle prime due ipotesi, già presenti nel codice, la presenza dell'imputato viene normativamente ritenuta in conseguenza della sua comparizione in aula o della sua presenza in udienza, che consentono di ritenere con certezza che questo, non solo è a conoscenza del processo, ma ha scelto di non parteciparvi, negli ultimi due casi, introdotti dal legislatore delegato, l'imputato, benché mai comparso in udienza, viene considerato *ex lege* presente per effetto del suo comportamento processuale, reputato, in ogni caso, rivelatore della conoscenza del processo.

Ove, invece, l'imputato non sia presente in udienza, o non possa essere considerato tale ai sensi dell'art. 420, sono state individuate dal legislatore della riforma tre distinte situazioni, in parte ricavate dalla previgente dispo-

sizione dell'art. 420-*bis*, che consentono di ritenere che l'imputato ha avuto conoscenza della pendenza del processo o che la mancata conoscenza è ascrivibile al suo comportamento. Sono state, infatti, tipizzate due fattispecie di conoscenza della pendenza del processo: la conoscenza "certa" e quella accertata dal giudice. Accanto a queste, è stata, poi, introdotta una terza ipotesi, di assenza c.d. "colpevole" (così la definisce in taluni passaggi la Relazione illustrativa), relativa ai casi di volontaria sottrazione alla conoscenza del processo e di latitanza.

La prima fattispecie, introdotta al comma 1 dell'art. 420-*bis*, riguarda la conoscenza "certa" della pendenza del processo conseguente *a*) ad una notifica a mani proprie o di persona espressamente delegata dall'imputato al ritiro dell'atto introduttivo del giudizio; *b*) alla espressa rinuncia a comparire da parte dell'imputato o alla espressa rinuncia da parte di questo a far valere un impedimento a comparire ai sensi dell'art. 420-*ter*.

In tutti i casi previsti dal primo comma, la certezza della conoscenza è desumibile dalle modalità di notificazione dell'atto introduttivo ovvero dal comportamento dell'imputato che, comunque reso edotto della pendenza del processo anche con una notifica non a mani proprie, manifesta chiaramente la propria volontà di non parteciparvi, rinunciando a comparire o ad esercitare il diritto riconosciutogli dall'art. 420-*ter* (situazioni, entrambe, che la relazione illustrativa qualifica come "confinanti" con la presenza).

La seconda fattispecie, introdotta al comma 2 dell'art. 420-*bis*, riguarda, invece, la conoscenza "accertata" dal giudice. Coerentemente con le indicazioni ermeneutiche offerte dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 23948 del 2019, il legislatore delegato, escludendo l'operatività di indici presuntivi, ha espressamente codificato, a titolo chiaramente esemplificativo, alcuni elementi "valutativi" che il giudice potrà considerare ai fini della eventuale dichiarazione di assenza, ovvero: le modalità della notificazione, gli atti compiuti dall'imputato prima dell'udienza, la nomina di un difensore di fiducia. Il carattere esemplificativo di tale elencazione emerge dalla chiusura della disposizione ove, al termine della elencazione degli elementi valutativi, è stata inserita la locuzione "e di ogni altra circostanza rilevante". Come chiarito anche dalla Relazione illustrativa, potrà a tal fine rilevare anche la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare presso il domicilio dichiarato o eletto.

La norma in esame contiene, peraltro, un preciso canone ermeneutico che potrà costituire strumento sia di interpretazione degli elementi valutativi esemplificativamente elencati dal secondo comma che di individuazione delle ulteriori circostanze a tal fine rilevanti: si tratta del preciso riferimento all'oggetto della conoscenza attraverso il quale il legislatore ha espressamente codificato la necessità che gli elementi di valutazione considerati rilevanti

siano idonei a rivelare la conoscenza da parte dell'imputato della pendenza del processo (come già affermato dalla giurisprudenza di legittimità) e non solo della pendenza del procedimento o dell'accusa.

Il comma 3 dell'art. 420-*bis*, prevede, infine, una disciplina derogatoria in relazione all'ipotesi in cui l'imputato sia latitante o si è in altro modo sottratto volontariamente alla conoscenza della pendenza del processo. In entrambi i casi, la norma, ponendosi in linea con l'art. 8, par. 3, della Direttiva UE 2016/343, consente di procedere in assenza anche se non sussiste alcuna delle condizioni previste dai primi due commi. La previsione di tale disciplina derogatoria è accompagnata, da un lato, dalla introduzione di un più rigoroso accertamento preliminare alla dichiarazione di latitanza e dalla modifica della disciplina concernente la notifica degli atti introduttivi del giudizio, e, dall'altro, dall'ampliamento dei rimedi restitutori (aspetto, questo, che sarà brevemente esaminato di seguito).

In particolare, quanto alla dichiarazione di latitanza, sono stati modificati gli artt. 295 e 296 c.p.p. attribuendo espressamente al giudice la possibilità di disporre nuove ricerche e, soprattutto, prevedendo che la latitanza sia dichiarata con decreto motivato e che, ove questa consegua alla mancata esecuzione di un'ordinanza applicativa di misure cautelari, nel decreto siano indicate le specifiche circostanze che provano l'effettiva conoscenza della misura e la volontà di sottrarsi.

Oltre a rafforzare il contenuto motivazionale del provvedimento che dichiara la latitanza, il legislatore delegato ha introdotto un'ulteriore garanzia in relazione alla notificazione al latitante degli atti introduttivi del giudizio. Si è, infatti, previsto, con l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 165, che, ai fini della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare e degli atti di citazione a giudizio, è necessaria una nuova ricerca del latitante, o dell'evaso, e che solo in caso di esito infruttuoso è possibile eseguire detta notifica mediante consegna al difensore.

La previsione di tale ulteriore ricerca finalizzata a portare a conoscenza dell'imputato latitante l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare ovvero gli atti di citazione a giudizio in relazione al processo sia di primo grado che di appello (vengono, infatti, richiamati gli artt. 450, comma 2, 456, 552 e 661 c.p.p.), letta congiuntamente al tipo di accertamento che la nuova disciplina impone ai fini della dichiarazione di latitanza, rafforza la compatibilità convenzionale della nuova disciplina e la sua stretta aderenza alla Direttiva 2016/343, dimostrandosi, in tal modo, la diligenza dello Stato nel tentativo di informare il latitante della pendenza del processo a suo carico. Il latitante, infatti, è un soggetto di cui è stata accertata la conoscenza di un procedimento a suo carico. È, inoltre, un soggetto che, nonostante tale rigoroso accertamento preliminare alla dichiarazione di latitanza, lo Stato non rinun-

cia a ricercare al fine di informarlo dell'ulteriore sviluppo del procedimento a suo carico e dell'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti. È, infine, un soggetto che, una volta rintracciato nel corso del processo, alle condizioni che si esamineranno di seguito, può, comunque, ottenere dei rimedi restitutori.

Il legislatore delegato ha, inoltre, differenziato la disciplina dell'assenza con riferimento alle successive fasi del processo, muovendo dal presupposto che nel rito con udienza preliminare detta udienza costituisce il momento in cui si incardina il rapporto processuale e si procede alla verifica della conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato. Muovendo da tale presupposto, è stato profondamente innovato il rapporto tra l'udienza preliminare e quella dibattimentale, espressamente considerata dal legislatore quale "prosecuzione", e non quale avvio di una fase successiva in cui si impone una nuova verifica dell'assenza. In ragione di tale diversa qualificazione della sequenza processuale, è stata espressamente esclusa dal legislatore, nel solo rito con udienza preliminare, una nuova verifica dell'assenza nell'udienza dibattimentale, ferma restando l'eventuale verifica dell'esistenza di impedimenti ai sensi dell'art. 420-ter.

L'assenza andrà, invece, verificata in sede dibattimentale nel caso in cui manchi l'udienza preliminare, ipotesi in cui, ai sensi delle modifiche introdotte al comma 2-bis dell'art. 484, troveranno applicazione tutte le disposizioni in tema di processo in assenza, dall'art. 420 all'art. 420-sexies.

Con riferimento, invece, all'assenza nel giudizio di appello alle udienze che si svolgono in presenza (artt. 599 e 602 c.p.p.), è stata introdotto l'art. 598-ter contenente una disciplina differenziata a secondo che si tratti dell'imputato appellante o non appellante. Nel primo caso, infatti, una volta verificata la regolarità delle notificazioni, la norma prevede che si proceda in assenza anche fuori dai casi di cui all'art. 420-bis. Il senso di tale disposizione emerge chiaramente ove si consideri che, ai sensi del nuovo comma 1-*quater* dell'art. 581, qualora l'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza intenda proporre impugnazione, lo stesso deve depositare con l'atto di impugnazione del difensore, a pena di inammissibilità, specifico mandato ad impugnare rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio. Il contenuto di tale mandato, infatti, costituisce un ulteriore elemento — oltre a quelli già considerati in primo grado ai fini della dichiarazione di assenza — che consente di ritenere con certezza che l'imputato è a conoscenza del processo e della sentenza impugnata.

Qualora, invece, si tratti dell'imputato non appellante assente, la corte, una volta verificate la regolarità delle notificazioni e l'insussistenza di una delle condizioni di cui all'art. 420-bis, commi 1, 2 e 3, che consentono di

procedere in assenza, disporrà con ordinanza la sospensione del processo, ordinando le ricerche dell'imputato. La norma prevede la medesima disciplina in caso di assenza dell'imputato non appellante alle udienze da celebrare sia in presenza (artt. 599 e 602) che a trattazione scritta (ovvero l'udienza camerale non partecipata di cui all'art. 598-*bis* introdotto dalla riforma), richiedendo in entrambi i casi che, stante l'assenza degli elementi di conoscenza ricavabili dalla presentazione dell'appello, sia specificamente accertata l'effettiva conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato non appellante.

Come anticipato, il d. lgs. n. 150 del 2022 ha incrementato i rimedi restitutori attraverso l'introduzione di specifiche disposizioni che comportano, in ogni fase del processo, a secondo dei casi, o la "restituzione" dell'imputato nell'esercizio di facoltà da cui è decaduto ovvero una regressione del procedimento. Nel rinviare all'analisi del testo normativo, che ha introdotto specifiche disposizioni per le fasi dell'udienza preliminare, del dibattimento e del giudizio in appello, in linea generale, dall'analisi delle nuove disposizioni emerge che l'intero sistema dei rimedi restitutori introdotti dal legislatore delegato per la fase del giudizio di cognizione appare riconducibile ad uno schema binario, ovvero: 1) i casi in cui si è erroneamente proceduto in assenza; 2) i casi in cui si è, invece, proceduto legittimamente alla dichiarazione di assenza, ma l'imputato dimostra l'impossibilità, per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, di intervenire tempestivamente e di trasmettere tempestivamente prova di detto impedimento (valevole per tutti i casi di assenza) ovvero la sua incolpevole mancata conoscenza del processo nei soli casi di assenza accertata dal giudice o c.d. colpevole (latitanza e volontaria sottrazione alla conoscenza della pendenza del processo).

Qualora l'imputato riesca a fornire la prova di una di tali situazioni nel corso dell'udienza preliminare, l'imputato potrà ottenere, ai sensi del novellato art. 420-*bis*, comma 6, c.p.p., la restituzione nel termine per esercitare le facoltà da cui è decaduto.

Il legislatore ha invece previsto un regime differenziato con riferimento alla successiva fase dibattimentale.

La prova della erronea dichiarazione di assenza, ai sensi del novellato art. 489, comma 1, comporterà, salva la sanatoria prevista dal comma successivo, la dichiarazione di nullità del decreto che dispone il giudizio e la regressione del processo alla fase dell'udienza preliminare. Il secondo comma prevede, tuttavia, quale causa di sanatoria di tale nullità, la mancata eccezione da parte dell'imputato presente e, al fine di incentivare siffatta sanatoria, prevede, quale misura compensativa rispetto al comportamento processuale dell'imputato, la sua restituzione nel termine per accedere a riti alternativi o per esercitare facoltà da cui è decaduto.

Nei casi riconducibili, invece, alla seconda ipotesi dello schema binario sopra descritto (ovvero i casi in cui l'assenza sia stata legittimamente dichiarata dal giudice, ma l'imputato fornisce la prova di un impedimento a comparire di cui non ha potuto trasmettere prova senza sua colpa ovvero, nei soli casi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 420-*bis*, di non avere avuto effettiva conoscenza del processo e di non aver potuto intervenire senza sua colpa in tempo utile per l'esercizio di tali facoltà) il legislatore ha escluso una regressione del processo prevedendo che, ferma restando la validità degli atti validamente compiuti in precedenza, l'imputato è restituito nel termine per esercitare le facoltà da cui è decaduto (art. 489, comma 2-*bis*).

Una disciplina sostanzialmente analoga è stata prevista anche con riferimento al giudizio di appello, sia pure con talune peculiarità legate alla fase del processo (art. 604, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*). Anche in tale fase la prova della erronea dichiarazione dell'assenza dell'imputato nel processo di primo grado determinerà la regressione del processo, salva la sanatoria conseguente alla omessa eccezione della nullità con l'atto di appello, con la dichiarazione di nullità della sentenza e la restituzione degli atti al giudice che procedeva quando questa si è verificata.

Qualora invece, in presenza di una legittima dichiarazione di assenza, l'imputato riesca a fornire la prova di una delle situazioni sopra esaminate che gli hanno impedito di comparire o, nei soli casi di assenza accertata o c.d. colpevole, di avere conoscenza della pendenza del processo, si prevede la restituzione dell'imputato nel termine per l'esercizio delle facoltà da cui è decaduto, restando, comunque, ferma la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza. In tal caso il giudice di appello annulla la sentenza e dispone la restituzione degli atti al giudice della fase in cui può essere esercitata la facoltà da cui l'imputato è decaduto, con l'unica eccezione in cui l'imputato chieda l'applicazione della pena, l'oblazione o esclusivamente la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, nel qual caso, senza alcuna regressione del processo, si prevede che provveda direttamente il giudice di appello (art. 604, comma 5-*ter*).

Il legislatore delegato ha, inoltre, introdotto per la fase relativa al giudizio dinanzi alla corte di cassazione una norma simmetrica all'art. 604, commi 5-*bis* e 5-*ter*. All'art. 623 c.p.p., relativo all'annullamento con rinvio, è stata, infatti, aggiunta la lettera b-*bis*, in cui viene disciplinata l'individuazione del giudice del rinvio distinguendosi a secondo che l'annullamento riguardi una sentenza di condanna nei casi previsti dal comma 5-*bis* o dal comma 5-*ter*, e prevedendo anche per tale fase il fattore ostativo relativo all'ipotesi in cui risulti che l'imputato era a conoscenza della pendenza del processo e nelle condizioni di comparire in giudizio prima della pronuncia della sentenza impugnata.



Un'ulteriore modifica ha, inoltre, riguardato la disciplina della restituzione nel termine per impugnare per l'imputato giudicato in assenza. Oltre che nei casi previsti dal primo comma della norma, in forza del nuovo comma 2.1 dell'art. 175 — che ripropone sostanzialmente lo schema del vecchio testo dell'art. 175 comma 2 in relazione alla condanna contumaciale (nel testo antecedente la riforma del 2014) — l'imputato giudicato in assenza potrà ottenere il rimedio restitutorio solo se ricorrono i seguenti presupposti: *a*) non vi abbia volontariamente rinunciato; *b*) sia stato dichiarato assente ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 420-*bis* (assenza provata o "colpevole"); *c*) fornisce la prova di non avere avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non avere potuto proporre impugnazione nei termini senza colpa. La specifica previsione di tali concorrenti condizioni legittimanti l'accesso al rimedio restitutorio è chiaramente volta ad evitare che possa beneficiarne anche l'imputato che, benché formalmente assente, sia venuto successivamente a conoscenza della pendenza del processo in tempo utile per intervenire e per proporre impugnazione.

A chiusura dei rimedi restitutori è stato, infine, mantenuto l'istituto della rescissione del giudicato che, secondo le modifiche apportate all'art. 629-*bis*, è destinato ad operare fuori dai casi in cui opera il nuovo istituto della revisione europea di cui all'art. 628-*bis*, nelle ipotesi in cui il condannato e la persona sottoposta a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza, fornisca la prova della concorrente sussistenza dei seguenti presupposti: *a*) che è stato dichiarato assente in carenza dei presupposti di cui all'art. 420-*bis* (in tutti i casi); *b*) che non ha avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo; *c*) che non ha potuto proporre impugnazione della sentenza nei termini senza sua colpa. Attraverso tale ultimo requisito, il comportamento sostanzialmente sleale dell'imputato, il quale, essendo venuto successivamente a conoscenza del processo e potendo intervenire tempestivamente anche attraverso l'impugnazione della sentenza, omette di attivarsi facendo valere la nullità nel corso del processo ed attivando i rimedi interni alla fase processuale, viene considerato *ex lege* quale fattore ostativo al rimedio restitutorio in esame.

Il legislatore delegato, inoltre, ha esteso l'ambito di applicabilità della rescissione del giudicato non richiedendo più, quale suo presupposto soggettivo, che si tratti di un condannato o sottoposto a misura di sicurezza nei cui confronti si è proceduto in assenza per tutto la durata del processo. L'eliminazione del riferimento all'intera durata del processo consente, dunque, di attivare il rimedio restitutorio anche all'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza solo in una fase del processo.

**III.**  
**LA PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIALE  
IN MATERIA PENALE NEI CASI DI CONFLITTI  
DI GIURISPRUDENZA**

di *Ambra Giovene* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Premessa. — 2. L'oggetto della prevedibilità. La norma nella interpretazione giudiziale e il "diritto vivente". — 3. La prevedibilità dell'incriminazione. — 4. La prevedibilità e la successione delle leggi penali nel tempo. Il divieto di irretroattività delle leggi penali meno favorevoli e la retroattività delle leggi penali più favorevoli. — 5. La prevedibilità e l'*overruling* giurisprudenziale sfavorevole e favorevole in materia penale e processuale.

**1. Premessa**

Il tema della prevedibilità delle decisioni giudiziali ha trovato negli ultimi anni un ampio sviluppo giurisprudenziale sovranazionale e interno, nonché dottrinario, tuttora in corso, che — a partire dal più risalente principio di legalità convenzionale e in attesa di un'opera di compiuta sistematizzazione — ha portato alla luce concetti e nozioni con i quali il giudice comune deve confrontarsi, nei casi in cui si ponga un contrasto giurisprudenziale (o anche in assenza di precedenti paragonabili), alla ricerca di quei principi fondamentali, costituzionali e convenzionali, che consentano di superarlo, al fine di definire la decisione in un giudizio in corso e in vista di giudizi futuri.

La possibilità per i destinatari delle norme, non solo incriminatrici, di poter (ragionevolmente) prevedere — sulla scorta anche di precedenti decisioni — l'esito di un giudizio penale è considerata ormai un principio, una garanzia cui tendere, che integra il contenuto del *nullum crimen et nulla poena sine lege*, che a sua volta trova fondamento nel nostro sistema nei principi di legalità in materia penale, di cui all'art. 25, comma 2; di colpevolezza di cui all'art. 27, commi 1 e 3, della Costituzione, e in quello sovranazionale nell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, (d'ora in poi, CEDU) in specie per come interpretato dalla Corte EDU.

---

(\*) Avvocata cassazionista del Foro di Roma.

Affinché una decisione giudiziale possa dirsi prevedibile è necessario non solo che i consociati, prima di compiere la condotta, conoscano se abbia una rilevanza penale (con i corollari della precisione o sufficiente determinatezza del precetto e del divieto di analogia), ma anche in quale fattispecie astratta rientri, quale sia la pena edittale per essa prevista, in che modo questa possa essere concretamente applicata, sia in sede di cognizione, sia di esecuzione, ove, in quest'ultimo caso, si rifletta sulla norma penale.

In ambito nazionale, il tema della prevedibilità della decisione giudiziale è certamente legato, pur non identificandosi, a quello della conoscibilità del precetto penale, sulla quale ebbe già ad esprimersi la sentenza della Corte costituzionale del 24 marzo 1988, n. 364, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, c.p., nella parte in cui non esclude, dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, l'ignoranza inevitabile.

In ambito convenzionale, la nozione della *prevedibilità delle conseguenze* (*foresseeability*) è stata tratta dall'art. 7 CEDU, ed è legata a quella della *accessibilità del precetto* (*accessibility*), sulla base della quale la Corte EDU controlla se la legge penale su cui è fondata la condanna fosse sufficientemente accessibile per il ricorrente, ovvero che fosse pubblicata.

Può osservarsi dunque come il valore della prevedibilità della decisione giudiziale risieda ed integri quella esigenza di certezza del diritto che nel nostro ordinamento — in assenza del vincolo del precedente — è stata declinata nella funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità, in specie a Sezioni Unite che, nell'assicurare una tendenziale stabilità dei giudizi, consentirebbe di raggiungere anche un maggiore grado di prevedibilità di quelli futuri.

Gli ambiti di elaborazione della prevedibilità intesa nei termini anzidetti sono stati sia di diritto penale sostanziale, sia di diritto penale processuale, ed anzi hanno attraversato materie come quello processuale civile che, pur prive nel nostro sistema della copertura costituzionale del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost., hanno trovato riscontro in altri, quali quello del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

## **2. L'oggetto della prevedibilità. La norma nella interpretazione giudiziale e il "diritto vivente"**

Per affrontare il tema della prevedibilità delle decisioni giudiziali appare preliminarmente necessario definire i confini dell'oggetto della prevedibilità medesima, che è dato dalle norme che di volta in volta sono chiamate alla verifica della concreta possibilità per i destinatari di conoscerle e di comprenderne effettiva portata e relative conseguenze. Dunque, definire che cosa debba intendersi per "norma".

Il richiamo è a quel rapporto tra legge e giurisprudenza o, meglio, tra norma e interpretazione, evocato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 13 maggio 2010, n. 18288, alla luce del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte Edu, nonché da quanto già da tempo affermato dalla Corte costituzionale italiana con le sentenze del 23 giugno 1954, n. 3, e dell'11 dicembre 1974, n. 276, con il ricorso al sintagma del "diritto vivente".

Il giudice di legittimità — per risolvere il caso rimesso al suo giudizio e cioè se un mutamento giurisprudenziale favorevole potesse costituire un *novum* utile a superare la preclusione di cui all'art. 666, co. 2, c.p.p. — premetteva che l'art. 7 CEDU, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, era stato interpretato nel senso di delineare anche i due fondamentali principi in ambito penale e cioè quelli del *nullum crimen* e del *nulla poena sine lege*.

Rappresentava altresì come l'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU avesse condotto alla enucleazione di un concetto di "legalità materiale" — considerato potenzialmente più efficace per il raggiungimento di maggiori livelli di garanzia rispetto a quelli offerti dall'art. 25 della nostra Costituzione — che aveva riempito di contenuto una norma, l'art. 7 appunto, apparentemente debole rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali, come quello italiano (caratterizzati da riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), estendendone la portata al punto da includervi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia *in malam partem* (Corte EDU 18 ottobre 2000, Coeme e altri contro Belgio), e il principio di retroattività della legge meno severa (Corte EDU, G. C., Scoppola contro Italia, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03).

Ricordava inoltre come, in considerazione delle differenze sul piano del sistema delle fonti tra gli ordinamenti dei paesi aderenti alla CEDU, di *common law* e di *civil law*, il principio di legalità avesse inglobato sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo conseguentemente al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione della esatta portata della norma penale, il cui significato era reso esplicito dalla combinazione dei due fronti, quello legislativo e quello giurisprudenziale (Corte EDU, Kruslin contro Francia, 24 aprile 1990, ric. n. 11801/85; Corte EDU, Kokkinakis contro Grecia, 25 maggio 1993, ric. n. 14307/88; Corte EDU, Cantoni contro Francia, 15 novembre 1996, ric. n. 17862/91; Corte EDU, Kafkaris contro Cipro, 12 febbraio 2008, ric. n. 21906/04).

I predetti principi erano stati ribaditi ed esplicitati nelle sentenze Corte EDU, G. C., Scoppola contro Italia, 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03 e Corte EDU, Previti contro Italia, 8 dicembre 2009, ric. n. 45291/06 in cui la

Corte aveva affermato che, a causa del carattere generale delle leggi, il testo non poteva presentare una precisione assoluta, con la conseguenza che la loro interpretazione ed applicazione dipendevano dalla pratica <sup>(1)</sup>. Ciò valeva in qualsiasi ordinamento giuridico, anche di *civil law* come il nostro, in virtù di quell'inevitabile elemento di interpretazione giudiziaria, che contribuisce a quella che è stata chiamata "evoluzione progressiva del diritto penale".

Ne discendeva che gli elementi qualitativi della "accessibilità" e della "prevedibilità" di cui la Corte EDU aveva già parlato accedevano non ad una astratta previsione legale, ma alla norma come risultante anche dall'applicazione e dalla interpretazione dei giudici.

Estremamente significativo al riguardo è il richiamo ed il parallelismo che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 18288 del 21 gennaio 2010, fanno a risalenti sentenze della Corte costituzionale italiana, in particolare alla pronuncia dell'11 dicembre 1974, n. 276, che aveva *"fatto ricorso per la prima volta al sintagma del "diritto vivente", per focalizzare, con incisiva sintesi lessicale, una figura già elaborata in precedenti decisioni, e più esattamente quella della 'norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici' (sent. n. 3/1956) e 'come vive nella realtà concreta' (sent. n. 198/1972). È al "diritto vivente", infatti che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all'esegesi dei giudici ordinari. La nozione di "diritto vivente" è correlata a quella giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario. Tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire "quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini". Per le decisioni di legittimità predomina sul "criterio quantitativo" quello "qualitativo del grado" e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente "anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite", posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costitu-*

---

<sup>(1)</sup> A tal proposito, si veda da ultimo Corte EDU, *Norman contro Regno Unito*, 22 novembre 2021, ric. n. 41387/17, par. 60.

*zionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. C. cost. sentenze 317/2009, 260/1992, 292/1985, n. 34/1977)".*

Particolarmente rilevante nelle pronunce del Giudice delle leggi è il richiamo allo scopo del diritto vivente, che è quello di evitare disarmonie tra i destinatari delle norme, che entrerebbero in conflitto con il principio di eguaglianza.

### 3. La prevedibilità dell'incriminazione

Il campo in cui la Corte EDU si è espressa in punto di prevedibilità dell'incriminazione con importanti ripercussioni interpretative nel nostro ordinamento è stato certamente quello relativo al reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ove consumato in un periodo antecedente al 5 ottobre 1994, e cioè alla data della sentenza delle Sezioni Unite del 5 ottobre 1994 n. 16, che aveva risolto positivamente in modo definitivo la configurabilità di tale fattispecie.

Il tema, come noto, era stato posto dalla sentenza della Quarta Sezione della Corte EDU, Contrada contro Italia, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, in relazione a reati commessi tra il 1979 e il 1988, con la quale l'Italia era stata condannata a risarcire il danno al ricorrente per la ritenuta violazione dell'art. 7 CEDU — non ulteriormente precisato quanto ai relativi paragrafi — in quanto, ad avviso della Corte, il delitto in questione era stato individuato sulla base di una elaborazione giurisprudenziale, fondata sulla previsione normativa degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., non sufficientemente chiara fino al 1994. In particolare, gli elementi costitutivi della fattispecie sarebbero stati delineati con sufficiente precisione, in punto di qualificazione giuridica della fattispecie e di conseguente individuazione della pena, solo con la sentenza delle Sezioni Unite n. 16 del 5 ottobre 1994, quindi in epoca successiva ai fatti contestati.

Per pervenire a tale soluzione, la sezione semplice della Corte EDU ha considerato che la giurisprudenza, ritenuta contraddittoria fino al 1994, fosse indicativa di imprevedibilità per il ricorrente, senza tuttavia analizzare ulteriormente il tema in caso di sussistenza di contrasti interpretativi.

In pronunce precedenti, infatti, aveva ritenuto che l'esistenza e la conoscenza di decisioni giurisprudenziali diverse fossero sufficienti per orientare i consociati verso condotte, commissive o omissive, che evitassero la responsabilità che probabilmente ne sarebbe insorta.

Il percorso motivazionale della sentenza Contrada è esplicitato in particolare al paragrafo 60, ove la Corte EDU premette i principi generali sul *nulla poena sine lege*, derivanti dall'art. 7 CEDU, e richiama espressamente quelli sintetizzati nelle sentenze Corte EDU, Del Rio Prada contro Spagna,

21 ottobre 2013, ric. n. 42750/09 e Rohlena contro Repubblica Ceca, 27 gennaio 2015, ric. n. 59552/08: “77. *La garanzia sancita all’articolo 7, che è un elemento essenziale dello Stato di diritto, occupa un posto preminente nel sistema di protezione della Convenzione, come sottolineato dal fatto che non è permessa alcuna deroga ad essa ai sensi dell’articolo 15 neanche in tempo di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Come deriva dal suo oggetto e dal suo scopo, essa dovrebbe essere interpretata e applicata in modo da assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie (S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, rispettivamente § 34, serie A n. 335-B, e § 32, serie A n. 335-C, e [Kafkaris c. Cipro [GC], n. 21906/04, § 137, CEDU 2008]. 78. L’articolo 7 della Convenzione non si limita a proibire l’applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell’imputato (si vedano, per quanto riguarda l’applicazione retroattiva di una pena, Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, § 36, serie A n. 307 A, Jamil c. Francia, 8 giugno 1995, § 35, serie A n. 317 B, Ecer e Zeyrek c. Turchia, nn. 29295/95 e 29363/95, § 36, CEDU 2001 II, e Mihai Toma c. Romania n. 1051/06, §§ 26-31, 24 gennaio 2012). Esso sancisce anche, in maniera più generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene — « nullum crimen, nulla poena sine lege » — (Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, § 52, serie A n. 260 A). Si vieta in particolare di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, esso impone anche di non applicare la legge penale in modo estensivo a svantaggio dell’imputato, ad esempio per analogia (...). 79. Di conseguenza la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l’assistenza dell’interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti (Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, e Kafkaris, sopra citata, §140)”.*

Fatta la premessa generale, la Corte si domanda se nel caso di specie vi fosse una base legale sufficientemente chiara, in grado di far conoscere al ricorrente le conseguenze dei suoi atti sul piano legale.

La risposta negativa si basa su alcune considerazioni, che successivamente saranno messe in discussione dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, nella sentenza del 24 ottobre 2019, n. 8544: non sarebbe stato “oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale” (cfr. par. 66); sulla base della giurisprudenza analizzata, la Corte di cassazione italiana avrebbe “menzionato per la prima volta il reato di concorso



esterno in associazione di tipo mafioso nella sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987” (cfr. par. 67) e che altre sentenze successive hanno invece contestato l’esistenza di tale reato.

Ad avviso della Quarta Sezione della Corte EDU, “è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest’ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l’esistenza del reato in questione e, nell’intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l’esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell’ordinamento giuridico interno” (cfr. par. 69). Al riguardo, irrilevanti sono state considerate le sentenze degli anni Sessanta del secolo scorso relative all’elaborazione della nozione di concorso esterno in reati diversi dall’associazione mafiosa (cfr. par. 71).

Le conclusioni sono state dunque di “violazione del principio di irretroattività e 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” (cfr. par. 73). “La Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry” (cfr. par. 74). “Perciò, all’epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest’ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti” (cfr. par. 75). Cosicché “La Corte ritiene che questi elementi siano sufficienti per concludere che vi è stata violazione dell’articolo 7 della Convenzione” (cfr. par. 76).

Giova segnalare che, benché non sia ulteriormente precisato, dai paragrafi richiamati emerge che la ritenuta mancanza di prevedibilità riguardi la risposta sanzionatoria ad una condotta che avrebbe avuto comunque rilevanza penale.

Gli aspetti più problematici riguardano la scelta effettuata in sentenza circa la connotazione riconosciuta alla prevedibilità dell’incriminazione del concorso esterno in associazione mafiosa, secondo le qualificazioni emerse nella giurisprudenza convenzionale Edu, e dunque se sia stata intesa in senso oggettivo o soggettivo.

Nel primo caso il rilievo sarebbe legato al solo dato normativo, così come

interpretato dalla giurisprudenza, nel secondo invece assumerebbero importanza anche aspetti di natura soggettiva legati al destinatario delle norme.

In diverse pronunce della Corte EDU, precedenti e successive alla sentenza Contrada, è stata infatti accolta una concezione della prevedibilità soggettiva, e cioè apprezzata in relazione alla professionalità del soggetto agente, alla sua qualifica, alle sue esperienze personali, dalle quali è stato possibile ricostruire il dovere di costui rispetto alle norme in valutazione, la materiale possibilità di conoscere la rilevanza penale della propria condotta, addirittura prima che sia trasfusa in un dato normativo o sia oggetto di precedenti interpretazioni giurisprudenziali.

Al riguardo, basti richiamare le sentenze Corte EDU Pessino contro Francia, 10 ottobre 2006, ric. n. 40403/02 e Soros contro Francia, 6 ottobre 2011, ric. n. 50425/06. In quest'ultima, premessi i condivisi principi sull'interpretazione dell'art. 7 CEDU, si riteneva che non vi fosse stata una violazione dell'art. 7 sotto il profilo della imprevedibilità, sia perché vi era stata una sufficiente elaborazione giurisprudenziale in materie simili, ma soprattutto perché, indipendentemente da questa, le qualità personali del ricorrente gli consentivano di avvedersi, o almeno di sospettare, della rimproverabilità della sua condotta prima di porla in essere <sup>(2)</sup>.

Vi si legge <sup>(3)</sup>: *“Osserva il ricorrente che tali cause non riguardano situazioni simili alla sua poiché le persone alle quali si riferiscono avevano tutte un legame professionale con l'ambita società. Tuttavia, a parere della Corte, tale giurisprudenza, anche se emanata dai giudici di primo grado, si riferisce a situazioni sufficientemente vicine a quella del ricorrente da consentirgli di sapere, o almeno di sospettare, che il suo comportamento era riprovevole. Infatti, qualora fosse vietato ai professionisti che, attraverso l'esercizio delle loro funzioni, fossero a conoscenza di informazioni privilegiate, di intervenire in borsa, una ragionevole interpretazione di tale giurisprudenza suggeriva che il ricorrente potesse essere interessato da tale divieto (...)”* (cfr. par. 57). *“Soprattutto, e indipendentemente dal livello di sviluppo della giurisprudenza interna all'epoca dei fatti, la Corte osserva che il ricorrente era un “investitore istituzionale”, familiare con il mondo degli affari e abituato a essere contattato per partecipare a progetti finanziari su larga scala”* (cfr. par. 59). Per tali motivi concludeva che *“la legge applicabile all'epoca dei fatti era sufficientemente prevedibile da consentire al ricorrente di sospettare che la sua responsabilità penale sarebbe probabilmente insorta a seguito delle transazioni finanziarie*

---

<sup>(2)</sup> Da ultimo: Corte EDU, *Milankovic contro Croazia*, 22 aprile 2022, ric. n. 33351/20, par. 66.

<sup>(3)</sup> Traduzione dal testo francese a cura del redattore.

*effettuate con la banca S.*” (par. 61) e dunque che non vi fosse alcuna violazione dell’art. 7 CEDU.

Sulla prevedibilità in caso di concorso esterno in associazione mafiosa sono tornate le Sezioni Unite con la sentenza del 3 marzo 2020, n. 8544, chiamate a rispondere al quesito se i principi affermati dalla sentenza della Quarta Sezione della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada c. Italia fossero estendibili a coloro che, pur trovandosi nella medesima posizione, non abbiano proposto ricorso in sede europea.

Nell’escludere una tale possibilità — non potendo farsi applicazione dell’art. 46 CEDU, perché la sentenza Contrada non è né una sentenza pilota ai sensi dell’art. 61 del Regolamento CEDU <sup>(4)</sup>, né una sentenza a portata generale, ai sensi del comma 9 del predetto art. 61, né espressione di un consolidato orientamento della giurisprudenza europea, così come richiesto dalla sentenza Corte costituzionale n. 49 del 26 marzo 2015 — ne hanno, nell’occasione, ripercorso i contenuti decisori e il significato ad essi attribuibili ai fini del quesito rimessogli.

È stato rilevato come la sentenza Contrada si sviluppi mediante l’esame del caso specifico ed analisi non solo l’imputazione elevata a suo carico, ma anche la linea difensiva adottata, la risposta giudiziaria e i relativi percorsi argomentativi (ritenuti carenti in punto di prevedibilità), con la conseguenza che il giudizio di violazione dell’art. 7 doveva essere valutato in termini strettamente individuali.

Molteplici sono le ritenute criticità della sentenza Contrada, che assumono rilievo ai fini della individuazione della risposta da fornire al quesito rimesso.

Anzitutto, non esprime a quale violazione specifica faccia riferimento, e cioè se abbia considerato trasgredito il primo o il secondo paragrafo dell’art. 7, e quindi se la ritenuta violazione risieda nell’accertamento in sé della responsabilità penale, oppure nel titolo e nella connessa punizione, come pare potersi dedurre dal § 74: *“il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti”*.

Nel domandarsi se alla pronuncia possa assegnarsi portata generale, secondo quanto previsto dal comma 9 dell’art. 61 del Regolamento CEDU,

---

<sup>(4)</sup> Come evidenziato dalla ordinanza delle Sezioni Unite, 10 settembre 2012, n. 34472, con la quale è stata dichiarata d’ufficio rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge 19 gennaio 2001, n. 4, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU, la tecnica delle c.d. sentenze pilota, dapprima affidata a prassi priva di esplicita base normativa, è stata formalizzata nel Regolamento di procedura della Corte, emendato a tale scopo nel febbraio 2011 e in vigore, per come modificato, dal 1° aprile 2011.

e dunque se vi sia nel sistema giuridico italiano una carenza di ordine strutturale lesiva dell'interesse non del singolo ricorrente, ma di una pluralità di soggetti che si trovino nella medesima situazione processuale, la sentenza del 3 marzo 2020, n. 8544 rileva che l'unico profilo che potrebbe autorizzare una tale conclusione riguarda la stigmatizzazione del contrasto interpretativo emerso nella giurisprudenza italiana sulla configurabilità del reato in esame.

Al riguardo le Sezioni Unite svolgono una valutazione sulle possibili connotazioni che possono riguardare la prevedibilità del precetto e delle pene. E ritengono che a quella optata dalla Corte Edu nella sentenza Contrada debba riconoscersi una natura oggettiva, allorché rileva la carenza di sufficiente chiarezza del reato, nonché una natura soggettiva *“per la ritenuta imprevedibilità dell'incriminazione delle condotte compiute e della loro punizione da parte dell'imputato alla stregua dell'andamento del processo di cognizione, delle difese articolate e dei contenuti motivazionali delle decisioni susseguitesì”* (cfr. 5.2).

Sempre in una prospettiva di verifica di estensibilità dei principi espressi dalla sentenza Contrada ad altri ricorrenti, le Sezioni Unite osservano che la pronuncia non costituisce neppure espressione di un diritto consolidato, ossia non si inserisce in un filone interpretativo uniforme, e ciò per due ordini di ragioni: non risultano prima del 2015 decisioni analoghe per la fattispecie di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p. (si consideri che ad oggi risultano pendenti dinanzi alla Corte EDU i ricorsi, analoghi a Contrada, ricorrenti Dell'Utri e Inzerillo, quest'ultimo risulta dichiarato ricevibile nell'ottobre del 2020); e perché *“nella giurisprudenza europea non è dato nemmeno rinvenire una univoca e costante impostazione interpretativa ed applicativa dei concetti di accessibilità e prevedibilità del diritto penale, intesi quale possibilità materiale per il cittadino di prendere anticipata conoscenza del comando normativo penale e precognizione delle conseguenze punitive in caso di sua trasgressione, entrambi requisiti qualitativi del principio di legalità. Se è ricorrente nelle sentenze della Corte Edu l'affermazione che, privilegiando l'approccio sostanzialistico rispetto a quello formale e la tradizione giuridica dei paesi di common law, intende il diritto nella più ampia accezione di corpo precettivo e sanzionatorio di formazione, sia legale, che giurisprudenziale, sul presupposto che le pronunce giudiziali contribuiscono a chiarire il significato e l'ambito applicativo della regola generale ed astratta, promanante dalla fonte di produzione parlamentare, non altrettanto unico ed invariato è il criterio in base al quale si è esercitato il sindacato sulla prevedibilità del comando e della sanzione per valutare i casi giudiziari già risolti dai giudici nazionali, così come non sono costanti e sovrapponibili gli esiti di tale verifica, raggiunti in base ai medesimi criteri.*

*In numerose pronunce, sia precedenti, che successive a quella resa nei confronti di Contrada, è accolta la concezione soggettiva della prevedibilità,*

*apprezzata in riferimento ad attività professionali, qualifiche ed esperienze individuali, dalle quali si è ricostruito il dovere per l'imputato, nonché la materiale possibilità, di conoscere l'illiceità penale dei comportamenti che aveva in animo di tenere, nonostante la relativa proibizione non fosse stata ancora trasfusa in un testo normativo o non fosse stato oggetto di precedenti interpretazioni giudiziali (...). In altre situazioni la Corte europea ha fatto ricorso, non al patrimonio di conoscenze personali del soggetto giudicato, ma al dato formale del contenuto precettivo della legge, puntuale e determinato, e dell'interpretazione giudiziale già formata in precedenza (...). In altre ancora è stato oggetto di valutazione l'evoluzione della considerazione sociale del comportamento come antiggiuridico, ritenendo prevedibile l'incriminazione persino se in contrasto con un testo normativo dal tenore liberatorio e pur in assenza di indicatori orientativi oggettivi (...).*

*La sentenza Contrada rivela (...) l'impiego di una combinazione di criteri, quello soggettivo incentrato sulla condotta processuale del ricorrente e quello, che è preponderante, propriamente oggettivo basato sull'assenza di una norma precisa e chiara e di una interpretazione giurisprudenziale univoca, situazione superata soltanto da un intervento giudiziale delle Sezioni Unite successivo ai fatti accertati. Nel panorama delle decisioni della Corte dei diritti fondamentali l'inedito rigore col quale è stata risolta la vicenda Contrada, che avrebbe conseguito un ben diverso epilogo, se soltanto fosse stata apprezzata alla luce del criterio soggettivo o di quello basato sulla considerazione sociale, si contraddistingue, oltre che per il metro di apprezzamento della prevedibilità, anche per il fatto di aver superato i rilievi in precedenza ed anche in seguito espressi sul necessario ruolo evolutivo e specificativo da assegnare all'interpretazione giurisprudenziale, quale fattore ineliminabile di progressiva chiarificazione delle regole legislative e di possibile violazione dell'art. 7 CEDU soltanto quando non congruente con l'essenza del reato e sviluppo non conoscibile rispetto alla linea interpretativa già affermata”.*

La sentenza prosegue rilevando di non poter fare l'applicazione di tale concetto di prevedibilità nemmeno ai fini di una interpretazione convenzionalmente orientata del principio di legalità, per molteplici ragioni.

Anzitutto perché non risponde al reale contenuto delle decisioni adottate nel panorama giurisprudenziale interno l'affermazione circa la creazione giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, creazione peraltro che sarebbe incompatibile con il principio di legalità, o riserva di legge, contenuto nell'art. 25, comma 2 della Costituzione italiana. La Corte EDU, inoltre, avrebbe del tutto pretermesso ogni considerazione sulla base legislativa da cui si è mossa l'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite Demitry, la cui configurabilità non è stata l'esito di operazioni ermeneutiche originali o svincolate dal dato normativo, ma è

discesa dall'applicazione in combinazione di due norme già esistenti nel sistema della legge scritta, pubblicata ed accessibile a chiunque e cioè gli artt. 110 e 416-*bis* c.p.

Rileva inoltre come i contrasti interpretativi considerati rilevanti dalla Corte Edu non avevano affatto pregiudicato la possibilità di conoscere e comprendere la punizione per le condotte agevolatrici o di rafforzamento di una formazione di tipo mafioso; al contrario costituivano il fondamento giuridico di un dovere di informazione mediante qualsiasi utile accertamento. In linea con altre pronunce della Corte EDU, inoltre, proprio l'eventuale incertezza interpretativa avrebbe dovuto condurre ad un dovere di astensione dalle condotte oggetto di imputazione in via prudenziale e precauzionale.

Richiamando la sentenza Cillari <sup>(5)</sup> e le altre che avevano risolto negativamente il tema dell'autonomia concettuale del concorso esterno nel delitto associazione mafiosa, la Corte di cassazione rileva come la Corte EDU non sembra essersi avveduta che le predette sentenze non avevano ritenuto lecite le condotte di agevolazione o di ausilio alla vita ed all'operato dell'organizzazione, ma le avevano ritenute ricomprese nella nozione di partecipazione, penalmente rilevante e punibile in caso in cui l'agente prestasse un contributo all'organizzazione. La variazione poteva riguardare dunque solo la definizione giuridica tra le due opzioni di partecipazione piena da un lato, o del concorso eventuale o del favoreggiamento personale e aggravato ai sensi dell'art. 7 della legge n. 203 del 1991 dall'altro. Con la conseguenza che l'unico esito imprevedibile di simili incriminazioni sarebbe stata l'assoluzione. Neppure poteva essere ipotizzata l'imprevedibilità sotto il profilo sanzionatorio perché la punizione della partecipazione del concorrente e dell'apporto del concorrente eventuale sarebbe stata invariata.

A questo ultimo riguardo, le Sezioni Unite osservano una posizione non coerente della sentenza Contrada rispetto al contrasto interpretativo sulla qualificazione giuridica del fatto illecito, poiché, in coerenza con parte della dottrina, le divergenti definizioni giuridiche date al contributo dell'*extraneus* ed il numero limitato di opzioni alternative, individuate in giurisprudenza, rendevano conoscibile in via anticipata al momento del compimento della condotta la possibile adozione di una delle soluzioni in discussione, conducenti in ogni caso alla incriminazione ed alla punizione, tale da escludere ogni effetto sorpresa, quale risposta giudiziaria postuma, improvvisa ed inedita, e quindi tale da sorprendere l'affidamento del soggetto agente al momento del compimento della condotta.

---

<sup>(5)</sup> Cass. 4 luglio 1987, n. 8092.



Di talché, la sentenza Demitry del 1994 si presenta non come un mutamento normativo, ma quale mera evoluzione interpretativa di disposizioni di legge vigenti, gli artt. 110 e 416-*bis* c.p.

Non solo, l'*overruling* non consentito, perché non prevedibile, è ravvisabile solo nei casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre va esclusa ove si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto tra opinioni, che di per sé rende l'esito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario.

Altra critica mossa alla sentenza Contrada riguarda la difficoltà di individuare il momento in cui, a fronte di divergenti interpretazioni, il quadro di consolidamento del quadro ermeneutico sia sufficiente per garantire la prefigurazione della punizione per il soggetto agente. Nell'ordinamento interno, infatti, in assenza di un vincolo del precedente, un eccessivo irrigidimento del criterio della prevedibilità dell'esito processuale in senso oggettivo finirebbe per precludere alla Corte di cassazione, cui tale attività compete istituzionalmente, di individuare una nuova soluzione esegetica sfavorevole all'imputato, pur rispettosa dell'essenza del reato tipizzato dalla legge.

Tanto comporterebbe una limitazione dei poteri decisori del giudice di legittimità, in collisione con l'art. 101, co. 2, Cost., finendo per assegnare al principio di legalità un contenuto contrastante con il precetto costituzionale, nonché un freno al dibattito dottrinario ed alla evoluzione giurisprudenziale di cui il diritto vivente è portatore, nella accezione fornita — come anticipato — dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 11 dicembre 1974, n. 276), secondo la quale deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità che comporta una componente limitatamente creativa della interpretazione che, senza varcare il punto di rottura con il dato positivo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma, ed assolve dunque ad una funzione integrativa della medesima, come già evidenziato dalle Sezioni Unite, 13 maggio 2010, n. 18288.

Le Sezioni Unite ricordano infine come il concetto di imprevedibilità delle conseguenze non sia estraneo all'ordinamento nazionale, ma è veicolato attraverso la nozione di errore di diritto incolpevole, come elaborato dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza del 24 marzo 1988, n. 364 (e nella sentenza del 22 aprile 1992, n. 185), con cui è stato dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile.

La decisione si fondava sul rilievo che il principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 25, comma 2, Cost. costituisce un presidio a tutela



della persona e della libertà individuale, che viene posta al riparo da interventi creativi delle fattispecie penali, compiuti dal giudice contro o al di là della norma, per la violazione di precetti non conoscibili o ignorati inevitabilmente.

Un principio, dunque, che impone la determinatezza della norma penale e l'obbligo per il legislatore di formulare testi di legge precisi sotto il profilo semantico della chiarezza e della intellegibilità delle espressioni, in modo che i destinatari delle norme vi possano trovare in ogni momento che cosa è lecito, e che cosa è vietato.

Il difetto della norma nei predetti termini conduce all'impossibilità di muovere un rimprovero per l'infrazione commessa, perché — rompendo la relazione tra soggetto e legge penale — viene meno la personalità dell'illecito, il requisito della colpevolezza, presidiato dall'art. 27, comma 1, Cost.

Al fine di individuare l'errore inevitabile, secondo la Corte costituzionale, occorre fare riferimento a criteri oggettivi, "puri" o "misti", cioè, basati su obiettiva oscurità del testo di legge, su irrisolti e gravi contrasti interpretativi giurisprudenziali, o su assicurazioni erranee fornite dalle autorità pubbliche, e sulle condizioni e conoscenza personali del singolo agente.

È dalla combinazione di tali parametri che l'ignoranza può essere inescusabile, anche in presenza di un generalizzato errore sul divieto, quando l'agente si rappresenti comunque l'antigiuridicità del fatto.

Sarà invece inevitabile quando il dubbio sia oggettivamente irrisolvibile.

Si tratterebbe di concetti non dissimili da quelli espressi dalla Corte EDU, nella sua massima composizione della Grande Camera, nella sentenza G.I.E.M. contro Italia, 28 giugno 2018, ric. n. 1828/06, in coerenza con quanto già affermato nella pronuncia Sud Fondi S.r.l. e aa. contro Italia, 20 gennaio 2009, ric. n. 75909/01 secondo cui l'art. 7 CEDU, pur non menzionandolo espressamente, presuppone la nozione di colpevolezza, e pretende per poter infliggere la pena un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato, così riconoscendo *"la correlazione tra il grado di prevedibilità di una norma penale e il grado di responsabilità personale dell'autore del reato"* (par. 242).

Ne consegue che la Corte europea avrebbe ricondotto al principio di legalità convenzionale quella nozione di prevedibilità che la giurisprudenza costituzionale italiana aveva già riconosciuto nell'apprezzamento dell'eventuale errore incolpevole dell'imputato indotto da oscurità o incertezza del dato normativo e della sua interpretazione, secondo i criteri individuati dalla giurisprudenza di legittimità, che, ad esempio, ha escluso la colpevolezza quando l'errore sia dipeso da ignoranza inevitabile della legge penale a sua volta causata da una pacifica posizione giurisprudenziale che abbia indotto

l'agente a ragionevolmente ritenere corretta la propria condotta; al contrario, in caso di difformi orientamenti, è stata esclusa la condizione soggettiva di ignoranza inevitabile perché lo stato di incertezza impone di astenersi dall'agire, nonché di porre in essere qualunque accertamento per conseguire la corretta conoscenza della legge, anche attraverso la mediazione applicativa della giurisprudenza.

La ritenuta mancanza nella sentenza Contrada di una fonte generale di violazione di diritti individuali escludeva dunque l'estensibilità di quella decisione a persone diverse dal ricorrente.

#### **4. La prevedibilità e la successione delle leggi penali nel tempo. Il divieto di irretroattività delle leggi penali meno favorevoli e la retroattività delle leggi penali più favorevoli**

Il tema della prevedibilità della decisione giudiziale si pone anche quando debbano essere individuate le norme applicabili in caso di successione delle leggi penali nel tempo.

Il *leading case* è certamente quello della sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, che ha costituito una innovazione della giurisprudenza Edu in caso di applicazione di norma penale sopravvenuta più favorevole.

Premessi ai parr. 99 e seguenti i principi generali sulla nozione di prevedibilità della legge penale, sulla nozione di diritto, comprensiva sia di quello di origine legislativo, sia giurisprudenziale, che implica le condizioni qualitative dell'accessibilità e della prevedibilità; richiamato il carattere generale delle leggi, il cui testo non può avere una precisione assoluta, con la conseguenza che l'interpretazione dipende dalla pratica in qualsiasi ordinamento giuridico; rilevato che la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente alla evoluzione progressiva del diritto penale, la Corte si pone un ulteriore quesito sulla portata contenutistica dell'art. 7 CEDU, ed in particolare se abbia una connotazione solo negativa, imponendo un divieto di applicazione retroattiva sia della norma incriminatrice, sia del trattamento sanzionatorio più sfavorevole, oppure se contenga anche un implicito riflesso positivo, costituito dalla esigenza di applicazione della legge sopravvenuta più favorevole.

Richiamata precedente propria giurisprudenza (Corte EDU, Le Petit contro Regno Unito, 5 dicembre 2000, ric. n. 35574/97; Corte EDU, Zaprianov contro Bulgaria, 6 marzo 2003, ric. n. 41171/98), che aveva negato che l'art. 7 prevedesse il diritto all'applicazione di una legge penale più favorevole, innovando sul punto, nella sentenza si afferma che la Corte non è formalmente tenuta a seguire proprie decisioni anteriori, anche se ciò è

nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità e dell'eguaglianza dinanzi alla legge, a meno che non si discosti per un valido motivo. Osserva al riguardo come debba tener conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire in caso di violazioni, essendo di *“fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da rendere le garanzie concrete ed effettive, e non teoriche ed illusorie”* (par. 104).

Pur rilevando come l'art. 7 non faccia espressa menzione per gli Stati contraenti dell'obbligo di far beneficiare all'imputato di un cambiamento legislativo intervenuto dopo la consumazione del reato — pur non escludendolo — in ragione dell'evoluzione registrata sul tema anche da parte della Corte di giustizia, rileva come sia *“coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive. La Corte osserva che l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli per l'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successioni delle leggi penali, il che soddisfa a un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni”* (par. 108). Pertanto, *“la Corte ritiene che sia necessario ritornare sulla giurisprudenza stabilita dalla Commissione nella causa X. c. Germania e considerare che l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli per l'imputato”* (par. 109).

Si tratta di principi che, come ricorda la Corte, *“si applicano solo alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono; in compenso, in altre cause, la Corte ha ritenuto ragionevole l'applicazione, da parte dei giudici interni, del principio tempus regit actum per quanto riguarda le norme processuali”* (par. 110).

Nel caso rimesso al suo giudizio, è stato ritenuto che la norma di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p. — benché inserita nel codice di procedura

penale, e tenuto conto che la qualifica nel diritto interno non è determinante — è una disposizione di diritto penale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato, e pertanto ricade nel campo di applicazione dell'ultimo capoverso dell'articolo 7, par. 1 CEDU (par. 113).

Nella valutazione delle modifiche intervenute all'art. 442 c.p.p., a far data dalla legge n. 479 del 1999, che aveva consentito che anche per i reati puniti con la pena dell'ergastolo, la condanna all'esito del giudizio abbreviato fosse sostituita con quella di anni trenta di reclusione, e del d.l. n. 341 del 2000 che precisava che nel caso in cui la condanna da infliggere fosse quella dell'ergastolo con isolamento diurno, la pena in caso di giudizio abbreviato sarebbe stata quella dell'ergastolo e non di anni trenta di reclusione, la Corte ha ritenuto la violazione dell'articolo 7, par. 1, perché lo Stato convenuto non ha adempiuto al proprio obbligo di far beneficiare al ricorrente della disposizione che prevedeva una pena meno severa ed entrata in vigore dopo la perpetrazione del reato.

Il predetto principio di retroattività della legge penale più favorevole ha trovato ulteriore precisazione nel nostro ordinamento quando si è trattato di verificare l'estendibilità della sentenza Scoppola ad altre persone, diverse dal ricorrente, che si trovassero nelle medesime condizioni e che imponeva di verificarne l'applicazione in relazione anche a sentenze già passate in giudicato, con la conseguente necessaria individuazione del rimedio utilizzabile per rimuovere la violazione.

Con ordinanza del 10 settembre 2012, n. 3472, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, hanno dichiarato d'ufficio rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in legge 19 gennaio 2001, n. 4, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

L'incidente di costituzionalità conseguiva all'aver ritenuto che la sentenza Scoppola presentasse i connotati essenziali di una sentenza pilota in quanto, pur astenendosi dal fornire specifiche indicazioni sulle misure generali da adottare, evidenziava comunque l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema strutturale dovuto alla non conformità all'art. 7 CEDU del d.l. 341 del 2000, nella interpretazione datane dalla giurisprudenza interna.

Il tema ulteriore, rilevante per il sistema interno e non trattato nella sentenza Scoppola, riguardava l'estensione dei principi in caso di intervenuto giudicato penale, che secondo l'ordinanza di rimessione doveva considerarsi recessivo quando risulti pretermesso, con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale è certamente quello che incide sulla

libertà, per cui si impone di emendare dallo “stigma della ingiustizia” una tale situazione.

La Corte costituzionale, con sentenza del 18 luglio 2013, n. 210, dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 1, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, per contrasto con l’art. 117, comma 1, Cost. in relazione all’art. 7 CEDU.

Circa l’operatività del principio di retroattività della norma posteriore favorevole, sono tornate ad occuparsi — espressamente chiamate in materia processuale — le Sezioni Unite penali della Corte di cassazione, con la sentenza del 13 gennaio 2020, n. 698, chiamate a rispondere se, dopo la riforma della disciplina del processo *in absentia*, debba essere notificato all’imputato assente l’estratto della sentenza ai sensi degli artt. 442, comma 3, c.p.p. e 134, disp. att. c.p.p.

Nel dare risposta negativa al quesito, e nel valutare specificamente l’argomento di natura sistematica addotto dalla tesi — non condivisa — secondo la quale, ove si ritenesse abrogato il combinato disposto dei predetti articoli, si violerebbe il principio convenzionale del giusto processo a norma delle quali le norme penali e processuali penali vanno sempre interpretate in modo restrittivo e in *favor rei*, la Corte rammenta che secondo la propria consolidata giurisprudenza, l’art. 7 CEDU non si limita a proibire l’applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell’imputato, ma sancisce in via generale il principio di legalità dei delitti e delle pene, di conseguenza la legge deve definire chiaramente i reati e le pene. Il requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l’interpretazione che ne viene data dai tribunali, e se del caso con il ricorso a consulenti, se le azioni od omissioni contestati abbiano una rilevanza penale e quale sia la pena conseguente.

Ribadisce che l’art. 7 CEDU sancisce da una parte il divieto di irretroattività delle leggi penali peggiorative, e dall’altra l’applicabilità immediata di quelle migliorative, evidenziando tuttavia che tale principio — secondo quanto già espresso dalla sentenza Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009 — non è dell’intero ordinamento processuale, ma del solo diritto penale sostanziale. Spetta all’interprete stabilire di volta in volta se la legge su cui sia insorta la controversia abbia natura sostanziale o processuale.

La norma processuale, infatti, diversamente da quella sostanziale, non è governata dal principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 25, comma 2, Cost.; art. 7 CEDU), ma da quello del *tempus regit actum*, che trova fondamento nell’art. 11 delle preleggi.

Quest’ultimo consente anche che possa essere emanata una legge peggiorativa. A garanzia dei consociati, è tuttavia necessario che siano rispettate tre regole: *i*) la nuova norma deve disciplinare il processo dal momento della

sua entrata in vigore; *ii*) gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; *iii*) la nuova disciplina non deve avere effetto retroattivo.

Rammenta inoltre la sentenza che per la Corte EDU, che interpreta le norme sul giusto processo in ottica sostanzialistica, ciò che rileva è se vi sia una lesione delle garanzie da parte dell'ordinamento nazionale, non le modalità con le quali quelle garanzie sono tutelate.

Nel caso rimesso al suo giudizio, tenuto conto dunque della natura processuale delle norme, non poteva essere rilevata alcuna lesione.

## **5. La prevedibilità e l'*overruling* giurisprudenziale sfavorevole e favorevole in materia penale e processuale**

Il tema della prevedibilità delle decisioni giudiziali si pone anche nel caso di c.d. *overruling* giurisprudenziale, e cioè di mutamento dei criteri ermeneutici impiegati nella interpretazione delle norme, tale da comportare una inconciliabilità tra un orientamento espresso da ultimo e quello consolidato in precedenza, dal quale potrebbero conseguire sia effetti pregiudizievoli, sia favorevoli per l'imputato il cui giudizio sia in corso.

Al riguardo, si sono registrate diverse decisioni della Corte EDU e domestiche che hanno analizzato il tema alla luce della portata contenutistica dell'art. 7 CEDU.

Come anticipato *sub* 2), con la sentenza delle Sezioni Unite, 13 maggio 2010, n. 18288, è stato affermato che il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproduzione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata.

La predetta decisione si evidenzia per il rilievo dato al rapporto tra la legge e la giurisprudenza, alla loro interazione dialogica alla luce del principio di legalità convenzionale, alla nozione di diritto contenuta nell'art. 7 CEDU, che ingloba sia quello di produzione legislativa, sia di derivazione giurisprudenziale, con la conseguenza che l'esatta portata della norma penale è reso esplicito dalla combinazione delle due fonti, che nella giurisprudenza costituzionale interna ha assunto il nome di "diritto vivente".

Si tratta di una visione sostanziale del principio di legalità che si manifesta anche nelle qualità di accessibilità della norma penale e nella ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze.

Stanti tale premesse, qui brevemente riassunte, le Sezioni Unite hanno ritenuto che legittimassero la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU impone di includere nel concetto di "nuovo elemento di diritto" idoneo a superare la preclusione di cui all'art. 666, comma 2,



c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità e integra il “diritto vivente”, chiarendo il contenuto del messaggio normativo (cfr. par. 9).

Hanno ricordato che non ogni mutamento giurisprudenziale legittima il superamento delle preclusioni di cui all’art. 666, comma 2, c.p.p.

Non lo consente una diversa e nuova interpretazione *contra reum* di norme sostanziali, perché violerebbe il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli di cui agli artt. 7 CEDU e 25, comma 2, Cost.

In ambito convenzionale, particolare rilievo assume la sentenza della Grande Camera della Corte EDU, Del Rio Prada contro Spagna, 21 ottobre 2013, ric. n. 42750/09, che ha dichiarato che il mutamento del Tribunale Supremo spagnolo (elaborazione nel 2006 della c.d. dottrina Parot) in merito alle modalità di applicazione del beneficio penitenziario della riduzione di pena per lavoro a soggetti pluricondannati (nel caso di specie una terrorista arrestata nel 1987 e successivamente condannata) violava l’art. 7, par. 1 della Convenzione.

La sentenza si evidenzia perché affronta il tema del mutamento giurisprudenziale rispetto non solo alla prevedibilità della sanzione, ma anche della sua esecuzione, nel caso in cui un provvedimento adottato in tale fase riguardi non le mere modalità di esecuzione della pena (per la quale è esclusa la protezione dell’art. 7), ma incida sulla sua portata.

Particolarmente esplicitivi sul punto sono i parr. 88-90, dove si legge <sup>(6)</sup>:  
*“88. La Corte sottolinea che il termine “imposto”, utilizzato nella seconda frase dell’articolo 7 § 1, non può essere interpretato nel senso che escluda dall’ambito di tale disposizione tutte le misure introdotte dopo la pronuncia della sentenza. Ribadisce a questo proposito che è di fondamentale importanza che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo da rendere i suoi diritti pratici ed effettivi, non teorici e illusori (si veda Hirsi Jamaa e altri c. Italia [GC], n. 27765/09, § 175, CEDU 2012, e Scoppola (n. 2), cit., § 104). 89. Alla luce di quanto precede, la Corte non esclude la possibilità che provvedimenti adottati dal legislatore, dalle autorità amministrative o dal giudice dopo l’esecuzione della sentenza definitiva o durante l’esecuzione della pena possano comportare la ridefinizione o modifica della portata della “pena” inflitta dal giudice di merito. Quando ciò accade, la Corte ritiene che le misure in questione debbano rientrare nell’ambito del divieto di applicazione retroattiva delle sanzioni sancito dall’articolo 7 § 1 in fine della Convenzione. Diversamente, gli Stati sarebbero liberi — ad esempio modificando la legge o reinterpretando la normativa vigente — di adottare provvedimenti che ridefiniscano retroattiva-*

---

<sup>(6)</sup> Traduzione dal testo francese a cura del redattore.



*mente l'ambito della pena inflitta, a danno del condannato, quando quest'ultimo non avrebbe potuto immaginare un simile sviluppo al momento in cui è stato commesso il reato o è stata inflitta la pena. In tali condizioni l'articolo 7 § 1 sarebbe privato di ogni effetto utile per i condannati, la cui portata delle pene è stata modificata ex post facto a loro svantaggio. La Corte sottolinea che tali modifiche devono essere distinte dalle modifiche apportate alle modalità di esecuzione della pena, che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 7 § 1. 90. Al fine di determinare se un provvedimento adottato durante l'esecuzione di una pena riguardi solo le modalità di esecuzione della pena o, al contrario, incida sulla sua portata, la Corte deve esaminare caso per caso quale sia stata effettivamente la "pena" inflitta in base al diritto interno vigente all'epoca dei fatti o, in altre parole, quale fosse la sua natura intrinseca. In tal modo deve tener conto del diritto interno nel suo complesso e del modo in cui è stato applicato al momento dei fatti (si veda Kafkaris, sopra citata, par. 145)".*

Va evidenziato come il mutamento che non consente l'applicazione retroattiva della norma penale sfavorevole è stato individuato solo in quello che non sia ragionevole attendersi.

Sul punto può segnalarsi in ambito domestico la sentenza del 29 agosto 2013, Agrama e altri, n. 35729, in cui la Corte di cassazione ha rilevato che l'art. 7 CEDU — come conformemente interpretato dalla Corte EDU — non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale, solo nel caso in cui il risultato interpretativo non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa.

I ricorrenti avevano dedotto che si sarebbe fatta applicazione retroattiva del nuovo orientamento giurisprudenziale, affermato dalla sentenza della Cassazione, 20 ottobre 2008, n. 39176, secondo cui, in caso di frazionamento delle quote di ammortamento, il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti è integrato da ogni dichiarazione nella quale sono indicati i corrispondenti elementi passivi fittizi. Secondo la predetta sentenza, per la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Edu, invece, non è consentita una applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive una infrazione, nel caso in cui si tratti di una interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa.

La Corte escludeva che nel caso di specie fosse ravvisabile quella imprevedibilità interpretativa per l'assorbente ragione che la normativa posta dal d. lgs. 10 marzo 2000, n. 274, correlando l'incriminazione alla presentazione della dichiarazione, pone come logica conseguenza che il reato si configuri per ogni singola annualità nella quale il costo portato in ammortamento è dedotto in dichiarazione.

Sul mutamento giurisprudenziale è tornata più recentemente la sentenza della Corte di cassazione 27 novembre 2020, n. 1731 (non massimata), che dichiarava inammissibile per manifesta infondatezza il ricorso dell'imputato che aveva dedotto un *overruling* giurisprudenziale ritenuto ascritto alla sentenza delle Sezioni Unite del 13 gennaio 2020, n. 698.

Quest'ultima aveva affermato che la sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve essere notificata per estratto all'imputato assente perché, a seguito della riforma della disciplina sulla contumacia, non trovano più applicazione le disposizioni di cui agli artt. 442, comma 3, c.p.p. e 134 disp. att. c.p.p., già tacitamente abrogate dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, che, estendendo al giudizio abbreviato l'istituto della contumacia, ne aveva determinato la sostituzione con la previsione di cui all'art. 548, comma 3, c.p.p., in seguito espressamente abrogata dalla disciplina del processo *in absentia*, introdotta con legge 28 aprile 2014, n. 67.

La Terza Sezione, nella sentenza in commento, riteneva la deduzione difensiva priva di fondamento richiamando la giurisprudenza convenzionale sull'art. 7, che non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato non fosse ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa.

Non vi è infatti un impedimento a mutare l'orientamento nell'interpretazione né in materia extrapenale, né penale, purché il mutamento sia ragionevolmente prevedibile dal destinatario della norma, affinché lo Stato non incorra nella violazione dell'art. 6 (quanto alla materia extrapenale) o dell'art. 7 (nella materia penale).

Con riferimento al mutamento giurisprudenziale in materia processuale, la predetta sentenza ricorda come la questione sia stata affrontata dalla Sezioni Unite Civili, a partire dal 2011, fino alla sentenza del 12 febbraio 2019, n. 4135, che ha ritenuto che il c.d. *prospective overruling* è finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo sterilizzandoli, così consentendosi all'atto compiuto con modalità e forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti, mentre non è invocabile nell'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità sia ampliativo di facoltà e poteri processuali che la parte non abbia esercitato per un'erronea interpretazione delle norme processuali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza di legittimità, derivando l'effetto pregiudizievole direttamente ed esclusivamente dall'errore interpretativo della parte.

Il mutamento opera — laddove il suo significato non trovi origine nelle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale — come interpretazione correttiva che si salda alla relativa disposizione di legge processuale “ora per allora”, nel senso di rendere irrituale l’atto compiuto o il comportamento tenuto dalla parte in base all’orientamento precedente.

Rammenta la sentenza al riguardo che *“il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all’interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la lex temporis acti, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con l’affermarsi dell’esegesi del giudice. Ove però l’overruling sia connotato dal carattere dell’imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l’effetto, di preclusione o decadenza che ne dovrebbe derivare. Ne consegue che — in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost.), volto a tutelare l’effettività dei mezzi di azione e difesa (...) — deve escludersi l’operatività della preclusione o della decadenza derivante dall’overruling nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (...) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l’apparenza di una regola conforme alla legge del tempo. Si è quindi sottolineato la decisività della prevedibilità della decisione giudiziale, precisando che “affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattiva, come invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di prospective overruling, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso. E si è affermato che l’imprevedibilità non è ravvisabile in presenza di persistenti contrasti interpretativi (...) o di incertezza interpretativa delle norme processuali ad opera della Corte di cassazione in assenza di un orientamento consolidato della stessa Corte (...) o nel caso in cui la parte abbia confidato nell’orientamento che non è prevalso (...)”.*

Interrogandosi sulla possibile portata di simili principi nel caso rimesso al suo esame, la sentenza osserva come *“Anche la giurisprudenza penale di legittimità si è pronunciata nello stesso senso, precisando che l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale esclude l’imprevedibilità della decisione giudiziale*

*che adotti una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria, e correlativamente esclude l'operatività del divieto di retroattività della relativa regola giurisprudenziale (...). Tali decisioni hanno affermato, in maniera condivisibile, che l'overruling non consentito, perché non prevedibile per l'imputato, sia ravvisabile nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre debba essere esclusa qualora la soluzione offerta si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile pur nel contrasto di opinioni, che di per sé rende l'esito conseguito comunque presente e possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario".*

Alla luce dei predetti principi, la sentenza in esame escludeva che l'interpretazione prospettata dalle Sezioni Unite con la sentenza del 13 gennaio 2020, n. 698, costituisca una innovazione assoluta in tema di obbligo di notifica, dopo l'introduzione del processo *in absentia*, dell'estratto della sentenza emessa in esito a giudizio abbreviato.

## IV.

### LA TUTELA DELLE VITTIME DI VIOLENZA DI GENERE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

di *Sergio Beltrani* (\*)

**SOMMARIO:** 1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni. — 1.1. Il caso *J.L. c. Italia*. — 1.2. Il caso *M.S. c. Italia*. — 1.3. Il caso *I.M. c. Italia*. — 2. Il diritto interno. — 2.1. Il quadro normativo nazionale in materia di violenza nei confronti delle donne. — 2.2. Prescrizione del reato ed improcedibilità delle impugnazioni. — 3. La giurisprudenza — 3.1. La tutela della vittima di violenze di genere nel subprocedimento cautelare. — 3.2. La tutela della vittima di violenze di genere nel dibattimento. — 3.3. La tutela della vittima di violenze di genere dal processo. — 4. Le recenti modifiche introdotte dalla c.d. “Riforma Cartabia”.

#### 1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni

In più occasioni la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazioni della Convenzione per la salvaguarda dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), ritenendo, a vario titolo, inadeguato il complessivo livello di tutela offerto dall'ordinamento interno alle vittime di violenza di genere.

##### 1.1. *Il caso J.L. c. Italia*

Nel caso *J.L. c. Italia* <sup>(1)</sup>, la Corte EDU, dopo avere dettagliatamente riepilogato (§§ 63/69) il diritto internazionale pertinente in tema di tutela delle donne dalle violenze di genere, ha ritenuto l'Italia responsabile di una violazione dell'art. 8 CEDU.

Pur riconoscendo che le autorità nazionali avevano vigilato, nel caso di specie, affinché le indagini preliminari ed il dibattimento (riguardanti una denuncia di stupro di gruppo presentata dalla ricorrente) fossero condotti nel rispetto degli obblighi positivi derivanti dall'art. 8 cit., si è ritenuto che

---

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

(1) Corte EDU, *J.L. c. Italia*, 27 maggio 2021, ric. n. 5671/16, in part. §§ 136-142.

esse non avessero adeguatamente protetto la ricorrente da una vittimizzazione secondaria durante tutto il procedimento, in particolare avendo riguardo al contenuto della sentenza conclusivamente emessa dalla Corte d'appello, costituente parte integrante, e della massima importanza, del procedimento, in quanto documento pubblico.

Secondo la Corte EDU, diversi passaggi della sentenza della Corte d'appello, evocando la vita personale ed intima della ricorrente, avevano leso i diritti di quest'ultima; sono stati, in particolare, ritenuti ingiustificati i riferimenti « alla biancheria intima rossa “mostrata” dalla ricorrente nel corso della serata » nella quale si erano verificati i fatti, nonché « i commenti concernenti la bisessualità dell'interessata, le relazioni sentimentali e i rapporti sessuali occasionali di quest'ultima prima dei fatti (...). Analogamente, la Corte ha ritenuto inappropriate le considerazioni relative all'“atteggiamento ambivalente nei confronti del sesso” della ricorrente, che la Corte d'appello deduce tra l'altro dalle decisioni dell'interessata in materia artistica. Così, la Corte d'appello cita tra queste decisioni dubbie la scelta di accettare di partecipare al cortometraggio di L.L. nonostante il suo carattere violento ed esplicitamente sessuale (...) senza tuttavia — e giustamente — che il fatto di aver scritto e diretto il suddetto cortometraggio sia in alcun modo commentato o considerato rivelatore dell'atteggiamento di L.L. nei confronti del sesso ». Anche il giudizio sulla decisione della ricorrente di denunciare i fatti, « che secondo la Corte d'appello sarebbe risultata da una volontà di “stigmatizzare” e di rimuovere un “momento criticabile di fragilità e di debolezza »” così come il riferimento alla “vita non lineare” dell'interessata » sono stati ritenuti « deplorabili e fuori luogo ».

Pur ammessa la necessità, ai fini della valutazione circa l'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla p.o., di fare riferimento alle sue relazioni passate con determinati imputati o ad alcuni suoi comportamenti tenuti nel corso della serata *de qua*, secondo la Corte non si vede « in che modo la condizione familiare della ricorrente, le sue relazioni sentimentali, i suoi orientamenti sessuali o ancora le sue scelte di abbigliamento nonché l'oggetto delle sue attività artistiche e culturali potevano essere pertinenti per la valutazione della credibilità dell'interessata e della responsabilità penale degli imputati. Pertanto, non si può ritenere che le suddette violazioni della vita privata e dell'immagine della ricorrente fossero giustificate dalla necessità di garantire i diritti della difesa degli imputati ».

Gli obblighi positivi di proteggere le presunte vittime di violenza di genere impongono, tra l'altro, il dovere « di proteggere l'immagine, la dignità e la vita privata di queste ultime, anche attraverso la non divulgazione di informazioni e dati personali senza alcun rapporto con i fatti. Questo obbligo è, peraltro, inerente alla funzione giudiziaria e deriva dal diritto nazionale (...)

nonché da vari testi internazionali (...). In tal senso, 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, inoltre, osservato che « il settimo rapporto sull'Italia del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne e il rapporto del GREVIO <sup>(2)</sup>, hanno constatato il persistere di stereotipi riguardanti il ruolo delle donne e la resistenza della società italiana alla causa della parità dei sessi. Inoltre, sia il suddetto Comitato delle Nazioni Unite che il GREVIO hanno segnalato il basso tasso di procedimenti penali e di condanne in Italia, il che rappresenta al tempo stesso la causa di una mancanza di fiducia delle vittime nel sistema giudiziario penale e la ragione del basso tasso di segnalazione di questo tipo di delitti nel paese (...). Ora, la Corte ritiene che il linguaggio e gli argomenti utilizzati dalla Corte d'appello veicolino 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 ».

In conclusione, secondo i giudici di Strasburgo, « le azioni giudiziarie e le sanzioni penali svolgono un ruolo cruciale nella risposta istituzionale alla violenza di genere e nella lotta contro la disuguaglianza di genere. È, pertanto, essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie, di minimizzare la violenza di genere e di esporre le donne ad una vittimizzazione secondaria utilizzando affermazioni colpevolizzanti e moralizzatrici atte a scoraggiare la fiducia delle vittime nella giustizia ».

### 1.2. *Il caso M.S. c. Italia*

Nel caso M.S. c. Italia <sup>(3)</sup>, la Corte EDU ha ritenuto l'Italia responsabile di violazioni dell'art. 3 CEDU, sia sotto il profilo sostanziale che processuale, osservando che le inattività ed i ritardi dell'autorità giudiziaria che favoriscono l'estinzione dei reati per prescrizione comportano una violazione procedurale dell'art. 3 CEDU, poiché da tale garanzia derivano a carico dello Stato obblighi positivi di protezione delle vittime: le autorità che ricevono la denuncia di condotte di violenza domestica devono attivamente e diligente-

<sup>(2)</sup> "Group of Experts on action against Violence against Women and Domestic Violence".

<sup>(3)</sup> Corte EDU, *M.S. c. Italia*, 7 luglio 2022, ric. n. 32715/19.



mente valutare i possibili rischi che, in concreto, la denunciante corre, e procedere tempestivamente, per concludere il processo in tempo utile a scongiurare il maturare della prescrizione.

Nel caso di specie, sono stati, in particolare, evidenziati:

— la mancanza di diligenza delle autorità nazionali, intervenute tardivamente, dopo che la ricorrente era stata aggredita dal marito con un coltello, provvedendo all'applicazione di una misura cautelare soltanto a distanza di 22 mesi dal fatto (peraltro, dopo l'applicazione della predetta misura, la valutazione dei rischi concreti corsi dalla ricorrente per effetto delle predette condotte e dei rimedi da predisporre a sua tutela è stata ritenuta esaustiva);

— la mancanza di una valutazione immediata, diretta a prevenire problemi futuri ed a pianificare anticipatamente le azioni opportune, in considerazione dell'esistenza di un rischio reale ed immediato di violenze domestiche reiterate in danno della ricorrente;

— la mancanza di diligenza e rapidità da parte dei giudici nazionali, per effetto della quale il marito violento aveva goduto di un'impunità quasi totale, in ragione dell'estinzione per prescrizione della gran parte dei reati commessi in danno della ricorrente;

— il mantenimento di un sistema che prevede l'estinzione per prescrizione dei reati, strettamente legata all'azione giudiziaria, anche dopo l'avvio del procedimento;

— la “passività giudiziaria”, incompatibile con il suddetto quadro giuridico.

Con riguardo al regime interno della prescrizione dei reati, la Corte EDU ha, in particolare, evidenziato, come sua “caratteristica specifica”, il fatto che essa “continua a decorrere anche se è stata avviata l'azione penale”, lasciando implicitamente intendere che tale previsione, pur di per sé legittima, non sarebbe convenzionalmente necessaria.

### 1.3. *Il caso I.M. c. Italia*

L'atteggiamento dei magistrati italiani nei confronti delle “parti donne” è stato stigmatizzato dalla Corte EDU anche nel caso I.M. ed altri c. Italia<sup>(4)</sup>, riguardante le vicende di bambini costretti per tre anni ad incontrare il padre violento in un ambiente non protettivo, ed in assenza della madre, considerata un genitore “ostile agli incontri con il padre”, ai quali rifiutava di partecipare invocando pregressi reiterati atti di violenza domestica e la mancanza di sicurezza degli incontri stessi.

Nel ritenere l'Italia responsabile di una violazione dell'art. 8 CEDU, la Corte EDU ha, infatti, dichiarato di condividere le preoccupazioni del

<sup>(4)</sup> Corte EDU, *I.M. c. Italia*, 10 novembre 2022, ric. n. 25426/20, in part. §§ 73 e 138.

GREVIO (ampiamente esposte nel § 73 della motivazione della sentenza in oggetto) riguardanti « l'esistenza di una prassi, molto diffusa tra i tribunali civili, che consiste nel considerare le donne che denunciano fatti di violenza domestica per rifiutarsi di partecipare agli incontri tra i loro figli e il loro ex compagno e per opporsi all'affidamento condiviso con quest'ultimo o al fatto che quest'ultimo goda di un diritto di visita, come genitori "non collaborativi", e dunque "madri inadeguate" che meritano una sanzione ».

## 2. Il diritto interno

### 2.1. *Il quadro normativo nazionale in materia di violenza nei confronti delle donne*

Tra gli specifici interventi a favore delle vittime di violenze di genere, va innanzi tutto ricordata la legge 15 ottobre 2013, n. 119, c.d. "legge sul femminicidio" ("piano d'azione straordinario per il contrasto della violenza sulle donne"), che ha previsto misure incentrate sui diritti procedurali delle vittime di violenza domestica, di abusi sessuali, di sfruttamento sessuale e di molestie.

In virtù delle predette disposizioni, tra l'altro, il procuratore e le forze di polizia hanno l'obbligo legale di informare le vittime che è data loro la facoltà di farsi rappresentare da un avvocato nell'ambito del procedimento penale e di chiedere, tramite i loro avvocati, un'udienza protetta, e che è loro offerta la possibilità di beneficiare di un'assistenza giuridica, nonché delle modalità di concessione di questo tipo di assistenza. La legge prevede, inoltre, che le indagini relative ai presunti reati debbano essere condotte entro un anno dalla data della segnalazione alla polizia e che i permessi di soggiorno degli stranieri vittime di violenze, compresi i migranti senza documenti di identificazione, devono essere prorogati; prevede, inoltre, la raccolta strutturata di dati sull'argomento e il loro aggiornamento regolare, in particolare attraverso il coordinamento delle banche dati già esistenti.

La più recente legge 19 luglio 2019, n. 69, c.d. "codice rosso", ha introdotto, tra l'altro, nuovi reati (come il matrimonio forzato, la deformazione della vittima mediante lesioni permanenti al volto e la diffusione illecita di immagini o di video sessualmente espliciti) ed ha aggravato le sanzioni per i reati di molestie, violenza sessuale e violenza domestica, stabilendo, inoltre, che i procedimenti che riguardano tutti questi reati devono essere trattati con priorità.

### 2.2. *Prescrizione del reato ed improcedibilità delle impugnazioni*

La disciplina della prescrizione (artt. 157 ss. c.p.) opera attualmente dalla data di commissione del reato fino alla pronuncia della sentenza di primo

grado (art. 161-*bis* c.p.); i termini base di prescrizione sono raddoppiati (art. 157, comma 6, c.p.) per il reato di cui all'art. 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia), nonché, tra gli altri, per i reati di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* c.p., salvo che risulti la sussistenza delle circostanze attenuanti contemplate dal terzo comma dell'art. 609-*bis*, ovvero dal quarto comma dell'art. 609-*quater*.

La disciplina dell'improcedibilità di cui all'art. 344-*bis* c.p.p. opera, invece, con riguardo ai giudizi d'impugnazione; ai sensi del quarto comma della predetta disposizione, quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare, i termini di cui ai commi 1 e 2 sono prorogati per un periodo non superiore ad un anno nel giudizio di appello ed a sei mesi nel giudizio di cassazione, ed ulteriori proroghe possono essere disposte, per le ragioni e per la durata predette, quando si procede per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, nelle ipotesi aggravate di cui all'art. 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., non anche per quello di cui all'art. 572 c.p.

La diversa disciplina prevista, rispetto a quella della prescrizione, per tali ultime ipotesi, appare priva di fondata giustificazione ed in odore di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost.

### 3. La giurisprudenza

#### 3.1. *La tutela della vittima di violenze di genere nel subprocedimento cautelare*

Ai sensi dell'art. 299, comma 3, c.p.p., la richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286 c.p.p., applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena d'inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio; il difensore e la persona offesa possono, nei due giorni successivi alla notifica, presentare memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p., ed il giudice può deliberare la richiesta soltanto quando sia decorso il predetto termine.

Con riguardo al predetto diritto della vittima di violenze di genere nell'ambito del subprocedimento cautelare, la giurisprudenza <sup>(5)</sup>, premessa l'esistenza di una evidente lacuna normativa, ha ritenuto che, allo stato, nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, la persona offesa non è legittimata ad impugnare, neanche con il ricorso per cassazione, in difetto di espressa previsione, l'ordinanza che abbia disposto la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva, diversa dal divieto di espatrio o dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, in violazione del diritto di intervento per mezzo di memorie riconosciute dall'art. 299, comma 3, c.p.p., ma può chiedere al pubblico ministero di proporre impugnazione ai sensi dell'art. 572 c.p.p.

### 3.2. *La tutela della vittima di violenze di genere nel dibattimento*

Ai sensi dell'articolo 472, comma 3-*bis*, c.p.p., i dibattimenti relativi ai delitti di carattere sessuale sono pubblici, salvo che la parte offesa chieda che si proceda a porte chiuse, oppure sia minorenni; in questo tipo di procedimenti, le domande sulla vita privata e sessuale della vittima non sono ammesse, se non sono necessarie alla ricostruzione dei fatti.

Con riferimento a casi di istruttoria dibattimentale che comportino l'esame di vittime particolarmente vulnerabile, si è osservato <sup>(6)</sup> che il limite previsto dall'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. alla rinnovazione nel dibattimento, della testimonianza assunta nel corso dell'incidente probatorio dalla vittima che versa in condizioni di particolare vulnerabilità, introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2005, n. 212, non contrasta con l'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU: invero, la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha in più occasioni valorizzato l'esigenza di protezione della vittima come fattore in grado di giustificare la compressione di alcune prerogative difensive, sempre che sussistano idonee garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità del giudizio nel suo complesso.

Il principio è stato successivamente ribadito <sup>(7)</sup> con riferimento a diversa situazione processuale: si è, infatti, affermato che la mancata rinnovazione nel giudizio di appello dell'esame testimoniale della vittima minorenni di reati

---

<sup>(5)</sup> Cass., S.U., 28 settembre 2022, n. 36754.

<sup>(6)</sup> Cass. 19 ottobre 2018, n. 47702.

<sup>(7)</sup> Cass. 6 febbraio 2019, n. 5808: in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto correttamente rigettata l'eccezione della difesa, che lamentava di non aver potuto esercitare il diritto di porre domande alla persona offesa, ascoltata dal giudice per le indagini preliminari nell'incidente probatorio, sul contenuto delle conversazioni e degli SMS oggetto di intercettazione, senza, peraltro, indicare quali di essi avessero rilievo ai fini del giudizio sulla credibilità della vittima.

sessuali, ascoltata dal giudice per le indagini preliminari nel corso di incidente probatorio, non contrasta con l'art. 6 CEDU, in quanto tale norma, così come interpretata dalla Corte EDU, non riconosce all'accusato il diritto assoluto di ottenere la comparizione dei testimoni davanti al tribunale, dovendo, invece, detto diritto essere limitato nel caso in cui occorra apprestare misure a protezione della vittima del reato, purché sia garantito il diritto di difesa attraverso la possibilità di contestare la testimonianza.

### 3.3. *La tutela della vittima di violenze di genere dal processo*

Secondo la giurisprudenza <sup>(8)</sup>, sono utilizzabili le dichiarazioni rese in qualità di testimone dalla persona offesa del reato di violenza sessuale che sia stata denunciata dall'imputato dello stesso reato per calunnia, in quanto in tal caso non ricorre l'ipotesi di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre e non trovano conseguentemente applicazione le disposizioni di cui agli artt. 64, 197, 197-*bis* e 210 c.p.p.

Sempre in tema di reati sessuali, viene costantemente ritenuta legittima la valutazione frazionata delle dichiarazioni della persona offesa, precisando che l'eventuale giudizio di inattendibilità, riferito ad alcune circostanze, non inficia la credibilità delle altre parti del racconto, sempre che non esista un'interferenza fattuale e logica tra gli aspetti del narrato per i quali non si ritiene raggiunta la prova della veridicità e quelli che siano intrinsecamente attendibili ed adeguatamente riscontrati <sup>(9)</sup>: all'uopo, occorre che il giudizio di inattendibilità, riferito soltanto ad alcune circostanze, non comprometta per intero la stessa credibilità del dichiarante ovvero non infici la plausibilità delle altre parti del racconto <sup>(10)</sup>.

Non appare inopportuno ricordare che l'art. 12, comma 3, del nuovo Codice etico dei magistrati, come modificato nel 2010, prevede che « Nelle motivazioni dei provvedimenti e nella conduzione dell'udienza [il giudice] esamina i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti, evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa, di emettere giudizi o valutazioni sulla capacità professionale di altri magistrati o dei difensori, ovvero —

<sup>(8)</sup> Cass. 18 giugno 2013, n. 26409.

<sup>(9)</sup> Cass. 22 gennaio 2013, n. 3256: in applicazione del principio, è stata confermata la sentenza di merito che, pur condannando gli imputati per il reato previsto dall'art. 609-*bis* c.p. per effetto delle dichiarazioni della vittima, ha escluso la sussistenza della violenza sessuale di gruppo sul presupposto che alcune di tali dichiarazioni non fossero verosimili.

<sup>(10)</sup> Cass. 14 maggio 2014, n. 20037: nel caso esaminato, è stata confermata la sentenza che, pur condannando l'imputato per il reato previsto dall'art. 572 c.p. (valorizzando le dichiarazioni della vittima), aveva escluso la sussistenza della violenza sessuale, ritenendo che alcune delle dichiarazioni rese dalla persona offesa non fossero verosimili.

quando non siano indispensabili ai fini della decisione — sui soggetti coinvolti nel processo ».

#### 4. Le recenti modifiche introdotte dalla c.d. “Riforma Cartabia”

Il d. lgs. n. 150 del 2002 (c.d. “Riforma Cartabia”), in attuazione della legge delega n. 134 del 2021, ha introdotto nell’ordinamento un nuovo sistema di giustizia riparativa (artt. 42 ss.) che dovrebbe, almeno nelle intenzioni del Legislatore, incrementare significativamente la tutela delle vittime del reato, ed in particolare proprio delle vittime di violenza di genere.

Con riferimento alle innovazioni riguardanti il regime di procedibilità di numerosi reati, finalizzati a perseguire il dichiarato obiettivo di ridurre il numero dei procedimenti penali per reati asseritamente bagatellari, meraviglia la previsione della mutata procedibilità, non più d’ufficio, ma (nei casi in cui dalle lesioni sia derivata una malattia di durata non superiore a giorni 40) a querela di parte, per le lesioni aggravate poste in essere in danno delle vittime di violenza di genere per eccellenza, ovvero le mogli separate o divorziate (oltre che degli ascendenti e degli ulteriori soggetti indicati dall’art. 577, comma 1, n. 1, e comma secondo, c.p.), che rischia di rendere le predette vittime ancora più deboli, esponendole, per l’intero corso del procedimento penale, alle pressioni dei loro aggressori onde ottenere la remissione (quelle appena indicate sono, tra l’altro, le sole lesioni aggravate non più procedibili sempre e comunque di ufficio, il che potrebbe porre problemi di costituzionalità *ex* art. 3 Cost.); detto intervento novellatore si pone, tra l’altro, inopinatamente in controtendenza rispetto alla *ratio* delle recenti disposizioni di legge a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere (cfr., ad es., c.d. “codice rosso”: l. n. 69 del 2019 cit.).

Deve, per concludere, rilevarsi che il nuovo art. 628-*bis* c.p.p. (introdotto dall’art. 36 d.lgs. n. 150 del 2022) disciplina la nuova richiesta per l’eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione EDU e dei Protocolli addizionali, precisando (comma 8) che la disciplina si applica anche quando la violazione accertata dalla Corte EDU riguarda il diritto dell’imputato di partecipare al processo; legittimati a formulare la richiesta sono, peraltro, soltanto il “condannato” e la “persona sottoposta a misura di sicurezza”, non anche la “vittima del reato”.





V.  
**IL CONTRADDITTORIO**  
**SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO**  
di *Alessandro Centonze* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il primo intervento della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia” e la vicenda giudiziaria che dava origine alla pronuncia della Corte sovranazionale. — 2. Le conseguenze sistematiche del primo intervento della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia” e il contesto normativo nel quale si inseriva la pronuncia sovranazionale. — 3. Il secondo intervento della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia” e il principio di equità del processo penale di cui all’art. 6, par. 1 e 3, CEDU. — 4. La giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito delle decisioni della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia”. — 5. Le prospettive ermeneutiche prefigurate della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia”.

**1. Il primo intervento della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia” e la vicenda giudiziaria che dava origine alla pronuncia della Corte sovranazionale**

Le sentenze pronunciate dalla Corte EDU nell’*affaire* “Drassich contro Italia” <sup>(1)</sup> hanno posto all’attenzione della dottrina e della giurisprudenza nostrane il tema del contraddittorio da assicurare all’imputato nelle ipotesi di riqualificazione giuridica del fatto di reato originariamente contestato, effettuata ai sensi dell’art. 521, comma 1, c.p.p. Tale disposizione, com’è noto, stabilisce: « Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell’imputazione, purché il reato non

---

(\*) Consigliere presso la Corte di cassazione, Prima Sezione Penale.

(1) Ci si riferisce, innanzitutto, alla sentenza Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, n. 25575/04; a questo primo intervento faceva seguito, dieci anni dopo, un’ulteriore pronuncia, rappresentata dalla decisione della Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 22 febbraio 2018, n. 65173/09, che chiudeva definitivamente l’affaire “Drassich contro Italia”.

Per una lettura congiunta dei due interventi della Corte EDU sul caso “Drassich contro Italia” si rinvia a V. TONDI, *Riqualificazione giuridica del fatto e accesso ai riti alternativi: una nuova questione di legittimità costituzionale dell’art. 521 c.p.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 3 luglio 2020; F. ZACCHÈ, *Brevi osservazioni su Drassich (n. 2) e diritto alla prova*, in *www.diritto penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2018.

ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica».

Il caso “Drassich contro Italia” riguarda una vicenda giudiziaria molto conosciuta dalla pubblica opinione nostrana, avendo superato i confini del dibattito strettamente giuridico. Tale vicenda si sviluppava lungo un decennio, atteso che la prima pronuncia della Corte EDU interveniva l’11 dicembre 2007; a tale pronuncia, a distanza di diversi anni, faceva seguito un ulteriore intervento chiarificatore, pronunciato il 22 dicembre 2018, che completava il quadro degli arresti giurisdizionali dei Giudici di Strasburgo relativi all’*affaire* “Drassich contro Italia”.

Occorre premettere che Mauro Drassich era un magistrato italiano, che, all’epoca dei fatti, prestava servizio presso la Sezione fallimentare del Tribunale di Pordenone, che veniva rinviato a giudizio davanti al Tribunale di Venezia per i reati di corruzione, falso ideologico e abuso d’ufficio. All’esito del giudizio di primo grado, l’imputato veniva condannato alla pena di tre anni di reclusione per tutti i reati che gli erano stati contestati, unificati sotto il vincolo della continuazione.

La Corte di appello di Venezia, investita delle impugnazioni di Mauro Drassich e del pubblico ministero, confermava il giudizio di colpevolezza espresso nei confronti dell’appellante per i soli delitti di falso ideologico e di corruzione, disponendo, al contempo, l’aumento della pena irrogata all’imputato, nel giudizio celebrato davanti al Tribunale di Venezia, a tre anni e otto mesi di reclusione.

Avverso la sentenza di appello Drassich proponeva ricorso per cassazione, eccependo, tra l’altro, l’intervenuta prescrizione del reato di corruzione, che gli era stato contestato *ex art.* 319 c.p., che, tenuto conto del riconoscimento delle circostanze attenuanti, concesse nel giudizio di primo grado e confermate dalla Corte di appello di Venezia, si riteneva maturata nell’agosto del 2001.

La Corte di cassazione, quindi, con sentenza del 17 maggio 2004, respingeva il ricorso proposto da Drassich, riqualificando l’ipotesi di corruzione originariamente contestata all’imputato nel diverso delitto di corruzione in atti giudiziari, ai sensi dell’art. 319-*ter* c.p.

Tale riqualificazione veniva giustificata dalla Corte di cassazione dal fatto che le condotte corruttive erano state commesse dal ricorrente allo scopo di favorire o di danneggiare le parti dei processi civili celebrati quale magistrato del Tribunale di Pordenone. La riqualificazione del delitto di corruzione nel diverso reato di corruzione in atti giudiziari *ex art.* 319-*ter* c.p., a sua volta, comportava l’applicazione di una pena detentiva superiore a cinque anni di

reclusione, per effetto della quale i termini di prescrizione non risultavano decorsi e il ricorso di Mauro Drassich veniva respinto <sup>(2)</sup>.

Contro questa pronuncia di legittimità, veniva adita la Corte EDU, che, con sentenza dell'11 dicembre 2007, accoglieva il ricorso proposto da Mauro Drassich, riconoscendo la lamentata violazione dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), sull'assunto che l'imputato, non essendo stato informato, tempestivamente e dettagliatamente, della natura e delle ragioni della modifica dell'accusa elevata originariamente nei suoi confronti, non aveva potuto elaborare un'adeguata strategia difensiva nel processo penale celebrato davanti all'autorità giudiziaria italiana.

Si erano, in questo modo, violate le prerogative difensive irrinunciabili dell'imputato, che trovavano copertura convenzionale nell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, la cui violazione da parte dell'autorità giudiziaria italiana comportava l'accoglimento del ricorso proposto da Mauro Drassich e la condanna dello Stato resistente.

Secondo la Corte EDU <sup>(3)</sup>, pur essendo incontrovertibile l'astratta possibilità di riqualificare i fatti di reato di cui l'autorità giudiziaria italiana era stata investita, in linea con quanto previsto nell'ordinamento interno dall'art. 521, comma 1, c.p.p. non era emerso che Drassich fosse stato informato tempestivamente della possibilità di una diversa qualificazione dell'accusa originariamente formulata nei suoi confronti, né che avesse avuto la possibilità di esaminare in contraddittorio la nuova contestazione, relativa al delitto di corruzione in atti giudiziari previsto dall'art. 319-ter c.p.; il che concretizzava una violazione insanabile dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, che doveva essere emendata dalla Corte di cassazione, attesa l'efficacia precettiva di tali disposizioni convenzionali, rilevante ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 e 46 CEDU.

L'efficacia precettiva dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, com'è noto, è garantita dall'art. 19 dello stesso testo convenzionale, che prevede l'istituzione della Corte strasburghese per « assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli [...] », riconoscendo a tale organo sovranazionale una competenza estesa a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della predetta normativa. L'efficacia precettiva della disposizione censurata, al contempo, discende dalla previsione dell'art. 46 CEDU, secondo il cui primo paragrafo le « Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono Parti ».

---

<sup>(2)</sup> Si veda Cass. 17 maggio 2004, n. 23024.

<sup>(3)</sup> *Ibidem*.

Costituisce, del resto, un dato ermeneutico consolidato quello dell'efficacia immediatamente precettiva delle norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte EDU, nonostante alle stesse non possa riconoscersi direttamente rango costituzionale, come, da tempo, affermato dalla giurisprudenza nostrana, che si è ripetutamente soffermata, nell'ultimo ventennio, sulla questione oggetto di vaglio (4).

Del processo penale contro Mauro Drassich, quindi, veniva nuovamente investita, ai sensi dell'art. 625-*bis* c.p.p., la Corte di cassazione, che, con sentenza dell'11 dicembre 2008, disponeva, in conformità delle indicazioni ermeneutiche ricevute dalla Corte di Strasburgo, la revoca della sentenza di legittimità presupposta (5), limitatamente ai fatti corruttivi riqualificati ai sensi dell'art. 319-*ter* c.p. Veniva, in questo modo, effettuata una rimozione parziale del giudicato formatosi nei confronti del ricorrente, nella parte in cui si era realizzato, nel giudizio di legittimità celebrato precedentemente, una limitazione del diritto di difesa dell'imputato, che aveva determinato la pronuncia di una sentenza connotata da iniquità per violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU (6).

Secondo la Corte di cassazione, l'intervento *ex art.* 625-*bis* c.p.p. si giustificava alla luce della sentenza della Corte costituzionale 16 aprile 2008, n. 129, nella quale, tra l'altro, si affermava che il legislatore aveva « introdotto, con l'art. 625-*bis* c.p.p., un nuovo istituto per rimuovere gli effetti di quel tipo di errori commessi dalla Corte di cassazione, denominandolo significativamente ricorso straordinario per errore materiale o di fatto; ed assegnandogli una collocazione sistematica ed una disciplina avulse (e logicamente alternative) rispetto a quelle che caratterizzano la revisione » (7).

La Corte di cassazione, al contempo, disponeva una nuova trattazione del ricorso proposto da Mauro Drassich contro la sentenza emessa dalla Corte di appello di Venezia il 12 giugno 2002, che veniva esaminato in un autonomo giudizio di legittimità.

---

(4) Ci si riferisce, in particolare, all'orientamento ermeneutico consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità penale (Cass. 25 gennaio 2007, n. 2800), che si collega all'omologa opzione interpretativa, maturata in seno alle Sezioni Unite civili, nell'ambito del quale si ritiene opportuno richiamare la risalente pronuncia Cass. civ., S.U., 23 dicembre 2005, n. 28507.

(5) Si veda Cass. 11 dicembre 2008, n. 45807; su questa pronuncia si vedano i commenti di M.G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 3, 1503 ss.; C. GABRIELLI, *Decisum del giudice europeo e parziale rimozione del giudicato*, in *Giur. it.*, 2009, 10, 2292 ss.

(6) Si veda Cass. 11 dicembre 2008, n. 45807, cit.

(7) Si veda Corte cost. 16 aprile 2008, n. 129.

In tale ulteriore giudizio, definito con sentenza del 18 settembre 2009, la Suprema Corte osservava che nella precedente decisione di legittimità <sup>(8)</sup> era stato definito correttamente l'oggetto del processo, essendosi precisato che andava « disposta una nuova trattazione del ricorso proposto da Mauro Drassich contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'appello di Venezia, limitatamente al punto della diversa definizione giuridica data al fatto corruttivo rispetto a quella enunciata nell'imputazione e poi ritenuta dai giudici di merito [...] » <sup>(9)</sup>.

Si riteneva, pertanto, rispettata la regola processuale che la Corte EDU aveva affermato a tutela di Drassich con riferimento all'originario giudizio di legittimità <sup>(10)</sup>, ribadendosi che, in quella occasione, era stato compromesso, *ex art. 6, par. 1 e 3, CEDU*, il diritto del ricorrente di essere informato, in modo tempestivo e dettagliato, della natura e delle ragioni dell'accusa elevata a suo carico, limitatamente ai fatti corruttivi riqualificati ai sensi dell'art. 319-*ter* c.p.; pregiudizio dal quale discendeva la compromissione della facoltà dell'imputato di disporre del tempo e delle facilitazioni necessari a preparare la sua difesa <sup>(11)</sup>.

La Corte di cassazione, infine, non riteneva che si fosse verificata l'estinzione del reato di corruzione in atti giudiziari per intervenuta prescrizione, eccepita residualmente nell'interesse del ricorrente, con la conseguenza che il ricorso proposto dall'imputato veniva respinto.

## **2. Le conseguenze sistematiche del primo intervento della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia” e il contesto normativo nel quale si inseriva la pronuncia sovranazionale**

Nella cornice processuale descritta nel paragrafo precedente, allo scopo di valutare le conseguenze sistematiche del primo intervento della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia”, occorre effettuare alcune ulteriori precisazioni, osservando anzitutto che il legislatore del 1988, nell'elabora-

---

<sup>(8)</sup> Si veda Cass. 18 settembre 2009, n. 36323; su questa pronuncia si rinvia ai commenti di S. QUATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo la Corte di Cassazione inaugura la fase rescissoria*, in *Cass. pen.*, 2010, 7-8, 2608 ss.; S. LONATI, *Il “caso Drassich”: continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, 2063 ss.

<sup>(9)</sup> Si veda Cass. 18 settembre 2009, n. 36323, cit.

<sup>(10)</sup> Ci si riferisce, naturalmente, al giudizio conclusosi con la sentenza Cass. 17 maggio 2004, Drassich, n. 23024, cit., contro cui Mauro Drassich aveva proposto ricorso davanti alla Corte EDU.

<sup>(11)</sup> Si veda Cass. 18 settembre 2009, n. 36323, cit.

zione normativa dell'art. 521 c.p.p., su cui la pronuncia sovranazionale in esame si innestava, riteneva di potere sacrificare alcune prerogative difensive sull'assunto che le eventuali modifiche dell'imputazione del pubblico ministero non fossero vincolanti per il giudice, che, difatti, non poteva essere costretto a conformarsi alla fattispecie di reato contestata all'imputato.

Da questa originaria opzione normativa era derivata la costruzione di un sistema processuale in cui, relativamente alla posizione dell'imputato, veniva differenziata la disciplina del mutamento dell'imputazione in fatto da quella del mutamento dell'imputazione in diritto.

Infatti, secondo la giurisprudenza consolidatasi nel corso degli anni, era sempre consentito al giudice di riqualificare giuridicamente, anche d'ufficio, il reato contestato all'imputato<sup>(12)</sup>; mentre, di fronte alla diversità in fatto dell'addebito, in mancanza di una modifica della contestazione da parte del pubblico ministero, gli atti dovevano essere rimessi alla pubblica accusa, a tutela del diritto di difesa dell'imputato, al fine di evitare che lo stesso potesse essere condannato per una condotta in relazione alla quale non aveva potuto difendersi adeguatamente<sup>(13)</sup>.

La sentenza pronunciata dalla Corte EDU nel caso "Drassich contro Italia" modificava questo modello processuale in modo radicale, affermando che, nelle contestazioni elevate all'imputato, il fatto e il diritto non sono due concetti separati, ma due profili necessariamente complementari, afferendo alla tutela del diritto di difesa e ponendo i medesimi problemi ermeneutici e applicativi, che involgono il principio di equità del processo penale; principio, quest'ultimo, garantito, sul piano convenzionale, dalle disposizioni dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, che, nel nostro ordinamento giuridico, devono essere correlate alla previsione dell'art. 111, comma 3, Cost.

Secondo la Corte EDU, in entrambi i casi, l'imputato deve essere informato, tempestivamente e dettagliatamente, della modifica dell'imputazione, per usufruire del tempo necessario a impostare una nuova strategia difensiva. Le modalità attraverso le quali può assicurarsi questa informazione sulla modifica dell'imputazione non sono predeterminate, pur dovendosi trattare di modalità tali da potere garantire, in termini effettivi e concreti, il diritto di difesa dell'imputato<sup>(14)</sup>.

Si evidenziava, al contempo, che le disposizioni dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU impongono un'attenzione effettiva alla conoscenza dell'imputazione da parte dell'imputato coinvolto dalla modifica disposta ai sensi dell'art. 521,

---

(12) Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 14 marzo 2008, n. 11335; Cass. 27 ottobre 2004, n. 41972; Cass. 8 ottobre 1997, n. 9103.

(13) Si veda Cass. 8 ottobre 1992, n. 9687.

(14) Si veda Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, cit.

comma 1, c.p.p., che svolge un ruolo decisivo nel procedimento penale. Tali disposizioni convenzionali, infatti, riconoscono all'imputato il diritto di essere informato non soltanto del fondamento dell'accusa elevata nei suoi confronti, individuata dai fatti materiali posti a suo carico, ma anche della qualificazione giuridica fornita a questi fatti <sup>(15)</sup>.

La portata di questa pronuncia, dunque, deve essere valutata alla luce del principio di equità del processo penale, così come prefigurato dall'art. 6, par. 1 e 3, CEDU. L'affermazione di questo principio, infatti, comporta che la precisa e completa informazione sulle accuse elevate nei confronti dell'imputato e la corretta qualificazione giuridica dei fatti di reato oggetto di accertamento giurisdizionale vengano ritenute condizioni essenziali per garantire l'equità del processo penale.

Il giudice, inoltre, deve attenersi al principio di equità del processo penale e dare alle parti la possibilità di ascoltare e discutere di qualsiasi problema fondamentale per l'esito del processo penale in corso di svolgimento, anche quando rigetti un ricorso o un motivo sulla base di una questione rilevata d'ufficio.

In altri termini, le disposizioni di cui all'art. 6, par. 1 e 3, CEDU non impongono formalità predeterminate per regolamentare le modalità con cui l'imputato deve essere informato della natura e delle ragioni dell'accusa che gli viene contestata in un processo penale. Tuttavia, tali norme convenzionali comportano il diritto dell'imputato di essere informato tempestivamente delle contestazioni elevate nei suoi confronti, che devono essere valutate alla luce delle prerogative irrinunciabili dell'accusato di preparare adeguatamente la sua difesa, in linea con quanto stabilito nel nostro ordinamento dall'art. 111, comma 3, Cost. <sup>(16)</sup>.

Ne discende che il giudice ha la possibilità, nell'attuale sistema processuale, di riqualificare i fatti di reato di cui sia ritualmente investito, a condizione di garantire che l'accusato possa esercitare i suoi diritti di difesa in modo concreto ed efficace. Infatti, nell'ottica convenzionale prefigurata dall'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, è necessario che « sia sufficientemente prevedibile la ridefinizione dell'accusa inizialmente formulata, che il condannato sia in condizione di far valere le proprie ragioni in merito alla nuova definizione giuridica del fatto e che questa non comporti una modifica "*in peius*" del trattamento sanzionatorio e del computo della prescrizione » <sup>(17)</sup>.

Questo principio comporta, infine, che l'imputato debba essere infor-

---

<sup>(15)</sup> *Ibidem.*

<sup>(16)</sup> *Ibidem.*

<sup>(17)</sup> Si veda Cass. 1 giugno 2016, n. 23186.



mato utilmente non solo del fondamento dell'accusa, consistente nei fatti materiali posti a suo carico, ma anche della qualificazione giuridica data a tali comportamenti — a maggior ragione laddove modificati *ex officio* dal giudice — in maniera tempestiva e dettagliata, in linea con quanto affermato dalla Corte EDU nella decisione in esame <sup>(18)</sup>.

### 3. Il secondo intervento della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia” e il principio di equità del processo penale di cui all'art. 6, par. 1 e 3, CEDU

A seguito del respingimento delle istanze difensive di Mauro Drassich, pronunciato dalla Corte di cassazione, dopo il primo intervento della Corte EDU, veniva proposto un nuovo ricorso davanti alla Corte di Strasburgo, che veniva rigettato con sentenza del 22 dicembre 2018.

Più precisamente, insoddisfatto dell'esito dei giudizi di legittimità celebrati nei suoi confronti *ex art. 625-bis c.p.p.* <sup>(19)</sup>, Drassich decideva di adire nuovamente la Corte EDU, asserendo che il rimedio giurisdizionale offertogli dall'ordinamento giuridico italiano aveva nuovamente violato il principio di equità del processo penale, sotto il profilo dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU. La difesa del condannato, in particolare, deduceva di non avere usufruito del tempo necessario per preparare la sua difesa; che era stato violato il suo diritto a comparire personalmente di fronte alla Corte di cassazione; che era stato violato il suo diritto a ottenere una riapertura del dibattimento per acquisire ulteriori prove sull'addebito che era stato riformulato nei confronti dell'imputato *ex art. 319-ter c.p.p.*

Con la sentenza in esame, la Corte di Strasburgo negava che i giudizi di legittimità celebrati nei confronti di Mauro Drassich, dopo il primo intervento nell'*affaire* che lo riguardava, avevano determinato un pregiudizio delle sue prerogative difensive, irreparabile o comunque rilevante ai sensi dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU.

Nel caso di specie, la Corte EDU osservava che, nei mesi trascorsi tra la rimozione parziale del giudicato disposta con la sentenza dell'11 dicembre 2008 e la riapertura del processo penale *ex art. 625-bis c.p.p.*, conclusosi con la sentenza del 18 settembre 2009, Drassich aveva avuto modo di preparare adeguatamente la sua difesa, tanto è vero che, durante tale lasso di tempo, il ricorrente aveva presentato due memorie scritte; mentre, il suo difensore aveva potuto presenziare all'udienza di legittimità svoltasi nel secondo dei due procedimenti.

<sup>(18)</sup> Si veda Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, cit.

<sup>(19)</sup> Si vedano Cass. 18 settembre 2009, n. 36323, cit.; Cass. 11 dicembre 2008, n. 45807, cit.

Quanto, invece, alla lamentata impossibilità di comparire personalmente in giudizio, la Corte EDU rilevava che la discussione davanti al giudice di legittimità aveva avuto per oggetto esclusivamente questioni di diritto, che non rendevano necessaria la presenza dell'imputato, anche alla luce delle caratteristiche tipiche del giudizio celebrato davanti alla Corte di cassazione. Non era, del resto, dubitabile che una « procedura che prevede soltanto punti 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 » (20).

Quanto, infine, alla mancata acquisizione di nuove prove, relativamente al reato contestato a Drassich *ex art. 319-ter c.p.p.*, la Corte EDU evidenziava che il ricorrente non aveva mai contestato la ricostruzione fattuale degli accadimenti criminosi, né risultava che la sua difesa avesse mai domandato la riapertura dell'istruttoria dibattimentale al fine di provvedere all'acquisizione di prove a discarico. Si evidenziava, in proposito, che il difensore di Mauro Drassich, nelle sue due memorie, si era limitato a chiedere l'annullamento senza rinvio della sentenza di condanna per l'intervenuta prescrizione dei fatti contestati e non aveva 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 » (21).

#### **4. La giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito delle decisioni della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia”**

Nella cornice ermeneutica descritta nei paragrafi precedenti occorre passare in rassegna la giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito delle decisioni della Corte EDU nell'*affaire* “Drassich contro Italia”, che, per configurare una violazione del diritto di difesa nei confronti dell'imputato, rilevante *ex art. 521 c.p.p.*, richiede che i fatti di reato originariamente contestati vengano modificati nei loro elementi essenziali e che, in conseguenza di tale modifica, l'imputato non venga messo nelle condizioni di esercitare correttamente le sue prerogative difensive, sia in sede di merito sia in sede di legittimità.

Non si può, in proposito, non richiamare, nel solco ermeneutico prefissato dalla Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia”, la giurisprudenza

(20) Si veda Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 22 febbraio 2018, cit.; si muove in questa direzione ermeneutica anche Corte EDU, *De Jorio c. Italia*, 6 marzo 2003, n. 73936/01.

(21) Si veda Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 22 febbraio 2018, cit.; si muove in questa direzione ermeneutica anche Corte EDU, *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, 24 luglio 2012, n. 29476/06.

di legittimità, consolidatasi nel corso degli anni in tema di violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, rilevante ai sensi dell'art. 521 c.p.p., citando, innanzitutto, il principio di diritto, affermato in un intervento chiarificatore del 2019, secondo cui: « In tema di correlazione tra accusa e sentenza, la diversa qualificazione del fatto effettuata dal giudice di appello non determina alcuna compressione o limitazione del diritto al contraddittorio, anche alla luce del principio affermato da Corte EDU 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, essendo consentito all'imputato di contestarla nel merito con il ricorso per cassazione » (22).

Si tratta, a ben vedere, di un orientamento di teoria generale del procedimento penale, che non può essere confinato in un contesto strettamente giurisdizionale e dibattimentale, tanto è vero che si muove nella stessa direzione ermeneutica il principio di diritto, affermato in un intervento chiarificatore sostanzialmente coevo, applicabile ai procedimenti di prevenzione, secondo cui: « Nel procedimento di prevenzione, non si configura una violazione del principio di correlazione tra contestazione e decisione qualora il provvedimento applicativo della misura ritenga sussistente una categoria di pericolosità sociale diversa da quella indicata nella proposta (nella specie, la pericolosità generica in luogo di quella qualificata ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), purché la nuova definizione giuridica sia fondata sui medesimi elementi di fatto posti a fondamento della proposta, in relazione ai quali sia stato assicurato alla difesa un contraddittorio effettivo e congruo » (23).

Ne discende che la diversa qualificazione giuridica del fatto di reato effettuata in una sentenza, sia in sede di merito sia in sede di legittimità, senza rendere preventivamente edotte le parti processuali della modifica, non determina *ex se* alcuna limitazione del diritto al contraddittorio, rilevante ai sensi dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte EDU nell'*affaire* “*Drassich contro Italia*” (24), a condizione che il fatto materiale non sia stato trasformato nei suoi elementi essenziali rispetto all'originaria imputazione e che l'imputato sia stato messo nelle condizioni di difendersi, tempestivamente e dettagliatamente.

(22) Si veda Cass. 9 gennaio 2020, *Petitoni*, n. 422.

Si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche le seguenti pronunce: Cass. 13 novembre 2019, n. 45947; Cass. 13 marzo 2014, n. 11213; Cass. 21 gennaio 2008, n. 3161.

(23) Si veda Cass., 22 febbraio 2019, n. 8038.

Sul punto, si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche le seguenti pronunce: Cass. 23 luglio 2013, n. 32032; Cass. 10 luglio 2008, n. 28638; Cass. 14 gennaio 2004, n. 857.

(24) Si vedano Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 22 febbraio 2018, cit.; Corte EDU, *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, cit.

Questa opzione ermeneutica, del resto, trae ulteriore conferma da un orientamento giurisprudenziale, risalente nel tempo, riconducibile alla decisione delle Sezioni Unite intervenuta nel caso “Carelli” del 2010, affermatosi in tema di violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza, che è possibile esplicitare richiamando il seguente, insuperato, principio di diritto: «In tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l’ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un’incertezza sull’oggetto dell’imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l’indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l’imputato, attraverso l’“iter” del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all’oggetto dell’imputazione» (25).

Né potrebbe essere diversamente, dovendosi, in proposito, evidenziare, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, parimenti consolidata, che «non sussiste violazione del principio di necessaria correlazione tra accusa e sentenza quando vi è corrispondenza tra l’individuazione degli elementi tipici della fattispecie contestata e l’accertamento contenuto nella sentenza di condanna, a nulla rilevando eventuali difformità quantitative e qualitative degli elementi di definizione della condotta, dell’evento e del nesso causale in considerazione della relatività delle tecniche descrittive utilizzate nella redazione della imputazione» (26).

Nell’avviarci a concludere questa breve rassegna sulla giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito delle decisioni della Corte EDU nell’*affaire* “Drassich contro Italia”, occorre soltanto aggiungere che con le pronunzie che si sono citate la Corte di cassazione è sempre partita dalla piena condivisione dei principi affermati dal Giudice strasburghese, anche se, in relazione ai casi concreti esaminati, ha garantito livelli di tutela differenziati e non sempre omogenei.

I risultati che ne sono derivati hanno comportato una diversificazione delle soluzioni giuridiche adottate, che, pur non risultando pienamente armoniche, hanno comunque contribuito a fornire una linea esegetica in

---

(25) Si veda Cass., S.U., 13 ottobre 2010, n. 36551.

(26) Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 24 febbraio 2021, n. 7146; Cass. 20 marzo 2019, n. 12328; Cass. 8 luglio 2013, n. 28877.

grado di orientare i giudici di merito nostrani nell'applicazione dei parametri dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU.

### 5. Le prospettive ermeneutiche prefigurate della Corte EDU nel caso “Drassich contro Italia”

Occorre avviarcì a concludere questo intervento sulle decisioni della Corte EDU nell'*affaire* “Drassich contro Italia”, muovendo dall'assunto ermeneutico, che può ritenersi incontrovertito, secondo cui il giudice è legittimato a qualificare diversamente il fatto di reato contestato dal pubblico ministero, ai sensi dell'art. 521, comma 1, c.p.p., ma deve effettuare la riquilificazione nel rispetto di determinate condizioni processuali, che tengano conto delle garanzie riconosciute all'imputato, in applicazione del principio di equità del processo penale, così come prefigurato dall'art. 6, par. 1 e 3, CEDU.

Non v'è dubbio, infatti, che la riquilificazione giuridica del fatto *ex art.* 521, comma 1, c.p.p., costituisce un corollario imprescindibile dell'attività giurisdizionale, essendo il giudice tenuto a verificare che il fatto contestato dal pubblico ministero all'imputato sia stato ricondotto a una fattispecie incriminatrice nel rispetto del principio di legalità. Il rispetto di tale principio, a sua volta, viene assicurato dall'osservanza delle regole che governano il principio di equità del processo penale nella configurazione convenzionale assicurata dall'art. 6, par. 1 e 3, CEDU.

In questa cornice, la Corte di cassazione, muovendosi nel solco delle pronunzie emesse dalla Corte di Strasburgo nel caso “Drassich contro Italia”, ha chiarito che l'osservanza delle disposizioni dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU — che, nel nostro ordinamento giuridico, devono essere correlate alla previsione dell'art. 111, comma 3, Cost. — è assicurata anche quando la riquilificazione del fatto di reato è effettuata direttamente in una sentenza, di legittimità o di merito, senza preventiva interlocuzione, a condizione che l'imputato venga messo nelle condizioni di esercitare adeguatamente il suo diritto di difesa; adeguatezza che deve soddisfare i canoni della tempestività e della puntualità dell'esercizio di tali prerogative processuali <sup>(27)</sup>.

D'altra parte, le Sezioni Unite hanno più volte ribadito che l'attribuzione al fatto contestato di una qualificazione giuridica diversa da quella enunciata nell'originaria imputazione non determina, di per se stessa, la violazione dell'art. 521, comma 1, c.p.p., pur in assenza di un'interlocuzione preventiva con le parti processuali, laddove la nuova definizione del reato è nota o

(27) Si vedano Cass. 18 settembre 2009, n. 36323, cit.; Cass. 11 dicembre 2008, n. 45807, cit.

comunque prevedibile per l'imputato e non determina, in concreto, una lesione dei diritti della difesa derivante dai profili di novità di quel mutamento. Basti, in proposito, richiamare il principio di diritto affermato nel 2015 nel caso "Lucci", secondo cui: « L'attribuzione all'esito del giudizio di appello, pur in assenza di una richiesta del pubblico ministero, al fatto contestato di una qualificazione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione non determina la violazione dell'art. 521 c.p.p., neanche per effetto di una lettura della disposizione alla luce dell'art. 111, comma 3, Cost., e dell'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte europea, qualora la nuova definizione del reato fosse nota o comunque prevedibile per l'imputato e non determini in concreto una lesione dei diritti della difesa derivante dai profili di novità che da quel mutamento scaturiscono » (28).

In questa cornice, occorre osservare che la giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito delle decisioni sull'*affaire* "Drassich contro Italia" costituisce una rappresentazione esemplare dei rapporti tra Corte di cassazione e Corte EDU, anche in considerazione del fatto che era l'originario giudizio di legittimità a formare oggetto della cognizione del Giudice strasburghese, con un esito che incideva direttamente sul giudicato, comportando una nuova trattazione del ricorso *ex art. 625-bis* c.p.p. (29).

L'esemplarità delle pronunzie della Suprema Corte discende dal fatto che, nel giudizio di legittimità censurato, non si erano verificati errori materiali o di diritto, atteso che la patologia riscontrata dalla Corte EDU non derivava dalla violazione di regole processuali, non essendo prevista, nell'attuale ordinamento, alcuna interlocuzione preventiva tra il giudice e le parti processuali prima della riqualificazione giuridica del fatto *ex art. 521* c.p.p.

La Corte di cassazione, pertanto, ribadiva la libertà del giudice di riqualificare il fatto di reato contestato, ai sensi dell'art. 521, comma 1, c.p.p., pur vincolandola alla condizione di non comprimere il diritto dell'imputato al contraddittorio sull'imputazione, il cui eventuale pregiudizio, rilevante ai sensi dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, imponeva una riparazione, che, nel caso di specie, veniva realizzata attraverso lo strumento giurisdizionale previsto dall'art. 625-*bis* c.p.p. (30).

Del resto, dopo la prima decisione dell'*affaire* "Drassich contro Italia", la Corte di cassazione faceva applicazione dello strumento giurisdizionale previsto dall'art. 625-*bis* c.p.p. anche nel caso "Scoppola contro Italia" del 2009, per procedere alla sostituzione, che era stata imposta dalla Corte EDU,

(28) Si veda, in proposito, Cass., S.U., 21 luglio 2015, n. 31617.

(29) Vedi *supra*, paragrafo 1.

(30) Si vedano Cass. 18 settembre 2009, n. 36323, cit.; Cass. 11 dicembre 2008, n. 45807, cit.

sia pure per un arco temporale limitato, della pena dell'ergastolo, irrogata al condannato di quel procedimento, con quella di trent'anni di reclusione <sup>(31)</sup>.

A questa soluzione, come affermato da Giorgio Lattanzi <sup>(32)</sup>, la Corte di cassazione perveniva « nella consapevolezza che la forza vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo non può prescindere dall'adozione di strumenti giuridici interni idonei a garantire la reintegrazione del diritto violato, perché altrimenti verrebbe vanificata l'effettività dello stesso diritto al ricorso contro la violazione della Convenzione, e che, se è dovere primario del legislatore prevedere strumenti giuridici per la concreta esecuzione di tali sentenze, è dovere anche della giurisdizione verificare, vagliando i diversi strumenti offerti dal sistema processuale, se ve ne sia qualcuno che, in rapporto alla specificità del caso, renda comunque possibile dare attuazione alla decisione della Corte europea ».

---

<sup>(31)</sup> Si veda Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, n. 10249/03; per un illuminante commento alla pronuncia sovranazionale in questione si rinvia a F. VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui "fratelli minori" di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 10 settembre 2012.

Nel sistema processuale italiano, degli effetti della decisione del caso "Scoppola contro Italia", si sono occupate Cass., S.U., 24 ottobre 2013, n. 34472; Cass., S.U., 19 aprile 2012, n. 34233.

<sup>(32)</sup> Si veda G. LATTANZI, *La cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, in *Cass. pen. proc.*, 2012, 10, 3247 ss.



VI.  
**LA TUTELA DEL CONTRADDITTORIO  
NEL PROCESSO DI APPELLO**  
di *Alessandro Centonze* (\*)

**SOMMARIO:** 1. La tutela del principio del contraddittorio nel processo di appello e la sentenza della Corte EDU nel caso “Dan contro Moldavia”. — 2. Il consolidamento dei principi affermati nella sentenza “Dan contro Moldavia” e la decisione delle Sezioni Unite nel caso “Dasgupta”. — 3. Il recepimento dei principi affermati nella sentenza “Dan contro Moldavia” nell’art. 601, comma 3-*bis*, c.p.p. e la decisione delle Sezioni Unite nel caso “Troise”. — 4. La tutela del principio del contraddittorio nel processo di appello e la sentenza della Corte EDU nel caso “Maestri contro Italia”. — 5. L’ordinanza del Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione nel caso “Mannucci”.

**1. La tutela del principio del contraddittorio nel processo di appello e la sentenza della Corte EDU nel caso “Dan contro Moldavia”**

La sentenza pronunciata dalla Corte EDU nel caso “Dan contro Moldavia” il 5 luglio 2011 <sup>(1)</sup> ha posto all’attenzione della giurisprudenza nostrana il tema della tutela del principio del contraddittorio nel processo di appello, introducendo alcuni principi fondamentali dai quali è opportuno prendere le mosse.

Occorre premettere che la decisione del caso “Dan contro Moldavia”, come poche altre decisioni della Corte EDU, riguarda una vicenda giudiziaria molto conosciuta, avendo superato, per il suo notevole rilievo sistematico, i confini del dibattito giuridico.

Questa pronuncia, in particolare, riguarda l’interpretazione dell’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali (d’ora in poi CEDU) e deve essere valutata in stretta correlazione con il problema della motivazione rafforzata della sentenza di primo grado, che rileva nelle ipotesi di riforma integrale della decisione di prima istanza, conseguente alla rivalutazione delle dichiarazioni esaminate nel giudizio sottostante.

---

(\*) Consigliere presso la Corte di cassazione, Prima Sezione Penale.

(1) Ci si riferisce alla sentenza Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, 5 luglio 2011, n. 8999/07.

Tale questione interpretativa deve essere affrontata alla luce dei parametri ermeneutici affermati nel 2016, nel caso “Dasgupta”, dalle Sezioni Unite (2), che si sono soffermate sulle conseguenze sistematiche della sentenza della Corte EDU nell’*affaire* “Dan contro Moldavia”, affermando alcuni principi di diritto, rilevanti nella materia del contraddittorio tra le parti processuali, con i quali occorre confrontarsi.

Fatta questa indispensabile premessa, deve anzitutto evidenziarsi che, secondo la giurisprudenza di legittimità consolidata, la sentenza di primo grado e quella di appello, quando non vi è difformità sui punti denunciati, si integrano vicendevolmente, formando un complesso argomentativo organico e inscindibile, costituito da una sola entità processuale, logica e giuridica, alla quale occorre fare riferimento per giudicare la congruità della motivazione. Ne consegue che, in queste ipotesi, la sentenza di appello si integra con quella pronunciata dal giudice di primo grado, consentendo il superamento delle eventuali carenze motivazionali della sottostante decisione di merito, altrimenti insuperabili (3).

Ne deriva ulteriormente che il giudice di secondo grado, in caso di pronuncia conforme a quella appellata, si può anche limitare a rinviare *per relationem* a quest’ultima sia nella ricostruzione del fatto sia nelle parti non oggetto di specifiche censure processuali, dovendo soltanto rispondere in modo congruo alle singole doglianze prospettate dall’appellante. In questo caso, naturalmente, il controllo eseguito dal giudice di legittimità si estenderà alla verifica della congruità e della logicità delle risposte fornite alle censure difensive sollevate (4).

L’obbligo motivazionale del giudice di appello, invece, assume connotazioni processuali più rigorose e stringenti nel caso in cui la sentenza di appello affermi una responsabilità penale che era stata, viceversa, esclusa nel giudizio di primo grado. Questo non solo perché vi sono due valutazioni giurisdizionali assolutamente difformi del medesimo materiale probatorio, ma, soprattutto, perché l’imputato condannato per la prima volta in secondo grado, nella sostanza, si è visto privato della possibilità di un’impugnazione di merito, al contrario di quanto si verifica nei confronti del soggetto condannato in primo grado.

Costituisce, infatti, espressione di un orientamento consolidato della Suprema Corte quello secondo cui, laddove l’imputato viene condannato per

---

(2) Si veda Cass., S.U., 6 luglio 2016, n. 27620.

(3) Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 13 novembre 1997, n. 11220; Cass. 13 marzo 2003, n. 11878.

(4) Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 8 febbraio 2007, n. 5606; Cass. 4 febbraio 1994, n. 1309.

la prima volta in appello, con l'integrale riforma della sentenza assolutoria di primo grado, occorre fare riferimento in termini più rigorosi al materiale sottoposto alla cognizione del giudice di secondo grado, tenendo conto delle ulteriori acquisizioni dibattimentali e dei differenti elementi probatori — sfavorevoli nei confronti dell'imputato e, al contempo, decisivi ai fini della sua condanna — posti a fondamento in quel giudizio. Ne consegue che, in questi casi, l'obbligo motivazionale del giudice di appello assume connotazioni più stringenti rispetto al caso in cui la sentenza di appello confermi una responsabilità già dichiarata in primo grado, nel più generale quadro delineato dalle Sezioni Unite in materia di riforma integrale delle decisioni di primo grado nel 2005, nel caso "Mannino", per il quale occorre richiamare il seguente principio di diritto: « In tema di motivazione della sentenza, il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato » <sup>(5)</sup>.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che la motivazione della sentenza di appello che riformi in senso radicale la decisione di primo grado si caratterizza per un obbligo peculiare e rafforzato della sua tenuta processuale, logica e argomentativa, che si aggiunge a quello generale della non apparenza, non manifesta illogicità e non contraddittorietà, desumibile dalla formulazione dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., in linea con quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, da almeno un decennio, secondo cui: « Nel giudizio di appello, per la riforma di una sentenza assolutoria non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una mera e diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, che sia caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo, invece, una forza persuasiva superiore, tale da far venir meno ogni ragionevole dubbio » <sup>(6)</sup>.

Questa impostazione, a sua volta, trae origine dall'orientamento interpretativo consolidatosi a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite, deliberata nel 1992 nel caso "Musumeci", che affermava: « Quando le decisioni dei giudici di primo e di secondo grado siano concordanti, la motivazione della sentenza di appello si salda con quella precedente per formare un unico complesso corpo argomentativo. Nel caso in cui, invece, per diversità di

---

<sup>(5)</sup> Si veda Cass., S.U., 20 settembre 2005, n. 33748.

<sup>(6)</sup> Si veda Cass. 4 dicembre 2012, n. 46847.

apprezzamenti, per l'apporto critico delle parti e o per le nuove eventuali acquisizioni probatorie, il giudice di appello ritenga di pervenire a conclusioni diverse da quelle accolte dal giudice di primo grado, non può allora egli risolvere il problema della motivazione della sua decisione inserendo nella struttura argomentativa di quella di primo grado — genericamente richiamata — delle notazioni critiche di dissenso, in una sorta di ideale montaggio di valutazioni ed argomentazioni fra loro dissonanti, essendo invece necessario che egli riesamini, sia pure in sintesi, il materiale probatorio vagliato dal giudice di primo grado, consideri quello eventualmente sfuggito alla sua deliberazione e quello ulteriormente acquisito, per dare, riguardo alle parti della prima sentenza non condivise, una nuova e compiuta struttura motivazionale che dia ragione delle difformi conclusioni » (7).

In questa cornice ermeneutica occorre inserire la questione dell'utilizzazione da parte del giudice di appello di una prova orale che non è stata rinnovata nel giudizio di secondo grado, con la conseguente violazione dei principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza emessa il 5 luglio 2011 nel caso "Dan contro Moldavia".

Allo scopo di inquadrare correttamente i termini della questione ermeneutica affrontata dalla Corte EDU, si ritiene indispensabile richiamare il testo della sentenza emessa dalla Corte di Strasburgo nell'*affaire* "Dan contro Moldavia" — spesso citata nelle decisioni nostrane senza alcuna valutazione dei passaggi argomentativi rilevanti ai fini della valutazione della portata applicativa dell'art. 6 CEDU nel nostro ordinamento — nella parte in cui, nella traduzione italiana che ne è stata fornita, si affermava: « Il Tribunale di primo grado ha assolto il ricorrente perché esso non ha creduto ai testimoni dopo averli uditi personalmente. Nel riesaminare il caso, la Corte d'Appello ha dissentito dal Tribunale di primo grado sulla attendibilità delle dichiarazioni dei testimoni dell'accusa e ha condannato il ricorrente. Nel far ciò, la Corte d'Appello non ha udito nuovamente i testimoni ma si è semplicemente basata sulle loro dichiarazioni come verbalizzate agli atti [...] » (8).

Nella stessa direzione, la Corte EDU evidenziava: « Visto quanto è in gioco per il ricorrente, la Corte non è convinta del fatto che le questioni che dovevano essere determinate dalla Corte d'Appello quando essa ha condannato il ricorrente e gli ha inflitto una pena — e facendo ciò ribaltando la sua assoluzione da parte del Tribunale di primo grado — avrebbero potuto, in termini di equo processo, essere esaminate correttamente senza una diretta valutazione delle prove fornite dai testimoni dell'accusa. La Corte ritiene che coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza

---

(7) Si veda Cass. 4 giugno 1992, n. 6682.

(8) Si veda Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, 5 luglio 2011, cit.

di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità. La valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate [...] » <sup>(9)</sup>.

Tali richiami rendono evidente che la pronuncia della Corte EDU mira a tutelare il principio del contraddittorio nel processo di appello attraverso il canone dell'immediatezza della prova orale, che si ritiene applicato correttamente solo quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione giurisdizionale, in conseguenza del quale, allo scopo di permettere una valutazione sull'attendibilità delle dichiarazioni, si richiede che il giudice prenda direttamente contatto con la fonte di prova che si intende acquisire.

La Corte di Strasburgo, quindi, ha ritenuto che i soggetti processuali che, anche in secondo grado, hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato devono, in linea di massima, esaminare, come hanno fatto i giudici di primo grado, i testimoni ritenuti decisivi personalmente, allo scopo di poterne valutare direttamente la loro credibilità soggettiva e la loro attendibilità, perché la valutazione della testimonianza è un compito complesso che richiede un contatto diretto del giudice con il dichiarante, al fine di permettere una verifica adeguata sul contenuto e sulla rilevanza probatoria delle dichiarazioni <sup>(10)</sup>.

La Corte EDU, dunque, si è pronunciata con riferimento a un'ipotesi di *reformatio in pejus* di un procedimento penale celebrato nelle forme ordinarie, all'esito del quale il giudice di primo grado aveva assolto l'imputato perché non aveva creduto ai testimoni dopo averli esaminati; mentre, il giudice di secondo grado, senza procedere a un nuovo esame dei testi, ma basandosi esclusivamente su una diversa valutazione delle loro dichiarazioni, così come verbalizzate negli atti processuali di cui disponeva, era pervenuto a una differente decisione, condannando l'imputato <sup>(11)</sup>.

## 2. Il consolidamento dei principi affermati nella sentenza “Dan contro Moldavia” e la decisione delle Sezioni Unite nel caso “Dasgupta”

Come si è detto nel paragrafo precedente, nel decidere l'*affaire* “Dan contro Moldavia”, la Corte EDU riteneva che i magistrati che, in appello,

<sup>(9)</sup> *Ibidem.*

<sup>(10)</sup> *Ibidem.*

<sup>(11)</sup> Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 30 luglio 2014, n. 33690; Cass. 23 luglio 2014, n. 32655.

hanno la responsabilità di pronunciarsi sulla colpevolezza di un imputato devono, in via tendenziale, esaminare personalmente, come i giudici di primo grado, i testimoni ritenuti decisivi, allo scopo di potere valutare la loro credibilità e la loro attendibilità, essendo tale vaglio un compito complesso che richiede un contatto diretto del giudice con il dichiarante, indispensabile per consentire un'adeguata verifica sulla rilevanza probatoria delle dichiarazioni.

Questa posizione ermeneutica, nel nostro ordinamento, è stata recepita dalle Sezioni Unite, che, con la sentenza pronunciata nel 2016 nel caso “Dasgupta”, nel più ampio contesto del canone di giudizio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p., in linea con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo nell'*affaire* “Dan contro Moldavia”, hanno affermato: « È affetta da vizio di motivazione *ex art.* 606, comma 1, lett. *e*), c.p.p., per mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio”, di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p., la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603, comma 3, c.p.p.; ne deriva che, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. *d*), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata »<sup>(12)</sup>.

La prescritta verifica giurisdizionale, a sua volta, deve essere compiuta, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo e prescinde dalle qualità soggettive del dichiarante, come affermato dalle stesse Sezioni Unite, che hanno evidenziato: « La necessità per il giudice dell'appello di procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una dichiarazione ritenuta decisiva, non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante e vale: *a*) per il testimone “puro”; *b*) per quello c.d. assistito; *c*) per il coimputato in procedimento connesso; *d*) per il coimputato nello stesso procedimento (fermo restando che, in questi ultimi due casi, l'eventuale rifiuto di sottoporsi all'esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato);

(12) Si veda Cass., S.U., 6 luglio 2016, n. 27620, cit.

e) per il soggetto “vulnerabile” (salva la valutazione del giudice sulla indeffettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le dovute cautele, ad un ulteriore stress); f) per l'imputato che abbia reso dichiarazioni “in causa propria” (dal cui rifiuto non potrebbe, tuttavia, conseguire alcuna preclusione all'accoglimento della impugnazione) » (13).

L'opzione interpretativa in questione, del resto, veniva ulteriormente ribadita dalle Sezioni Unite, con una deliberazione di poco successiva alla sentenza “Dasgupta”, pronunciata nel 2017 nel caso “Patalano”, in cui si affermava il seguente principio di diritto: « È affetta da vizio di motivazione, per mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio”, la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato non condizionato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni » (14).

Il percorso interpretativo seguito dalla giurisprudenza di legittimità, infine, si arricchiva di un terzo intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, pronunciato nel 2019 nel caso “Pavan”, con cui, ribadendosi ulteriormente la centralità della decisione dalla Corte EDU dell'*affaire* “Dan contro Moldavia”, si estendevano i principi affermati nei due precedenti arresti giurisprudenziali, sopra citati, alle ipotesi di rivalutazione delle conclusioni raggiunte dai periti e dai consulenti tecnici delle parti, il cui vaglio giurisdizionale — nelle ipotesi di ribaltamento del giudizio di primo grado sfavorevole all'imputato — non può mai essere meramente cartolare. Sul punto, si ritiene opportuno richiamare il seguente, illuminante, principio di diritto: « L'omessa rinnovazione della prova peritale acquisita in forma dichiarativa da parte del giudice di appello che proceda, sulla base di un diverso apprezzamento della stessa, nella vigenza dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p., alla riforma della sentenza di assoluzione, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio della sentenza, denunciabile in sede di giudizio di legittimità a norma dell'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p., mentre la pronuncia di riforma adottata sulla base della rivalutazione della relazione del perito, acquisita in forma puramente cartolare, è sindacabile per vizio di motivazione ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., sempre che la prova negata,

(13) *Ibidem.*

(14) Si veda Cass., S.U., 14 aprile 2017, n. 18620.



confrontata con le ragioni addotte a sostegno della decisione, sia di natura tale da potere determinare una diversa conclusione del processo » <sup>(15)</sup>.

### 3. Il recepimento dei principi affermati nella sentenza “Dan contro Moldavia” nell’art. 601, comma 3-*bis*, c.p.p. e la decisione delle Sezioni Unite nel caso “Troise”

I principi affermati nella decisione dalla Corte EDU nel caso “Dan contro Moldavia” venivano definitivamente consacrati nell’art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., così come introdotto dall’art. 1, comma 58, legge 23 giugno 2017, n. 103, che recita: « Nel caso di appello del pubblico ministero per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale ».

Tale innovazione normativa — intervenuta tra le prime due pronunzie delle Sezioni Unite e il terzo intervento chiarificatore delle stesse Sezioni Unite, riferibili, nell’ordine, ai casi “Dagupta”, “Patalano” e “Pavan” <sup>(16)</sup> —, ha imposto la rinnovazione delle prove dichiarative nelle ipotesi di appello proposto dal pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento, integrale o parziale, senza renderlo necessario quando l’epilogo decisorio oggetto del giudizio di primo grado sia una pronuncia di condanna. Ne consegue che il testo dell’art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., così come novellato, non offre alcuno spazio interpretativo in senso contrario ai principi affermati nella decisione dalla Corte EDU nell’*affaire* “Dan contro Moldavia”, avendo il legislatore italiano chiaramente mutuato nel corpo della novellata disposizione quel nesso funzionale inscindibile che le Sezioni Unite, a partire dalla decisione del caso “Dasgupta”, hanno individuato tra l’esito liberatorio del giudizio di primo grado e la possibile condanna in appello <sup>(17)</sup>.

Ne discende che la rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale funzionale alla rivisitazione del giudizio di secondo grado deve essere posta in relazione alle ordinarie regole di ammissione della prova indicate dall’art. 603, commi 1 e 3, c.p.p.

Queste evenienze procedurali, dunque, non si traducono nella previsione di specifici doveri, limitandosi a prefigurare dei meri poteri di rinnovazione da parte del giudice di secondo grado, finalizzati a valorizzare il principio del contraddittorio nel processo di appello — nel rispetto dei principi affermati nella decisione dalla Corte EDU nell’*affaire* “Dan contro Moldavia” — nelle specifiche ipotesi della non decidibilità allo stato degli atti

<sup>(15)</sup> Si veda Cass., S.U., 2 aprile 2019, n. 14426.

<sup>(16)</sup> Vedi *supra*, paragrafo 2.

<sup>(17)</sup> Si veda Cass., S.U., 6 luglio 2016, n. 27620, cit.

ovvero dell'assoluta necessità di provvedere d'ufficio all'integrazione del quadro probatorio acquisito, in linea con quanto, da ultimo, ribadito dalle Sezioni Unite con la decisione del caso "Troise" del 2017, in cui, tra l'altro, si affermava: « Il giudice d'appello che riformi in senso assolutorio la sentenza di condanna di primo grado non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive, ma deve offrire una motivazione puntuale e adeguata, che fornisca una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata, anche riassumendo, se necessario, la prova dichiarativa decisiva »<sup>(18)</sup>.

In altri termini, anche a seguito delle modifiche operate dal legislatore italiano, una lettura dell'intero catalogo di situazioni enucleate nel combinato disposto degli artt. 603, commi 1, 2, 3, 3-*bis*, c.p.p. non osta a un'eventuale rivalutazione del contenuto delle prove dichiarative sulle quali si fonda la sentenza di primo grado, purché un tale vaglio sia effettuato nel rispetto rigoroso dei parametri normativi<sup>(19)</sup>. Ne consegue che, come evidenziato dalle Sezioni Unite, nell'intervento chiarificatore da ultimo citato, il giudice « non è affatto obbligato [...] a rinnovare l'istruzione dibattimentale, ma può riformare in senso assolutorio la decisione impugnata senza procedere ad una nuova assunzione delle dichiarazioni ritenute decisive ai fini del giudizio di condanna concluso in primo grado, purché dia in motivazione una puntuale e adeguata giustificazione delle difforme conclusioni cui è pervenuto »<sup>(20)</sup>.

Ne deriva conclusivamente che, nel delimitare la portata dell'obbligo di rinnovazione alla sola ipotesi di rivisitazione processuale conseguente all'applicazione della regola contenuta nell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., il legislatore italiano ha inteso attribuire al libero convincimento del giudice di appello la possibilità di esercitare poteri discrezionali di rinnovazione, differenziandone i contenuti e graduandone l'intensità con riferimento alle diverse evenienze disciplinate dall'art. 603, commi 1, 2, 3, c.p.p.

#### **4. La tutela del principio del contraddittorio nel processo di appello e la sentenza della Corte EDU nel caso "Maestri contro Italia"**

Il dialogo tra la Corte EDU e la Corte di cassazione in materia di tutela del principio del contraddittorio nel processo penale si è ulteriormente sviluppato grazie alla decisione pronunciata dai Giudici di Strasburgo nel-

<sup>(18)</sup> Si veda Cass., S.U., 3 aprile 2018, n. 14800.

<sup>(19)</sup> Si rinvia, ancora, a Cass., S.U., 2 aprile 2019, n. 14426, cit.; Cass., S.U., 14 aprile 2017, n. 18620, cit.; Cass., S.U., 6 luglio 2016, n. 27620, cit.

<sup>(20)</sup> Si veda Cass., S.U., 3 aprile 2018, n. 14800, cit.

l'*affaire* "Maestri contro Italia" <sup>(21)</sup>, deliberata l'8 luglio 2021, che deve essere esaminata in stretta correlazione con la decisione, di poco precedente cronologicamente, intervenuta su temi analoghi nel caso "Lorefice contro Italia" <sup>(22)</sup>, emessa il 28 giugno 2021.

Con la sentenza "Maestri contro Italia", in particolare, la Corte EDU condannava l'Italia per la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, derivante dalla mancata rinnovazione, da parte della Corte di appello Torino, dell'esame dell'imputato assolto in primo grado e condannato nel processo di secondo grado sulla base delle sue dichiarazioni, ritenute decisive per la formulazione del giudizio di responsabilità.

Tale pronuncia, come detto, si pone in una linea di continuità ermeneutica con la decisione del caso "Lorefice contro Italia" <sup>(23)</sup>, come detto di poco precedente, in cui, pronunciandosi su un'ipotesi di *reformatio in pejus* del giudizio di primo grado, i Giudici di Strasburgo affermavano che il giudizio di appello deve essere governato dal principio del contraddittorio tra le parti processuali, rilevante *ex art. 6 CEDU*, con la conseguenza che non è possibile pronunciarsi sulla colpevolezza dell'imputato senza una valutazione diretta dei mezzi di prova acquisiti <sup>(24)</sup>.

Su questi temi assume un rilievo ermeneutico centrale la sentenza "Maestri contro Italia", con cui la Corte EDU, in linea con i principi affermati nella pronuncia del caso "Lorefice contro Italia", evidenziava che, per soddisfare il diritto irrinunciabile dell'imputato a essere esaminato dai giudici di merito su fatti e questioni decisive per l'accertamento della sua responsabilità, non è sufficiente la sola citazione per l'udienza di appello, effettuata ai sensi dell'art. 601 c.p.p. Tale adempimento processuale, infatti, è esclusivamente finalizzato a mettere l'imputato nelle condizioni di conoscere la data di svolgimento della prima udienza di appello e di decidere se partecipare al giudizio di secondo grado instaurato nei suoi confronti.

Ne discende che il giudice di appello non può ritenere sufficiente la citazione dell'imputato *ex art. 601 c.p.p.*, ma deve convocarlo appositamente per disporre il suo esame, che costituisce un mezzo di prova che non prevede alternative processuali; sempre che, naturalmente, le sue dichiarazioni siano considerate decisive per l'accertamento dei fatti di reato di cui si controverte. Il giudice di appello, quindi, come affermato dalla Corte EDU, è tenuto ad adottare tutte le misure processuali « idonee a garantire l'audizione dell'interessato, anche se quest'ultimo non ha assistito all'udienza, non ha chiesto

<sup>(21)</sup> Ci si riferisce a Corte EDU, *Maestri c. Italia*, 8 luglio 2021, n. 20903/15.

<sup>(22)</sup> Ci si riferisce a Corte EDU, *Lorefice c. Italia*, 29 giugno 2021, n. 63446/13.

<sup>(23)</sup> *Ibidem*.

<sup>(24)</sup> Si veda Corte EDU, *Maestri c. Italia*, 8 luglio 2021, cit.

di essere autorizzato a prendere la parola dinanzi alla giurisdizione di appello e non si è opposto, tramite il suo avvocato, a che quest'ultima emetta una sentenza sul merito » (25).

Occorre, in proposito, precisare che, nell'*affaire* "Maestri contro Italia", la decisività delle dichiarazioni dell'imputato non rilevava per procedere a una diversa ricostruzione degli accadimenti criminosi sottoposti al vaglio della Corte di appello di Torino, ma per verificare nel giudizio di secondo grado, per la prima volta, la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, che, nel caso di specie, riguardava la fattispecie associativa oggetto di contestazione (26).

Nel caso di specie, la Corte EDU evidenziava che, sebbene il giudice di appello non avesse proceduto a una diversa ricostruzione degli accadimenti criminosi, ma alla sola rivalutazione giuridica dei fatti di reato, sussisteva l'obbligo di esaminare l'imputato, atteso che, nell'affermare la sua colpevolezza per la fattispecie associativa che gli veniva contestata, la Corte di appello di Torino si era pronunciata, per la prima volta, anche sulla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato.

Si tratta, a ben vedere, di un profilo ermeneutico di particolare rilievo, in quanto viene sancito l'obbligo del giudice di appello di sentire personalmente l'imputato quando si deve procedere a una valutazione della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, ribadendo, in linea con quanto affermato nella pronuncia del caso "Lorefice contro Italia" (27), che non è possibile pronunciarsi sulla colpevolezza dell'imputato senza una valutazione diretta dei mezzi di prova acquisiti.

In questa cornice, deve rilevarsi che la Corte EDU, in linea con quanto affermato fin dalla sentenza "Dan contro Moldavia" (28), nel lontano 2011, ribadiva che, sul tema della rinnovazione dell'istruttoria di appello, non rientrava tra i suoi compiti quello di ritenere preferibili determinati mezzi di prova, dovendosi limitare i Giudici strasburghesi a indicare ai Giudici nazionali i criteri di valutazione delle prove. Tuttavia, è indubbio che la prospettiva ermeneutica delineata dalle decisioni dei casi "Lorefice contro Italia" e "Maestri contro Italia", in relazione alla rivisitazione degli elementi fattuali acquisiti nei giudizi di merito da parte del giudice di appello, alla luce delle fonti dichiarative raccolte, imponendo l'acquisizione diretta delle prove nel rispetto del principio di equità processuale, *ex art. 6 CEDU*, finisce per condizionare lo sviluppo della giurisprudenza nostrana.

(25) *Ibidem.*

(26) *Ibidem.*

(27) Si veda Corte EDU, *Lorefice c. Italia*, 29 giugno 2021, cit.

(28) Vedi *supra* paragrafo 1.

Non v'è dubbio, infatti, che le linee ermeneutiche prefigurate dalle decisioni dei Giudici di Strasburgo nei casi “Lorefice contro Italia” e “Maestri contro Italia” si pongono in termini obiettivamente problematici per il nostro sistema processuale.

Questi profili di problematicità si collegano soprattutto con riferimento al *dictum* della decisione del caso “Maestri contro Italia”, alla luce del fatto che la necessità di procedere all'esame dell'imputato non si concilia agevolmente con il suo diritto, garantito costituzionalmente, di non presenziare al processo penale che lo riguarda e di non sottoporsi a esame, oltre che di scegliere di difendersi dalle accuse che gli vengono mosse, mentendo. Tali questioni si pongono in tutta la loro problematicità nel caso “Maestri contro Italia”, in cui l'imputato, assolto nel giudizio di primo grado, non aveva alcun interesse a rendere dichiarazioni in appello su fatti sui quali vi era stata una pronuncia favorevole nei suoi confronti nel processo sottostante.

Senza considerare, per altro verso, che affermare che la rivalutazione dell'elemento soggettivo di una fattispecie associativa da parte del giudice di appello non può prescindere dall'esame dell'imputato equivale a imporre una regola di valutazione della prova dichiarativa che non si pone in termini armonici con il sistema processuale italiano, nel cui ambito la prova dell'elemento psicologico del reato si deve ricavare da fatti e circostanze obiettivi, che esplicitino l'atteggiamento dell'agente nei confronti degli accadimenti criminosi.

Non si può, in proposito, non rilevare che la sentenza in esame si colloca in un contesto ermeneutico, che ha origini risalenti ed è in via di definitivo consolidamento nella giurisprudenza strasburghese <sup>(29)</sup>, nell'ambito del quale emergono crescenti segnali di insofferenza verso un giudizio penale che si svolga senza la partecipazione dell'imputato, il cui diritto di partecipare al processo deve essere improntato a criteri di effettività, fermo restando la sua facoltà di rinunciare espressamente alle garanzie difensive.

D'altra parte, non si può trascurare che, nel giudizio penale, l'apporto conoscitivo fornito dalle dichiarazioni dell'imputato se può essere di grande utilità, non sempre, risulta favorevole alla difesa. L'esperienza giudiziaria, infatti, dimostra che la narrazione degli accadimenti criminosi dell'imputato può fornire elementi utili per valutare le basi argomentative su cui è fondata la rivendicazione della sua innocenza, consentendo, al contempo, di comprendere se la sua prospettazione dei fatti corrisponde all'effettivo andamento della vicenda che lo riguarda.

---

<sup>(29)</sup> Nella direzione richiamata nel testo si veda Corte EDU, *Constantinescu c. Romania*, 27 giugno 2000, n. 2887/95.

Si tratta, allora, di verificare come la sentenza del caso “Maestri contro Italia” verrà recepita nel nostro ordinamento, soprattutto con riferimento alla questione centrale che la decisione pone per il sistema processuale nostrano, costituita dal significato da attribuire al silenzio dell'imputato, che, legittimamente, può decidere di non sottoporsi a esame, scegliendo una linea di difesa che deve essere valutata alla luce del principio, costituzionalmente garantito, del libero convincimento del giudice.

## 5. L'ordinanza del Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione nel caso “Mannucci”

Il contesto ermeneutico che si è passato in rassegna nei paragrafi precedenti, da ultimo, si è arricchito di un ulteriore arresto chiarificatore, rappresentato dall'ordinanza emessa il 17 gennaio 2022 dal Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione nel caso “Mannucci”, sul quale occorre soffermarsi nella parte conclusiva di questo intervento.

Questa illuminante ordinanza, con cui venivano restituiti gli atti alla Prima Sezione penale della Corte di cassazione, che aveva rimesso il procedimento oggetto di trattazione alle Sezioni Unite, affronta la questione dell'efficacia sui processi pendenti in sede di legittimità dei principi affermati nella sentenza della Corte EDU nel caso “Maestri contro Italia”, al quale si collega il tema della possibilità di rilevare d'ufficio la mancata citazione dell'imputato nel giudizio di appello per esaminarlo.

Nel disporre la restituzione degli atti alla Sezione penale rimettente il Primo Presidente aggiunto evidenziava preliminarmente che, allo stato, non sussistevano contrasti giurisprudenziali in ordine all'inclusione delle dichiarazioni dell'imputato, laddove ritenute decisive, tra « quelle da rinnovare di ufficio nella ipotesi del ribaltamento [...] »<sup>(30)</sup>.

Si evidenziava, al contempo, che la questione posta dalla Sezione rimettente non prefigurava alcuna ipotesi di contrasto potenziale rilevante *ex art.* 618 c.p.p. e non costituiva un'ipotesi di “speciale importanza” idonea a consentire la rimessione invocata ai sensi dell'art. 610 c.p.p.; profilo, quest'ultimo, che nell'ordinanza di rimessione era prevalentemente incentrato sul possibile « impatto “quantitativo” dei principi della sentenza “Maestri contro Italia” sulla giurisprudenza nazionale [...] »<sup>(31)</sup>.

Per giungere a queste conclusioni, con un percorso argomentativo esemplare, si evidenziava, in linea con quanto affermato dalla Corte EDU nel

<sup>(30)</sup> Si veda Ordinanza del Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione del 17 gennaio 2023.

<sup>(31)</sup> *Ibidem.*

caso “Maestri contro Italia”, che la decisione in esame, sebbene possedesse un’incontrovertita portata generale, rimaneva « pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata » [...] » <sup>(32)</sup>.

D’altra parte, nella stessa pronuncia della Corte strasburghese, si ribadiva che « il compito della Corte è quello di accertare se la linea di condotta adottata in un caso particolare abbia portato a risultati compatibili con la Convenzione; tenendo conto anche delle circostanze specifiche del caso, la sua natura e la sua complessità » <sup>(33)</sup>.

A sostegno di tali conclusioni, nell’ordinanza in esame si evidenziava che, nel caso “Maestri contro Italia”, la violazione dei parametri convenzionali stabiliti dall’art. 6 CEDU era stata determinata dal fatto che « il mutamento del giudizio si era basato, per un numero cospicuo di ricorrenti, su una diversa considerazione dell’elemento soggettivo del reato di associazione per delinquere, sicché non era possibile effettuare una valutazione giuridica della loro condotta senza prima tentare la verifica delle loro reali intenzioni, in relazione agli atti che erano contestati [...] » <sup>(34)</sup>.

Ne discendeva che, nel caso di specie, non poteva ritenersi che la Corte EDU avesse enunciato un principio di diritto vincolante a prescindere dalla situazione processuale esaminata — riguardante la rivalutazione dell’elemento soggettivo di una fattispecie associativa da parte del giudice di appello —, con la conseguenza di rendere priva di efficacia generale la pronuncia sovranazionale in questione.

Si riteneva, quindi, che la vicenda processuale decisa dai Giudici di Strasburgo nel caso “Maestri contro Italia”, in relazione alla cui interpretazione si invocava l’intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, andava ricondotta alla sfera di applicazione dell’art. 46 CEDU, in forza del quale gli Stati membri si impegnano a rispettare le sentenze definitive della Corte di Strasburgo nelle ipotesi in cui sono direttamente coinvolte <sup>(35)</sup>.

Non può, del resto, non ribadirsi che la previsione dell’art. 46 CEDU, nelle ipotesi di violazioni delle norme del testo convenzionale, impone al giudice italiano di conformarsi alle sentenze della Corte EDU limitatamente al caso di cui si controverte, rispetto al quale gli effetti immediatamente

<sup>(32)</sup> Si veda Corte EDU, *Maestri c. Italia*, 8 luglio 2021, cit.

<sup>(33)</sup> Si veda Ordinanza del Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione del 17 gennaio 2023, cit.

<sup>(34)</sup> *Ibidem*.

<sup>(35)</sup> Su questi temi, si vedano Cass. 20 settembre 2017, n. 43112; Cass. 25 gennaio 2007, n. 2800; sulla stessa linea interpretativa si pone, da ultimo, Cass., S.U., 3 marzo 2020, n. 8544.



precettivi della pronuncia si estendono sia allo Stato sia alle altre parti coinvolte dalla decisione censurata <sup>(36)</sup>.

Nell'ipotesi del caso “Maestri contro Italia”, pertanto, ci si muoveva in un contesto sistematico differente da quello prefigurato dalla previsione dell'art. 32 CEDU, secondo cui, quando la Corte EDU accerta la commissione di violazioni dei diritti umani connesse a disfunzioni, sistematiche o strutturali, dell'ordinamento nazionale, attiva un meccanismo procedurale che — mediante le “sentenze-pilota” <sup>(37)</sup> — si propone di aiutare gli Stati membri a risolvere a livello interno le discrasie normative rilevate.

Attraverso questo meccanismo nomofilattico, com'è noto, la Corte di Strasburgo riconosce alle persone interessate, che versano nella condizione del soggetto il cui caso è stato risolto positivamente, la tutela degli stessi diritti umani e delle stesse libertà convenzionali, in linea con quanto affermato dall'art. 1 CEDU, offrendo la soluzione applicativa più efficiente e alleggerendo, al contempo, il carico dei Giudici sovranazionali, che, diversamente, si troverebbero costretti a esaminare inutilmente ricorsi con un contenuto simile o addirittura sovrapponibile <sup>(38)</sup>.

Sulla scorta di questo articolato percorso argomentativo il Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione disponeva la restituzione del procedimento alla Sezione penale remittente, evidenziando conclusivamente che « oltre a non apprezzarsi un contrasto giurisprudenziale, non sembra neppure sostenuta una tesi dissonante dai precedenti, in termini tali da prefigurare un contrasto potenziale determinabile ad opera della Sezione rimettente o una questione di speciale importanza, idonea a sollecitare la assegnazione presidenziale, di ufficio, alle Sezioni Unite, anche in assenza di contrasti, ai sensi dell'art. 610, comma 2, c.p.p. [...] » <sup>(39)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Si veda Cass., S.U., 10 settembre 2012, n. 34472; per un commento alla pronuncia in questione si rinvia a M. GAMBARDILLA-C. MUSIO, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 1125 ss.

<sup>(37)</sup> Sull'efficacia per l'ordinamento interno delle “sentenze-pilota” si veda Corte EDU, *G.C., Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, n. 10249/03; per un commento a questa pronuncia si rinvia a F. VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui “fratelli minori” di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 10 settembre 2012.

<sup>(38)</sup> Si veda Corte EDU, *G.C., Broniowski c. Polonia*, 22 giugno 2004, n. 31443/96.

<sup>(39)</sup> Si veda Ordinanza del Primo Presidente aggiunto della Corte di cassazione del 17 gennaio 2023, cit.



**VII.**  
**L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE**  
**QUALE GARANZIA DI EQUITÀ DEL PROCESSO**  
di Ambra Giovene (\*)

**SOMMARIO:** 1. Parametri costituzionali e convenzionali. — 2. L'obbligo di motivazione delle sentenze. — 3. Ambito cautelare *de libertate* e motivazione *per relationem*. — 4. Sindacato di legittimità sulla motivazione.

**1. Parametri costituzionali e convenzionali**

Nel 1947 le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, chiamate a pronunciarsi sui ricorsi promossi avverso alcune ordinanze decisorie dell'Alta Corte di giustizia per le sanzioni contro il fascismo, ebbero modo di affermare che l'obbligo per il giudice « *di specificare le ragioni che giustificano il suo convincimento e diano alle parti e all'incolpato la sensazione che, effettivamente, sono state vagliate le deduzioni difensive, è un elemento essenziale di ogni decisione di carattere giurisdizionale* » (...) « *Ecco perché l'obbligo di motivare le decisioni di carattere giurisdizionale è garantito da alcune costituzioni con un'apposita norma; e, se la maggioranza delle costituzioni moderne non precisa quest'obbligo, è perché si è oramai affermato in tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi civili il principio di carattere generale; e cioè è inconcepibile una decisione di carattere giurisdizionale senza motivazione. Negli stessi Stati governati su basi non democratiche, ma con i poteri assoluti di un sovrano o di un'oligarchia, l'inizio dell'era moderna dell'amministrazione della giustizia è stato segnato proprio dall'obbligo imposto ai giudici di motivare le loro decisioni* » <sup>(1)</sup>. La centralità dell'obbligo di motivazione nell'ordinamento di un moderno Stato di diritto era, dunque, ben chiara alla Suprema Corte, già prima della promulgazione della Costituzione della Repubblica. Non vi fu contrasto, in Assemblea costituente, sull'opportunità di una previsione esplicita; semmai, il dibattito riguardò i provvedimenti attinti da

---

(\*) Avvocata cassazionista del Foro di Roma.

(1) Cass. civ., S.U., 9 luglio 1947, n. 1093, in *Foro Italiano*, 1947, 553 e ss.

siffatto obbligo: secondo il progetto di Calamandrei, esso avrebbe dovuto riguardare « *Le sentenze e gli altri provvedimenti dei giudici* »; alla fine prevalse la linea dell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 6, Cost., promossa da Giovanni Leone, e intesa a circoscrivere l'operatività dell'obbligo di motivazione ai provvedimenti di carattere giurisdizionale (« *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati* ») e, segnatamente, alle sentenze e alle ordinanze.

Le implicazioni sistematiche dell'obbligo di motivazione sono molteplici: la sua funzione è, infatti, consentire una verifica sull'esercizio della giurisdizione e tale finalità richiama un nutrito ventaglio di parametri costituzionali. La necessità di motivare i provvedimenti risponde, in primo luogo, a esigenze di natura endoprocessuale, legate al diritto di agire in giudizio e al diritto di difesa (art. 24, commi 1 e 2, Cost.), entrambi intesi, in particolare, nella prospettiva di consentire un accesso effettivo ai meccanismi di impugnazione. Sul piano extraprocessuale, inoltre, la motivazione consente un « *controllo democratico diffuso* »<sup>(2)</sup> della decisione giurisdizionale e, in questa sua specifica funzione, costituisce legittimazione e, nello stesso tempo, limite al potere di decidere, contribuendo a realizzare il dettato dell'art. 101 Cost.<sup>(3)</sup> Ancora, nella sua dimensione di limite all'esercizio del potere giurisdizionale, la motivazione è presupposto indefettibile per giustificare la compressione dei diritti fondamentali sanciti dagli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost.

Ferma restando la regola generale, riprodotta dall'art. 125, comma 3, c.p.p., secondo cui sentenze e ordinanze sono sempre motivate a pena di nullità, mentre per i decreti è la legge a stabilire i casi in cui ricorra l'obbligo di motivazione, è la natura giurisdizionale del provvedimento e non il *nomen iuris* a determinarne l'assoggettamento all'obbligo di cui all'art. 111, comma 6, Cost., al quale sfuggono, in linea di principio, i soli provvedimenti c.d. ordinatori, privi cioè di contenuto valutativo<sup>(4)</sup>.

Il testo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, CEDU) non enuncia espressamente l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. Ciò nonostante, la necessità e il valore della motivazione è riconosciuto dalla Corte di Strasburgo come conseguenza dei principi convenzionali di pubblicità ed equità del processo e come garanzia del diritto di difesa. Il parametro convenzionale di riferimento per l'obbligo di motivazione è individuato dalla Corte EDU nel diritto ad un processo equo, sancito dall'art. 6, par. 1.

(2) A. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, 185.

(3) F. DINACCI, *Il valore costituzionale dell'obbligo di motivazione quale limite ad expansionismi operativi in tema di inammissibilità dell'impugnazione tra diritto interno e sensibilità europea*, in *Archivio Penale*, 2020, n. 1, 5-6.

(4) C. Cost. 15 gennaio 1970, n. 4.

Anche nella prospettiva della Corte di Strasburgo, la motivazione risponde ad esigenze interne al processo, come il diritto di difesa e il controllo del giudice superiore, cui è affidato il ricorso contro la decisione impugnata <sup>(5)</sup>, così come ad esigenze extraprocessuali, che richiamano un controllo democratico sull'amministrazione della giustizia <sup>(6)</sup>. Inoltre, la motivazione è necessaria per dimostrare alle parti che i loro argomenti sono stati presi in esame, anche al fine di contribuire ad una migliore accettazione della decisione <sup>(7)</sup>.

La mancanza di una previsione espressa, la natura prevalentemente casistica del diritto vivente di matrice convenzionale e la necessità di mediare tra le caratteristiche di ordinamenti radicalmente diversi fanno sì che la valutazione di coerenza della motivazione con le garanzie offerte dalla CEDU vada effettuata caso per caso, risultando inevitabilmente condizionata dalle circostanze concrete, non ultime le caratteristiche dell'ordinamento nazionale di riferimento. Emblematico di un approccio "caso per caso" è la ritenuta ammissibilità, da parte della Corte di Strasburgo, del verdetto della giuria popolare: una decisione che, seppur priva di motivazione, non viola la Convenzione, a patto che l'ordinamento nazionale offra — per altri versi — adeguate garanzie di comprensione della decisione: « *Il compito della Corte, di fronte ad un verdetto non motivato, è quello di esaminare se, alla luce di tutte le circostanze del caso, il procedimento seguito ha offerto sufficienti garanzie contro l'arbitrarietà e ha permesso all'imputato di comprendere la sua condanna* » <sup>(8)</sup>. Anche la completa assenza di motivazione a supporto della decisione non viola la Convenzione, se trova compensazione nella possibilità delle parti di sottoporre all'attenzione del giudicante questioni specifiche <sup>(9)</sup>.

Le affermazioni della Corte di Strasburgo sull'obbligo di motivazione restano necessariamente vaghe e in ogni caso sembrano enunciare vincoli assai meno stringenti di quelli imposti dal nostro ordinamento.

## 2. L'obbligo di motivazione delle sentenze

A norma dell'art. 192, comma 1, c.p.p. « *il Giudice valuta la prova dando conto, nella motivazione, dei risultati acquisiti e dei criteri utilizzati* ». L'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. prescrive, tra i requisiti della sentenza, « *la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata,*

<sup>(5)</sup> Corte EDU, *Karakasis contro Grecia*, 17 ottobre 2001, ric. n. 38194/97, par. 26.

<sup>(6)</sup> Corte EDU, *Tatishvili contro Russia*, 9 luglio 2007, ric. n. 1509/02, par. 58.

<sup>(7)</sup> Corte EDU, *Ruiz Torija contro Spagna*, 9 dicembre 1994, ric. n. 18390/91, par. 29.

<sup>(8)</sup> Corte EDU, *Taxquet contro Belgio*, 16 novembre 2010, ric. n. 926/05, par. 93.

<sup>(9)</sup> Corte EDU, *Goktepe contro Belgio*, 2 giugno 2005, ric. n. 50372/99, par. 29.

*con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie*» con riguardo all'accertamento dei fatti oggetto di imputazione e alla loro qualificazione giuridica, alla punibilità e alla determinazione di pene e misure di sicurezza, alla responsabilità civile derivante da reato e all'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.

Tale ultima norma, in particolare, è stata oggetto di un intervento di riforma, per effetto dell'art. 1 comma 52 della l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), che ha sostituito il riferimento « *all'indicazione delle prove poste a base della decisione* », di cui alla formulazione precedente, con una sostanziale trasposizione del citato art. 192, comma 1, c.p.p. nel testo della nuova lettera e) dell'art. 546 c.p.p.; la nuova disciplina, inoltre, ha introdotto una scansione precisa degli argomenti che il Giudice è tenuto ad affrontare nella parte motiva della sentenza, con l'obiettivo di costruire una sorta di modello legale della motivazione, in grado di esplicitare il ragionamento probatorio della decisione, così agevolando l'esercizio del diritto di impugnazione e il lavoro del Giudice del gravame <sup>(10)</sup>. L'impianto normativo delinea, quindi, in capo al Giudice di merito, l'onere di un'esposizione completa dei dati fattuali acquisiti al processo, ivi compresi gli elementi probatori che militino in senso contrario alle ragioni accolte e quelli non direttamente rilevanti ai fini della decisione, dando, in ogni caso, adeguato conto dei criteri adottati per l'eventuale selezione dei dati fattuali <sup>(11)</sup>; tale conclusione sembra corroborata anche dal tenore dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., che estende il controllo di legittimità sulla motivazione ai vizi logici risultanti « *da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame* » (v. *infra*). Il Giudice non può limitarsi ad una mera rassegna degli elementi di prova assunti nel corso del processo, ma deve sintetizzarne in modo critico i contenuti, in modo da rendere comprensibile la base fattuale del suo ragionamento. I principi contenuti nel modificato art. 546 c.p.p. sono criteri sostanziali, che consentono la verificabilità razionale ed empirica della decisione del Giudice e il controllo del suo operato <sup>(12)</sup>.

Come anticipato, la novella del 2017 ha accentuato la strumentalità della motivazione alle esigenze del gravame e all'efficienza del relativo giudizio. L'introduzione di un modello legale risponde alla necessità di rendere il

---

<sup>(10)</sup> G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale in Giurisprudenza Penale Web*, 2017, n. 3.

<sup>(11)</sup> In questo senso, già prima della c.d. riforma Orlando, si ritiene possano essere lette le sentenze delle Sezioni Unite del 30 ottobre 2003, n. 45276, e 30 aprile 1997, n. 6402.

<sup>(12)</sup> Cass. 17 settembre 2019, n. 38478.

percorso giustificativo della decisione più ancorato a riferimenti logici (imponendo il modello inferenziale utilizzato per la valutazione delle prove), più accessibile alle parti e, soprattutto, al Giudice dell'impugnazione. « *Solo la motivazione in fatto, rigorosamente costruita con riguardo alla tenuta sia informativa che logica della decisione, può costituire l'effettivo paradigma devolutivo sul quale commisurare la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione* » <sup>(13)</sup>.

Non a caso, a questa opzione legislativa, ha fatto da contraltare la riscrittura dell'art. 581 c.p.p., con la quale il medesimo legislatore ha introdotto, a pena di inammissibilità, l'onere di enunciare specificamente non solo i capi e i punti cui si riferisce l'impugnazione e i motivi (le ragioni di fatto e di diritto che sorreggono ogni richiesta), ma anche le prove di cui si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione delle prove, l'omessa o erronea valutazione delle stesse, e le richieste, ivi comprese quelle istruttorie. L'attenzione della novella, quindi, si è concentrata soprattutto sui profili probatori ed è evidente la correlazione tra la modifica dell'art. 546 lett. e) c.p.p. in tema di contenuto minimo della motivazione e la scelta, sottesa alla nuova formulazione dell'art. 581 c.p.p., di esigere un corrispondente grado di specificità nei confronti degli atti di impugnazione, anche per evitare utilizzi strumentali e meramente dilatori <sup>(14)</sup>.

Già prima delle modifiche apportate dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, la giurisprudenza di legittimità richiedeva al Giudice di appello di dare conto, nella motivazione, delle doglianze proposte con i motivi di gravame, in una sorta di confronto dialettico con gli argomenti offerti dall'appellante. Un confronto necessario ed evitabile solo nel caso di un'impugnazione inadeguata a stimolarlo, perché circoscritta alla mera riproposizione di questioni già adeguatamente risolte in primo grado ovvero a critiche generiche, superflue o palesemente infondate <sup>(15)</sup>.

*A fortiori* questo approdo deve ritenersi valido, alla luce del testo normativo vigente: a fronte di motivi di appello specifici, con i quali si propongano motivate argomentazioni critiche alla ricostruzione del Giudice di primo grado, il Giudice di appello non può limitarsi a ripercorrere pedissequamente la sentenza di condanna, ma è tenuto a rispondere a ciascuna delle contestazioni adeguatamente mosse con l'atto di impugnazione, pena il difetto di motivazione: « *Tra specificità dei motivi di appello e specificità della motivazione di secondo grado vi è un evidente necessario parallelismo poiché all'adeguatezza dei primi a proporre censure alla sentenza*

<sup>(13)</sup> Relazione al d.d.l. n. 2798, 8.

<sup>(14)</sup> S. BELTRANI, *E venne il giorno!*, in *Il Penalista*, 15 giugno 2017.

<sup>(15)</sup> Cass. 18 aprile 2013, n. 17912.



*di primo grado deve, necessariamente, corrispondere una motivata risposta da parte del giudice di appello* »<sup>(16)</sup>. Non soddisfa l'obbligo di motivazione il Giudice di appello che, allo scopo di disattendere le censure dell'appellante, si limiti a richiamare le fonti di prova utilizzate dalla sentenza appellata, senza indicarne i contenuti esplicativi, rendendo così necessario basarsi sulla sentenza di primo grado per la valutazione delle questioni poste con l'appello<sup>(17)</sup> e relegando il giudizio di appello nell'irrelevanza<sup>(18)</sup>. Non è richiesta un'analisi approfondita e dettagliata di tutte le deduzioni delle parti e delle risultanze processuali, ma è sufficiente che, anche attraverso una loro valutazione globale, il Giudice illustri adeguatamente le ragioni del suo convincimento, dimostrando di aver tenuto presente ogni fatto decisivo, così che debbano considerarsi implicitamente disattese le deduzioni difensive che si pongano in rapporto di incompatibilità con la decisione adottata, pur se non espressamente confutate<sup>(19)</sup>.

Nel caso in cui il Giudice di secondo grado pervenga ad una riforma della sentenza appellata, l'obbligo motivazionale si connota di ancora maggiore specificità. Il ribaltamento del giudizio di primo grado impone di dare conto delle ragioni della decisione difforme, indicando diffusamente gli argomenti di confutazione delle valutazioni del primo giudice e dimostrandone, con rigorosa analisi critica, l'incompletezza o l'incoerenza<sup>(20)</sup>. In questo caso, inoltre, va considerato l'eventuale ampliamento della base fattuale: il Giudice di appello che riformi una sentenza assolutoria deve tener conto, infatti, anche delle memorie e degli atti con i quali la difesa, nel contestare il gravame del Pubblico Ministero, abbia prospettato l'avvenuta acquisizione dibattimentale di altre e diverse prove, favorevoli e decisive, pretermesse dal giudice di primo grado nell'economia di quel giudizio<sup>(21)</sup>.

Oltre ad una « motivazione rafforzata », la condanna in appello, se pronunciata in riforma di una sentenza assolutoria, esige la riassunzione delle prove dichiarative decisive, qualora l'*overturning* sia fondato su una loro diversa valutazione. Lo prevede il comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., introdotto dall'art. 1 comma 58 della già menzionata l. 23 giugno 2017 (c.d. riforma Orlando). In questo caso il legislatore ha positivizzato (forse in modo non

<sup>(16)</sup> Cass. 18 dicembre 2017, n. 56395.

<sup>(17)</sup> Cass. 13 dicembre 2016, n. 52619.

<sup>(18)</sup> Cass. 7 febbraio 2020, n. 5224.

<sup>(19)</sup> Cass. 16 settembre 2021, n. 34532.

<sup>(20)</sup> Cass., S.U., 20 settembre 2005, n. 33748; Cass. 21 gennaio 2022, n. 2474.

<sup>(21)</sup> Cass., S.U., 24 novembre 2003, n. 45276; Cass. 26 settembre 2014, n. 39911.

impeccabile<sup>(22)</sup>) un principio già invalso nella giurisprudenza della Corte di cassazione (anche sulla spinta di approdi conformi in ambito CEDU<sup>(23)</sup>), che aveva evidenziato la correlazione esistente tra il dovere di « motivazione rafforzata » e quello di rinnovazione istruttoria della prova dichiarativa, nella prospettiva di un superamento realmente appagante del ragionevole dubbio<sup>(24)</sup>; principio applicato anche alla riforma in appello delle sentenze assolutorie emesse in esito a giudizio abbreviato non condizionato<sup>(25)</sup>.

In relazione alle garanzie sancite dalla CEDU, la valutazione in ordine all'assolvimento dell'obbligo di motivazione da parte del Giudice nazionale cambia in funzione delle circostanze del caso concreto e della normativa sostanziale e procedurale dell'ordinamento di riferimento<sup>(26)</sup>. Se con riferimento al diritto civile, la Corte di Strasburgo non richiede che il Giudice fornisca una risposta necessariamente dettagliata a ciascun argomento di censura prospettato dalle parti<sup>(27)</sup>, in ambito penale è richiesto un onere motivazionale maggiormente rigoroso, imposto anche in ragione dei principi sanciti dai paragrafi 2 e 3 del medesimo articolo 6 CEDU. Il Giudice nazionale è tenuto ad esaminare efficacemente i mezzi, gli argomenti e le prove offerte dalle parti, anche quelli non direttamente rilevanti ai fini della decisione<sup>(28)</sup>, cosicché emerga in modo comprensibile che le questioni sollevate dalla parte interessata sono state esaminate e che ad esse sia stata fornita una risposta almeno sufficiente<sup>(29)</sup>.

### 3. Ambito cautelare *de libertate* e motivazione *per relationem*

In ambito cautelare *de libertate*, il sistema tracciato dagli artt. 292, comma 2 e 125, comma 3, c.p.p. plasma l'obbligo di motivazione sul modello delineato dall'art. 546 c.p.p. per le sentenze, con i necessari adattamenti imposti dalla sede cautelare, dove il dato probatorio ha natura indiziaria e

(22) M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 166.

(23) Corte EDU, *Dan contro Moldavia*, 5 ottobre 2011, ric. n. 8999/07, par. 33.

(24) Cass., S.U., 6 luglio 2016, n. 27620.

(25) Cass., S.U., 14 aprile 2017, n. 18620.

(26) Corte EDU, *Ruiz Torija contro Spagna*, 9 dicembre 1994, ric. n. 18390/91, par. 29.

(27) Corte EDU, *Lindner et Hammermayer contro Romania*, 3 dicembre 2002, ric. n. 35671/97, par. 32.

(28) Corte EDU, *Jokela contro Finlandia*, 21 agosto 2002, ric. n. 28856/95, par. 68.

(29) Corte EDU, *Moreira Ferreira contro Portogallo* (n. 2), 11 luglio 2017, ric. n. 19867/12, par. 84.

l'accertamento è diretto non alla responsabilità, ma ad una qualificata probabilità di colpevolezza <sup>(30)</sup>.

L'art. 9 della l. 8 agosto 1995, n. 332, riscrivendo il comma 2 dell'art. 292 c.p.p., ha introdotto la lettera *c)-bis*, che impone « *l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure* »; con lo stesso intervento è stata ampliata la formulazione dell'originaria lettera *c)*, in base alla quale occorre tenere conto, ai fini delle esigenze cautelari, « *anche del tempo trascorso dalla commissione del reato* ».

Più di recente l'art. 8 della legge 16 aprile 2015, n. 47 ha interpolato le disposizioni menzionate, prevedendo che l'ordinanza cautelare contenga, oltre all'esposizione, anche « *l'autonoma valutazione* » degli elementi indicati nelle suddette lettere *c)* e *c)-bis*, da parte del Giudice che emette il provvedimento. Quest'ultima modifica, in particolare, è stata concepita per rafforzare il ruolo della motivazione come garanzia di un vaglio giurisdizionale effettivo, al fine di evitare valutazioni acritiche e appiattite sulle richieste dell'organo requirente, per effetto di rinvii *per relationem* alla richiesta di misura o ad altri atti di indagine.

Già prima dell'intervento del 2015, la giurisprudenza di legittimità aveva evidenziato come non potesse ritenersi soddisfatto l'obbligo di motivazione dell'ordinanza cautelare, quando il giudice operi un rinvio al contenuto di un altro atto del procedimento, senza esplicitare le ragioni di condivisione e senza dare conto della coerenza di quelle valutazioni con la propria decisione <sup>(31)</sup>. Si è ritenuto, quindi, che il riferimento all'« *autonoma valutazione* » operato dal legislatore, non sia un'innovazione, quanto piuttosto una sottolineatura di un obbligo, già sussistente per il Giudice, di manifestare all'esterno il proprio convincimento, dando dimostrazione di avere effettivamente esercitato la giurisdizione <sup>(32)</sup>. L'obbligo di autonoma valutazione non vieta al Giudice il rinvio *per relationem* ad altri atti del procedimento, né esige una formale riscrittura delle ragioni che giustificano il provvedimento <sup>(33)</sup>, ma impone un effettivo vaglio degli elementi di fatto ritenuti decisivi, che non può essere assolto tramite il ricorso a formule stereotipate <sup>(34)</sup>. È interessante notare che anche in ambito CEDU, la Corte di

<sup>(30)</sup> Cass., S.U., 2 maggio 2000, n. 11.

<sup>(31)</sup> Cass. 2 luglio 2012, n. 25631.

<sup>(32)</sup> Cass. 11 febbraio 2016, n. 5787; Cass. 4 novembre 2015, n. 44606.

<sup>(33)</sup> Cass. 21 marzo 2016, n. 11922.

<sup>(34)</sup> Cass. 6 luglio 2018, n. 30774.

Strasburgo ha escluso che motivazioni automatiche o stereotipate possano ritenersi sufficienti a soddisfare l'obbligo imposto dalla necessaria equità del procedimento <sup>(35)</sup>.

Nella motivazione *per relationem*, dunque, la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni dell'atto richiamato, e che le abbia meditate e ritenute coerenti con la propria decisione, è condizione indispensabile per ritenere assolto l'obbligo motivazionale. Più in generale, secondo la giurisprudenza di legittimità, è necessario altresì che il rinvio sia operato nei confronti di un atto legittimo del procedimento, la cui motivazione sia idonea a giustificare il provvedimento di destinazione; è necessario altresì che l'atto richiamato sia conosciuto o conoscibile dall'interessato, quantomeno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione e gravame <sup>(36)</sup>. Inoltre, gli atti cui si rinvia devono avere un contenuto essenzialmente descrittivo o ricostruttivo della realtà oggetto di condivisione; pertanto, non può ritenersi congruo il rinvio a documenti complessi e contenenti aspetti valutativi <sup>(37)</sup>: vale la regola generale per cui l'ampiezza del rinvio *per relationem* deve essere proporzionata alle concrete esigenze motivazionali e, in ogni caso, coerente con le finalità di trasparenza e controllabilità della decisione.

Sulla base di queste linee guida, si ritiene legittima la motivazione di un'ordinanza cautelare che faccia esplicito rinvio ad una precedente ordinanza coercitiva, pur se divenuta inefficace per motivi di forma e non per ragioni che attingono al merito, sempre che sia idonea a rendere edotto l'interessato dell'*iter* logico seguito per pervenire alla decisione <sup>(38)</sup>. Analogamente si ritiene consentito il richiamo *per relationem* ad atto di un procedimento diverso, anche ove quest'ultimo sia annullato per ragioni che non incidono sulla motivazione richiamata <sup>(39)</sup>. Il Giudice della cautela, competente *ex art. 27 c.p.p.*, può motivare *per relationem* richiamando l'ordinanza emessa dal Giudice dichiaratosi incompetente, purché la motivazione del secondo sia congrua rispetto alle esigenze giustificative del nuovo provvedimento, dia conto di tale congruità e non sia mutata la contestazione in diritto o la rappresentazione degli elementi di fatto nella richiesta del Pubblico Ministero <sup>(40)</sup>.

<sup>(35)</sup> Corte EDU, *Moreira Ferreira contro Portogallo*, 11 luglio 2017, ric. n. 19867/12, par. 84.

<sup>(36)</sup> Cass. S.U., 21 settembre 2000, n. 17; Cass. 10 dicembre 2018, n. 55199.

<sup>(37)</sup> Cass. 31 maggio 2019, n. 24460; Cass. 20 novembre 2015, n. 46080.

<sup>(38)</sup> Cass. 11 gennaio 2008, n. 1533.

<sup>(39)</sup> Cass. 11 luglio 2022, n. 26483.

<sup>(40)</sup> Cass. 14 dicembre 2018, n. 56455; Cass. 13 febbraio 2015, n. 6358.

Anche in sede di riesame del provvedimento cautelare, l'obbligo di motivazione può ritenersi adempiuto qualora l'ordinanza del Tribunale richiami *per relationem* le argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato, a patto che manchino specifiche deduzioni difensive <sup>(41)</sup>, ovvero quando queste non siano in grado di disarticolare il ragionamento probatorio formulato dall'ordinanza generica; in caso contrario, la motivazione *per relationem* non sarebbe in grado di fornire risposta, neppure implicita, alle argomentazioni del ricorrente <sup>(42)</sup>. Il mero richiamo delle argomentazioni del provvedimento impugnato, senza valutazione delle doglianze contenute nella richiesta di riesame o svolte oralmente dal ricorrente, vanificherebbe « *la garanzia del doppio grado di giurisdizione* » impedendo « *la revisione critica della precedente statuizione* » <sup>(43)</sup>.

In caso di riforma del provvedimento genetico, specie se in senso sfavorevole all'indagato, è richiesta anche al Giudice della cautela una « *motivazione rafforzata* », che si confronti con le argomentazioni del provvedimento impugnato, evidenziandone le carenze e indicando le ragioni per le quali si ritiene non convincente la valutazione offerta dal titolo cautelare <sup>(44)</sup>.

Proprio con riferimento alla motivazione *per relationem*, la Corte EDU ritiene ammissibile che il Giudice dell'impugnazione faccia proprie le ragioni della decisione impugnata <sup>(45)</sup> in quei casi in cui non occorra una risposta dettagliata su tutte le deduzioni delle parti. In linea generale, « *la nozione di processo equo richiede che un tribunale interno che ha solo brevemente motivato la sua decisione, anche incorporando i motivi forniti da un tribunale interno o da altro atto, abbia effettivamente esaminato le questioni essenziali che gli sono state sottoposte e che non si sia accontentato di approvare puramente e semplicemente le conclusioni di un tribunale inferiore* » <sup>(46)</sup>. In ogni caso, la questione in ordine all'adeguatezza della motivazione, anche ove

---

<sup>(41)</sup> Cass. 22 febbraio 2018, n. 8676.

<sup>(42)</sup> Cass. 22 dicembre 2015, n. 566.

<sup>(43)</sup> Cass. S.U., 19 gennaio 2004, n. 919; Cass. 27 febbraio 2014, n. 9752; Cass. 5 novembre 2004, n. 43464.

<sup>(44)</sup> Cass. 14 dicembre 2022, n. 47361; Cass. 22 dicembre 2017, n. 57529; Cass. 21 luglio 2015, n. 31916; Cass. 10 febbraio 2014, n. 6128.

<sup>(45)</sup> Corte EDU, *Garcia Ruiz contro Spagna*, 21 gennaio 1999, ric. n. 30544/96, par. 26.

<sup>(46)</sup> Corte EDU, *Boldea contro Romania*, 15 maggio 2007, ric. n. 19997/02, par. 30; Corte EDU, *Albina contro Romania*, 28 luglio 2005, ric. n. 57808/00, par. 34; Corte EDU, *Helle contro Finlandia*, 19 dicembre 1997, ric. n. 20772/92, par. 60.

faccia rinvio ad altro provvedimento, non può che essere analizzata alla luce delle circostanze del caso di specie <sup>(47)</sup>.

#### 4. Il sindacato di legittimità sulla motivazione

Il perimetro del controllo di legittimità sulla motivazione è delineato dall'art. 606 lett. e) c.p.p.

L'attuale formulazione della norma è frutto dell'intervento legislativo operato dall'art. 81.20 febbraio 2006, n. 46, che ha riscritto, sostituendole, le lettere d) ed e) dell'art. 606 c.p.p. Quanto alla lettera e), rispetto alla formulazione precedente, il legislatore del 2006 ha introdotto il riferimento alla contraddittorietà della motivazione e, soprattutto, la rilevabilità dei vizi di motivazione, oltre che dal testo del provvedimento impugnato, anche « *da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame* ». Quest'ultimo aspetto, in particolare, rappresenta il definitivo superamento del requisito della necessaria testualità, che aveva sollevato non pochi dubbi tra i più autorevoli commentatori <sup>(48)</sup>, ed il cui rigore era stato già attenuato da quella giurisprudenza di legittimità, che ammetteva la possibilità, per la Corte di cassazione, di accedere agli atti del processo dai quali deriva un obbligo di decisione del Giudice, ai fini del controllo sulla completezza della motivazione <sup>(49)</sup>.

Alla luce del disposto normativo, l'ampiezza del sindacato del giudice di legittimità sulla motivazione comprende la verifica circa l'effettività del ragionamento giustificativo, ovvero l'idoneità a rappresentare le ragioni della decisione impugnata; la tenuta logica, sia sotto il profilo delle argomentazioni utilizzate a sostegno della decisione che sotto quello della coerenza interna (non manifesta illogicità e non contraddittorietà); la compatibilità logica con altri atti del processo dotati di attitudine dimostrativa suscettibile di disarticolare il ragionamento giustificativo del giudice di merito <sup>(50)</sup> (contraddittorietà processuale).

La mancanza di motivazione è rilevabile non solo in caso di assenza grafica o materiale del discorso giustificativo della decisione, ma anche nel caso in cui la motivazione sia meramente informativa, quando cioè si limiti a riprodurre il materiale probatorio, senza trarne alcuna argomentazione valutativa <sup>(51)</sup>. La

<sup>(47)</sup> Corte EDU, *Ruiz Torija contro Spagna*, 9 dicembre 1994, ric. n. 18390/91, par. 29; Corte EDU, *Garcia Ruiz contro Spagna*, 21 gennaio 1999, ric. n. 30544/96, par. 26; Corte EDU, *Helle contro Finlandia*, 19 dicembre 1997, ric. n. 20772/92, par. 55.

<sup>(48)</sup> F. CORDERI, *Procedura Penale*, 2001, Milano, 1122.

<sup>(49)</sup> Cass., S.U., 2 luglio 1997, n. 6402.

<sup>(50)</sup> Cass. 29 marzo 2006, n. 10951.

<sup>(51)</sup> Cass. 29 marzo 2010, n. 12053; Cass. 22 novembre 2002, n. 39569.

mera riproduzione, da parte del Giudice di appello, della motivazione di primo grado, senza esplicitare le ragioni della condivisione, rileva come mancanza assoluta di motivazione<sup>(52)</sup>. La motivazione, inoltre, è mancante quando difetti di completezza in relazione a specifiche doglianze formulate dall'interessato con i motivi di appello e dotate del requisito di decisività<sup>(53)</sup>.

I vizi logici della motivazione (manifesta illogicità e contraddittorietà) devono risultare di spessore tale da essere percepibili *ictu oculi*<sup>(54)</sup>. Il sindacato di legittimità, dunque, è limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando influenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano incompatibili con la decisione adottata, a condizione che quest'ultima spieghi in modo logico e adeguato le ragioni del convincimento<sup>(55)</sup>.

L'eliminazione del requisito della testualità del vizio, operata del legislatore del 2006, ha ampliato il sindacato di legittimità alle ipotesi di illogicità della motivazione anche rispetto ai dati acquisiti al processo. In ogni caso, resta preclusa al Giudice di legittimità ogni rilettura o re-interpretazione nel merito degli elementi di prova posti a fondamento della decisione; il sindacato della Suprema Corte è circoscritto, infatti, alla sola verifica della fedeltà della motivazione rispetto al patrimonio conoscitivo acquisito al processo e, quindi, all'assenza di distorsioni evidenti del dato probatorio, quando esso viene trasposto nella motivazione<sup>(56)</sup>. Ne consegue che l'eventuale errore del Giudice di merito, per rilevare alla stregua di un c.d. travisamento della prova (consistente nell'utilizzazione di un'informazione inesistente o nell'omissione della valutazione di una prova), deve riguardare elementi significativi e decisivi — che è onere del ricorrente indicare<sup>(57)</sup> — e deve essere tale da disarticolare l'intero ragionamento probatorio<sup>(58)</sup>.

In ambito convenzionale, non si rinviene una casistica specifica relativa ai vizi logici della motivazione. La Corte di Strasburgo ha affermato che la motivazione fondata su evidenti errori di fatto o di diritto commessi dal giudice nazionale può violare l'art. 6, par. 1, CEDU, quando la decisione si risolva in un diniego di giustizia<sup>(59)</sup>. In linea generale, quando le questioni proposte dalle parti attengano ai diritti e alle libertà sanciti dalla Conven-

(52) Cass. 13 settembre 2019, n. 38011; Cass. 18 dicembre 2017, n. 56395.

(53) Cass. 22 luglio 2013, n. 31346; Cass. 16 settembre 2009, n. 35918.

(54) Cass. S.U. 10 dicembre 2003, n. 47289.

(55) Cass. 16 settembre 2021, n. 34532.

(56) Cass. 8 luglio 2022, n. 26455.

(57) Cass. 27 novembre 2017, n. 53600.

(58) Cass. 3 febbraio 2014, n. 5146; Cass., 21 giugno 2007, n. 24667.

(59) Corte EDU, *Moreira Ferreira contro Portogallo*, 11 luglio 2017, ric. n. 19867/12, par. 85.



zione, la Corte EDU richiede ai Giudici nazionali maggiore cura e rigore <sup>(60)</sup> nel fornire adeguate spiegazioni. Nella sentenza relativa al caso Felloni contro Italia, la Corte EDU ha rilevato la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, ritenendo che, a fronte di censure del ricorrente che lamentavano l'applicazione retroattiva di una norma penale sfavorevole, la Corte di cassazione si è limitata a dichiarare inammissibili tutti i motivi di ricorso, venendo così meno al proprio obbligo di motivare le decisioni. Quando si tratti di una censura di diritto « *sollevata per la prima volta dinanzi alla Corte Suprema, non si può ritenere che quest'ultima abbia incorporato i motivi addotti dalla giurisdizione di grado inferiore per dare fondamento alla sua decisione in modo compatibile con la esigenze dell'art. 6 § 1 della Convenzione* » <sup>(61)</sup>. Pertanto, nell'ottica della Corte di Strasburgo, ai fini del rispetto delle garanzie convenzionali, la declaratoria di inammissibilità dell'intero ricorso non è motivazione sufficiente per rispondere alle questioni di diritto sollevate dalla parte.

Dalla Relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce della Corte EDU concernente l'anno 2020, si legge che la Corte medesima non ha accolto la richiesta del Governo italiano di formale chiusura del caso, ritenendo che la carenza di motivazione della sentenza Felloni non sia un caso isolato <sup>(62)</sup>. Il Comitato dei Ministri ha chiesto al Governo italiano di adottare misure specifiche o di indicare le misure già in atto per dare effettiva esecuzione alla sentenza. Nel gennaio del 2023 il Governo italiano ha ribadito, con riferimento al caso in esame, la piena conformità dell'ordinamento interno con i principi convenzionali in tema di motivazione, richiamando le previsioni normative sull'obbligo motivazionale di cui all'art. 546 c.p.p.; la funzione del giudizio di legittimità e la necessità di un filtro di inammissibilità per garantire un equilibrio tra le garanzie connesse alla motivazione e la ragionevole durata del processo; le previsioni di rimedi effettivi per gli errori di fatto nelle decisioni della Corte di cassazione (art. 625-*bis* c.p.p.), così come per le violazioni rilevate dalla Corte EDU (art. 630 c.p.p., così come modificato per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113) <sup>(63)</sup>.

<sup>(60)</sup> Corte EDU, *Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo*, 28 settembre 2007, ric. n. 76240/01, par. 96.

<sup>(61)</sup> Corte EDU, *Felloni contro Italia*, 6 febbraio 2020, ric. n. 44221/14, par. 29.

<sup>(62)</sup> Relazione al Parlamento sullo Stato di esecuzione delle pronunce della CEDU nei confronti dello Stato italiano in [www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/367217.pdf](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/367217.pdf).

<sup>(63)</sup> Relazione al Comitato dei ministri del Consiglio di Europa del 6 gennaio 2023 in [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680a9a6e2](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a9a6e2).



**VIII.**  
**TRADUZIONE DEGLI ATTI**  
di *Ambra Giovene* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. — 2. Ambito soggettivo di applicazione del decreto legislativo del 4 marzo 2014, n. 32. — 2.1. La persona sottoposta alle indagini preliminari. — 2.2. Il condannato. — 3. L'accertamento in ordine alla conoscenza della lingua italiana. — 4. Il ruolo del traduttore. — 5. Gli atti da tradurre. La necessaria funzionalità all'esercizio del diritto di difesa. — 6. Le conseguenze dell'omessa traduzione.

**1. Introduzione**

Le condizioni di parità nell'accesso alla giustizia e il diritto ad un processo equo impongono che le parti alloglotte siano poste nelle condizioni di partecipare consapevolmente al procedimento penale. Il principio è sancito nei più risalenti trattati internazionali relativi ai diritti civili e politici (artt. 5, par. 2 e 6, 6, par. 3, lett. *a*), ed *e*) Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, d'ora in poi CEDU <sup>(1)</sup>; art. 14, comma 3, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, New York, 1966 <sup>(2)</sup>).

L'estensione dell'assistenza linguistica alla traduzione dei documenti scritti, la cui necessità è stata evidenziata dalla Corte di Strasburgo già a partire dalla sentenza 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania, ha trovato, nel nostro ordinamento, un progressivo e, per certi versi, più esteso riconoscimento, per effetto dell'attuazione delle direttive 2010/64/UE e 2012/29/UE ad opera, rispettivamente, dei decreti legislativi 4 marzo 2014, n. 32, e 15 dicembre 2015, n. 212.

Per quanto qui di interesse, il primo intervento ha interamente riscritto l'art. 143 c.p.p. in materia di diritto alla traduzione degli atti; il secondo, introducendo l'art. 143-*bis* c.p.p., ha esteso alla persona offesa le garanzie di assistenza linguistica già accordate all'imputato, ivi compresa la traduzione degli atti che contengano informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti.

---

(\*) Avvocata cassazionista del Foro di Roma.

(1) Ratificata con legge del 4 agosto 1955, n. 848.

(2) Ratificato con legge del 25 ottobre 1957, n. 881.

Già prima delle direttive europee e della loro implementazione da parte del legislatore nazionale, la Corte costituzionale, con la sentenza interpretativa di rigetto del 12 gennaio 1993, n. 10, aveva offerto una lettura ampia dell'allora art. 143 c.p.p., in forza della quale l'assistenza linguistica doveva intendersi estesa anche alla traduzione degli atti scritti indirizzati all'imputato, nella considerazione che la garanzia del diritto ad essere informato, in una lingua conosciuta, della natura e dei motivi dell'accusa esprime “*un contenuto di valore implicito nel riconoscimento del diritto inviolabile alla difesa*”.

A tale impulso ha fatto immediatamente seguito la giurisprudenza della Corte di cassazione, che, pur se con fisiologiche oscillazioni, ha anticipato molti dei temi ripresi in seguito dal legislatore europeo e da quello interno.

## **2. Ambito soggettivo di applicazione del decreto legislativo del 4 marzo 2014, n. 32**

Il diritto alla traduzione degli atti fondamentali, in base alla formulazione letterale del testo dell'art. 143 c.p.p., sembrerebbe riguardare il solo imputato. In realtà, il dato letterale non è, né potrebbe essere, interpretato in modo restrittivo. L'applicazione che se ne rinviene nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale è più ampia, e lo era, del resto, già prima dell'intervento del decreto legislativo n. 32 del 2014.

Di certo, il concetto di mancata conoscenza della lingua del procedimento, cui è strettamente legata l'operatività delle garanzie linguistiche, può essere ragionevolmente declinato solo in rapporto alla persona fisica e non è estendibile alle persone giuridiche o agli enti <sup>(3)</sup>.

### *2.1. La persona sottoposta alle indagini preliminari*

Non sembra potersi dubitare che la disciplina di cui all'art. 143 c.p.p. si applichi anche all'indagato alloglotta, dal momento che il comma 2 prescrive l'obbligo di traduzione di atti fisiologicamente indirizzati alla persona sottoposta alle indagini preliminari, quali l'informazione di garanzia, l'informazione sul diritto di difesa, i provvedimenti che dispongono misure cautelari personali e l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Del resto, il quadro di riferimento fornito dalla direttiva 2010/64/UE, sotto questo profilo, appare inequivoco <sup>(4)</sup>, e la conclusione è ulteriormente confortata dall'estensione delle garanzie operata dall'art. 61 c.p.p.

<sup>(3)</sup> Cass. 14 novembre 2019, n. 2294.

<sup>(4)</sup> Il considerando 14 chiarisce che “*lo scopo della direttiva è quello di assicurare il diritto di persone indagate o imputati all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti*”

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo è uniforme nel ritenere che il diritto all'assistenza linguistica debba riguardare non solo le dichiarazioni orali rese nelle udienze del processo, ma anche le fasi anteriori al processo (*"pre-trial proceedings"* <sup>(5)</sup>). In merito, va segnalato come l'orientamento largamente maggioritario ritenga sufficiente, a tal fine, l'interpretazione orale in luogo della traduzione scritta, la cui mancanza, in linea di principio, non viola, secondo la Corte, le garanzie di cui all'art. 6, par. 3, CEDU <sup>(6)</sup>.

Sul piano dell'ordinamento interno, la Corte di cassazione ha, invece, segnalato la necessità della traduzione scritta a beneficio dell'indagato all'glotta già sotto il vigore del vecchio art. 143 c.p.p. e, dunque, molto prima dell'emanazione delle direttive europee e della loro trasposizione nell'ordinamento interno. Si pensi, ad esempio, alla nutrita giurisprudenza in tema di ordinanze custodiali <sup>(7)</sup> e di avviso di conclusione delle indagini preliminari <sup>(8)</sup>.

## 2.2. *Il condannato*

Solo apparentemente più problematica è l'applicabilità dell'art. 143 c.p.p. alla fase di esecuzione. In questo caso la direttiva 2010/64/UE offre coordinate ermeneutiche non particolarmente lineari: l'art. 1, par. 2, riconosce il diritto alla traduzione *"fino alla conclusione definitiva, inclusi l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle istanze in corso"*, mentre il considerando (14) sembra avere una portata più ristretta, ancorando lo scopo della direttiva alla garanzia *"del diritto ad un processo equo"*.

La giurisprudenza EDU non pare essersi intrattenuta specificamente sul tema dell'assistenza linguistica nella fase esecutiva. Tuttavia, la conclusione circa l'estensione della garanzia linguistica anche al condannato sembra supportata dal principio, fatto proprio dalla Corte di Strasburgo, secondo cui il procedimento di esecuzione è parte integrante del processo, e, come tale

---

*penali al fine di garantire il loro diritto ad un processo equo"*. L'art. 1, paragrafo 2, inoltre, dispone che il diritto alla traduzione (e all'interpretazione) *"si applica alle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento"*.

<sup>(5)</sup> Corte EDU, *Diallo contro Svezia*, 5 gennaio 2010, ric. n. 13205/07, par. 23; v. anche Corte EDU, *Hacioglu contro Romania*, 20 giugno 2011, ric. n. 2573/03, par. 88.

<sup>(6)</sup> Corte EDU, *Kamasinski contro Austria*, 19 dicembre 1989, ric. n. 9783/82, par. 85.

<sup>(7)</sup> Cass. 31 gennaio 2002, n. 11598; Cass. 9 luglio 1999, n. 4841; Cass. 26 aprile 1999, n. 1527.

<sup>(8)</sup> Cass., S.U., 26 settembre 2006, n. 39298.

comporta l'applicazione delle generali garanzie previste in materia di equo processo ai sensi dell'art. 6 CEDU <sup>(9)</sup>.

Più puntuali, anche su questo tema, appaiono gli approdi del Giudice di legittimità.

Già prima dell'intervento del legislatore europeo, la Corte di cassazione, sulla scia dei principi illustrati dalla Corte costituzionale nella sentenza del 12 gennaio 1993, n. 10, aveva già ritenuto che il diritto alla traduzione si applicasse alla fase dell'esecuzione, quantomeno con riferimento all'ordine di esecuzione, al fine di consentire al condannato la concreta possibilità di promuovere un controllo giurisdizionale sul titolo esecutivo <sup>(10)</sup>.

In qualche caso sporadico <sup>(11)</sup>, alla traduzione scritta si era ritenuta equivalente l'assistenza di un interprete all'atto dell'ingresso nell'istituto penitenziario, ovvero all'udienza fissata per la discussione dell'eventuale incidente di esecuzione. La necessità di tradurre l'ordine di esecuzione era comunque rimasta un approdo perlopiù consolidato, registrandosi un contrasto in ordine alla obbligatorietà della traduzione solo nel caso di notifica dell'atto mediante consegna al difensore, per irreperibilità o per altro fatto imputabile al condannato <sup>(12)</sup>.

A valle dell'introduzione del nuovo art. 143 c.p.p., l'indirizzo che esige la traduzione dell'ordine di esecuzione ha trovato conferme, nonostante l'atto non figuri tra quelli per i quali il comma 2 dell'art. 143 c.p.p. impone la traduzione (v. *infra*). Si è ritenuto, infatti, che esso sia comunque essenziale per la conoscenza dell'accusa e che, in quanto tale, rientri nella previsione di cui al comma 3; disposizione quest'ultima “*estensivamente applicabile al condannato*” <sup>(13)</sup>.

Va aggiunto che, dopo l'intervento legislativo del 2014, l'orientamento che esclude l'obbligo di traduzione nel caso in cui l'ordine di esecuzione sia notificato mediante consegna al difensore è da ritenersi prevalente <sup>(14)</sup>.

<sup>(9)</sup> Da ultimo, Corte EDU, *Tabouret contro Francia*, 12 agosto 2022, ric. n. 43078/15, par. 85; v. anche Corte EDU, *Hornsby contro Grecia*, 19 marzo 1997, ric. n. 18357/91, par. 40; Corte EDU, *Estima Jorge contro Portogallo*, 21 aprile 1998, ric. n. 24550/94, par. 35-38; Corte EDU, *Martins Moreira contro Portogallo*, 26 ottobre 1988, ric. n. 11371/85, par. 44.

<sup>(10)</sup> Cass. 15 novembre 2002, ord. n. 1715; Cass. 8 marzo 1995, n. 843.

<sup>(11)</sup> Cass. 14 marzo 2002, n. 18136.

<sup>(12)</sup> Nel senso della necessità, in ogni caso, della traduzione, Cass. 6 maggio 2010, n. 20275; in senso contrario, Cass. 19 giugno 2014, n. 47896; Cass. 18 luglio 2013, n. 37955; Cass. 22 ottobre 2009, n. 7644.

<sup>(13)</sup> Cass. 10 gennaio 2018, n. 40733.

<sup>(14)</sup> Cass. 28 gennaio 2020, n. 8591; Cass. 6 novembre 2017, n. 57740.

### 3. L'accertamento in ordine alla conoscenza della lingua italiana

Alla stregua dell'art. 143, comma 4, c.p.p., l'accertamento circa la conoscenza della lingua è compiuto dall'Autorità giudiziaria. Per il cittadino italiano vige una presunzione relativa di conoscenza, mentre, per lo straniero, il grado di comprensione effettiva della lingua italiana va accertato in concreto, caso per caso.

Su questo tema la direttiva 2010/64/UE aveva raccomandato agli Stati membri l'individuazione di apposite procedure <sup>(15)</sup>, che, tuttavia, nella maggioranza dei casi, non sono state adottate <sup>(16)</sup>.

Nei pochi riferimenti rinvenibili sulla specifica questione, la giurisprudenza di Strasburgo ha posto l'accento sulla necessità che l'accertamento in ordine alla conoscenza della lingua del procedimento sia frutto di un'analisi degli atti del processo, da adeguare al caso concreto <sup>(17)</sup>, e che può anche prescindere da una specifica richiesta di assistenza linguistica da parte dell'interessato <sup>(18)</sup>.

Nel vigore del vecchio art. 143 c.p.p., la giurisprudenza di legittimità si era consolidata nel senso di ritenere indispensabile, ai fini dell'operatività di ogni garanzia linguistica, la dimostrazione o almeno la dichiarazione, da parte dell'interessato, di ignoranza della lingua italiana <sup>(19)</sup>.

Le Sezioni Unite, in particolare, avevano evidenziato come il positivo accertamento circa la conoscenza della lingua potesse avvenire anche *per facta concludentia*, qualora l'imputato straniero mostrasse di comprendere il significato degli atti compiuti, assumendo personalmente iniziative difensive rivelatrici della propria capacità di comprensione <sup>(20)</sup>.

Dopo la riformulazione dell'art. 143 c.p.p., tale indirizzo ha trovato sostanziale conferma <sup>(21)</sup>. È stato chiarito, inoltre, che la conoscenza della lingua possa essere desunta dagli atti compiuti dalla Polizia giudiziaria, non

<sup>(15)</sup> Cfr. art. 2, par. 2: "Gli Stati membri assicurano la messa a disposizione di procedure o meccanismi allo scopo di accertare se gli indagati o gli imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se hanno bisogno dell'assistenza di un interprete".

<sup>(16)</sup> "Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali", 12 dicembre 2018, 13.

<sup>(17)</sup> Corte EDU, caso *Diallo contro Svezia*, 5 gennaio 2010, ric. n. 13205/07, par. 27.

<sup>(18)</sup> Corte EDU, *Vizgirda contro Slovenia*, 28 novembre 2018, ric. n. 59868/08, par. 81, 84; Corte EDU, *Kajolli contro Italia*, 29 aprile 2008, ric. n. 17494/07, 6.

<sup>(19)</sup> Cass. 6 febbraio 1992, n. 2504; Cass. 28 ottobre 1993, ord. n. 3052; Cass. 11 maggio 1994, n. 9898; Cass. 21 novembre 1996, n. 3547.

<sup>(20)</sup> Cass., S.U., 31 maggio 2000, n. 12.

<sup>(21)</sup> Cass., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343.



dovendo necessariamente procedervi in via diretta il giudice, al quale resta in ogni caso la facoltà di compiere ogni verifica ritenuta opportuna <sup>(22)</sup>.

Va precisato che una conoscenza della lingua tanto sommaria da essere insufficiente a comprendere il contenuto dell'accusa e degli atti processuali ai quali l'interessato partecipi non è idonea ad escludere le garanzie linguistiche e quindi il diritto alla traduzione.

La Corte EDU ha avuto modo di osservare che è necessario un certo grado di “*dimestichezza*” con la lingua del procedimento, per ritenere che l'interessato non si trovi in una posizione di svantaggio linguistico <sup>(23)</sup>.

Allo stesso modo, secondo il Giudice di legittimità, la conoscenza idonea ad escludere il diritto alla traduzione è quella che riveli “*la capacità di difendersi adeguatamente*” <sup>(24)</sup>.

In ogni caso, l'indagine inerente alla conoscenza della lingua utilizzata consiste in una valutazione di fatto, insindacabile nel giudizio di legittimità, se sorretta da motivazione adeguata <sup>(25)</sup>.

#### 4. Il ruolo del traduttore

L'art. 3, par. 9, della direttiva 64/2010/UE prevede che la qualità della traduzione debba essere sufficiente a “*tutelare l'equità del procedimento, garantendo concretamente che gli indagati o gli imputati siano a conoscenza delle accuse a loro carico, e che siano in grado di esercitare i loro diritti di difesa*”.

In attuazione di questo principio, il decreto legislativo n. 32 del 2014 ha inserito gli esperti di interpretariato e traduzione tra le categorie di cui all'albo dei periti, istituito presso ogni Tribunale a norma dell'art. 67 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura. Tuttavia, come rilevato dai primi autorevoli commentatori dell'intervento legislativo, il legislatore nazionale non ha previsto l'obbligo per l'autorità giudiziaria di attingere dal medesimo albo per la nomina di interpreti e traduttori, a differenza di quanto contemplato dall'art. 221 disp. att. c.p.p. con riferimento ai periti <sup>(26)</sup>.

<sup>(22)</sup> Cass. 9 ottobre 2014, n. 52245; Cass. 31 gennaio 2017, n. 7913; Cass. 15 gennaio 2021, n. 9354.

<sup>(23)</sup> Corte EDU, *Hermi contro Italia*, 18 ottobre 2006, ric. n. 18114/02, par. 58.

<sup>(24)</sup> Cass., S.U., ult. cit., in motivazione.

<sup>(25)</sup> Cass., S.U., 31 maggio 2000, n. 12; Cass., S. U., 24 settembre 2003, n. 5052; Cass. 17 aprile 2012, n. 28697; Cass. 27 febbraio 2014, n. 33775; Cass. 4 settembre 2014, n. 44016; Cass. 28 ottobre 2015, n. 46139; Cass. 20 novembre 2020, n. 11137.

<sup>(26)</sup> COCOMELLO A., CORBO A., “*Sulla lingua del processo. A proposito dell'attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*”, in *Archivio Penale*, 2/2014, 14. GIALUZ M., “*Il d.lgs. di attuazione della direttiva sull'assistenza*”

Sulla base di un principio consolidatosi prima della modifica dell'art. 143 c.p.p., si è ritenuto incompatibile con l'assunzione del ruolo di traduttore, il soggetto che abbia trascritto ovvero tradotto le conversazioni telefoniche intercettate, sul rilievo che l'ausiliario del pubblico ministero, non possa essere, nel medesimo procedimento, ausiliario del giudice <sup>(27)</sup>. Sotto questo profilo, le incompatibilità previste dall'art. 144 c.p.p., che menziona nella rubrica solo l'interprete, sembrano potersi estendere anche al traduttore. La nullità derivante dall'incompatibilità del traduttore, secondo la giurisprudenza di legittimità ha carattere relativo e deve, pertanto, essere eccepita prima del compimento dell'atto se la parte vi assiste, ovvero immediatamente dopo <sup>(28)</sup>.

## 5. Gli atti da tradurre. La necessaria funzionalità all'esercizio del diritto di difesa

L'art. 143, comma 2, c.p.p., come novellato dal decreto legislativo n. 32 del 2014, offre un elenco degli atti in relazione ai quali l'autorità è tenuta a disporre la traduzione a beneficio del soggetto all'oggettiva che non comprenda la lingua italiana. La previsione di cui al successivo comma 3 consente di disporre la traduzione di altri atti ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico.

L'impianto normativo riproduce, in sostanza, l'assetto voluto dal legislatore europeo: l'obbligo di traduzione è strettamente correlato con l'esercizio del diritto di difesa ed è funzionale alla compiuta conoscenza delle contestazioni elevate a carico dell'interessato.

In questo quadro, la tendenza prevalente del Giudice di legittimità è quella di ritenere quello di cui al comma 2 un elenco tassativo <sup>(29)</sup>, mentre la previsione del comma 3 funge da norma di chiusura, che consente un controllo sul carattere essenziale di eventuali altri atti da tradurre, in funzione del concreto esercizio del diritto di difesa; controllo, in linea di massima, attivabile su richiesta della parte <sup>(30)</sup>, e dei cui esiti il giudice deve dare conto con provvedimento motivato, impugnabile unitamente alla sentenza.

Il criterio della funzionalità al diritto di difesa autorizza a ritenere che, quantomeno per la categoria residuale degli atti di cui al comma 3 dell'art.

---

*linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 aprile 2014, pag. 1.

<sup>(27)</sup> Cass., S.U., 24 febbraio 2011, n. 18268.

<sup>(28)</sup> Cass. 19 gennaio 2015, n. 17905; Cass. 14 aprile 2010, n. 20864; Cass. 16 aprile 2008, n. 17292.

<sup>(29)</sup> Cass. 3 novembre 2022, n. 43487; Cass. 24 ottobre 2017, 15835.

<sup>(30)</sup> Cass. 12 maggio 2021, n. 34866.

143 c.p.p., si possa validamente disporre una traduzione parziale, limitata alle parti rilevanti (“o anche solo alle parti di essi”), allo scopo di consentire a imputati e indagati la conoscenza delle accuse.

Sulla base del medesimo criterio, ad esempio, il decreto di citazione a giudizio in appello è stato ritenuto non rientrare nella previsione di cui all’art. 143 c.p.p., in quanto esso si risolve in una mera *vocatio in ius* e non contiene elementi che attingono al merito dell’accusa <sup>(31)</sup>; sul tema specifico della citazione in appello, tuttavia, non mancano arresti in senso contrario <sup>(32)</sup>. Analogo è l’approccio seguito dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all’avviso di fissazione dell’udienza dinanzi al Tribunale del riesame, fissata per la trattazione del gravame proposto dallo stesso indagato o dal suo difensore, il quale, non contenendo elementi di accusa, non deve necessariamente essere tradotto <sup>(33)</sup>.

Per le medesime ragioni, invece, l’ordine di esecuzione è tendenzialmente ritenuto atto da tradurre (v. *supra*, par. 2.1), ma può essere sufficiente una traduzione parziale, circoscritta agli elementi essenziali <sup>(34)</sup>.

Quanto alle sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione, queste non parrebbero rientrare tra i provvedimenti da tradurre obbligatoriamente, né nel caso in cui definiscano il procedimento, né in caso di annullamento con rinvio, e ciò sul rilievo che non sono provvedimenti soggetti a impugnazione, né apportano modifiche all’imputazione; esse, quindi, non inciderebbero concretamente sull’esercizio del diritto di difesa <sup>(35)</sup>. Nel caso di annullamento con rinvio, sarebbe forse più prudente una valutazione caso per caso, sul presupposto che la decisione della Corte di cassazione potrebbe, in ipotesi, riguardare aspetti legati in maniera essenziale al nucleo dell’imputazione.

La giurisprudenza EDU, ai fini del rispetto delle garanzie previste dall’art. 6 della Convenzione, da sempre focalizza l’attenzione sulla necessità di tradurre non tutti gli atti del procedimento, ma solo quelli che forniscano adeguata conoscenza all’interessato delle accuse mosse nei suoi confronti <sup>(36)</sup>.

Peraltro, per soddisfare le garanzie minime che esige la Corte di Stra-

<sup>(31)</sup> Cass. 21 settembre 2022, n. 41108; Cass. 7 aprile 2022, n. 20394; Cass. 4 novembre 2021, n. 46967; Cass. 26 gennaio 2015, n. 32251.

<sup>(32)</sup> Cass. 7 luglio 2021, n. 30143; Cass. 8 marzo 2022, n. 28562.

<sup>(33)</sup> Cass. 22 ottobre 2014, n. 48647; Cass. 14 maggio 2010, n. 48647.

<sup>(34)</sup> Cass. 23 aprile 2018, n. 28344.

<sup>(35)</sup> Relazione dell’Ufficio del Massimario del Ruolo della Corte di cassazione, dell’11 maggio 2022, n. 30.

<sup>(36)</sup> Corte EDU, *Vizgirda contro Slovenia*, 28 novembre 2018, ric. n. 59868/08, par. 78-79; Corte EDU, *Hacioglu contro Romania*, 20 giugno 2011, ric. n. 2573/03, par. 88.

sburgo, la traduzione scritta dell'atto non è indispensabile, potendo essere validamente surrogata dall'assistenza linguistica orale <sup>(37)</sup>.

La stretta correlazione tra l'obbligo di traduzione e la conoscenza degli addebiti in funzione dell'esercizio del diritto di difesa, emerge dagli approdi della giurisprudenza sovranazionale e nazionale, con riferimento ai casi di irreperibilità e latitanza dell'interessato.

In tali casi, secondo la Corte di Strasburgo, la natura e i motivi dell'accusa non possono essere comunicati personalmente all'imputato all'oglotta, e pertanto le autorità nazionali sono dispensate dal fornire la traduzione degli atti fino al momento dell'arresto dell'interessato <sup>(38)</sup>.

L'orientamento del Giudice di legittimità, consolidatosi già prima dell'intervento del legislatore europeo, è pressoché unanime nel ritenere che, in tali casi, non vi sia obbligo di traduzione, dal momento che il diritto alla traduzione ha senso solo in relazione agli atti che raggiungano la sfera di conoscenza dell'interessato, perché solo in tali ipotesi assume rilievo l'esigenza di garantirne la comprensione <sup>(39)</sup>.

Più controverso è se l'obbligo di traduzione debba ritenersi sussistente nel caso in cui l'interessato abbia eletto domicilio presso il difensore. Ad un indirizzo giurisprudenziale che equipara tale situazione a quella dell'alloglotta latitante o irreperibile <sup>(40)</sup>, se ne contrappone un altro, secondo cui l'elezione di domicilio attiene alle modalità di notificazione degli atti processuali e non comporta la rinuncia dell'interessato alla traduzione degli atti <sup>(41)</sup>, né comporta l'onere per il difensore di tradurli nell'interesse del proprio assistito <sup>(42)</sup>.

## 6. Le conseguenze dell'omessa traduzione

In ragione della stretta correlazione tra traduzione degli atti e diritto di difesa, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'omessa traduzione degli atti determina conseguenze processuali a condizione che essa generi una concreta lesione del diritto di difesa, che è onere della difesa rappresentare, allegando il pregiudizio subito e il nesso con la traduzione omessa <sup>(43)</sup>. Del resto, l'art. 143 c.p.p. non prevede conseguenze alla sua violazione.

<sup>(37)</sup> Corte EDU, *Diallo contro Svezia*, 5 gennaio 2010, ric. n. 13205/07, par. 23.

<sup>(38)</sup> Corte EDU, *Kajolli contro Italia*, 29 aprile 2008, ric. n. 17494/07, 7.

<sup>(39)</sup> Cass. 28 gennaio 2020, n. 8591; Cass. 17 febbraio 2015, n. 12101; Cass. 22 ottobre 2009, n. 7644.

<sup>(40)</sup> Cass. 21 settembre 2022, n. 41108; Cass. 7 aprile 2022, n. 20394.

<sup>(41)</sup> Cass. 8 marzo 2022, n. 28562.

<sup>(42)</sup> Cass. 26 ottobre 2021, n. 40584.

<sup>(43)</sup> Cass. 10 giugno 2009, n. 32231; Cass. 6 dicembre 2016, n. 8792; Cass. 3 ottobre 2017, n. 49543.

Per quanto riguarda gli atti non soggetti ad impugnazione, l'omessa traduzione configura, secondo l'orientamento prevalente, una nullità di ordine generale a regime intermedio, soggetta all'ordinario sistema di decadenze e sanatorie previsto dagli artt. 180 e 182 e ss. c.p.p.

Questo approdo della giurisprudenza di legittimità poteva ritenersi consolidato già in epoca antecedente alla novella dell'art. 143 c.p.p. <sup>(44)</sup>, ed è stato ribadito, pressoché unanimemente, anche in seguito <sup>(45)</sup>.

Diverso è il regime delle conseguenze della omessa traduzione con riferimento agli atti impugnabili, in relazione ai quali l'orientamento largamente prevalente e oramai consolidato della Corte di cassazione ritiene che la mancata traduzione non configuri alcuna ipotesi di nullità, bensì determini il mancato decorso dei termini di impugnazione, e ciò sul rilievo che la traduzione è una condizione di efficacia e non di validità dell'atto <sup>(46)</sup>; un principio, peraltro, invalso già prima dell'intervento del legislatore europeo <sup>(47)</sup>.

A tale riguardo, si è individuato nell'istituto della restituzione in termini *ex art. 175 c.p.p.*, lo strumento a disposizione dell'interessato per rimediare all'omessa traduzione di un atto impugnabile <sup>(48)</sup>, con la conseguenza che i termini per l'impugnazione dell'atto ricominciano a decorrere dal momento in cui la traduzione è resa disponibile.

Un orientamento minoritario ritiene che la mancata traduzione della sentenza di appello sia priva di conseguenze, dal momento che l'art. 613 c.p.p., come modificato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, non consente più all'imputato di promuovere personalmente ricorso per cassazione <sup>(49)</sup>.

<sup>(44)</sup> Cass., S.U., 26 settembre 2006, n. 39928; Cass. 17 dicembre 1998, n. 882; Cass., S.U., 31 maggio 2000, n. 12; Cass. 10 giugno 2009, n. 32231.

<sup>(45)</sup> Cass. 28 giugno 2022, n. 40815; Cass. 8 giugno 2022, n. 31537; Cass. 22 ottobre 2015, n. 44421.

<sup>(46)</sup> Cass. 6 luglio 2020, n. 22065; Cass. 5 dicembre 2019, n. 10993.

<sup>(47)</sup> Cass. 11 marzo 2008, n. 13804.

<sup>(48)</sup> Cass. 28 aprile 2022, n. 22465.

<sup>(49)</sup> Cass. 5 febbraio 2019, n. 32878; Cass. 11 marzo 2019, n. 15056.

II.  
DIRITTI FONDAMENTALI  
NELLA FASE DELLE INDAGINI





# I.

## INTERCETTAZIONI

di Sergio Beltrani (\*)

**SOMMARIO:** 1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni. — 1.1. I casi *Capriotti c. Italia*, *Cariello c. Italia* e *D'Auria e Balsamo c. Italia*. — 1.2. Il caso *Craxi c. Italia* (n. 2). — 2. Le ricadute delle applicazioni convenzionali nell'ordinamento interno. — 2.1. Le intercettazioni ambientali tramite captatore informatico. — 2.2. L'intercettazione di comunicazioni telefoniche tra utenze estere, il cui flusso comunicativo transiti in territorio italiano. — 2.3. Il c.d. "agente segreto attrezzato per il suono". — 2.4. Lo stralcio delle conversazioni prive di interesse investigativo.

### 1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, le conversazioni telefoniche e le altre comunicazioni sono comprese nelle nozioni di « vita privata » e di « corrispondenza », e, quindi, costituiscono oggetto delle garanzie previste dall'art. 8, par. 1, Convenzione per la salvaguarda dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU): ne consegue che la loro intercettazione, la memorizzazione dei dati così ottenuti e la loro eventuale utilizzazione nell'ambito dei procedimenti penali costituiscono una « ingerenza di un'autorità pubblica » nel godimento di un diritto convenzionalmente garantito (1), che viola l'art. 8, a meno che essa risulti « prevista dalla legge » e persegua uno o più scopi legittimi », secondo quanto previsto dall'art. 8, par. 2, CEDU, perché « necessaria in una società democratica » per raggiungerli (2).

L'espressione « prevista dalla legge », che figura nell'art. 8, par 2, non solo richiede che la misura contestata abbia una base legale nel diritto interno, ma si riferisce anche alla qualità della legge che la contempla,

---

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

(1) Corte EDU, *Malone c. Regno Unito*, 2 agosto 1984, ric. n. 8691/79, § 64; Corte EDU, *Panarisi c. Italia*, 10 aprile 2007, ric. n. 46794/99, § 64; Corte EDU, *Cariello ed altri c. Italia*, 30 aprile 2013, ric. n. 14064/07 § 49.

(2) Corte EDU, *Panarisi c. Italia*, cit., § 65; Corte EDU, *D'Auria e Balsamo c. Italia*, 11 giugno 2013, ric. n. 11625/07, § 28.

esigendo che essa sia « accessibile » alla persona interessata (la quale deve, inoltre, poterne prevedere le conseguenze), e che sia « compatibile con la preminenza del diritto » <sup>(3)</sup>: peraltro, la Corte EDU ha in più occasioni ritenuto che le disposizioni del codice di rito italiano in materia di intercettazioni sono senz'altro « prevedibili », quanto al senso e alla natura delle misure applicabili <sup>(4)</sup>.

Con riferimento alla fattispecie di c.d. “agente segreto attrezzato per il suono” (cfr. *amplius* par. 2.3), la Corte EDU ha evidenziato che anche il « cruciale contributo » delle autorità ad una registrazione effettuata da un privato costituisce un'ingerenza da parte di un'autorità pubblica, ed incontra, quindi, i limiti anzidetti <sup>(5)</sup>.

#### 1.1. *I casi Capriotti c. Italia, Cariello c. Italia e D'Auria e Balsamo c. Italia*

Nel caso *Capriotti c. Italia* <sup>(6)</sup>, la Corte EDU ha preliminarmente rilevato che il GIP aveva autorizzato le intercettazioni oggetto di doglianza ai sensi degli artt. 266 e seguenti c.p.p., e della legge n. 203 del 1991, ed ha, pertanto, osservato che la lamentata ingerenza nella vita privata del ricorrente aveva una base legale nel diritto italiano, essendo ritualmente « prevista » da una legge « accessibile » e « prevedibile ».

Si è poi dilungata nel valutare se, come sostenuto dal ricorrente, la circostanza che le intercettazioni fossero state effettuate anche su linee telefoniche estere richiedesse di necessità l'uso preventivo dello strumento processuale della rogatoria, ai sensi dell'art. 727 c.p.p.: nel caso esaminato, infatti, le autorità giudiziarie italiane avevano ritenuto non necessario seguire la procedura della rogatoria internazionale, perché l'attività di captazione di comunicazioni era stata realizzata grazie alla tecnica dell'« instradamento », che consiste nel dirigere verso un « nodo » telefonico situato in Italia le chiamate in entrata o in uscita da un certo numero straniero.

La Corte EDU ha ritenuto che questa interpretazione delle norme del diritto interno, fondata sull'idea che la cooperazione delle autorità straniere non è necessaria quando l'atto investigativo risulta comunque compiuto sul territorio italiano, non poteva essere considerata manifestamente arbitraria od irragionevole, e si poneva, peraltro, nel solco di una giurisprudenza

<sup>(3)</sup> Corte EDU, *Coban c. Spagna* (dec.), 25 settembre 2006.

<sup>(4)</sup> Cfr. Corte EDU, *Panarisi c. Italia*, cit., § 68; *Cariello ed altri c. Italia*, cit., § 53; *D'Auria e Balsamo c. Italia*, cit., § 31.

<sup>(5)</sup> Corte EDU, *Van Vondel c. Paesi Bassi*, 25 ottobre 2007, ric. n. 38258/03, § 49.

<sup>(6)</sup> Corte EDU, *Capriotti c. Italia* (dec.), 23 febbraio 2016, ric. n. 28819/12.

consolidata della Corte di cassazione, risultando, pertanto, ampiamente conoscibile dal ricorrente; l'ingerenza oggetto di doglianza risultava, per tale ragione, « prevista dalla legge », secondo quanto richiesto dall'art. 8, par. 2, CEDU, nonché finalizzata a permettere « la manifestazione della verità nell'ambito di un procedimento penale », tendendo « alla difesa dell'ordine » (7).

Quanto alla necessità o meno di detta l'ingerenza in una società democratica per raggiungere i predetti obiettivi, la Corte EDU, dopo avere ribadito che gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento per giudicare l'esistenza e la portata di tale necessità, e che ciò va di pari passo con la necessità di un controllo europeo sulla legge e sulle decisioni che la applicano, anche quando queste ultime provengano da una giurisdizione indipendente (8), ha rilevato che, nel caso in esame, il ricorso alle intercettazioni costituiva uno dei principali mezzi investigativi utili a dimostrare il coinvolgimento di diversi individui, fra cui il ricorrente, in un'importante traffico di stupefacenti; d'altro canto, il ricorrente aveva beneficiato di una possibilità di « controllo efficace » sulle intercettazioni di cui era stato oggetto, avendo potuto verificarne, in più sedi, sia la legalità che la giustificazione, dinanzi ad organi giudiziari che avevano esaminato in dettaglio le affermazioni dell'interessato alla luce della legge e della giurisprudenza interne pertinenti, motivatamente ritenendole infondate. Questo controllo, necessario nel rispetto della preminenza del diritto, era risultato idoneo a limitare l'ingerenza contestata nella misura « strettamente necessaria in una società democratica ».

Non vi erano, pertanto, elementi che permettessero di rilevare l'esistenza di una indebita violazione, da parte dei giudici italiani, del diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata e delle sue comunicazioni, ai sensi dell'art. 8 CEDU.

I principi affermati dalla Corte EDU in relazione nel caso Capriotti si inseriscono nell'ambito di un orientamento certamente consolidato della giurisprudenza convenzionale, che, in più occasioni, ha avuto modo di verificare la compatibilità con le garanzie convenzionali anche della disciplina speciale delle intercettazioni in materia di criminalità organizzata prevista dalla l. n. 203 del 1991.

Nei casi *Cariello ed altri c. Italia* (9) e *D'Auria e Balsamo c. Italia* (10), era stata ammessa la possibilità di disporre intercettazioni di conversazioni sia su

(7) Corte EDU, *Coban c. Spagna*, cit.; *Panarisi c. Italia*, cit., § 73; *Cariello ed altri c. Italia*, cit., § 58; *D'Auria e Balsamo c. Italia*, cit., § 36.

(8) Cfr., *mutatis mutandis*, Corte EDU, *Silver ed altri c. Regno Unito*, 25 marzo 1983, ric. n. 7136/75, § 97.

(9) Corte EDU, *Cariello ed altri c. Italia*, cit.

utenze telefoniche utilizzate promiscuamente anche da terzi, oltre che dagli indagati, sia su utenze telefoniche in esclusiva disponibilità di terzi, con i quali uno o più degli indagati avessero contatti, pur se a carico di tali soggetti terzi non fosse configurabile alcun indizio di colpevolezza; peraltro, in tali casi l'ingerenza doveva risultare giustificata da una "necessità imperiosa" e la durata complessiva delle intercettazioni non doveva risultare sproporzionata.

Nel caso *Cariello c. Italia*, la Corte EDU aveva, inoltre, ritenuto che una intercettazione di conversazioni protrattasi per circa 20 mesi non risultava sproporzionata rispetto allo scopo legittimo perseguito dalle autorità giudiziarie nazionali, in considerazione della gravità delle accuse e della necessità di verificare se realmente alcuni magistrati abusassero delle loro funzioni in favore di organizzazioni criminali.

### 1.2. *Il caso Craxi c. Italia (n. 2)*

Ai fini dell'effettività della garanzia di cui all'art. 8 CEDU assume particolare rilievo la tutela del diritto delle persone, le cui conversazioni private sono state intercettate, a non subirne la divulgazione.

Nel caso *Craxi c. Italia (n. 2)* <sup>(11)</sup>, il ricorrente lamentava violazioni degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata), 14 (divieto di discriminazione) e 18 (limite all'applicazione delle restrizioni ai diritti) CEDU, in conseguenza della — a suo avviso indebita — pubblicazione di conversazioni telefoniche di carattere privato, intercettate nell'ambito di un processo penale per corruzione ed altri reati contro la P.A., ed in particolare della decisione del pubblico ministero di consegnare al cancelliere del Tribunale i verbali di tali conversazioni.

La Corte EDU ha ritenuto che alcune tra le conversazioni rese pubbliche dalla stampa rivestivano carattere strettamente privato, e presentavano attinenza modesta, quando non addirittura inesistente, rispetto alle contestazioni mosse al ricorrente: non sussisteva, quindi l'esigenza sociale imperativa di pubblicarle; peraltro, i giornali che avevano pubblicato gli estratti delle conversazioni *de quibus* erano in proprietà di privati, né il ricorrente aveva dedotto che avrebbero potuto trovarsi per qualunque ragione sotto il controllo delle autorità pubbliche: la divulgazione delle conversazioni da parte della stampa non aveva, quindi, costituito conseguenza diretta di un atto del pubblico ministero, ma era verosimilmente dovuta ad una disfunzione della cancelleria del Tribunale oppure al rilascio di copia di esse ad opera di una delle parti del processo o di uno dei loro avvocati. Competeva, peraltro, al

<sup>(10)</sup> Corte EDU, *D'Auria e Balsamo c. Italia*, cit.

<sup>(11)</sup> Corte EDU, *Craxi c. Italia (n. 2)*, 17 luglio 2003, ric. n. 25337/94.

Governo convenuto spiegare plausibilmente il modo in cui le conversazioni in oggetto erano in concreto giunte nella disponibilità dei mezzi di informazione: ma, in difetto di indagini sui modi nei quali i giornalisti avevano ottenuto i verbali delle conversazioni private intercettate, la Corte EDU ha ritenuto che lo Stato italiano non avesse adempiuto l'obbligo positivo di garantire al ricorrente il diritto al rispetto della vita privata, né era stata celebrata una udienza preliminare nel corso della quale le parti avrebbero potuto chiedere al giudice l'esclusione dagli atti del processo dei passi delle conversazioni intercettate privi di significativa attinenza con il procedimento penale in corso.

L'Italia è stata, pertanto, condannata per violazione dell'art. 8 CEDU (*sub specie* di violazione del diritto al rispetto della vita privata) sotto un duplice profilo:

— per non avere assicurato efficacemente la custodia dei verbali delle conversazioni telefoniche intercettate e per non avere condotto, dopo l'indebita divulgazioni delle conversazioni intercettate, una indagine effettiva sul modo in cui queste comunicazioni private erano entrate in disponibilità della stampa;

— per non avere assicurato all'interessato la possibilità di ottenere lo 'stralcio' delle conversazioni intercettate di natura strettamente privata e processualmente irrilevanti.

## 2. Le ricadute delle applicazioni convenzionali nell'ordinamento interno

### 2.1. *Le intercettazioni ambientali tramite captatore informatico*

La giurisprudenza di legittimità <sup>(12)</sup> ha ritenuto che, ai fini dell'intercettazione di comunicazioni tra presenti, anche se intervenute in luoghi di privata dimora, eseguite mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico, non è necessaria la preventiva specifica individuazione ed indicazione di tali luoghi, e può prescindersi dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminosa in atto. A tal fine, ha ricordato che la necessità dell'indicazione di uno specifico luogo — quale condizione di

<sup>(12)</sup> Cass., S.U., 1° luglio 2016, n. 26889; conforme, Cass. 9 dicembre 2020, n. 35010, per la quale, in particolare, in tema di intercettazioni ambientali a mezzo di captatore informatico ("*trojan*"), il riferimento al luogo di svolgimento dell'intercettazione tra presenti non costituisce presupposto di autorizzabilità, necessario ai fini del rispetto dell'art. 8 CEDU secondo l'interpretazione della giurisprudenza della Corte EDU, essendo, in via alternativa, consentito far ricorso all'indicazione del destinatario di essa ed in considerazione altresì della natura dinamica ed "itinerante" della captazione, che prescinde dal riferimento ai luoghi.

legittimità dell'intercettazione — non risulta inserita né nell'art. 266, comma 2, c.p.p., nella formulazione all'epoca vigente (nella quale, con riferimento all'intercettazione di comunicazioni tra presenti, figura unicamente la previsione di una specifica condizione per la legittimità dell'intercettazione se effettuata in un luogo di privata dimora), né nella giurisprudenza della Corte EDU <sup>(13)</sup>, a parere della quale le garanzie minime che la legge nazionale deve apprestare nella materia delle intercettazioni riguardano:

- la predeterminazione della tipologia delle comunicazioni oggetto di intercettazione;
- la ricognizione dei reati che giustificano tale mezzo di intrusione nella *privacy*;
- l'attribuzione ad un organo indipendente della competenza ad autorizzare le intercettazioni con la previsione del controllo del giudice;
- la definizione delle categorie di persone che possono essere interessate;
- i limiti di durata delle intercettazioni;
- la procedura da osservare per l'esame;
- l'utilizzazione e la conservazione dei risultati ottenuti;
- l'individuazione dei casi in cui le registrazioni devono essere distrutte.

Tra le predette garanzie minime non rientra anche la specifica indicazione del luogo della captazione.

La stessa giurisprudenza sovranazionale conforta, quindi, l'interpretazione secondo la quale « nell'intercettazione tra presenti, compiuta con mezzi definibili “tradizionali”, il riferimento al luogo non integra un presupposto dell'autorizzazione, ma rileva solo limitatamente alla motivazione del decreto nella quale il giudice deve indicare le situazioni ambientali oggetto della captazione, e ciò solo ai fini della determinazione delle modalità esecutive del mezzo di ricerca della prova, che avviene mediante la collocazione fisica di microspie. Un'esigenza di questo tipo è invece del tutto estranea all'intercettazione per mezzo del c.d. virus informatico: la caratteristica tecnica di tale modalità di captazione prescinde dal riferimento al luogo, trattandosi di un'intercettazione ambientale per sua natura “itinerante” ».

Si è successivamente chiarito che i risultati delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti sono utilizzabili anche quando nel corso dell'ese-

---

<sup>(13)</sup> Cfr. Corte EDU, *Vetter c. Francia*, 31 maggio 2005, ric. n. 59842/00. Successivamente, Corte EDU, *G.C., Roman Zakharov c. Russia*, 4 dicembre 2015, ric. n. 47143/06, ha confermato che non è necessario indicare nel provvedimento autorizzativo delle intercettazioni i luoghi nei quali le stesse devono svolgersi, purché ne venga identificato il destinatario: questi due elementi sono, infatti, menzionati dalla Corte EDU in termini alternativi e non cumulativi.

cuzione intervenga una variazione dei luoghi in cui deve svolgersi la captazione, purché i nuovi luoghi rientrino nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata (nel caso esaminato, la captazione ambientale era stata trasferita dalla struttura carceraria oggetto di autorizzazione ad altra struttura detentiva presso la quale l'imputato era stato successivamente tradotto) <sup>(14)</sup>.

## 2.2. *L'intercettazione di comunicazioni telefoniche tra utenze estere, il cui flusso comunicativo transiti in territorio italiano*

Nessun dubbio sussiste in giurisprudenza sulla sussistenza della giurisdizione italiana, e conseguentemente sulla legittimità dell'autorizzazione alla captazione di comunicazioni telefoniche che si svolgano attraverso utenze estere tra interlocutori che si trovino al di fuori del territorio dello Stato, nei casi in cui il flusso comunicativo transiti comunque nel territorio italiano per il tramite del segmento della rete telefonica ivi presente <sup>(15)</sup>.

Il ricorso alla procedura dell'istradamento — cioè il convogliamento delle chiamate in partenza dall'estero in un nodo situato in Italia (e a maggior ragione di quelle in partenza dall'Italia verso l'estero, delle quali è certo che vengono convogliate a mezzo di gestore sito nel territorio nazionale) — è tradizionalmente ritenuto legittimo, perché non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto in tal modo tutta l'attività d'intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate viene interamente compiuta nel territorio italiano, mentre è necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria all'estero unicamente per gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni compiute all'estero e captate solo da un gestore straniero <sup>(16)</sup>; si è precisato che l'intercettazione ambientale a mezzo

<sup>(14)</sup> Cass. 7 maggio 2019, n. 19146.

<sup>(15)</sup> Cass. 17 maggio 2017, n. 24305: fattispecie di intercettazione di comunicazione fra due interlocutori, l'uno posizionato nell'isola di Malta e l'altro negli Emirati Arabi, in relazione alla quale è stata esclusa qualsiasi violazione dell'art. 8, par. 2, CEDU — nella parte in cui richiede che le disposizioni limitative siano accessibili alla persona interessata che deve poterne prevedere le conseguenze per sé —, per il rilievo che la presenza di una affidabile descrizione dei nodi della rete telefonica mondiale permette di prevedere che il passaggio dei dati trasmessi in occasione di una determinata connessione telefonica, attraverso il nodo posto nel territorio di uno stato diverso da quello di invio e ricezione, rende tecnicamente possibile e giuridicamente lecita la captazione.

<sup>(16)</sup> Cass. 31 marzo 2009, n. 13972; conformi, Cass. 19 febbraio 2015, n. 7643, con la precisazione che è necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria all'estero unicamente per gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni captate solo da un gestore straniero; Cass. 15 marzo 2016, n. 10788: in applicazione del principio, è stata ritenuta legittima l'intercettazione di attività di messaggistica cd. PIN to PIN effettuata in Italia tra



“captatore informatico” installato in Italia su telefono collegato ad un gestore nazionale, non richiede l’attivazione di una rogatoria internazionale per il solo fatto che le conversazioni siano eseguite in parte all’estero, e temporaneamente registrate tramite *wifi* locale, a causa dello spostamento dell’apparecchio sul quale è inoculato il “*malware*”, atteso che la captazione ha avuto origine e si è comunque realizzata in Italia, attraverso le centrali di ricezione presso la procura della Repubblica (17). Ed anche l’acquisizione della messaggistica, scambiata mediante sistema Blackberry, non necessita di rogatoria internazionale quando le comunicazioni siano avvenute in Italia, a nulla rilevando che per “decriptare” i dati identificativi associati ai codici PIN sia necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all’estero (18).

### 2.3. *Il c.d. “agente segreto attrezzato per il suono”*

Nell’ordinamento italiano, il problema della natura, documentale ovvero di intercettazione, della registrazione di conversazioni ad opera di uno degli interlocutori è stato compiutamente esaminato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza Torcasio (19), secondo la quale le intercettazioni regolate dagli artt. 266 ss. c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l’intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato; ne consegue che la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, anche se operatore di polizia giudiziaria, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l’autore può disporre legittimamente, anche a fini di

---

persone in possesso di apparecchi Blackberry, mediante immissione dei dati, trasmessi dalla società con sede in Italia, direttamente sulla memoria centralizzata installata nei locali della Procura della Repubblica; Cass. 30 settembre 2016, n. 40903.

(17) Cass. 22 ottobre 2020, n. 29362.

(18) Cass. 21 aprile 2016, n. 16670: fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto corretta l’attività di intercettazione del traffico telematico cd. “PIN to PIN”, svolta secondo le modalità di cui all’art. 266-*bis* c.p.p., relativa a comunicazioni registrate da terminale sito sul territorio italiano, rispetto alle quali la società canadese di gestione del traffico si era limitata a comunicare i dati in suo possesso che identificavano i possessori dei *nicknames* associati ai codici PIN monitorati.

(19) Cass., S.U., 24 settembre 2003, n. 36747.

prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234 c.p.p., salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa: ed, a tale proposito, si precisò che la registrazione fonografica effettuata clandestinamente da personale della polizia giudiziaria, rappresentativa di colloqui intercorsi tra il predetto personale ed i suoi confidenti, oppure con persone informate dei fatti ovvero soggetti indagati, non è utilizzabile come prova, « perché urta contro i divieti di cui agli artt. 63, comma 2, 191, 195, comma 4, e 203 c.p.p. ».

La decisione delle Sezioni Unite non affrontava espressamente il problema del c.d. “agente segreto attrezzato per il suono”, pur avendo affermato principi dai quali derivava che, nel predetto caso, nel quale la registrazione delle conversazioni è pur sempre operata da uno degli interlocutori, non si ha una “intercettazione”, e non trova quindi applicazione la disciplina dettata per le intercettazioni dagli artt. 266 ss. c.p.p.; d'altro canto, essendo in questo caso la registrazione operata da un privato, pur se su impulso della p.g. o con mezzi forniti da quest'ultima, la sua utilizzazione come documento *ex art.* 234 c.p.p. non troverebbe ostacolo nelle disposizioni che, al contrario, non ne consentono l'utilizzazione ove operata da appartenenti alla polizia giudiziaria.

Cionondimeno, in ordine al problema, si sono successivamente formati tre distinti orientamenti:

— l'orientamento sicuramente dominante ritiene, nel solco della sentenza Torcasio, che la registrazione della conversazione tra presenti è qualificabile quale prova documentale anche nell'ipotesi in cui sia stata effettuata da uno degli interlocutori su suggerimento o incarico della polizia giudiziaria, o con strumenti forniti da quest'ultima con la specifica finalità di precostituire una prova da far valere in giudizio <sup>(20)</sup>;

— altro orientamento (in contrasto — perlopiù inconsapevole — con la sentenza Torcasio, ma più rispettoso dell'orientamento della giurisprudenza convenzionale per il quale il contributo delle autorità ad una registrazione effettuata da un privato costituisce pur sempre un'ingerenza da parte di

---

<sup>(20)</sup> Cass. 31 ottobre 2007, n. 40332 (nella specie, la registrazione aveva avuto luogo attraverso una apparecchiatura — c.d. sistema “*bodycell*” — nascosta sul corpo di un collaboratore della polizia); conformi, Cass. 2 febbraio 2016, n. 4287; Cass. 30 novembre 2016, n. 50986; Cass. 26 gennaio 2017, n. 3851; Cass. 31 marzo 2021, n. 12347 (fattispecie in cui gli agenti di polizia giudiziaria avevano predisposto un servizio di appostamento in occasione dell'incontro della persona offesa — vittima di usura e richieste estorsive — con l'imputato nell'abitazione di quest'ultimo, ricevendo dalla medesima contezza di quanto registrato non appena uscita da detta abitazione e sulla base di ciò procedendo nell'immediatezza all'arresto dell'imputato); Cass. 24 ottobre 2022, n. 40148.

un'autorità pubblica nel godimento di un diritto convenzionalmente garantito dall'art. 8, par. 1, CEDU, che — in quanto tale — deve essere « prevista dalla legge », ovvero avere una base legale nel diritto interno, ed essere « accessibile » alla persona interessata e dalla stessa « prevedibile ») ritiene che la registrazione di conversazioni effettuata da un privato su impulso della polizia giudiziaria, e/o con mezzi dalla stessa forniti, non costituisce una forma di documentazione dei contenuti del dialogo, ma una vera e propria attività investigativa che comprime il diritto alla segretezza con finalità di accertamento processuale, in quanto tale richiedente un provvedimento dell'autorità giudiziaria <sup>(21)</sup>;

— un orientamento intermedio <sup>(22)</sup>, ribadito che la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite non costituisce documento, utilizzabile ai sensi dell'art. 234 c.p.p., ma rappresenta la documentazione di un'attività di indagine, ritiene che essa non implica la necessità di osservare le forme previste dagli artt. 266 e ss. c.p.p., ma richiede comunque un provvedimento motivato di autorizzazione del P.M.

La giurisprudenza costituzionale <sup>(23)</sup> aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 234 e 266 ss. c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 2, 15, 24 e 117, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui — secondo l'interpretazione accolta dalla Corte di cassazione, qualificata dal rimettente come “diritto vivente” — includono tra i documenti, anziché tra le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, sottraendole così alla disciplina stabilita per queste ultime o comunque non subordinandole ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, le registrazioni di conversazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate da uno degli interlocutori o dei soggetti ammessi ad assistervi, all'insaputa degli altri, d'intesa con la polizia giudiziaria ed eventualmente con strumenti da essa forniti, e comunque nell'ambito di un procedimento penale già avviato.

Secondo il Giudice delle Leggi, la questione era stata sollevata « sulla base di un erroneo presupposto interpretativo, in quanto l'asserita esistenza di un diritto vivente — secondo cui la registrazione occulta di una conversazione, effettuata da uno degli interlocutori o con il suo consenso, costituisce documento utilizzabile nel processo ai sensi dell'art. 234 c.p.p., anche

---

<sup>(21)</sup> Cass. 18 ottobre 2017, n. 48084: nella specie, le registrazioni fonografiche di conversazioni erano state occultamente effettuate dalla vittima del reato, d'intesa con la polizia giudiziaria ed attraverso strumenti di captazione dalla stessa forniti; conformi, Cass. 8 maggio 2015, n. 19158 (in fattispecie nella quale è stata ritenuta non sufficiente ai fini dell'utilizzabilità delle registrazioni la mera autorizzazione orale del P.M.), e Cass. 7 novembre 2012, n. 42939.

<sup>(22)</sup> Cass. 13 febbraio 2014, n. 7035.

<sup>(23)</sup> Corte cost. 3 novembre 2009, n. 320.

quando sia stata operata d'intesa con la polizia giudiziaria e con mezzi tecnici da essa forniti — risulta smentita sia da contrarie decisioni della Corte di legittimità, sia dai principi generali in materia processuale evocati dal rimettente»; in realtà, in presenza di plurimi orientamenti giurisprudenziali di segno diverso, non poteva dirsi esistente l'evocato diritto vivente, ed il rimettente mirava, nella sostanza, « ad ottenere dalla Corte un avallo ad un'interpretazione della norma censurata diversa da quella ritenuta non condivisibile, così evidenziando un uso improprio dell'incidente di costituzionalità ».

#### 2.4. *Lo stralcio delle conversazioni prive di interesse investigativo*

La disciplina che prevede lo stralcio delle conversazioni prive d'interesse investigativo e la loro successiva distruzione è dettata dagli artt. 268, comma 6, e 269, commi 1 e 2, c.p.p.

La giurisprudenza <sup>(24)</sup> ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari respinga la richiesta di copia integrale delle tracce foniche ed audiovisive, atteso che l'art. 268 c.p.p. non attribuisce un diritto indiscriminato all'estrazione di copia, bensì il diritto all'ascolto, finalizzato ad attivare il subprocedimento per la selezione delle registrazioni non manifestamente irrilevanti, di cui è consentita la riproduzione, previo stralcio di quelle delle quali è vietata l'utilizzazione, precisando che il terzo interessato (nella specie, la persona offesa in un procedimento penale collegato) non è legittimato all'ascolto delle conversazioni o comunicazioni intercettate e registrate, non essendo estensibile la nozione di "parte" di cui all'art. 269, comma 1, c.p.p. ai soggetti titolari solo di un interesse potenziale all'esercizio di tale facoltà <sup>(25)</sup>.

Ha, inoltre, chiarito che la decisione in ordine all'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche per violazione del segreto professionale *ex art.* 200 c.p.p., ed alla loro conseguente distruzione, ai sensi dell'art. 271, commi 2 e 3, c.p.p., può intervenire in ogni stato e grado del giudizio ad opera del giudice che procede, e non è impedita da eventuali decisioni in senso difforme in precedenza adottate, quantunque non impugnate, essendo l'inutilizzabilità rilevabile d'ufficio *ex art.* 191, comma 2, c.p.p. e, dunque, non lasciata alla disponibilità esclusiva delle parti <sup>(26)</sup>.

È stata ritenuta non abnorme l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari, all'esito dell'udienza camerale svolta nel contraddittorio

<sup>(24)</sup> Cass. 16 aprile 2019, n. 16583.

<sup>(25)</sup> Cass. 24 maggio 2021, n. 20639.

<sup>(26)</sup> Cass. 14 dicembre 2020, n. 35705.

delle parti, rigetti la richiesta del pubblico ministero di distruggere le intercettazioni effettuate in un procedimento definito con decreto di archiviazione, trattandosi di provvedimento che si colloca all'interno del sistema processuale e che non determina alcuna stasi del procedimento, e che, comunque, si rende necessario in considerazione dell'eventualità della successiva riapertura delle indagini <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> Cass. 7 aprile 2022, n. 13459 e 16 novembre 2022, n. 43477.

**II.**  
**I COMPORAMENTI DELLE FORZE DELL'ORDINE  
CONTRARI AL DIVIETO DI TORTURA O DI TRATTAMENTI  
INUMANI E DEGRADANTI**  
di *Sergio Beltrani* (\*)

**SOMMARIO:** 1. I comportamenti delle forze dell'ordine italiane contrari al divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti. — 1.1. Il caso *Bartesaghi Gallo, Azzolina, Blair c. Italia*. — 1.2. Il caso *Pennino c. Italia*. — 1.3. Il caso *Cirino e Renne c. Italia*. — 1.4. Il caso *Knox c. Italia*. — 2. Le ricadute nell'ordinamento interno: l'introduzione del reato di tortura. — 2.1. Le prime applicazioni giurisprudenziali.

**1. I comportamenti delle forze dell'ordine italiane contrari al divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti**

Negli ultimi anni, in più occasioni la Corte EDU ha condannato l'Italia per comportamenti delle sue forze dell'ordine contrari al divieto di tortura o di trattamenti inumani e degradanti.

1.1. *Il caso Bartesaghi Gallo, Azzolina, Blair c. Italia*

Il caso a Genova, in occasione del G8 del 2001 Bartesaghi-Gallo, Azzolina e Blair <sup>(1)</sup> riguarda i fatti avvenuti nella scuola Diaz-Pertini e nella caserma di Bolzaneto, in relazione ai quali l'Italia è stata dichiarata responsabile di plurime violazioni del divieto di tortura (art. 3 Convenzione per la salvaguarda dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, d'ora in poi CEDU), sia sotto il profilo procedurale (per un utilizzo della forza da parte delle forze di polizia ritenuto non coerente e non proporzionato rispetto allo scopo perseguito) che sotto il profilo procedurale (per violazione dell'obbligo dello Stato di condurre una inchiesta penale effettiva su quanto accaduto ed inadeguatezza della legislazione penale italiana in difetto nel diritto nazionale

---

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

(1) Corte EDU, *Bartesaghi Gallo, Azzolina, Blair c. Italia*, 22 giugno 2017, ric. n. 12131/13 e n. 43390/13.

— all'epoca — di un reato che sanzionasse la tortura come prevista dall'art. 3 CEDU).

Molti imputati erano stati tratti a giudizio per reati di lesioni dolose (per avere cagionato ai manifestanti accampati nell'edificio scolastico fratture agli arti, lesioni agli organi interni, ecchimosi di varia gravità ed altro), porto abusivo di armi da guerra e falso.

I ricorrenti — tutti partecipanti alle manifestazioni promosse dal *Genoa Social Forum* — si erano costituiti parte civile nel processo, ed avevano ottenuto in primo grado la condanna degli imputati al risarcimento dei danni per somme di importo variabile; queste statuizioni erano state confermate in appello ed in Cassazione; tuttavia, molti imputati non avevano riportato condanna a sanzioni penali, sia perché alcuni reati si erano prescritti, sia in conseguenza dell'applicazione dell'indulto del 2006; mancava, inoltre, nell'ordinamento interno una specifica incriminazione del reato di tortura; infine, i responsabili di tutto ciò non erano stati sottoposti a procedimento disciplinare.

La Corte EDU ha ribadito che l'art. 3 CEDU impone anche l'obbligo di sanzionare i responsabili delle predette violazioni e, conseguentemente, i ricorrenti potevano vantare un diritto alla giustizia che era stato loro negato.

### 1.2. *Il caso Pennino c. Italia*

Nel caso Pennino c. Italia <sup>(2)</sup>, riguardante l'utilizzo della forza da parte delle forze di polizia non giustificato dalla condotta della persona offesa, l'Italia ha riportato condanna per violazione dell'art. 3 CEDU, sia sotto il profilo sostanziale (in presenza di accertati trattamenti disumani o degradanti) che sotto il profilo procedurale (per mancanza di effettività dell'inchiesta svolta, viziata dall'incompletezza delle indagini).

### 1.3. *Il caso Cirino e Renne c. Italia*

Nel caso Cirino e Renne <sup>(3)</sup>, riguardante un contesto di violenze sistematiche e gravi privazioni materiali inflitte dagli agenti di custodia e frutto di una prassi generalizzata finalizzata a punire i detenuti, l'Italia ha riportato una ulteriore condanna per violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alla proibizione della tortura, sotto il profilo procedurale, per mancanza di effettività dell'inchiesta svolta in ordine ai fatti denunciati dai ricorrenti e ancora una volta per assenza nell'ordinamento interno — all'epoca — di una norma volta a sanzionare specificamente la tortura.

<sup>(2)</sup> Corte EDU, *Pennino c. Italia*, 12 ottobre 2017, ric. n. 21759/15.

<sup>(3)</sup> Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. n. 2539/13 e n. 4705/13.



#### 1.4. *Il caso Knox c. Italia*

Nel caso *Knox c. Italia* <sup>(4)</sup>, l'Italia ha riportato una ulteriore condanna per violazione — tra l'altro — dell'art. 3 CEDU.

Il caso è noto: il 6 novembre 2007, durante un interrogatorio della polizia, la ricorrente aveva accusato il gestore di un *pub* di avere ucciso la sua coinquilina; l'uomo fu successivamente dichiarato innocente e la ricorrente condannata a tre anni di reclusione per il reato di calunnia.

La Corte EDU ha riconosciuto l'esistenza di una violazione dell'art. 3 CEDU (proibizione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti) per l'assenza di un'inchiesta effettiva in grado di far luce sui fatti e sulle responsabilità, con riguardo alle presunte violazioni delle quali la ricorrente aveva denunciato di essere stata vittima durante la custodia cautelare del 6 novembre 2007; è stata, peraltro, esclusa la pure denunciata violazione dell'art. 3, sotto il profilo materiale, in assenza di elementi che dimostrassero l'effettività degli asseriti trattamenti inumani o degradanti.

Esulano dall'ambito di questo studio i profili inerenti alle violazioni denunciate e ritenute dell'art. 6 CEDU.

## 2. **Le ricadute nell'ordinamento interno: l'introduzione del reato di tortura**

I comportamenti oggetto di doglianza in relazione ai casi appena riepilogati risultavano già penalmente rilevanti all'epoca dei rispettivi fatti, *sub specie* di arresto illegale (art. 606 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), percosse (art. 581 c.p.), lesioni personali aggravate (artt. 582 ss. c.p.), omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p.), omesse denunce (artt. 361 ss. c.p.), oltre che di falso (artt. 476 ss. c.p.).

L'art. 1 della legge n. 110 del 2017 ha successivamente introdotto nel codice penale l'articolo 613-*bis* c.p., ai sensi del quale,

« Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

(4) Corte EDU, *Knox c. Italia*, 24 gennaio 2019, ric. n. 76577/13.

Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo ».

Ai sensi dell'art. 3 CEDU, « Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti ».

Merita di essere ricordato che l'Italia aveva ratificato, con la legge n. 489 del 1988, la Convenzione dell'ONU contro la tortura del 1984, che obbligava espressamente i Paesi sottoscrittori ad incriminare la condotta di tortura come reato autonomo e specifico, definendo la tortura come: « 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 inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure 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 ».

Attraverso l'introduzione del reato di tortura, l'ordinamento italiano ha, pertanto, sia pur tardivamente ottemperato agli obblighi internazionali assunti, soddisfacendo al tempo stesso le reiterate sollecitazioni rivolte dalla stessa Corte EDU.

Il soggetto attivo del reato è "chiunque": si tratta, pertanto, di un reato comune, non di un reato proprio (come al contrario lo configurava la menzionata definizione della "tortura" accolta dalla Convenzione ONU).

Si è, in proposito, osservato che « L'aver prescelto la figura comune (e l'aver invece confinato la qualità di pubblico ufficiale nell'ipotesi aggravata del comma 2 della nuova disposizione) appare rispondere alla logica dell'ordinamento CEDU sugli obblighi procedurali. Lo Stato sottoscrittore non

solo non deve torturare chicchessia — esso, tramite i propri agenti — ma deve (nei limiti del possibile) evitare che altri lo faccia » <sup>(5)</sup>.

Quanto all'elemento oggettivo, « la novella approvata individua una condotta che solo apparentemente è causalmente orientata (“cagiona acute sofferenze o un verificabile trauma”); in realtà, appare piuttosto come un reato di evento a condotta vincolata, poiché si deve trattare, alternativamente, di comportamenti reiterati o di fatti che costituiscano trattamenti inumani e degradanti. Nel descrivere quest'ultima modalità della condotta punita, peraltro, la legge n. 110 del 2017 richiede che il trattamento sia inumano “e” degradante, laddove invece la CEDU contempla la disgiuntiva “o”. Inoltre, la condotta che cagiona l'acuta sofferenza o il verificabile trauma deve consistere in violenze o minacce gravi. Circa l'evento cagionato, parrebbe che la sofferenza acuta e il trauma verificabile, a ogni modo, non debbano consistere necessariamente in lesioni dal punto di vista medico-legale, visto che in tal caso scatterebbero le diverse aggravanti previste dal testo di legge. L'accertamento del fatto appare piuttosto complesso, per l'abbondanza di requisiti richiesti » <sup>(6)</sup>.

Quanto all'elemento soggettivo, « il dolo è generico, mentre nella definizione della Convenzione ONU esso appare specifico » <sup>(7)</sup>.

### 2.1. *Le prime applicazioni giurisprudenziali*

Il delitto di tortura è stato configurato dal legislatore come reato eventualmente abituale, potendo essere integrato da più condotte violente, gravemente minatorie o crudeli, reiterate nel tempo, oppure da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona; per l'integrazione del reato nella sua forma abituale sono sufficienti due condotte, reiterate anche in un minimo lasso temporale <sup>(8)</sup>.

La crudeltà della condotta si concretizza in presenza di un comportamento eccedente rispetto alla normalità causale, che determina nella vittima sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore particolarmente riprovevole dell'autore del fatto <sup>(9)</sup>.

Ai fini della ricorrenza delle “acute sofferenze fisiche”, quale evento del delitto di tortura previsto dall'art. 613-*bis* c.p., non è necessario che la vittima

<sup>(5)</sup> Avvocatura della Camera dei deputati. Osservatorio sulle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Quaderno n. 14* – anno 2017.

<sup>(6)</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>(7)</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>(8)</sup> Cass. 20 novembre 2019, n. 47079.

<sup>(9)</sup> Cass. 11 dicembre 2019, n. 50208: fattispecie in cui le reiterate aggressioni ai danni di una vittima inerme, eseguite in tempo di notte e facendo irruzione nella sua abitazione, con

abbia subito lesioni <sup>(10)</sup>; il “trauma psichico verificabile” previsto dall’art. 613-*bis* c.p. non deve necessariamente tradursi in una sindrome duratura da “trauma psichico strutturato” (PTSD) e può consistere anche in una condizione critica temporanea che risulti, per le sue caratteristiche, non integrabile nel pregresso sistema psichico della vittima, sì da minacciarne la coesione mentale e di tale condizione la norma richiede l’oggettiva riscontrabilità, che non esige necessariamente l’accertamento peritale, né l’inquadramento in categorie nosografiche predefinite, potendo assumere rilievo anche gli elementi sintomatici ricavabili dalle dichiarazioni della vittima, dal suo comportamento successivo alla condotta dell’agente e dalle concrete modalità di quest’ultima <sup>(11)</sup>.

Per la verifica della condizione di “minorata difesa” della vittima, richiesta dall’art. 613-*bis* c.p. onde identificare una delle categorie dei possibili soggetti passivi del delitto, vanno valorizzate le condizioni personali, ambientali o temporali che facilitino l’azione criminale e rendano effettiva la signoria o il controllo dell’agente sulla vittima, agevolando il depotenziamento, se non l’annullamento, delle capacità di reazione di quest’ultima; in particolare, la vulnerabilità della vittima va valutata in relazione al momento in cui l’aggressione viene perpetrata, e non già con riferimento alla possibilità di una reazione successiva, come quella che potrebbe consistere nella denuncia dei fatti <sup>(12)</sup>.

La locuzione “mediante più condotte” va riferita non solo ad una pluralità di episodi reiterati nel tempo, ma anche ad una pluralità di contegni violenti tenuti nel medesimo contesto cronologico <sup>(13)</sup>; anche quando il reato assuma forma abituale, per l’integrazione dell’elemento soggettivo non è richiesto un dolo unitario, consistente nella rappresentazione e deliberazione

---

l’utilizzo di corpi contundenti, accompagnate da urla di scherno e immortalate attraverso videoriprese, sono state ritenute.

<sup>(10)</sup> Cass. 11 dicembre 2019, n. 50208.

<sup>(11)</sup> Cass. 20 novembre 2019, n. 47079: in applicazione del principio, è stata confermata la decisione cautelare che aveva ritenuto integrato l’evento in parola dalla sindrome da “evitamento”, ricostruita dal giudice sulla base dello stato di profonda prostrazione in cui la vittima era stata ridotta, per essersi trovata “in balia di un branco di piccoli criminali, privato della sua dignità e incapace di opporre la pur minima resistenza”.

<sup>(12)</sup> Cass. 11 dicembre 2019, n. 50208; conforme, Cass. 20 novembre 2019, n. 47079 (in fattispecie nella quale assumevano rilievo il disturbo psichiatrico ed il disagio esistenziale della vittima, auto-emarginatasi dal contesto sociale, che aveva ripetutamente subito presso la propria dimora le violente incursioni notturne dei ricorrenti).

<sup>(13)</sup> Cass. 11 dicembre 2019, n. 50208.

iniziali del complesso delle condotte da realizzare, ma è sufficiente la coscienza e volontà, di volta in volta, delle singole condotte <sup>(14)</sup>.

Il delitto di sequestro di persona (art. 605 c.p.) è assorbito in quello di tortura, nonostante la diversa oggettività giuridica, nella misura in cui la condotta di privazione della libertà personale della vittima connota parte della condotta torturante, agevolando la realizzazione del fine ultimo, perseguito dall'agente, di inflizione alla medesima di un supplizio, mentre si configura il concorso tra i due reati nel caso in cui la privazione della libertà personale si protragga oltre il tempo necessario al compimento degli atti di tortura <sup>(15)</sup>.

Infine, in tema di esigenze cautelari, rispetto al reato di tortura, reato comune a base violenta, si è ritenuto che la sospensione disciplinare dal rapporto di lavoro non sia idonea a elidere l'attualità del pericolo di reiterazione, in ragione sia della natura interinale del provvedimento amministrativo, sia della finalità di salvaguardia di interessi pubblici concernenti il rapporto di servizio, da questa perseguita <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Cass. 4 febbraio 2020, n. 4755: fattispecie nella quale è stata confermata la decisione con la quale era stata ritenuta la configurabilità del reato nei confronti di un minore che aveva partecipato ad alcune soltanto delle numerose irruzioni notturne effettuate da un gruppo di coetanei presso l'abitazione della vittima.

<sup>(15)</sup> Cass. 17 gennaio 2022, n. 1729.

<sup>(16)</sup> Cass. 16 marzo 2022, n. 8970: in motivazione, si è, inoltre, evidenziato che, nei reati contro la pubblica amministrazione, è, invece, richiesta un'adeguata motivazione circa l'irrelevanza del provvedimento disciplinare, trattandosi di illeciti che richiedono un rapporto qualificato tra l'autore, ormai estraneo all'amministrazione, e il bene giuridico tutelato.



**III.**  
**IL DIRITTO AL RISPETTO DEL DOMICILIO IN CASO  
DI PERQUISIZIONI**  
di *Sergio Beltrani* (\*)

**SOMMARIO:** 1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni. — 1.1. Il caso *Brazzi c. Italia*. — 2. L'ordinamento interno prima della c.d. "Riforma Cartabia". — 3. Le questioni di costituzionalità dell'ordinamento interno. — 4. La giurisprudenza costituzionale d'interesse: cenni. — 5. La giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza *Brazzi*. — 5.1. La possibilità di far valere le proprie ragioni in sede di cognizione. — 5.2. L'adeguatezza della possibilità di ricorrere in caso di abnormità dell'atto di perquisizione domiciliare. — 5.3. Illegittimità della perquisizione domiciliare ed illegittimità del successivo sequestro. — 6. La dottrina. — 7. Alcune riflessioni. — 8. La sopravvenuta risoluzione del problema: la modifica introdotta dalla c.d. "Riforma Cartabia".

**1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni**

La giurisprudenza della Corte EDU <sup>(1)</sup> riconosce che la necessità di assicurare gli elementi di prova necessari nell'ambito di un procedimento penale può legittimare deroghe all'inviolabilità del domicilio, purché nel rispetto dei parametri indicati dall'art. 8, par. 2, Convenzione per la salvaguarda dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), ovvero:

- a) in presenza di una "base legale";
- b) per il perseguimento di uno degli scopi indicati dalla norma convenzionale;
- c) se la deroga risulti "necessaria in una società democratica": a tal fine, occorre ulteriormente valutare la rispondenza della misura adottata ad una pressante esigenza sociale, nonché la sua proporzionalità rispetto alle esigenze perseguite.

Quanto all'esistenza di una base legale, si richiede che la disposizione che deroga all'inviolabilità del domicilio sia:

---

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

(1) Corte EDU, *McLeod c. Regno Unito*, 23 settembre 1998, ric. n. 24755/94 § 52.



- accessibile;
- prevedibile;
- compatibile con lo Stato di diritto.

Ciò comporta la necessità che il diritto interno offra garanzie adeguate contro le perquisizioni domiciliari arbitrarie e contro gli abusi eventualmente commessi nel corso di esse, e, specificamente, l'esistenza di un controllo effettivo sulla loro ritualità e compatibilità con le garanzie convenzionali <sup>(2)</sup>.

A prescindere dai principi affermati in riferimento al contenuto del decreto di perquisizione <sup>(3)</sup> ed alla possibile rilevanza della natura del reato oggetto di indagini preliminari <sup>(4)</sup>, è importante evidenziare che, nei casi in cui l'ordinamento interno consenta l'esecuzione di perquisizioni domiciliari senza la previa autorizzazione di un giudice, la giurisprudenza convenzionale ritiene che un'adeguata forma di tutela contro i possibili abusi degli agenti di polizia sia data dalla facoltà di ottenere un riesame giudiziario *a posteriori* della legittimità e della necessità della misura, oltre che dell'operato degli agenti stessi <sup>(5)</sup>.

Nella valutazione della "necessità" della misura e della sua "proporzionalità", la giurisprudenza convenzionale <sup>(6)</sup> attribuisce rilievo anche alla fase del procedimento nella quale viene eseguita la perquisizione domiciliare, dovendo all'uopo considerarsi:

- a) le circostanze nelle quali viene disposta la perquisizione, considerando se via sia stata, o meno, una precedente acquisizione di ulteriori fonti di prova;
- b) il contenuto e le finalità dell'ordine di perquisizione, avendo riguardo anche al luogo nel quale essa deve essere eseguita ed alle modalità di esecuzione, nonché all'eventuale presenza di "osservatori" indipendenti;
- c) la misura delle sue eventuali ripercussioni sulla reputazione della persona interessata e conseguentemente sull'attività lavorativa da essa svolta;
- d) l'esistenza di un adeguato controllo sulla misura.

In particolare, si è osservato che la perquisizione domiciliare eseguita nelle fasi iniziali del procedimento deve offrire garanzie adeguate e sufficienti, onde evitare che essa venga strumentalizzata per fornire alle autorità inquirenti elementi compromettenti riguardanti soggetti non ancora identificati come possibili indiziati di reato <sup>(7)</sup>.

<sup>(2)</sup> Corte EDU, *Brazzi c. Italia*, 27 settembre 2018, ric. n. 57278/11, §§ 39-41.

<sup>(3)</sup> Corte EDU, *Modestou c. Grecia*, 18 settembre 2017, ric. n. 51693/13, § 45.

<sup>(4)</sup> Corte EDU, *Sher ed altri c. Regno Unito*, 20 ottobre 2015, ric. n. 5201/11, § 174 s.

<sup>(5)</sup> Corte EDU, *Bostan c. Moldavia*, 8 dicembre 2020, ric. n. 52507/09.

<sup>(6)</sup> Corte EDU, *Brazzi c. Italia*, cit., § 41.

<sup>(7)</sup> Corte EDU, *Modestou c. Grecia*, cit., § 43 s.

### 1.1. *Il caso Brazzi c. Italia*

Nel caso *Brazzi c. Italia* <sup>(8)</sup> la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU in riferimento ad una perquisizione domiciliare disposta dal pubblico ministero nello stesso giorno dell'iscrizione del ricorrente nel registro degli indagati per il reato di evasione fiscale (procedimento definito appena due mesi dopo con l'archiviazione del procedimento per insussistenza del fatto), ed eseguita dalla Guardia di Finanza nonostante la massima disponibilità già dimostrata dall'interessato (che non si trovava sul luogo della perquisizione) nei confronti degli operanti impegnati nella verifica fiscale in atto.

Pur prendendo atto che la misura aveva una ben determinata "base legale", la Corte EDU ha osservato che il diritto nazionale non offriva sufficienti garanzie contro l'arbitrarietà della perquisizione e gli abusi eventualmente commessi nel corso di essa, in quanto, in assenza di un successivo provvedimento di sequestro, la perquisizione di per sé non era impugnabile, e quindi nessun giudice poteva essere adito dall'interessato per esaminarne la legittimità e la necessità; si è, in particolare, affermato che, pur tenendo conto del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati contraenti, « la Corte deve aumentare la vigilanza quando il diritto nazionale autorizza le autorità a condurre una perquisizione senza un mandato giudiziario preliminare: la protezione delle persone da attacchi arbitrari da parte delle pubbliche autorità ai diritti sanciti dall'art. 8 richiede che tali poteri siano rigorosamente inquadrati dal punto di vista giuridico e limitati » <sup>(9)</sup>.

## 2. L'ordinamento interno prima della c.d. "Riforma Cartabia"

Come evidenziato dalla Corte EDU nel caso *Brazzi*, l'ordinamento interno non prevedeva, all'epoca, *prima facie*, rimedi impugnatori, in assenza di un successivo provvedimento di sequestro, contro la perquisizione domiciliare: proprio in riferimento al predetto caso, la Corte di cassazione <sup>(10)</sup>, nel solco di un orientamento pacifico <sup>(11)</sup>, aveva ribadito che era inammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto di perquisizione domiciliare non seguito da sequestro, precisando che, in tali casi, non risultava esperibile il ricorso per cassazione previsto dall'art. 111, comma 7, Cost., in quanto il decreto di perquisizione domiciliare del pubblico ministero non seguito da

<sup>(8)</sup> Corte EDU, *Modestou c. Grecia*, cit., § 44; Corte EDU, *Brazzi c. Italia*, cit., § 42.

<sup>(9)</sup> Corte EDU, *Brazzi c. Italia*, cit., § 42.

<sup>(10)</sup> Cass. 8 marzo 2011, n. 8999.

<sup>(11)</sup> Cass., S.U., 29 gennaio 1997, n. 23; conformi, successivamente, Cass. 16 febbraio 2002, n. 6502; Cass. 17 maggio 2004, n. 23101; Cass. 15 dicembre 2005, n. 45532.

sequestro non ha natura decisoria e, diversamente dalle perquisizioni personali, non incide sulla libertà personale; residuava, per l'interessato, la possibilità di far valere in sede disciplinare l'eventuale inosservanza di norme o la violazione dei limiti che disciplinano la perquisizione.

Il rigore di questo orientamento era stato, peraltro, in parte mitigato da una decisione di poco successiva <sup>(12)</sup>, a parere della quale il decreto con cui il P.M. convalida la perquisizione domiciliare eseguita d'urgenza dalla Polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 352 c.p.p., pur di per sé non ricorribile per cassazione, poteva diventarlo nel caso in cui fosse qualificabile come atto abnorme: all'esito di un'interpretazione conforme sia all'art. 14 Cost. che all'art. 8 CEDU, si ritenne che, sebbene il concetto di "abnormità" fosse in linea di massima riferibile ai soli provvedimenti giurisdizionali, e non anche a quelli del P.M., in quanto atti di parte, tale criterio non potesse essere applicato « in relazione a quei provvedimenti del P.M. che incidono direttamente su diritti costituzionalmente garantiti — quale il diritto alla inviolabilità del domicilio rispetto al decreto del p.m. di convalida della perquisizione eseguita in via d'urgenza dalla polizia giudiziaria — poiché l'ordinamento non potrebbe giustificare che rimanga senza alcuna tutela il diritto di libertà del singolo che dovesse risultare compresso da una iniziativa procedimentale adottata in assenza di alcun potere o in totale difformità dai canoni di legge ».

Nel caso concreto, si esclude, peraltro, che ricorresse una ipotesi di abnormità: si osservò, infatti, che « le specifiche modalità di esecuzione della perquisizione domiciliare, nella fattispecie apparse funzionali alla realizzazione dello scopo contingente — dato che gli ufficiali di polizia giudiziaria avevano rilevato nell'immobile *de quo* delle potenziali anomalie planimetriche e dimensionali, tali da far pensare alla costruzione di un apposito *bunker* ove il ricercato si sarebbe potuto nascondere — avrebbero potuto astrattamente comportare responsabilità in altra sede, ma non anche determinare l'abnormità dell'atto ».

L'orientamento è stato, in seguito, più volte ribadito, ma alla stregua di una mera enunciazione di principio, non essendo mai stata in concreto ravvisata l'abnormità dell'atto <sup>(13)</sup>.

### 3. Le questioni di costituzionalità dell'ordinamento interno

La Corte costituzionale non è mai stata chiamata a valutare la legittimità

<sup>(12)</sup> Cass. 27 novembre 2012, n. 46250.

<sup>(13)</sup> Cass. 21 marzo 2014, n. 13229; Cass. 21 giugno 2018, n. 28770; Cass. 21 giugno 2018, n. 28771; Cass. 13 marzo 2019, n. 11181.

costituzionale dell'impossibilità di impugnare una perquisizione domiciliare, in assenza di un successivo provvedimento di sequestro.

La Corte di cassazione <sup>(14)</sup> ritenne manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale della disciplina concernente le perquisizioni ed il sequestro probatorio disposti dal Pubblico Ministero, in relazione agli art. 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevedeva alcun preventivo controllo giurisdizionale, osservando che i principi del giusto processo e della parità delle armi tra difesa ed accusa, recepiti dal novellato art. 111 Cost., attengono alla fase del "processo" e non a quella delle indagini preliminari, laddove la perquisizione ed il sequestro probatorio, finalizzati al riscontro della *notitia criminis* ed all'eventuale raccolta degli elementi di prova, non rientrano nell'ambito del "processo", e non hanno natura cautelare come il sequestro preventivo, e per tali ragioni non devono conformarsi ai principi dell'art. 111 Cost.

Una successiva decisione <sup>(15)</sup> dichiarò manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 247 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 14, 15, 24, 97 e 111 Cost., nonché 117 Cost. in relazione agli artt. 6 e 8 CEDU ed all'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione stessa, nella parte in cui non consentivano il ricorso al tribunale del riesame avverso i decreti che dispongono la perquisizione locale: si osservò, in proposito, 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, ed inoltre che tale garanzia non si estende a limitazioni diverse da quelle indicate dall'art. 111, comma 7, Cost.

#### 4. La giurisprudenza costituzionale d'interesse: cenni

Pur non essendo mai stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'impossibilità di impugnare una perquisizione domiciliare, in assenza di un successivo provvedimento di sequestro, la Corte costituzionale <sup>(16)</sup> ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 13, comma 2, e 14, comma 2, Cost., l'art. 103, comma 3, d.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui non prevede che anche le perquisizioni personali e domiciliari autorizzate per telefono debbano essere convalidate.

Premesso che la disposizione censurata si collocava nel novero delle numerose norme speciali che attribuiscono alla polizia giudiziaria il potere di

<sup>(14)</sup> Cass. 5 dicembre 2002, n. 40974.

<sup>(15)</sup> Cass. 4 settembre 2003, n. 35049.

<sup>(16)</sup> Corte cost. 21 ottobre 2020, n. 252.

compiere perquisizioni e ispezioni d'iniziativa in casi diversi ed ulteriori rispetto a quelli disciplinati dagli artt. 352 e 354 c.p.p., onde realizzare una più efficace attività tanto di prevenzione quanto di repressione dei traffici illeciti di stupefacenti, si è osservato che essa, nel caso in cui consentiva al PM di autorizzare oralmente l'esecuzione di perquisizioni, senza necessità di una successiva documentazione formale delle ragioni per le quali l'autorizzazione era stata rilasciata, si rivelava incompatibile con i parametri di cui agli artt. 13, comma 2, e 14, comma 2 Cost., evocati dal rimettente, in virtù dei quali le perquisizioni personali — al pari delle ispezioni personali e di ogni altra restrizione della libertà personale — e quelle domiciliari — oltre che alle ispezioni e ai sequestri — possono essere disposte solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria: « un'autorizzazione telefonica — che, di per sé, non lascia alcuna traccia accessibile delle sue ragioni, né per l'interessato né per il giudice — non tutela infatti il diritto della persona che subisce la perquisizione a conoscere — così da poterle, all'occorrenza, anche contestare — le ragioni per quali è stata disposta una limitazione dei suoi diritti fondamentali alla libertà personale e domiciliare, perché i motivi per i quali essa è stata consentita restano nel chiuso di un colloquio telefonico tra pubblico ministero e polizia giudiziaria. Nella specie, la soluzione con il più immediato aggancio nella disciplina vigente — essendo questo offerto, in pratica, dalla stessa norma censurata — è quella di richiedere che anche la perquisizione autorizzata telefonicamente debba essere convalidata, entro il doppio termine delle quarantotto ore. Ovviamente, anche in questo caso rimane ferma la facoltà del legislatore di introdurre, nella sua discrezionalità, altra, e in ipotesi più congrua, disciplina della fattispecie, purché rispettosa dei principi costituzionali ».

Si è precisato, inoltre, che l'intervento della Corte costituzionale non poteva trovare ostacolo nella circostanza che, in linea astratta, fossero prospettabili plurime soluzioni alternative per evitare un vuoto normativo conseguenza di una pronuncia di accoglimento: « a fronte della violazione di diritti costituzionali, infatti, l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore e idonee, quindi, a porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, ferma restando la facoltà del legislatore di intervenire con scelte diverse. Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale, poiché posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa — tanto più se attinente a diritti fondamentali — la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio ».

## 5. La giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza Brazzi

I possibili effetti della sentenza Brazzi della Corte EDU nell'ordinamento interno sono stati esaminati da numerose decisioni della Corte di cassazione.

### 5.1. *La possibilità di far valere le proprie ragioni in sede di cognizione*

La prima decisione che ha valutato le possibili implicazioni della sentenza Brazzi, premesso che quest'ultima afferma la necessità di un controllo giurisdizionale sulla perquisizione domiciliare anche in difetto di un successivo sequestro, ha osservato che « questo controllo, necessario e obbligatorio, può, però, intervenire *ex post*. Invero la Corte EDU pone come obbligatorio un completo controllo giurisdizionale, ma lo stesso non deve necessariamente intervenire fuori dal procedimento principale (nel procedimento incidentale di riesame, nel nostro caso) ma nella sede naturale (il giudizio di merito) »<sup>(17)</sup>.

In applicazione del principio, in un caso nel quale il tribunale del riesame aveva dichiarato la carenza d'interesse dell'indagato a proporre istanza di riesame per la restituzione di beni appartenenti ad una s.r.l. terza, e l'indagato aveva presentato ricorso affermando che il suo interesse prescindeva dalla restituzione dei beni in sequestro, ma risiedeva nell'esigenza processuale « di evitare che l'oggetto in sequestro entri a far parte del materiale probatorio utilizzabile », la Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso per carenza d'interesse, poiché quello specificamente dedotto andava coltivato in sede di cognizione.

### 5.2. *L'adeguatezza della possibilità di ricorrere in caso di abnormalità dell'atto di perquisizione domiciliare*

La decisione più significativa, quanto alle possibili ricadute della sentenza Brazzi nell'ordinamento interno, è stata assunta da Cass. 20 maggio 2020, n. 15537.

La ricorrente impugnava il decreto con il quale il Procuratore della Repubblica aveva convalidato la perquisizione del suo domicilio eseguita, con esito negativo, ai sensi dell'art. 41 T.U.L.P.S., dalla Squadra Mobile, Sezione criminalità organizzata, denunciando violazione degli artt. 13 e 14 Cost., nonché 203, comma 1-*bis*, 352, 355, comma 2, c.p.p. in relazione agli artt. 125, comma 3, c.p.p. e 41 T.U.L.P.S., dolendosi in particolare, per quanto assume rilievo in questa sede:

---

<sup>(17)</sup> Cass. 27 febbraio 2019, n. 8533; conforme, anche quanto all'applicazione, Cass. 11 gennaio 2021, n. 532.

— dell'avvenuta convalida di una perquisizione eseguita sulla base di fonte confidenziale non specificata, così avallandosi un comportamento illegittimo della polizia giudiziaria, perché posto in essere in violazione dell'art. 203, comma 1-*bis*, c.p.p., che prevede l'inutilizzabilità, anche nelle fasi diverse dal dibattimento, delle notizie fornite da informatori della polizia che non siano stati interrogati né assunti a sommarie informazioni;

— dell'abnormità del provvedimento impugnato, per evidente deviazione rispetto al modello legale, in quanto né il verbale di perquisizione né il decreto di convalida evidenziavano la sussistenza di indizi.

Osservava, a sostegno delle proprie doglianze, che la circostanza che la perquisizione fosse stata effettuata — e successivamente convalidata — sulla base di notizie apprese da fonte confidenziale comportava che il decreto impugnato fosse stato adottato in una situazione processuale diversa da quella configurata dalla legge, cioè al di fuori dei casi stabiliti, non potendo l'iniziativa della polizia giudiziaria essere giustificata da meri sospetti, ma dovendo trovare la sua legittimazione nell'esistenza di un dato oggettivo che costituisca "notizia anche per indizio", ossia in un fatto obiettivamente certo o in più fatti certi e concordanti tra loro; evidenziava, inoltre, che anche un'attività investigativa infruttuosa sul piano processuale, come la perquisizione non seguita da sequestro, è suscettibile di provocare nocumento per chi la subisce, incidendo su beni costituzionalmente tutelati, quale il domicilio, inteso come estrinsecazione della libertà personale, come peraltro riconosciuto dalla Corte EDU nel caso *Brazzi c. Italia*, e dalla stessa giurisprudenza di legittimità, che ritiene il decreto di convalida della perquisizione ricorribile per cassazione laddove lo stesso sia qualificabile come atto abnorme.

Chiedeva, in via subordinata, per il caso che fosse confermata l'inopugnabilità del provvedimento, che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 568, comma 2, c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 8 CEDU.

La Corte di cassazione ha ribadito, in applicazione del più generale principio della tassatività delle impugnazioni e degli atti soggetti a tale strumento di verifica, che sia il decreto di perquisizione locale adottato dal pubblico ministero, sia quello di convalida (ove l'atto sia stato eseguito per ragioni di urgenza dalla polizia giudiziaria), non sono suscettibili di impugnazione, neppure per motivi di legittimità, « perché si tratta di provvedimenti che non hanno natura decisoria sicché non sono coperti dalla garanzia costituzionale del doppio grado di giudizio, fornita dall'art. 111, comma 7, Cost. per gli atti aventi natura — anche solo sostanziale — di sentenza e che, non essendo idonei ad attentare all'intangibilità della libertà personale del destinatario, non possono dirsi provvedimenti "sulla libertà personale" ».

Diversamente da quanto vale per il decreto che dispone la perquisizione personale, il decreto che dispone o convalida la perquisizione domiciliare



« non è sottoponibile a gravame o a *querela nullitatis*, se non nei limiti in cui possa avere avuto riflessi sul sequestro, ossia nei limiti di un'indagine strumentale alla verifica della legittimità del sequestro medesimo. È stato, infatti, osservato che l'irritualità della perquisizione, quando riscontrata, non dà luogo ad ipotesi di nullità, ma solo, se ravvisabili, a rilievi disciplinari, né ad ipotesi di inutilizzabilità, non potendo essere qualificato come inutilizzabile un mezzo di ricerca della prova, ma solo la prova stessa. Epperò, il procedimento acquisitivo assume rilevanza, ai fini dell'utilizzabilità della prova, se la sua manifesta illegittimità lo ponga completamente al di fuori del parametro normativo di riferimento, quando cioè la sua difformità dal modello legale sia di per sé "rivelatrice di una lesione concreta o potenziale dei diritti soggettivi, oggetto di specifica tutela costituzionale" ».

Si è aggiunto che, « quando una perquisizione sia stata effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e non "nei casi" e "modi" stabiliti dalla legge, si è in presenza di un mezzo di ricerca della prova che non è più compatibile con la tutela di diritti soggettivi che, per la loro stessa rilevanza costituzionale, "reclama(no) e giustifica(no) la più radicale sanzione di cui l'ordinamento processuale dispone, e cioè l'inutilizzabilità della prova così acquisita in ogni fase del procedimento" (18). L'illegittimità della ricerca della prova, dunque, quando assuma le dimensioni conseguenti ad una palese violazione delle norme poste a tutela dei diritti soggettivi irrinunciabili, non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che quella ricerca ha consentito di acquisire, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, comma 1, c.p.p., nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti ».

Si è, pertanto, concluso, richiamando e ribadendo l'orientamento espresso dalla sentenza Albanese (19), secondo il quale « per le medesime ragioni, in mancanza del successivo sequestro e impregiudicata restando la reazione dell'ordinamento al vizio della perquisizione attraverso l'eventuale applicazione di sanzioni disciplinari (art. 124 c.p.p., art. 16 disp. att. c.p.p.) o penali (art. 323, 615, 61, comma 1, n. 9, c.p.) per colui o per coloro che ne sono stati gli autori, anche il decreto che ha disposto o convalidato la perquisizione, risultata infruttuosa, deve ritenersi ricorribile per cassazione, laddove lo stesso sia qualificabile come *abnorme* ».

Questa possibile forma di tutela ha implicitamente (pur in difetto di una espressa motivazione sul punto) indotto la Corte a disattendere il dubbio di

(18) Per questa affermazione di principio, cfr. anche Cass., S.U., 16 maggio 1996, n. 5021.

(19) Cass. 27 novembre 2012, n. 46250.

costituzionalità manifestato dalla ricorrente; nel caso di specie, peraltro, è stata esclusa l'abnormità dell'atto impugnato, perché non avulso dal sistema processuale e non adottato in difformità del modello prescritto dalla legge, ossia fuori dei casi consentiti <sup>(20)</sup>.

### 5.3. *Illegittimità della perquisizione domiciliare ed illegittimità del successivo sequestro*

Due decisioni “gemelle” <sup>(21)</sup>, entrambe riguardanti casi nei quali i ricorrenti sostenevano — in conseguenza delle più recenti evoluzioni della giurisprudenza sovranazionale, ed in particolare della sentenza Brazzi — che l'asserita illegittimità della perquisizione avrebbe dovuto comportare l'illegittimità derivata del sequestro, hanno ritenuto irrilevanti le questioni relative all'asserita invalidità della perquisizione, osservando che « la ormai

---

<sup>(20)</sup> A tale riguardo, la Corte di cassazione, pur avendo ammesso che:

— la denuncia anonima o confidenziale non soltanto non costituisce elemento di prova, ma neppure integra *notitia criminis*, sicché l'accusa non può procedere, sulla sola base di essa, a perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche, trattandosi di atti che implicano e presuppongono l'esistenza di indizi di reità;

— la perquisizione non può tradursi in un improprio mezzo di ricerca della notizia di reato, costituendo invece un mezzo di ricerca delle prove di un determinato reato;

— l'attività di perquisizione necessita di un provvedimento motivato nel quale deve essere indicato il *thema probandum*, ossia il reato per il quale si procede nei suoi dati normativi specifici e con riferimento agli elementi essenziali del fatto e agli indizi che convergono nell'accreditare la probabilità che l'oggetto da ricercare si trovi nel luogo oggetto di perquisizione,

ha ritenuto che tali principi non si attagliassero al caso in esame, poiché l'impugnata perquisizione era stata eseguita ai sensi dell'art. 41 R.D. n. 773 del 1931 (che prevede la possibilità per la polizia giudiziaria di compiere perquisizioni di iniziativa quando abbia comunque notizia, anche se per indizio, della presenza in un determinato luogo di armi e munizioni abusivamente detenute). Ha, in particolare, precisato che tale facoltà, derivante da norma di legge con connotazione marcatamente derogatoria, « certamente non può essere esercitata sulla base di un mero sospetto, che può trarre origine anche da un personale convincimento; essa presuppone l'esistenza di un dato indiziante, teso a rappresentare la presenza dell'arma in un determinato luogo, ma non richiede che tale dato sia stato raccolto conformemente ai modelli procedurali del codice di rito, sicché è pacifica in giurisprudenza la considerazione del possibile utilizzo, a tal fine, di informazioni fornite da fonti confidenziali ».

Alla luce di tali principi, si è concluso che « del tutto conferente alla situazione specifica, posto che l'attività di perquisizione volta alla ricerca di armi fu eseguita “a seguito di notizia confidenziale pervenuta da fonti ritenute attendibili” (così il verbale di perquisizione, testualmente trascritto in ricorso nella parte di interesse), appare essere la motivazione del provvedimento impugnato che ha convalidato la perquisizione, dando atto della sussistenza delle condizioni di legge ».

<sup>(21)</sup> Cass. 18 febbraio 2022, n. 5810; Cass. 18 febbraio 2022, n. 5811.

costante giurisprudenza di questa Corte è pacificamente orientata nel senso della affermazione del principio di diritto secondo il quale “la nullità del provvedimento di perquisizione non si trasmette a quello di sequestro delle cose rinvenute nel corso della sua esecuzione, né determina l’inutilizzabilità a fini di prova delle stesse” » (22).

## 6. La dottrina

Il problema della non impugnabilità del decreto di perquisizione domiciliare non seguito da un sequestro è stato tradizionalmente discusso in dottrina, anche prima della sentenza Brazzi.

A prescindere dai contributi di quanti hanno ritenuto necessaria, per colmare la lacuna *de qua*, una modifica normativa, merita di essere segnalata l’opinione secondo la quale il decreto di perquisizione, nei predetti casi, sarebbe immediatamente ricorribile per Cassazione, costituendo l’inviolabilità del domicilio una *species* del *genus* “libertà personale”: questa interpretazione sarebbe legittimata dall’art. 111, comma settimo, Cost., che dovrebbe ritenersi recepito, a livello di legge ordinaria, dall’art. 568, comma 2, c.p.p., ed assicurerebbe una copertura costituzionale alla possibilità di ricorrere per Cassazione contro tutti i provvedimenti *de libertate*; a conferma di tale assunto, si osserva anche che il rinvio operato dall’art. 14, comma secondo, Cost. alle “garanzie prescritte per la tutela della libertà personale” andrebbe inteso alla stregua di un rinvio globale a tutte le garanzie poste a tutela della libertà personale, ivi compresa quella riguardante il controllo di legalità in ordine ai provvedimenti restrittivi della libertà personale, *ex* art. 111, comma 7, Cost. (23).

In tal modo, sarebbe possibile accedere ad una interpretazione convenzionalmente orientata della predetta norma codicistica, tenendo conto anche del sopravvenuto orientamento espresso dalla Corte EDU in riferimento al caso Brazzi.

Altro orientamento ritiene non determinante il controllo di merito attuabile in sede d’impugnazione, purché, in presenza di deviazioni ed abusi, trovino effettiva applicazione, a chi se ne sia reso responsabile, le sanzioni penali e disciplinari previste, nel primo caso, dagli artt. 609 e 615 c.p., e, nel secondo caso, dall’art. 124 c.p.p. (24).

(22) In tal senso, cfr. Cass. 12 luglio 2018, n. 32009; Cass. 13 giugno 2011, n. 23674; Cass. 13 luglio 1998, n. 3287.

(23) R. MALVASI, *Sub art. 247 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. CONSO e G. ILLUMINATI, Padova, 2015, 967.

(24) P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, 209.

Il rilievo, pure autorevolmente formulato <sup>(25)</sup>, che il ricorso per Cassazione, non avendo funzione inibitoria, non potrebbe comunque eliminare quanto accaduto ed il nocumento personale subito, non ci sembra poter legittimare l'assunto che gli autori degli abusi debbano restare impuniti.

In sede di commento alla decisione è emessa dalla Corte EDU in riferimento al caso Brazzi, si è evidenziato che « sul punto specifico dei possibili rimedi effettivi, occorre comunque prendere atto che, allo stato, la giurisprudenza della Corte EDU, limitandosi a fornire delle indicazioni di carattere generale, non chiarisce con certezza quale tipo di rimedio possa costituire un *redressement approprié*; non viene chiarito, in particolare, se questo possa essere sempre individuato in un rimedio di natura processuale che consenta al soggetto destinatario di una perquisizione domiciliare di far valere le proprie doglianze, quanto alla legalità e necessità della misura, dinanzi ad una giurisdizione terza rispetto a quella che l'ha disposta. Si tratta di una questione lasciata aperta dalla Corte di Strasburgo che non si pronuncia sul punto, dovendosene dedurre che viene affidato innanzitutto alle autorità nazionali il compito di colmare la ritenuta lacuna del sistema » <sup>(26)</sup>.

## 7. Alcune riflessioni

La sentenza Brazzi aveva limitato la sua disamina del diritto interno alle norme all'epoca vigenti che, come fin qui evidenziato, non contemplavano rimedi esperibili *ex ante* sulla legalità e necessità della perquisizione domiciliare, né, quanto meno *prima facie*, rimedi impugnatori esperibili *ex post*, nel caso in cui la perquisizione domiciliare fosse rimasta "infruttuosa", ovvero non fosse culminata in un sequestro.

La Corte EDU non aveva, peraltro, considerato la possibile incidenza, sul predetto quadro, dell'orientamento giurisprudenziale interno che ammetteva pacificamente l'impugnabilità del decreto di perquisizione "infruttuoso" nei casi in cui esso costituisse un "atto abnorme": la sentenza Brazzi non menzionava, infatti, tale orientamento, e non è dato sapere se ciò era avvenuto perché il collegio non ne era stato portato a conoscenza, o perché lo avesse ritenuto del tutto irrilevante ai fini della decisione.

Il predetto rimedio, pur residuale, poteva, in realtà, rivelarsi idoneo a tutelare la garanzia dell'inviolabilità del domicilio, atteso che, fuori dai casi in cui il decreto di perquisizione fosse stato legittimamente emesso ed eseguito,

<sup>(25)</sup> P. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012.

<sup>(26)</sup> D. CARDAMONE, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?* in *Questione giustizia* on line.

i pregiudizi che l'interessato avrebbe potuto far valere costituivano proprio e soltanto manifestazioni dell'abnormità dell'atto, concretizzandosi nel fatto che la perquisizione domiciliare subita fosse priva di base legale, ovvero non fosse legittimata da alcuna disposizione, e risultasse, quindi, abusiva, ovvero che essa fosse stata eseguita con modalità concrete eccedenti le sue legittime finalità.

## 8. La sopravvenuta risoluzione del problema: la modifica introdotta dalla c.d. “Riforma Cartabia”

L'art. 12 d. lgs. n. 150 del 2022 (c.d. “Riforma Cartabia”) ha introdotto nel codice di rito il nuovo art. 252-*bis* (rubricato: “Opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero”), in vigore, in difetto di una normativa transitoria *ad hoc*, dal 30/12/2022, in ossequio al principio *tempus regit actum*; la nuova disposizione, fuori dai casi nei quali alla perquisizione sia seguito il sequestro (nei quali continuano ad essere esperibili gli ordinari mezzi d'impugnazione previsti in relazione a quest'ultima misura cautelare reale), consente all'indagato ed alla persona nei cui confronti sia stata disposta od eseguita la perquisizione, di proporre opposizione contro il decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero.

Secondo la dottrina, quanto alla legittimazione all'opposizione, « pur se la formulazione potrebbe lasciare intendere che l'indagato sia sempre abilitato a proporre l'opposizione, la norma va correttamente interpretata nel senso che il soggetto legittimato è solo ed esclusivamente il destinatario della perquisizione e, quindi, colui che può lamentare la violazione di un interesse personale alla correttezza dell'attività investigativa, sia esso l'indagato o un terzo »; in realtà, quindi, come chiarito dalla Relazione di accompagnamento allo schema di d. lgs. delegato, « l'opposizione può essere proposta solo dal soggetto che abbia subito la perquisizione, anche se diverso dall'indagato »<sup>(27)</sup>.

La citata dottrina ha anche espresso dubbi sulla sussistenza, sempre e comunque, di un interesse “concreto ed attuale” dell'opponente ad una verifica giurisdizionale circa la legittimità della perquisizione cui non consegua alcun effetto ulteriore; argomentando in tal senso, si finirebbe, tuttavia, con l'abrogare implicitamente la nuova previsione, di tal che sembra più corretto ritenere che l'opposizione *de qua* sia legittimata anche soltanto dall'interesse a far valere — a prescindere da ulteriori utilità di natura

<sup>(27)</sup> P. DI GERONIMO, *Il controllo giurisdizionale sulla legittimità della perquisizione*, in AA.VV., *La riforma del sistema penale. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, a cura di A. BASSI e C. PARODI, Milano, 2022, 135.

processuale — l'illegittimità della perquisizione, la cui declaratoria, peraltro, potrebbe essere propedeutica all'esperimento di azioni risarcitorie in sede civile od all'inoltro di esposti in sede disciplinare.

Sull'opposizione, che va proposta a pena di decadenza entro dieci giorni dalla data di esecuzione del provvedimento o dalla diversa data nella quale l'interessato abbia avuto conoscenza dell'avvenuta perquisizione, il giudice (da intendersi come il giudice che procede, ovvero perlopiù il g.i.p.) provvede a norma dell'art. 127 c.p.p., accogliendo l'opposizione quando accerti che la perquisizione è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge (cfr., per la disciplina generale in tema di casi e forme delle perquisizioni, art. 247 c.p.p.).

Il rinvio alle forme di cui all'art. 127 c.p.p. sembrerebbe legittimare, ex art. 127, comma 7, c.p.p., la ricorribilità per cassazione del provvedimento con il quale il giudice abbia deciso in ordine all'opposizione <sup>(28)</sup>.

Analogo rimedio è stato introdotto dall'art. 17, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 150 del 2022, attraverso l'inserimento di un nuovo comma 4-*bis* all'interno dell'art. 352 c.p.p., nei confronti delle perquisizioni non seguite da sequestro effettuate dagli ufficiali di polizia giudiziaria, che siano state convalidate dal pubblico ministero.

Si è inteso in tal modo, in ossequio al criterio di delega di cui all'art. 1, comma 24, l. n. 134 del 2021, adeguare l'ordinamento interno al *dictum* della sentenza Brazzi, pur se alla dottrina non sono apparse ben chiare le conseguenze dell'accoglimento dell'opposizione: « l'interrogativo che sorge spontaneo rispetto a tale rimedio è la finalità che si persegue: il giudice, infatti, si limita ad accogliere l'opposizione. Ma il provvedimento è destinato a rimanere privo di conseguenze concrete » <sup>(29)</sup>.

In proposito, nella Relazione illustrativa <sup>(30)</sup> si chiarisce che la nuova disciplina risulta « calibrata in modo da soddisfare pienamente l'interesse dell'opponente all'accertamento dell'illegittimità della perquisizione subita, senza tuttavia sfociare nell'invalidazione processuale del decreto oggetto di opposizione (e/o delle relative risultanze) », in accordo con il consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale « l'eventuale illegittimità dell'atto di perquisizione compiuto ad iniziativa della polizia giudiziaria non comporta effetti invalidanti sul successivo sequestro del corpo del reato [...], o delle cose pertinenti al reato, che costituisce un atto dovuto a norma dell'art.

<sup>(28)</sup> In tal senso, in dottrina, P. DI GERONIMO, *op. cit.*, 138.

<sup>(29)</sup> M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *Sist. pen.* on line, 2022, 50.

<sup>(30)</sup> P. 268.

253, comma 1, c.p.p.; né effetti invalidanti sulla utilizzabilità del medesimo atto in funzione probatoria » <sup>(31)</sup>.

In argomento, la Relazione n. 2/2023 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione sulla Riforma Cartabia ipotizza che « il verbale di perquisizione negativa, nonostante la ritenuta arbitrarietà, potrebbe conservare profili di utilizzabilità, ad esempio in relazione alla descrizione dello stato dei luoghi operata dal verbalizzante, ovvero alla documentazione di ciò che è avvenuto in sua presenza durante le fasi dell'esecuzione » <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Cass. 27 ottobre 2021, n. 38605.

<sup>(32)</sup> M. TORIELLO, in AA.VV., *Relazione n. 2/2023 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione sulla Riforma Cartabia*, 55.





IV.  
**IL DIRITTO AD UN RICORSO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO  
NEI CONFRONTI DELLE MISURE PRIVATIVE  
DELLA LIBERTÀ**  
di *Sergio Beltrani* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il diritto alla libertà ed alla sicurezza nella Convenzione EDU. — 1.1. Il primo caso *Rizzotto c. Italia*. — 1.2. Il caso *Rizzotto c. Italia* (n. 2). — 2. Le ricadute dei casi *Rizzotto c. Italia* nella giurisprudenza di legittimità. — 2.1. Il primo caso *Rizzotto c. Italia*. — 2.2. Il caso *Rizzotto c. Italia* (n. 2).

**1. Il diritto alla libertà ed alla sicurezza nella Convenzione EDU**

L'art. 5 Convenzione per la salvaguarda dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU) garantisce il diritto alla libertà ed alla sicurezza; in particolare, secondo il par. 4, "Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima".

Secondo la giurisprudenza convenzionale:

a) la garanzia dell'art. 5 comporta che le persone arrestate o detenute hanno diritto ad una verifica del rispetto delle esigenze procedurali e di merito necessarie alla « regolarità » ed alla « legittimità » della loro privazione della libertà <sup>(1)</sup>; tale analisi deve potersi concludere a breve termine, e con una decisione che ponga fine alla detenzione, ove la stessa si riveli illegittima <sup>(2)</sup>;

b) anche l'art. 5, par. 4, come le altre disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli addizionali, va interpretato in modo tale che i diritti da esso sanciti non siano teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi <sup>(3)</sup>;

---

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

(1) Corte EDU, *Brogan ed altri c. Regno Unito*, 29 novembre 1988, ric. n. 11386/85, § 65.

(2) Corte EDU, *G.C., Musial c. Polonia*, 25 marzo 1999, ric. n. 24557/94, § 43.

(3) Corte EDU, *Artico c. Italia*, 13 maggio 1980, ric. n. 6694/74, § 33.

c) deve essere prevista, con un grado sufficiente di certezza, una via di ricorso contro ogni provvedimento limitativo della libertà personale, poiché, in caso contrario, verrebbero meno l'accessibilità e l'effettività della tutela offerta dall'art. 5 (4);

d) l'art. 5, par. 4, non obbliga gli Stati contraenti ad istituire un doppio grado di giudizio per l'esame delle domande di scarcerazione; tuttavia, uno Stato che tale doppio grado di giudizio preveda deve, in linea di principio, accordare ai detenuti le stesse garanzie, tanto in prima istanza quanto nelle successive fasi d'impugnazione, e l'esigenza del rispetto del "breve termine" entro cui decidere costituisce una di tali garanzie (5); inoltre, anche se un detenuto abbia presentato diverse domande di scarcerazione, l'art. 5 non conferisce alle autorità un "margine di apprezzamento" nella valutazione di quali di esse vadano trattate più rapidamente e quali meno, perché tutti i procedimenti devono soddisfare l'esigenza della definizione in "breve termine" (6);

e) la procedura prevista in ossequio all'art. 5, par. 4, non deve sempre prevedere garanzie identiche a quelle che l'articolo 6, par. 1, CEDU prescrive per le controversie civili o penali, in quanto le due disposizioni perseguono scopi diversi (7), ma deve prevedere comunque una garanzia di natura giudiziaria, la sola adeguata tenuto conto della natura della privazione della libertà lamentata;

f) per determinare se una procedura offra tali garanzie, si deve avere riguardo alle particolari circostanze nelle quali essa si svolge (8); deve, in particolare, tenersi conto dello svolgimento generale del procedimento e della misura in cui i ritardi risultino attribuibili alla condotta del ricorrente o dei suoi legali; tuttavia, essendo in gioco la libertà dell'individuo, lo Stato deve fare in modo che il procedimento si svolga nel minor tempo possibile (9), ed, in ogni caso, tale procedura deve rispettare, per quanto possibile, le esigenze fondamentali di un processo (10);

g) la prima garanzia fondamentale che deriva dall'articolo 5, par. 4, è il diritto di essere effettivamente sentito dal giudice cui sia stato presentato un

---

(4) Corte EDU, *Sakık ed altri c. Turchia*, 26 novembre 1997, ric. nn. 23878/94 e seguenti.

(5) Corte EDU, *Singh c. Rep. Ceca*, 25 gennaio 2005, ric. n. 60538/00, § 74.

(6) Corte EDU, *Naranjo Hurtado c. Italia*, 3 luglio 2007, ric. n. 16508/04, § 34.

(7) Corte EDU, *Reinprecht c. Austria*, 15 novembre 2005, ric. n. 67175/01, § 39.

(8) Corte EDU, *G.C., Sanchez-Reisse c. Svizzera*, 21 ottobre 1986, ric. n. 9862/82, § 55.

(9) Corte EDU, *Rapacciolo c. Italia*, 9 maggio 2005, § 32.

(10) Corte EDU, *Schöps c. Germania*, 13 febbraio 2001, ric. n. 25116/94, § 44.

ricorso avverso un provvedimento che ne disponga la detenzione <sup>(11)</sup>; per le persone detenute nelle condizioni previste dall'articolo 5, par. 1, lett. c) (ovvero in stato di custodia cautelare), l'art. 5, par. 4, esige che sia tenuta un'udienza in contraddittorio <sup>(12)</sup>, il che presuppone normalmente che l'interessato sia rappresentato da un difensore ed abbia la possibilità, se del caso, di citare e interrogare dei testimoni <sup>(13)</sup>.

### 1.1. *Il primo caso Rizzotto c. Italia*

Nel primo caso Rizzotto c. Italia <sup>(14)</sup>, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5, par. 4, CEDU.

Il ricorrente si doleva del fatto che gli organi giudiziari italiani non avessero deciso "entro breve termine" la sua istanza di riesame riguardante la legittimità della sua detenzione cautelare; questa, nella ricostruzione della Corte, la durata dei procedimenti *de quibus*:

a) circa undici giorni per il riesame avverso l'ordinanza di custodia cautelare in carcere (chiesto in data 2 luglio 2004 e deciso il 14 luglio 2004, ma con ordinanza notificata al difensore un mese e nove giorni dopo);

b) circa sei mesi per il ricorso per cassazione;

c) circa quattro mesi per la decisione del giudice del rinvio (intervenuta in data 24 ottobre 2005).

La Corte EDU ha premesso che lo stesso ricorrente aveva ammesso che il procedimento in sede riesame aveva rispettato l'esigenza del "breve termine"; quanto alle fasi successive del subprocedimento di impugnazione cautelare, ha evidenziato che il ricorrente aveva proposto il ricorso per cassazione il 13 settembre 2004 e che la Corte di cassazione si era pronunciata su di esso solo il 16 marzo 2005, che il testo della sentenza della Corte di cassazione era stato depositato in cancelleria il 28 giugno 2005, e che il procedimento di rinvio si era concluso solo il 24 ottobre 2005.

In casi esaminati in precedenza, la Corte EDU aveva concluso per il mancato rispetto dell'esigenza del "breve termine" ai sensi dell'articolo 5, par. 4, in presenza di ritardi di ventitré e diciassette giorni <sup>(15)</sup>; nel caso in esame, si trattava di periodi di tempo pari, rispettivamente, a circa sei mesi e quattro mesi; per tale ragione, la Corte ha ritenuto che i ritardi denunciati dal ricorrente fossero eccessivi, ed ha aggiunto che l'innegabile complessità

<sup>(11)</sup> Corte EDU, *Knebl c. Rep. Ceca*, 28 ottobre 2010, ric. n. 20157/05, § 81.

<sup>(12)</sup> Corte EDU, *Kampanis c. Grecia*, 13 luglio 1995, ric. n. 17977/91, § 47.

<sup>(13)</sup> Corte EDU, *Kampanis c. Grecia*, 13 luglio 1995, ric. n. 17977/91, § 47.

<sup>(14)</sup> Corte EDU, *G.C., Rizzotto c. Italia*, 23 aprile 2008, ric. n. 15349/06.

<sup>(15)</sup> Corte EDU, *Kadem c. Malta*, 9 gennaio 2003, ric. n. 55263/00, §§ 43-45.

del caso (il ricorrente era stato posto in custodia cautelare in carcere per associazione per delinquere e traffico di stupefacenti) non poteva giustificare la durata totale del procedimento sotto accusa; i predetti ritardi andavano imputati alle autorità, dato che nulla dimostrava che il ricorrente avesse, in qualsiasi modo, ritardato l'esame dei suoi ricorsi.

In Cassazione, il provvedimento impugnato dal Rizzotto — nelle more detenuto in carcere — era stato annullato con rinvio limitatamente alle esigenze cautelari, e, ciononostante, erano stati necessari più di tre mesi per redigere la pur stringata motivazione.

### 1.2. *Il caso Rizzotto c. Italia (n. 2)*

Anche nel secondo caso Rizzotto c. Italia <sup>(16)</sup>, la Corte EDU ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5, par. 4, CEDU.

Il medesimo ricorrente, destinatario, circa sei anni dopo, di una nuova ordinanza di custodia cautelare in carcere perché ritenuto implicato in alcuni traffici di droga, non rintracciato, e conseguentemente dichiarato latitante, si doleva questa volta del fatto che l'istanza di riesame presentata dal suo difensore di fiducia dopo il suo arresto fosse stata dichiarata inammissibile, in quanto il ricorrente aveva già esercitato il suo diritto di impugnazione attraverso l'istanza di riesame presentata dal difensore d'ufficio, nominatogli dopo essersi reso latitante.

La Corte EDU, chiamata a stabilire se l'ordinamento giuridico interno offrisse al ricorrente strumenti procedurali tali da assicurare che la garanzia di cui all'art. 5, par. 4, fosse rispettata, ha evidenziato che non erano in discussione i fatti che l'avvocato che fu nominato d'ufficio dalle autorità per rappresentare il ricorrente nel procedimento decise di impugnare l'ordinanza di custodia cautelare all'insaputa del suo cliente (in quel momento latitante), e che il ricorrente non ebbe l'occasione di comunicare con tale avvocato e di esporre le proprie argomentazioni a sostegno della domanda di scarcerazione; inoltre, il ricorrente non era mai stato sentito dal tribunale del riesame di Palermo che aveva deliberato sulla legittimità della sua detenzione.

Trascurando inopinatamente il fatto che il ricorrente si era posto volontariamente in stato di latitanza, e che quindi si era volontariamente sottratto alla possibilità di essere sentito dai giudici che avevano prima disposto, poi confermato, la sua detenzione cautelare, e non considerando, inoltre, che altrettanto volontariamente egli aveva ritenuto di non designare un difensore di fiducia che potesse rappresentarlo nel subprocedimento cautelare, la Corte EDU ha osservato che il ricorrente non aveva avuto la possibilità di

---

<sup>(16)</sup> Corte EDU, *Rizzotto c. Italia* (n. 2), 5 settembre 2019, ric. n. 20983/12.

sostenere personalmente in un qualsiasi momento la domanda volta a ottenere la sua scarcerazione, che era stata presentata dinanzi al tribunale del riesame, e che la nomina di un avvocato di ufficio non garantisce di per sé l'efficacia dell'assistenza che questi può fornire all'imputato <sup>(17)</sup>, occorrendo, piuttosto, che l'interessato, al quale il sistema italiano accorda la garanzia — supplementare rispetto a quelle previste dalla Convenzione — di essere rappresentato da un difensore nominato d'ufficio ancora prima dell'esecuzione della misura cautelare, abbia potuto effettivamente comunicare, in maniera libera e riservata, con il suo avvocato allo scopo di discutere della causa ed organizzare la difesa.

La Corte EDU non ha, peraltro, spiegato in qual modo ciò possa accadere, e quale obbligo possa ritenersi violato dallo Stato, nei casi in cui l'interessato si renda latitante.

Secondo la Corte EDU, il mero *status* di « latitante », fondato su una presunzione priva di base fattuale sufficiente, non comporta la rinuncia a difendersi <sup>(18)</sup>; per ritenere che un imputato abbia implicitamente rinunciato, con il proprio comportamento, ad un diritto importante dal punto di vista dell'art. 6 CEDU, è necessario stabilire che egli avrebbe potuto ragionevolmente prevedere le conseguenze del comportamento in questione, e, comunque, non deve essere l'imputato a dover dimostrare che non intendeva sottrarsi alla giustizia, o che la sua assenza era dovuta a un caso di forza maggiore <sup>(19)</sup> e, nella fattispecie in esame, nessun elemento del fascicolo permetteva di concludere che il ricorrente avesse cercato di sottrarsi alla giustizia o avesse rinunciato in maniera inequivocabile al suo diritto di difesa.

D'altro canto, il Governo italiano non aveva escluso che la giurisprudenza nazionale potesse evolversi nel senso di permettere agli imputati latitanti, nei confronti dei quali fosse stata emessa una misura privativa della libertà, di proporre impugnazione anche nell'ipotesi in cui un ricorso fosse stato presentato in precedenza, a loro insaputa, da un avvocato nominato d'ufficio: « la Corte osserva del resto che il legislatore italiano ha riconosciuto che il diritto della difesa prevale sulle necessità dell'amministrazione della giustizia riformando le norme processuali che regolano il processo a carico delle persone irreperibili ».

<sup>(17)</sup> Corte EDU, *Artico c. Italia*, cit.; Corte EDU, G.C., 2 novembre 2010, caso *Sakbnovski c. Russia*, ric. n. 21272/03, § 95.

<sup>(18)</sup> Corte EDU, *Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, ric. n. 9024/80, § 28; Corte EDU, G.C., *Sejdovic c. Italia*, 1° marzo 2006, ric. n. 56581/00, § 87.

<sup>(19)</sup> Corte EDU, *Sejdovic*, cit., § 88.

Escluso che potesse sostenersi l'eccepito mancato esaurimento delle vie di ricorso interne <sup>(20)</sup>, si è concluso « che il rimedio previsto dall'articolo 309 c.p.p. non abbia offerto al ricorrente delle garanzie adeguate », e che vi era stata violazione dell'art. 5, par. 4, CEDU, « 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 ».

## 2. Le ricadute dei casi *Rizzotto c. Italia* nella giurisprudenza di legittimità

### 2.1. *Il primo caso Rizzotto c. Italia*

La decisione del primo caso Rizzotto, che aveva valorizzato una serie di disfunzioni non attribuibili all'impianto normativo all'epoca vigente, non ha avuto ricadute; va ricordato che, ai sensi dell'art. 311 c.p.p., i ricorsi in materia cautelare vanno decisi in Cassazione nel termine (ordinatorio, ma comunque previsto, e la cui ingiustificata violazione potrebbe comportare conseguenze disciplinari) di trenta giorni dalla ricezione degli atti, e che le circolari interne raccomandano la massima sollecitudine nel deposito delle relative sentenze, soprattutto se di annullamento con rinvio.

### 2.2. *Il caso Rizzotto c. Italia (n. 2)*

La decisione della Corte di cassazione che avrebbe poi costituito oggetto del secondo caso Rizzotto <sup>(21)</sup> aveva inteso dare continuità all'orientamento all'epoca dominante, secondo il quale la definizione della procedura dell'istanza di riesame proposta dal difensore di fiducia o di ufficio nell'interesse dell'imputato preclude a quest'ultimo, una volta intervenuta la relativa decisione, non solo la possibilità di adire autonomamente il tribunale del riesame, ma anche quella di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione: il principio dell'unicità del diritto all'impugnazione vale anche per i procedimenti *de libertate*, per cui "l'esaurimento del

<sup>(20)</sup> Il Governo aveva dedotto che il ricorrente:

— non aveva impugnato il rigetto della sua successiva richiesta di scarcerazione *ex art.* 299 c.p.p., disposizione che, peraltro, secondo la Corte, non avrebbe permesso al ricorrente di essere sentito sui motivi da lui addotti a sostegno della sua domanda di revoca della misura che aveva disposto la sua incarcerazione;

— non aveva presentato richiesta di restituzione nel termine *ex art.* 175, comma 1, c.p.p.

Secondo la Corte EDU, tuttavia, il Governo convenuto non aveva prodotto alcun esempio dimostrativo del fatto che una tale azione fosse stata intentata con successo in circostanze simili a quelle della causa in oggetto.

<sup>(21)</sup> Cass. 11 ottobre 2011, n. 36711.



mezzo per primo scelto dalla parte o dal suo difensore consuma il diritto all'impugnazione anche da parte dell'altro soggetto legittimato, dato che esso è pur sempre funzionalmente diretto ad un risultato a favore dell'indagato e non al conseguimento di un interesse pertinente al solo difensore, con la conseguenza che esso non può essere reiterato in presenza di una decisione che ha provveduto sull'impugnazione altrimenti proposta" (22). D'altro canto, le Sezioni Unite (23) avevano già affermato la consumazione dell'impugnazione nell'interesse dell'imputato contumace da parte del difensore d'ufficio, e se il principio valeva per le sentenze, *a fortiori* doveva valere per le misure cautelari, tanto più che all'indagato è consentito richiedere in qualunque momento la revoca della misura, con facoltà di proporre appello avverso la pronuncia di rigetto dell'istanza, cosicché non sarebbe stato profilabile alcun limite al diritto di difesa.

Il predetto orientamento non aveva, peraltro, considerato che nel 2009 la Corte costituzionale (24) aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 24, 111, comma 1, e 117, comma 1, Cost., l'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non consentiva la restituzione dell'imputato, che non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato. Ed in quella occasione, « premesso che il bilanciamento tra il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo deve tener conto dell'intero sistema delle garanzie processuali, per cui rileva esclusivamente la durata del "giusto" processo, quale complessivamente delineato in Costituzione, mentre un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata », e che « un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo certamente non lede gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali », il Giudice delle Leggi aveva ritenuto che la censurata disposizione violasse il diritto alla difesa e al contraddittorio dell'imputato contumace inconsapevole: « infatti, la misura ripristinatoria della rimessione in termini, prescelta dal legislatore, per avere effettività, non può essere "consumata" dall'atto di un soggetto, il difensore (normalmente

---

(22) Cass. 16 settembre 2008, n. 36745.

(23) Cass., S.U., 31 gennaio 2008, n. 6026.

(24) Corte cost. 3 novembre 2009, n. 317.

nominato d'ufficio, in tali casi, stante l'assenza e l'irreperibilità dell'imputato), che non ha ricevuto un mandato *ad hoc* e che agisce esclusivamente di propria iniziativa. L'esercizio di un diritto fondamentale non può essere sottratto al suo titolare, che può essere sostituito solo nei limiti strettamente necessari a sopperire alla sua impossibilità di esercitarlo e non deve trovarsi di fronte all'effetto irreparabile di una scelta altrui, non voluta e non concordata, potenzialmente dannosa per la sua persona ».

Pur dando atto di essere abilitata ad intervenire in materia nei limiti imposti dall'esigenza di tutelare un diritto fondamentale, ma di non potere, tuttavia, incidere sulla conformazione del processo contumaciale, che spetta al legislatore, la Corte costituzionale aveva concluso affermando che la sua decisione, « attenendo alla sola preclusione formale individuata dal diritto vivente e derivante dall'esistenza di una pregressa impugnazione, non modifica[va] i presupposti fissati dalla legge per l'accesso del contumace inconsapevole al meccanismo di garanzia ».

In ossequio ai principi enucleabili dalla predetta decisione della Corte costituzionale, e tenendo, al tempo stesso, conto delle censure espresse dalla Corte EDU all'indirizzo dell'ordinamento interno in riferimento al secondo caso Rizzotto, la giurisprudenza di legittimità si è successivamente orientata nel senso che il Tribunale del riesame delle misure cautelari non può 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 c.p.p. (che conferisce ad entrambi la facoltà di adire il tribunale della libertà, prevedendo una differenziata decorrenza dei termini per impugnare), sia dell'intervenuto superamento del principio di unicità dell'impugnazione <sup>(25)</sup>.

Per altro verso, si è anche chiarito, in tema di impugnazioni in materia cautelare, che il difensore dell'imputato latitante od evaso non può rinunciare al gravame da questi proposto, in quanto detto atto non costituisce un'esplorazione di tutela difensiva, ma richiede una manifestazione di volontà dell'interessato, da esprimere in prima persona o tramite un procuratore speciale <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Cass. 13 maggio 2019, n. 20539; Cass. 13 agosto 2021, n. 31655.

<sup>(26)</sup> Cass. 27 febbraio 2020, n. 7784: fattispecie in tema di rinuncia al riesame presentata dal difensore di imputato latitante.

## V.

### IL DIRITTO DELLA PERSONA OFFESA ALLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCEDIMENTO PENALE di Sergio Beltrani (\*)

**SOMMARIO:** 1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni. — 2. La durata ragionevole del processo penale nella giurisprudenza costituzionale: generalità. — 3. La c.d. “legge Pinto”. — 4. Il caso *Arnoldi c. Italia*. — 4.1. Il caso *Petrella c. Italia*. — 5. Le ricadute delle predette sentenze della Corte EDU nella giurisprudenza costituzionale. — 5.1. Le ricadute delle predette sentenze della Corte EDU nella giurisprudenza (civile) di legittimità. — 6. Le misure acceleratorie introdotte dalla c.d. “Riforma Cartabia”: la revisione dei termini per la chiusura delle indagini preliminari.

#### 1. La giurisprudenza della Corte EDU: cenni

L'art. 6, par. 1, Convenzione per la salvaguarda dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU) garantisce ad ogni persona il diritto “a che la sua causa sia esaminata (...) entro un termine ragionevole”.

Sono legittimati a dolersi della durata asseritamente irragionevole dei processi penali non soltanto gli imputati, cui deve essere garantito di « non rimanere troppo a lungo in uno stato di incertezza sull'esito delle accuse penali contro di loro »<sup>(1)</sup>, ma anche le persone offese (ed i soggetti danneggiati) dal reato costituiti parte civile<sup>(2)</sup>.

La predetta disposizione non si limita, peraltro, a stabilire che i processi penali devono essere celebrati, per quanto possibile, con celerità, poiché sottintende pur sempre che la giustizia penale deve essere ancor prima amministrata correttamente: ciò impone all'interprete di bilanciare i contrapposti interessi in gioco<sup>(3)</sup>.

---

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

(1) Corte EDU, G.C., *Kart c. Turchia*, 3 dicembre 2009, ric. n. 8917/05, § 68.

(2) Corte EDU, G.C., *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999, ric. n. 25803/94, § 111; Corte EDU, G.C., *Calvelli e Ciglio c. Italia*, 17 gennaio 2002, ric. n. 32967/96, § 62; Corte EDU, G.C., *Nervegna c. Italia*, 29 luglio 2008, ric. n. 34573/03, § 6.

(3) Corte EDU, *Boddaert c. Belgio*, 12 ottobre 1992, § 39.

Come evidenziato dalla dottrina <sup>(4)</sup>, la Corte EDU, per valutare se la durata di un processo sia ragionevole o meno, « adotta una linea pragmatica, svincolata da asettiche medie europee, non interessandole la durata ordinaria dei processi penali pendenti nei vari Paesi aderenti al Consiglio d'Europa; i parametri di cui si avvale, nel considerare il procedimento come un tutto, sono spesso oggetto di una successiva verifica globale », e soprattutto conferma che « la nozione di ragionevolezza non è sovrapponibile a quella di celerità: il modello di equo processo non è soddisfatto se le singole vicende giudiziarie procedono spedite, in quanto il modello stesso esige un delicato bilanciamento con il principio della corretta amministrazione della giustizia ».

La valutazione circa la ragionevolezza o meno della durata del procedimento non è condizionata dall'esito della vicenda giudiziaria che ne costituisce oggetto <sup>(5)</sup>.

## 2. La durata ragionevole del processo penale nella giurisprudenza costituzionale: generalità

Per costante giurisprudenza costituzionale — alla luce dello stesso richiamo al connotato di “ragionevolezza”, che compare nella formula costituzionale dell'art. 111, comma 2, ult. parte — il principio della ragionevole durata del procedimento va temperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali: possono arrecare un *vulnus* al predetto principio soltanto le norme che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorretta da alcuna logica esigenza; diversamente, la durata ragionevole del procedimento è insindacabilmente sacrificabile per effetto di scelte legislative non prive di una valida *ratio* giustificativa <sup>(6)</sup>.

Il principio della durata ragionevole del processo è stato innumerevoli volte valorizzato dalla giurisprudenza di legittimità, ed in particolare dalle Sezioni Unite, come canone interpretativo privilegiato. Si è, ad esempio, ritenuto che nel fascicolo per il dibattimento, formato ai sensi dell'art. 431 c.p.p., al fine di garantire la ragionevole durata del processo, devono essere inseriti gli atti relativi alla notifica all'imputato dell'avviso per l'udienza preliminare,

<sup>(4)</sup> S. BUZZELLI, *Art. 6*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS e F. VIGANÒ, Torino, 2016, 143 s.

<sup>(5)</sup> F. GAMBINI, *Art. 6*, §§ XXIV-XXXII, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, a cura di S. BARTOLE, F. DE SENA e V. ZAGREBELSKY, Padova 2012, 250.

<sup>(6)</sup> Corte cost. 20 marzo 2019, n. 155; 27 aprile 2018, n. 91; 27 febbraio 2015, n. 23; 12 aprile 2005, n. 148.

in modo da agevolare l'esercizio dei poteri d'ufficio del giudice di rilevare nullità insanabili (7); si è, inoltre, ritenuto che il tribunale del capoluogo del distretto che, in fase dibattimentale, dichiara la propria incompetenza per materia in relazione ad un reato attribuito alla competenza della corte di assise ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. d-*bis*), c.p.p. e ricompreso nell'elenco di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., deve trasmettere gli atti direttamente alla corte di assise e non al pubblico ministero presso tale giudice, a condizione che la competenza non appartenga a un giudice (corte di assise) di altro distretto e le funzioni di pubblico ministero e di giudice dell'udienza preliminare siano state svolte ai sensi degli artt. 51, comma 3-*bis*, e 328, comma 1-*bis*, c.p.p., poiché in tale ipotesi non sussiste la necessità della regressione del procedimento e di nuova celebrazione dell'udienza preliminare, avendo le parti già potuto liberamente esercitare i propri diritti in quella precedente, legittimamente svoltasi dinanzi al giudice naturale, e palesandosi la ripetizione dell'udienza preliminare come adempimento in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo (8).

### 3. La c.d. “legge Pinto”

Nel diritto interno, la legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. “legge Pinto”) prevede la corresponsione di una equa riparazione per i casi di violazione dei termini di durata irragionevole del “processo” (non dell'intero procedimento), considerando rispettato il predetto “termine ragionevole” se il processo non eccede la durata di:

- tre anni in primo grado;
- due anni in secondo grado;
- un anno nel giudizio di legittimità.

Ai fini del computo della predetta durata, il processo penale si considera iniziato a partire dal momento nel quale l'indagato, in seguito ad un atto dell'autorità giudiziaria, abbia avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico (9).

Si considera comunque rispettato il “termine ragionevole” se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni: ai

(7) Cass., S.U., 17 febbraio 2017, n. 7697.

(8) Cass., S.U., 31 agosto 2017, n. 39746.

(9) Corte cost. 23 luglio 2015, n. 184 ha dichiarato la « illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*bis*, della legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari, anziché quando l'indagato, in seguito a un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico ».

fini del computo, non 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.

Nell'accertare la violazione dei predetti termini, il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione; la violazione non è riconosciuta, tra l'altro, in ogni caso di abuso dei poteri processuali che abbia determinato una ingiustificata dilazione dei tempi di definizione del procedimento.

Si presume insussistente, per l'imputato, il pregiudizio da irragionevole durata del processo, nel caso di dichiarazione di intervenuta prescrizione del reato: è, peraltro, fatta salva la facoltà di prova contraria.

#### 4. Il caso *Arnoldi c. Italia*

Nel caso *Arnoldi c. Italia* <sup>(10)</sup>, la ricorrente si doleva della durata di procedimenti penali che erano stati archiviati in virtù della sopravvenuta prescrizione del reato in questione.

Ella si era rivolta alla polizia ed al Comune richiedendo la demolizione di un camino che uno dei suoi vicini aveva presumibilmente costruito su un edificio di proprietà della ricorrente; nel settembre 1994, il Comune la aveva informata che, secondo una dichiarazione fatta sotto giuramento il 23 settembre 1994 dal proprietario dell'edificio adiacente e di altri quattro testimoni, il camino era presente *in loco* da molto tempo prima; dopo oltre un anno, la ricorrente aveva denunciato il suo vicino di casa e gli altri quattro testimoni per falsa testimonianza; il 22 gennaio 2003 il g.i.p. aveva disposto l'archiviazione del procedimento per intervenuta prescrizione del reato.

La ricorrente aveva, quindi, adito la Corte d'appello competente, chiedendo l'indennizzo *ex lege* Pinto per l'eccessiva durata del procedimento penale, ma il suo ricorso era stato dichiarato inammissibile, osservando che, per la persona offesa dal reato, il periodo di cui deve tenersi conto nel calcolo della durata del processo parte dalla data della richiesta formale di costituirsi parte civile: considerato che la ricorrente non aveva ancora presentato tale richiesta, ella non poteva essere considerata quale parte del procedimento e quindi non poteva, quindi, lamentarne l'eccessiva durata; la Corte d'appello aveva riconosciuto che il motivo per il quale la ricorrente non aveva avuto la possibilità di costituirsi parte civile consisteva proprio nella durata eccessiva

---

<sup>(10)</sup> Corte EDU, *Arnoldi c. Italia*, 7 dicembre 2017, ric. n. 35637/04.

delle indagini preliminari, osservando, peraltro, che aveva costituito frutto di una sua libera scelta quella di presentare, a tutela dei propri interessi di natura civilistica, soltanto una denuncia in sede penale, senza agire separatamente in sede civile, poiché ciò le avrebbe consentito di non attendere — per costituirsi parte civile — la fine delle indagini preliminari nel procedimento penale.

La Corte EDU ha affermato che, in ossequio alla garanzia di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, il diritto di far processare o condannare qualcun altro deve essere accompagnato dal diritto della vittima di esercitare il suo diritto di proporre un'azione civile, previsto dalla legge nazionale, anche se allo scopo di ottenere un rimedio simbolico o la protezione di un diritto civile.

Nel caso in esame, la ricorrente non aveva potuto costituirsi parte civile nel procedimento penale instaurato dalla sua denuncia perché, secondo la legge italiana, la persona offesa dal reato non può costituirsi parte civile fino all'udienza preliminare, che non era stata celebrata proprio perché il procedimento era stato archiviato in fase d'indagine preliminare a causa dell'intervenuta prescrizione del reato: è stata, per tale ragione, rigettata l'eccezione del Governo italiano (secondo cui, nella specie, l'art. 6, par. 1, CEDU non sarebbe stato applicabile, per non avere la ricorrente rivestito la qualità di parte nel procedimento penale), poiché l'applicabilità della predetta garanzia prescinde dal riconoscimento dello *status* formale di "parte" nel processo, impedito proprio dalla violazione denunciata; d'altro canto, secondo la giurisprudenza convenzionale la garanzia in esame opera anche nei casi in cui la domanda di risarcimento dei danni patiti non potesse essere ancora presentata o non fosse stata depositata affatto, pur consentendolo la legge nazionale lo consentiva <sup>(11)</sup>.

È stata, pertanto, riconosciuta la dedotta violazione della garanzia di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, ritenendosi irrilevante la circostanza che, nelle more delle indagini, la ricorrente avrebbe potuto esperire un'autonoma azione in sede civile, ed evidenziandosi che, nel momento in cui un ordinamento nazionale predispose un mezzo di tutela di un diritto di natura civile (quale la costituzione di parte civile in sede penale), il rispetto delle garanzie di cui all'art. 6, par. 1, dev'essere assicurato indipendentemente dalla eventuale esistenza di mezzi di tutela alternativi ed ulteriori.

#### 4.1. *Il caso Petrella c. Italia*

Anche nel caso *Petrella c. Italia* <sup>(12)</sup>, il ricorrente si doleva ancora una volta dell'eccessiva durata delle indagini preliminari svolte nell'ambito del

<sup>(11)</sup> Corte EDU, *Feliciano Bichão c. Portogallo*, 20 novembre 2007, ric. n. 40225/04.

<sup>(12)</sup> Corte EDU, *Petrella c. Italia*, 18 marzo 2021, ric. n. 24340/07.



procedimento avviato dal ricorrente (oltre che dell'assenza di una possibilità di ricorso effettivo che consentisse a quest'ultimo, in quanto persona offesa dal reato, di presentare delle doglianze a tale riguardo), che aveva comportato l'archiviazione della denuncia dell'interessato per il reato di diffamazione a mezzo stampa, per intervenuta prescrizione del reato, in dedotta violazione degli artt. 6, par. 1, 8, 13 e 14 CEDU.

La Corte EDU ha preliminarmente ritenuto la ricevibilità del ricorso, ribadendo la propria giurisprudenza, secondo la quale la CEDU non riconosce, di per sé, il diritto di far perseguire o condannare penalmente terze persone, e quindi, per rientrare nel campo di applicazione della Convenzione, « tale diritto deve necessariamente andare di pari passo con l'esercizio da parte della vittima del suo diritto di intentare l'azione, per definizione civile, offerta dal diritto interno, anche soltanto al fine di ottenere una riparazione simbolica o la protezione di un diritto di carattere civile, sulla scia, ad esempio, del diritto di godere di una "buona reputazione". Pertanto, l'art. 6, par. 1, della Convenzione si applica ai procedimenti relativi alle denunce con costituzione di parte civile a partire dal momento in cui interviene l'atto di costituzione, a meno che la vittima non abbia rinunciato in maniera inequivocabile all'esercizio del suo diritto a ottenere riparazione »<sup>(13)</sup>; questa garanzia si applica anche alla persona offesa che non si sia costituita parte civile, « in quanto nel diritto italiano, anche prima dell'udienza preliminare, in cui può essere presentata tale costituzione, la vittima del reato può esercitare i diritti e le facoltà espressamente riconosciuti dalla legge »<sup>(14)</sup>.

Ciò premesso, la Corte ha constatato che la denuncia del ricorrente mirava a far valere un diritto di carattere civile — ossia il diritto alla protezione della sua reputazione —, di cui l'interessato poteva affermare in maniera difendibile di essere titolare, e che, nella sua denuncia, il ricorrente aveva affermato che intendeva costituirsi parte civile nel procedimento penale e chiedere la somma di cinque milioni di euro a titolo di risarcimento danni, ed aveva anche espressamente richiesto di essere avvisato di un'eventuale archiviazione della causa: « di conseguenza, il ricorrente ha esercitato almeno uno dei diritti e delle facoltà riconosciuti dal diritto interno alla persona offesa ».

Nel merito, in ordine all'asseritamente eccessiva durata del procedimento, la Corte EDU, ribadito che « il periodo da considerare nell'ambito di

---

<sup>(13)</sup> Corte EDU, *Gorou c. Grecia* (n. 2), 20 marzo 2009, ric. n. 12686/03, §§ 24 ss.

<sup>(14)</sup> Corte EDU, *Cascini, Patrono e Stefanelli c. Italia*, 20 aprile 2006, ric. n. 10180/04, §§ 31 s.; Corte EDU, *Arnoldi*, cit., §§ 25 ss.

un procedimento penale dal punto di vista del “termine ragionevole” dell’art. 6, par. 1, inizia, per la persona che sostiene di essere stata lesa da un reato, nel momento in cui la stessa esercita uno dei diritti e delle facoltà che le sono espressamente riconosciuti dalla legge »<sup>(15)</sup>, e che « la durata ragionevole di un procedimento deve essere valutata sulla base delle circostanze della causa e tenendo conto dei criteri seguenti: la complessità della causa, il comportamento del ricorrente e quello delle autorità competenti, nonché la posta in gioco della controversia per l’interessato »<sup>(16)</sup>, ha evidenziato che il periodo da prendere in considerazione era iniziato il 28 luglio 2001, data in cui il ricorrente aveva sporto la denuncia, e si era concluso il 17 gennaio 2007, data della decisione di archiviazione adottata dal giudice per le indagini preliminari, e si era, quindi protratto per circa cinque anni e sei mesi per la sola fase delle indagini preliminari, durante i quali non era stata svolta alcuna attività di indagine; d’altro canto, la causa non era particolarmente complessa, ed il Governo non aveva giustificazioni di tale durata.

Ed ha ritenuto che questi elementi « siano sufficienti per concludere che, nel caso di specie, la durata del procedimento controverso è stata eccessiva e non ha rispettato l’esigenza del “termine ragionevole”. Pertanto, vi è stata violazione dell’articolo 6, par. 1, della Convenzione ».

## 5. Le ricadute delle predette sentenze della Corte EDU nella giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale<sup>(17)</sup>, chiamata inizialmente a valutare le ricadute nell’ordinamento della decisione emessa dalla Corte EDU nel caso *Arnoldi*, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale — sollevata in riferimento all’art. 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 6 CEDU — dell’art. 2, comma 2-*bis*, legge n. 89 del 2001, inserito dall’art. 55, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella legge n. 134 del 2012, in base al quale il processo penale si considera iniziato con l’assunzione della qualità di parte civile in capo alla persona offesa dal reato ai fini del computo della durata ragionevole, osservando che « la soluzione adottata dal legislatore si rivela coerente con la ricostruzione sistematica che, prima e al di fuori della formale instaurazione del rapporto processuale, nega al danneggiato la facoltà di far valere in sede penale, sia pur soltanto in senso sostanziale, il diritto di carattere civile al risarcimento. Quanto ai profili attinenti all’accertamento di una qualche responsabilità correlata ai ritardi o

<sup>(15)</sup> Corte EDU, *Arnoldi*, cit., § 48.

<sup>(16)</sup> Corte EDU, *G.C., Frydender c. Francia*, 20 giugno 2000, ric. n. 30979/96 § 43.

<sup>(17)</sup> Corte cost. 4 novembre 2020, n. 249.

alle inerzie nell'adozione o nella richiesta dei provvedimenti necessari a prevenire o reprimere comportamenti penalmente rilevanti, essi esulano dalle finalità perseguite dai rimedi avverso la violazione del termine ragionevole del processo di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, trovando appropriata ed effettiva risposta mediante ricorso ad altre azioni e in altre sedi ».

Successivamente, la Corte costituzionale <sup>(18)</sup> ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, dell'art. 2, comma 2-*bis*, legge n. 89 del 2001, inserito dall'art. 55, comma 1, lett. *a*), n. 2), d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella legge n. 134 del 2012, 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, osservando che « è erroneo il procedimento logico che propenda, in via generale ed astratta, per la omogeneizzazione ed il cumulo sostanziale, sotto l'aspetto della eccessiva durata, tra il segmento del processo in cui la persona offesa si sia resa attiva durante le indagini preliminari e il segmento conseguente poi alla costituzione di parte civile. La persona offesa che scelga di esercitare l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno da reato nell'ambito del procedimento penale, invece che in separato giudizio civile, deve poter avere una risposta in tempi ragionevoli, in forza dell'art. 6 CEDU. Non è, tuttavia, sul terreno della decorrenza del computo del termine di ragionevole durata del processo penale per la parte civile che possono trovare più adeguata risposta le esigenze di migliore protezione e di potenziamento delle prerogative della vittima del reato sin dall'avvio del procedimento. Né è imputabile alla norma censurata una lesione sistemica degli interessi della parte civile allorché le peculiarità del caso concreto rivelino un malfunzionamento, valutato *ex post*, di una delle due vie giudiziarie autonome che l'ordinamento interno offre al danneggiato per far valere il suo "diritto di carattere civile" al risarcimento. Seppure le ragioni indicate nella sentenza Petrella della Corte EDU, successiva all'ordinanza di rimessione, evidenziano l'esistenza nell'ordinamento italiano di un problema effettivo concernente il riconoscimento di un diritto della persona offesa (la "vittima del reato") ad un sollecito svolgimento delle indagini preliminari, anche in vista della eventuale decisione sulla pretesa di risarcimento del danno da reato, è piuttosto nell'ambito di una disciplina organica della giustizia riparativa — quale prevista dall'art. 1, comma 18, lett. *b*), della legge n. 134 del 2021 — che i diritti, anche di natura civile, della vittima del reato potranno trovare migliore protezione ».

---

(18) Corte cost. 22 settembre 2021, n. 203.

### 5.1. *Le ricadute delle predette sentenze della Corte EDU nella giurisprudenza (civile) di legittimità*

La giurisprudenza (civile) di legittimità<sup>(19)</sup> è ferma nel ritenere, in tema di equa riparazione ai sensi della l. n. 89 del 2001, che la persona offesa dal reato che, al fine di conseguire il risarcimento del danno, si sia costituita parte civile nel processo penale, ha diritto alla ragionevole durata del processo, con le connesse conseguenze indennitarie in caso di violazione, soltanto dal momento di detta costituzione, mentre non rileva la precedente durata del procedimento.

Pur dopo le predette decisioni della Corte EDU, si è ribadito, conformandosi alle già citate decisioni della giurisprudenza costituzionale, che il risarcimento del danno da durata non ragionevole del processo penale non spetta al danneggiato che non si sia (o fino a quando non si sia) costituito parte civile: tale principio non può ritenersi in contrasto con le pronunce della Corte EDU che hanno affermato la necessità di non fermarsi ad un approccio formalistico nell'individuazione della nozione di parte, « poiché, come chiarito dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 249 del 2020 e n. 203 del 2021, esso risulta coerente con la ricostruzione sistematica che, prima e al di fuori della formale instaurazione del rapporto processuale, nega al danneggiato la facoltà di far valere in sede penale il diritto al risarcimento del danno, stante la piena tutelabilità di tale diritto mediante la separata ed autonoma proposizione dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice civile »<sup>(20)</sup>.

## 6. **Le misure acceleratorie introdotte dalla c.d. “Riforma Cartabia”: la revisione dei termini per la chiusura delle indagini preliminari**

Fermo restando che il problema delle ricadute nell'ordinamento delle sentenze Arnoldi e Petrella inerisce all'interpretazione che la giurisprudenza civile continua a dare, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, delle disposizioni della c.d. “legge Pinto” in tema di legittimazione alla richiesta del previsto indennizzo, merita di essere segnalato che il d.lgs. n. 150 del 2022, in attuazione dell'art. 1, comma 9, lett. c) della legge delega n. 134 del 2021 (c.d. “Riforma Cartabia”) ha rideterminato (ma non indiscriminatamente in chiave acceleratoria, avendoli ridotti per le contravvenzioni) i termini di durata delle indagini preliminari, riformulando l'art. 405, comma 2, c.p.p., ed in particolare introducendo un “regime tripartito” che commisura il termine alla natura del reato oggetto d'indagine:

---

<sup>(19)</sup> Cass. civ. 29 aprile 2022, n. 13579.

<sup>(20)</sup> Cass. civ. 15 giugno 2022, n. 19275.

— per i delitti, il termine è pari ad un anno;  
— per i delitti indicati dall'art. 407, comma 2, c.p.p. il termine è pari ad un anno e sei mesi;

— per le contravvenzioni, il termine è pari a sei mesi.

Inoltre, attraverso la riformulazione dell'art. 406 c.p.p. (che attua la delega di cui all'art. 1, comma 9, lett. *d*), l. n. 134 del 2021), si è previsto:

— da un lato, che il pubblico ministero possa chiedere la proroga del termine quando le indagini sono complesse (nuovo comma 1);

— dall'altro, che la proroga può essere concessa una sola volta e per sei mesi (nuovo comma 2).

È stato, pertanto, soppresso « il meccanismo — farraginoso e poco trasparente — delle ripetute proroghe »<sup>(21)</sup>; come osservato dalla dottrina<sup>(22)</sup>, « la portata delle modifiche è pertanto chiara: viene ampliata la prima arcata temporale per quanto riguarda la generalità dei delitti, nonché le fattispecie criminose di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p., senza che venga esteso il termine massimo, che rimane, rispettivamente, a diciotto mesi e a due anni. Dall'altro lato, il termine massimo per le contravvenzioni viene ridotto a un anno. Alla riscrittura dell'art. 405, con la presa d'atto che vanno differenziati i termini relativi alle indagini (previsti dai nuovi artt. 405 e 406) rispetto al termine per l'esercizio dell'azione penale (disciplinato dal nuovo art. 407-*bis*, comma 2), è conseguita la modifica dell'art. 407, comma 3, ove si è (giustamente) eliminato il riferimento all'esercizio dell'azione penale o alla richiesta di archiviazione: saranno inutilizzabili gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine, eventualmente prorogato, a nulla rilevando la scelta sull'azione penale ».

---

<sup>(21)</sup> Relazione finale della Commissione Lattanzi e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, p. 19.

<sup>(22)</sup> M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *Sist. pen.* 2022, 1/91.

III.  
I DIRITTI DEI DETENUTI





**I.**  
**LA TUTELA INTEGRATA DEI DIRITTI FONDAMENTALI  
DEI DETENUTI**

di *Alessandro Centonze* (\*)

**SOMMARIO:** 1. La rilevanza per l'ordinamento interno delle decisioni della Corte EDU in materia di diritto penitenziario. — 2. La tutela integrata dei diritti fondamentali dei detenuti e la sentenza della Corte EDU nel caso "Scoppola contro Italia". — 3. La tutela integrata dei diritti fondamentali dei detenuti e la decisione della Corte EDU nel caso "Torreggiani contro Italia". — 4. L'applicazione nel nostro ordinamento della decisione dell'*affaire* "Torreggiani contro Italia" e l'intervento delle Sezioni Unite nel caso "Commisso".

**1. La rilevanza per l'ordinamento interno delle decisioni della Corte EDU in materia di diritto penitenziario**

Per inquadrare la questione della rilevanza per il diritto nazionale delle decisioni della Corte EDU in materia di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti occorre muovere dalla previsione dell'art. 10 Cost., che, com'è noto, è una disposizione che, in conseguenza dei rapporti sempre più osmotici tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento sovranazionale, ha assunto una crescente importanza nel sistema costituzionale, assumendo connotazioni assolutamente peculiari in materia di diritto penitenziario.

Ci si deve, in particolare, occupare dell'influenza che l'applicazione dell'art. 10 Cost. esercita sugli istituti di diritto penitenziario del nostro ordinamento giuridico, la cui configurazione è fortemente influenzata dal rapporto, come detto, osmotico con la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), così come interpretata dalla Corte EDU.

Occorre, allora, affrontare preliminarmente la questione della rilevanza che nell'ordinamento giuridico italiano assumono, anche in deroga all'eventuale formazione del giudicato, le violazioni dei diritti fondamentali dei detenuti accertate dalla Corte EDU.

---

(\*) Consigliere presso la Corte di cassazione, Prima Sezione Penale.

Su questi profili, occorre richiamare preliminarmente la previsione dell'art. 46 CEDU, a tenore della quale gli Stati membri si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive pronunciate dalla Corte EDU nelle controversie nelle quali sono coinvolte, la cui osservanza è affidata al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, al quale è assegnato il compito di vigilare sull'esecuzione delle pronunzie sovranazionali.

Da questo obbligo di conformazione discende ulteriormente che lo Stato convenuto ha il dovere giuridico di adottare, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure, generali e individuali, indispensabili per porre fine alla violazione di norme convenzionali, eliminandone le conseguenze e scongiurando ulteriori pregiudizi dei diritti umani.

Pertanto, quando la Corte EDU, alla quale è affidato il compito istituzionale di interpretare e applicare il Testo convenzionale, ai sensi dell'art. 32 CEDU, accerta la commissione di violazioni dei diritti umani connesse a disfunzioni, sistematiche o strutturali, dell'ordinamento nazionale, attiva un meccanismo procedurale che — mediante lo strumento giurisdizionale delle “sentenze-pilota”, — si propone di aiutare gli Stati membri a risolvere a livello interno le discrasie normative rilevate. Attraverso questo meccanismo nomofilattico, la Corte EDU riconosce alle persone interessate, che versano nella condizione del soggetto il cui caso è stato risolto positivamente da una “sentenza-pilota”, gli stessi diritti convenzionali, in linea con quanto affermato dall'art. 1 CEDU, offrendo la soluzione applicativa più efficiente e alleggerendo il carico dei Giudici di Strasburgo, che, in caso contrario, si troverebbero costretti a esaminare inutilmente ricorsi con un contenuto identico <sup>(1)</sup>.

Lo strumento della “sentenza-pilota”, dunque, rappresenta una particolare forma di pronuncia della Corte EDU, che viene impiegata quando ci si trova di fronte a un problema strutturale della legislazione di un determinato Stato membro, che, in genere, emerge allorché i Giudici sovranazionali sono investiti da una pluralità di vicende processuali che riguardano lo stesso problema giuridico. In questi casi, quindi, la Corte di Strasburgo non si limita a individuare il problema che il caso presenta e a condannare lo Stato convenuto, ma, allo scopo di evitare il procrastinarsi di situazioni processuali distoniche rispetto alla CEDU, indica le misure ritenute più idonee per porre definitivo rimedio alle disfunzioni.

Si impone, a questo punto, una precisazione di ordine sistematico, evidenziando che la giurisprudenza della Corte EDU, inizialmente indirizzata alla risoluzione di casi specifici, collegati a vicende processuali interne,

---

<sup>(1)</sup> Si veda Corte EDU, *Broniowski c. Polonia*, 22 giugno 2004, n. 31443/96.

con il passare del tempo, si è andata sempre più connotando, soprattutto nell'ultimo quindicennio, verso il potenziamento di una funzione costituzionale sovranazionale di tutela dell'interesse generale al rispetto del diritto oggettivo, che assume peculiari connotazioni sistematiche nella materia del diritto penitenziario <sup>(2)</sup>.

Di questa evoluzione sistematica costituiscono una dimostrazione esemplare i rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento sovranazionale, modellato attorno alla Corte EDU, in materia di diritto penitenziario, da cui è derivata la costituzione di un vero e proprio sistema integrato, finalizzato alla tutela dei diritti dei detenuti, che è garantita dalla previsione dell'art. 3 CEDU, che recita: « Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti »; norma, questa, che costituisce un punto di riferimento insostituibile per inquadrare i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e i principi convenzionali.

Non può, in proposito, non rilevarsi che, sempre più frequentemente, le pronunzie della Corte EDU, nel prendere atto della contrarietà ai principi convenzionali di norme di diritto interno di portata generale, forniscono, attraverso lo strumento delle “sentenze-pilota”, indicazioni allo Stato membro responsabile della violazione sui rimedi da adottare per rimuovere la disfunzione sistematica riscontrata nel proprio ordinamento nazionale. Lo strumento delle “sentenze-pilota”, tra l'altro, dapprima modellato sull'esperienza giudiziaria è stato definitivamente formalizzato nel regolamento di procedura della Corte EDU, che è stato emendato nel febbraio 2011 ed è entrato in vigore il 10 aprile 2011.

Deve, inoltre, evidenziarsi che l'effettività dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo è stata ulteriormente potenziata dall'approvazione del Protocollo n. 14 della CEDU, entrato in vigore l'1 giugno 2010, che, novellando l'art. 46 del Testo convenzionale, ha introdotto una procedura di infrazione, che ha giurisdizionalizzato il meccanismo di controllo sull'attuazione delle decisioni sovranazionali, attivabile anche nel caso di inosservanza di una “sentenza-pilota”.

Si consideri, per altro verso, che la necessità degli ordinamenti interni di assicurare, anche a prescindere da un intervento del Giudice strasburghese sul caso concreto, il rispetto degli obblighi convenzionali, così come interpretati dalla Corte EDU, allo scopo di porre fine a persistenti violazioni, prevenendo ulteriori trasgressioni, pone delicati problemi giuridici sulla

---

<sup>(2)</sup> Esemplare rappresentazione della funzione costituzionale sovranazionale richiamata nel testo e dei rapporti sistematici che ne derivano in materia di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti è la pronunzia Corte EDU, *G.C., Mursic c. Croazia*, 12 marzo 2015, n. 7334/13.

tenuta di situazioni già definite con sentenze passate in giudicato, ma in palese contrasto con i diritti fondamentali tutelati convenzionalmente.

L'interprete, pertanto, deve ricercare, nell'ambito del diritto nazionale, gli strumenti processuali attraverso i quali dare esecuzione, nel rispetto delle emergenze del caso concreto, alle decisioni della Corte EDU e tali strumenti non possono che essere individuati utilizzando i poteri di cui dispone il giudice dell'esecuzione, che gli consentono, laddove necessario, di incidere sul giudicato formatosi sulla pronuncia censurata.

Tale soluzione, tra l'altro, si impone alla luce della posizione giurisprudenziale da ultimo assunta dalle Sezioni Unite <sup>(3)</sup>, che, decidendo il caso "Gatto" del 2014, intervenendo in relazione alle conseguenze sistematiche prodotte dalla sentenza della Corte costituzionale 5 marzo 2014, n. 32 <sup>(4)</sup>, nell'ambito delle quali affrontavano il delicato problema del bilanciamento tra il valore dell'intangibilità del giudicato e l'esecuzione di una decisione penale rivelatasi successivamente illegittima, affermavano il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato. Questo potere-dovere, del resto, è connaturato alla funzione propria del giudice dell'esecuzione, atteso che — come affermato dalle stesse Sezioni Unite in un risalente intervento chiarificatore, riconducibile al caso "Catanzaro" del 2005 — una volta « dimostrato che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima attribuzione [...] » <sup>(5)</sup>.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che, come evidenziato dalle Sezioni Unite nel citato caso "Gatto" <sup>(6)</sup>, l'ampiezza degli ambiti di intervento della giurisdizione esecutiva — che consente di intervenire sul giudicato *in executivis* per conformarsi alla decisione della Corte EDU — è stata riconosciuta dalla sentenza della Corte costituzionale 18 luglio 2013, n. 210, secondo cui il giudice dell'esecuzione « non si limita a conoscere delle questioni sulla validità e sull'efficacia del titolo esecutivo ma è anche abilitato, in vari casi, ad incidere su di esso [...] » <sup>(7)</sup>.

## 2. La tutela integrata dei diritti fondamentali dei detenuti e la sentenza della Corte EDU nel caso "Scoppola contro Italia"

Il sistema integrato finalizzato alla tutela dei diritti fondamentali dei detenuti che si sta esaminando, sul piano dei principi generali, ha subito un

<sup>(3)</sup> Si veda Cass., S.U., 14 ottobre 2014, n. 42858.

<sup>(4)</sup> Si veda Corte cost. 5 marzo 2014, n. 32.

<sup>(5)</sup> Si veda Cass., S.U., 6 febbraio 2006, n. 4687.

<sup>(6)</sup> Si veda Cass., S.U., 14 ottobre 2014, n. 42858, cit.

<sup>(7)</sup> Si veda Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210.

impulso decisivo con la sentenza della Corte EDU nel caso “Scoppola contro Italia” del 17 settembre 2009, che interveniva in materia di conversione della pena dell’ergastolo nella pena di trent’anni di reclusione <sup>(8)</sup>.

Questa decisione, infatti, presenta i connotati tipici di una “sentenza-pilota”, atteso che la Corte EDU, pur astenendosi dal fornire allo Stato italiano indicazioni specifiche sulle misure generali da adottare, evidenziava l’esistenza, all’interno dell’ordinamento giuridico italiano, di una discrasia normativa dovuta alla difformità rispetto alle norme convenzionali dell’art. 7 del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, nell’interpretazione di tale disposizione fornita dalla giurisprudenza interna <sup>(9)</sup>.

La Corte EDU, in particolare, evidenziava che, per effetto dell’art. 46 CEDU, gli Stati membri si impegnano a rispettare le sentenze definitive della Corte di Strasburgo nelle ipotesi in cui sono direttamente coinvolte dal caso esaminato. Ne consegue che una decisione nella quale la Corte EDU ha individuato una violazione delle norme convenzionali impone allo Stato resistente di individuare, sotto il controllo del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, le misure, generali e individuali, da adottare nell’ordinamento giuridico interno, indispensabili per « porre fine alla violazione accertata dalla Corte e per eliminare per quanto possibile gli effetti » <sup>(10)</sup>.

Ne deriva ulteriormente che eventuali effetti giuridici, tuttora perduranti, della violazione, determinati da un’illegittima applicazione di una norma di diritto interno, interpretata in senso non convenzionalmente conforme, devono essere immediatamente rimossi anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto personalmente ricorso davanti alla Corte EDU, si trovano in una situazione identica — o comunque processualmente sovrapponibile — a quella oggetto della decisione adottata dal Giudice strasburghese nel caso “Scoppola contro Italia”.

---

<sup>(8)</sup> Si veda Corte EDU, *G.C., Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, n. 10249/03; per un intervento chiarificatore sulla decisione in questione si rinvia a F. VIGANÒ, *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui “fratelli minori” di Scoppola: resta fermo l’ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 10 settembre 2012.

<sup>(9)</sup> Si veda Corte EDU, *G.C. Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, cit.

<sup>(10)</sup> Si veda Cass., S.U., 10 settembre 2012, n. 34472; per un intervento chiarificatore sulla pronuncia in questione si rinvia a M. GAMBARDELLA-C. MUSIO, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 1125 ss. Si muove nella stessa direzione anche Cass., S.U., 7 settembre 2012, n. 34233; per un intervento chiarificatore sulla pronuncia in questione si rinvia a C. CRAVETTO, *Osservazioni in tema di successione delle norme sul giudizio abbreviato recanti la previsione della pena*, in *Giur. it.*, 2013, 623 ss.

Occorre, a questo punto, precisare che l'intervento della Corte EDU era giustificato dal fatto che, nel caso in esame, in tempi relativamente ristretti, si erano succedute tre diverse disposizioni, che, in materia di accesso al giudizio abbreviato per gli imputati di delitti punibili con la pena dell'ergastolo, avevano dato vita a un sistema normativo estremamente stratificato e di non agevole applicazione.

Ci si riferisce, innanzitutto, all'art. 442, comma 2, c.p.p., dopo la declaratoria d'incostituzionalità pronunciata dalla sentenza della Corte costituzionale 23 aprile 1991, n. 176 <sup>(11)</sup>, nella parte in cui prevedeva la sostituzione dell'ergastolo con la pena della reclusione di trent'anni, precludendo l'accesso al rito abbreviato per gli imputati di delitti puniti con l'ergastolo.

Ci si riferisce, inoltre, all'art. 30, comma 1, lett. b), della legge 16 dicembre 1999, n. 479, entrata in vigore il 2 gennaio 2000, che reintroduceva la previsione, nelle ipotesi di giudizio abbreviato, della sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di trent'anni.

Ci si riferisce, infine, all'art. 7 del decreto-legge n. 341 del 2000, che, in via di interpretazione autentica, stabiliva: « Nell'articolo 442, comma 2, ultimo periodo, del codice di procedura penale, l'espressione "pena dell'ergastolo" deve intendersi riferita all'ergastolo senza isolamento diurno »; aggiungendo, in chiusura del comma 2, il periodo: « Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo ».

Tuttavia, in via transitoria, l'art. 8 del decreto-legge n. 341 del 2000, così come sostituito in sede di conversione dalla legge n. 4 del 2001, consentiva ai soggetti che avevano formulato istanza di giudizio abbreviato nel vigore della sola legge n. 479 del 1999 di revocare la richiesta entro un determinato termine, con la conseguente prosecuzione del processo penale secondo le forme del rito ordinario.

In questo, stratificato, quadro normativo, la Corte EDU escludeva il carattere di norma interpretativa dell'art. 7 del decreto-legge n. 341 del 2000 e riteneva che il ricorrente, essendo stato ammesso al rito abbreviato nel vigore della legge n. 479 del 1999, avrebbe avuto diritto, ai sensi dell'art. 7 CEDU, di vedersi irrogata la pena di trent'anni di reclusione, ritenuta più mite sia rispetto a quella prevista dall'art. 442 c.p.p., nel testo vigente al momento della commissione del fatto, sia rispetto a quella prevista dall'art. 7 del decreto-legge n. 341 del 2000, vigente al momento della celebrazione del giudizio.

---

<sup>(11)</sup> Si veda Corte cost. 22 aprile 1991, n. 176.

Ne discende che la pronuncia sovranazionale, censurando il meccanismo processuale con il quale si attribuiva efficacia retroattiva all'art. 7 del decreto-legge n. 341 del 2000 — qualificato come norma d'interpretazione autentica dal testo dell'art. 442 c.p.p., così come modificato dalla legge n. 479 del 1999 — enunciava, in linea di principio, una regola di giudizio di portata generale, che, in quanto tale, era astrattamente applicabile a tutte le fattispecie identiche a quella esaminata.

Da tale estensione derivava l'applicazione favorevole al ricorrente, che, avvalendosi della riapertura dei termini, aveva chiesto e ottenuto, nel giudizio di appello e nel vigore della più favorevole legge n. 479 del 1999, l'accesso al giudizio abbreviato, a fronte del quale il giudice di secondo grado gli aveva applicato il più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dal decreto-legge n. 341 del 2000, entrato in vigore prima della conclusione del giudizio.

A questa pronuncia della Corte EDU, infine, le Sezioni Unite si conformavano senza riserve nel caso “Ercolano”, deciso con sentenza del 7 maggio 2014, in cui, tra l'altro, si affermava il seguente principio di diritto: « 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 1, d.l. n. 341 del 2000 all'esito di giudizio abbreviato richiesto dall'interessato nella vigenza dell'art. 30, comma 1, 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 CEDU, 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, comma 4, della legge 11 marzo 1953, n. 87 » (12).

### **3. La tutela integrata dei diritti fondamentali dei detenuti e la decisione della Corte EDU nel caso “Torreggiani contro Italia”**

Un ulteriore passaggio verso la costituzione di un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti si è avuto con la decisione

(12) Si veda Cass., S.U., 7 maggio 2014, n. 18821.



pronunciata dalla Corte EDU nel caso “Torreggiani contro Italia”<sup>(13)</sup>, che ha assunto le connotazioni di una “sentenza-pilota”, con cui il nostro Paese è stato condannato per la violazione dell’art. 3 CEDU in un’ipotesi di sovraffollamento carcerario<sup>(14)</sup>.

La vicenda processuale sottoposta al vaglio della Corte EDU riguardava i trattamenti inumani lamentati dai ricorrenti, che erano stati detenuti per diversi mesi in strutture penitenziarie italiane, all’interno di celle multiple, nelle quali beneficiavano di uno spazio abitativo individuale inferiore alla misura di tre metri quadrati.

La situazione detentiva esaminata nel caso “Torreggiani contro Italia”, in particolare, riguardava la carenza di spazio abitativo individuale aggravata da disfunzioni strutturali dei servizi, riscontrate in strutture penitenziarie — che, nel caso di specie, erano ubicate a Busto Arsizio e Piacenza — caratterizzate da condizioni di sovraffollamento carcerario riconosciute nel giudizio instaurato davanti alla Corte di Strasburgo dallo stesso governo italiano<sup>(15)</sup>, la cui difesa, difatti, si incentrava esclusivamente sul mancato esaurimento dei ricorsi interni, che avrebbe determinato l’inammissibilità delle azioni giudiziarie intraprese dai detenuti.

Per giungere a queste conclusioni, la Corte EDU muoveva dalle peculiarità della situazione carceraria italiana, evidenziando che, già nel 2010, il governo italiano aveva decretato uno stato di emergenza, in conseguenza del quale aveva adottato misure d’urgenza finalizzate alla costruzione di nuovi penitenziari e a favorire l’esecuzione delle condanne o delle porzioni di condanna inferiori a dodici mesi all’esterno degli istituti di reclusione<sup>(16)</sup>.

<sup>(13)</sup> Si veda Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10; per un intervento chiarificatore sulla pronuncia in questione si rinvia a F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 1 febbraio 2013; ID., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 10 settembre 2012.

<sup>(14)</sup> Occorre precisare che la decisione Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013, cit., interviene in un contesto ermeneutico stratificato, che si è definitivamente consolidato con la pronuncia Corte EDU, *G.C. Mursic c. Croazia*, 12 marzo 2015, cit.

<sup>(15)</sup> Si consideri, in proposito, che, al momento della pronuncia della Corte EDU sul caso “Torreggiani contro Italia”, a Busto Arsizio, nel 2011, erano allocati 439 detenuti a fronte di una capienza di 297 posti; mentre, a Piacenza erano allocati 412 detenuti a fronte di una capienza di 346 posti.

<sup>(16)</sup> Le connotazioni di endemicità del problema carcerario italiano, del resto, sono testimoniate dal fatto che, dopo la decretazione dello stato d’urgenza, il tasso di sovraffollamento è passato dal 151% al 148%, con un calo percentuale oggettivamente modesto.

In questa cornice, la Corte EDU, applicando la sua giurisprudenza consolidata in materia di trattamenti inumani o degradanti patiti dai detenuti e richiamando espressamente i parametri elaborati dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d'Europa <sup>(17)</sup> — che individua in quattro metri quadrati la misura accettabile di spazio libero a disposizione di un singolo detenuto —, riteneva che i ricorrenti, nel corso della loro detenzione, avevano subito una violazione dell'art. 3 CEDU <sup>(18)</sup>.

La Corte EDU, al contempo, evidenziava che il mancato rispetto degli spazi abitativi individuali andava correlato alla situazione di endemico sovraffollamento carcerario, che, allo stato, non consentiva di trovare alternative processuali percorribili in favore dei ricorrenti, le cui condizioni di disagio detentivo erano ulteriormente aggravate dalle disfunzioni provocate dalle carenze igienico-sanitarie riscontrate all'interno delle strutture penitenziarie controverse <sup>(19)</sup>.

Ne discendeva che i Giudici di Strasburgo, pur prendendo atto delle peculiarità delle condizioni di sovraffollamento carcerario del nostro Paese, ritenevano incontrovertibile, oltre che non contestato dal governo italiano, che i ricorrenti, nei periodi di detenzione patiti presso le strutture carcerarie di Busto Arsizio e Piacenza, avevano subito un trattamento penitenziario eccedente il livello inevitabile di sofferenza connesso alla detenzione penale dei soggetti condannati a una pena definitiva, che aveva determinato una violazione dei parametri stabiliti dall'art. 3 CEDU <sup>(20)</sup>.

A ben vedere, la decisione del caso “Torreggiani contro Italia” rappresentava un esito quasi inevitabile dell'endemicità delle condizioni di sovraffollamento carcerario del nostro Paese, resa evidente dal numero elevato dei ricorsi proposti per violazione dell'art. 3 CEDU da detenuti italiani, che dimostrava l'esistenza di un problema istituzionale, ormai strutturale, che i Giudici di Strasburgo ritenevano non più risolvibile con gli ordinari strumenti giurisdizionali <sup>(21)</sup>.

Per queste ragioni, la pronuncia emessa dalla Corte EDU nel caso “Torreggiani contro Italia”, oltre a costituire una “sentenza-pilota” di note-

---

<sup>(17)</sup> Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti è un organo del Consiglio d'Europa che cerca di prevenire i casi di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti sul territorio dei Stati che hanno firmato la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, in vigore dal 1987.

<sup>(18)</sup> Si veda Corte EDU, *Torreggiani c. Italia*, 8 gennaio 2013, cit.

<sup>(19)</sup> *Ibidem.*

<sup>(20)</sup> *Ibidem.*

<sup>(21)</sup> *Ibidem.*

vole rilievo sistematico, ai fini dell'inquadramento dei rapporti tra fonti nazionali e fonti sovranazionali, rappresenta un passo in avanti importante per la costituzione di un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali della popolazione carceraria del nostro Paese <sup>(22)</sup>.

Riconosciuta l'esistenza di un problema endemico, la Corte EDU, utilizzando lo strumento delle "sentenze-pilota", indicava, in linea con alcune precedenti pronunzie emesse nei confronti dello stesso Stato italiano <sup>(23)</sup>, le misure generali che, *de iure condendo*, dovevano essere adottate per contrastare tali criticità carcerarie, incompatibili con i parametri convenzionali stabiliti dall'art. 3 CEDU. I Giudici strasburghesi, infatti, sollecitavano l'Italia ad agire per ridurre il numero complessivo dei detenuti, auspicando il potenziamento dello strumento delle misure alternative alla detenzione per le pene brevi e la riduzione del ricorso alla custodia cautelare in carcere, che coinvolgeva — allora come adesso — una parte consistente della popolazione carceraria, come ammesso dallo stesso governo italiano <sup>(24)</sup>.

La Corte EDU richiamava ulteriormente la necessità di rendere più accessibili ai detenuti gli strumenti di tutela, amministrativa e giurisdizionale, contro le violazioni di trattamenti inumani e degradanti, passibili di censura ai sensi dell'art. 3 CEDU, segnalando la necessità che le azioni intraprese fossero agevolmente esperibili e garantite nella loro effettività. Ne conseguiva che a un eventuale esito positivo dell'azione giudiziaria intrapresa doveva necessariamente accompagnarsi l'immediata cessazione del trattamento inumano patito dal detenuto e, nel caso in cui la violazione fosse già cessata, il diritto a ottenere una riparazione per il pregiudizio subito <sup>(25)</sup>.

Pertanto, allo scopo di facilitare il perseguimento di questi obiettivi, non derogabili, la Corte EDU invitava lo Stato italiano, entro il termine di un anno <sup>(26)</sup>, a prevedere l'istituzione di strumenti di tutela dei detenuti, idonei a garantire un'effettiva protezione per le ipotesi di trattamenti inumani e degradanti, assicurando, al contempo, forme di riparazione adeguate per i

<sup>(22)</sup> Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 29 novembre 2018, n. 53731; Cass. 21 novembre 2017, n. 53031; Cass. 14 dicembre 2016, n. 52993; Cass. 13 dicembre 2016, n. 52819.

<sup>(23)</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle pronunzie Corte EDU, *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009, n. 22635/03; Corte EDU, G.C., *Scadi c. Italia*, 28 febbraio 2008, n. 32701/06.

<sup>(24)</sup> Si consideri, in proposito, che, al momento della decisione del caso "Torreggiani contro Italia", il 40% della popolazione carceraria italiano era rappresentato da detenuti in attesa di giudizio.

<sup>(25)</sup> Su questi profili ermeneutici si rinvia a Cass., S.U., 26 gennaio 2018, n. 3775.

<sup>(26)</sup> Su questi temi si rinvia all'intervento di A. DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2013.

casi di sovraffollamento carcerario rilevanti *ex art. 3 CEDU*, tenendo conto dei parametri stabiliti dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti del Consiglio d'Europa.

Infine, alle indicazioni fornite dalla Corte EDU lo Stato italiano si conformava emanando il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, che veniva approvato, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, che introduceva importanti misure per contrastare il sovraffollamento del sistema penitenziario nostrano <sup>(27)</sup>.

#### 4. L'applicazione nel nostro ordinamento della decisione dell'*affaire* "Torreggiani contro Italia" e l'intervento delle Sezioni Unite nel caso "Commisso"

A seguito della decisione del caso "Torreggiani contro Italia" e dell'approvazione del decreto-legge n. 92 del 2014 si è sviluppato un intenso dialogo tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento sovranazionale in materia di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti, che ha portato all'adozione di alcune importanti pronunzie della Corte di cassazione in tema di trattamenti inumani e degradanti, sanzionati *ex art. 3 CEDU*.

La più importante di queste pronunzie è, senz'altro, quella delle Sezioni Unite nel caso "Commisso" <sup>(28)</sup>, che costituisce, almeno a fino a questo momento, la punta più avanzata di questo osmotico e stimolante confronto ermeneutico.

Con la pronuncia in esame le Sezioni Unite intervenivano sul tema del trattamento penitenziario inumano o degradante patito da un detenuto ristretto in un carcere italiano, inquadrabile nella previsione dell'*art. 3 CEDU*, che, in termini generali, deve essere definito alla luce della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi dopo il caso "Torreggiani contro Italia" <sup>(29)</sup>. Questa decisione sovranazionale, come detto <sup>(30)</sup>, si inseriva in un più ampio contesto ermeneutico, la cui elaborazione permetteva di indivi-

<sup>(27)</sup> *Ibidem*.

<sup>(28)</sup> Si veda Cass., S.U., 18 febbraio 2021, n. 6551; su questa pronuncia si vedano i commenti di C. CATTANEO, *Le Sezioni unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU*, in *www.sistemapenale.it*, 23 marzo 2021; A. CENTONZE, *Le Sezioni unite penali intervengono sui criteri di calcolo dello spazio individuale minimo del detenuto e sulla rilevanza dei fattori compensativi dell'offerta trattamentale*, in *DV*, 2021, 1, 96 ss.

<sup>(29)</sup> Si rinvia ancora a Corte EDU, *G.C. Mursic c. Croazia*, 12 marzo 2015, cit.

<sup>(30)</sup> Vedi *supra*, paragrafo 3.

duare i parametri necessari per ritenere il trattamento penitenziario patito dal detenuto rispettoso dei canoni di umanità stabiliti dall'art. 3 CEDU <sup>(31)</sup>.

Le Sezioni Unite, in particolare, chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale insorto sui criteri ai quali ci si doveva attenere per determinare lo spazio minimo individuale di cui deve usufruire il detenuto nelle ipotesi di allocazione con più soggetti all'interno di una stessa cella, affermavano che, ferma restando la misura di tre metri quadrati <sup>(32)</sup>, per la relativa valutazione si doveva avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento dei soggetti ristretti, indispensabile per garantire un trattamento penitenziario rispettoso dei parametri umanitari stabiliti dall'art. 3 CEDU.

Ne discende che, nella determinazione dello spazio minimo individuale, allo scopo di garantire al condannato un trattamento penitenziario rispettoso dei canoni di umanità della pena, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento del detenuto, con la conseguenza di dovere detrarre da tale computo gli arredi tendenzialmente fissi al suolo della cella.

Occorre, al contempo, fare integrativamente riferimento al complesso dei fattori, positivi e negativi, che connotano l'offerta trattamentale censurata dal detenuto con il rimedio dell'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ord. pen.), tenendo conto della necessità di garantire al detenuto, per quanto possibile, una condizione di vivibilità carceraria dignitosa, nel rispetto dei parametri stabiliti dall'art. 3 CEDU.

Ne deriva ulteriormente che il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti, rilevanti ex art. 3 CEDU, laddove invocato con il rimedio previsto dall'art. 35-ter Ord. pen., costituisce la conseguenza di una valutazione multifattoriale dell'offerta trattamentale proposta con riferimento al singolo detenuto. Di conseguenza, nelle ipotesi di allocazione del condannato all'interno di una cella collettiva in cui lo spazio minimo individuale è superiore a tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati, occorre tenere conto di tutti i fattori idonei a qualificare le condizioni di detenzione e funzionali a esprimere un giudizio positivo o negativo sul trattamento carcerario patito <sup>(33)</sup>.

Su questo tema, i rapporti tra la giurisprudenza nazionale e quella strasburghese costituiscono una rappresentazione esemplare del sistema di tutela integrata dei diritti fondamentali delle persone, che discende dall'inserimento del nostro Paese nella comunità sovranazionale e che in materia di diritto penitenziario assume connotazioni peculiari.

---

<sup>(31)</sup> Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Corte EDU, *Kalachnikov c. Russia*, 15 luglio 2002, n. 47095/99; Corte EDU, *G.C., Golder c. Regno Unito*, 21 febbraio 1975, n. 4451/70.

<sup>(32)</sup> Si veda Corte EDU, *G.C. Mursic c. Croazia*, 12 marzo 2015, cit.

<sup>(33)</sup> Si veda Cass., S.U., 18 febbraio 2021, n. 6551, cit.

Questo sistema di tutela integrata assume un rilievo peculiare nella materia della protezione dei diritti fondamentali del detenuto, rilevante *ex art. 3 CEDU*, che è la conseguenza dell'impianto dogmatico del diritto penitenziario <sup>(34)</sup>, che lo rende probabilmente meno lineare sul piano dei principi, ma certamente più adattabile alla soddisfazione delle istanze di garanzia provenienti da aree del continente, geografiche e culturali, molto diverse.

Sotto questo aspetto, tra i molteplici profili di interesse che la sentenza delle Sezioni Unite presenta, nell'ottica del riferimento ai parametri giurisprudenziali europei e nel più ampio contesto del dialogo tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento sovranazionale, non può non rilevarsi che la decisione di legittimità in esame rappresenta uno sforzo, certamente riuscito, di coniugare le istanze di garanzia dei diritti fondamentali del detenuto provenienti dalla Corte EDU con la situazione di grave sovraffollamento che il sistema penitenziario italiano presenta.

Tali questioni ermeneutiche, nel nostro ordinamento giuridico, sono state eminentemente affrontate in relazione all'applicazione del rimedio riparatorio previsto dall'*art. 35-ter* Ord. pen., su cui la giurisprudenza di legittimità si è soffermata a partire dalla decisione dell'*affaire* "Torreggiani contro Italia", in alcuni interventi chiarificatori che costituiscono la piattaforma ermeneutica su cui si innesta la decisione del caso "Commisso" <sup>(35)</sup>.

Le Sezioni Unite, dunque, si sono mosse su una base interpretativa consolidata, fortemente avvertita dei ripetuti richiami della Corte EDU al rispetto dei parametri di cui all'*art. 3 CEDU*, nella piena consapevolezza dell'imprescindibilità del dialogo ermeneutico tra i due organismi giurisdizionali nella materia penitenziaria <sup>(36)</sup>.

Pertanto, nelle ipotesi in cui lo spazio individuale della cella sia inferiore alla misura di tre metri quadrati — misura che, peraltro, la Corte EDU non ritiene *ex se* sufficiente a garantire adeguati livelli di vivibilità carceraria —, si è confermato, anche da parte delle Sezioni Unite <sup>(37)</sup>, che ci si trova di

---

<sup>(34)</sup> Sulla natura dogmatica del diritto penitenziario, si rinvia a F. FIORENTIN, *Il vaso di Pandora scopercchiato: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento "multifattoriale" e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Mursic c. Croazia*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2015; G. GIOSTRA, *Art. 35-ter ord. pen.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Cedam, Padova, VI ed., 2019, 489 ss.

<sup>(35)</sup> Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 28 aprile 2021, n. 16116; Cass. 15 luglio 2020, n. 20985; Cass. 11 settembre 2017, n. 41211; Cass. 17 marzo 2017, n. 13124; Cass. 5 febbraio 2014, n. 5728.

<sup>(36)</sup> Si veda Cass., S.U., 18 febbraio 2021, n. 6551, cit.

fronte a un'elevata presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU <sup>(37)</sup> superabile solo attraverso l'accertamento di adeguati fattori compensativi.

I fattori compensativi valutabili *ex art. 3 CEDU*, in particolare, sono costituiti dalle ore di socialità di cui beneficia il detenuto; dallo svolgimento di attività formative, professionali ed extraprofessionali; dalla partecipazione a progetti lavorativi; dallo svolgimento di attività sportive intramurarie.

Tali fattori, a loro volta, devono essere valutati attraverso una verifica concreta, di natura multifattoriale, delle condizioni detentive patite dal soggetto ristretto all'interno di un istituto penitenziario, su cui si devono incentrare le doglianze proposte ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen.

Si ritiene, in proposito, utile richiamare il passaggio della decisione in esame, in cui si evidenziava la necessità di acquisire la consapevolezza che « il principio di umanità della pena [...] che impone il divieto di trattamenti degradanti ha un contenuto di carattere relativo, in quanto ogni pena, come tale, ha un'intrinseca componente di inumanità [...]. Tuttavia, la rilettura di un principio che si pone l'obiettivo di quantificare lo spazio minimo vitale per ogni detenuto, al fine di assicurare il pieno rispetto della dignità della persona nell'espiazione della pena, restituisce al principio stesso un carattere di assolutezza che appartiene alla sensibilità di società e ordinamenti giuridici che hanno a cuore il pieno rispetto dei diritti della persona, anche di chi è recluso » <sup>(38)</sup>.

Si ribadiva, in questo modo, che la decisione sovranazionale intervenuta nel caso "Torreggiani contro Italia", nel cui solco si sono mosse le Sezioni Unite, rappresenta il punto di riferimento convenzionale indispensabile per inquadrare le ipotesi di trattamenti penitenziari degradanti, atteso che, prima di tale intervento chiarificatore, la Corte EDU non aveva fornito indicazioni univoche per definire le violazioni dell'art. 3 CEDU, con specifico riferimento allo spazio minimo individuale di cui i detenuti devono usufruire durante la loro carcerazione <sup>(39)</sup>.

A questi parametri ermeneutici, dunque, la giurisprudenza nazionale, grazie all'intervento delle Sezioni Unite <sup>(40)</sup>, si è definitivamente conformata, elaborando criteri articolati e correlando tali indici alle condizioni di vivibilità della struttura penitenziaria di volta in volta esaminata, allo scopo di verificare la possibilità di applicare fattori compensativi che consentono di ritenere il trattamento penitenziario rispettoso dell'art. 3 CEDU.

Naturalmente, la costituzione di una piattaforma sistematica integrata in materia di tutela dei diritti fondamentali del detenuto, elaborata coniugando

---

<sup>(37)</sup> *Ibidem.*

<sup>(38)</sup> *Ibidem.*

<sup>(39)</sup> *Ibidem.*

<sup>(40)</sup> *Ibidem.*



i parametri stabiliti dagli artt. 3 CEDU, 10, comma 1, 27, comma 3, Cost., non esclude la possibilità di ulteriori interventi chiarificatori della giurisprudenza nazionale, che, del resto, costituiscono la conseguenza, in qualche modo inevitabile, dell'impianto dogmatico flessibile che sorregge gli istituti di diritto penitenziario che si sono passati in rassegna <sup>(41)</sup>.

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

Basti, in proposito, considerare che, in un arco temporale sostanzialmente coevo alla sentenza "Commisso", la Corte EDU ha pronunciato la decisione "Bardali contro Svizzera" del 24 novembre 2020 <sup>(42)</sup>, che, pur respingendo il ricorso, sembra allargare ulteriormente gli spazi di tutela della condizione detentiva del condannato, valorizzando i parametri elaborati dal Comitato dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene trattamenti inumani o degradanti nelle sue raccomandazioni; parametri che fanno riferimento alla misura tendenziale di quattro metri quadrati per definire lo spazio minimo individuale del detenuto, che è addirittura superiore a quella prefigurata dalla Corte EDU nel caso "Torreggiani contro Italia".

Si muove, del resto, in una direzione analoga la decisione della Corte EDU, anch'essa coeva alla sentenza "Commisso", pronunciata nel caso "Badulescu contro Portogallo" del 20 ottobre 2020 <sup>(43)</sup>, che accoglieva il ricorso proposto dal detenuto, sull'assunto che questi, durante la sua detenzione in istituti penitenziari portoghesi, era stato ristretto all'interno di celle che prevedevano uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati, non bilanciato da fattori compensativi. Anche in questo caso, tra l'altro, le indicazioni fornite dal Comitato dell'Unione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene trattamenti inumani o degradanti nelle sue raccomandazioni costituivano il punto di riferimento indispensabile per inquadrate la violazione convenzionale censurata dalla Corte strasburghese.

---

<sup>(41)</sup> Sul punto, si vedano le seguenti pronunce: Cass. 15 marzo 2023, n. 11109; Cass. 27 gennaio 2021, n. 16116; Cass. 21 gennaio 2021, n. 2586; Cass. 29 ottobre 2020, n. 30030; Cass. 9 giugno 2020, n. 17655; Cass. 11 maggio 2020, n. 14258; Cass. 3 aprile 2020, n. 11133; Cass. 27 febbraio 2020, n. 7979; Cass. 6 febbraio 2019, n. 5835.

<sup>(42)</sup> Si veda Corte EDU, *Bardali c. Svizzera*, 24 novembre 2020, n. 31623/17.

<sup>(43)</sup> Si veda Corte EDU, *Badulescu c. Portogallo*, 20 ottobre 2020, n. 33729/18.

Occorre, pertanto, ribadire conclusivamente che, rispetto a queste condizioni di limitata vivibilità carceraria, la mancanza di un sistema adeguato di compensazione intramuraria costituisce un fattore obiettivamente aggravante, rilevante *ex art. 3 CEDU*, producendo nel detenuto uno stato di grave disagio esistenziale, idoneo a concretizzare un trattamento inumano, censurabile con gli strumenti riconosciuti dalla CEDU.

## II.

# LA TUTELA INTEGRATA DELLA DIGNITÀ UMANA DEI DETENUTI: L'ERGASTOLO OSTATIVO

di *Alessandro Centonze* (\*)

**SOMMARIO:** 1. L'ergastolo ostativo e la sentenza della Corte EDU nel caso “Viola contro Italia”. — 2. La decisione della Corte EDU nell'*affaire* “Viola contro Italia” e la tutela della dignità umana dei detenuti *ex art. 3 CEDU*. — 3. La piattaforma ermeneutica nazionale su cui interveniva la decisione della Corte EDU nell'*affaire* “Viola contro Italia”. — 4. La sentenza della Corte costituzionale 22 ottobre 2019, n. 253 e il richiamo della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi con la decisione del caso “Viola contro Italia”. — 5. La tutela integrata della dignità umana dei detenuti, i richiami della Corte costituzionale e l'approvazione del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162.

### 1. L'ergastolo ostativo e la sentenza della Corte EDU nel caso “Viola contro Italia”

La sentenza pronunciata dalla Corte EDU nel caso “Viola contro Italia” <sup>(1)</sup> costituisce una rappresentazione esemplare del sistema di tutela integrata dei diritti fondamentali del detenuto che trae origine dai rapporti, sempre più simbiotici, esistenti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento sovranazionale, che, nella materia del diritto penitenziario, ha assunto connotazioni assolutamente peculiari.

Si consideri che con questa sentenza la Corte EDU, per la prima volta, affermava l'incompatibilità dell'istituto dell'ergastolo ostativo, previsto dall'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 Ord. pen., con il principio della dignità umana del detenuto, condannando l'Italia, contro cui aveva proposto ricorso Marcello Viola, per violazione dell'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU).

---

(\*) Consigliere presso la Corte di cassazione, Prima Sezione Penale.

(1) Si veda Corte EDU, *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019, n. 77633/16; per un commento su questa pronuncia si rinvia a S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 1 luglio 2019.

La condanna dell'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU derivava dal fatto che, nella configurazione dell'istituto dell'ergastolo ostativo censurata dalla Corte di Strasburgo, le possibilità di liberazione di cui dispone un ergastolano ostativo erano eccessivamente limitate, non consentendo, se non eccezionalmente, la riduzione della pena dell'ergastolo e determinando, in tal modo, una violazione del principio della dignità umana del condannato sottoposto al trattamento sanzionatorio perpetuo.

L'importanza di questa decisione è anche la conseguenza del fatto che la pronuncia in esame si inseriva in un dibattito giurisprudenziale particolarmente avvertito nel nostro sistema penale, su cui interveniva la sentenza della Corte costituzionale 22 ottobre 2019, n. 253 <sup>(2)</sup>, sostanzialmente coeva alla pronuncia sovranazionale in esame.

A sua volta, la decisione della Corte EDU nel caso “Viola contro Italia” interveniva dopo alcuni mesi dall'emissione dell'ordinanza del 20 dicembre 2018, con cui la Corte di cassazione sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* Ord. pen. <sup>(3)</sup>, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., dai cui argomenti i Giudici di Strasburgo traevano spunto, citando alcuni passaggi del provvedimento di rimessione alla Corte costituzionale a sostegno delle proprie conclusioni.

In questa, stratificata, cornice, interveniva la Corte EDU che si pronunciava sul ricorso proposto da Marcello Viola, che era un detenuto condannato alla pena dell'ergastolo, con due anni e due mesi di isolamento diurno, per una pluralità di reati unificati dal vincolo della continuazione. Tra questi reati figuravano il delitto di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p. e alcuni delitti-fine, quali l'omicidio, il sequestro di persona e il porto illegale di armi da fuoco; tutti i delitti-fine erano aggravati dall'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, così come novellato dall'art. 416-*bis*.1, c.p.

Deve, inoltre, precisarsi che il ricorrente, durante il primo periodo detentivo, protrattosi per sei anni, veniva sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* Ord. pen., che, a seguito di reclamo, veniva revocato dal Tribunale di Sorveglianza di Roma, che fondava il suo giudizio favorevole al reclamante sul suo proficuo percorso trattamentale. L'autorità

---

<sup>(2)</sup> Si veda Corte cost. 22 ottobre 2019, n. 253; per un commento su questa pronuncia della Corte costituzionale rinvia a M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 dicembre 2019.

<sup>(3)</sup> Si veda Cass. 20 dicembre 2018, n. 57913; per un commento su questa pronuncia si rinvia a M.C. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 28 gennaio 2019.

giudiziaria, infatti, valorizzava i progressi compiuti da Marcello Viola nel corso della sua detenzione, evidenziando che il Ministero della Giustizia non aveva tenuto conto dell'assenza di elementi che dimostrassero i perduranti contatti con l'ambiente mafioso di provenienza del detenuto, indispensabili per giustificare il mantenimento del regime detentivo speciale.

Dopo la revoca del regime *ex art. 41-bis* Ord. pen., Marcello Viola formulava due istanze dirette a ottenere la concessione di permessi premio, alle quali faceva seguire la richiesta di usufruire del beneficio penitenziario della liberazione condizionale.

Queste istanze venivano rigettate dal Tribunale di sorveglianza di Roma sull'assunto che i soggetti condannati per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* Ord. pen. — tra i quali è compresa l'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p. — possono accedere ai benefici penitenziari solo a condizione che collaborino con la giustizia ovvero nelle ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante, che non ricorrevano nel caso di specie. Il ricorrente, difatti, non solo non aveva prestato alcuna forma di collaborazione processuale, ma si era sempre professato innocente, con la conseguenza che la sussistenza delle condizioni ostative stabilite dall'art. 4-*bis* Ord. pen. imponeva il respingimento delle istanze presentate da Viola finalizzate a ottenere i permessi premio e la liberazione condizionale.

Il Tribunale di sorveglianza di Roma, inoltre, rigettava le richieste di Viola finalizzate a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* Ord. pen. per contrasto con il principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. A seguito del rigetto di tali, ulteriori, richieste il condannato decideva di rivolgersi alla Corte EDU, lamentando l'impossibilità *de facto* di essere liberato e di ottenere la riduzione della pena dell'ergastolo che gli era stata irrogata, che concretizzava una violazione dell'art. 3 CEDU.

Secondo il ricorrente, la violazione dell'art. 3 CEDU discendeva dal fatto che la previsione dell'art. 4-*bis* Ord. pen. poneva il condannato di fronte a un'alternativa incompatibile con i parametri convenzionali e con il principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. Infatti, se decideva di collaborare con la giustizia, il detenuto rinunciava alla sua convinzione di essere innocente e accettava il rischio di mettere in pericolo la sua vita e quella dei suoi familiari; se, viceversa, decideva di non collaborare, rinunciava a ogni possibilità di accedere alla liberazione condizionale, stante l'effetto ostativo stabilito dall'art. 4-*bis* Ord. pen.

## **2. La decisione della Corte EDU nell'*affaire* "Viola contro Italia" e la tutela della dignità umana dei detenuti *ex art. 3 CEDU***

La Corte EDU, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da Marcello Viola, riteneva che la disciplina dell'ergastolo ostativo prefigurata

dall'art. 4-*bis* Ord. pen. determinava una violazione del principio di dignità umana dei detenuti, affermato dall'art. 3 CEDU, nella parte in cui restringeva alle sole ipotesi di collaborazione con la giustizia la possibilità per il ricorrente di accedere alla liberazione condizionale.

Per giungere a queste conclusioni, la Corte EDU sviluppava un percorso argomentativo incentrato sul rispetto del principio di dignità umana dei detenuti, stabilito dall'art. 3 CEDU e collegato al principio di rieducazione del reo affermato dall'art. 27, comma 3, Cost., che esplicava i suoi effetti sulla configurazione dell'istituto dell'ergastolo ostativo, così come disciplinato dall'art. 4-*bis* Ord. pen.

I Giudici di Strasburgo, innanzitutto, muovevano dalla rilevanza del principio di dignità umana dei detenuti, che era stato elaborato nelle decisioni dei casi “Vinter e Hutchinson c. Regno Unito” (4) e “Murray c. Paesi Bassi” (5), evidenziando che il sistema convenzionale di tutela dei diritti dei detenuti non impediva, in quanto tale, l'applicazione di una sanzione penale perpetua, in presenza di reati caratterizzati da un elevato disvalore.

Si evidenziava, al contempo, che il riconoscimento di una tale soluzione sanzionatoria postulava il rispetto del divieto di trattamenti inumani e degradanti imposto dall'art. 3 CEDU, che comporta che la pena detentiva potesse essere, in astratto e in concreto, ridotta. Tutto questo imponeva che l'ordinamento giuridico italiano doveva prevedere la revisione della condanna a una pena detentiva perpetua, offrendo al condannato, decorso un adeguato periodo di detenzione e in presenza di percorso di revisione critica del suo vissuto criminale, la possibilità di essere liberato.

Infatti, il principio della dignità umana del detenuto riconducibile alla previsione dell'art. 3 CEDU, che rappresenta il fulcro del sistema di protezione dei diritti fondamentali della persona prefigurato dalla CEDU, non consente di privare le persone della libertà senza assicurare loro la possibilità, a determinate condizioni e dopo un adeguato periodo di valutazione intramuraria, di potere riacquistare la condizione di individui liberi.

Ne discendeva che, per valutare l'eventuale incompatibilità della pena perpetua con il principio della dignità umana del detenuto stabilito dall'art. 3 CEDU, occorreva verificare se la disciplina dell'ergastolo ostativo prefigurata dall'art. 4-*bis* Ord. pen. consentisse, in astratto e in concreto, una riduzione del trattamento sanzionatorio irrogato al condannato.

In questa cornice, la Corte EDU rilevava che l'art. 4-*bis* Ord. pen. non precludeva, in termini assoluti, la possibilità per l'ergastolano di accedere alla

---

(4) Si veda Corte EDU, *Vinter e Hutchinson c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, n. 57592/08.

(5) Si veda Corte EDU, *G.C., Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016, n. 10511/10.

liberazione condizionale, atteso che riconosceva una tale facoltà, pur subordinandola alla collaborazione con la giustizia.

Tuttavia, la possibilità per il soggetto condannato all'ergastolo di accedere alla liberazione condizionale era condizionata negativamente dalle modalità con cui, secondo quanto previsto dall'art. 4-*bis* Ord. pen., la scelta di collaborare con la giustizia del detenuto si sarebbe dovuta concretizzare.

Si evidenziava, innanzitutto, che, frequentemente, la scelta del detenuto di non collaborare con la giustizia non è tanto causata da una persistente adesione ai valori negativi dell'ambiente mafioso di provenienza, quanto, piuttosto, dalla preoccupazione di non mettere in pericolo la propria vita e quella dei familiari a seguito della collaborazione. Queste condizioni, però, non consentono di ritenere la scelta del detenuto ergastolano di collaborare o non collaborare con la giustizia libera e volontaria <sup>(6)</sup>.

Non poteva, per altro verso, essere trascurata l'ipotesi di una collaborazione con la giustizia determinata da finalità esclusivamente o prevalentemente opportunistiche, che, all'evidenza, rendevano la scelta di collaborare incompatibile con un percorso di rivisitazione critica del vissuto criminale del detenuto, fondato sulla definitiva interruzione dei contatti con l'ambiente mafioso di provenienza dell'ergastolano <sup>(7)</sup>.

La Corte EDU, al contempo, evidenziava che l'equiparazione operata dall'art. 4-*bis* Ord. pen. tra la mancata collaborazione con la giustizia e la presunzione assoluta di pericolosità del condannato finiva, nella sostanza, per considerare la posizione del detenuto con riferimento al solo momento della commissione del fatto, senza tenere in alcun conto l'eventuale percorso di rieducazione del reo e gli eventuali progressi compiuti durante l'esecuzione della pena. Tutto questo determinava un'eccessiva limitazione degli spazi di verifica dell'avvenuta collaborazione con la giustizia dell'ergastolano, non essendo consentita una valutazione individualizzata del percorso rieducativo compiuto dal detenuto e dei suoi, eventuali, progressi trattamentali <sup>(8)</sup>.

In questo modo, si trascurava di considerare, come evidenziato nell'ordinanza con cui la Corte di cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* Ord. pen. <sup>(9)</sup>, espressamente richiamata dalla Corte EDU, che la personalità del soggetto condannato all'ergastolo non poteva essere valutata con riferimento al solo momento del suo ingresso in carcere, potendosi evolvere in conseguenza del percorso rieducativo intrapreso, portando il detenuto a una rivisitazione critica del suo vissuto crimi-

---

<sup>(6)</sup> Si veda Corte EDU, *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019, cit.

<sup>(7)</sup> *Ibidem*.

<sup>(8)</sup> *Ibidem*.

<sup>(9)</sup> Si veda Cass. 20 dicembre 2018, n. 57913, cit.



nale, che renderebbe eccessivamente afflittivo un trattamento sanzionatorio perpetuo e non revisionabile.

Si evidenziava, in ogni caso, che non era possibile limitare, fino a eliminarlo, il diritto alla dignità umana dei detenuti riconosciuto dall'art. 3 CEDU, in ossequio agli obiettivi di tutela della collettività perseguiti dal legislatore italiano, che, pur essendo legittimi alla luce della pervasività dei fenomeni criminali mafiosi, non potevano comportare una compressione, non superabile, di prerogative individuali irrinunciabili.

Ne discendeva che la scelta del legislatore italiano di considerare la collaborazione con la giustizia quale unica prova possibile della dissociazione del detenuto rendeva, in concreto, non riducibile la pena dell'ergastolo ostativo, privando il condannato della possibilità di ottenere, a determinate condizioni, la libertà, concretizzando la violazione dell'art. 3 CEDU censurata da Marcello Viola.

### **3. La piattaforma ermeneutica nazionale su cui interveniva la decisione della Corte EDU nell'*affaire* "Viola contro Italia"**

Occorre, a questo punto, soffermarsi sulla piattaforma ermeneutica su cui si innestava la decisione della Corte EDU nell'*affaire* "Viola contro Italia", atteso che tale pronuncia interveniva alcuni mesi dopo l'ordinanza con cui la Corte di cassazione aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* Ord. pen. ed era di poco precedente alla sentenza n. 253 del 2019 con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale del comma 1 dello stesso art. 4-*bis*.

Non può, invero, non rilevarsi che la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, Ord. pen. si pone in una linea di continuità con alcuni precedenti interventi della Corte costituzionale, che, in conformità dei parametri convenzionali, hanno ridefinito il sistema delle presunzioni collegate all'applicazione della stessa disposizione.

Questa ricostruzione sistematica — necessitata dal percorso argomentativo posto a fondamento della sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019 — postula il riferimento iniziale alla sentenza 9 gennaio 2014, n. 239<sup>(10)</sup>, con cui veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, Ord. pen., nella parte « in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* della medesima legge » e nella parte « in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici

<sup>(10)</sup> Si veda Corte cost., 9 gennaio 2014, n. 239.

penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti »<sup>(11)</sup>.

Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, la scelta legislativa di accomunare nel regime detentivo prefigurato dall'art. 4-bis, comma 1, Ord. pen. fattispecie e misure alternative tra loro eterogenee risultava lesiva dei parametri costituzionali, essendo illogica rispetto all'obiettivo di incentivare la collaborazione processuale quale strategia di contrasto alla criminalità organizzata. Infatti, la subordinazione dell'accesso ai benefici penitenziari a un effettivo ravvedimento del condannato è giustificata solo quando si discuta di misure alternative che mirano alla rieducazione del condannato e non quando « al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo [...] »<sup>(12)</sup>.

Analogo rilievo ermeneutico deve essere attribuito alla sentenza 12 aprile 2017, n. 76<sup>(13)</sup>, con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità della norma dell'art. 47-quinquies, comma 1-bis, Ord. pen., limitatamente all'inciso « salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis, »<sup>(14)</sup>.

Con tale pronuncia, la Corte costituzionale introduceva un ulteriore elemento di censura alle norme previste in materia di benefici penitenziari, con riferimento alla detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-quinquies, comma 1-bis, Ord. pen., affermando l'inammissibilità di presunzioni assolute che neghino l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena, impedendo al giudice di valutare in concreto la pericolosità della condannata e facendo ricorso a indici presuntivi che comportano « il totale sacrificio dell'interesse del minore »<sup>(15)</sup>.

Questo percorso ermeneutico proseguiva con la sentenza 11 luglio 2018, n. 149<sup>(16)</sup>, con cui la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità dell'art. 58-quater, comma 4, Ord. pen., nella parte applicabile « ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato »<sup>(17)</sup> e nella parte applicabile « ai

<sup>(11)</sup> *Ibidem.*

<sup>(12)</sup> *Ibidem.*

<sup>(13)</sup> Si veda Corte cost., 12 aprile 2017, n. 176.

<sup>(14)</sup> *Ibidem.*

<sup>(15)</sup> *Ibidem.*

<sup>(16)</sup> Si veda Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149.

<sup>(17)</sup> *Ibidem.*

condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 289-*bis* del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato » (18).

Si ribadivano, in tal modo, i principi della progressività trattamentale e della flessibilità della pena radicati nell'art. 27, comma 3, Cost., che garantiscono il graduale inserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale, evidenziando che, rispetto a tali scopi, la normativa censurata frustrava gli obiettivi perseguiti dalla liberazione anticipata, che costituisce « un tassello essenziale del vigente ordinamento penitenziario [...] e della filosofia della risocializzazione che ne sta alla base [...] » (19).

Del resto, tali obiettivi di risocializzazione, che non consentivano l'applicazione di presunzioni assolute in materia di benefici penitenziari, erano ulteriormente corroborati dalla giurisprudenza della Corte EDU che, nella decisione della Grande Camera del caso “Vinter e Hutchinson c. Regno Unito” (20), espressamente citata dalla Corte costituzionale, richiamava « 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 [...] » (21).

In questa, complessa, cornice ermeneutica, la Corte di cassazione, nell'ordinanza con cui sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* Ord. pen., a sostegno delle sue argomentazioni, evidenziava che l'assunto secondo cui « la cessazione dei legami consortili di un detenuto con il gruppo criminale di riferimento possa essere dimostrata, durante la fase di esecuzione della pena, solo attraverso le condotte collaborative di cui all'art. 58-*ter* Ord. pen. è affermazione che non può assumere valore incontrovertibile e assurgere a canone valutabile in termini di presunzione assoluta, a prescindere dalle emergenze concrete » (22).

Tale assunto ermeneutico, infatti, non sembrava « trovare copertura nella giurisprudenza costituzionale prima richiamata che, come ha bandito dal sistema le presunzioni assolute di pericolosità, così non può avallare la conclusione che la scelta collaborativa costituisca prova legale esclusiva di ravvedimento » (23).

(18) *Ibidem.*

(19) *Ibidem.*

(20) Si veda Corte EDU, *Vinter e Hutchinson c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, cit.

(21) Si veda Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, cit.

(22) Si veda Cass. 20 dicembre 2018, n. 57913, cit.

(23) *Ibidem.*

Si evidenziava, al contempo, che la rilevanza, riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sentenza 26 marzo 2015, n. 148 <sup>(24)</sup>, di « elementi specifici da cui, pur in presenza di comportamenti criminosi riconducibili alla sfera di operatività di un'organizzazione mafiosa, si possa ricavare l'insussistenza di esigenze cautelari ovvero la possibilità che queste possono essere soddisfatte con altre misure, rende non manifestamente infondato il dubbio circa la ragionevolezza dell'equiparazione assoluta tra la mancata collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* Ord. pen. e la condizione di perdurante pericolosità sociale del condannato » <sup>(25)</sup>.

D'altra parte, le ragioni che possono indurre un condannato all'ergastolo ostativo a non effettuare una scelta collaborativa *ex art. 58-ter* Ord. pen. « non risultano univocamente dimostrative dell'attualità della pericolosità sociale e non necessariamente coincidono con la volontà di rimanere legato al sodalizio mafioso di provenienza » <sup>(26)</sup>.

#### 4. La sentenza della Corte costituzionale 22 ottobre 2019, n. 253 e il richiamo della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi con la decisione del caso “Viola contro Italia”

Nel contesto ermeneutico descritto nel paragrafo precedente si inseriva la sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019, che, nell'emettere la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, Ord. pen., si muoveva nel solco della propria giurisprudenza consolidata e dei principi affermati nella decisione della Corte EDU nel caso “Viola contro Italia”.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che la Corte costituzionale — muovendosi nel solco ermeneutico prefigurato dalla Corte EDU nel caso “Viola contro Italia”, che, come detto, riportava in termini adesivi ampi stralci dell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione del 20 novembre 2018 — ribadiva in termini generali la legittimità del regime delle presunzioni di pericolosità sociale vigente per i benefici penitenziari e dichiarava, limitatamente alla concessione dei premi, la « illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...], nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi premi anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ordin.

<sup>(24)</sup> Si veda Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48.

<sup>(25)</sup> *Ibidem.*

<sup>(26)</sup> *Ibidem.*

penit., 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 » (27).

Si muoveva nella stessa direzione la declaratoria di incostituzionalità consequenziale, per effetto della quale veniva dichiarata « l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416-*bis* c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti » (28).

In questa cornice, la Corte costituzionale precisava in quale contesto sistematico doveva inserirsi la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, Ord. pen., evidenziando che il « permesso premio, almeno per le pene medio-lunghe, rappresenta un peculiare istituto del complessivo programma di trattamento [...] », consentendo al detenuto di acquisire « a fini rieducativi, i primi spazi di libertà [...] » e svolgendo un'insostituibile « funzione “pedagogico-propulsiva” [...] » (29).

Tale peculiare connotazione trattamentale, peraltro, era stata già affermata dalla Corte costituzionale in precedenti interventi, espressamente citati dalla sentenza in esame, in cui si evidenziava che la « giurisprudenza di questa Corte (in particolare sentenza n. 149 del 2018) ha del resto indicato come criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari (in proposito anche sentenza n. 436 del 1999), sottolineando che essa è particolarmente importante al cospetto di presunzioni di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso (sentenza n. 90 del 2017). Ove non sia consentito il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo (sentenza n. 257 del 2006), in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena (sentenza n. 255 del 2006) » (30).

La presunzione assoluta affermata dall'art. 4-*bis*, comma 1, Ord. pen., pertanto, impediva, in evidente contrasto con la previsione dell'art. 27,

(27) Si veda Corte cost., 22 ottobre 2019, n. 253, cit.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*.

(30) *Ibidem*.

comma 3, Cost., la realizzazione di un percorso trattamentale individualizzato del condannato, atteso che « l'inammissibilità *in limine* della richiesta del permesso premio può arrestare sul nascere il percorso risocializzante, frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada »<sup>(31)</sup>.

Senza considerare che le presunzioni assolute di cui la disposizione dell'art. 4-*bis*, comma 1, Ord. pen. è espressione, come evidenziato in un precedente intervento della Corte costituzionale, anch'esso richiamato nella sentenza in esame, soprattutto « quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit* [...] »<sup>(32)</sup>.

Ne discendeva l'irragionevolezza della presunzione assoluta prevista dalla norma dell'art. 4-*bis*, comma 1, Ord. pen. e il suo contrasto con la funzione rieducativa della pena, così come prefigurata dall'art. 27, comma 3, Cost., non essendo possibile affermare l'esistenza di un regime presuntivo che « a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto, presupponga l'immutabilità, sia della personalità del condannato, sia del contesto esterno di riferimento »<sup>(33)</sup>.

La Corte costituzionale, al contempo, evidenziava che le peculiarità sistematiche del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. e delle fattispecie che vi sono collegate imponevano di improntare la valutazione degli elementi idonei a superare la presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata del detenuto a criteri particolarmente rigorosi, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio mafioso, dal quale si esige un allontanamento definitivo e irreversibile.

La necessità di un accertamento rigoroso di tale distacco consortile comporta che « la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi »<sup>(34)</sup>.

L'acquisizione di elementi, concreti e specifici, che attestino il definitivo distacco consortile del condannato risponde alla stessa logica alla quale è ispirata la disposizione dell'art. 4-*bis* Ord. pen. e deve essere svolta dalla magistratura di sorveglianza in collegamento con tutte le autorità competenti

---

<sup>(31)</sup> *Ibidem.*

<sup>(32)</sup> *Ibidem.*

<sup>(33)</sup> *Ibidem.*

<sup>(34)</sup> *Ibidem.*

in materia. Tale collegamento istituzionale, secondo la Corte costituzionale, è indispensabile per verificare quale sia stata la condotta assunta dal carcerato durante l'esecuzione della pena e quale sia il contesto criminale esterno in cui il detenuto potrebbe reinserirsi, sia pure temporaneamente, in occasione di un permesso premio, vanificando gli obiettivi di prevenzione, generale e speciale, connessi all'istituto in esame.

Occorre, pertanto, una verifica rigorosa degli elementi, concreti e specifici, acquisiti nei confronti del detenuto, tale da escludere sia la permanenza di collegamenti con gli ambienti della criminalità organizzata da cui proviene, sia il pericolo di un loro ripristino, che devono essere sottoposti a un vaglio analitico da parte della magistratura di sorveglianza. Si tratta, come detto, di un accertamento connaturato alla stessa funzione preventiva dell'art. 4-*bis* Ord. pen., che mira a impedire che il detenuto possa commettere ulteriori reati, che non può essere vanificata da una valutazione superficiale della posizione dell'ergastolano.

In altri termini, in presenza di una richiesta di permesso premio avanzata da un soggetto condannato per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per le fattispecie che vi sono collegate, la magistratura di sorveglianza dovrà decidere « sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti [...] » <sup>(35)</sup>, dovendosi precisare ulteriormente « che — fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale [...], — se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno [...] » <sup>(36)</sup>.

## **5. La tutela integrata della dignità umana dei detenuti, i richiami della Corte costituzionale e l'approvazione del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162**

Dopo la sentenza n. 253 del 2019 la Corte costituzionale interveniva altre due volte sulla costituzionalità della disciplina dell'ergastolo ostativo, muovendosi in entrambi i casi nel solco della sentenza pronunciata dalla Corte EDU nell'*affaire* "Viola contro Italia".

Si consideri che, una prima volta, la Corte costituzionale interveniva con

<sup>(35)</sup> *Ibidem.*

<sup>(36)</sup> *Ibidem.*



l'ordinanza 15 aprile 2021, n. 97 <sup>(37)</sup>, con cui veniva accerta l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, senza che a tale accertamento conseguisse la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* Ord. pen., sollevata con riferimento alle modalità di accesso alla liberazione condizionale del detenuto.

In quell'occasione, la Corte costituzionale rinviava al 10 maggio 2022 la trattazione nel merito della questione di legittimità, ritenendo che un intervento esclusivamente censorio avrebbe compromesso la tenuta della normativa di contrasto alla criminalità organizzata. Si imponeva, quindi, in un'ottica di collaborazione istituzionale, un rinvio della trattazione della questione di costituzionalità, nell'attesa di un tempestivo intervento del legislatore italiano, che veniva ritenuto improcrastinabile.

Nelle more, veniva varato un progetto di legge finalizzato a riformare la disciplina dell'ergastolo ostativo, che però non veniva approvato entro la data del 10 maggio 2022, costringendo la Corte costituzionale a intervenire una seconda volta sulla questione della legittimità <sup>(38)</sup> dell'art. 4-*bis* Ord. pen.

Veniva, pertanto, adottata l'ordinanza 10 maggio 2022, n. 122, con cui la Corte costituzionale disponeva l'ulteriore rinvio all'8 novembre 2022 della questione di legittimità sottoposta al suo vaglio, motivando il rinvio con lo stato avanzato del percorso parlamentare finalizzato a riformare la disciplina dell'ergastolo ostativo.

Infine, la complessa vicenda della riforma della disciplina dell'ergastolo ostativo giungeva, almeno per il momento, a compimento, per effetto dell'approvazione del decreto legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2022, n. 304.

Questa normativa introduce alcuni significativi elementi di novità nella disciplina dell'ergastolo ostativo, così come prefigurata dall'art. 4-*bis* Ord. pen., sui quali occorre, sia pure sinteticamente, soffermarsi, muovendo dalle condizioni in presenza delle quali il detenuto non collaborante può godere dei benefici penitenziari, previste dall'art. 1, lett. *a*), n. 2, del decreto-legge n. 162 del 2022.

Occorre, in proposito, precisare che il decreto-legge n. 162 del 2022 opera una distinzione tra i vari illeciti che compongono il catalogo dei reati previsti dall'art. 4-*bis* Ord. pen.

Il decreto-legge n. 162 del 2022, innanzitutto, disciplina i delitti compresi nel catalogo dei reati riconducibili alla criminalità organizzata, ai quali dedica le previsioni contenute nell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, Ord. pen.

---

<sup>(37)</sup> Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97.

<sup>(38)</sup> Corte cost., 10 maggio 2022, n. 122.

Si dedica, invece, una disciplina separata per i residui delitti, compresi nel catalogo dei reati previsti dall'art. 4-*bis* Ord. pen. ma non riconducibili alla criminalità organizzata, che sono elencati nel comma 1-*bis*.1 della stessa disposizione.

Più precisamente, secondo quanto previsto dall'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, Ord. pen., per gli autori di reati riconducibili alla criminalità organizzata, la concessione dei benefici penitenziari presuppone che i detenuti « dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino 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 [...] ».

Nell'ultimo periodo dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, Ord. pen., infine, si stabilisce: « Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa ».

Per i restanti reati, che non sono riconducibili alla criminalità organizzata, secondo quanto previsto dall'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*.1, Ord. pen., la concessione dei benefici penitenziari postula che i detenuti « dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria e alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso, 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 [...] ».

Nell'ultimo periodo dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*.1, Ord. pen., infine, si stabilisce: « Al fine della concessione dei benefici, il giudice di sorveglianza accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa ».

Quanto, invece, agli adempimenti richiesti al tribunale di sorveglianza per decidere sull'istanza presentata dal condannato ergastolano non colla-

borante, l'art. 1, lett. a), n. 3, del decreto-legge n. 162 del 2022 prescrive l'acquisizione di informazioni presso il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del luogo di detenzione del condannato e presso la direzione dell'istituto penitenziario in cui è allocato l'istante. Tali informazioni, a loro volta, devono essere correlate agli accertamenti relativi alle condizioni economiche del nucleo familiare del condannato e alle eventuali misure di prevenzione, personali o patrimoniali, disposte nei loro confronti.

Accanto a queste acquisizioni informative, l'art. 1, lett. a), n. 3, del decreto-legge n. 162 del 2022 prescrive l'acquisizione del parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado; nelle ipotesi di soggetti condannati per reati di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., invece, il parere deve essere richiesto al Procuratore nazionale antimafia e al pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto dove è stata pronunciata la sentenza di primo grado.

Deve, infine, evidenziarsi che la disciplina del novellato art. 4-*bis* Ord. pen. non si applica ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* Ord. pen.

Dispone, infatti, l'ultimo periodo dell'art. 41-*bis*, comma 2, Ord. pen., nella sua nuova formulazione, che i « benefici di cui al comma 1 possono essere concessi al detenuto o internato sottoposto a regime speciale di detenzione previsto dall'articolo 41-*bis* solamente dopo che il provvedimento applicativo di tale regime speciale sia stato revocato o non prorogato ».



IV.

I RIFLESSI APPLICATIVI  
DELLA GIURISPRUDENZA CEDU IN TEMA DI  
NOZIONE AUTONOMA DI “MATERIA PENALE”



**I.**  
**MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE  
E LIBERTÀ DI MOVIMENTO**  
di *Debora Tripiccione* (\*)

**SOMMARIO:** 1. La conformità convenzionale delle misure di prevenzione personale e l'*overruling* della sentenza *De Tommaso c. Italia*. — 2. Le sue ricadute nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite e il difetto di precisione delle prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi. — 2.1. Gli effetti sul giudicato. — 2.2. La successiva perimetrazione del divieto di non partecipare a pubbliche riunioni. — 3. L'illegittimità costituzionale della fattispecie di pericolosità generica dei soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi. — 4. La fattispecie di pericolosità generica di coloro che vivono abitualmente di traffici delittuosi. — 4.1. (*Segue*) la natura e l'incidenza del rigetto della questione di legittimità costituzionale relativa alla categoria di cui all'art. 1, lett. *b*), d. lgs. n. 159 del 2011. — 5. La categoria dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa.

**1. La conformità convenzionale delle misure di prevenzione personale e l'*overruling* della sentenza *De Tommaso c. Italia***

La Corte EDU si è più volte pronunciata sulla conformità convenzionale del sistema delle misure di prevenzione personale e, fino alla sentenza emessa dalla Grande Camera nel caso *De Tommaso c. Italia*, ha sempre riconosciuto la legittimità delle finalità della prevenzione con riferimento alla commissione di reati e, più in generale, al mantenimento dell'ordine pubblico.

Fatta eccezione per il caso *Guzzardi contro Italia* (Corte EDU, 6 novembre 1980, ric. n. 7367/76), la Corte di Strasburgo ha costantemente affermato che le misure di prevenzione personale integrano delle restrizioni della libertà di movimento, tutelata dall'art. 2, Prot. 4, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, d'ora in poi CEDU, e che la loro legittimità è subordinata alla sussistenza delle condizioni previste dal comma 3 di tale norma.

In particolare, tra le più significative pronunce va segnalata la sentenza *Raimondo c. Italia*, del 22 febbraio 1994, ric. n. 12954/87, in cui la Grande

---

(\*) Consigliera presso la Corte di cassazione.



Camera della Corte EDU ha riconosciuto che l'imposizione della misura della sorveglianza speciale applicata al ricorrente, indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa, integrava una restrizione della libertà di movimento rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 2, Prot. 4 CEDU. In un passaggio fondamentale della sentenza, la Corte ha, inoltre, affermato che, in considerazione della minaccia alla "società democratica" rappresentata dalla mafia, la misura era necessaria "per il mantenimento dell'ordine pubblico" e "per la prevenzione del crimine" e proporzionata allo scopo perseguito, dal momento della sua adozione fino a quello della sua revoca.

La legittimità del sistema italiano della prevenzione ha trovato un aperto riconoscimento nella sentenza *Labita c. Italia*, del 6 aprile 2000, ric. n. 26772/95, in cui la Grande Camera della Corte EDU ha affermato che la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno applicata al ricorrente, indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa, si era tradotta in un'ingerenza nella sua libertà di movimento, basata sulle leggi n. 1423 del 1956, n. 575 del 1965, n. 327 del 1988 e n. 55 del 1990, e perseguiva « gli scopi legittimi del mantenimento dell'ordine pubblico e della prevenzione dei reati ». Quanto al requisito della necessità della misura in una società democratica, la Corte ha ritenuto legittimo « il fatto che delle misure di prevenzione e in particolare la sorveglianza speciale siano applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna poiché tendono ad impedire il compimento di atti criminali ».

Nella sentenza *Monno c. Italia*, dell'8 ottobre 2013, ric. n. 18675/09, la Corte EDU ha nuovamente riconosciuto che la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno applicata al ricorrente aveva una « base legale nel diritto italiano ».

Come anticipato, la sentenza *De Tommaso c. Italia*, del 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09, ha rappresentato un significativo mutamento nella giurisprudenza della Corte EDU per il giudizio fortemente critico espresso dalla Grande Camera della Corte EDU sia sulla "qualità" della legge n. 1423 del 1956 che sulla determinatezza di talune delle prescrizioni generaliste imposte con la misura della sorveglianza speciale.

Innanzitutto, la Corte EDU ha ribadito il principio di diritto già affermato in precedenza in ordine ai tre presupposti che legittimano una misura restrittiva di tale libertà: la sua conformità alla legge, la necessità di assicurare la tutela di uno degli interessi elencati dal citato art. 2, e la realizzazione di un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e i diritti dell'individuo.

Quanto alla conformità alla legge, la Corte ha ribadito che questa non si riferisce solo al fondamento legale della misura, ma anche alla qualità della legge che deve essere accessibile alle persone interessate e prevedibile quanto ai suoi effetti. Ciò richiede una formulazione della norma con sufficiente

precisione, in modo da consentire ai cittadini di regolare la propria condotta e di prevedere, se necessario con appropriata consulenza e ad un livello che sia ragionevole in concreto, le conseguenze che possono derivare da una determinata condotta.

Quanto al requisito della prevedibilità, la Corte EDU ha, inoltre, ribadito che è necessario che la legge preveda degli strumenti di protezione contro le interferenze arbitrarie delle autorità pubbliche ed indichi, in caso di conferimento di un potere discrezionale, la sua portata, « sebbene le procedure e le condizioni dettagliate da osservare non debbano essere necessariamente incorporate tra le norme di diritto sostanziale ».

Alla luce di tale cornice ermeneutica, la Corte EDU ha ritenuto che, nel caso in esame, la misura di prevenzione applicata al ricorrente non era conforme alla legge in conseguenza della carenza del requisito della prevedibilità della legge n. 1423 del 1956, posta a suo fondamento.

Contrariamente alla propria precedente giurisprudenza, la Corte EDU ha, infatti, affermato che, nonostante la Corte costituzionale sia più volte intervenuta per indicare i criteri da utilizzare per valutare la necessità delle misure di prevenzione, la loro imposizione è rimessa alla discrezionalità dei tribunali in quanto « né la legge, né la Corte Costituzionale hanno chiaramente identificato gli “elementi di fatto” o le specifiche tipologie di comportamento che devono essere presi in considerazione al fine di valutare la pericolosità sociale della persona e che possono giustificare le misure di prevenzione ».

Sulla base di tali considerazioni, la Corte EDU ha ritenuto che la legge n. 1423 del 1956 non indicava con sufficiente chiarezza la portata e le modalità di esercizio dell'ampio potere discrezionale conferito al giudice nazionale, e, pertanto, non era formulata con sufficiente precisione per fornire protezione contro le interferenze arbitrarie e per consentire al ricorrente di regolare la sua condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'imposizione della misura di prevenzione.

Analogo giudizio critico è stato formulato con riferimento alle prescrizioni di “vivere onestamente e rispettare la legge” e di “non dare adito a sospetti”, ritenute estremamente vaghe e generiche. In particolare, oltre all'indeterminatezza delle due prescrizioni, la Corte EDU ha rilevato che il dovere di rispettare le leggi, come interpretato dalla Corte Costituzionale, si risolve in un riferimento « aperto » all'intero sistema giuridico italiano e non fornisce un'indicazione precisa delle norme specifiche la cui violazione sarebbe ulteriore indice della già accertata pericolosità.

I giudici di Strasburgo hanno, infine, manifestato preoccupazione in ordine al divieto assoluto di partecipare a riunioni, di cui la legge non specifica l'ambito spaziale e temporale, rimettendone sostanzialmente la delimitazione alla discrezionalità del giudice.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha affermato che la legge n. 1423 del 1956 è stata redatta « in termini vaghi ed eccessivamente generali », in quanto né i destinatari (art. 1) né il contenuto delle misure di prevenzione (artt. 3 e 5) sono stati definiti con sufficiente precisione e chiarezza e, pertanto, poiché tale legge non rispetta il requisito di prevedibilità, ha escluso che le restrizioni alla libertà di movimento imposte al ricorrente avessero una base legale.

## **2. Le sue ricadute nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite e il difetto di precisione delle prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi**

La sentenza De Tommaso ha alimentato un vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza sulla sua natura di “precedente consolidato” alla stregua dei canoni ermeneutici tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015, e, dunque, sulla “capacità di tenuta” del sistema delle misure di prevenzione anche con riferimento alle misure di prevenzione patrimoniali e a talune fattispecie di pericolosità qualificata.

Le prime reazioni della giurisprudenza di merito hanno seguito diverse soluzioni ermeneutiche: da un lato, infatti, sul presupposto del carattere vincolante dell’interpretazione fornita dalla Corte EDU e, dunque, della sua idoneità ad integrare una norma interposta ai sensi e per gli effetti dell’art. 117 Cost., è stata sollevata la questione di legittimità degli artt. 1, 3 e 5 della legge n. 1423 del 1956, 19 della legge n. 152 del 1975 e 1, 4, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 159 del 2011, per contrasto con l’art. 117, comma 1, Cost. in relazione all’art. 2, prot. 4 CEDU (App. Napoli 15 marzo 2017). Altro opposto indirizzo ha, invece, escluso la natura di precedente consolidato della sentenza De Tommaso e ritenuto che, comunque, riguardava un caso specifico di applicazione della sorveglianza speciale ormai superato sia dal diritto vivente che dalla tipizzazione legislativa delle categorie di pericolosità previste dal d. lgs. n. 159 del 2011 (cfr. Trib. Milano 7 marzo 2017).

Dinanzi a siffatte incertezze interpretative, è stata ritenuta di particolare importanza e, per tale ragione, rimessa alle Sezioni Unite, la questione relativa ai possibili effetti della sentenza De Tommaso sulla previsione incriminatrice di cui all’art. 75, d. lgs. n. 159 del 2011 e, in particolare sulla conformità ai canoni di precisione, determinatezza e tassatività delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, previste dall’art. 5, legge n. 1423 del 1956 (attuale art. 8, comma 4, d. lgs. n. 159 del 2011).

Le Sezioni Unite, con sentenza del 27 aprile 2017, n. 40076 hanno affermato 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 2, d. lgs. n. 159 del 2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni c.d. specifiche.

Muovendo dalle considerazioni espresse da Cass., S.U., 29 maggio 2014, n. 32923, che ha espunto dalle prescrizioni sanzionabili ai sensi del citato art. 75 la violazione dell'obbligo di portare la carta precettiva, e dal criterio ermeneutico offerto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 27 del 1959 in ordine alla necessità di accordare rilevanza alle sole inottemperanze del sorvegliato speciale sintomatiche della pericolosità sociale già accertata in sede di giudizio di prevenzione, il Supremo Consesso, ponendosi in posizione di netta discontinuità con la precedente e consolidata giurisprudenza di legittimità, ha escluso che l'inosservanza delle prescrizioni di genere possa integrare la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011.

Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, il contenuto precettivo di tale fattispecie può essere integrato solo dagli obblighi e dalle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, caratteri, questi, che difettano alle prescrizioni del "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" il cui contenuto si risolve in un « mero ammonimento di carattere morale »; si è, inoltre, considerato che l'obbligo di rispettare le leggi, non indicando alcun comportamento specifico da osservare, « nella misura in cui opera un riferimento indistinto a tutte le leggi dello Stato » presenta un deficit di determinatezza e precisione che lo rende privo di contenuto precettivo, impedendo al destinatario di conoscere quali specifiche condotte siano sanzionate penalmente.

Attraverso tale rilettura in chiave tassativizzante e tipizzante della fattispecie incriminatrice il Supremo Consesso ha, dunque, limitato il contenuto precettivo del reato di cui all'art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159 del 2011 alle sole prescrizioni c.d. specifiche, in quanto dotate di un autonomo contenuto precettivo, potendo, invece, la violazione delle prescrizioni di rispettare le leggi e di vivere onestamente rilevare, non ai fini dell'integrazione del reato, ma dell'eventuale aggravamento della sorveglianza speciale ai sensi dell'art. 11 d. lgs. n. 159 del 2011.

### 2.1. *Gli effetti sul giudicato*

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite è stata successivamente valutata da Cass. 11 ottobre 2017, n. 49194 come una forma di abrogazione giurisprudenziale del reato previsto dall'art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159 del 2011 e, come tale, inidonea ad incidere sul controllo di legalità del giudicato nelle fattispecie in cui la relativa condanna era fondata sulla violazione delle

prescrizioni c.d. generiche. Si è, infatti, rilevato, richiamando i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2011, che l'operazione ermeneutica non presenta i connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità propri degli interventi abolitivi di matrice legislativa o costituzionale, in forza dei quali possa essere riconosciuta la sua idoneità ad incidere sulla rilevanza penale di una determinata condotta, ostandovi, peraltro, sia il principio di legalità che quello di separazione dei poteri.

Esclusa, dunque, la rilevanza sulle condanne passate in giudicato dell'interpretazione abrogatrice adottata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 40076 del 2017, la Corte di cassazione, muovendo dal riconoscimento della natura di "diritto consolidato" della sentenza De Tommaso, in conformità con i principi affermati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 347 e 348 del 2007, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, in relazione agli artt. 25 e 117 Cost. e all'art. 7 CEDU, laddove la norma sanziona penalmente la violazione dell'obbligo di "vivere onestamente e rispettare le leggi".

A completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU avviata dalle Sezioni Unite, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 25 del 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno; ha, inoltre, dichiarato, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede la medesima condotta come reato contravvenzionale ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

## 2.2. *La successiva perimetrazione del divieto di non partecipare a pubbliche riunioni*

Un'ulteriore ricaduta delle valutazioni critiche espresse dalla Corte EDU con la sentenza De Tommaso ha interessato la prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni.

Con la sentenza n. 46595 del 28 marzo 2019, le Sezioni Unite, proseguendo nella lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata del contenuto precettivo dell'art. 75, d.lgs. n. 159 del 2011, hanno adottato una nozione restrittiva della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni (art. 8, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011).

Ad avviso del Supremo Consesso, infatti, tale divieto si riferisce esclusivamente alle riunioni in luogo pubblico. Si è, inoltre, affermato che, in ogni

caso, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 75, d. lgs. n. 159 del 2011, il giudice deve, comunque, valutare, alla stregua delle specifiche allegazioni dell'interessato e delle risultanze degli atti, se la partecipazione alla pubblica riunione è giustificata da validi motivi.

È stato, pertanto, superato l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, ribadito anche successivamente alla sentenza De Tommaso, secondo il quale il divieto imposto al sorvegliato speciale di non partecipare a pubbliche riunioni deve essere inteso nel senso di non prendere parte a qualsiasi riunione di più persone in luogo pubblico o aperto al pubblico, al quale abbia facoltà di accesso un numero indeterminato di persone.

La conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite rappresenta un'ulteriore progressione nella rilettura dell'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, tracciata dalle precedenti pronunce del Supremo Consesso, alla luce dei principi di tassatività e determinatezza.

Nel superare la tesi che sollecitava una espunzione della prescrizione dal contenuto precettivo della norma per l'indeterminatezza della nozione di pubblica riunione, le Sezioni Unite hanno affermato che proprio l'art. 17 Cost., nel dettare una disciplina differente per le riunioni in luogo aperto al pubblico rispetto a quelle in luogo pubblico (soggette, a differenza delle prime, a preavviso alle autorità, che possono vietarle per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica) consente di addivenire ad una soluzione interpretativa che fornisca certezza alla nozione di pubblica riunione e, conseguentemente, al precetto penale di cui all'art. 75 d. lgs. n. 159 del 2011.

Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, se la limitazione del diritto di riunione in ragione di una misura di prevenzione è costituzionalmente legittima solo se si tratta di riunioni in luogo pubblico, deve conseguentemente ritenersi che le "pubbliche riunioni" di cui all'art. 8, comma 4, d. lgs. n. 159 del 2011 sono solo le riunioni in luogo pubblico.

A tal fine si è richiamato il consolidato principio di diritto, affermato dal Cass., S.U., 31 marzo 1951, n. 8 e costantemente ripreso dalla giurisprudenza più recente, secondo cui la riunione è in luogo pubblico qualora si tenga in luogo — ad esempio una piazza o una strada — su cui ogni persona può liberamente transitare e trattenersi senza che occorra in via normale il permesso della autorità; è in luogo aperto al pubblico, qualora si tenga in luogo chiuso — ad es. un cinema o un teatro — ove l'accesso, anche se subordinato ad apposito biglietto di ingresso, è consentito ad un numero indeterminato di persone; ed è privata, se si tenga in luogo chiuso con la limitazione dell'accesso a persone già nominativamente determinate.

Tale soluzione, prosegue il Supremo Consesso, oltre a soddisfare le esigenze di determinatezza e conoscibilità del precetto, elimina ogni discre-

zionalità del giudice penale nell'applicazione della norma, riduce al minimo la compressione del diritto di riunione e consente di sanzionare le sole condotte sintomatiche della pericolosità del sottoposto che determinano un annullamento di fatto della misura.

Nel riprendere le considerazioni già espresse dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 27 del 1959 in ordine al compito demandato al giudice penale di determinare i concreti elementi di fatto che concorrono a realizzare la fattispecie del reato di trasgressione agli obblighi della sorveglianza speciale, le Sezioni Unite hanno, inoltre, considerato che il modello di valutazione della violazione della prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni non è difforme da quello espressamente previsto per le altre prescrizioni specifiche. Si rileva, ad esempio, che, per la prescrizione di non uscire dall'abitazione prima di una data ora, è ravvisabile un duplice onere a carico del sottoposto che non intenda rispettare tale prescrizione o che a ciò sia costretto per necessità: 1) avvisare preventivamente l'Autorità di pubblica sicurezza deputata al controllo; 2) in sede processuale, evidenziare e fornire la prova delle necessità che lo hanno indotto ad uscire dall'abitazione nelle ore interdette o a ritardare il rientro.

Ad avviso delle Sezioni Unite, tale modello di valutazione si adatta anche alla prescrizione di non partecipare a pubbliche riunioni: il sorvegliato speciale potrà, pertanto, chiedere al Tribunale l'autorizzazione a partecipare ad una riunione pubblica e, qualora sia chiamato a rispondere della relativa violazione, avrà l'onere di allegare e dimostrare che la sua condotta era inoffensiva in quanto la partecipazione alla pubblica riunione era giustificata da motivi validi.

Si è, inoltre, escluso che tale valutazione implichi un onere di motivazione aggiuntiva sulla offensività della condotta, essendo piuttosto demandata al giudice la valutazione in merito alla presenza o meno di giustificati motivi in ordine alla partecipazione del sottoposto alla pubblica riunione, in modo da poter operare una selezione delle condotte penalmente rilevanti.

Le Sezioni Unite hanno, infine, precisato che l'esclusione dalla nozione di "pubblica riunione" delle riunioni in luoghi aperti al pubblico non determina un indebolimento della misura della sorveglianza speciale dal momento che, ai sensi dell'art. 8, comma 5, d. lgs. n. 159 del 2011, il giudice della prevenzione può sempre personalizzare il contenuto della misura, anche prescrivendo di non partecipare a riunioni in luoghi aperti al pubblico, purché fornisca un'adeguata motivazione che giustifichi tale limitazione alla luce della pericolosità del soggetto e dei conseguenti pericoli per la società.



### 3. L'illegittimità costituzionale della fattispecie di pericolosità generica dei soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi

Come visto nel par. 2, tra le immediate soluzioni emerse nella giurisprudenza di merito all'indomani della sentenza De Tommaso vi è stata anche l'attivazione dell'incidente di costituzionalità conseguente alle censure di difetto di precisione delle fattispecie di pericolosità generica previste dall'art. 1 legge n. 1423 del 1956, oggi integralmente trasfuse nell'art. 1, d. lgs. n. 159 del 2011.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 24 del 2019, pur dando atto della meritevolezza dell'interpretazione di tali fattispecie in chiave "tassativizzante" offerta dalla giurisprudenza di legittimità, ha, comunque, rilevato l'inefficacia di tale sforzo ermeneutico a colmare la carenza genetica di precisione della categoria contemplata all'art. 1, lett. a) d.lgs. n. 159 del 2011, dei soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi.

Innanzitutto, il Giudice delle leggi ha preso atto del contrasto ermeneutico sulla nozione di "traffici delittuosi", contrapponendosi ad un indirizzo che fa riferimento a qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti, altra soluzione che, invece, restringe detta nozione al commercio illecito di beni nonché a condotte *lato sensu* negoziali ed intrinsecamente illecite.

Ad avviso della Corte costituzionale, siffatte genericissime definizioni di un termine geneticamente vago come quello di « traffici delittuosi », non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura (esigenza, questa, ribadita non solo dalla Corte EDU nella sentenza de Tommaso, ma anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 177 del 1980).

Sulla base di tali considerazioni, è stata, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni sia della legge n. 1423 del 1956 che del d.lgs. n. 159 del 2011 che consentono l'applicazione di misura di prevenzione personale o patrimoniale sulla base dell'inquadramento del proposto nella categoria dei soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi.

All'indomani della sentenza della Corte costituzionale si è posto il problema di individuare il rimedio esperibile al fine di far valere il difetto originario dei presupposti del provvedimento definitivo di confisca fondato sulla categoria di pericolosità generica dichiarata costituzionalmente illegittima.

Le Sezioni Unite hanno, al riguardo, affermato che tale rimedio è quello della richiesta di revocazione di cui all'art. 28, comma 2, del d.lgs. n. 159 del



2011 e non, invece, quello dell'incidente di esecuzione (Cass., S.U., 16 dicembre 2021, n. 3513 /2022). Il Supremo Consesso ha, inoltre, chiarito che la Corte di cassazione, investita del ricorso in materia di confisca di prevenzione definitiva, adottata in relazione alle ipotesi di pericolosità generica ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *a*) e lett. *b*), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per far valere gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata con sentenza n. 24 del 2019, è tenuta all'annullamento senza rinvio della sola misura fondata, in via esclusiva, sull'ipotesi di cui all'art. 1, comma 1, lett. *a*).

#### **4. La fattispecie di pericolosità generica di coloro che vivono abitualmente di traffici delittuosi**

Con la medesima sentenza n. 24 del 2019, la Corte costituzionale ha, invece, ritenuto che la lettura convenzionalmente orientata della fattispecie di pericolosità generica contemplata dall'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera *b*), del d.lgs. n. 159 del 2011, adottata dalla giurisprudenza di legittimità anche successivamente alla sentenza de Tommaso, ha fornito in via interpretativa dei « contorni sufficientemente precisi », idonei a consentire ai consociati di conoscere quali « tipi di comportamento » costituiscono il presupposto applicativo della norma e, dunque, prevedere ragionevolmente in anticipo in quali casi e modi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

Va, al riguardo, rammentato che, con riferimento alla categoria di coloro che vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose, Cass. 24 marzo 2015, n. 31209 ha affermato che l'inquadramento del proposto in siffatta categoria, da operarsi sulla base di idonei elementi di fatto (ivi compreso il riferimento alla condotta e al tenore di vita), presuppone come realizzate con esito positivo, quanto alla parte constatativa del giudizio, le seguenti verifiche:

*a*) la realizzazione di un'attività delittuosa (accertata importando gli elementi probatori da un correlato procedimento penale o ricostruita in via autonoma in sede di prevenzione) non episodica, ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto, che sia produttiva di reddito illecito (il provento).

*b*) la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare (in senso conforme, Cass. 14 giugno 2017, n. 51469 ha precisato che l'attività delittuosa deve, dunque, caratterizzarsi in termini di « delitto ricorrente e produttivo di reddito, non essendo sufficiente la realizzazione sporadica di un qualsiasi illecito a carattere patrimoniale »).

Quanto alla verifica della progressiva attività delittuosa, la sentenza Scagliarini, pur ammettendo la possibilità di importare elementi probatori da un correlato procedimento penale, ne ha delimitato i confini distinguendo a seconda che sui fatti oggetto del procedimento penale sia intervenuto o meno il giudicato:

— nel primo caso, in applicazione del principio di tassatività e, soprattutto, di unitarietà dell'ordinamento, il giudice della prevenzione ha l'obbligo di tenere conto del giudicato penale di assoluzione, sia esso per carenza dell'elemento materiale o di quello psicologico, non potendosi sostenere la sopravvivenza del disvalore di un delitto in assenza del dolo. Ad avviso della Corte, in caso di proscioglimento per intervenuta prescrizione è, tuttavia, possibile un'autonoma valutazione dei fatti accertati in sede penale « lì dove il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza nella decisione di proscioglimento o sia comunque ricavabile in via autonoma dai fatti ».

— In assenza di giudicato penale, invece, il giudice della prevenzione può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale delle condotte emerse durante l'istruttoria, dando conto in motivazione della ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice idonea alla produzione di proventi illeciti.

La Corte costituzionale, recependo tale esegesi offerta dalla giurisprudenza di legittimità, ha affermato che le categorie di delitto rilevanti ai fini dell'inquadramento nella fattispecie in questione devono rispondere al triplice requisito, da provarsi sulla base di precisi elementi di fatto, per cui deve trattarsi di « *a*) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, *b*) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, *c*) i quali a loro volta costituiscano — o abbiano costituito in una determinata epoca — l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito. » Ha, inoltre, precisato che, ai fini dell'applicazione delle misure patrimoniali del sequestro e della confisca, i requisiti poc'anzi enucleati dovranno — in conformità all'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza, essere accertati in relazione al lasso temporale nel quale si è verificato, nel passato, l'illecito incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare.

Successivamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, la giurisprudenza di legittimità ha costantemente ribadito che le categorie di delitto legittimanti l'inquadramento del proposto nella categoria di pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. *b*), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 devono presentare il triplice requisito, indicato dal Giudice delle Leggi, da ancorare a precisi elementi di fatto, di cui il giudice di merito deve rendere adeguatamente conto in motivazione, per cui deve trattarsi di delitti commessi abitualmente, che abbiano effettivamente generato un profitto e che

costituiscano, o abbiano costituito in una determinata epoca, l'unica, o quantomeno una rilevante, fonte di reddito per il medesimo (Cass. 30 novembre 2020, n. 182 /2021).

Si è inoltre, precisato, che tale lettura “tassativizzante” della categoria di pericolosità generica di cui all'art. 1, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 6 settembre 2011 n. 159, recepita nella sentenza della Corte cost. n. 24 del 2019, trova applicazione anche con riferimento alle condotte antecedenti alla pronuncia del Giudice delle leggi (Cass. 28 aprile 2022, n. 25042; Cass. 10 giugno 2020, n. 20557).

4.1. *(Segue) la natura e l'incidenza del rigetto della questione di legittimità costituzionale relativa alla categoria di cui all'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011*

All'indomani della sentenza n. 24 del 2019 la giurisprudenza di legittimità si è interrogata sull'incidenza del giudizio espresso dalla Corte costituzionale sulla categoria di cui all'art. 1, comma 1, lett. *b*), d.lgs. n. 159 del 2011 e sulla natura della sentenza che, a fronte delle argomentazioni riportate nel precedente paragrafo, non contiene nel dispositivo una espressa declaratoria di rigetto della questione di legittimità costituzionale che aveva investito anche la categoria in esame.

Talune sentenze hanno affermato trattarsi di una sentenza interpretativa di rigetto (Cass. 1 aprile 2019, n. 27696), altre, invece, di una sentenza di rigetto, “constatativa” del diritto vivente (Cass. 10 giugno 2020, n. 20557).

A favore di tale ultima soluzione va considerato che, con la sentenza in esame, la Corte costituzionale non ha fornito una interpretazione adeguatrice della norma, ma si è limitata ad affermare che la sua lettura integrata con l'interpretazione adottata dalla giurisprudenza, anche successiva alla sentenza De Tommaso, consente di assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera *b*), del d.lgs. n. 159 del 2011. La Corte costituzionale, infatti, richiamando la propria giurisprudenza, ha precisato che, mentre in materia di responsabilità penale l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non può valere a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale (Corte cost. n. 327 del 2008; Corte cost. n. 364 del 1988; Corte cost. n. 115 del 2018), « 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 caratte-

rizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione.» Ciò a condizione che tale interpretazione giurisprudenziale sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa.

Sulla base di una lettura della norma integrata dal diritto vivente, la Corte ha, pertanto, ritenuto che la locuzione « coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose », come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, risponde all'esigenza, da ultimo sottolineata dalla sentenza De Tommaso, di predeterminazione dei « tipi di comportamento » (« types of behaviour ») assunti a presupposto della misura di prevenzione, potendo rilevare esclusivamente le « categorie di delitto » rispondenti al triplice requisito già analizzato nel paragrafo precedente.

In ogni caso, con riferimento alle ricadute della pronuncia sul giudicato, anche qualificando la sentenza della Corte costituzionale come sentenza interpretativa di rigetto, è stata esclusa la sua possibile incidenza sul giudicato di prevenzione. In particolare, si è affermato che alla luce delle indicazioni interpretative contenute nella sentenza in esame non è consentita la revoca dei provvedimenti definitivi, tenuto conto che l'art. 30, comma 4, legge 11 marzo 1957, n. 87, prevede il superamento del giudicato solo nel caso di sentenza che dichiari l'incostituzionalità di una norma penale o processuale che incida sul trattamento sanzionatorio (Cass. 7 ottobre 2020, n. 29551).

Quanto, invece, alle ricadute nei giudizi pendenti, si è ritenuto che le misure di prevenzione sono, comunque, applicabili nei confronti dei soggetti c.d. pericolosi generici, che rientrano nella categoria di cui all'art. 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, anche nel caso di condotte poste in essere prima della sentenza interpretativa di rigetto n. 24 del 2019, poiché con essa la Corte costituzionale, aderendo all'interpretazione giurisprudenziale della disposizione maggiormente restrittiva, si è limitata a ricondurre nelle maglie della determinatezza solo condotte palesemente sintomatiche di pericolosità generica (Cass. 24 gennaio 2022, n. 19227).

Si è, infine, precisato che le misure di prevenzione disposte nei confronti dei soggetti c.d. pericolosi generici che rientrano in entrambe le categorie di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non perdono la loro validità a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 24 del 2019, a condizione che nella proposta e nel provvedimento applicativo non solo sia stata richiamata anche la categoria di cui alla lett. b) della norma citata, ma, altresì, che il giudice della misura abbia accertato, sulla base di

specifiche circostanze di fatto, che il proposto si sia reso autore di delitti commessi abitualmente in un significativo arco temporale, da cui abbia tratto un profitto che costituisca — ovvero abbia costituito in una determinata epoca — il suo unico reddito o, quanto meno, una componente significativa del medesimo (Cass. 15 gennaio 2020, n. 12001).

## 5. La categoria dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa

Nonostante le censure formulate dalla sentenza De Tommaso abbiano riguardato espressamente le categorie di pericolosità semplice, alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità hanno proposto delle letture in chiave “tassativizzante” anche della categoria dell'indiziato di appartenenza ad un'associazione di stampo mafioso.

Va, innanzitutto, premesso che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, il concetto di “appartenenza” ad un'associazione mafiosa ha una portata più ampia di quello di “partecipazione”, richiesto ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. Si afferma, infatti, che, mentre la “partecipazione” richiede una presenza attiva del soggetto nell'ambito del sodalizio criminoso (Cass., S.U., 12 luglio 2005, n. 33748), la nozione di “appartenenza” si sostanzia in una situazione di contiguità all'associazione nel cui ambito può ricondursi ogni comportamento che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale, costituendo una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa, e, nel contempo, denoti la pericolosità specifica che sottende al trattamento prevenzionale (cfr., tra le tante, Cass. 30 novembre 2016, n. 52607).

Tale più estesa portata della nozione di “appartenenza” ha consentito di includervi anche la categoria del c.d. concorrente esterno (Cass. 16 maggio 2014, n. 32353) ossia di quel soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'*affectio societatis*, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come “Cosa nostra”, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima (Cass., S.U., n. 33748 del 2005, cit.). In particolare, secondo quanto affermato da Cass. 15 gennaio 2013, n. 3809, ciò che conta per essere indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa è la sussistenza di un contesto di circostanze da cui traspaia la “vicinanza” del soggetto proposto a un determinato sodalizio, i cui metodi e le cui finalità finiscono per essere “soggettivamente” condivisi attraverso un regime di vita che, conseguentemente, legittima il giudizio di pericolosità sociale.

Un diverso orientamento della giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, proposto una lettura restrittiva della nozione di appartenenza. Infatti, Cass. 8 gennaio 2016, n. 3941, dinanzi alla criticità rappresentata da un'eccessiva dilatazione del concetto di appartenenza « ad un ambito indefinito e soprattutto sganciato da ogni condotta materiale riferibile all'interessato », ha affermato che la situazione di contiguità necessaria ad integrarla deve risolversi in un contributo fattivo proveniente dal proposto alle attività ed allo sviluppo del sodalizio criminoso.

Tale interpretazione restrittiva della nozione di appartenenza è stata ripresa da Cass. 14 giugno 2017, n. 54119 che, rifiutando « approcci interpretativi tesi a degradarne il significato in termini di mera contiguità ideologica, comunanza di cultura mafiosa e riconosciuta frequentazione con soggetti coinvolti nel sodalizio », ne ha sottolineato la portata “tassativizzante” in linea con le sollecitazioni contenute nella sentenza De Tommaso. Ad avviso della Corte, infatti, la nozione di “appartenenza” evoca « il far parte o almeno il rendere un contributo concreto al gruppo », cosicché l'impropria dilatazione del termine in chiave di connotazione del comportamento sarebbe non solo di per sé illegittima, ma foriera di una possibile esposizione del sistema interno a nuove denunce di violazione dei parametri convenzionali.

L'esigenza di una rilettura della nozione di appartenenza ad una associazione mafiosa, coerente con l'interpretazione dell'art. 2, prot. 4 CEDU adottata dalla sentenza De Tommaso, ha trovato risposta nella sentenza delle Sezioni Unite del 30 novembre 2017, n. 111 in cui il Supremo Consesso, aderendo all'interpretazione più restrittiva, ha chiarito che tale concetto comprende la condotta che, sebbene non riconducibile alla partecipazione, si sostanzia in un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale.

Pur muovendosi in continuità con la consolidata interpretazione che ricomprende nel concetto di “appartenenza” ad un'associazione mafiosa sia la condotta di “partecipazione” che quella astrattamente inquadrabile nella figura del “concorso esterno”, le Sezioni Unite ne hanno, tuttavia, ridefinito l'ambito di applicazione alla luce dei più recenti approdi interpretativi sul tema (si richiama a tal fine Cass. 14 giugno 2017, n. 54119) e della recente introduzione con la legge 17 ottobre 2017, n. 161 della categoria di pericolosità qualificata dell'indiziato dell'attività di fiancheggiamento del gruppo illecito, sanzionata dall'art. 418 c.p. (inserita all'art. 4, comma 1, lett. b, d. lgs. n. 159 del 2011). Si è, infatti, evidenziato che la previsione di tale autonoma fattispecie di pericolosità costituisce un indice particolarmente significativo dell'impossibilità di includere nella nozione di “appartenenza” « la condotta

che, nella consapevolezza dell'illecito, si muova in una indefinita area di contiguità o vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile ad un'azione, ancorché isolata, che si caratterizzi per essere funzionale agli scopi associativi ».

Ad avviso del Supremo Consesso, infatti, alla luce dei rilievi mossi dalla Corte EDU con la sentenza De Tommaso contro Italia, l'esigenza di una lettura in chiave tassativizzante e tipizzante, già affermata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 40076 del 27 aprile 2017, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 75, d. lgs. n. 159 del 2011, deve necessariamente estendersi ai criteri applicativi delle misure, in considerazione della loro caratteristica di afflittività, al di fuori della connessione con un fatto reato, e della loro pertinenza ad una situazione di allarme sociale di cui devono essere definiti specificamente i contorni per giustificarne l'applicazione senza alcun automatismo applicativo.

Infine, le Sezioni Unite hanno affermato che ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto. Il Supremo Consesso, nel risolvere il contrasto ermeneutico insorto tra le Sezioni semplici, ha, tuttavia, chiarito che solo nel caso in cui sussistano elementi sintomatici di una "partecipazione" del proposto al sodalizio mafioso, è possibile applicare la presunzione semplice relativa alla stabilità del vincolo associativo, purché la sua validità sia verificata alla luce degli specifici elementi di fatto desumibili dal caso concreto e la stessa non sia posta quale unico fondamento dell'accertamento di attualità della pericolosità. In linea generale, dunque, le Sezioni Unite non hanno escluso l'astratta validità di tale regola, ma ne hanno circoscritto l'applicabilità ai soli casi in cui l'appartenenza all'associazione mafiosa si manifesti attraverso elementi sintomatici di una "partecipazione" del proposto; si sottolinea, infatti, che l'occasionalità della connessione dell'attività del concorrente "esterno" rispetto alle finalità perseguite dalla consorteria mafiosa non consente di ritenere sistematicamente verificata la massima di esperienza relativa alla stabilità dell'apporto.

Ponendosi, dunque, in posizione di continuità con la giurisprudenza della Corte costituzionale sia in tema di misure di prevenzione (si richiama, a tal fine la sentenza n. 291 del 2013) che sul tema delle esigenze cautelari e del regime di presunzioni previsto dall'art. 275, comma 3, c.p.p. (avuto riguardo, in particolare, oltre alla sentenza n. 139 del 2010, alla sentenza n. 48 del 2015 che ha ritenuto irragionevole la presunzione di adeguatezza della misura custodiale in relazione al concorso esterno in associazione mafiosa), le Sezioni Unite hanno, pertanto, escluso la legittimità dell'applicazione di presunzioni semplici, la cui valenza è radicata nelle caratteristiche concrete



del patto sociale, nel caso in cui l'appartenenza del proposto non riveli gli elementi indicativi di una sua "partecipazione" al sodalizio mafioso, bensì di una collaborazione occasionalmente prestata, ancorché funzionale al raggiungimento degli scopi del gruppo.

In tal caso, l'accertamento dell'attualità della pericolosità del proposto dovrà essere ancorato a valutazioni specifiche sulla ripetitività del contributo, sulla permanenza di determinate condizioni di vita e di interessi in comune.

In presenza, invece, di elementi sintomatici di una "partecipazione" al gruppo associativo, secondo le Sezioni Unite, il richiamo alle presunzioni semplici non può, comunque, costituire l'unico dato fondante l'accertamento dell'attualità della pericolosità e deve essere sempre corroborato dalla valorizzazione di specifici elementi di fatto che le sostengano ed evidenzino la natura strutturale dell'apporto. Ciò impone, dunque, di confrontarsi, ai fini dell'attualizzazione del giudizio di pericolosità, con qualunque elemento di fatto che possa incidere sulla valutazione della condotta come forma di "partecipazione" al gruppo associativo, al di là della dimostrazione del formale recesso dalla stessa, quale il decorso di un rilevante periodo di tempo o il mutamento delle condizioni di vita in termini incompatibili con la persistenza del vincolo.





## II.

### LA CONFISCA URBANISTICA NEL DIALOGO FRA LE CORTI

di *Debora Tripiccione* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il rapporto tra la confisca urbanistica e la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva nella giurisprudenza della Corte EDU. — 2. Le successive ricadute nella giurisprudenza di legittimità: la conformazione della natura amministrativa della confisca alle garanzie della CEDU. — 2.1. (*Segue*) il perimetro dell'accertamento di responsabilità. — 2.2. (*Segue*) il principio di proporzionalità. — 2.3. (*Segue*) la tutela dei terzi.

#### 1. Il rapporto tra la confisca urbanistica e la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva nella giurisprudenza della Corte EDU

In tema di reati urbanistici, l'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 consente di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite con la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva.

Il tema relativo ai presupposti della confisca urbanistica ed alla possibilità di disporre tale misura nel caso in cui il processo non si concluda con una sentenza di condanna è stato oggetto di un vivace dibattito che ha coinvolto, al livello nazionale, la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, e, a livello sovranazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, a fronte della costante interpretazione della giurisprudenza nazionale della misura ablatoria quale sanzione amministrativa, pacificamente ritenuta applicabile anche in caso di prescrizione del reato, nella giurisprudenza di Strasburgo si è, invece, costantemente ribadito che si tratta di una "pena", rientrante, pertanto, nell'ambito di applicabilità dell'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, d'ora in poi CEDU, e delle garanzie procedurali proprie della materia penale (Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, 30 agosto 2007, ric. n. 75909/01). In particolare, nella sentenza Sud Fondi si affrontò il tema del rapporto tra assoluzione dell'imputato e confisca urbanistica. Nella specie si

---

(\*) Consigliera presso la Corte di cassazione.

ritenne che i ricorrenti avessero subito una sanzione penale in violazione del principio di “colpevolezza convenzionale”, desumibile dall’art. 7 CEDU ed applicabile alla confisca urbanistica in quanto di natura penale, atteso che la misura era stata disposta in assenza di « un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale del reato ».

Nella successiva sentenza del 29 settembre 2013, caso *Varvara c. Italia*, la Corte EDU ha affrontato nuovamente il tema della possibilità di applicazione della confisca urbanistica in assenza di condanna, con riferimento al caso in cui era stata dichiarata la prescrizione del reato. Sulla questione la Corte EDU ha assunto un atteggiamento di particolare rigore ritenendo imprescindibile, ai fini dell’applicazione di una pena quale quella in esame, l’emissione di una sentenza che dichiari la colpevolezza; ciò in quanto, affermava la Corte EDU, « la logica della “pena” e della “punizione”, e la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di “personne coupable” (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 » (*Corte EDU, Varvara c. Italia, 29 settembre 2013, ric. n. 17475/09*).

Tale affermazione della Corte EDU è stata oggetto di un vivace dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza interna. Il dialogo tra le Alte Corti ha ricevuto un significativo impulso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. In tale pronuncia il Giudice delle leggi, nel dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, denunciato, in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117 Cost., ha innanzitutto chiarito il perimetro dell’obbligo conformativo del giudice nazionale all’interpretazione adottata dalla Corte EDU, limitandola al solo “diritto consolidato” o alla “sentenza pilota”. Afferma, infatti, la Corte che « solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di « ogni strumento ermeneutico a sua disposizione », ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011) ». In base a tale criterio ermeneutico la Corte costituzionale ha escluso che la sentenza emessa nel caso *Varvara* avesse siffatta valenza vincolante, non riflettendo alcun orientamento consolidato ed esprimendo, invece, un indirizzo fortemente innovativo laddove ha ritenuto in contrasto con l’art. 7 CEDU l’adozione di un provvedimento di confisca sulla base di una sentenza che accerta la responsabilità dell’imputato anziché di una sentenza di condanna.

Nella medesima sentenza la Corte costituzionale ha, inoltre, fornito preziose indicazioni ermeneutiche sia sulla possibilità di applicare la confisca urbanistica in caso di prescrizione del reato che nell'interpretazione dell'effettiva portata della sentenza emessa nel caso Varvara.

In primo luogo, il Giudice delle Leggi ha ribadito l'insussistenza di alcuna incompatibilità logica o giuridica tra il proscioglimento per prescrizione e l'accertamento della responsabilità. E, in particolare, ha affermato che in caso di proscioglimento per prescrizione del reato di lottizzazione urbanistica, ai soli fini della confisca del bene lottizzato, il giudice è tenuto a motivare sulla responsabilità dell'imputato e sulla mala fede del terzo eventualmente colpito dalla misura. Motivazione che non costituirebbe una facoltà del giudice, ma un obbligo dal cui assolvimento dipende, infatti, la stessa legalità della confisca.

Ad avviso della Corte costituzionale, inoltre, la Corte EDU, nel fare riferimento alla necessità della condanna quale presupposto della confisca, intendeva riferirsi ad una condanna in senso "sostanziale" ovvero, proprio, al ritenuto necessario accertamento della responsabilità dell'imputato.

Tali indicazioni ermeneutiche sono state recepite dalla Grande Camera della Corte EDU con la sentenza G.I.E.M. ed altri c. Italia, 28 giugno 2018, ric. n. 1828/06, 34163/07 e 19029/11.

In tale pronuncia, infatti, è stata chiaramente affermata la compatibilità della confisca urbanistica, di cui la Corte EDU ha ribadito la natura penale, con la prescrizione del reato. Ciò sul presupposto che la misura ablatoria sia fondata sull'accertamento della responsabilità dell'imputato. La Corte EDU ha, infatti, affermato che alla luce dei principi di legalità e colpevolezza, condensati nell'art. 7 CEDU, nonché della presunzione di non colpevolezza e della necessità a di garantire il diritto di difesa nella sua massima esplicazione secondo i parametri di cui all'art. 6 CEDU, « 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 ».

Con la pronuncia in questione la Grande Camera ha, tuttavia, valutato sotto ulteriori profili la compatibilità convenzionale della confisca urbanistica sia con riferimento all'art. 1, Prot. 1, CEDU, che in relazione alla posizione dei terzi attinti dalla misura ablatoria.

Quanto al primo profilo, è stata ravvisata la violazione dell'art. 1, Prot. 1, CEDU, con particolare riferimento al mancato rispetto dei canoni di strumentalità e proporzionalità della misura.

Esaminando le fattispecie oggetto dei ricorsi, la Corte EDU ha, infatti, rilevato il difetto della strumentalità della misura rispetto alla tutela dell'am-

biente, atteso che in nessun caso si era proceduto alla demolizione dei complessi immobiliari frutto della lottizzazione abusiva ed, anzi, con riferimento ad uno dei beni confiscati vi era stata una delibera dell'ente comunale che aveva riconosciuto « l'interesse attuale della collettività a mantenere il complesso immobiliare confiscato, tenuto conto della possibilità di utilizzare gli alloggi per far fronte a situazioni di emergenza concedendo, direttamente o indirettamente, l'uso dei beni a titolo oneroso a persone a basso reddito ».

Altro aspetto di criticità della misura ablatoria ha investito la sua proporzionalità dovendosi, ad avviso della Corte EDU, considerare i seguenti parametri: *a)* la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; *b)* la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; *c)* il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanta meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte EDU ha ritenuto il carattere sproporzionato della misura affermando che 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 ingenerale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione.

Ultimo profilo di criticità rilevato dalla Grande Camera con la sentenza in esame ha investito la questione della tutela dei terzi, nei cui confronti la Corte EDU ha ritenuto la violazione dell'art. 7 CEDU in quanto rimasti estranei al procedimento penale in cui era stata disposta la misura. Tale principio, peraltro, è stato affermato anche nei confronti delle persone giuridiche il cui legale rappresentante aveva partecipato al processo in quanto imputato del reato di lottizzazione abusiva.

## **2. Le successive ricadute nella giurisprudenza di legittimità: la conformazione della natura amministrativa della confisca alle garanzie della CEDU**

Anche a seguito dell'ultima pronuncia della Corte EDU che ha ribadito la natura penale della confisca urbanistica, la giurisprudenza di legittimità ha mantenuto fermo il proprio costante indirizzo ermeneutico sulla sua natura di sanzione amministrativa.

Il punto di equilibrio tra le opposte soluzioni è stato, tuttavia, individuato anche grazie alle indicazioni ermeneutiche sulla materia penale rinvenibili nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

In particolare, con la sentenza n. 43 del 2017, il Giudice delle leggi, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, censurato in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., per contrasto con gli artt. 6 e 7 CEDU nella parte in cui esclude che la deroga all'intangibilità del giudicato, da esso prevista in caso di sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di norme penali (incriminatrici o sanzionatorie), si applichi alle sentenze irrevocabili di condanna con le quali sono state inflitte sanzioni amministrative qualificabili come "penali" ai (soli) fini dell'ordinamento convenzionale (nella specie, la questione era stata sollevata considerando tali le sanzioni amministrative previste dall'art. 18-bis, comma 4, del d.lgs. n. 66 del 2003, dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza n. 153 del 2014). Ad avviso della Corte, infatti, nessuna affermazione della Corte EDU avvalorava, allo stato, esplicitamente o implicitamente, una interpretazione dell'art. 7 CEDU tale da esigere che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime (o altrimenti invalide *ex tunc*). La Corte costituzionale ha, inoltre, chiarito, ammettendo così la coesistenza di un duplice inquadramento di una sanzione secondo il diritto convenzionale e secondo il diritto interno, che l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei c.d. criteri Engel trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della CEDU, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. In altre parole, ciò che per la giurisprudenza convenzionale ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna. Ciò corrisponde, prosegue ancora la Corte costituzionale, alla natura della CEDU e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali.

La chiave di lettura offerta dalla Corte costituzionale, letta nel prisma della coesistenza tra le garanzie convenzionali e quelle assicurate dal diritto interno, è stata successivamente ripresa dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare, Cass. 15 ottobre 2019, n. 2292/2020 ha ribadito la natura di sanzione amministrativa della confisca urbanistica chiarendo che, proprio in ragione della possibile non coincidenza delle qualificazioni assegnate ad una

determinata materia alla stregua del parametro convenzionale e del diritto interno, l'obbligo del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso convenzionalmente conforme è assolto mediante l'applicazione del solo apparato delle garanzie predisposte a livello convenzionale, ovvero le garanzie offerte dagli artt. 6 e 7 CEDU nonché dall'art. 1, Prot. 1, CEDU.

### 2.1. (Segue) *il perimetro dell'accertamento di responsabilità*

Come visto nel par. 1, la Corte EDU ha riconosciuto che la confisca urbanistica può essere legittimamente disposta anche con una sentenza che, pur non essendo di condanna, contenga un sostanziale accertamento della responsabilità dell'imputato a condizione che siano rispettate le garanzie previste dalla CEDU.

Il tema che ha investito la giurisprudenza di legittimità ha riguardato proprio le modalità di tale accertamento e, in particolare, il rapporto tra l'obbligo di immediata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione e l'esigenza di procedere all'accertamento dell'esistenza della lottizzazione abusiva funzionale all'applicazione della misura ablatoria.

Alla stregua di quanto affermato dalla Corte EDU nella sentenza G.I.E.M. e altri contro Italia, è stato, innanzitutto, ribadito che il proscioglimento per intervenuta prescrizione non osta alla confisca del bene lottizzato ove sia stata comunque accertata, con adeguata motivazione e nel contraddittorio delle parti, la sussistenza del reato nei suoi elementi oggettivo e soggettivo (Cass. 23 gennaio 2019, n. 8350; Cass. 12 settembre 2019, n. 47280 relativa a fattispecie in cui la Corte ha annullato la sentenza di appello, limitatamente alla statuizione relativa alla confisca, con rinvio al collegio di merito per valutare la proporzionalità della misura rispetto alla tutela degli interessi generali per cui è previsto dalla legge tale provvedimento ablatorio, così come richiesto per la sua legittimità dall'art. 1 Prot. n. 1 della CEDU, come interpretato dalla sentenza della Corte europea dapprima indicata).

Con particolare riferimento alla fase temporale in cui può collocarsi l'accertamento di responsabilità dell'imputato, un orientamento della giurisprudenza di legittimità ha affermato che il giudice del dibattimento non è tenuto all'immediata declaratoria della causa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione nel corso del giudizio ai sensi dell'art. 129 c.p.p., ma può posporre tale pronuncia e proseguire l'istruttoria per accertare il reato nei suoi elementi oggettivi e soggettivi e disporre la confisca urbanistica del bene sottoposto a sequestro (Cass. 25 ottobre 2019, n. 2292/2020; Cass. 11 aprile 2019, n. 22034; Cass. 25 giugno 2018, n. 43630).

In particolare, Cass. n. 2292/2020 ha affermato che la declaratoria della causa di non punibilità *ex art. 129*, comma 1, c.p.p. deve essere differita in



tutti quei casi in cui è possibile ravvisare, accanto all'azione penale, una "azione penale complementare" — quale quella volta all'applicazione della confisca urbanistica, della confisca doganale o di quella prevista dal codice dei beni culturali — che, pur scaturendo come l'azione penale da una determinata *notitia criminis* e sfociando, di regola, nella stessa decisione che definisce il giudizio, gode, rispetto a quella penale di un'autonomia successiva, collegata funzionalmente alla sua oggettività. Si afferma, infatti, che, mentre l'azione penale contempla anche degli epiloghi determinati da ragioni di carattere processuale, tale possibilità non è prevista per la c.d. "azione penale complementare". Ne consegue che ogni qual volta interviene nel processo una causa di non punibilità e non sussista una causa di proscioglimento nel merito dell'imputato, l'esigenza della sua immediata declaratoria viene a confliggere con la norma speciale che reclama, invece, l'adozione di un provvedimento atipico di mero accertamento della sussistenza del reato e della sua attribuibilità all'imputato. In tale ipotesi, non contemplando il sistema la possibilità di una sentenza parziale, l'esigenza di immediata declaratoria della causa di non punibilità diviene recessiva rispetto a quella, posta a fondamento della norma speciale, di accertamento della responsabilità del soggetto, consentendo la prosecuzione del giudizio al solo fine dell'applicazione, nel contraddittorio delle parti e nel rispetto del principio di proporzionalità, della confisca urbanistica.

Tale soluzione ermeneutica è stata, tuttavia, disattesa dalle Sezioni Unite penali che, con la sentenza n. 13539 del 30 gennaio 2020, hanno riaffermato la valenza prioritaria dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato, posto dall'art. 129, comma 1, c.p.p., ritenendolo derogabile unicamente, *in melius*, nell'ipotesi prevista dal secondo comma della norma, laddove risulti con evidenza la sussistenza di una causa di proscioglimento nel merito, e *in peius*, solo in presenza di una espressa previsione normativa in tal senso.

Ad avviso del Supremo Consesso, infatti, nessuna lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 44 cit. legittima la prosecuzione del processo, una volta maturata la prescrizione, al solo fine dell'accertamento del fatto, non essendovi alcuna specifica previsione nel testo della norma, in punto di successione temporale tra accertamento del fatto e prescrizione, e non essendo rinvenibile alcuna indicazione ermeneutica, favorevole a tale soluzione, nella giurisprudenza sia della Corte costituzionale che della Corte EDU.

Ad ulteriore conforto della prevalenza del "principio di immediatezza" di cui all'art. 129, comma 1, c.p.p., le Sezioni Unite hanno richiamato la funzione di ordine costituzionale svolta dalla norma in esame, quale trasposizione, sul piano processuale, del principio di legalità. Richiamando quanto

affermato da Cass., S.U., 27 febbraio 2022, n. 17179, hanno, pertanto, affermato che «l'art. 129 si muove nella prospettiva di troncare, allorché emerga una causa di non punibilità, qualsiasi ulteriore attività processuale e di addivenire immediatamente al giudizio, anche se fondato su elementi incompleti ai fini di un compiuto accertamento della verità da un punto di vista storico».

Si è, inoltre, sottolineata l'irragionevolezza della soluzione censurata che consente la prosecuzione del processo solo ai fini "sanzionatori" e non *in melius* ai fini di un'assoluzione nel merito dell'imputato.

Quale ultimo corollario della riaffermata prevalenza del principio di immediatezza, le Sezioni Unite hanno, infine, considerato il carattere residuale dell'intervento sanzionatorio attuato dal giudice penale tramite la confisca, che non interferisce né si sovrappone all'autonomo potere principalmente attribuito all'autorità amministrativa dall'art. 30 d.P.R. n. 380 del 2001 il cui esercizio non è subordinato alla previa verifica della responsabilità penale dell'imputato. Conseguentemente, è stato escluso che l'esigenza di tutela dell'interesse collettivo alla "corretta pianificazione territoriale" possa legittima una deroga al principio sancito dall'art. 129, comma 1, c.p.p., non potendosi utilizzare come criterio interpretativo delle norme penali delle situazioni patologiche come l'inerzia della pubblica amministrazione.

Sulla base di tale percorso argomentativo le Sezioni Unite hanno pertanto affermato che, in tema di lottizzazione abusiva, la confisca di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato determinata dalla prescrizione, purché la sussistenza del fatto sia stata già accertata, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il pieno contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio, in applicazione dell'art. 129, comma 1, c.p.p., non può proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento.

Nella medesima pronuncia il Supremo Consesso ha, inoltre, affermato 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* c.p.p., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001. Ha, infatti, precisato la Corte che, con riferimento all'art. 578-*bis* c.p.p., il richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, ha una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale, ivi compresa la confisca urbanistica.

Applicando tali principi alla fattispecie concreta, le Sezioni Unite hanno, pertanto, rilevato la prescrizione del reato di lottizzazione abusiva per il quale il ricorrente aveva riportato condanna con conseguente confisca dei terreni lottizzati e dei manufatti ivi realizzati.

Ciò ha consentito alla Corte di esaminare la questione oggetto di rimessione concernente la possibilità, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte EDU nel caso G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia.

Il ragionamento svolto dal Supremo Consesso ha preso le mosse dalla considerazione che anche nell'applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. i poteri cognitivi della Corte sono, comunque, vincolati alla fisiologia del giudizio di legittimità, « sia in relazione alla impossibilità di operare valutazioni del fatto, sia in relazione alla natura devolutiva del giudizio, legato ai motivi di ricorso, salve le ipotesi di ordine eccezionale di cui all'art. 609, comma 2, c.p.p. »

Alla luce di tale criterio ermeneutico, ha, pertanto rilevato *a)* il difetto di interesse del ricorrente nel censurare la confisca con riferimento alla posizione dei terzi in buona fede; *b)* la proporzionalità della misura ablatoria disposta nei confronti del ricorrente e la conseguente impossibilità di disporre sotto tale profilo un annullamento con rinvio di valenza meramente esplorativa; *c)* la non rilevabilità d'ufficio della questione relativa alla posizione del terzo estraneo al rapporto processuale.

Le Sezioni Unite hanno, tuttavia, precisato che tale conclusione non priva, comunque, di tutela il soggetto interessato, potendo questo proporre ogni doglianza sul punto in sede esecutiva — e ciò anche, segnala ancora la Corte, nella prospettiva, segnalata dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, e di cui va valutata la compatibilità con l'attuale assetto normativo, del mancato utilizzo di misure diverse e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca — e chiedere, conseguentemente, al giudice dell'esecuzione, che dispone di ampi poteri istruttori, la revoca della confisca limitatamente alle aree o agli immobili che dovessero essere ritenuti estranei alla condotta illecita.

## 2.2. (Segue) *il principio di proporzionalità*

Proseguendo nella lettura convenzionalmente orientata dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, con particolare riferimento alla esigenza del rispetto del principio di proporzionalità della misura, affermato dalla Corte EDU e da ultimo ripreso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 13539 del

2020, la giurisprudenza di legittimità ha esaminato la questione in relazione, non al *quomodo*, ma all'*an* della misura. Come visto nel par. 1, uno dei parametri del giudizio di proporzionalità indicati dalla sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia attiene proprio alla verifica della possibilità di adottare misure meno restrittive di quella ablatoria, quali la demolizione delle opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; altro parametro attiene, invece, al carattere illimitato della sanzione; un terzo parametro è stato, infine, indicato nel grado della colpa o dell'imprudenza.

Con riferimento al primo parametro, Cass. 20 novembre 2020, n. 3727/2021 ha affermato che, in tema di lottizzazione abusiva di carattere esclusivamente negoziale, ai fini della valutazione della conformità della confisca dei terreni al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 del Prot. n. 1 CEDU, come interpretato dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, il giudice deve valutare, alla luce degli interventi eventualmente adottati dall'interessato e da questi specificamente provati, la proporzionalità di tale misura ablatoria, accertando se la stessa sia l'unica misura adeguata a ripristinare la conformità urbanistica dell'area interessata. Nella fattispecie, infatti, la trasformazione urbanistica dei terreni era avvenuta esclusivamente attraverso il loro frazionamento e la successiva vendita, senza l'esecuzione di opere. La Corte, nell'annullare la sentenza impugnata, ha demandato al Giudice del rinvio l'accertamento sulla adeguatezza esclusiva della misura ablatoria al ripristino della conformità urbanistica dell'area interessata ovvero sulla possibilità di ricorso a differenti strumenti ripristinatori comunque idonei alla finalità perseguita.

Quanto al secondo parametro, inoltre, si è affermato che ai fini della valutazione della conformità della confisca al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 del Prot. n. 1 CEDU, come interpretato dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, assume rilievo anche l'aspetto dell'individuazione dei beni oggetto della misura, nel senso che il provvedimento ablatorio è legittimo se limitato ai beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e ad essa funzionali (cfr. Cass. 5 luglio 2019, n. 38484; Cass. 20 febbraio 2019, n. 14743 in cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione di merito che, dichiarando l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, aveva tuttavia disposto, in modo generalizzato, "la confisca dei terreni abusivamente lottizzati nonché delle opere abusivamente costruite e la loro devoluzione al Comune", senza operare una selezione mirata ad applicare la misura alle sole opere funzionali alla trasformazione della struttura e dell'area).

Coerentemente con tale impostazione ermeneutica, Cass. 5 febbraio 2020, n. 12640 ha ritenuto la superfluità della confisca urbanistica, conside-

rata misura sproporzionata alla luce dei parametri indicati dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, nel caso in cui nel giudizio penale sia accertata la effettiva ed integrale eliminazione di tutte le opere e dei frazionamenti eseguiti in attuazione dell'intento lottizzatorio, cui sia conseguita, in assenza di definitive trasformazioni del territorio, la ricomposizione fondiaria e catastale dei luoghi nello stato preesistente. Nella medesima pronuncia la Corte ha precisato che tale integrale ripristino dovrà essere inconfutabilmente dimostrato da chi ha interesse a giovarsene, mentre al giudice del merito è richiesto un rigoroso ed effettivo accertamento in fatto che non può limitarsi ad una mera presa d'atto.

### 2.3. (Segue) *la tutela dei terzi*

Secondo il costante indirizzo della giurisprudenza di legittimità, la confisca di un immobile abusivamente lottizzato può essere disposta anche nei confronti dei terzi acquirenti, qualora nei loro confronti siano riscontrabili quantomeno profili di colpa nell'attività precontrattuale e contrattuale svolta, per non aver assunto le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo e sulla compatibilità dell'intervento con gli strumenti urbanistici (Cass. 15 settembre 2016, n. 51429). Si è, infatti, affermato che la condizione di buona fede, che nel caso di accertamento del reato di lottizzazione abusiva preclude la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite nei confronti del terzo acquirente di tali beni, presuppone non solo che questi abbia partecipato inconsapevolmente all'operazione illecita e che, quindi, non sia concorrente nel reato, ma anche che abbia gestito la propria attività contrattuale e precontrattuale assumendo le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo e sulla compatibilità dell'intervento agli strumenti urbanistici, dovendosi anche tenere conto, sotto questo profilo, del comportamento della pubblica amministrazione (Cass. 5 luglio 2019, n. 36310 relativa a fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione di merito che aveva escluso la buona fede del terzo acquirente in base alla sola esistenza di rapporti personali o di parentela con l'autore del reato, senza tener conto del comportamento da questi tenuto nella fase precontrattuale e contrattuale, rilevante, a maggior ragione se, come nel caso di specie, la dichiarazione dell'illegittimità della lottizzazione interviene molti anni dopo l'acquisto).

Da ultimo, è stato precisato che non sono soggetti terzi in buona fede, estranei al reato, né la persona giuridica proprietaria dell'area abusivamente lottizzata, che riceve i vantaggi e le utilità conseguenti al reato, essendo normalmente committente degli interventi in essa realizzati e parte degli atti negoziali relativi e di ogni altra attività che viene attuata, né quella che è

titolare apparente di beni, la quale rappresenta solo lo schermo attraverso il quale il reo, effettivo proprietario degli stessi, agisce nel proprio esclusivo interesse (Cass. 23 gennaio 2019, n. 8350). In tale ultima pronuncia la Corte ha precisato che i principi elaborati dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU nel caso G.I.E.M. S.r.l. c. Italia sono relativi alla tutela dei diritti della persona giuridica che versi in una condizione di buona fede e, pertanto, possa essere reputata estranea al reato, trovando, in caso contrario, applicazione i principi relativi alla operatività della confisca urbanistica nei confronti dei terzi non in buona fede.

Altro aspetto problematico della confisca urbanistica attiene al profilo degli strumenti di tutela del terzo.

In linea di principio, infatti, il sistema processuale non consente la partecipazione del terzo al processo né riconosce a questo alcuna legittimazione all'impugnazione della sentenza.

La sede naturale in cui il terzo può far valere le proprie pretese e, nell'ipotesi dimostrare la propria buona fede, è, invece, il processo di esecuzione.

Secondo il costante indirizzo ermeneutico della giurisprudenza di legittimità, in tema di lottizzazione abusiva, rientra nella sfera di cognizione del giudice dell'esecuzione, investito dell'opposizione da parte del terzo rimasto estraneo al procedimento, l'accertamento della sussistenza di profili di colpa a carico del terzo acquirente, nei confronti del quale può essere disposta la confisca del bene qualora abbia omesso di assumere le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo e sulla compatibilità dell'intervento edilizio con gli strumenti urbanistici (Cass. 24 maggio 2017, n. 32363; Cass. 24 ottobre 2013, n. 51387).

Si afferma, peraltro, che poiché in fase di opposizione all'esecuzione al terzo sono garantiti il diritto di difesa ed il pieno contraddittorio in ordine all'accertamento dei presupposti per disporre la confisca, non sarebbe ipotizzabile alcun contrasto con i principi costituzionale o convenzionali.

La tutela del terzo può, invece, essere anticipata ad una fase antecedente la formazione del giudicato nel caso in cui nel corso del processo sia stato disposto il sequestro del bene. Le Sezioni Unite hanno, infatti, affermato che il terzo rimasto estraneo al processo, formalmente proprietario del bene già in sequestro, di cui sia stata disposta con sentenza la confisca, può chiedere al giudice della cognizione, prima che la pronuncia sia divenuta irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame (Cass., S.U., 20 luglio 2017, n. 48126). In motivazione, la Corte ha affermato che, qualora venga erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame.

Proprio in ragione della significativa portata di tale pronuncia delle Sezioni Unite, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 253 del 2017, ha dichiarato inammissibili — per inadempimento del dovere di interpretazione costituzionalmente orientata — le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 573, 579, comma 3, e 593 c.p.p., censurati in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 13 CEDU e all'art. 1 Prot. 1 CEDU, nella parte in cui non prevedono, a favore dei terzi incisi nel diritto di proprietà per effetto della sentenza di primo grado, la facoltà di proporre appello sul solo capo contenente la statuizione di confisca (*ex* art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 356 del 1992). Il Giudice delle Leggi ha, infatti, rilevato che il Giudice rimettente aveva ommesso sia di confrontarsi con la perdurante attualità dell'indirizzo favorevole all'immediato ricorso all'incidente di esecuzione, sia di prendere in considerazione la tesi, recepita dalle Sezioni unite, favorevole al mantenimento anche nel giudizio di secondo grado del rimedio cautelare, con facoltà per il terzo di chiedere la restituzione del bene sequestrato e di proporre, nel caso di diniego, appello al tribunale del riesame.

Occorre, comunque, precisare che la sentenza della Corte costituzionale ha espressamente chiarito di non avere tenuto conto — in applicazione del principio *tempus regit actum* — dell'art. 31 della legge 17 ottobre 2017 n. 161, che, inserendo il comma 4-*bis* nell'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992 (oggi sostanzialmente trasfuso nell'art. 104-*bis*, disp. att. c.p.p.), garantisce ai terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in stato di sequestro il diritto a partecipare, fin dal giudizio di primo grado, al processo di cognizione ove può disporsi la confisca.

In ogni caso, la disposizione in esame non pare incidere sulla posizione del terzo interessato al bene oggetto di sequestro funzionale alla confisca urbanistica.

L'art. 104-*bis*, disp. att. c.p.p., prevede, infatti, al comma 1-*quater* che le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro, previste dal d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-*bis* c.p. o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, c.p.p. Inoltre, il successivo comma 1-*quinquies* stabilisce che nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo. Infine, il successivo comma 1-*sexies* precisa che le disposizioni dei commi 1-*quater* e



*1-quinquies* si applicano anche nel caso indicato dall'articolo *578-bis* del codice.

La questione involge il riferimento, contenuto al comma *1-quater*, ai casi di sequestro e confisca previsti dalle “altre disposizioni di legge”. Potrebbe, infatti, prospettarsi la possibilità di estendere all'interpretazione di tale norma il canone ermeneutico adottato dalle Sezioni Unite con riferimento alla ritenuta valenza generale del rinvio contenuto nell'art. *578-bis* c.p.p. alla confisca prevista da “altre disposizioni di legge”.

Tale prospettiva non pare, allo stato, percorribile in quanto il comma *1-quater* contiene un'ulteriore specificazione — non prevista dall'art. *578-bis* c.p.p. — che delimita le “altre disposizioni di legge” a quelle che contengono un rinvio all'art. *240-bis* c.p. tra le quali non può ricomprendersi la confisca urbanistica.

### III.

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

di *Debora Tripiczione* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Il doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU. — 2. (*Segue*) e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. — 3. Le sue ricadute nella giurisprudenza di legittimità.

#### **1. Il doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte EDU**

L'art. 4, Prot. 7, Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, d'ora in poi CEDU, sancisce al par. 1 che “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.”

La norma è stata intesa dalla giurisprudenza della Corte EDU quale espressione di un diritto fondamentale costituente una delle specifiche garanzie del processo penale, unitamente a quella di equità riconosciuta dall'art. 6 CEDU (si veda, da ultimo Corte EDU, G.C., *Mihalache c. Romania*, 8 luglio 2019, ric. n. 54012/10).

L'applicazione concreta della garanzia in esame postula un triplice presupposto: *a)* che si tratti di “procedimenti penali”; *b)* che questi riguardino il medesimo fatto; *c)* che il soggetto interessato sia stato già assolto o condannato.

Il tema della qualificazione giuridica della natura del procedimento è stato affrontato dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU, elaborata a partire dalla sentenza della Grande Camera, *Engel* e altri c. Paesi Bassi, dell'8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, 5101/71, 5102/72, 5354/72 e 5370/71, sulla base di tre criteri (c.d. “criteri di Engel”) in ragione dei quali è possibile determinare se un'accusa abbia o meno natura penale: 1) la qualificazione

---

(\*) Consigliera presso la Corte di cassazione.

giuridica del reato nel diritto nazionale; 2) la natura dell'infrazione o dell'illecito; 3) la natura e il grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere. Si è, inoltre, ritenuto che il secondo e il terzo criterio sono alternativi e non necessariamente cumulativi (Corte EDU, G.C., Zolotukhin c. Russia, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03).

Quanto alla definizione della nozione di "stesso fatto", la Corte EDU ha privilegiato un'accezione in chiave storico-naturalistica riferita al fatto concreto da cui scaturiscono i procedimenti (Corte EDU, caso Zolotukhin c. Russia, cit.). Tale nozione, dunque, prescinde dalla mera definizione legale dell'illecito (e, dunque, dalla verifica dell'identità o meno degli elementi costitutivi degli illeciti), e, come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016, è identica a quella rilevante ai fini dell'applicazione della medesima garanzia riconosciuta dall'art. 649 c.p.p.

È stato, infine, precisato che la garanzia di cui all'art. 4, Prot. 7, CEDU trova applicazione solo quando viene avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione, sia essa di condanna o di assoluzione, sia passata in giudicato.

L'applicazione dei criteri Engel, ha determinato l'estensione al procedimento di cui è stata riconosciuta la natura penale delle garanzie di equità del processo riconosciute dall'art. 6 CEDU (si veda, al riguardo Corte EDU, Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08).

Il tema della possibile violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU si è posto con riferimento agli ordinamenti giuridici connotati da un doppio binario sanzionatorio, penale ed amministrativo, relativo ad una specifica condotta.

Inizialmente la Grande Camera della Corte EDU, con la sentenza Grande Stevens e altri c. Italia, del 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, pronunciandosi in relazione al doppio binario sanzionatorio previsto in tema di abusi di mercato, ha adottato un'interpretazione particolarmente rigida di tale disposizione ed ha ravvisato la violazione di entrambe le garanzie, di equità del processo e del diritto a non essere giudicati e puniti due volte per il medesimo fatto. Il percorso argomentativo adottato dalla Corte trova fondamento nell'applicazione congiunta dei criteri Engel e della nozione sostanzialistica di "stesso fatto" in ragione dei quali ha ritenuto che: 1) i fatti ascritti ai ricorrenti nel procedimento dinanzi alla Consob e in quello penale erano identici, trattandosi della stessa condotta, posta in essere da parte della stesse persone e alla stessa data; 2) stante la natura penale della sanzione inflitta dalla Consob con un provvedimento passato in giudicato, i ricorrenti dovevano essere considerati come "già condannati per un reato a seguito di sentenza definitiva"; 3) ciò impediva, dunque, di promuovere l'azione penale per il medesimo fatto (art. 185 T.U.F.).

La rigidità di tale nozione del *ne bis in idem* convenzionale è stata rimodulata dalla successiva sentenza A. e B. c. Norvegia, 15 novembre 2016, ric. n. 24130/11 e 29758/11, in cui la Grande Camera della Corte EDU, muovendo dall'intuizione esegetica contenuta in altro precedente pronuncia (Corte EDU, G.C., caso Zolotoukhin c. Russia, cit.), hanno conferito una parziale legittimazione al sistema del doppio binario sanzionatorio, affermando che, a determinate condizioni, l'imposizione, da parte di autorità diverse, di sanzioni diverse per lo stesso comportamento non comporta la violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU sebbene sia stata già adottata in uno dei procedimenti una decisione definitiva.

L'architrave del ragionamento giuridico seguito dalla Corte consiste nella riconosciuta legittimità convenzionale dei sistemi giuridici « che trattano in maniera "integrata" l'illecito nefasto per la società in questione, in particolare reprimendo quest'ultimo nell'ambito di fasi parallele condotte da autorità diverse con finalità diverse ».

Nel caso concreto la Corte ha escluso la violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU in relazione al doppio binario sanzionatorio in tema di evasione fiscale adottato dalla Norvegia. Pur ribadendo i principi consolidati in tema di "materia penale" e di *idem factum*, i Giudici di Strasburgo hanno delimitato il perimetro operativo del principio del *ne bis in idem*, escludendo che lo stesso sia violato in caso di celebrazione di un processo penale, e di irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia stato già sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa, allorché sussista tra i due procedimenti una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta (*sufficiently close connection in substance and time*).

In particolare, la Corte EDU ha affermato che l'art. 4, Prot. 7, CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare diversi piani sanzionatori quale risposta ad una determinata condotta illecita, purché le risposte sanzionatorie così accumulate, non comportino un pregiudizio sproporzionato per l'interessato in relazione a un perdurante stato di incertezza processuale.

Pur auspicando la previsione di un meccanismo in grado di unificare in qualche stadio della procedura i due procedimenti sanzionatori in modo da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica Autorità e in un unico processo, la Corte EDU ha escluso la contrarietà in termini assoluti al principio convenzionale del *ne bis in idem* dello svolgimento parallelo dei due procedimenti. Ciò a condizione che sussista tra i due procedimenti una connessione, dal punto di vista sostanziale e cronologico, in maniera sufficientemente stretta e che i diversi meccanismi siano in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel complesso proporzionate e, comunque, prevedibili.

Nella medesima pronuncia, la Corte EDU ha individuato alcuni indici sintomatici della connessione sostanziale tra procedimenti, con riferimento alle seguenti circostanze:

— se i procedimenti perseguono scopi differenti ed hanno ad oggetto profili diversi della medesima condotta antisociale;

— se la duplicità dei provvedimenti sia una conseguenza prevedibile della condotta;

— se i due procedimenti vengono o meno condotti in forma “integrata” in modo da evitare, per quanto possibile, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove ed assicurare che l’accertamenti dei fatti in un procedimento sia utilizzato anche nell’altro;

— se la sanzione imposta nel procedimento che si conclude per primo sia o meno considerata nell’altro procedimento in modo da rispettare l’esigenza di una proporzionalità complessiva della pena.

La Corte ha, inoltre, sottolineato, riprendendo un principio già affermato nella sentenza *Jussila c. Finlandia* (Corte EDU, G.C., 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01), l’importanza della « misura in cui il procedimento amministrativo presenta le caratteristiche di un procedimento penale ordinario ». Ha, infatti, affermato che i procedimenti “misti” soddisferanno più verosimilmente i criteri di complementarietà e di coerenza se le sanzioni irrogabili nell’ambito del procedimento non formalmente definito « penale » sono specifiche della condotta in questione e non fanno dunque parte del « nucleo essenziale del diritto penale », avuto riguardo, in particolare, all’assenza di effetti stigmatizzanti (nella traduzione si parla di carattere “infamante” del procedimento). Inversamente, prosegue ancora la Corte, « più il procedimento amministrativo presenta caratteristiche infamanti che lo avvicinano in ampia misura a un procedimento penale ordinario, più le finalità sociali perseguite dalla sanzione della condotta colpevole in procedimenti diversi rischiano di ripetersi (*bis*) invece di completarsi ».

Quanto alla connessione temporale tra i due procedimenti, la Corte EDU ne ammette la configurabilità tanto nei procedimenti celebrati contemporaneamente che in quelli svolti in tempi diversi, ma sufficientemente vicini da escludere che il soggetto, sottoposto al doppio binario sanzionatorio, subisca un pregiudizio sproporzionato e venga esposto ad una perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte.

Come osservato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2018, con il nuovo corso adottato dalla Corte EDU con la sentenza A. e B. contro Norvegia, considerato dal Giudice delle Leggi quale espressione del « diritto vivente europeo », la Corte EDU ha ridimensionato la rigidità della precedente giurisprudenza in tema di doppio binario sanzionatorio; si è, infatti, passati, prosegue ancora la Corte, dal divieto imposto agli Stati aderenti di

configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata.

I criteri adottati dalla sentenza emessa nel caso A. e B. contro Norvegia sono stati successivamente ripresi da numerose pronunce della Corte EDU (sentenze Jóhannesson e altri c. Islanda, 18 maggio 2017, ric. n. 22007/11; Nodet c. Francia, 6 giugno 2019, ric. n. 47342/14) e, in particolare, dalla Grande Camera con la sentenza Mihalache c. Romania, dell'8 luglio 2019, ric. n. 54012/10, in cui la Corte ha ritenuto che i due procedimenti non fossero "integrati".

## **2. (Segue) e nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea**

Anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, d'ora in poi Carta, è possibile rinvenire un principio analogo a quello sancito dall'art. 4, Prot. 7, CEDU. L'articolo 50 vieta infatti di infliggere, per fatti identici, più sanzioni di natura penale in esito a diversi procedimenti svolti a tali fini. La norma stabilisce, infatti, che nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea il *leading case* in tema di *ne bis in idem* è la sentenza emessa dalla Grande Sezione il 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, in cui la Corte, pronunciandosi in tema di sanzioni correlate alle violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, ha affermato che il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice nazionale.

Ad avviso della Corte di giustizia, infatti, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili che possono quindi essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona.

Nella medesima pronuncia la Corte ha chiarito che la valutazione sulla compatibilità del cumulo di sanzioni con il *ne bis in idem* spetta in via prioritaria al giudice nazionale e può anche poggiare sugli standard di tutela interni, purché ciò non infici il livello di protezione assicurato dalla Carta ed il primato del diritto dell'Unione Europea; l'eventuale contrarietà e detti standard è condizionata al fatto che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive. La Grande Sezione ha, infatti, sottolineato che «spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali [...], circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

La natura penale della sanzione ed il concetto di stesso fatto sono stati definiti dalla Corte di giustizia in termini sostanzialmente sovrapponibili all'interpretazione adottata dalla Corte EDU.

Quanto al primo profilo, sono stati, infatti, adottati criteri identici ai c.d. criteri Engel, ovvero: 1) la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; 2) la natura dell'illecito; 3) la natura nonché il grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere (Corte di giustizia, 5 giugno 2012, causa C-489/10, Bonda).

Quanto alla nozione di stesso fatto, è stata adottata la medesima chiave sostanzialistica fatta propria dalla Corte EDU in relazione all'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato (Corte di giustizia, 18 luglio 2007, causa C-367/05, Kraaijenbrink).

A partire dalla sentenza del 27 maggio 2014, causa C-129/14, Spasic, la Corte di giustizia ha, inoltre, adottato una lettura coordinata degli artt. 50 e 52 della Carta, riconoscendo che una limitazione del principio del *ne bis in idem* può essere giustificata in presenza delle condizioni contemplate dall'articolo 52, paragrafo 1.

Il primo periodo di tale disposizione prevede, infatti, che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. In base al secondo periodo del medesimo par. 1, inoltre, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Tale lettura è stata ripresa in tre successive sentenze emesse dalla Grande Sezione il 20 marzo 2018 (cause C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real



Estate; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca,) riguardanti il tema del doppio binario sanzionatorio in materia di reati tributari e di *market abuse* in cui, come rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 149 del 2022, la Corte di giustizia è pervenuta a conclusioni non dissimili da quelle affermate dalla Corte EDU nella sentenza A. e B. contro Norvegia.

Si è, infatti, affermato che il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali in relazione ad uno stesso fatto non comporta automaticamente la violazione del principio del *bis in idem*, potendo configurarsi quale limitazione di tale diritto ove rispetti i requisiti dettati dal citato art. 52, par. 1, della Carta. In tali pronunce la Corte di giustizia ha ulteriormente chiarito il principio affermato dalla sentenza Spasic, e, dalla lettura coordinata delle due norme, ha tratto una serie di indicazioni in presenza delle quali il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali, ma formalmente eterogenee, non determina la violazione del *ne bis in idem* secondo il diritto dell'Unione Europea.

Si richiede innanzitutto un'adeguata base legale che: *a*) contenga norme chiare e precise che consentano di comprendere quali atti e omissioni possono comportare il cumulo di procedimenti e sanzioni; *b*) garantisca che gli oneri per gli interessati, risultanti da tale cumulo, siano limitati allo stretto necessario per il conseguimento dell'obiettivo di interesse generale; *c*) assicuri un coordinamento volto a ridurre allo stretto necessario l'onere supplementare che detto cumulo comporta; *d*) assicuri la proporzione della pena, coerentemente anche con l'art. 49, par. 3, della Carta, da cui consegue l'obbligo per le autorità competenti, in caso di irrogazione della seconda sanzione, di assicurarsi che la severità complessiva delle sanzioni irrogate non ecceda la gravità del reato accertato.

Inoltre, affinché il cumulo di sanzioni per uno stesso fatto sia conforme al diritto dell'Unione è necessario che sia finalizzato, nel rispetto del principio di proporzionalità, al perseguimento di un interesse generale.

Occorre, inoltre, che, all'interno di tale cornice, sussista una complementarietà funzionale tra i procedimenti, potendosi giustificare il cumulo di questi e delle correlate sanzioni di natura penale solo se perseguono scopi complementari riguardanti aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato.

In termini ancora più chiari, nella sentenza Menci la Corte di giustizia ha affermato che l'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'IVA dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, purché siffatta normativa:

— sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in

materia di IVA, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari;

— contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti;

— preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitato a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti.

### 3. Le sue ricadute nella giurisprudenza di legittimità

Sebbene nella Carta costituzionale non vi sia un esplicito riferimento della garanzia del *ne bis in idem*, la Corte costituzionale ha ritenuto che tale diritto sia immanente alle garanzie riservate dagli artt. 24 e 111 Cost. (sentenze n. 200 del 2016 e n. 149 del 2022).

Ciò in quanto, come sottolineato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016, non si può avere un soddisfacimento di pretese punitive che non sia contenuto nelle forme del giusto processo, ovvero che non si renda compatibile con il fascio delle garanzie processuali attribuite all'imputato. Si afferma, infatti, che né il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né la rilevanza costituzionale dei beni giuridici che sono stati offesi, possono rendere giusto, e quindi conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona che vi è soggetta, tra cui va ricompreso il principio espresso dal divieto di *bis in idem*, grazie al quale giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto. In caso contrario, il contatto con l'apparato repressivo dello Stato, potenzialmente continuo, proietterebbe l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale

La giurisprudenza di legittimità ha adottato una nozione di "stesso fatto" in chiave naturalistica, sostanzialmente sovrapponibile a quella elaborata dalla Corte EDU. Secondo un principio di diritto ormai consolidato, ai fini della preclusione connessa al principio "*ne bis in idem*", l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona (Cass., S.U., 28 giugno 2005, n. 34655).

Sulla base di tale nozione di *idem factum*, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 200 del 2016, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4, Prot. 7,

CEDU, l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale. Proprio sulla base dell'analisi della giurisprudenza della Corte EDU (in particolare della sentenza del 10 febbraio 2009, caso Zoloukhin c. Russia) nonché della nozione di stesso fatto affermata dalle Sezioni Unite, il Giudice delle Leggi ha ritenuto che non sussiste alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente. Pertanto, l'esistenza o meno di un concorso formale tra i reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* è un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p., una volta che questa disposizione sia stata ricondotta a conformità costituzionale. In tal caso, dunque, l'autorità giudiziaria sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. Sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico.

Riportando ad unità la nozione di stesso fatto, precisa, infine, la Corte costituzionale, « Costituzione e CEDU si saldano nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico, e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio ».

Con riferimento, invece, al tema del doppio binario sanzionatorio, la giurisprudenza di legittimità ne ha verificato la conformità al principio del *ne bis in idem* alla stregua della griglia delineata sia dalla Corte EDU con la sentenza A. e B. contro Norvegia che dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In tema di violazioni tributarie, è stata, ad esempio, esclusa la violazione del *ne bis in idem* convenzionale nel caso della irrogazione definitiva, per il medesimo fatto per il quale vi sia stata condanna a sanzione penale, di una sanzione formalmente amministrativa della quale venga riconosciuta la na-

tura sostanzialmente penale ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU — come interpretato dalla Corte EDU nelle cause Grande Stevens e altri c. Italia del 4 marzo 2014, cit., e Nykanen c. Finlandia del 20 maggio 2014, ric. n. 11828/11 — quando tra il procedimento amministrativo e quello penale sussista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, tale che le due sanzioni siano parte di un unico sistema, secondo il criterio dettato dalla suddetta Corte nella decisione A. e B. contro Norvegia del 15 novembre 2016 (Cass. 22 settembre 2017, n. 6993 /2018). Analogo principio è stato ribadito, da ultimo, anche in tema di abuso di informazioni privilegiate (Cass. 15 aprile 2021, n. 31507, in cui la Corte ha precisato che la connessione temporale deve essere riferita al momento di avvio dei procedimenti e di svolgimento degli stessi e non ai tempi di definizione, che possono anche non coincidere).

Ed ancora, sempre in ragione della riscontrata connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti, idonea a configurarli come parte di un unico sistema sanzionatorio, Cass. 9 dicembre 2020, n. 5048/2021, ha escluso la violazione del principio convenzionale nel caso di una sanzione amministrativa irrogata in ambito assicurativo (ISVASS) a seguito di procedimento disciplinare relativo agli stessi fatti oggetto di procedimento penale.

La presenza della connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti è stata, inoltre, valutata unitamente al rispetto del criterio di proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata.

Per tale ragione, si è affermato che non sussiste violazione del divieto di *bis in idem* convenzionale nel caso in cui, nei confronti di un soggetto cui sia già stata irrogata una sanzione amministrativa, sia emessa condanna per lo stesso fatto storico, quando tra il procedimento amministrativo e quello penale sussista una connessione sostanziale e temporale tale per cui le sanzioni siano parte di un unico sistema, a condizione che, in tal caso, sia comunque garantito un meccanismo compensativo che consenta di tener conto, in sede di irrogazione della seconda sanzione, degli effetti della prima, onde evitare che la sanzione complessivamente irrogata sia sproporzionata (Cass. 15 ottobre 2021, n. 2245/2022 in cui la Corte ha, tuttavia, chiarito che tale meccanismo compensativo non trova applicazione nel caso in cui al giudice penale risulti che la sanzione amministrativa sia stata pagata da persona diversa dall'autore del reato).

Sempre in applicazione dei criteri ermeneutici emergenti dalla giurisprudenza della Corte EDU, in particolare della complementarietà funzionale delle sanzioni, della loro prevedibilità e proporzionalità, è stata esclusa la natura “sostanzialmente penale” della sanzione della sospensione della patente di guida, mirando essa ad integrare, quale sanzione amministrativa, l'editto sanzionatorio complessivo (Cass. 13 febbraio 2018, n. 12267).

Più in generale, in tema di doppio binario sanzionatorio, proprio alla luce della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, si è esclusa l'operatività della preclusione sancita dall'art. 649 c.p.p. allorché sussistano le precondizioni della prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, del perseguimento di finalità complementari, del coordinamento probatorio tra essi e della possibilità, nel commisurare la seconda sanzione, di tenere conto della sanzione irrogata per prima, in modo da evitare un eccessivo carico sanzionatorio per il medesimo fatto (Cass. 7 febbraio 2019, n. 22033).

È stata, inoltre, esclusa la preclusione all'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 649 c.p.p., quale conseguenza della già avvenuta irrogazione, per lo stesso fatto, di una sanzione formalmente amministrativa ma avente carattere sostanzialmente "penale" ai sensi dell'art. 4, Prot. 7, CEDU, allorché non vi sia coincidenza fra la persona chiamata a rispondere in sede penale e quella sanzionata in via amministrativa (Cass. 7 novembre 2017, n. 23839 /2018 in cui la Corte ha escluso la violazione del divieto di *bis in idem* con riferimento a persona imputata ai sensi dell'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 per il mancato versamento dell'acconto IVA, fatto per il quale era stata inflitta sanzione amministrativa alla società cooperativa legalmente rappresentata dall'imputato). Negli stessi termini, anche Cass. 19 gennaio 2017, n. 24309 ha ritenuta preclusa la deducibilità della violazione del divieto di *bis in idem* in conseguenza della irrogazione di una sanzione formalmente amministrativa, ma della quale venga riconosciuta la natura "sostanzialmente penale" quando la prima sanzione sia stata inflitta ad un soggetto giuridico diverso da quello al quale sia stata ascritta, nel successivo procedimento penale, la violazione costituente reato, non potendosi ritenere, in tal caso, che il fatto sia corrispondente sotto il profilo storico-naturalistico a quello oggetto di sanzione penale (Fattispecie relativa all'irrogazione di una sanzione amministrativo-tributaria nei confronti di due società, delle quali l'imputato del reato *ex art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000* era legale rappresentante).

La Corte di cassazione si è, inoltre, interrogata sul perimetro del proprio potere decisorio in conseguenza della verifica della violazione del principio di proporzionalità per effetto del cumulo sanzionatorio, pervenendo a soluzioni differenziate a seconda dell'entità di violazione riscontrata.

In linea generale, si è affermata la possibilità di ricorrere all'annullamento senza rinvio, ai sensi del novellato art. 620, lett. 1, c.p.p., qualora sia possibile, senza necessità di ulteriori accertamenti di fatto, valutare direttamente la proporzionalità del cumulo sanzionatorio derivante dall'irrogazione della sanzione penale e di quella amministrativa definitiva (Cass. 16 luglio 2018, n. 45829).

Qualora sussista tale precondizione, la Corte è pervenuta alla disapplicazione totale della sanzione penale in un caso in cui, in tema di abuso di

informazioni privilegiate, le sanzioni amministrative definitivamente inflitte ai sensi dall'art. 187-*bis* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, assorbivano completamente il disvalore della condotta, risultando coperti aspetti rilevanti sia a fini penali che amministrativi, e pienamente tutelato l'interesse protetto dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari. Si è, infatti, affermato che in tal caso il giudice di merito o quello di legittimità — ricorrendo le condizioni previste dall'art. 620, comma 1, lett. *l*), c.p.p. — può disapplicare integralmente la sanzione penale, atteso che il cumulo delle sanzioni risulterebbe radicalmente sproporzionato e contrario ai principi sanciti dagli artt. 50 della Carta e 4, Prot. 7, CEDU, come interpretati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nelle sentenze della Grande Sezione, Menci (C-524/15); *Garlsson Real Estate SA* e altri contro Consob (C-537/16); *Di Puma* contro Consob e Consob contra *Zecca* (C-596/16 e C-597/16) e dalla Corte EDU nella sentenza A. e B. contro Norvegia del 2016 (Cass. 15 aprile 2019, n. 39999 in cui la Corte ha precisato che il giudice, nella valutazione complessiva dell'afflittività del carico risultante dalla combinazione delle discipline sanzionatorie, tenendo conto delle sanzioni principali e accessorie e della confisca, ha il dovere di spingersi oltre la verifica meramente quantitativa o legata alle ragioni di tutela dell'interesse protetto, valorizzando anche le esigenze di garanzia individuale).

Si è, inoltre, affermato, sempre in tema di abusi di mercato, che, in caso di intervenuta sanzione amministrativa irrevocabile, il giudice chiamato a decidere sulla domanda della Consob di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, ai sensi dell'art. 187-*undecies*, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, è tenuto a valutare la componente della riparazione che costituisce espressione della funzione sanzionatorio-punitiva della stessa alla luce del complessivo trattamento sanzionatorio (sia quello penale che quello "solo formalmente" amministrativo), al fine di assicurare la proporzionalità del *quantum* liquidato rispetto a detto trattamento, se del caso disapplicando la predetta norma *in parte qua*, così da escludere la riparazione nella sua componente sanzionatorio-punitiva (Cass. 22 novembre 2019, n. 397 /2020 relativa a fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza della corte di appello che aveva riconosciuto alla Consob una somma a titolo di riparazione senza effettuare alcuna parametrizzazione con la complessiva sanzione irrogata).

Si è, infatti, chiarito che l'apprezzamento cui è chiamato il giudice comune con riferimento alla compatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato all'interessato con la garanzia del *ne bis in idem* è sostanzialmente affine alle valutazioni sottese ai parametri commisurativi di cui all'art. 133 c.p., determinando, rispetto ad essi, un allargamento dell'oggetto di tali valutazioni, che, per un verso, devono essere estese al trattamento



sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e, per altro verso, devono investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti quello penale e quello “formalmente” amministrativo (così, testualmente, Cass. 21 settembre 2018, n. 49869). Con la sentenza n. 49869 del 2018 la Corte di cassazione ha, inoltre, chiarito che nel caso in cui all’esito di detta verifica emerga una incompatibilità del complessivo trattamento sanzionatorio con la garanzia del *ne bis in idem*, il giudice dovrà, dunque, applicare direttamente il principio garantito dall’articolo 50 della Carta, disapplicando le norme interne che definiscono il trattamento sanzionatorio. Tale disapplicazione potrà investire *in toto* la norma relativa alla sanzione non ancora divenuta irrevocabile solo quando la prima sanzione sia, da sola, proporzionata al disvalore del fatto, avuto riguardo anche agli aspetti propri della seconda sanzione e agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato. Solo in presenza di una sanzione irrevocabile idonea, da sola, ad assorbire il complessivo disvalore del fatto, il giudice comune dovrà disapplicare integralmente la norma che commina la sanzione non ancora irrevocabile, così escludendone l’applicazione (ipotesi, questa che, ad avviso della Corte, considerata la estraneità della sanzione irrogata dall’autorità amministrativa al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, può venire in rilievo soprattutto nel caso in cui la valutazione circa la violazione del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa, essendo già divenuta irrevocabile quella penale). Al di fuori di tale ipotesi, l’accertamento dell’incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, esclusivamente la rideterminazione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni.

Sempre facendo applicazione dei criteri dettati dalla sentenza della Corte EDU, caso A. e B. contro Norvegia, è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. in relazione all’art. 4, Prot. 7, CEDU, dal momento che, proprio alla luce di tale pronuncia della Corte EDU, il doppio binario sanzionatorio non viola il principio del *ne bis in idem* convenzionale laddove tra i due procedimenti, quello penale e quello amministrativo, ricorra un legame temporale e materiale sufficientemente stretto, che il giudice nazionale è tenuto a verificare (Cass. 9 novembre 2018, n. 5679 /2019).

Va, infine, considerato che, sempre alla luce dei criteri enunciati nella sentenza A. e B. contro Norvegia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 149 del 2022, ha recentemente dichiarato costituzionalmente illegittimo — per violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 4, Prot. 7,



CEDU — l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge 22 aprile 1941, n. 633, che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge. Ad avviso del Giudice delle Leggi, infatti, il sistema di doppio binario sanzionatorio previsto in materia di protezione del diritto d'autore dagli artt. 171-ter e 174-bis — che puniscono con la reclusione alla multa e con una sanzione amministrativa pecuniaria, di natura sostanzialmente penale, le medesime condotte illecite — viola il diritto al *ne bis in idem*, secondo i criteri enucleati dalla Corte EDU, in quanto tra il procedimento penale e quello amministrativo non è ravvisabile una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, in modo che essi possano ritenersi preordinati ad una risposta coerente e unitaria alla tipologia di illeciti in esame. I due procedimenti perseguono infatti una funzione dissuasiva sovrapponibile e, benché originino dalla medesima condotta, non sono in alcun modo coordinati sotto il profilo probatorio e temporale; né è consentito al giudice penale — ovvero all'autorità amministrativa ove sia già intervenuto il giudicato penale — di tenere conto della sanzione già irrogata, in modo da evitare un trattamento sanzionatorio sproporzionato.

024221232

ISBN 978-88-28-85751-8



9 788828 857518